# ספר

# בניין המשפט

# פסקי דין ומאמרים

# בניין המשפט

## פסקי דין ומאמרים

## חלק א

**בסיעתא דשמיא**

**ישועה רטבי**

כל הזכויות שמורות © תשע"ז

לישועה רטבי, מצפה ירחו

אין להעתיק ספר זה לשימוש מסחרי בשום צורה או אמצעי, לרבות צילום, הקלטה והעברה במייל ללא אישור בכתב מהמחבר.

להזמנות והערות:

bdmitzpeyeriho@gmail.com



# תוכן העניינים


**תוכן העניינים ..... 4**

**מכתבי ברכה ..... 7**

**בית הדין שליד הישיבה במצפה ירחו ..... 16**

**תשלום על שירותי הובלה ..... 18**

**רכב שהזיק את שער הישוב ..... 30**

**זכויות בנייה במגרש ..... 38**

**תוספת בנייה ..... 52**

**ביטול מקח בגלל חששות ..... 71**

**צו מניעה ..... 75**

**הקמת גמ"ח בישוב ..... 81**

**דייר קומה עליונה שאטם את גג הבניין ..... 89**

**פתיחת עסקים בבניין מגורים ..... 97**

**הנחה שניתנה לשליח ..... 105**

**הטעייה בהצעת מחיר ..... 113**

**קנה מוצר עם מום והלקוח הוסיף בו פגם ..... 121**

**קבלן שעבד בצורה לקויה ..... 127**

**לשכנע עובד לעבור למקום עבודה אחר ..... 133**

**לתפוס מחנות שלא מחליפה מוצר פגום ..... 143**

**לתבוע חברת ביטוח ..... 147**

**שבר משקפיים של חברו בפורים ..... 152**

**נזק לפגוש של רכב ..... 157**

**נזק שנגרם בנסיעה לאחור ..... 165**

**ריסוס בבית שכור ..... 171**

**עישון המפריע לשכנים ..... 174**

**דין ודברים בהזמנת גדר במבוק ..... 179**

**נזק שנגרם תוך כדי מריבה ..... 185**

**מורה פרטי שהפסיק ללמד ..... 189**

בעל מוסך שהחזיר רדיו דיסק אחר ..... 200
שברו חלון סדוק ..... 204
צימר ללא מזגן ..... 210
השאיר דלת נעולה עם מפתח ..... 217
איבד מעות צדקה ..... 219
ילד שבר חלון בחדר מדרגות ..... 222
מצלמה שנשברה במהלך משחק כדור ..... 225
תורנות החזרת ילדים ..... 228
משכיר שהביא ציוד לא תקין ..... 234
בנה גדר בחצר חבירו ..... 241
תביעה בב"ד לאחר תביעה בערכאות ..... 246
העברת כספי צדקה למטרה אחרת ..... 252
השביח בבניין משותף ורוצה לקזז מתשלום הוועד ..... 259
חיוב תשלום עבור כיבוס למשאיר בגדו במקווה ..... 265
תווך לאדם שכבר יש לו מתווך ..... 272
קונה שקיבל מוצר יקר יותר ..... 281
שומת פנס רכב ..... 286
דיין שדן את התלמיד שלו ..... 290
נזקי עובש בבית שכור ..... 295
שומר שיצא להפסקה ארוכה ..... 306
שכר לשיעור שבוטל ..... 313
מונית שעוברת לפני אוטובוס ..... 317
נהג שדורש תוספת על שינוי בנסיעה ..... 322
קניית דירה מכונס נכסים ..... 330
הלכות חו"מ בישיבה ..... 347
כופים על מידת סדום ..... 368
מנהג מדינה ..... 379
תקנות הקהל ..... 386
לענות לצד אחד ששואל בדיני ממונות ..... 392
הגדרת מעמדו של בית ביהודה ושומרון ..... 396

**מעמדו של הצ'ק בהלכה ..... 406**

# מכתבי ברכה

**Yitzchak Yosef**
The Rishon Lezion Chief Rabbi Of Israel
President Of the Great Rabbinical Court

**יצחק יוסף**
הראשון לציון הרב הראשי לישראל
ונשיא בית הדין הרבני הגדול

בס"ד, כ' תמוז תשע"ח, 4-1543/ע"ח

## הסכמה

הובא לפני חלק מגליונות הספרים **"בנין המשפט"**, **"פסקי דין ומאמרים"** על חושן משפט, מעשה ידיו להתפאר, של הרב החשוב והנעלה, משנתו סדורה וערוכה, ומלבשתו ענוה ויראה, דובר צדק ומגיד מישרים, שמן תורק שמו, טעמו ונימוקו עמו, הדיין המצוין הרה"ג **ישועה רטבי** שליט"א. וכבר איתמחי גברא בפסקים שנידונו בבתי הדין בעניני חושן משפט, בשאלות אקטואליות, אשר ביררם הלכה למעשה, וגמר חיפוש מחיפוש בדברי הראשונים והאחרונים, לאסוקי שמעתתא אליבא דהלכתא, ובירר הדינים ע"י דיבוק חברים, במסירת שיעורים, להבין ולהורות בעניני נזיקין אשר עולים על הפרק, בהלכות אקטואליות, וניכר בדברים עמלו שעמל בתורה, במשך שנים רבות, וסידר הכל בעט סופר מהיר, בטוב טעם ודעת, איישר חיליה לאורייתא.

וכאן המקום להדגיש, שגם בדיני ממונות יש להורות לספרדים כדעת מרן הש"ע, ואין לומר קים לי כדעת החולקים, וכמו שנתבאר בספר עין יצחק חלק ג' (עמ' תקע"ז) דבארץ ישראל ובכל גלילותיה, אין יכולים לומר קים לי נגד מה שנפסק בש"ע, ואפי' אלף פוסקים חולקים על מרן, שקיבלנו עלינו הוראותיו ופסקיו של מרן ככל אשר יאמר כי הוא, וכן המנהג, דמזמן מהר"ם גלאנטי בן מוהר"ר יונתן גלאנטי, בן הגאון המוסמך מהר"מ גלאנטי, תלמיד מרן ז"ל, כבר נתפשטה קבלת הוראות ופסקי מרן ז"ל בכל ארץ ישראל, וקיבלו עליהם שלא יוכל המוחזק לומר קים לי נגד דעתו ז"ל, וכמ"ש מהר"ם חאגיז בתשו' הלק"ט, וכן דעת מהר"ם בן חביב בכללים שבסוף ספרו גט פשוט (כלל א'), ומהר"א יצחקי בתשובת זרע אברהם (חו"מ סימן כג), והרב פרי חדש בספרו מים חיים (קונטרס התשובות ס"ס ט'). וכן הוא בברכ"י חו"מ (סימן כה ס"ק כו - כז) בשם כמה מגדולי האחרונים. עש"ב. וע"ע בשו"ת תעלומות לב ח"ג (דק"ט ע"ד). ובס' משכנות הרועים (מע' ק אות לא). ובשו"ת כפי אהרן חלק א' (חאה"ע סימן ט, דע"ה ע"ג). ובשו"ת רב פעלים ח"א בפתיחה. ושם ח"ב (חחו"מ סימן ג). ע"ש. וכ"כ עוד הרבה אחרונים. ואמנם במקומו של התפארת אדם (שאלוניקי) אומרים קים לי נגד ד' מרן, וכמ"ש מהר"ם בן חביב בגט פשוט בכללים (בסוף הספר סימן א) ד"ה והנה. וכ"כ רב גדול מרבני שאלוניקי, הגר"א הכהן ז"ל בשו"ת שארית הפליטה (סימן כח, דכ"ז ע"ג). ע"ש. גם במקומו של החק"ל נוהגים שלא לומר קים לי נגד מרן. וכמ"ש בחקרי לב (חאה"ע סימן מה, ד"ק ע"ג). ע"ש. ועמ"ש בס' גנזי חיים (דקכ"ז ע"ג) בשם הכנה"ג בס' בעי חיי. ע"ש. וע' בס' שיורי טהרה (מע' ק אות מט). ועכ"פ במקומות הללו אין אומרים קים לי נגד מרן.

וכתב הרב מקור ישראל (אבן העזר סוף סימן כב) לענין קים לי שכתבו הפוסקים שקיבלו לפסוק כדעת הרמב"ם אין יכול לטעון קים לי היפך סברת וכו', דאין זה אלא כשמפורש הדין ההוא בדבריו, ולא כשאפשר לפרש בדבריו כוונה אחרת. ע"ש. והובאו דבריו בשדי חמד (כללי הפוסקים סימן קיג עמוד תתכז).

**Yitzchak Yosef**
The Rishon Lezion Chief Rabbi Of Israel
President Of the Great Rabbinical Court

**יצחק יוסף**
הראשון לציון הרב הראשי לישראל
ונשיא בית הדין הרבני הגדול

ואם אומרים קים לי נגד מה שכתב מרן בתשובה, בשו״ת רב פעלים חלק ב׳ (חושן משפט סימן ב׳) כתב בשם מהר״א מני, שכעת נתפשט המנהג בירושלים שאין לומר קים לי נגד תשובת מרן. וכתב על זה הרב פעלים, שבודאי מנהג זה הנהיגו הראש״ל מהר״ד חזן ז״ל, כי נמשך אחר דברי הגאון החקרי לב, אבל קודם זה לא היה מנהג זה בירושלים. שהרי מהר״ם סוזין שהיה הראשון לציון אחרי החקרי לב סבירא ליה שאין התשובות בכלל הקבלה. [קבלת הוראות מרן]. וגם הרב החסיד מהר״א גאגין שנהג שררתו בירושלים סובר כך. ובודאי המנהג הזה שנתפשט כעת בירושלים מכח דברי מהר״ד חזן שהיה ראשון לציון מקרוב, לא יועיל לשאר מקומות, אלא בירושלים בלבד. ע״ש. והובאו דבריו בשו״ת יביע אומר חלק ב׳ (חלק אורח חיים סימן כה אות יא).

והנה המנהג פשוט כיום שמחתימים את החתן על הכתובה, מלבד שני העדים, ובשו״ת יביע אומר חלק ג׳ (חלק אה״ע סימן יג אות ב), כתב, דבימי חרפי הייתי אומר שהטעם לכך, דאף על פי שאנו פוסקים תמיד כהוראת מרן, ולא מצי המוחזק לומר דקים לי נגד פסק מרן, וכאן הרי מרן (באהע״ז סימן סו) פסק שאין שומעין לחתן הטוען שלא ידע על מה חתם, מכל מקום נודע שישנם אחרונים הסוברים שלא קבלנו הוראות מרן אלא מה שכתב בשלחן ערוך, אבל מה שכתב בבית יוסף ובתשובה לא קיבלנו. וכמו שצידד הגאון החיד״א בחיים שאל (בהשמטות דף קיט). גם בתשובת מהר״ם סוזין שבשו״ת חקרי לב (מהדו״ב חו״מ סימן ד׳) כתב, שאין בנו כח להוציא מיד המוחזק על פי פסקי מרן בתשובה. ומכל שכן על פי מה שכתב מרן בבית יוסף דרך שקלא וטריא. ובפרט שהרב שער המים שכמה גדולים היו בדורו, עשה מעשה היפך פסק מרן ז״ל בתשובה. ע״ש.

ולעומתו החקרי לב שם חולק עליו בזה, ותמך בדעת המשאת משה והנחפה בכסף שקבלנו הוראות מרן אף במה שכתב בתשובה. ודלא כהשער המים. ע״ש.

והנה הגם שמהר״ם סוזין שם (דף קפב) כתב, והנני בפה מלא מבטל דעתי מפני דעתו דעת עליון של מרן מלכא, ודברי לעו והיו כלא היו. ע״כ. נראה שחזר לדעתו הראשונה, כי בתשובה שנדפסה בשו״ת חוקי חיים (סוף סימן לט) העלה, שאנו אין לנו אלא מה שכתב השער המים, שלא קבלנו מה שכתב מרן בתשובה. ע״ש. וזמן חתימתו על התשובה הנ״ל בשנת תקפ״ד, לאחר שישב על כסא הראשון לציון, אחר פטירתו של החקרי לב. וכן העלה בספר רב ברכות (דף קלג) שמאחר שיש סוברים שלא קבלנו דברי מרן בתשובה, הא ודאי מצי המוחזק לטעון קים לי. ובשו״ת כפי אהרן (אבן העזר סימן ט׳) כתב, דאנן בדידן דבירושלים יתבינן הלכה זו רופפת בידינו, אם קיבלנו הוראות מרן גם בתשובה. אולם בשאר ערי ערביסתאן קיבלו הוראות מרן גם בתשובה. ושוב כתב בשו״ת כפי אהרן חלק ב׳ (דף קנז) שאין לסמוך על מה שכתב לענין ערי ערביסתאן, כי נראה שאין שמועתו מכוונת בזה. ע״ש. ואפילו לדברי האומרים שקבלנו הוראות מרן גם בתשובה, יש לומר דמצי לומר קים לי נגד מה שכתב מרן בבית יוסף, לפי מה שכתב מהר״ח פלאג׳י בספר כל החיים (מערכת י׳ אות נז) שהתשובות של מרן עדיפי מהבית יוסף, ולכן במקום שהתשובה סותרת למה שכתב מרן בבית יוסף, העיקר כמו שכתב בתשובה. כי בחיבור הבית יוסף הוא בא לאסוף כל הסברות ובדרך שקלא וטריא, מה שאין כן בתשובה דנחית טפי לברר הלכה למעשה. ע״ש. וכיו״ב כתב בכנסת הגדולה בתשובה (חו״מ סימן עג). ע״ש. ועיין למרן החיד״א בברכי יוסף (או״ח סימן שב סק״ד) שכתב, ומה שסיים היד אהרן דכמה מילי מייתי בבית יוסף ואינו מביאם בשלחן ערוך, והם הלכה, אנכי

**Yitzchak Yosef**
The Rishon Lezion Chief Rabbi Of Israel
President Of the Great Rabbinical Court

**יצחק יוסף**
הראשון לציון הרב הראשי לישראל
ונשיא בית הדין הרבני הגדול

הרואה דמרגלא בפומייהו דרבנן בתראי דמדלא הביאו בשלחן ערוך שמע מינה דלא סבירא ליה להלכה. ובכמה ענינים הדברים מוכיחים שהשמיטם בכוונה משום דלא ברירא ליה מילתא לפסוק כן הלכה למעשה בשלחן ערוך. וכעת לא מצאתי כלל ברור בזה בדעת מרן השלחן ערוך ע"כ. וכן הסכים להלכה בשו"ת מעשה אברהם (חיו"ד סימן נא). אבל בשו"ת יוסף אומץ (סימן נט) סידר לנו ג' כללים בזה, כיעו"ש. ועיין עוד בשדי חמד (כללי הפוסקים סימן יג אות ה'). ועל כל פנים בדיני ממונות מיהא לכאורה יכול המוחזק לטעון קים לי נגד מה שכתב מרן הבית יוסף והושמט בשלחן ערוך. וכן כתבו כמה אחרונים, וכמבואר כל זה בשו"ת יביע אומר הנ"ל. ע"ש. [ועיין בשו"ת יוסף אומץ (סימן כט) שסידר לנו ג' כללים בדבר זה. ע"ש].

אולם אחר שנים יצא לאור שו"ת יביע אומר חלק ט', ושם (חלק חושן משפט סימן א') הדר תבריה לגזיזיה, והעלה שם שלא לומר קים לי נגד מה שמרן כתב בתשובה או בבית יוסף, אחר שקיבלנו הוראותיו גם במה שכתב בתשובה ובבית יוסף. וזה דלא כמו שכתב בשו"ת יביע אומר הנ"ל. ומשנה אחרונה עיקר. וע"ש באורך.

וברכתי להגאון המחבר שליט"א שיהי רצון וחפץ ה' בידו יצלח, ויפוצו מעיינותיו חוצה, להגדיל תורה ולהאדירה, בתורה שבכתב ובתורה שבעל פה, ירום ונשא וגבה מאד, בבריאות גופא ונהורא מעליא, באורך ימים ושנות חיים, בשובע שמחות.

בברכת התורה,

יצחק יוסף
הראשון לציון הרב הראשי לישראל
ונשיא בית הדין הרבני הגדול

יצחק יוסף YITZCHAK YOSEF The Rishon Lezion Chief Rabbi of Israel הראשון לציון הרב הראשי לישראל

RABBI Z. N. GOLDBERG
Abbad Badatz & Bies Horaa'h "Hayashar Vehatov"
Member Of Supreme Rabbinical Court

הרב זלמן נחמיה גולדברג
אב"ד בד"ץ ובית הוראה לדיני ממונות "הישר והטוב"
חבר בית הדין הרבני הגדול

ב"ה, יום [illegible]

הרב דוב ליאור
רב העיר
קריית ארבע היא חברון

בס"ד, כח טבת תשע"ח

## מכתב ברכה

הובא לפניי חיבור פסקי דין ומאמרים מאת הרב הדיין ישועה רטבי. עברתי על חלק מהספר ושמחתי לראות יצירה משובחת. כל נושא ערוך ומסודר, החל ממקורות רבותינו הראשונים עד אחרוני הפוסקים. הרב המחבר השקיע ממרצו ובנה לכל תשובה מערך הלכתי הבנוי על היסודות האיתנים של תורת ישראל, והראה שיש בה תשובות לכל המצבים העלולים להתרחש וכיצד ראוי לנהוג בהם.

מבין השיטין ניכר גודל ההשקעה והעמל שהשקיע הרב המחבר בבירור הנושאים לאסוקי שמעתתא אליבא דהלכתא.

ראוי האי צורבא מרבנן לברכת יישר כוח וברכת הצלחה להמשך דרכו, שימשיך לזכות את הרבים בבירור נושאים הקשורים לחושן משפט ולהדרכת בני עמנו בחיים הפרטיים בתחום הממוני לאור תורת ישראל, ובזכות זאת נזכה שציון במשפט תפדה ושביה בצדקה בקרוב בימינו אמן.

החותם לכבוד התורה ולומדיה,

דוב ליאור

**Rabbi Eliyahu Abergel**
Chief Judge of Rabbinical Courts
Jerusalem

**הרב אליהו אבירז'ל**
ראש אבות בתי הדין הרבניים ירושלים
מחבר שו"ת 'דברות אליהו' ט' חלקים

ב"ה

21 Dan Street, Jerusalem
Tel: 02-6724822 Fax: 02-6727396

רח' דן 21, שכונת בקעה, ירושלים
טל: 02-6724822 פקס: 02-6727369

בס"ד

**BENAYAHU YSAHAR SHMUELI**
Yeshivat Hamekubalim "NAHAR SHALOM"

**בניהו יששכר שמואלי**
ישיבת המקובלים "נהר שלום"

מכתב ידידות  מרה אמתא גאה השלמ

שמחנו מאוד לראות פלטולי דאורייתא
יפסקים בהלכה מסופקים ועקרונים
בלומר טעם ופשר עמוק מי ימלטנו
למעלה בדרכים הילכות השקולות הרכים הקלות
כמלבר ישועה רבה שיבוא בני שלום ידיד נפש
הבאים המקבל כמשה מיתון רטמי שלומנו ורצינו
בראשית קבלנו להיות את שמחתינו והערכתינו
על הישמר הבקול שלם כתקון תורה הקדושה
ולאסוקי שמעתתא אליבא דהלכתא שפה ועיקר ובפרט
שמלה הטל שלל הכתוב שפה מבחן לוחות
והעקרי שאלתנו לדיוניה דמיניה ופוסקים
שמחתיה וישרים הקולעים המסבירו ישפה ותורה
כי שמחכי לכון לשמיעתה שתשפה ושפה תנוח
ותחפה לפסיון קלובה שמח משלח ידיו מיון ועמון
ישמח

רח' שילה 6 (פינת רח' אגריפס), ירושלים, ת.ד. 28267 טל'. 02-6221039, פקס. 02-6223001, מרושלים עלום
6, Shilo st. P.O.B 28267 JERUSALEM Tel: 02-6221039. Fax: 02-6223001

**הרב יהודה קרויזר**

רב הישוב מצפה יריחו

המלצה

אני מכיר כמעט את הרב ישועה כל חייו.
הרב ישועה כל מכין נפלאים באהבה למאמינים במצפה יריחו.
משפחתו ומשנתו של הרב ישועה עמי מאז ומתמיד נעשה בנועם ובחן
ובדקדוק ובצמתים הרחבות באהבת ה' ובי בישראל בעסקי התורה ובדרכי
המפגשים והמעמקים שהוא נותן.
הרב ישועה כל מעניין בעתודה לבוגרות שמיים,
ומרגיש אני שמרוב מקום שהוא יכול נפלאים ישלהק שם
שמיים על ועל ועל תלוי תלמה מתחת יפין.

בברכה
יהודה קרויזר

מצפה יריחו, ד.נ. ערבות הירדן טל' 0523003260 02-5354734

בס"ד

## המלצה

**המלצה בעבור הרה"ג ישועה רטבי שליט"א.**

באתי להמליץ טוב בעד האי גברא רבה הרה"ג ישועה רטבי שליט"א, שחשקה נפשו לאסוקי שמעתתא אליבא דהילכתא, ומאז שהצטרף לבית דין שלנו - השתתף בעשרות דיונים, ותמיד הוא הראשון לחבר פסק דין בנידון, בעמקות ובקיאות ובחריפות ראויים לכל הערכה. ואפילו דיונים שמסתיימים בפשרה, ואין צורך לכתוב עליהם פסק דין, זוכים לפסק מבואר ומנומק מפי הרב ישועה שליט"א, מתוך אהבת תורה ורצונו הטהור לברר כל נושא לאור תורתינו הקדושה.

אותה התחייבות הביא הרב שליט"א לייסד מחלקת חו"מ באתר של ישיבת נתיבות יוסף ואף להקים בית דין שמשרתים את כלל הבוגרים של הישיבה.

וכל הנ"ל מתוך עדינות נפש רגישות ואהבת הבריות יחד עם חתירה לאמת ואהבת תורה כמו שכבר הזכרנו.

בכבוד רב,

ברוך פז

חבר בית הדין מצפה יריחו

ראש כולל דיינות ישיבת בית אל.

# בית הדין שליד הישיבה במצפה ירחו

אבן דרך בתהליך גאולת ישראל הוא 'אשיבה שופטייך כבראשונה'. בדורנו אנו עדים להתפתחות גדולה במשפט העברי בתחום דיני הממונות לצד דיני משפחה. יותר ויותר מאנשי התורה מפנימים את ההיזקקות לדין התורה ומשלבים אותו באורח חייהם.

כחלק מחזון זה הקימה הישיבה, בעזרת ד', בית דין לדיני ממנות שיכהנו בו דיינים מבוגרי הישיבה בכל אתר ואתר, שעברו את מבחני חושן משפט של הרבנות הראשית.

בבית הדין יהיה ניתן לקיים דיני תורה ברמה גבוהה, מתוך ממשק וידע רחב בחוקי המדינה ובבעיות המודרניות.

בית הדין שליד הישיבה במצפה ירחו שם לעצמו למטרה לשרת את בוגרי הישיבה במענה הלכתי לשאלות המתעוררות בדיני ממונות העולות חדשות לבקרים לכל אדם בהמשך חייו: בהלכות הלוואה, שכנים, שותפים, מקח וממכר, הונאה, השבת אבידה, ירושה, שומרים, שכירות בתים, פועלים ודיני נזיקין.

החזון של בית הדין הוא לעבד ולתרגם את דיני חושן משפט למציאות בת ימינו. לחדד את חשיבות לימוד דיני חושן משפט, להחדירם למודעות הציבור ובכך להרבות שלום בעולם.

שאלות ותשובות מבית הדין ילמדו בע"ה בישיבה הגבוהה, וישלימו את הלימוד העיוני בצד המעשי של חיי היום יום.

בתוכנית: קיום ימי עיון לבוגרים בנושאים אקטואליים, העברת הרצאות בנושא המשפט העברי, הוצאת חוברות ותקצירי פסקי דין לתועלת הציבור הרחב.

באתר האינטרנט של הישיבה ניתן יהיה למצוא פסקי דין, שאלות ותשובות קצרות, מאמרים, חוזים, וחומרי עזר עבור הלומדים לבחינות ההסמכה לדיינות.

ניתן לשלוח שאלות לכתובת: bdmitzpeyeriho@gmail.com

פעילות בית הדין תתקיים בהכוונת ראשי הישיבה, **ובהובלת הרב ישועה רטבי שליט"א**, אשר הוסמך לדיינות ולרבנות עיר על ידי הרבנות הראשית לישראל, ומשמש כדיין באיגוד בתי דין לממונות בישוב מצפה ירחו, וכן דיין בארץ חמדה-גזית בירושלים.

# תשלום על שירותי הובלה

**המקרה**

לנתבע הייתה צרכנייה באחד הישובים, הנתבע זכה במכרז מטעם המועצה בגוש עציון לספק מוצרי מזון לבתי ספר בגוש. לצורך הובלת המוצרים סיכמו הנתבע ושותפו, שהתובע יוביל את המוצרים במשאית הקירור שברשותו.

התובע סיפק שירותי הובלה עבור הנתבע במשך כשמונה חודשים. לדברי התובע חלק מהשכר עבור ההובלה עדיין לא שולם.

כמו כן הצדדים סיכמו שהתובע יעסיק עובדים צעירים (במחיר זול) שיעזרו בהובלה, והנתבע ישלם עבור עבודתם.

צריך לציין, לנתבע היה שותף בעסק והשותף לא נכח בדיון.

**טענות התובע**

התובע הציע לנתבע שתי אפשרויות: 1)- לשלם על כל הובלה 1,200 ש"ח ללא חשבונית. 2)- לשלם על כל הובלה 1,400 ש"ח עם חשבונית. מעבר לכך הנתבע צריך לשלם עבור שכר העובדים שעזרו בהובלה.

כל עוד שהנתבע לא ביקש חשבונית - מבחינת התובע החשבון היה ע"פ האפשרות הראשונה: 1,200 ש"ח עבור כל הובלה.

במהלך השמונה חודשים היו 27 הובלות לגוש עציון, ס"ה התובע חייב לנתבע: 32,400 ש"ח. (27 הובלות כפול 1,200 ש"ח).

על סכום זה צריך להוסיף עוד 3,150 ש"ח עבור שכר העובדים.

על סכום זה צריך להוסיף עוד 700 ש"ח עבור הובלה נוספת לעין כרם.

סך הכל החוב היה: 36,250 ש"ח.

**התובע מודה שכבר קיבל מהנתבע את הסכומים הבאים:**

הנתבע שילם במזומן: 22,000 ש"ח.

כמו כן הנתבע נתן לתובע במכולת מצרכי מזון בשווי 4,000 ש"ח.

כמו כן הנתבע נתן המחאה לתובע (תשלום שהועבר לגמ"ח) בסך 2,500 ש"ח

**סך כל החוב שהנתבע חייב לתובע הוא 7,750 ש"ח.**

מכיוון שהעסק היה של שני שותפים, טוען הנתבע: שותף אחד (שלא נכח בדיון) מוכן לשלם חצי מהסכום הנ"ל, וכעת הוא תובע את השותף השני (הנתבע בדיון) על מחצית מהסכום, דהיינו על 3,875 ש"ח.

במהלך הדיון, התובע אמר שמוותר על סכום ההובלה לעין כרם, כך שמסכום התביעה יורדים 700 ש"ח, הדיון בסופו של דבר התעגל לסכום של 3,500 ש"ח.

**טענות הנתבע**

הנתבע ביקש מהתובע מספר פעמים שיביא לו חשבוניות, הנתבע חזר והדגיש: ללא חשבונית - אין תשלום. כל בעל חוב שהביא חשבונית - קיבל מהנתבע מיד את תשלום החוב, אך התובע כלל לא נתן חשבונית.

העסקת התובע הייתה מול השותף השני שלא נוכח בדיון, השותף שילם לתובע. כעת הנתבע נמצא בסכסוך עם השותף השני.

התובע טוען שהסכום שנקבע הוא 2,200 ש"ח עם חשבונית עבור כל הובלה, (ולא 1,400 ש"ח עם חשבונית כדברי התובע).

התובע מודה שהעבודה נעשתה במהלך שמונה חודשים, רק הנתבע לא יודע כמה הובלות נעשו ע"י התובע, איזה סכום שולם ואיזה סכום עדיין לא שולם. הנתבע לא מאמין לתובע ולא מאמין לשותף שלו. והוא חושש אולי התובע כבר קיבל את כל הסכום מהשותף השני וכעת רוצים להוציא ממנו עוד כסף.

התובע עוד טוען שהפסיד בתשלומי המס בחישוב השנתי, בגלל שלא קיבל את החשבוניות מהתובע.

הנתבע הוסיף: אשתו של התובע אמרה לנתבע, שהשותף השני נתן לתובע 5,000 ש"ח, אך התובע מכחיש זאת וטוען שהשותף השני שילם לתובע רק 1,500 ש"ח.

**השאלות לבירור:**

א. דין איני יודע אם פרעתיך.

ב. שותף שלא יכל לדעת מפירעון החוב.

ג. האם הדרישה להביא חשבונית דומה למתנה: אל תפרעני אלא בעדים.

ד. הפסדים שנגרמו לנתבע בגלל שלא קיבל חשבונית.

ה. שותף שלא נכח בדיון.

ו. ערבות השותפים.

**א- איני יודע אם פרעתיך**

הנתבע מודה שהתובע עבד עבורו במשך כשמונה חודשים. בתקופה זו הנתבע קיבל את שכרו מהמועצה בגוש עציון, לא התקבלו תלונות על כך שמוצרי המזון לא הגיעו ליעדם, משמע שהתובע אכן עשה את עבודתו והוביל את מוצרי המזון ליעדם. השאלה היא א"כ אינה האם בכלל יש חוב כלפי התובע, אלא ברור שהיה חוב והשאלה היא האם הנתבע פרע את חובו.

הגמ' במסכת בבא קמא דף קיח עמוד א דנה בהבדל בין שתי השאלות הנ"ל, בין אדם שטוען מעולם לא הייתי חייב לך ובין אדם שטוען אכן הייתי חייב לך אך איני יודע אם עדיין אני חייב לך.

בגמרא מובא: "איתמר: (התובע טוען טענת ברי:) מנה לי בידך, והלה אומר איני יודע, (הנתבע טוען טענת שמא) - **רב הונא ורב יהודה** אמרי: חייב (הנתבע לשלם), **ור"נ ור' יוחנן** אמרי: פטור, (הנתבע פטור מלשלם. רש"י כתב: הנתבע חייב בשבועת היסת, שכן אפ' אם היה טוען ברי שלא חייב כלום, היה צריך להישבע). **רב הונא ורב יהודה** אמרי: חייב, ברי ושמא - ברי עדיף; **ר"נ ור' יוחנן** אמרי: פטור, אוקי ממונא בחזקת מריה". (הנתבע מוחזק במעות, ונעמיד ממון בחזקת בעליו).

הרא"ש (סימן לב) הביא מספר הלכות שיוצאות מדברי המשנה והגמ':

א. התובע את חברו שחייב לו מנה, והנתבע אומר איני יודע אם בכלל לוויתי ממך - פטור מלשלם, אבל חייב בשבועת היסת. (דברי רב נחמן ורבי יוחנן: העמד ממון על חזקתו ולא אומרים בריא ושמא ברי עדיף. השב שמעתתא {ב ז} כתב: גם רב נחמן מסכים שבריא ושמא, ברי עדיף, אך כאן זהו ברי וברי, שכן לשמא של הנתבע מצטרפת חזקת ממון שברשותו, כך שיש כאן בריא מול בריא, ולכך הנתבע פטור מלשלם).

ב. מכיוון שהנתבע טען טענת שמא, אם רוצה לצאת ידי שמים - ישלם לתובע. (דברי רבי חייא בר אבא בשם רבי יוחנן).

ג. התובע את חברו שחייב לו מנה, והנתבע מודה על עצם החוב, רק אומר אולי החזרתי את חובי, (איני יודע אם פרעתי) - חייב לשלם, במקרה זה יש ללווה חזקת חייב, שהרי הודה שלווה, ולחזקת החיוב אנו מצרפים את טענת הברי של המלווה ובכך ניתן להוציא מיד הנתבע. לקמן נביא ארבעה טעמים לדין זה.

ד. אדם שמעצמו בא לחברו (ללא כל תביעה), והודה שגזלו או שלווה ממנו, אך הוא מסופק אולי החזיר את חובו - פטור מלשלם, אך צריך המודה לשלם בכדי לצאת ידי שמים. (גם רב נחמן ורבי יוחנן יודו בזה לרב הונא ורב יהודה).

ה. אדם שמעצמו בא לחברו ואומר אני מסופק על עצם החוב, אולי אני חייב לך - אינו צריך לשלם גם בבא לצאת ידי שמים.

במקרה שלנו התובע טוען טענת ברי: הנתבע ושותפו חייבים לי 7,750 ש"ח. הנתבע לעומת זאת מודה עקרונית על העבודה שבוצעה, אלא שטוען אולי אני או שותפי החזרנו את חובי, טענה זו נקראת בגמ': "**איני יודע אם פרעתי**", וע"פ ההלכה הנתבע חייב לשלם לתובע סכום זה. בדברי הפוסקים מצאנו ארבעה טעמים מדוע הנתבע חייב לשלם:

א. הקובץ שיעורים (ח"ב ס"ג) הסביר: **אין ספק מוציא מידי וודאי**. דהיינו, אין ספק פירעון מוציא מידי וודאי חיוב של התובע שאכן ביצע את עבודתו.

ב. השב שמעתתא הסביר: כאן **הורעה חזקת הממון שיש לנתבע**, שכן הנתבע מודה בעצם החוב, לכן חוזרים לדין שברי ושמא, ברי עדיף, והנתבע חייב לשלם.

ג. המשנה למלך (הלכות שאלה פרק ד הלכה א) הסביר: **טענת השמא של הנתבע גרועה**, שכן אילו באמת היה פורע את החוב - היה יודע זאת בוודאות, ומכיוון שהוא מסתפק וודאי שלא פרע את חובו.

הנתיבות בס"ק ז ביאר את הטעם להבדל בין שתי הטענות הנ"ל: כאשר הנתבע טוען **'איני יודע אם פרעתי חובי'** - טענתו נחשבת לטענת שמא גרועה. זאת מכיוון שמוטלת חובה על כל לווה לדעת האם פרע את חובו או לא פרע, ומכך שהלווה אומר איני יודע אם פרעתי - אנו חוששים שמא הוא משקר, ובאמת הוא לא פרע את החוב. (אומנם אם ברור לב"ד, שהנתבע באמת לא יודע - לא חושדים בו שהוא משקר). אבל כאשר הלווה טוען **'איני יודע אם אני חייב'** - הלווה נאמן, שכן לא הייתה מוטלת עליו שום חובה, שהרי הוא סבור שהוא כלל לא חייב כלום.

ד. הט"ז (סעיף כה) נשאל: לווה שפרע את חובו למלווה. לאחר מכן טוען המלווה שקיבל מהלווה מטבע אחת מזויפת, הלווה טוען: איני יודע אם באמת מטבע זו הייתה בין המטבעות שהבאתי לך בתשלום חובי.

הט"ז ענה: כאשר הלווה טוען: **'איני יודע אם לוויתי'** - הלווה פטור מלשלם (כנ"ל בדין א). הטעם לכך: רק עכשיו נולד הספק, כך שיש להעמיד אותו על חזקתו שהייתה קודם לכן, שהוא לא היה חייב כלום. אבל כאשר הלווה טוען: **'איני יודע אם פרעתי'** - חייב לשלם (כנ"ל בדין ג). זאת מכיוון שהלווה הודה על עצם ההלוואה, כך שהוא מוחזק כחייב בתשלום, ואנו נעמיד אותו על חזקתו שהייתה לפני שנפל הספק (חזקת קמא), וזו חזקת החיוב שלו כלווה, ולכך חייב לשלם.

לאור זאת סיים הט"ז: במקרה הנ"ל, לא ניתן לחייב את הלווה. שבכל מקרה בו נופל ספק - יש להעמידו בחזקת קמא. ולאחר הפירעון, החזקת קמא של הלווה עומדת על כך שאין הוא חייב.

הפתחי תשובה בס"ק כז כתב על הנדון של **הט"ז**: הש"ך בסימן רלב ס"ק טו פסק בשם **מהרשד"ם** (חלק ג סימן פ): קונה ששילם למוכר עבור חפץ, ולאחר מספר ימים המוכר טוען שחלק מהמעות שקיבל היו מזויפות, (המוכר טוען ברי שהמעות מזויפות, והקונה טוען ברי שהן לא מזויפות) - הקונה נשבע ונפטר, אבל אם הקונה טוען טענת שמא, הוא לא בטוח שהמעות המזויפות באמת שלו או שהתערבו

למוכר מאדם אחר - הקונה חייב לשלם, שנחשב כמו לווה הטוען איני יודע אם פרעתי לך את החוב. ובמקרה שהמוכר טוען שמא קיבל מעות מזויפות, והקונה טוען בוודאות שנתן מעות טובות - הקונה פטור מלשלם. (בניגוד לט"ז שתמיד פטר את הלווה, מהרשד"ם פטר את הלווה רק אם טוען טענת ברי).

גם מדברי שו"ת פנים מאירות (חלק א סימן ס) יש מקום לחייב את הנתבע. היסוד של הפנים מאירות הוא **שחובו של הנתבע קיים עד אשר יבוצע בירור מדויק שאכן הנתבע שילם את כל חובו**. במקרה שלנו שני הצדדים מודים שבירור זה טרם נעשה, התובע והנתבע לא ישבו וערכו חישוב מדויק כמה סכום כבר שולם. הפנים מאירות פסק: כל עוד שבירור זה לא נעשה יש להחיל על הנתבע דין איני יודע אם פרעתיך ויהיה עליו לשלם את סכום התביעה, **רק לאחר בירור יסודי יוכל הנתבע לטעון איני יודע אם אני חייב לך**.

**ב- שותף שלא יכל לדעת מפירעון החוב**

**התוספות** במסכת בבא קמא דף מו עמוד א (ד"ה דאפילו) הקשו: יורש שאומר: 'חמשין אית ליה וחמשין לית ליה' - אנו מחייבים אותו בשבועה כדין מודה במקצת ואומרים: מה לי הוא ומה לי אבוהא, א"כ נאמר אותו דבר גם ביורש שאומר: 'חמשין ידענא וחמשין לא ידענא', נחייב אותו בשבועה ונאמר: מה לי הוא ומה לי אבוהא? התוס' ענו: יורש שאומר: 'חמשין ידענא וחמשין לא ידענא' - לא חייב שבועה, שכן היורש לא יכול לדעת על כל חובות אביו. ומכאן הסיקו התוס': גם באדם שלא יכל לדעת - לא אומרים מתוך שאינו יכול להישבע משלם. וכ"פ הרא"ש (פרק ו סימן טז).

הש"ך בסימן עב ס"ק נא: כתב: לדעת **הרמב"ם** (הלכות שאלה פרק ה הלכות ו-ז), גם כאשר לא יכל לדעת, (כגון בפיקדון) - אומרים מתוך שאינו יכול להישבע משלם.

הש"ך תירץ את קושיית התוס': רק ביורשים בגלל דין טענינן אנו לא אומרים מתוך שאינו יכול להישבע משלם. דהיינו היורשים הם לא הבעלי דבר, אלא אביהם הוא הבעל דבר, לכן הב"ד טוענים ליתומים טענה שאביהם יכל לטעון, ומכיוון שהאב יכל לטעון: חמישים אני חייב וחמישים אני בוודאות לא חייב, ובכך היה נשבע ונפטר, לכן גם כאן טוענים ליתומים ופוטרים אותם מלשלם.

הש"ך פסק כדברי הרמב"ם: "לדעת התוס' וסיעתם, א"כ פעמים הוי משואיל"מ ופעמים לא, ונצטרך לחקור אימתי הוה ליה לידע ואימתי לא ה"ל לידע, וזה דוחק, דכי נתנה התורה דבריה לשיעורין?! וגם לא מצינו בש"ס בשום מקום לחלק בכך, אלא נראה כהרמב"ם וסיעתו".

הטור כתב בשם בעל התרומות (מובא בשלטי דיבורים מס' שבועות דף ל עמוד א): מתי אנו אומרים שאם הנתבע אומר 'איני יודע' - חייב לשלם? רק כאשר הנתבע הוא הלווה עצמו, אבל אם הלווה מת, והנתבעים אלו היורשים שלא יודעים האם אביהם באמת חייב לתובע - פטורים היורשים, שכן אילו האב היה קיים, היה יכול לטעון שפרע את חובו ולהיפטר, ואף הב"ד טוענים ליורשים שהאב פרע

ונפטרים מלשלם[1]. היורש לא פשע בכך שלא ידע מחובות אביו, הוא לאמור לדעת עליהם, לכן למרות שטוען איני יודע אם פרעתיך, בכ"ז כאשר הלווה לא אמור לדעת הוא פטור מלשלם. וכ"פ המחבר בסימן עה סעיף טז.

הקצות בס"ק טז כתב: בשו"ת מהר"א בן חיים (ח"ב סי' א'), הוכיח מדברי בעל התרומות, שאם הלווה לא אמור לדעת, הוא פטור מלשלם גם כאשר טוען איני יודע אם פרעתיך. הקצות העיר: דבריו נכונים רק לפי שיטת התוס' והרא"ש, אבל לפי שיטת הרמב"ם, גם כאשר לא היה אמור לדעת - חייב לשלם, לא ניתן ללמוד מדין יורשים ששם פטור בגלל דין טענינן.

לעיל ראינו מספר טעמים מדוע האומר איני יודע אם פרעתי - חייב לשלם. **הנתיבות** בס"ק ז ביאר: טענתו נחשבת לטענת שמא גרועה. זאת מכיוון שמוטלת חובה על כל לווה לדעת האם פרע את חובו או לא פרע. מכאן משמע שבמקום שהוא לא אמור לדעת על החוב - פטור גם אם אמר איני יודע אם פרעתי. (בפסקה הבאה תובא הסתייגות שמדובר כאשר אין פשיעה), אבל **הט"ז** ביאר: בכל מקרה בו נופל ספק - יש להעמידו בחזקת קמא, לכן האומר איני יודע א פרעתי את החוב החזקת קמא שלו היא חזקת חייב. מכאן משמע שגם כאשר הוא לא אמור לדעת על החוב בכ"ז יש ללכת אחר חזקת קמא וחייב לשלם.

הנתיבות בס"ק ה כתב: גם לדעת המשנה למלך (הלכות שאלה פרק ד הלכה א), הלווה פטר כאשר לא היה אמור לדעת על החוב. הנתיבות פסק: אדם שאומר איני יודע אם פרעתי את החוב, והוא לא אמור לדעת - פטור מלשלם, אומנם **אם חסרון הידיעה נובע בגלל פשיעתו - חייב לשלם**. לכן מעסיק שאמר לחנווני שישלם לפועלים, החנווני טוען ששילם לפועלים, אך הפועלים טוענים שלא קיבלו - שניהם נשבעים וגובים מהמעסיק. ולכאורה המעסיק יוכל לומר שלא יכל לדעת האם החנווני שילם, ואמרנו שאם לא יכל לדעת - פטור גם באומר איני יודע אם פרעתי? אלא כ"ז רק בתנאי שאין פשיעה, אך במקרה זה יש פשיעה בהעברת התשלום דרך החנווני, לכן המעסיק חייב לשלם.

הרדב"ז (חלק ד סימן סט) דן באישה שקנתה בגד בהקפה, ולפני גירושיה הבעל לא מוכן לשלם על הבגד וטוען שלא היה אמור לדעת על החוב. הרדב"ז פסק: מתי אנו פוסקים שהאומר איני יודע אם פרעתיך - חייב לשלם? רק כאשר הלווה אמור לדעת מהחוב, אך אם יש אומדנה וסברה טובה שהוא אכן לא ידע מהחוב - הבעל פטור מלשלם.

[1] נחלקו הראשונים, האם היורשים צריכים להישבע: לדעת **הרי"ף**, היורשים נשבעים שבועת היסת, שאינם יודעים כלום. וכן כתב ר"י ברצלוני: היורשים צריכים להישבע 'שלא פקדני אבא'. אבל לדעת **הרא"ש והעיטור**, היורשים כלל אינם נשבעים, לא שבועת היסת ולא שבועת היורשים 'שלא פקדנו אבא'. שכן יורשים צריכים להישבע רק כאשר הם רוצים לגבות, אך אין הם נשבעים בכדי להיפטר. וכ"פ המחבר.

**ג- אל תפרעני אלא בעדים**

הנתבע הדגיש מספר פעמים שהוא ישלם רק לאחר קבלת חשבונית, וללא חשבונית לא יהיה תשלום. כאן נעשה תנאי בין הצדדים וכל תנאי שבממון תקף.

דין דומה מצאנו במלווה המתנה עם הלווה שיפרע רק בנוכחות עדים, התנאי תקף והלווה לא יכול לומר שפרע ללא נוכחות העדים, שכן יש כאן 'אנן סהדי', שאילו היה הלווה פורע, היה עושה זאת בנוכחות עדים, ומכיוון שאין עדים על הפירעון - אנן סהדי שלא פרע, כמבואר בגמ' במסכת שבועות דף מא עמוד ב ובסימן ע סעיפים ג-ה.

אומנם יש לדחות זאת בגלל מספר טעמים:

א. **הסמ"ע** בס"ק יא הדגיש: מדובר שיש עדים שאכן היה תנאי בין המלווה ללווה שהלווה יפרע את חובו רק בנוכחות עדים, אם **אין עדים על התנאי** - הלווה יכול להכחיש שכלל לא היה תנאי כזה. וכ"פ הש"ך בס"ק ח[2].

ב. המשנה למלך (הלכות מלוה ולוה פרק טו הלכה א) כתב: אם **המלווה מודה שקיבל חלק מהסכום ללא עדים** - נאמן הלווה לומר ששילם את כל החוב ללא עדים, שכן החזקה שהלווה לא יפרע ללא נוכחות עדים הורעה ברגע שהמלווה הסכים לקבל חלק מהסכום ללא עדים[3].

ג. הנתבע ושותפו **שילמו במספר הזדמנויות ללא חשבונית**, ובכך ביטלו את החזקה שנצרת מהתנאי.
**הרא"ש** (סימן יא) כתב: צריך שהלווה יסכים לתנאי זה כמו בכל תנאי שדורש את הסכמת שני הצדדים, אך אם הלווה מחה ולא הסכים לתנאי, (הלווה לא הסכים לפרוע רק בנוכחות עדים) - הלווה לא חייב לפרוע לו בנוכחות עדים. וכן פסק **הש"ך** בס"ק ט: ע"פ ניסוח הרמב"ם משמע, שמדובר בלווה שלא מחה כנגד התנאי, כאן אין אומדנא דמוכח, כי הלווה סומך על כך שמחה והתנגד לתנאי ואמר שיפרע ללא עדים[4].
ע"פ דברי הרא"ש ופסיקת הש"ך, התנאי לא חל כי התובע ציין בתחילת העסקתו שלא יביא חשבונית אלא רק בתוספת תשלום.

---

[2] אומנם הקצות בס"ק ד כתב: לדעת **כנסת הגדולה** (הגהות הטור בס"ק יב), גם אם התנאי בוצע ללא עדים, אם הלווה הודה בקיום התנאי - התנאי מחייב אותו. המיגו לא מועיל בגלל שנחשב למיגו במקום עדים, שהרי יש אומדנא שהלווה לא יפרע ללא נוכחות עדים כמבואר לקמן. אך וודאי שניתן לצרף את שיטת הסמ"ע בכדי לדחות טענה זו.

[3] לווה לא נאמן לטעון שפרע תוך זמנו בגלל החזקה שאין אדם פורע תוך זמנו, (כמבואר במסכת בבא בתרא דף ה עמוד א, ונפסק להלכה בסימן עח סעיף א), אך אם המלווה מודה שקיבל חלק מהחוב בתוך זמנו - הורעה החזקה ונאמן הלווה שפרע הכל.

[4] אומנם **הר"ן** (שם) כתב: תנאי זה (שהלווה יפרע את חובו רק בנוכחות עדים) לא צריך לקבל את הסכמת הלווה, לכן גם אם הלווה מחה ולא הסכים לכך - התנאי חל בגלל האומדנא דמוכח שהלווה לא ירצה שיחשדוהו כשקרן. אך וודאי שניתן לצרף את שיטת הרא"ש בכדי לדחות טענה זו.

**ד- הפסדים שנגרמו לנתבע בגלל שלא קיבל חשבונית**

התובע היה צריך להביא חשבונית לנתבע, החשבונית נחשבת כעין שטר חוב בו נותן השירות (התובע בעל חברת ההובלות) מבקש את שכרו ממקבל השירות (הנתבע). מקבל החשבונית יכול לקבל בחזרה את סכום המע"מ (החזר מס תשומות) כפי שכתוב בחשבונית.

התובע לא העביר חשבונית לנתבע, כעת הנתבע סגר את העסק, והתיק במס ג"כ נסגר ולא ניתן יותר לקבל החזר מהמס, כך שנגרם הפסד לנתבע.

הפסד זה שגרם התובע לנתבע מוגדר ע"פ ההלכה כגרמא, ובדיני גרמא לא ניתן לחייב בדיני אדם אלא רק בדיני שמים.

אומנם התובע תופס ברשותו סכום כסף שצריך לשלם לתובע (עבור ההובלות), השאלה היא האם יכול הנתבע לתפוס את הסכום שהתובע הפסיד לו בהחזרי המס, השאלה לדיון היא, האם יכול אדם לתפוס ממי שחייב לו בדיני שמים?

ניזק שתפס מאדם שחייב לו בדיני שמיים - אם החיוב בידי שמים הוא חיוב **תשלום** (אלא שב"ד לא גובים) כדברי **המאירי** (מס' ב"ק דף נו.) - יכול הניזק לתפוס מעצמו מנכסי המזיק, שכן המזיק החייב בדיני שמים נקרא גזלן, דהיינו יש גם חיוב ממוני מעבר לענישה בידי שמים.

אבל הקצות בסימן כח בס"ק א כתב בשם **ריב"ש** (סי' שצב ד"ה ובנדון זה ג"כ): לא ניתן לתפוס ממון של אדם החייב בדיני שמים, (כגון אדם שהזיק בגרמא וכד'), ואם תפס - מוציאים ממנו. "וכן כתב הש"ך בס"ק ב בשם מהרש"ל (יש"ש סימן ו): התובע אינו יכול לתפוס את ממון העדים שנמנעו מלהעיד, ואם תפס - מוציאים ממנו.

הפתחי תשובה בסימן כח ס"ק ו כתב: הש"ך בסימן עה בס"ק כו חזר והביא את דברי ריב"ש, שגם לדעת הרמב"ן (מס' ב"מ דף ה: ד"ה מדקאמרינן), אסור לתפוס מאדם שחייב בדיני שמים.

הגאון רבי עקיבא איגר (סימן כח על דברי הש"ך) כתב: הנימוקי יוסף (מסכת ב"מ דף לח.) כתב: לדעת **הרשב"א והר"ן**, אם אדם תפס ממי שחייב לו בדיני שמים - לא מוציאים ממנו. הגר"ע אייגר סיים: "נמצא דין זה תלוי באשלי רברבי במחלוקת הראשונים. ולדינא יש לעין אם יכול התופס לומר קים לי כהסוברים דמהני תפיסה".

התומים בס"ק ד כתב: לא ניתן לתפוס מאדם שחייב לו בדיני שמים, ורק אדם שחייב לו ממון אך בגלל שגם חייב מיתה הוא פטור מלשלם בקים ליה בדרבה מיניה - יכול הניזק לתפוס. וכ"פ הנתיבות בס"ק ו.

המשנה למלך (הלכות מלוה ולוה פרק ד הלכה ו) כתב: "מאחר שהתפיסה עצמה במחלוקת היא שנויה אי מהני אי לא - **אין לומר קים לי** (לא ניתן לתפוס ולומר קים לי כדעת המאירי שהתפיסה מועילה), כמו שהשרישונו הרבנים האחרונים".

אבל **כנסת הגדולה** (הגהות טור חושן משפט סימן כח בס"ק כה) כתב: במקרים בהם לכו"ע המזיק חייב בדיני שמים - אם תפס לא מוציאים ממנו, אבל במקרים שיש בהם מחלוקת בין הפוסקים האם חייב בדיני שמים או לא חיב בדיני שמים - אם תפס מוציאים ממנו. (כך גם כתב בהגהות בית יוסף חושן משפט סימן כה בס"ק לד).

מדברי הפוסקים נראה שלא ניתן לתפוס מעות גם כאשר המזיק חייב לתופס בדיני שמים. אומנם דיון זה איננו רלוונטי מכיוון שהנתבע הודה שהיה חייב לתובע 59,400 ש"ח (2,200 ש"ח לכל הובלה כפול 27 הובלות), אך כאן זהו מקרה הפוך מהמצוי בו דווקא התובע טוען שהחוב הוא פחות ממה שהנתבע טען, לטענת התובע החוב היה 32,400 ש"ח. (1,200 ש"ח לכל הובלה כפול 27 הובלות). כך שההנחה שהנתבע היה מקבל ממס הכנסה כבר כלול בהפרש בין הסכומים.

**ה- שותף שלא נכח בדיון**

**שותפים תובעים -** בגמ' במסכת כתובות דף צד עמוד א מובא: שני שותפים שתבעו אדם לדין תורה, שותף אחד הגיע לדיון ושותף שני לא הגיע, והנתבע חויב **בשבועה** - השותף שלא היה בדיון לא יכול לדרוש מהנתבע שישבע שוב על חלקו, (גם אם הוא לא היה בעיר), שכן מספיק שהנתבע ישבע פעם אחת לאחד השותפים, ושבועה זו מועילה גם לשותף השני (שבועה לאחד שבועה למאה). וכ"פ המחבר שולחן ערוך חושן משפט בסימן קעו סעיף כד.

אומנם אם התובע הפסיד בדין ונדרש לשלם **ממון,** במקרים הבאים יכול השותף השני לדרוש דיון נוסף על חלקו:

א. השותף השני **לא היה בעיר**, כך שלא יכל להגיע לדיון. הטור הוסיף: הנתבע יכול להטיל על השותף השני חרם אם הוא משקר וכן ידע על הדיון ובכ"ז לא הגיע. המחבר בסימן קעו סעיף כו כתב זאת בשם וי"א.

ב. השותף השני נמצא בעיר, והשותף הראשון **הודה שחייב**, אך השותף השני טוען טענות אחרות שמזכות אותו. וכ"פ המחבר בסימן קעו סעיף כו.

ג. השותף השני נמצא בעיר, והשותף הראשון אמר **שאין לו ראיות**, אך השותף השני טוען שיש לו ראיות שמזכות אותו. וכ"פ המחבר בסימן קעו סעיף כו.

אבל אם השותף השני היה בעיר, ואין לו ראית נוספות, וכן השותף הראשון לא הודה ולא טען טענה שמחייבת אותו - ההפסד של התובע הראשון חל גם על התובע השני למרות שלא היה בעיר, שהרי יכול להגיע לדיון ולא הגיע, משמע שמינה את השותף הראשון לשלוחו[5].

[5] הש"ך בסימן קכב ס"ק לז כתב: בדרך כלל שני השותפים מודעים לתביעה, לכן יכול שותף אחד לתבוע על כל הסכום ולהיחשב כשליח של השותף השני גם ללא הרשאה, אומנם אם **ידוע לנו בוודאות שהשותף השני לא היה מודע לתביעה** - לא ניתן לדון על החלק של השותף השני שלא מודע לתביעה.

לכאורה יש סתירה בין פסקי המחבר. בסימן קעו סעיף כו המחבר פסק שגם אם השותף השני בעיר - יכול לתבוע דיון נוסף אם יכול להביא ראיות או טענות אחרות, אבל בסימן קכב סעיף ט המחבר פסק, שאם השותף השני היה בעיר, שוב לא יכול לטעון שום טענה, "שהרי אומר לו: למה לא באת לתבוע גם אתה"?

א. הסמ"ע בסימן קכב ס"ק יט ענה: כאשר **השותף השני נמצא בעיר** לא ניתן לעשות דיון נוסף אא"כ אנחנו יודעים שיש לו ראיות חדשות, (כאשר לשותף השני יש טענות חדשות, הוא יכול לומר לשותף הראשון לתקוני שדרתיך ולא לעוותי, חשבתי שתאמר את הטענות הללו ולא אמרת, לכן הוא יכול לדרוש דיון נוסף), אך כל עוד שלא ידוע לנו שיש לשותף השני ראיות חדשות - לא מקיימים דיון נוסף כמבואר בסימן קכב, אומנם אם **השותף השני לא היה בעיר** - ניתן לקיים דיון נוסף גם אם לא ידוע לנו שיש לו ראיות חדשות, וגם אם השותף לא טוען טענות חדשות.

ב. הש"ך בסימן קכב ס"ק לח ענה: המחבר בסימן קכב הביא את שיטת הרמב"ם, שאם השותף היה בעיר, לעולם לא יוכל לדרוש דיון נוסף, גם אם יש לו טענות וראיות אחרות, אך המחבר סבור כדבר הרא"ש בסימן קעו, שיכול השותף לתבוע דיון חדש אם יש לו טענות חדשות, המחבר בסימן קכב רמז שצריך עוד להסתכל בסימן קעו, כי יש שם שיטה אחרת, וכך כתב המחבר: "ויתבאר זה עוד בסימן קעו סעיף כה וסעיף כו". אומנם הש"ך עצמו סבור כדעת הרמב"ם כמובא בסימן קכב, שאם התובע היה בעיר - שוב לא ניתן לדרוש דיון נוסף גם אם יביא טענות חדשות.

הדרכי משה (אבן העזר סימן פה ס"ק ב) כתב בשם ריב"ש (סימן תצו): "הא דאין צריך הרשאה - היינו לדון, אבל לעשות פשרה - צריך הרשאה". וכ"פ הרמ"א באבן העזר סימן פה סעיף ד. הגר"א בס"ק ט כתב: הבעל יכול לדון בנכסי אשתו כדין שותף, אך לשותף יש רשות רק לדון ולא לעשות פשרה גם לא על חלקו. מכאן ניתן ללמוד, **שאם מלכתחילה השותף ביקש לפשר -** אין הפשרה מחייבת את השותף השני שלא נכח בדיון, אומנם מסתבר **שפשרה הניתנת במסגרת דין תורה -** הפשרה נחשבת חלק בלתי נפרד מהפסק דין.

**שותפים נתבעים - ראבי"ה** (מובא בהגהות אשרי סימן יב) **והמרדכי** (סימן רלט) כתבו: עד עכשיו דיברנו על שותפים תובעים, אך אם השותפים הם נתבעים, ורק שותף אחד הגיע לדיון ויצא חייב - לא אומרים שהשותף הראשון הנתבע הוא שליחו של השותף השני, למרות שהשני נמצא בעיר, כך שיכול השותף השני לדרוש דיון נוסף על חלקו. דברי המרדכי הובאו בבית יוסף בסימן קכב, וכן בדרכי משה בסימן קעו ס"ק יב, וכ"פ הרמ"א בסימן קעו סעיף כה, והסמ"ע בסימן קכב ס"ק יח.

אבל **הרא"ש** (שם) כתב: "ונפקא מינה שב"ד **יורדין לנכסיו** ואינו יכול לדחות עצמו עד שירדו עמו לדין". משמע מדבריו, שניתן להוציא ממון מהשותף השני כאשר הוא היה בעיר בזמן הדיון.

הש"ך בסימן קכב ס"ק לו כתב: אין לבאר כפי הבנת הבית יוסף שהרא"ש חולק על המרדכי, אלא אין מחלוקת בניהם, וכל אחד דיבר על דבר אחר. הרא"ש דיבר על קרקע והמרדכי דיבר על מטלטלים.

דהיינו **במטלטלים** שייך לומר כדברי המרדכי שהשותף הראשון לא היה שליחו של השני, אדרבה השותף השני לא רצה להיות צד בתביעה, ומכיוון שמדובר במטלטלים שחסרים גוביינא, (המטלטלים נמצאים בחזקת השותפים, והתובע צריך לגבות ולהוציא את המטלטלים מהשותפים הנתבעים), לכן השותף השני יכול לדרוש דיון נוסף על חלקו. אומנם **בקרקע** שעומדת במקומה ולא חסר גוביינא, (בקרקע רק צריך לברר מי הבעלים על הקרקע), אם שותף נתבע אחד יצא חייב בדין - גם השותף השני חייב כדברי הרא"ש, כי השותף הראשון הוא שליח שלו.

ערוך השולחן בסימן קכב סעיף יז פסק כדברי הש"ך והוסיף: כך גם הדין במטלטלים או מעות של השותפים שנמצאים ברשות התובע שלא מחוסרים גוביינא ואם שותף אחד הפסיד בתביעה - גם החלק של שותפו נכלל בהפסד ויכול התובע להמשיך להחזיק את המעות ברשותו.

חילוק זה של **הש"ך** מבוסס על דברי הרמ"ה {מובא בטור בסימן קעו}, וכך גם כתב הסמ"ע בסימן קעו ס"ק נט, אבל **הט"ז** (בסימן קעו סעיף כה) כתב: אילו הרמ"א היה פוסק כדעת הרמ"ה, היה עליו לחלק בין קרקע לבין מיטלטלים כפי שהרמ"ה חילק, אך הרמ"א לא חילק כך, משמע שלא סבור כדעת הרמ"ה אלא כדעת המרדכי, שגם בקרקע וגם במיטלטלים לא ניתן לחייב את השותף הנתבע שלא נכח בדיון, בגלל הסברא שכל אדם יעדיף להשתמט ולהימנע מדיון עד שיתבעוהו בפועל, כך שלא ניתן לומר שהשותף הראשון היה שליח של השותף השני.

במקרה כאן, השותפים הם הנתבעים. התביעה היא על מטלטלים (מעות), בכדי לחייב את השותף השני שלא נכח בדיון, יש לקיים דיון נוסף בנוכחותו.

**ו- ערבות השותפים**

הרמ"א בסימן עז סעיף א פסק בשם המגיד משנה (הלכות מלוה ולוה פרק כה הלכה ט): דין שני שומרים על פיקדון, כדין שניים שלוו, כך שאם אין לשומר אחד אפשרות לשלם ניתן לגבות את כל החוב מהשומר השני מדין ערב.

הש"ך בסימן עז ס"ק א העיר: הרמ"א בשו"ת (סימן כז) פסק אחרת: שניים או שלושה שומרים - לא אומרים שכל השותפים ערבים על התשלום, אלא רק אם היה תנאי מפורש. הרמ"א הוכיח זאת מדברי הגמ' במסכת בבא קמא דף י עמוד א: מפקיד שמסר את שורו לחמישה שומרים, ואחד מהם הסתלק מהשמירה, אם הארבעה הנותרים הסכימו להמשיך לשמור - הם חייבים לשלם, (כדברי הרא"ש בסימן ט), ולא אומרים שהראשון ערב לשאר חבריו השומרים[6].

[6] הנתיבות בסימן עז ס"ק א ציין: הרמ"א הביא עוד הוכחה לדבריו, מדברי הגמ' במסכת בבא מציעא דף לו7 עמוד א: "המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד", כך שהם נחשבים שותפים בשמירה, ואם הם פשעו - פטור מלשלם ולא אומרים שהוא ערב לתשלום.

הש"ך דחה את דברי הרמ"א, שכן מדברי הראשונים (הרמב"ן במס' שבועות דף לח: ובדברי הרא"ש סימן ב, והר"ן דף יז.) "מוכח דאף בסתם פקדון - דינו כהלוה לשנים". הגמ' במסכת בבא קמא רק דנה האם השומר הראשון נחשב **מזיק** או לא נחשב מזיק, אך כלל לא דנה על דיני **ערב**, ולעולם השומר הראשון נחשב לערב ואם לא ניתן לגבות משאר השומרים - גובים מהראשון.

התומים בסימן עז ס"ק א כתב: יש לחלק בין שומר ובין לווה או שואל. **בהלוואה וכן בשאלה** יש לומר ששני לווים או שני שואלים הם ערבים זה לזה, שכן המלווה או המשאיל עשה להם טובה, ובגין אותה טובה הם משתעבדים ומוכנים להיות ערבים זה לזה, אבל **בפיקדון** אין טובה, ולכן יש לקיים את פסק הרמ"א בפיקדון שאין שני השומרים ערבים זה לזה.

מהרש"ל (יש"ש מסכת ב"ק פרק א בס"ק כז) כתב: גם כאשר השומר הראשון פטור מלשלם, (כגון שהארבעה הסכימו לשמור על החפץ), אם השומר הראשון עשיר, וארבעת השומרים עניים, ולא ניתן לגבות מהארבעה - יכול המפקיד לגבות מהשומר הראשון העשיר, והוא לאחר מכן יכול לתבוע את חבריו השומרים שישתתפו עמו בתשלום. הטעם לכך: למרות שהשומר הראשון עזב את השמירה, עדיין הוא נקרא שומר ומוטלת עליו אחריות, לכן ניתן לגבות ממנו את התשלום.

הנתבע טוען שהוא נושא את החובות שנוצרו מהשותפות בצרכנייה על גבו, כאשר רוב ניכר של החוב - הנתבע משלם ולא שותפו. כעת הוא נמצא במצוקה כלכלית ובתהליכי מכירה של ביתו בכדי לשלם את החובות שיש להם.

לאור דברי מהרש"ל יש לומר ששותף הנתבע (שלא נכח בדיון) ערב לחוב, ובמידה והתובע מעוניין לגבות את כל החוב - יש לערוך דיון בנוכחות השותף שני. כל עוד שדיון זה לא התקיים - לא ניתן להוציא את כל הסכום מידי הנתבע. ע"פ שיקול דעת הבית דין ולאור אומדנות נוספות - יש לחייב את הנתבע בשליש מהסכום בסך 1,166 ש"ח.

**ז- החלטות**

1. הנתבע ישלם לתובע 1,166 ש"ח.
2. התובע יוכל, אם יחפוץ בכך, לדרוש דיון נוסף על שאר הסכום, בנוכחות השותף השני.

---

הנתיבות דחה את דאיית הרמ"א: שם לא מדובר בשומרים שותפים אלא בשומר שמסר לשומר, כאשר השומר הראשון מסתלק מהאחריות על השמירה ומעמיד את השומר השני כאחראי בלעדי שיעמוד במקומו ("אוקי גברא בחריקאי"), אין שותפות וממילא אין ערבות, אבל בשני שומרים שותפים יש ערבות אחד לשני.

# רכב שהזיק את שער הישוב

**המקרה**

הרכב של התובע נכנס לשער הישוב תוך כדי שהשער היה בתהליך סגירה. לרכב של התובע נגרם נזק בסך 800 ש"ח (ללא מע"מ), וכן לשער נגרם נזק בסך 2,000 ש"ח.

**טענות התובע**

התובע לפני הכניסה לישוב עצר לצורך שיחת טלפון וראה שהשער לא נסגר. לדבריו הוא נסע בצורה סבירה, לא ניסה לעקוף, ולא שם לב שהשער היה בתהליך סגירה.

התובע טוען שיש תקלות בשער, העינית שאמורה לעצור את השער לא עובדת.

כמו כן, ע"פ תקנות פיקוד עורף (מפרט טכני הקמת מרכיבי ביטחון סעיף 6.03), צריך שהשער יהיה ברוחב שישה מטרים, כדי למנוע תאונות, כאן בישוב אין את המרחק הנדרש.

**טענות המזכירות**

השער עובד באופן תקין. העין האלקטרונית ג"כ עובדת כראוי. פעילות השער איטית, ויש תושבים שמנסים למהר ולהיכנס לפני שהשער ייסגר.

בכדי למנוע נזקים כאלו, אחראי הביטחון התקין 3 פסי האטה (במפרים), תמרור עצור ורמזור.

לאחר התאונה מזכירות הישוב הזמינה איש מקצוע שבדק את השער וקבע כי אין כל תקלה בשער.

**השאלות לבירור:**

א. גדר חיוב נזק הנגרם מרכב.

ב. דין מזיק שהזיק בגלל פשיעת הניזק.

ג. הפטור של הגמ' בגלל "שאין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים".

ד. האם יש כאן פטור של מזיק באונס?

ה. דין הנזק שנגרם לרכב ודין הנזק שנגרם לשער.

**א- גדר חיוב נזק הנגרם מרכב**

נזק הנגרם מרכב האם יש לדונו כדין אדם המזיק או כדין ממונו שהזיק? יש לכך נ"מ מאוד גדולה להלכה, אם נגדיר את הנזק ע"פ דיני **אדם המזיק**, הרי שאדם מועד לעולם וחייב לשלם, אך אם נגדיר את הנזק **כממונו שהזיק**, הרי שנצטרך להחיל עליו את דיני בור, ובכך לא יהיה ניתן לחייב את הנהג על ההיזק של השער, שהרי אין חיוב בנזקי בור על כלים.

בגמ' במסכת בבא קמא דף כח עמוד ב (וכן בדף ה עמוד ב, ובדף מח עמוד ב) מובא: "מכדי אבנו וסכינו ומשאו - מבורו למדנו, וכולן אני קורא בהן: שור - ולא אדם, חמור - ולא כלים. והני מילי לענין קטלא, אבל לענין נזקין - אדם חייב, וכלים פטורין". דהיינו, מהפסוק אנו למדים שחיוב בור הוא רק על בהמה שניזוקה מהבור, או על אדם שניזוק בבור, אבל לא על כלים שנשברו בבור[7], ולא על אדם שמת בבור. וכ"פ המחבר בסימן תי סעיף כא.

הנימוקי יוסף (מסכת בבא קמא דף טו עמוד ב) כתב: "משום דלא אמרינן הכי (מתי מחילים דיני בור), אלא היכא דנפיל ושדי דדומיא דבור דלא שליט בגופיה, **אבל היכא דקאי אנפשיה - לאו תולדה דבור היא, אלא כמאן דאזקיה בידים דמי**".

הרא"ש (כלל קא סימן ה) כתב: אדם שעבר עם סוסו ופגע בסוס החתן, יש להחשיבו כמזיק בגופו, שכן הוא רוכב על הבהמה ומנהיג אותה. וכ"פ המחבר בסימן שעח סעיף ט.

הנהג הוא זה ששולט ברכב, הוא קובע מתי להגביר מהירות, מתי להאט ומתי לעצור את הרכב. לכן ללא ספק יש להחיל על הנהג את דיני אדם המזיק.

וכך מובא ביביע אומר (חלק ט - חושן משפט סימן ה): "וכן כאן משעה שהדליק את המנוע של המכונית ע"מ לנסוע בה, נחשב בידים הוא, ולא גרמא, [וע' בשו"ת אבני נזר (חאו"ח ס"ס שפח), ובשו"ת הר צבי (חאו"ח סי' קלד). ודו"ק]. וע' להחזון איש (מועד סי' לו), שכתב, שהחורש בשבת ע"י מכונה, אף שהאדם לוחץ לחיצה אחת, ותנועת הגלגל נמשכת מאליה, מ"מ כל החרישה נחשבת גירי דיליה, ומעשה ידיו הם, וכמ"ש הנימוקי יוסף בדין אשו משום חציו. ע"ש. עכ"פ אין לומר שהעושה חבלה ע"י המכונית נחשב לגרמא, אלא כעושה בידים. ושלם ישלם המבעיר את הבערה. וחייב בשבת וריפוי".

**ב- מזיק שהזיק בגלל פשיעת הניזק**

התובע טוען שיש תקלות בשער, העינית שאמורה לעצור את השער לא עובדת, כך שההיזק נגרם בגלל הפשיעה של הישוב שלא תיקן את התקלות הקיימות בשער.

---

[7] התוספות במסכת בבא קמא (דף י. ד"ה שייר בטמון) - "דכל מילי דלאו בעלי חיים - ממעטים". דהיינו הפטור של כלים בבור הוא לאו דווקא כלים, אלא **כל דבר שלא בהמה - נחשב לכלי ופטור בהיזק בור**.

השאלה לדיון: אנו יודעים שאדם המזיק חייב לעולם, אך בהנחה שהניזק אכן פשע, האם יש בכך בכדי לפטור את המזיק מחיוב על הזיקו?

המשנה במסכת בבא קמא דף כו עמוד א כתבה: "אדם מועד לעולם, בין שוגג בין מזיד, בין ער בין ישן". בגמ' מובא: "מנא הני מילי? אמר חזקיה, וכן תנא דבי חזקיה, אמר קרא: פצע תחת פצע, לחייבו על השוגג כמזיד, ועל האונס כרצון".

דין אדם המזיק נראה ברור ומוחלט: המזיק תמיד חייב לשלם. אך בכ"ז מצאנו מספר מקרים בהם הגמ' פטרה את אדם המזיק[8]:

א. המשנה במסכת בבא קמא דף כז עמוד א כתבה: "המניח את הכד ברה"ר, ובא אחר ונתקל בה ושברה - פטור". שמואל בגמ' העמיד: מדובר בנתקל בלילה שלא יכל לראות, כמבואר בסימן תיב סעיף ב.

ב. בירושלמי (מסכת בבא קמא פרק ב הלכה ח) מובא: אדם שהלך לישון, ובא השני וישן לידו, והראשון הזיק לשני - הראשון פטור מלשלם. וכ"פ המחבר בסימן תכא סעיף ד.

ג. הגמ' במסכת בבא קמא דף קיב עמוד א כתבה: אב ששאל פרה מחברו ונפטר, היורשים יורשים כל זכות שיש לאביהם בפרה, לכן הם יכולים להשתמש בפרה, אך אם הפרה מתה - היורשים פטורים מאונסים, רק האב חייב באונסים, שכן הוא זה ששאל את הפרה, אבל הבנים לא קיבלו על עצמם חיוב על האונסים ועבורם זהו אונס גמור. וכ"פ המחבר בסימן שמא סעיף ג.

ד. המשנה במסכת בבא קמא דף לב עמוד א כתבה: אדם המחזיק בחבית הלך ראשון, ומאחוריו הלך אדם עם קורה. בעל החבית נעצר בצורה פתאומית והחבית נשברה בגלל הקורה - בעל הקורה פטור. וכ"פ המחבר בסימן שעט סעיף ג.

ה. בגמ' במסכת בבא קמא דף צט עמוד ב מובא: טבח שניבל בהמה, אם עבד **בחינם** והוא טבח אומן - פטור מלשלם. וכ"פ המחבר בסימן שו סעיף ד.

נחלקו הראשונים בטעם הפטור במקרים אלו:

**התוס'** (מס' ב"ק דף כז: ד"ה ושמואל) כתבו: הגמ' פטרה במקרים אלו בגלל שמדובר **באונס גדול** (אונס הדומה לגניבה), אבל **הרמב"ן** (מס' ב"מ דף פב:) כתב: בכל המקרים הטעם לפטור אינו בגלל שזהו אונס גדול אלא בגלל **שהניזק פשע**. במקרה הראשון הניזק פשע בהנחת כדו ברשות הרבים, במקרה השני הניזק פשע בכך ששם חפצים ליד אדם שכבר ישן. במקרה הרביעי בעל החבית נעמד באופן פתאומי

[8] ישנם עוד מקרים בהם אדם המזיק פטור מלשלם, כעת אביא רק מספר מקרים השייכים לדיון.

ובכך הוא פשע בעצמו[9]. הרמב"ן ביאר מדוע טבח אומן שהזיק פטור מלשלם: הפטור אינו בגלל שזהו אונס גמור, אלא בגלל שאין דין אדם המזיק באומן, שהרי הוא עבד ברשות.

מדברי הרמב"ן ניתן להוכיח, שאם הניזק פשע, ובגלל פשיעתו אירע הנזק - המזיק פטור מלשלם, מכיוון שהאחריות על הנזק חלה על הניזק שפשע.

בכדי לקבוע שהניזק פשע - צריך המזיק להוכיח שאכן הייתה פשיעה של הניזק. אך מאחר ואיש מקצוע בדק את השער וקבע שאין כל בעיה בשער, והישוב עמד בכל כללי הבטיחות הנדרשים, (לפני השער ישנם: 3 פסי האטה, תמרור עצור ורמזור), לא ניתן לראות בהתנהלות הישוב פשיעה.

התובע טען, כי ע"פ תקנות פיקוד עורף (מפרט טכני הקמת מרכיבי ביטחון סעיף 6.03), צריך שהשער בכל נתיב יהיה שישה מטרים. אך מעיון בתקנון מתברר, שהדרישה לרוחב שישה מטרים היא לכל רוחב הכביש ולא לכל נתיב.

**ג- "אין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים"**

המשנה במסכת בבא קמא דף כז עמוד א פטרה אדם שנתקל בחביות ושברם. הגמ' בדף כז עמוד ב הסבירה מדוע השובר פטור: מכיוון "שאין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים", דין זה נפסק להלכה בסימן תיב סעיף א.

התובע טוען: "לא ראיתי שהשער נסגר, לא שמתי לב, לא ראיתי, לא הרגשתי". לכאורה ניתן לומר, כשם שהמשנה פטרה את הנתקל בחבית ושברו בגלל הטענה "שאין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים", כך גם אין לחייב את התובע שנתקל בשער ושברו?

טענה זו לא מתקבלת. דברי הגמ' שייכים רק **במקום שלא רגילים להסתכל**, כגון במקרה המובא בגמ': אדם הניח כד ברשות הרבים ובא אחר ונתקל בכד ושברה - פטור מלשלם, בגלל שבני אדם לא רגילים להסתכל על המדרכה בשעת הליכתם, כי אדם מסתכל קדימה ולא מסתכל למטה (כמובא בדברי התוס' ד"ה לפי), אבל **במקום שחייבים להסתכל,** כגון נהג הנוסע ברכב מוטלת עליו חובה להסתכל ולהיזהר בדרכים, ואם הזיק בגלל שלא ראה את השער נסגר - חייב לשלם. אנו לא אומרים "אין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים" בנהג שלא היה מספיק זהיר.

[9] הרמב"ן לא התייחס למקרה השלישי. הקהילות יעקב (סימן כד) הסביר את שיטת הרמב"ן: דין מזיק באונס שייך רק כאשר אדם עושה פעולה אסורה פעולה של היזק, אלא שהוא עשה זאת בגלל אונס, אך יורשים שירשו פרה כלל לא עשו מעשה אסור, מבחינתם השור שייך להם ולכן הם טבחוהו ואכלוהו. שהרי יש חזקה שכל מה שנמצא ביד האדם הוא שלו, לכן לא דנים כאן כלל מדין מזיק באונס.

על מקרה זה ניתן להביא את דברי הגמ' במסכת בבא קמא דף כז עמוד ב: "אמאי פטור - איבעי ליה לעיוני ומיזל". ישנה חובה על נהג להסתכל בדרך ולהיזהר לא לגרום לנזקים, וכדבריו הברורים של התוספות (במסכת בבא קמא דף כז עמוד ב ד"ה ה"ג אמאי): **"דיותר יש לו לשמור שלא יזיק משלא יוזק"**.

בגמ' עוד מובא: "אמר רב פפא: קרנא דעצרא הוי, דכיון דברשות קעבדי - איבעי ליה לעיוני ומיזל". דהיינו במקום שיש רשות להניח כדים - מי שנתקל ושברם חייב לשלם. הגמ' הביאה לכך דוגמא: לפעמים בית הבד היה עמוס באנשים שמכינים שמן, ומחוץ לבית הבד עמד תור של אנשים שמחכים עם הכדים שלהם לתורם, במקרים אלו ניתן להם רשות להניח את כדיהם ברשות הרבים, לפיכך מי שנתקל ושובר את הכדים - חייב לשלם, למרות שהוא נכנס מקרן זווית, והיה לו קשה לראות את הכדים, בכ"ז היה עליו ללכת בזהירות. וכ"פ הרי"ף (דף יב.), הרמב"ם (הלכות נזקי ממון פרק יג הלכה ו), הרא"ש (סימן א) והמחבר (סימן תיב סעיף ב).

הפני יהושע (מסכת בבא קמא דף לב עמוד א) כתב: יש להבחין בין דבר שיש רשות להניחו ובין דבר שאין רשות להניחו. **אין רשות** להניח תקלה ברשות הרבים, לכן גם לא הטריחו את האדם להסתכל ולהישמר מכך, ואם הזיק - פטור מלשלם, אבל בדבר **שיש רשות** להניח, כגון שער לישוב - וודאי שמוטלת על האדם חובה להסתכל ולהיזהר מהלזיק[10].

**ד- האם יש כאן פטור של מזיק באונס?**

נחלקו הראשונים, האם מזיק חייב באונס גמור. לדעת **התוס'** (מס' ב"ק דף כז: ד"ה ושמואל[11]) - לא רק באונס גמור - המזיק פטור, אלא גם באונס הקרוב לאונס גמור - המזיק פטור, ורק באונס הקרוב לפשיעה - המזיק חייב. התוס' נתנו כלל מתי אנו מחייבים באונס ומתי פוטרים באונס: במקרה בו האונס דומה לגניבה - המזיק פטור, אבל במקרה בו האונס דומה לאבידה - חייב, שכן זהו אונס הקרוב לפשיעה[12], דהיינו מעשה הנזק אכן היה באונס, אבל קדמה לכך פשיעה **שגרמה** לאונס.

---

[10] כך כתב הפני יהושע: "דכיון **שאין רשות** לשום אדם להניח דבר תקלה ברה"ר, ממילא לא הטריחוהו לבני אדם לעיין בדרכים, ולשמור עצמו מתקלה, כיון דלא שכיחא, אבל הכא שייך שפיר איבעי לסגויי אפילו באדם, כיון **שרשות** לבני אדם לילך ברה"ר עם משאם, ולפעמים שעומדים לכתף, **א"כ יש להם לעיין תמיד במי שהולך לפניהם**".

[11] וכן מובא בתוספות במסכת בבא מציעא דף פב עמוד ב (ד"ה וסבר), ובתוספות במסכת בבא בתרא דף צג עמוד ב (ד"ה חייב).

[12] כלל זה מקורו בדברי הגמ' במסכת בבא מציעא דף צד עמוד ב: "ומה **גניבה שקרובה לאונס** - משלם, **אבידה שקרובה לפשיעה** - לא כל שכן". הריטב"א (שם ד"ה ומה) ביאר: "פירוש, דגנבה קרובה לאונס - משום דהיא ע"י אחרים, משא"כ באבדה דהויא ממילא". (דהיינו בכדי **שאחרים** לא **יגנבו** - צריך לעשות שמירה טובה יותר מאשר שהוא לא **יאבד** את החפץ **בעצמו**).

אבל לדעת **הרמב"ן** (מס' ב"מ דף פב:), אין לחלק בין אונס לאונס, ובכל האונסים יש לחייב. "וסוף דבר, כיון שהזכירו חכמים באונס נזקין - אבן מונחת בחיקו ולא הכיר בה מעולם (ב"ק כ"ו ב'), ונפל מן הגג ברוח שאינה מצויה (שם כ"ז א') - הרי הזכירו סוף האונסין כולם, דרוח שאינה מצויה אפילו כאותה של אליהו במשמע".

נחלקו האחרונים בדעת הרמב"ם והמחבר האם הם סבורים כדעת הרמב"ן או כדעת התוס', ואכמ"ל.

מצפייה בסרטון התאונה נראה בבירור שלא היה כאן אונס, וודאי שלא היה אונס גמור, כך שלא ניתן לפטור את התובע מדין אונס גמור.

**ה- דין הנזק שנגרם לרכב ודין הנזק שנגרם לשער**

השאלה לדיון היא מי נכנס במי, האם **השער** נכנס ברכב כטענת התובע, או **שהרכב** נכנס בשער כטענת המזכירות. בכדי לענות על כך יש לבחון את מיקום הנזק. נזק שאירע לרכב בחזית הרכב או בצד הרכב מקדימה (עד בערך המיקום של חצי החלון), במקום בו יש אפשרות לנהג להסתכל לצדדים - האשמה מוטלת על הנהג שהיה צריך להסתכל ולהיזהר, אך אם הנזק אירע בנקודה בה השדה ראייה של הנהג מוגבל, (למשל באמצע הרכב) - האחריות אינה על הנהג.

כאן הנזק הוא מעל גלגל הרכב במקום בו הנהג יכל לראות ולהיזהר, כך שיש לקבוע שהנהג נכנס בשער. סימוכין לכך ניתן למצוא גם בצפייה בסרטון.

מרן בעל השולחן ערוך (בסימן תיב סעיף ב - ע"פ דברי הרמב"ם בהלכות נזקי ממון פרק יג הלכה ו) כתב: "הניח הכד במקום שיש לו רשות להניחו, (= הישוב התקין שער בכניסה לישוב במקום שיש רשות להתקינו)... **ובא אחר ונתקל בו ושברו (=רכב נתקל בשער ושברו) - חייב.** ואם הוזק בו המהלך (=אירע נזק לרכב) - **בעל הכד פטור**, (=הישוב בעל השער פטור מלשלם על נזקי הרכב), מפני שהיה לו (לנהג שנתקל) להסתכל".

מדברי המחבר אנו למדים שתי הלכות: א)- אדם שנתקל והזיק שער תקני שעומד בכל כללי הבטיחות - חייב לשלם, מכיוון שלשער תקני יש דין של דבר שהונח ברשות, מכאן שהתובע חייב לשלם על היזק השער. ב)- נזקים שנגרמו לנתקל - אין חיוב לשלם עליהם, לכן הישוב פטור מלשלם על הנזקים שאירעו לרכב.

ניתן להקשות על ההשוואה בין השער לבין הכד: השער נמצא בתנועה, אך הכד קבוע ועומד? מהסוגיה של קורה וחבית (מסכת בבא קמא דף לב עמוד א) מבואר, שכאשר יש שניים שנמצאים בתנועה - צריך שתהיה התראה, א"כ לכאורה ניתן להטיל ספק האם הישוב התרה כדין.

אך עדיין יש לומר שהמזכירות פטורה מלשלם על נזקי הרכב, זאת ע"פ המבואר בדברי הרמב"ן (מסכת בבא מציעא דף פב עמוד ב): "וכן מה שאמרו באם היה **בעל קורה ראשון ובעל חבית אחרון** וכולה

מתני'... כלם כשהם אדם המזיק משום **פשיעה דניזק פטרו בהם**". דהיינו נזק שנגרם לניזק אירע בגלל פשיעה של הניזק - המזיק פטור מלשלם גם כאשר שניהם בתנועה (קורה וחבית).

במקרה של תאונות יכולות להיות מספר אפשרויות: א)- **שניהם ברשות**, דהיינו שני הצדדים שמרו על כללי בטיחות כנדרש. ב)- **שניהם שלא ברשות**, דהיינו שני הצדדים פשעו. ג)- **אחד ברשות ואחד שלא ברשות**, דהיינו צד אחד שמר על כללי הבטיחות (ברשות), והצד השני פשע ולא שמר על כללי הבטיחות (שלא ברשות).

לדעתי, המקרה הנדון שייך לקבוצה השלישית: אחד ברשות ואחד שלא ברשות. **את התובע יש להגדיר כמו שלא ברשות, ואת שער הישוב כברשות**, וכאשר אחד ברשות והשני שלא ברשות, אנו מחייבים את מי שלא ברשות על כל הנזקים שגרם, ופוטרים את הברשות מנזקים שגרם לשלא ברשות.

נהג שלא נשמע לתמרורי ההזהרה ולא מאט לפני הכניסה לשער - **דינו כמי שנסע שלא ברשות**. התובע הודה שלא זוכר אם האט לפני הכניסה לישוב. מצפייה בסרטון נוצר הרושם שהתובע לא האט בנסיעה. כמו כן בסרטון רואים בבירור שהתובע כלל לא עצר ליד תמרור העצור.

השער עומד בכללי הבטיחות (כך גם העיד מהנדס תנועה), לפני הכניסה לשער יש 3 פסי האטה ותמרור עצור, כך **שיש לדון את השער כמו ברשות**.

הגמ' במסכת בבא קמא דף מח עמוד ב כתבה: "אבל אחד ברשות ואחד שלא ברשות, **דברשות - פטור, שלא ברשות - חייב**". רש"י (דף מח: ד"ה דברשות) ביאר: מי שברשות פטור גם אם הזיק בידיים (וק"ו שפטור בהיזק ממילא).

מדברי הגמ' מבואר, כאשר אחד הצדדים מוגדר כלא רשות, והשני מוגדר כרשות - מי שמוגדר כלא רשות - חייב לשלם על כל הנזקים שגרם לברשות, ומי שמוגדר כרשות - פטור מלשלם על הנזקים שאירעו ללא ברשות.

רש"י (שם) פטר את מי שברשות וחייבו את מי שמוגדר כשלא ברשות. וכך כתבו התוספות (מסכת ב"ק דף מח: ד"ה שניהם): "אבל אחד ברשות ואחד שלא ברשות, האי אית ליה לאסוקי אדעתיה בהאי, והאי לית ליה לאסוקי אדעתיה בהאי, ואם שלא מדעת הזיקו: ברשות - פטור, שלא ברשות - חייב".

וכן כתב התוספות רי"ד (מסכת בבא קמא דף מח עמוד ב): "אף על גב דאמרינן אדם מועד לעולם, ה"מ בדלא פשע ניזק אנפשיה, אבל היכא דפשע ניזק אנפשיה, אף על גב דאזקיה בידים, כיון דשלא בכוונה אזקיה - פטור".

התוספות רי"ד עוד כתב: "אבל אם האחד ברשות והא' שלא ברשות, **דברשות פטור בין הזיק בידים** והוא שעשה שלא בכוונה דלא ידע בי' ובין אם הוזק בו, **ושלא ברשות חייב בין הזיק בידים ובין הוזק בו**". (מכאן מוכח שאין כל הבדל בין מזיק לבין הוזק כאשר אחד ברשות ואחד שלא ברשות).

הנימוקי יוסף (מסכת בבא קמא דף טו עמוד ב) הדגיש שדין זה נכון **גם כאשר שניהם בתנועה** (חבית וקורה): "נשברה חבית בקורה פטור... וקי"ל התם, דכל היכא דאחד ברשות ואחד שלא ברשות, בין הזיקו זה את זה, בין הוזקו זה בזה - דברשות פטור דשלא ברשות חייב". דהיינו, המשנה של קורה וחבית התייחסה רק למקרה של שניהם ברשות, אבל כאשר אחד מהם שלא ברשות הוא חייב על נזקים שגרם לברשות.

מעבר לכך, הרמב"ם (הלכות חובל ומזיק פרק ו הלכות א' ג') כתב: **ברשות הניזק** - אנו אומרים שאדם המזיק חייב לשלם גם כאשר הוא אנוס[13]. החזון איש (ב"ק סימן ד בס"ק ג) חידש: רשות הניזק אינו מצומצם רק לרשותו של הניזק, אלא אפ' רשות הרבים יכולה להיחשב כרשות הניזק, כגון ניזק שהולך ברשות הרבים בצורה רגילה, ולעומתו המזיק משנה מהרגיל (עושה דבר שגורם לידי היזק) - יש לומר שהמזיק נחשב כאילו נכנס ללא רשות לרשות הניזק ולפיכך יש לחייבו בתשלום.

ע"פ דברי החזון איש ניתן לומר, נהג רכב שלא שמר על חוקי התנועה וגרם לתאונה, יש לדונו כמזיק ברשות הניזק ולחייבו על כל הנזקים. לפיכך יש לפטור את הישוב מנזקים שנגרמו לרכב התובע בגלל הגדר, ולחייב את התובע על ההיזק שנגרם לגדר.

**ו- החלטות**

1. הישוב פטור מלשלם לתובע על נזקי הרכב.
2. התובע חייב לשלם לישוב סך 2,000 ש"ח.

[13] וכך כתב ערוך השולחן (סעיף יא): "כל מה שנתבאר דחייב בין בשוגג בין במזיד ובין באונס - זהו דוקא כשהזיק ברשותו של ניזק, שנכנס אצלו שלא ברשיונו והזיקו".

# זכויות בנייה במגרש

**המקרה:**

דיירי קומה עליונה רכשו את דירותיהם מכונס נכסים לפני 11 שנה. כעת דיירי הקומה העליונה מבקשים לבנות על הגג.

לצורך קבלת היתר בנייה הם זקוקים לחתימה של האגודה השיתופית (מזכירות הישוב), אך האגודה מסרבת לחתום על היתר הבניה.

הבניין תוכנן להיות בן חמש קומות, בפועל (בגלל מספר סיבות שיפורטו בהמשך) ישנן רק שלוש קומות. הדיון הוא: האם ולמי יש זכות בנייה בקומה הרביעית.

כל הצדדים מסכימים שאין אפשרות לבנות קומה חמישית, כך שהדיון מתמקד רק בבניית הקומה הרביעית.

**טענות התובעים**

דיירי הקומה העליונה תובעים ממזכירות הישוב שיחתמו על היתר בנייה בגג הבניין. לטענת התובעים הם רכשו גם את הדירה בקומה העליונה וגם את הזכויות לבנות על הגג קומה נוספת.

התובעים מודעים לכך שבעתיד יצטרכו לדון מול דיירי הקומות התחתונות, אך כעת הדיון מתמקד בתביעה ממזכירות הישוב לחתום על היתר בנייה.

התובעים ציינו מספר נקודות:

א. בתאריך 2006 התקיימה אסיפת חברים בה הוחלט שלא תהיה כל בנייה בקומה הרביעית והחמישית. אך לטענתם ההחלטה לא חוקית בגלל שההחלטה לא התקבלה ע"פ כללי התקנון. (אין תאריך, אין חתימה של היו"ר, הנוסח לא ברור). מעבר לכך, הרבה מההחלטות של אותה אסיפה לא קוימו, כך שיש לראות בהחלטה זו כמבוטלת.

ב. בשנת 2010 נעשתה עוד אסיפת חברים, (עם הפרוטוקול מסודר ע"פ כל כללי התקנון), באסיפה זו הוחלט שהאגודה תוותר על זכויותיה לבנות בקומה החמישית. את זכויות הבנייה שהיו בקומה החמישית יחלקו בשווה בין כל הדיירים בקומות התחתונות. כך שהחלטה מאוחרת זו מבטלת את החלטת אסיפת החברים מ-2006.

ג. בשנים האחרונות (החל מ-2010), נבנה תב"ע חדש עבור הבניינים בשכונה. אומנם תב"ע זה טרם אושר, אך המועצה פועלת על פיה. בתוכנית התב"ע נקבע, כי דיירי הקומה העליונה יקבלו 240 מ"ר בנייה, ושאר דיירי הקומות התחתונות יקבלו 170 מ"ר בנייה.

ד. בשנת 2006 נחתם חוזה בין הכונס נכסים לבין דיירי הקומה העליונה, וכן חוזה בין הכונס לבין האגודה. בסעיף 8 לחוזה שנערך נכתב: "האגודה תתן את הסכמתה לבנייה על הגג, ותקבע

את התנאים להסכמתה, וזאת אך ורק אם קיבלה לכך הסכמה מפורשת בכתב ומראש, בחתימת רוב דיירי הבניין בו מצוי הגג". כך שעל המזכירות לאשר ולהסכים בנייה על הגג, (לאחר שרוב דיירי הבניין יחתמו).

ה. בסעיף 12 נאמר: "האגודה מצהירה כי אינה בעלת זכויות בקרקע". מכאן שאין לאגודה כל זכות בקרקע, אלא האגודה היא גורם מתווך בין הישוב לחטיבה להתיישבות. העו"ד של התובעים אמר בדיון: "האגודה - זה גורם מתווך (בין הישוב לסוכנות). לישוב יש סמכות למנוע ממי שלא מתאים ל(אופי ה)ישוב לגור".

**טענות המזכירות**

א. כהערה מקדימה, ציין חבר המזכירות, כי לדעתו לא ניתן לקבל החלטה בלי לשמוע את שאר דיירי הבניין, שהם בעלי זכות על הגג. על כל החלטה שתתקבל תהיה השפעה על הזכות הקניינית שלהם ועל איכות חייהם.

ב. לטענת חבר המזכירות, התובעים הציגו תב"ע ללא חתימת הישוב, (התב"ע מ-2010), תב"ע זה איננו מקובל על הישוב. הישוב מתייחס לתב"ע משנת 2001, על תקנון תב"ע זה יש את חתימת הישוב. לפיכך אין מקום להתייחס לתב"ע משנת 2010 שלא עברה את אישור הישוב. האדריכלית של המועצה הודתה שתוכנית התב"ע שהציגו התובעים - לא נדונה ולא בתוקף. מזכירות הישוב ראתה את התב"ע החדשה רק בתחילת יוני, שם מצוין שדיירי הקומה השלישית רשאים לבנות דופלקס. מזכירות הישוב פנתה לאדריכלית המועצה לשנות סעיף זה מהתב"ע.

ג. במהלך הבנייה של הבניינים הללו היו חריגות בנייה בכל הדירות, המזכירות הסכימה לוותר על הזכויות לבניית קומה חמש, ולחלק את אחוזי הבנייה של קומה חמש בין כל דיירי הקומות התחתונות, זאת בכדי לאשר את החריגות של כלל דיירי הבניין.

ד. לישוב יש סמכות לגבות מיסים. קבלן או יזם שרוצה לבנות - צריך לשלם לישוב דמי פיתוח. כך שגם אם המזכירות (לאחר אישור אסיפת חברים) תאשר את הבנייה לדיירי הקומה העליונה - על דיירי הקומה העליונה לשלם לישוב סכום מסוים שיקבע בעתיד ע"י מזכירות הישוב.

ה. מזכירות הישוב טוענת (בניגוד לטענת העו"ד של התובעים) כי יש אפשרות להשיג בר-רשות לקומה ארבע, כך שיש בבנייה על הגג זכות קניינית ששווה כסף.

ו. המזכירות הציגה את הפרוטוקול של אסיפת חברים משנת 2006 עם תאריך: 23 בינואר וכן עם חתימה של יו"ר האסיפה. האסיפה קבעה שלא תהיה בנייה בקומה ארבע ובקומה חמש. הסיבות לכך: הסבל של דיירי השכונה בגלל הקבלן שפשט את הרגל, שהשאיר מבנים לא גמורים, עם תשתיות לקויות, כבר עכשיו כאשר יש רק שלוש קומות - ישנן בעיות חמורות ועומס רב על הצנרת וכו'.

כן הוצגו מסמכים של וועד השכונה שדורשים שלא תהיה עוד בנייה בשכונה. (מ-2003 ומ-2005). כמו כן הוצג מכתב של מזכירות הישוב אל וועד השכונה מהתאריך 16 דצמבר 2004

בה נאמר (סעיף 3): "בעניין קומות 4-5, אנו אכן תומכים עקרונית בעמדת התושבים שאין לבנותם".

מזכירות הישוב טענה שמבחינה חוקית וציבורית לא ניתן לשנות את החלטת אסיפת החברים ללא אסיפה חדשה שתאשר את העברת הזכויות לדיירי הקומה השלישית. לעומתם טענו התובעים: אסיפת חברים תגרור לשון הרע ורכילות בפורום היישובי וכו', ואין הם מוכנים לתת את הסכמתם לאסיפה שתגרום לליבוי האש ולהגברת השנאה.

**השאלות לבירור:**

א. כיצד להתייחס להחלטות שונות שהתקבלו באסיפת חברים?

ב. סעיפים סותרים בהסכם דיירי הקומה העליונה וכונס הנכסים.

ג. כיצד יש לפסוק כאשר מתגלים ספקות בחוזה המכירה?

ד. האם רכישת המגרש כוללת גם את הזכויות לבניית קומה נוספת?

ה. מהו מנהג מדינה שיש בחוק המקרקעין?

ו. האם שינוי התב"ע נמצא בסמכות מזכירות הישוב?

ז. מקור הסמכות של חברי המזכירות?

ח. האם ההחלטות באסיפת חברים צריכות להתקבל פה אחד?

**א- החלטות שונות שהתקבלו באסיפת חברים**

התובעים טענו שההחלטות שהתקבלו באסיפה מ-2006 לא תקפות בגלל שתי סיבות: 1)- ההחלטות התקבלו בניגוד לכללי התקנון בגלל שאין תאריך, אין חתימה של היו"ר, וכן הנוסח אינו ברור. 2)- האסיפה המאוחרת מ-2010 מבטלת את האסיפה הישנה מ-2006.

לגבי הטענה הראשונה - מזכירות הישוב הציגה לבית הדין את הפרוטוקול המלא מ-2006, בפרוטוקול זה יש תאריך בעמוד הראשון, יש חתימה של יו"ר האסיפה ושל מזכיר האסיפה בעמוד השלישי, וכן יש הפנייה לנספח מודפס שמנוסח בצורה סבירה, כך שטענה זו לא מתקבלת.

לגבי הטענה השנייה - לכאורה ישנה סתירה בין ההחלטה מ-2006 להחלטה מ-2010:

**באסיפה שנערכה ב-2006 נקבע:**

א. "כל החלטה בקשר **לבנייה** ו/או כל קידום של שכונה ט' - תאושר ותיחתם גם ע"י שלושת נציגי השכונה הנבחרים". (סעיף זה התקבל בהסכמה של רוב האסיפה, שניים התנגדו).

ב. "**אי בנית** קומות ארבע חמש... לאחר התחייבויות רבות שכל רעיון **לבנות** קומות ארבע וחמש - אינו בתוכנית כלל... אנו מביאים עניין זה להצבעה באסיפת חברים". (סעיף זה התקבל בהסכמה של כל חברי האסיפה).

**באסיפה שנערכה ב-2010 נקבע:**

"הצעה של עו"ד האגודה: הוחלט ע"י האסיפה הכללית, כי האגודה תוותר על **זכויותיה** להוספת בנייה בקומה החמישית, במתחם הידוע כבניינים משותפים בשכונה ט'. הוויתור ייעשה כנגד הגדלת **זכויות** הבנייה שבקומות 4-5 ובהתאם להמלצת מהנדס המועצה". (ההחלטה אושרה פה אחד).

מרן בעל השו"ע בסימן מב סעיף ה פסק: "היה כתוב בו למעלה דבר אחד, ולמטה דבר אחר, ואפשר לקיים שניהם - מקיימים אותם".

מבואר א"כ שרק כאשר הסתירה היא ברורה והכרחית ולא ניתן לקיים את שתי ההחלטות - אנו נאמר שיד בעל השטר על התחתונה, אך כאשר יש שני דברים סותרים, **וניתן להסביר את הסתירה** - נעדיף לקיים את השטר ע"י תוספת הסבר.

אומנם נחלקו הפוסקים, עד כמה ניתן למתוח את הפרשנות לשטר בכדי למנוע סתירה. לדעת **הסמ"ע** (בס"ק י), גם כאשר ההסבר הוא דחוק - אנו נעדיף לקיים את השטר ע"פ הסבר דחוק, אבל **הש"ך** (בס"ק ט) סבור, שאין אפשרות לקיים את השטר ע"פ הסבר דחוק.

מהרש"ך (חלק ב סימן קצה) פסק: "דהיכא דאפשר לקיים שתי הלשונות שלא יהיו סותרים זה את זה, אפילו היכא דהוו שתי הלשונות מרוחקים זה מזה - מקיימין אותם".

לאחר בחינה מדוקדקת של כל המסמכים והראיות שהוצגו בישיבה - נראה כי אין כל סתירה בין שתי ההחלטות. ההחלטה מ-2006 קבעה שלא ניתן **בפועל** לבנות. דהיינו זכויות הבנייה עוד קיימות, אך לא ניתן לממשן בפועל. וב-2010 התכנסה האסיפה לצורך "מציאת פתרון להיתרי הבנייה בשכונה ט" (כפי שמצוטט בכותרת הפרוטוקול), בהחלטה נקבע כי **זכויות** הבנייה של קומה חמש - יעברו לכלל דיירי הבניין, ובכך נמצא הפתרון עבור דיירי הבניין לקבלת היתר בנייה מהמועצה.

לאמור, בהחלטה מ-2006 נקבע, כי אין אפשרות **לבנות בפועל** את קומות 4-5, ובהחלטה מ-2010 נקבע, כי אין לאף גורם **זכויות** בנייה על קומה חמש.

המסקנה היוצאת משתי החלטות האסיפה היא: קיימת **זכות** בנייה בקומה ארבע, אך לא ניתן לממשה, כי לא ניתן **לבנות** בפועל ללא אישור הגורמים שנקבעו באסיפה מ-2006.

הסבר זה של שתי החלטות האסיפה - מעוגן היטב בניסוח שנכתב בהחלטות האסיפה, (כפי שניתן לראות בניסוחים של שתי ההחלטות), כך שיש לקבל את שתי ההחלטות הן לדעת הסמ"ע והן לדעת הש"ך.

אציין עוד, תמוה שהתובעים ביססו את אמירתם (בין היתר גם) על הפרוטוקול מ-2010, הרי בפרוטוקול מוסכם בצורה פשוטה כי **האגודה היא זו בעלת הזכויות**, והאגודה היא זו שמוותרת על הזכויות שבקומה חמש. החלטה זו קיבלה את אישורם של שניים מהתובעים שנכחו באסיפה והצביעו בעדה. כך שיש לראות בחתימתם משום הודאה בבעלות האגודה על זכויות הבנייה.

**ב- הסכם דיירי הקומה העליונה וכונס הנכסים**

במהלך הדיון בבית הדין, שני הצדדים הציגו חוזה שנערך בין הכונס לאגודה, עם שוני בניסוח בסעיף 8. התובעים הציגו חוזה של הכונס מול האגודה בו נכתב **שלכונסים אין זכויות** בדירה, אך המזכירות הציגה חוזה של הכונס מול האגודה בו נכתב **שהזכויות של הבנייה עוברות לאגודה**.

התובעים הציגו חוזה שנחתם ב- 18 דצמבר 2006 (כז כסלו תשס"ז) בין האגודה לכונס נכסים בו נאמר (סעיף 8): "הכונסים מצהירים ומתחייבים, שאין להם כל זכות לבנות על הגג ו/או קומות נוספות בבניינים המדורגים בשכונה ט', ו/או לקבל כספים. לרבות **במקרה שבעתיד תוענק למאן דהו הזכות לבנות על הגג של הבניינים**, ו/או למכור לצד ג' את גג הקומה השלישית, היינו הקומה העליונה בבניינים, **האגודה תתן את הסכמתה לבנייה על הגג, ותקבע את התנאים להסכמתה**, וזאת אך ורק אם קיבלה לכך הסכמה מפורשת בכתב ומראש, בחתימת רוב דיירי הבניין בו מצוי הגג, ובכללם חתימת כל בעלי דירות הקומה העליונה אשר באותו בניין. מובהר עם זאת כי לאגודה לא יהיו כלל חובות או אחריות או תחזוקה של הגג".

המזכירות הציגה חוזה שנערך בתאריך 18 אוקטובר 2006 (כו תשרי תשס"ז) בין הכונסים לבין האגודה, בחתימת הדיירים. (בפרוטוקול ישנם שני חוזים של שני דיירים שונים). וכך נאמר (סעיף 8) בחוזה: "הכונסים מוותרים בזאת באופן מלא ומוחלט על הזכות לבנות על הגג ו/או הקומות הנוספות בבניינים, ומוותרים בזאת על הזכות לקבל כספים **במקרה שבעתיד תוענק למאן דהו הזכות לבנות על הגג של הבניינים. כל הזכויות לגבי בניה זו - יועברו לידי האגודה**. ע"פ דרישת התושבים - **האגודה מוותרת בזאת על כל זכות למכור לצד ג'** את גג הקומה השלישית, אלא אם קיבלה הוראה אחרת בכתב ומראש, בחתימת דיירי הבניין בו מצוי הגג, ובכללם חתימת בעלי דירות הקומה העליונה".

הנוסח הקובע זהו הנוסח שבית המשפט אישר, אך בית המשפט אישר באוקטובר חוזה עם ניסוח אחד, ובדצמבר בית המשפט אישר ניסוח שונה לאותו סעיף.

בחוזה שהציגו התובעים - לא מפורש שהזכויות עוברות לדיירי הקומה העליונה, כמו כן גם לא נאמר שהזכויות שייכות לאגודה. אדרבה, מהחוזה ניתן להבין שהזכויות לא שייכות רק לדיירי הקומה העליונה, (יתכן ובעתיד הזכות תינתן למאן דהו), מנוסח החוזה משמע כך: כעת זכויות הבנייה לא קיימות, אך בעתיד יתכן ויינתנו זכויות בנייה, וגם אז לא בהכרח שהזכויות יינתנו לדיירי הקומה העליונה. יש לציין שבסעיף 15 נאמר מפורשות שלכונס יש רק זכות למכור לצד ג' את עבודות הבנייה במגרשים, הא ותו לא.

סעיף נוסף שניתן להסתפק בכוונתו זהו סעיף 12 לחוזה שבין האגודה ובין המזכירות (החוזה שהתובעים הביאו): "**האגודה מצהירה כי אינה בעלת זכויות בקרקע**, אלא מעמדה כלפי המתיישבים במגרשים וביח"ד הינו מכוח היותה אגודה שיתופית".

ניתן לבאר סעיף זה בדרך הבאה: המזכירות מודה כי אין לה כל זכות בקרקע, כפי דרישת התובעים, אך ניתן גם לבאר בדרך אחרת: סעיף זה נכתב בגלל המעמד המיוחד שיש לדירות ביהודה ושומרון. סעיף זה נכתב בחוזה המכירות בכל הדירות, מכיוון שע"פ החוק אין זכות בקרקע לא לאגודה ולא לדייר, אלא החטיבה להתיישבות מאשרת לאגודה השיתופית של הישוב לתת לתושב זכות לבנות בקרקע מסוימת.

סיכום ביניים, ישנן מספר ספקות בהבנת סעיפי החוזה, (גם בסעיף 8 וגם בסעיף 12), לכן השאלה שנותרה לבירור היא, כיצד יש להתייחס למכירת קרקעות במציאות של ספק.

**ג- ספק במכירת זכויות הקרקע**

להלכה נפסק כי במציאות בה יש ספק במכירת זכויות הקרקע - יש לקבל את הפרשנות המצמצמת יותר, ולומר שדיירי הקומה השלישית רכשו רק זכות לבנות את דירתם, אך לא רכשו את הזכות לבנות קומה נוספת. דין זה נלמד מדברי הגמ' במסכת בבא בתרא דף סא עמוד ב: "דאמר רב נחמן אמר רבה בר אבוה: המוכר בית לחבירו בבירה גדולה, אף על פי שמצר לו מצרים החיצונים - מצרים הרחיב לו". וכן נפסק להלכה בסימן ריד סעיף ז.

דהיינו, קבלן שיש ברשותו בניין עם מספר דירות. אך בשטר המכירה המוכר שרטט לקונה את גבולות הבניין ולא רק את גבול הדירה הספציפית שעמדו בו. הדין הוא שהקונה זכאי לקבל רק דירה אחת ולא מעבר לכך, כי מדובר במקום בו אין שינויים בניסוחים, לדירה קוראים בשם דירה, ולבניין קוראים בשם בניין, וודאי שאין כוונתו למכור את כל הדירות שבבניין, אלא רק את הדירה עליה הם התייחסו, והשרטוט מציין גבולות ניכרים של כל שטח הבניין. אומנם במקום שקוראים לבניין בשם דירה - הקונה קנה את כל הבניין, כי מכירת דירה הכוונה למכירת הבניין. ובמקום בו רק חלק מהאנשים קוראים לבניין בשם דירה - לא קנה הכל, כי אם כוונת המוכר הייתה למכור את כל הבניין, היה עליו לומר שהוא מוכר הכל ולא משייר עבורו שום דירה, ומכך שלא כתב כך משמע שמכר רק דירה.

הרא"ש (סימן ב) הדגיש: מדובר רק במקום בו יש שינויים בניסוחים, והאנשים קוראים לבניין בשם דירה, אבל במקום בו אין שינויי שפה, דירה נקראת בשם דירה, ובניין נקרא בשם בניין - למרות שהקבלן כתב שלא השאיר לעצמו שום זכות, בכ"ז הקונה זכאי לקבל רק דירה ולא את כל הבניין, כי יש ללכת אחר הפרשנות המצמצמת ולומר שקניית דירה משמעה רק הדירה, ולא כל דבר חיצוני שאינו בתוך המסגרת הברורה שנקראת בשם דירה.

הרא"ש עוד הדגיש: מדובר שגבולות המגרשים ברורות, כך שהקונה זכאי למגרש אחד או לדירה אחת, אבל אם מדובר בשטח בקעה פתוח ללא גבולות ברורים של כל מגרש בפ"ע - הקונה זכאי לקבל את כל המגרשים שבבקעה.

לסיכום פרק זה, יש להתייחס לחוזה שהציגו התובעים ע"פ הפרשנות המצומצמת. בחוזה שהוצג ע"י התובעים לא נאמר שזכויות הבנייה על הגג שייכות לדיירי הקומה העליונה.

**ד- האם רכישת המגרש כוללת גם את הזכויות לבניית קומה נוספת**

בסעיף 25.1 להסכם בין הכונס נכסים לאגודה נאמר: כל דייר בקומה העליונה ישלם $20,000 עבור קבלת השלד של הדירה, כל דירה כפי מצבה הקיים, (AS IS). דירות אלו נמכרו במצב שלד, אך היו שתי דירות רק עם פלטת מגרש (גג הקומה השנייה), בעלי דירות אלו שילמו לכונס $15,000 עבור הזכות לבנות את הדירה.

ע"פ הערכת מחירי הדירות משנת 2006 - מחיר זה נמוך ביחס לתמורה (שישה חדרי שלד). ולמרות שהמחיר נמוך בצורה משמעותית, בכ"ז מכירת הכונס תקפה ע"פ ההלכה. וכך כתב הרא"ש (כלל קב סימן ד): "וגם אם זלזל במכירתו יותר מכדי שהדעת נוטה, שניכר שמפני דחקו הוצרך לזלזל - אינו יכול לחזור כי ידע ומחיל. וכ"פ המחבר בסימן רכז סעיף ט[14].

יש מושג בהלכה שנקרא: "הדמים מודיעים", דהיינו ניתן לבחון את גובה הסכום ששולם, וכך להעריך מה היה היקף המכירה, האם המכירה הייתה רק עבור בניית הדירה, או שהמחיר הנ"ל כלל גם זכויות בניית קומה נוספת. במקרה כאן ישנה אומדנה דמוכח שבמחיר זה נכלל רק זכויות בנייה לדירות עצמן ולא זכויות בנייה על גג הבניין.

סוגית הדמים מודיעים מובאת במשנה במסכת בבא בתרא בדף עז עמוד ב: לדעת **חכמים** הדמים לא מודיעים, אלא יש ללכת אחר מה שנאמר בצורה מדויקת, אם למשל הוסכם על מכירת עול - הלקוח רק יקבל עול ולא יקבל גם בקר, למרות שהלקוח שילם סכום גבוה שלא משקף את העלות של הכלי חרישה, בכ"ז אנו ניצמד למה שסוכם בבירור בניהם.

אומנם **ר' יהודה** פסק שדמים מודיעים, דהיינו במקום בו יש שינוי בשפה, שיש מיעוט אנשים שקוראים לבקר בשם עול - יתכן והלקוח הוא מאותם מיעוט אנשים, לפיכך יש לבחון ע"פ סכום המעות האם התכוון רק לכלי חרישה או שהתכוון גם לבקר, אך לדעת **רבנן**, מכיוון שבדרך כלל לרוב אנשי העיר אין שינוי בשפה, רובם קוראים לבקר בקר, ולעול עול - וודאי שהמוכר התכוון רק למכור

[14] אור החיים (בראשית פרק כה פסוק לג) כתב: מכירת הבכורה של עשיו - תקפה בגלל דין זה. "ומעתה הגם שמכר דבר מופלג הערך - בלגימה אחת של נזיד - ממכרו מכר, כמו שגילה הוא דעתו באומרו הנה הוא הולך למות, ואין לך דוחק גדול מזה".

כלי חרישה ולא את הבקר. ואם הלקוח טוען שהוא מהמיעוט אנשים שהתכוונו בעול גם לבקר - ידו על התחתונה ועליו להביא ראייה.

התוספות (מסכת ב"ב דף צב. ד"ה וליחזי) כתבו: הגמ' התייחסה למקום בו יש שינוי בניסוח בשפה, אבל במקום בו אין שינויי ניסוח - **גם לדעת רבנן הדמים מודיעים**. וכך גם כתבו התוספות (מס' ב"ק דף כז. ד"ה המניח) בשם רבנו תם. וכן כתב תרומת הדשן (סימן שכג).

התוס' עוד כתבו בשם ריב"ם: רבנן אמרו **שאין הדמים מודיעים במציאות בה יש סתירה לרוב**, כגון במקרה במשנה: רוב האנשים לא קוראים לבקר בשם עול, אלא הבקר נקרא בקר, והעול נקרא עול, לכן לא אומרים שהדמים מודיעים, כי כנגד גובה הסכום ששולם עומד הרוב. וכן גם רבנן אמרו **שאין הדמים מודיעים במציאות בה יש סתירה לחזקה**[15], (הלקוח כבר שילם למוכר, כך שהמוכר הוא המוחזק במעות), אבל אם אין סתירה מרוב או מחזקה - גם לדעת חכמים אנו אומרים שהדמים מודיעים.

במקרה כאן אין חזקה לאף דייר על הקומה העליונה, וכן אין שינויי ניסוח בשפה, כך שגם לדעת רבנן הדמים מודיעים.

ר"י מיגאש (מסכת ב"ב דף צב עמוד א) כתב: "אבל **לברורי מילתא דזבינא גופיה** היכא הוא, דנדע אי הוה זביני אי לא - בכי הא לא אמרי רבנן אין הדמים ראיה, אלא **לעולם הוי ראיה דגלוי מילתא בעלמא הוא עליה דההוא זבינא היכי היה מילתיה**".

וכך כתב המגיד משנה (הלכות זכיה ומתנה פרק יא הלכה ח) בשם רבינו חננאל: **במקח וממכר - הדמים מודיעים**". וכן פסק הרמ"א בסימן רנג סעיף כה. הסמ"ע בס"ק נה ביאר: "פירוש, **לפי הדמים שנותנים - נותנים לו חלק**".

הקצות בסימן שיב ס"ק כתב: "אבל היכא דאין לשון סותר - ודאי **על דרך הדמים הוא קונה ומוכר**. וכן מוכרח ממ"ש הרמב"ן בשם רבינו האי גאון גבי חלק לפלוני, דבמכר אמרינן הדמים מודיעים, **ומשמע דאפילו בקרקע**[16]".

הגר"י זילברשטיין (חשוקי חמד יומא עמ' לג) כתב: "בהסכמים ממוניים שבין אדם לחבירו - הדמים מודיעים ודעת בני אדם קובעת".

---

[15] אומנם הרמב"ן (מסכת ב"ב דף עז עמוד ב) כתב: "שאפילו **דמים ביד לוקח** ומכר לו בקנין או באגב נותן לו צמד וכופין אותו ליתן מאתים, **ולא מהניא הכא חזקה דממונא**, דכל היכא דתנן לא מכר דינא פסיקא קתני בהו בכולה מתנית".

[16] **התוספות** (מסכת ב"ב דף סא: ד"ה שמע) וכן הגהות אשרי (מסכת בבא קמא פרק ג סימן א) כתבו: בקרקע לא אומרים הדמים מודיעים, כוונתם לדיני הונאה שאין ביטול מקח בקרקעות, בגלל שאין הונאה לקרקעות, לכן אם הלקוח שילם מחיר גבוה על הקרקע יותר ממחירו הריאלי - לא ניתן לבטל את המקח, "לפי שדרך בני אדם לקנות ביוקר". דהיינו בדיני הונאה - לא אומרים הדמים מודיעים בכדי לטעון טענת מקח טעות ולבטל את המקח. כאמור בדברי הקצות, לדעת **הרמב"ן** (מסכת בבא בתרא דף סג עמוד א), גם בקרקעות אומרים דמים מודיעים.

**ה- מנהג מדינה בחוק המקרקעין**

הרמב"ם (הלכות מכירה פרק כו הלכה ח) כתב: "**וזה עיקר גדול בכל דברי משא ומתן הולכין אחר לשון בני אדם באותו המקום ואחר המנהג,** אבל מקום שאין ידוע בו מנהג ולא שמות מיוחדין אלא יש קורין כך ויש שקורין כך - עושים כמו שפירשו חכמים בפרקים אלו".

וכ"פ מרן בעל השו"ע בסימן רטו סעיף ח: "אף במוכר ולוקח, אין כל אלו הדברים האמורים וכיוצא בהם אלא במקום שאין שם מנהג ולא שמות ידועים לכל דבר ודבר בפני עצמו, אבל **במקום שנהגו** שהמוכר כך מכר כך - הרי זה מכור, **וסומכים על המנהג בין בקרקעות** בין במטלטלין, וזה עיקר גדול בכל דברי משא ומתן, הולכים אחר לשון בני אדם באותו מקום, ואחר המנהג".

ישנם סעיפים בחוק המקרקעין שהתקבלו בציבור ונחשבים למנהג מדינה. המנהג בכתיבת חוזים הוא כנהוג בחוק מקרקעין. ע"פ חוק המקרקעין (סעיף 52): דיירי הבניין נחשבים כשותפים בכל חלקי הבניין, (למעט החלקים הרשומים כדירות), לכן יש שותפות מלאה בגג, בחדרי מדרגות, במקלט וכו'.

ע"פ חוק המקרקעין (סעיף 11): הבעלות של הדיירים בשטח שייכת בכל העומק של הקרקע וכן למעלה בכל חלל הגובה.

רשאים דיירי הבניין להחליט להצמיד את הגג לבעל הדירה העליונה (סעיף 55 ג). הצמדת חלק מהרכוש המשותף לדירה צריכה להיעשות בתקנון הבית המשותף, (נרשם בטאבו), **ונדרשת הסכמת כל הדיירים**. (חוק המקרקעין סעיף 62א).

**ו- האם שינוי התב"ע נמצא בסמכות מזכירות הישוב**

הרשב"א (חלק ד סימן רס) כתב: "דיני המס בכל מקום - **אין יסודתן בהררי קודש התלמוד**. ובכל מקום ומקום תמצא בו דינים מחונפים על פי הנהוג והסכמת גדוליהם אשר גבלו ראשונים. **ורשאין הן בני העיר לעשות תקנות קבועות ומנהגים ידועין כפי מה שירצו שלא ע"פ ההלכה שזה דבר שבממון הוא**. ועל כן אם יש מנהג ידוע להם בדבר זה הלך אחר המנהג. שהמנהג מבטל את ההלכה בכיוצא בזה".

עד לפני מספר שנים, הישוב התנהל ע"י האגודה השיתופית. דהיינו חברי הישוב התאגדו ונרשמו אצל רשם האגודות כאגודה שיתופית שאחראית על כל הנכסים והמבנים הציבוריים בישוב. אך מכיוון שעם השנים הצטרפו תושבים רבים שאינם חברים באגודה, לפיכך קבעה הממשלה שיש לבחור וועד מקומי שייבחר ע"י כל התושבים כולל מי שלא חבר באגודה.

בצו המועצות האזוריות (סעיף 90) נקבע: "כל ישוב יתנהל ידי ועד מקומי". דהיינו כל תושבי הישוב יבחרו את נציגי הוועד המקומי שינהל את השירותים המוניציפאליים בישוב. (חינוך, ביטחון, ניקיון, תרבות וכו'). לעומתם האגודה תנהל את כל הנכסים של האגודה, הקמת מפעלי תעשייה וכד'.

מכיוון שניהול הקרקעות הוא בסמכות האגודה, הרי שיש בסמכות האגודה לשנות את התב"ע.

רק לוועד המקומי יש סמכות ויכולת לגבות מיסים מהתושבים. כך נאמר בצו המועצות המקומיות (סעיף 69 א): "המועצה רשאית לקבוע את שיעורי המסים". כך שגביית המס לא חייבת להיות אחידה בכל הישובים, ורשאית המועצה לקבוע את גובה המיסים.

ובסעיף 133 א נאמר: "ועד מקומי רשאי, באישור המועצה, להטיל בתחום הנהלתו כל מס שהמועצה רשאית להטיל לפי סעיף 69 א".

עקרונית, אכן יש בסמכות הוועד המקומי של הישוב להטיל מיסים כולל דמי פיתוח. כמו כן יש בסמכות האגודה השיתופית לשנות את התב"ע, מכיוון שהאגודה היא האחראית על ניהול הקרקעות בישוב מטעם החטיבה להתיישבות.

בחוזה שנחתם בין האגודה לכונס נכסים בו נאמר (סעיף 8): "**האגודה תתן את הסכמתה לבנייה על הגג, ותקבע את התנאים להסכמתה**". ניתן לבאר שהאגודה רשאית לקבוע את ההסכמה לבנייה על הגג רק לאחר תשלום כספי, וניתן לבאר שהאגודה רשאית לקבוע כללים לבנייה בטוחה נקייה וכד', אך לא תנאים כספיים. ע"פ הכלל שקבע אביי במסכת בבא בתרא דף קסו עמוד א: "יד בעל השטר על התחתונה" - יש לומר כפי ההסבר המצמצם, כך שהמזכירות לא רשאית לגבות תשלום על הרחבת הדירות (בהנחה שישנה זכות להרחיב את הדירה).

מעבר לכך, כאמור לעיל, ע"פ החוק אין לאגודה יכולת לגבות מיסים, רק לוועד המקומי יש סמכות לגבות מיסים, לפיכך לא יעלה על הדעת לפרש את החוזה באופן בו תהיה תוצאה שהאגודה עוברת על החוק.

**ז- מקור הסמכות של חברי המזכירות**

בגמרא במסכת בבא בתרא דף ח עמוד ב מובא: "ורשאין בני העיר להתנות על המדות, (בני העיר יכולים לקבוע לעצמם את מידות המשקל, כגון כמה היא סאה וכד'). ועל השערים, (בני העיר יכולים לקבוע שער אחיד בו ימכרו כל הסוחרים את התבואה והיין). ועל שכר פועלים, (לקבוע מהו שכר המינימום עבור הפועלים, או לקבוע מהו השכר המקסימאלי עבור הפועלים), ולהסיע על קיצתן". (לקנוס את מי שהעובר על מה שהם קצבו).

הראשונים כתבו מספר הסברים למקור הסמכות של בני העיר לתקן תקנות:

א. המרדכי (סימן תפ) כתב: כשם שהבית דין יכול לתקן תקנות, מדין **הפקר ב"ד הפקר**, כך גם טובי העיר הם כמו גדול הדור והפקרם הפקר. ומכאן הסמכות שיש לטובי העיר לתקן תקנות.

ב. הרא"ש (סימן לג) הוסיף: **כל בעלי האומנות נחשבים כבני עיר לעצמם**, וכשם שבני עיר יכולים לתקן תקנות - כך גם בעלי מלאכה.

ג. ריב"ש (סימן שה) כתב: הסמכות של הקהל לתקן תקנות היא ככל **תנאי שבממון**, שהתנאי תקף.

ד. החתם סופר (או"ח סימן קצג) כתב: "בני הקהילה - דין **שותפים** להם".

הרשב"א (חלק א סימן תשס"ט) כתב: "שאין רשות ביד אדם להסתלק ולפטור עצמו מתקנת הקהל, ולומר לא אכנס בתקנות וכיוצא בהן, לפי שהיחידים משועבדים לרוב. וכמו שכל הקהלות משועבדות לבית דין הגדול או לנשיא - **כך כל יחיד ויחיד משועבד לצבור שבעירו**".

הרשב"א (חלק ג סימן תיא) עוד הוסיף: "לפי שכל צבור וצבור היחידי' - כנתונין תחת יד הרבים, על פיהם הם צריכין להתנהג בכל ענייניהם, **והם לאנשי עירם ככל ישראל לב"ד הגדול או למלך**".

המרדכי (סימן תפא) עוד כתב: תקנות הקהל תקפות גם ללא קניין. וכן כתב הרא"ש (כלל ו סימן יט): "ועל שהוספת לשאול אם יוכלו (הקהל) לחזור בהם? מנהג פשוט הוא, מה **שטובי הקהל מסכימים לעשות - שריר וקיים הוא בלא קנין**. ובכל תקנות הקהל, שמתקנין על יחידים ועל רבים ומסיעין על קיצותם, כל דבריהם ככתובין וכמסורין דמו".

החזון איש (ב"ב סימן ד בס"ק כב) כתב: תקנת הקהל תקפה גם ללא קניין כשם שהחלטות הבית דין תקפות ללא קניין. ומשכך יש לומר **שהתקנה מחייבת רק כאשר היא נתקנה ע"י שלושה כמו הרכב של ב"ד**.

המרדכי (מסכת גיטין סימן שפד) הוסיף: "**ודיני קנסות** שפירש שאין דנין בזמן הזה - שמעתי בשם הר"י מאייור"א, **שיש לדונם ע"פ שבעה טובי העיר**. וכן הוא מקובל מרבותיו".

מהרשד"ם (חלק יורה דעה סימן קיז) כתב: "וא"כ יש לומר דכל מילי דהוו תקנת הצבור - הוי דבר תורה ומצוה". מכאן שכל תקנה שנועדה לטובת הציבור חשובה כמו דבר תורה וכמו מצווה.

הרשב"א (חלק א סימן תרי"ז) כתב: שבעה טובי העיר אלו נבחרי הציבור[17], והם לא חייבים להיות האנשים הכי חכמים, אלא רק שיהיו נציגי הציבור: "ואקדים לך הקדמה, כי שבעה טובי העיר המוזכרים בכל מקום - אינם שבעה אנשים המובחרים בחכמה או בעושר וכבוד. אלא שבעה אנשים שהעמידום הצבור פרנסים סתם על עניני העיר, והרי הן כאפטרופסים עליהם".

[17] האור זרוע (סימן סה) הסביר למה צריך דווקא שבעה נבחרי ציבור: "שיערו חכמים כשיש ז' נושאים ונותנים בדבר - יודעים לעמוד על האמת מה היא תקנת העיר ויישובה".

**ח- האם ההחלטות באסיפת חברים צריכות להתקבל פה אחד**

בחידושי הגרע"א מובאת מחלוקת ראשונים, במקרה בו התקנה אינה למגדר מילתא, אלא תקנה שגורמת לרווחים לאדם מסוים ולהפסדים לאחר, האם צריך שכולם יסכימו או מספיק שרובם יסכימו.

**ר"ת** (מובא במרדכי סימן תפא) **והרמב"ם** סבורים, שצריך את הסכמת כל בני העיר, והרוב אינו יכול במקרה זה לכוף על המיעוט, ומתי אנו אומרים אחר רבים להטות? רק בדבר שנועד לגדר את קיום התורה והמצוות, בזה יכול הרוב להכריח את המיעוט, אבל בדברי חולין הנוגעים לסדר חברתי - אין הרוב יכול להכריח את היחיד. הסברא לכך: בני העיר נחשבים לשותפים, וכשם שבשותפות יש יכולת ביד כל שותף לעכב את ההחלטה, אף כאן יש ביכולת כל חבר קהילה להטיל ווטו על כל החלטה.

וכ"פ להלכה החתם סופר (סימן קיז), שאין ביכולת שבעה טובי העיר לתקן תקנה עבור הציבור, בדבר שאינו של מצווה, כאשר התקנה גורמת להפסדים לחלק מהציבור, (אא"כ כל הציבור יאשר פה אחד, דבר שהוא כמעט בלתי אפשרי).

אבל **ראבי"ה** (מרדכי סימן תפג), **הרשב"א והרמב"ן** כתבו: הרוב יכולים לכוף את המיעוט גם במידי דפסידא להאי ורווחא להאי, זאת בתנאי שהייתה נוכחות מלאה של כל בני העיר, שאז הולכים ע"פ החלטת הרוב. ערוך השולחן בסימן רלא סעיף כז העיר: "ומי שלא בא לאסיפה - בטלה דעתו, ובמקום שיש תקנת המלכות דינא דמלכותא דינא". (זהו אחד מהדברים הנוגעים למעמד המיוחד שיש לציבור).

וכ"פ הריטב"א (מסכת עבודה זרה דף לו עמוד ב): "וכן היה אומר מורי הרב ז"ל: דכל תקנה שרוב הצבור והוא החשוב במנין ובחכמה הסכימו בה, אף על פי שהמיעוט עומדין וצווחין - הרי הם חייבין במה שהסכימו הרוב, ובלבד שיהא נראה לרוב ההוא דיש בגזרה ההיא תקנה לצבור, מתקנין כן על הכל בשוה, ואם יש בעיר חבר עיר צריכין לעשות כן מדעתו, ואם לאו אין במעשיהם כלום כדאיתא בפ"ק דבבא בתרא".

וכ"פ הרא"ש (כלל ו סימן ה) שאומרים אחר רבים להטות גם בכל צורכי הציבור, שאם לא נאמר כך, לא תתכן שום קבלת החלטות. אומנם מהריב"ל סבור שגם פוסקים אלו יסכימו שלא ניתן לכוף את הרבים שלא היו באותה העיר בשעת ההסכמה. הרמ"א בסימן ב סעיף א, הביא את שיטת ר"ת, אך למעשה המנהג הוא כשיטת ראבי"ה[18]. מהרשד"ם (חלק יורה דעה סימן קיז) כתב: רוב הפוסקים סבורים כדעת ראבי"ה.

---

[18] הסמ"ע בסימן ב בס"ק יג הסתפק האם הרמ"א פסק כראבי"ה רק בדבר שהוא למגדר מילתא, אבל בתקנות הקהל שאינן למגדר מילתא יש לפסוק כר"ת, או בכל תקנות הקהל יש לפסוק כראבי"ה. הרמ"א קיצר והיה לו להאריך ולפרש את כוונתו.

החתם סופר (חלק ה חושן משפט סימן קטז) ביאר: גם ר"ת מודה שהרוב יכול לחייב את המיעוט מכוח המנהג (אומנם לא מעיקר הדין אלא רק ע"פ המנהג). וכך יש לבאר את דברי הרמ"א שפסק כר"ת, אבל למעשה יש ללכת אחר המנהג, ולכן יש תוקף להחלטת הרוב.

לאור החלוקה הקיימת בין הוועד המקומי ובין האגודה השיתופית, חשבתי לומר שנראים דברי רבנו תם בכל הנוגע **להחלטות האגודה**, כי יש להתייחס אל האגודה כאל שותפות פרטית ביחס לוועד המקומי, ונראים דברי ראבי"ה בכל הנוגע להחלטות **הוועד המקומי**. לפיכך, כל דיני ציבור ושבעת טובי העיר וכו' - יחולו על חברי **הוועד המקומי**, והם יוכלו לקבל החלטות ע"פ דעת רוב חברי הוועד, אך בהחלטות של **הנהלת האגודה** - יש להתחשב ברצון כל החברים, כפי שבא לידי ביטוי באסיפת החברים ככל דיני שותפים. (כוונתי בעיקר להחלטות כבדות משקל של האגודה שיש בהן מחלוקת עמוקה בין החברים).

אומנם למעשה ניתן לפסוק כך רק במציאות בה כל חברי האגודה מביעים את דעתם מתוך רצון כנה לקבל את ההחלטה הטובה ביותר עבור הישוב, ולא חלילה מתוך מניעים אישיים או נגיעות ממוניות.

מדברי הרמ"א בסימן קסג סעיף א אנו למדים, שכל חבר אגודה שבא לאסיפת חברים - יכול לחוות את דעתו רק מתוך כוונה טהורה לשם שמים, כך שההחלטה הטובה ביותר עבור הישוב - היא זו ההחלטה שצריכה להתקבל.

לסיכום פרק זה, נביא את דברי הרמ"א בסימן קסג סעיף א: "כל צרכי צבור שאינן יכולין להשוות עצמו - **יש להושיב כל בעלי בתים הנותנים מס**[19], **ויקבלו עליהם שכל אחד יאמר דעתו לשם שמים**, **וילכו אחר הרוב**. ואם המעוט ימאנו - הרוב יכולין לכוף אותן אפילו בדיני גוים, ולהוציא ממון על זה, והם צריכין לתת חלקם. והמסרב מלומר דעתו על פי החרם - בטלה דעתו ואזלינן בתר רוב הנשארים האומרים דעתן".

**ט - תקנון וועד בית**

בית הדין ממליץ לדיירי הבניין המשותף להכין תקנון וועד בית מסודר ומקובל על דיירי הבניין. לתקנון שיתקבל ע"פ החלטת רוב הדיירים יהיה תוקף ע"פ ההלכה.

הגר"א בס"ק ט כתב: "**שכל השותפין בעניני שותפתן הן כב"ד הגדול**, כמ"ש הר"ח שם". מכאן גם ניתן ללמוד על כל החלטות שותפים, כולל החלטות חברי וועד בית משותף, צריך ללכת אחר הרוב, ולהחלטתם יש תוקף כפי החלטת ב"ד הגדול.

בשו"ת ישיב משה (עמוד רכו) כתב בשם הגרי"ש אלישיב: "יש אצלנו בין בא"י ובין בחו"ל עירייה שיש לה חוקים, **ועל דעת אלו חוקים כל אחד קונה ובונה**".

הגר"ע בצרי (דיני ממונות חלק ב עמ' שמט) המליץ לדיירי בניין משותף לחתום על תקנון וועד בית בכדי למנוע מריבות מיותרות. וכך כתב: "וכאן יתבארו ההלכות שעם קיומן יתכנו יחסי שכנים נאותים כמטרת התורה שדרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום, שכאשר אין סדר והלכה - נראה לכל אחד

[19] אגב, מכאן ניתן להוכיח, שאין זכות הצבעה לתושב שאינו משלם את מיסי הישוב.

ששכנו בא לעושקו, ועל ידי כן באים למריבה ושנאת חנם, ולפעמים ליותר גרוע מזה, אולם **כאשר ידועה ההלכה בנדון, הרי כל אחד מקבל עליו את הדין אף על פי שזה פוגע בו ובכיס**ו, ועם קיום ההלכה והתנהגות במוסר הטוב - יזכה כל אחד מהשכנים לשלווה נפשית ושמחה בביתו, דבר שכל אחד מאתנו מייחל לו".

**מסקנות**

א. קיימת **זכות** בנייה בקומה ארבע, אך לא ניתן לממשה, כי לא ניתן **לבנות** בפועל ללא אישור הגורמים שנקבעו באסיפה מ-2006.

ב. במכירת זכויות הקרקע אנו הולכים אחר הפרשנות המצמצמת. בחוזה שהוצג ע"י התובעים לא נכתב שזכויות הבנייה על הגג שייכות לדיירי הקומה העליונה, לפיכך יש לקבוע שדיירי הקומה השלישית רכשו רק זכות לבנות את דירתם, אך לא רכשו את הזכות לבנות קומה נוספת.

ג. ע"פ גובה הסכום ששולם (25,000$ ברוב הדירות) ניתן להעריך מה היה היקף המכירה. במקרה כאן ישנה אומדנה דמוכח שבמחיר זה נכלל רק זכויות בנייה לדירות עצמן ולא זכויות בנייה על גג הבניין.

ד. כפי שפסק בשו"ע (סימן רטו סעיף ח), יש ללכת אחר המנהג במכירת קרקעות. ע"פ חוק המקרקעין (סעיף 52): דיירי הבניין נחשבים כשותפים בכל חלקי הבניין, לכן יש שותפות מלאה בגג, בחדרי מדרגות, במקלט וכו'.

ה. יש בסמכות הוועד המקומי של הישוב להטיל מיסים כולל דמי פיתוח, אך אין לאגודה יכולת לגבות מיסים, לא יעלה על הדעת לפרש את החוזה באופן בו תהיה תוצאה שהאגודה עוברת על החוק. לפיכך גם אילו הייתה אפשרות לדיירי הקומה העליונה להרחיב את דירותיהם - לא הייתה לאגודה סמכות לגבות מיסים.

ו. יש בסמכות האגודה השיתופית לשנות את התב"ע, מכיוון שהאגודה היא האחראית על ניהול הקרקעות בישוב מטעם החטיבה להתיישבות.

ז. כל חבר אגודה שבא לאסיפת חברים - יכול לחוות את דעתו רק מתוך כוונה טהורה לשם שמים, שההחלטה הטובה ביותר עבור הישוב - היא זו ההחלטה שצריכה להתקבל.

ח. ההחלטות יתקבלו בהסכמת רוב חברי האסיפה.

ט. בית הדין ממליץ לדיירי הבניין המשותף להכין תקנון וועד בית מסודר ומקובל על דיירי הבניין. לתקנון שיתקבל ע"פ החלטת רוב הדיירים יהיה תוקף ע"פ ההלכה.

# תוספת בנייה

**המקרה:**

דיירים מהקומה העליונה מבקשים לבנות על הגג עוד יחידת דיור. (חלקם מעוניינים להשכירה לאחרים, וחלקם מעוניינים לבנות את התוספת עבור משפחתם).

דיירי הקומות העליונות החלו לאסוף חתימות מדיירי הבניין להיתר הבנייה.

ישנם מספר דיירים שחתמו ונתנו את אישורם לבנייה, אך ישנם מספר דיירים שמתנגדים לבנייה.

**השאלות לבירור:**

א. האם מותר להוסיף יחידת דיור?
ב. האם ניתן לבנות ללא אישור השכנים?
ג. האם חדר מדרגות נחשב לחצר או למבוי?
ד. למי שייכת הבעלות על הגג?
ה. מהו מנהג המדינה בבעלות על הגג?
ו. מה הן אחוזי הבנייה?
ז. האם ניתן לפרק את השותפות בגג בגוד או אגוד?
ח. האם ניתן לכפות על חלוקת נכסי שותפים כאשר הישוב החליט לא לבנות?
ט. דין תוספת שמכבידה על הבניין.
י. תוספת בנייה שגורמת לירידת ערך הדירות בבניין.
יא. שכן כבר הרחיב האם יכול להתנגד?
יב. האם כופים על מידת סדום ומחייבים את השכנים למחול?

**א- הוספת יחידת דיור**

במשנה במסכת בבא בתרא דף נט עמוד ב מובא: אחד משותפי החצר שקנה בית בחצר אחרת - אסור לו לפתוח פתח בבית לחצר השותפים, כך שיוכל להיכנס לביתו החדש גם מחצר השותפים וגם מהחצר בה נמצא הבית, שכן יש איסור לפגוע בפרטיות של שותפי החצר שלו, בכך שמוסיף דיירים נוספים לחצר. התוספות (דף ס. ד"ה לקח) כתבו: "לקח בית בחצר אחרת, לא יפתחנה לחצר השותפין - פירוש אפילו לביתו, כדי שלא יכנס ממנו לחצר השותפין".

המשנה עוד כתבה: המרחיב את ביתו בבניית קומה שנייה - אסור לו לעשות כניסה נפרדת מחצר השותפים לתוספת שבנה בקומה השנייה, שכן הוא פוגע בפרטיות של השותפים בהוספת דיירים.

הראשונים הביאו מספר טעמים לאיסור להרבות בדיירים בחצר:

א. הרשב"ם (ד"ה שמרבה) ביאר: "שרוב בני אדם יוצאין ונכנסין עכשיו בחצר יותר מבתחלה, וליכא **צניעות** כדמעיקרא".

ב. העיטור {מחאה ס"ק תרע"ו} ביאר: יש **הפרעה** לדיירים הקיימים בהכנסת עוד אנשים לבניין.

ג. יש מפרשים (מובא בעיטור שם): יש **תוספת לכלוך** בבניין בגלל שהתווספו דיירים נוספים.

הנ"מ תהיה בחלוקת דירה לשתיים ופתיחת דלת נוספת **בחדר מדרגות**: הטעם של הרשב"ם לא שייך בחדר מדרגות, שכן לא נוהגים שם מנהג צניעות (כפי שהיו נוהגים בחצר), אך שני הטעמים של העיטור שייכים גם בחדר מדרגות, שמתווסף רעש ולכלוך.

בסיפא של המשנה נראה, שמותר לבנות תוספת דירה (על הגג) בתנאי שלא פותח פתח לחצר השותפים. הגמ' שואלת: למרות שאין לדיירים הגרים בתוספת כניסה נפרדת לחצר השותפים, אלא רק כניסה דרך ביתו, בכ"ז בסופו של דבר אין זה משנה מהיכן הם יוצאים, יש תוספת דיירים המהווה פגיעה בפרטיות?

הגמ' הסבירה: לא מדובר שהוסיף שטח בו הוא בנה חדרים נוספים או קומה שנייה, אלא מדובר באדם המנצל את השטח הקיים בחלוקה יותר קטנה, כך שמחדר אחד הוא עושה שני חדרים, וכן כאשר הוא בנה קומה שנייה, אין מדובר בהוספת שטח למבנה, אלא רק מדובר בבית שיש לו תקרה גבוהה, והוא בנה קומה שנייה בתוך המבנה הקיים. במקרים אלו שותפי החצר אינם יכולים למנוע ממנו לבצע הרחבה, שכן הוא משתמש בשטח הקיים, ורק מוסיף דיירים, ולא ניתן לאסור להכניס דיירים לביתו.

נחלקו הראשונים בהבנת סוגיא זו:

א. **שיטת הרשב"ם** - אסור לבנות יחידת דיור חדשה, כאשר מוסיף ובונה בניין חדש, ואפ' אם רוצה להשתמש בתוספת למחסן - אסור להוסיף על המבנה הקיים, אבל לחלק מחדש את המבנה הקיים, כאשר אינו מוסיף בבנייה, אלא רק מחלק את ביתו לחדרים קטנים יותר, כך שמוסיף חדרים לדירתו - רשאי, **שכן אדם יכול להכניס דיירים לביתו** כמה שירצה.

ב. **שיטת הרמ"ה ע"פ הבית יוסף -** יש איסור להוסיף למבנה הקיים, גם אם רוצה לבנות מחסן - אסור להוסיף על הקיים, אבל לחלק את ביתו כך שיהיה לו יותר חדרים - מותר אם מתכוון לעשות בחדרים הנוספים מחסן, אך **אינו יכול לחלק את דירתו ולהוסיף חדרים בשביל דיירים אחרים**, שבני החצר יכולים להתנגד להוספת דיירים, דבר הפוגע בפרטיות שלהם (גם כאשר הוא לא מוסיף בנייה אלא רק מחלק את ביתו מחדש). אומנם אם מחלק את דירתו ומוסיף חדרים **בשביל משפחתו שהתרחבה - מותר**.

ג. **שיטת הרמ"ה ע"פ הדרכי משה** (ס"ק ד) - יש איסור להוסיף על המבנה הקיים, גם כאשר מתכוון לעשות מחסן, אבל אם מחלק את ביתו כך שיהיו לו יותר חדרים - מותר רק עבור מחסן, אך **אסור להוסיף חדרים בשביל בני ביתו**. אומנם להכניס אנשים לביתו - רשאי להכניס כמה שירצה כל עוד אינו מוסיף חדרים ולא משנה את חלוקת הבית, אלא מכניסם בביתו הנוכחי.

ד. **שיטת הרי"ף** (דף לג.) **והרמב"ם** (הלכות שכנים פרק ה הלכה ח) - ניתן גם להוסיף מבנה חדש. ישנן שתי הגבלות: א)- לא יעשה כניסה נפרדת, אלא כולם יעברו דרך ביתו. ב)- לא יוסיף דיירים חדשים שלא אוכלים על שולחנו. (מובא ברמב"ם בהלכה ט). הרמב"ם חידש: אסור לאדם להוסיף לדירתו משפחה נוספת.

נמצא אפוא, לדעת הרמב"ם, מותר להוסיף לבנות יחידת דיור חדשה רק למשפחתו. (בניגוד לדעת הרשב"ם שאסר להוסיף והתיר רק לחלק את דירתו מחדש, וק"ו בניגוד לשיטת הרמ"ה). המחבר בסימן קנד סעיף א, הביא את ההגבלה הראשונה שכתב הרמב"ם, ובסעיף ב הביא את ההגבלה השנייה.

ה. **שיטת הרמב"ן, הראב"ד** (שם) **והנימוקי יוסף** (דף לב. ד"ה מתני' לא) - בעיקרון הם סבורים כדעת הרמב"ם, שניתן לבנות תוספת בנייה, בתנאי שלא יעשה כניסה נפרדת. אבל הם חולקים על ההגבלה השנייה, לדעתם ניתן להוסיף דיירים חדשים.

הנימוקי יוסף כתב: בתוספתא מוכח כדברי הרמב"ן והרי"ף, והדעת מכרעת כן, שבד"כ אין בנ"א משכירים תוספת שאין לה כניסה נפרדת, אלא בנה לצורך תשמישו, וגם אם יזדמן שישכיר - הרשות בידו, כשם שמותר לו למלא את ביתו בדיירים. הרמ"א בסעיף ב הביא שיטה זו בשם וי"א.
הראב"ד (הלכה ט) הקשה על הרמב"ם: "בחיי ראשי, נ"ל דבריו סותרים זה את זה, שאמר תחלה שבונה עלייה על ביתו ופתוחה לביתו, ואף על פי שהם מרבים שכנים בדירות חלוקות, ואיך ימנע ממנו שלא יכניס לביתו כל מי שירצה"? (מצד אחד הרמב"ם התיר להוסיף תוספת בנייה אם הפתח בתוך ביתו, ומאידך הרמב"ם אסר להוסיף דיירים חדשים).

המגיד משנה הסביר: ההיתר של הרמב"ם לתוספת בנייה שייכת רק אם רוצה להוסיף עבור משפחתו, אך אם רוצה להכניס דיירים חדשים, כגון שרוצה לבנות יחידת דיור להשכרה - יכולים השכנים למחות ואין היתר לתוספת בנייה.

צריך לציין, הדיון כאן הוא לשיטת התובעים, שהגג שייך להם והם מעוניינים לבנות ברשותם, שאפ' במקרה זה נחלקו הראשונים ונפסק להלכה לאסור בניית תוספת **בתוך רשותו של אדם**, אא"כ מתקיימים שני תנאים, אבל לקמן מבואר שהגג שייך לכל הדיירים בבניין, כך שמדובר בבנייה על נכס ששייך לעוד **שותפים**, וזה חמור יותר מאשר הסוגיא המובאת כאן.

לסיכום פרק זה, ע"פ פסק המחבר, יש איסור לבנות תוספת בנייה **גם בתוך רשותו של אדם**, אא"כ מתקיימים שני תנאים: א)- תוספת הבנייה נועדה רק עבור בני משפחתו. ב)- הכניסה לתוספת הבנייה תהיה רק מתוך הבית, אין לפתוח פתח חיצוני מהתוספת לחדר מדרגות או לגג. יש איסור לבנות תוספת בכדי להשכירה לאחרים, בגלל שמרבה בדיירים. גם ע"פ פסק הרמ"א (כמבואר בדברי החזון איש ב"ב סימן יב), יש איסור בתוספת בנייה עבור דיירים חדשים, (דהיינו תוספת בנייה לצורך השכרה - אסורה). אומנם אם מדובר **בבנייה ברשות של שותפים** (ולא רק בבנייה על נכס בבעלותו הבלעדית) - יש לבקש את אישורם של השותפים.

**ב- הוספת בנייה ללא אישור השכנים**

הרמ"א בסימן קנד בסוף סעיף א פסק בשם הרא"ש: אסור לפתוח כניסה חדשה מהתוספת לדירתו. הסמ"ע בס"ק ד הסביר: "פירוש בית **שבחצר אחרת**, אבל לבנות ע"ג עלייתו או אחורי ביתו **בחצר זה**, (דהיינו החצר שלו), ולפתחו לביתו - מותר, **דהחצר משועבד להחדרים המצורפים לבית זה** שעומד כבר בה, רק שלא יפתחנה להחצר".

הנתיבות בס"ק ג הקשה: מדוע מותר לפתוח פתח אם בונה בתוך ביתו, ומדוע אסור לפתוח פתח אם קונה בחצר אחרת, מה ההבדל אם בונה מחדש או קונה מחדש? הנתיבות הסביר ע"פ דברי הסמ"ע: ניתן לבנות רק על שטח שהיה תמיד שייך לו, שהרי שטח זה משועבד לביתו, לכן למרות שלא בנה בהתחלה, יכול כעת לבנות מחדש, אבל כאשר הוא קונה שטח חדש - אין הוא יכול לפתוח כניסה חדשה גם לא לביתו.

היום ע"פ החוק (חוק המקרקעין סעיף 71ב), כל שינוי מהמציאות הקיימת בבניין מצריכה את אישור של שלושת רבעי בעלי הדירות, (כאשר שני שליש מהרכוש המשותף צמוד לדירה שלהם), וכן אישור מהמועצה. כל זאת בתנאי שאין פגיעה של זכויות לדיירים אחרים. כל בנייה ללא אישורים אלו חשובה כמו בונה ללא רשות, (יש עבירה פלילית בבנייה ללא היתר, אם כי בבנייה ביהודה ושומרון אין עבירה פלילית), כך שגם לדעת הרמ"א יש איסור לבנות גם אם פותח לתוך ביתו.

הרמ"א בסעיף א כתב בשם הטור: "כל אחד מבני החצר (השותפים) - אין לו רשות לשנות כלל, אלא כמו שבנאו או קנאו או ירשוהו - יש להם לנהוג בו".

הט"ז (סימן קנד סעיף א) כתב: למרות שהייתה אפשרות בהחלה לערוך שינויים בבניין, בכ"ז אם השינויים לא נעשו, והוא קנה את הדירה בצורתה הנוכחית - אין אפשרות לאף שכן לשנות בכל צורה שתגרום פגיעה לאחד מהדיירים.

הרא"ש (מסכת בבא בתרא פרק ב סימן יא) כתב: "וכן **שנים (שותפים) השרויין בחצר אחד -** היחיד מעכב על היחיד, וכן **היחיד מעכב על הרבים**". וכ"פ מרן בעל השו"ע בסימן קנו סעיף א: "ואפילו נתרצו לו כולם חוץ מאחד - **אותו אחד מעכב עליו**". (כל דייר יכול לעכב את שכנו מלהרבות בדיירים).

בפסקי דין רבניים (חלק יד פס"ד בעמוד 170) בהרכב מרנן הגר"מ אליהו, הגרא"י וולדינברג והגר"א שפירא, קיבלו את דעת המיעוט של הגר"ע בצרי (שם בעמוד 161) ופסקו לאסור בניית תוספת דירה בגג ללא הסכמת השכנים, ורק בצירוף שני התנאים הנ"ל בדעת הרמב"ם.

וכך מובא במסקנות: "**חוק בתים משותפים נהפך גם למנהג המדינה** מטעם קיבלו עלייהו[20]. בעל דירה (בבית משותף) אינו רשאי לעשות בדירתו שינויים או תקונים הפוגעים ברכוש המשותף... או משנים או עשויים לשנות את ערכו אלא **בהסכמת בעלי הדירות האחרות**".

"בחו"מ (סימן קנד סעיף א) נפסק ברורות בזה הלשון: "...שכל אחד מבני החצר **אין לו רשות לשנות כלל אלא כמו שבנאו או קנאו**, או ירשוהו **יש להם לנהוג בו**, אפי' בנה עלייה על גב ביתו - לא יעשה זה פתח לתוך החצר, לפי שמרבה עליהם את הדרך".

"למדנו מזה שבשותפין בחצר, **שאחד מהשותפין אינו יכול להכניס איזה שינוי שיפגע עי"כ באיזה דרך שהיא בחלק שותפו,** כגון בריבוי הדרך וכדומה. **יסוד האיסור בזה הוא מפני שעי"כ פוגע בבעלות המשותפת,** וכפי שבאה ההדגשה בשו"ע, "שכל אחד מבני החצר אין לו רשות כלל לשנות, אלא כמו שבנאו או קנאו" והטענה של השותף השני על ריבוי דרך וכיוצא, באה ומשמשת רק כהוכחה שיש כאן הכנסת שינוי מהותי מצד שותפו בנכס המשותף, ולכן יש לאסור עליו לבצע זאת".

"בודאי ובודאי שהמערערים יכולים להתנגד לכל שינוי ברכוש המשותף, ובפרט שהטענה היא לא רק על ריבוי דרך, כי אם גם על **תוספת בניה והפחתת ערך הרכוש**, **וכן על הפחתת חלק ברכוש המשותף**, וכאשר השינוי בנכס המשותף ברור, אין צורך להוכחה נוספת על מרבה דרך וכדומה, **כי האיסור בלי הסכמה ברור גם בלאו הכי**".

מרן הראשון לציון הגר"מ אליהו (שו"ת מאמר מרדכי כרך ב חושן משפט סימן יא) הוסיף: "ובענין אם אדם זכאי למנוע מחברו להרויח, או ע"י אי הסכמתו לוותר, גורם לחברו נזק ומפסיד. אמנם לפי הדין וההלכה יקוב הדין את ההר, הרי משמע מהגמ' בתרא (דף ז' ע"א) שאפי' ירצה המבקש לתקן את כל הבית והקירות, אעפ"כ יכול לטעון: לי זה קשה לעבור ממקום למקום, גם אם ישלם לו דמי השכירות".

"...מאחר וכאמור לעיל, הם שותפין בבנין, אז הבונה הוא שבא ברשותו של השכן, ולפיכך הוי כאילו הוא בא לסלקו מחזקתו בדירה, ואם אין לו היזק, אז כופין על מדת סדום, אולם אם יש לו היזק, אף על פי שלשני יש יותר היזק והפסד גדול, כמו המעשה שם (ב"ב ז' ע"ב), בבנין של שתי קומות, והקומה הראשונה שקעה, וקשה לדייר לגור, ואומר לו הדייר העליון שיזחל ויגור בדירתו".

לסיכום פרק זה, חוק בתים משותפים תקף ע"פ דינא דמלכותא וע"פ מנהג המדינה. לכן יש איסור לשכן הגר בבית משותף לבנות תוספת מעל דירתו, ללא אישור השכנים השותפים בבניין. (ציץ אליעזר חלק טז סימן סט). ע"פ החוק נדרשת הסכמה של 75% מדיירי הבניין, וכן תשלומי איזון לדיירים המתנגדים.

[20] "יש תמיד להתיחס באופן חיובי אל החוק האמור, הן מפני שהוא אינו נוגד דין תורתנו הקדושה, ועכ"פ לא מפורש אצלנו דלא כן. (ועיין במגיד משנה בפרק כ"ז מ"ה מלוה ולווה ה"א, וש"ך חו"מ סי' קנ"ו סעי' ל"ט עי"ש), והן מפני שזה מעין קיבלו עלייהו ונהפך גם למנהג המדינה".

**ג- האם חדר מדרגות נחשב לחצר או למבוי**

הבית יוסף בסימן קסא כתב בשם הרשב"א (חלק ד סימן לה): רק בני החצר יכולים למחות כנגד תוספת בנייה של אחד מתושבי החצר, אבל אנשי המבוי דהיינו אנשים מחצר אחרת - אינם יכולים למחות כנגד תוספת בנייה שלא נמצאת בחצרם אלא רק במבוי שלהם.

הרשב"א הוכיח זאת מדברי הגמ' במסכת בבא בתרא דף יא עמוד ב, שאסרה על בן מבוי לפתוח פתח למבוי אחר, (כגון בית שפתוח לחצר משני צידי הבית, ומשני הצדדים יש מבוי, הבית היה פתוח לצד מבוי אחד, וכעת הוא רוצה לפתוח את ביתו לצד המבוי השני), כי הוא מרבה עליהם את הדרך, מכאן שרק בני מבוי אחר יכולים למחות אבל בני אותו מבוי - לא יכולים למחות.

הרשב"א הוסיף: במבוי מפולש פשוט שבני המבוי לא יכולים לעכב, כי המבוי פתוח משני הצדדים, כך שכל אדם גם מי שלא גר במבוי יכול לעבור דרך המבוי, להיכנס מצד אחד ולצאת מהצד השני. הרשב"א חידש: גם במבוי שאינו מפולש - אין בני המבוי יכולים למחות, למרות שהמבוי משמש רק את תושבי המבוי, בכ"ז אין בני המבוי יכולים למחות כנגד אדם שבנה תוספת בנייה בחצר אחרת שנמצאת באותו מבוי.

הרשב"א ביאר: יש לחלק בין ההיזק שנגרם מתוספת הבנייה לבני החצר ובין ההיזק שנגרם לבני המבוי. לבני אותה **חצר** נגרם נזק משמעותי ולכן הם יכולים למחות, אבל לבני **המבוי** לא נגרם נזק משמעותי כתוצאה מתוספת הבנייה במבוי, ולכן אין הם יכולים למחות.

נחלקו הפוסקים, האם חדר מדרגות דינו כדין חצר וניתן למחות כנגד תוספת בנייה שנפתחת לחדר מדרגות, או שדין חדר מדרגות כדן מבוי ולא ניתן למחות. **י"א** שדין חדר מדרגות כדין מבוי, שכן בזמנם "רוב תשמישן בחצר[21]" (כדברי רש"י במסכת ב"ב דף ב. ד"ה השותפין), אך היום רוב השימושים שנעשו בחצר עושים בתוך הבית. בספר **פתחי חושן** (נזיקין פרק טו הערה נו) מובא: דין חדר מדרגות כדין חצר, שהרי דיירי הבניין נמצאים בחדר מדרגות יותר מאשר נמצאים במבוי, כך שניתן למחות.

המאירי (מסכת ב"ב דף נט עמוד ב) כתב: "והדיין יורד לעמק הדין, ויבין דבר מתוך דבר לפי הענין ולפי המקום ולפי הזמן, איזו ראויה לעכב ואיזו אינה ראויה לעכב, ויזהר ממי שהמשפט שלו". מכאן שבכל נזקי שכנים על הדיין לבחון האם יגרם נזק לשאר השכנים בגלל התוספת.

לסיכום פרק זה, על סמך דברי המאירי יש לפסוק, שדין חדר מדרגות כדין חצר השותפים ויכולים השכנים למחות, זאת מכיוון שתוספת הבנייה תגרום לנזק לשאר השכנים, (הפסד ממוני באפשרות למכור את הגג לקבלן חיצוני, מיצוי אחוזי הבנייה, תוספת לכלוך, היזק ראייה לדיירים שגרים ממול, רעש, ירידת ערך הדירה, בלאי וכו').

[21] בחצר היו מבשלים, אופים, מכבסים, שוטחים פירות וכו'.

**ד- בעלות על הגג**

המשנה במסכת בבא בתרא דף סא עמוד א מובא: "המוכר את הבית - לא מכר יציע... ולא את הגג בזמן שיש לו מעקה גבוה עשרה טפחים". (מכירת בית לא כוללת את מכירת הגג, כאשר יש לגג חשיבות כמקום עצמאי, כגון גג עם מעקה בגובה עשרה טפחים).

בגמ' בדף סג עמוד ב מובא: "אמר רב דימי מנהרדעא: האי מאן דמזבין ליה ביתא לחבריה, אף על גב דכתב ליה עומקא ורומא - צריך למכתב ליה: קני לך מתהום ארעא ועד רום רקיעא". (מוכר שמעוניין למכור לקונה עומקא ורומא של הבית - לא מספיק שיכתוב שהוא מוכר את העומק ואת הגובה של הבית, אלא עליו לציין במפורש שהוא מוכר לו מתהום הארץ ועד גובה הרקיע).

הגמ' הוסיפה: "מאי טעמא? דעומקא ורומא בסתמא לא קני, אהני עומקא ורומא - למיקנא עומקא ורומא, ואהני מתהום ארעא ועד רום רקיעא - למיקנא בור ודות ומחילות".

נחלקו הראשונים בביאור דברי הגמ': **הרשב"ם** ביאר: מוכר שכותב ללקוח שהוא מוכר לו את הגובה והעומק של הדירה ("עומקא ורומא") - הקונה יכול לבנות מתחת לדירה וכן יכול לבנות בגג. ובמידה והמוכר הוסיף וכתב שמוכר מהתהום ועד הרקיע ("מתהום ארעא ועד רום רקיעא"), זו תוספת מיותרת שבאה לרבות לקונה גם חללים נוספים שהוא זכה בהם, וכן דוד בגג או בור בקרקע קנויים לו.

אבל **התוס'** (ד"ה אהני) ביארו: גם אם המוכר כתב ללקוח שהוא מוכר לו עומקא ורומא - הגג לא קנוי ללקוח, כי הכוונה בעומקא ורומא הוא רק לגובה ועומק שטח חלל הדירה, ואין השטח שמחוץ לדירה קנוי כלל, רק אם המוכר הוסיף שהוא מוכר מתהום ארעא ועד רום רקיעא - יכול הקונה לבנות על הגג, וכן יכול לבנות מתחת לדירה.

וכך כתב הרמב"ן (מסכת בבא בתרא דף סג עמוד ב) בשם ר"י מיגאש: "כשכתב לו עומקא ורומא - יכול לבנות שם כל מה שירצה, **אבל עדיין לא קנה גג** הבנוי שם בזמן שהוא גבוה עשרה ולא עליה שעל הבית, וכי כתב לו מתהום ארעא ועד רום רקיעא - קנה הכל לגמרי".

גם לשיטת הרשב"ם, כל עוד שלא נכתב במפורש בחוזה שהוא מוכר לו את זכויות הבנייה שבגג ("עומקא ורומא") - הלקוח לא זכאי לבנות על הגג.

המחבר בסימן ריד סעיף ג כתב: "המוכר בית לחבירו, אף על פי שכתב לו: 'הקניתי לך עמקו ורומו' - צריך לכתוב לו: 'קנה מקרקע התהום עד רום רקיע', **שהעומק והרום אינה נקנה בסתם**".

ובסעיף ד: "אם 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 להגביה ולבנות על אויר הבית או לחפור תחת הקרקע - אינו רשאי**".

לסיכום פרק זה, אדם שקנה בית - לא קנה את הזכות לבנות על הגג, אא"כ נכתב במפורש בחוזה שהוא זכאי לבנות על הגג.

**ה- מנהג המדינה בבעלות על הגג**

בתוספתא (מס' ב"מ פרק יא הלכה ב) מובא: "הבית והעליה של שנים, והרי בעל עליה מבקש לעשות לו דיוט' אחרת, ואין בעל הבית מניחו... - **ואין משנין ממנהג המדינה**".

וכך גם כתב הטור בסוף סימן קסד: "בית לאחד ועלייה לאחד, ורצה בעל העלייה לבנות דיוטא על גבה... - **יעשו הכל כמנהג המדינה**".

הרמב"ם (הלכות מכירה פרק כו הלכה ז) כתב: "במקום שנהגו שהמוכר כך מכר כך - הרי זה מכור וסומכין על המנהג". וכ"פ המחבר בסימן רטו סעיף ח.

ע"פ חוק המקרקעין (סעיף 52): הדיירים נחשבים כשותפים בכל חלקי הבניין, (למעט החלקים הרשומים כדירות), לכן יש שותפות מלאה בגג, בחדרי מדרגות, במקלט וכו'. כל מי שקונה דירה קונה על דעת כך שהוא הבעלים רק על דירתו, אך שאר חלקי הבניין שייכים בשותפות לכל הדיירים. גג הבניין נחשב לרכוש משותף לכל הדיירים. גם כאשר יש אפשרות לבנות על הגג לפי התב"ע - אין בכך בכדי להכריע שזכות הבנייה שייכת לדיירי הקומה העליונה.

ע"פ חוק המקרקעין (סעיף 11): הבעלות של הדיירים בשטח שייכת בכל העומק של הקרקע וכן למעלה בכל חלל הגובה.

רשאים דיירי הבניין להחליט להצמיד את הגג לבעל הדירה העליונה (סעיף 55 ג). הצמדת חלק מהרכוש המשותף לדירה צריכה להיעשות בתקנון הבית המשותף, (נרשם בטאבו), **ונדרשת הסכמת כל הדיירים**. (חוק המקרקעין סעיף 62א).

צריך להבחין בין זכות בנייה לבין בעלות על הגג. דהיינו גם כאשר יש הצמדה של הגג לדיירי הקומה העליונה, אין הכוונה שהם הבעלים על הגג וכל זכויות הבנייה שייכים להם, אלא הכוונה שיש להם אפשרות להשתמש בגג כל עוד ולא בונים, אך זכויות הבנייה עדיין שייכות לכלל דיירי הבניין. (זכות לאכילת **פירות,** אך לא לבעלות על **גוף** הנכס).

בחוזה שנחתם בין הדיירים ובין ההסתדרות (סעיף 16 בחוזה בר רשות בישוב קהילתי במגרש למגורים ביו"ש) נאמר: "על חוזה זה וכל הנובע ממנו - יחול הדין הישראלי".

בחוק המקרקעין (סעיף 61) מובא: כל בניין משותף יקבע נהלים ותקנון שיסדיר את זכויותיהם וחובותיהם בכל הקשור לבית המשותף. ובסעיף 64 נקבע: בניין שלא רשם תקנון שמוסכם על הדיירים - יש לראות בתקנון המצוי כתקנון שנקבע ע"י הדיירים.

בתקנון המצוי (סעיף 12א) נאמר: "**בעל דירה - אינו רשאי לעשות בדירתו שינויים או תיקונים הפוגעים ברכוש המשותף או מסכנים או עשויים לסכן את קיומו או משנים או עשויים לשנות את ערכו, אלא אם קיבל תחילה הסכמת האסיפה הכללית של בעלי הדירות**. לענין זה, "פגיעה ברכוש המשותף" - לרבות פגיעה בחזותו החיצונית התקינה והאחידה כפי שהיתה בעת גמר הבניה".

בתקנון המצוי (סעיף 12ב) עוד נאמר: החלטה המטילה על בעל דירה חובות... או **המשנה את זכויותיו - לא יהיה לה תוקף לגבי אותו בעל דירה אלא אם הסכים לה**".

לסיכום פרק זה, ישנם מספר טעמים מדוע הבעלות על הגג שייכת לכלל הדיירים בבניין:

א. יש תוקף לסעיפים הנ"ל מחוק המקרקעין - ע"פ **דינא דמלכותא**.

ב. **יש מנהג מדינה** ברור שכל חלקי הבניין כולל הגג שייכים לכלל הדיירים. יש תוקף למנהג מדינה זה שקובע שהגג שייך לכל הדיירים.

ג. דיירי הקומות התחתונות בבניין חתמו על חוזה שנותן **תוקף לדין הישראלי וכן לתקנון המצוי**. לא ניתן לשלול את זכויותיהם של בעלי הדירות ללא הסכמה מפורשת מצד אותם בעלי דירות.

ד. היום יש **גמירות דעת ברכישת דירות**, שכל אדם שרוכש דירה בבניין משותף, קונה על דעת כך שהגג ושאר חלקי הבניין שייכים לכל הדיירים.

**ו- אחוזי הבנייה**

לכל בניין יש תוכנית בניין עיר (תב"ע), בתוכנית נקבע לכל מגרש אחוזי בניין, דהיינו שיעור השטח הניתן לבנייה בתוך שטח המגרש. ככל שיש למגרש אחוזי בנייה גבוהים יותר, כך ניתן לבנות עוד לגובה (או לעומק האדמה) וערך השטח עולה.

דיירי הבניין אינם יכולים לבנות כאוות נפשם למרות שזהו שטחם הפרטי, אלא עליהם לבנות רק בהתאם לאחוזי הבנייה שאושרו בוועדה לתכנון ובנייה באותה עיר או מועצה. לדוגמא, מגרש שגודלו הוא חצי דונם {500 מ"ר}, ויש היתר לבנות בכל המאה אחוזים של השטח - ניתן לבנות חמש קומות, כאשר שטח כל קומה הוא מאה מ"ר, או לחלופין לבנות שתי קומות בשטח של 250 מ"ר לכל קומה. ואם יש היתר רק ל-50% - ניתן לבנות רק חצי מהשטח המפורט לעיל, וכן הלאה[22].

אחוזי הבניין שייכים לכלל דיירי הבניין, כאשר כל דייר זכאי לקבל אחוזי בניין ביחס לגודל הדירה שברשותו, דהיינו ביחס לאחוזים שיש לו בשותפות בבניין.

שכן שבונה בגג - מוריד לשאר השכנים את יכולת הבנייה העתידית, כי הוא משתמש באחוזי הבניין המאושרים לבנייה.

ע"פ החוק (מקרקעין סעיף 71ד), בעל הדירה שמרחיב חייב לשלם תשלומי איזון לבעלי הדירות שלא הרחיבו, או שהרחיבו בשווי פחות ממנו ומתנגדים לבנייה.

[22] מעיקר הדין, אדם רשאי לבנות על השטח שלו כרצונו, (ללא הגבלה של אחוזי בנייה), אך החוק הפקיע מספר מטרים מכל שטח, בכדי שיהיה מרווח בין בניין לבניין, אור, אוויר, פרטיות וכד'. כך שהיום אדם לא יכול לבנות על השטח שלו כרצונו, אלא רק ע"פ ההיתר שניתן בתוכנית התב"ע, כאשר וועדת התב"ע היא זו שקובעת כמה אחוזי ביין יהיו לכל מגרש.

**ז- פירוק שותפות בגוד או אגוד**

במשנה במסכת בבא בתרא דף יא עמוד א מובא: כאשר יש בחצר דין חלוקה - יכול כל אדם לכפות את שכנו לחלוק את החצר. דהיינו יש לבחון האם יש בחצר ארבע אמות לכל שכן, בנוסף לכך צריך שתהיה לכל שכן גישה לשטח שלו בלי לעבור בשטח של חבירו. וכך נפסק בשו"ע בסימן קעא סעיף ג.

הגמ' במסכת בבא בתרא דף יג עמוד א הוסיפה: נכס שאין בו דין חלוקה - רשאי כל אחד מבעלי הנכס לתבוע את חלוקת הנכסים ע"פ דין גוד או אגוד. כך שלכאורה יכול הדייר מהקומה העליונה (שמעוניין לפרק את השותפות) לומר לשאר דיירי הבניין: עליכם לבחור, או **לקנות** את חלקי, כך שאתם תקבלו את כל הנכס, ותשלמו לי כנגד החלק שלי, וזהו גוד. או **שתמכרו** לי את חלקכם, כך שאני אקבל את כל הנכס, ואתם תקבלו מעות בשווי החלק שלך, וזהו אגוד. מי שתובע את חלוקת השותפות צריך לתת זכות קדימה לנתבע שיוכל לשמור על חלקו ולשלם עבור חלק התובע, התובע לא יכול לנשל את הנתבע מחלקו גם בתשלום, לכן לנתבע תהיה הזכות הראשונית לבחור האם הוא מעוניין לקנות את שאר הנכס או למכור את הנכס[23].

החלוקה בדרך של גוד או אגוד תתבצע כך: הדייר בקומה השלישית יציע סכום כסף שלדעתו שווה השטח גג בו הוא מתעתד לבנות. כעת לדיירים התחתונים תהיה הזכות לבחור האם הם מעוניינים לרכוש את הזכויות בסכום שהוצע, או שהם מעוניינים למכור את החלק היחסי שלהם ולקבל את החלק היחסי שלהם ע"פ הסכום שהדייר קבע. השכנים שגרים למטה צריכים לקבל החלטה האם הם רוכשים ומשלמים את הסכום שהוצע, או שהם מוכרים את שטחם ומקבלים את הסכום שהוצע.

צריך לציין, התובע את פירוק השותפות יכול להציע סכום כסף גדול יותר מהשווי הריאלי של הגג, אך לא יכול להציע סכום נמוך מהשווי הריאלי של הגג. וכ"פ הרמ"א בסימן קעא סעיף ו[24]. החזון איש (ב"ב

---

[23] כך כתב היד רמ"ה (מסכת בבא בתרא דף יג עמוד ב): "דכי מחייב נתבע מדינא למיצת לדינא דגוד או אגוד - משום דקא מיבחר ליה תובע למיגד או לאוגודי הוא, **דכיון דמיבחר ליה וקא משוי ידו על העליונה - לאו לאפקועי מיניה קא בעי, אלא לאסתלוקי מהדדי באנפא דניחא ליה לנתבע טפי קא בעי**".

[24] נחלקו הראשונים בטענת גוד או אגוד, האם צריך לשום את הנכס בדיוק כפי שוויו, או ניתן שאחד השותפים יציע מחיר גבוה יותר משווי הריאלי, ולומר לשותף השני: קנה או אקנה. כמו כן נחלקו האם ניתן להציע מחיר נמוך משווי הנכס ולומר גוד או אגוד.

א. **שיטת ר"י** (תוס' ד"ה אית) - ניתן לדרוש שהקונה ישלם הרבה יותר משוויו, וכך משמע מדברי הברייתא: 'מעלין בדמים', דהיינו ניתן לעלות במחיר המעות, וכך משמע מפשט המילה 'גוד', שמשמעותה קציצת דמים, ומכיוון שהכל תלוי בקציצת הדמים, הרי שיכול הקוצץ להוסיף כרצונו, ואין בכך משום פגיעה בנתבע, שכן אם הנתבע לא ירצה לקנות את השדה, יוכל הוא לומר לתובע שהוא יקנה וישלם את סכום הכסף הגבוה. וכ"פ הרמב"ם. וכ"פ הרמ"א בסעיף ו.

ב. **שיטת הריצב"א** (תוס' שם) - לא ניתן להוסיף מעות על שווי השדה, אלא יש לשום את השדה בב"ד, (כך כתב הרא"ש בסימן ג), ועל הקונה לשלם בדיוק כפי שווי השדה. דברי הברייתא שאמרה 'מעלין בדמים', אין הכוונה לעלייה במחיר הדמים, אלא לעילוי ושומא, שיש לשום בדיוק את שווי השדה. ופירוש המילה 'גוד', אין הכוונה לקציצה, אלא למשיכה.

סימן ח בס"ק ד) ביאר: מותר לדייר שתובע את חלוקת השותפות להציע מחיר גבוה רק במציאות בה הוא אכן מעוניין לרכוש את הנכס במחיר שהוא הציע, אלא שיודע שאם יציע את המחיר הריאלי - הנתבע יבקש לקנות את חלקו, לכן מציע סכום גבוה ביודעו שהנתבע לא יוכל לשלם סכום זה והוא ישלם לנתבע את הסכום הגבוה שהציע, אבל אם התובע לא מעוניין לרכוש את הנכס, הוא יודע שהנתבע מוכן לשלם סכום גבוה בכדי לרכוש את חלקו, ולכן מציע סכום גבוה - זה אסור כי הוא מרמה את חבירו שלא כדין.

היד רמ"ה (מסכת בבא בתרא דף יג עמוד ב) כתב: **התובע** יכול לחזור בו מפירוק השותפות ולבטל את כל החלוקה בגוד או אגוד, אך התובע לא יכול לשנות את ההצעה כלפי מעלה. (לכן תובע שנתן הצעה מסוימת, והנתבע מסכים לקנות בסכום המוצע - התובע לא יכול לחזור בו ולתת הצעה יותר גבוהה, אך יכול לחזור בו מכל פירוק השותפות). **הנתבע** לא יכול לחזור בו אלא רק יכול להחליט אם הוא מעוניין לקנות או למכור (גוד או אגוד). גם התובע אם חוזר בו לגמרי, יכול הנתבע לתבוע את התובע, כך שהתובע כעת יהיה נתבע ויהיה מחויב לחלוקת גוד או אגוד. (אך אם בוצע קניין על ההצעה - אין אפשרות לחזרה). וכ"פ הסמ"ע בס"ק מא.

נחלקו הראשונים, האם ניתן לכפות על שותפים חלוקה ע"י דין גוד או אגוד:

א. **שיטת ר"י מיגאש, רבנו יונה** (מובא בראי"ש סימן נא) **והרא"ה** (מובא בנימוקי יוסף בסוף דף ח עמוד א) - כל דין גוד או אגוד, שייך רק **ביורשים**, או בשניים שקיבלו ביחד **מתנה**, אבל אין לומר גוד או אגוד **בשותפים**, שאם שני אנשים קנו יחד בית, הרי שקנו על דעת כך שיהיו שותפים בבית, ולא על דעת כך שאחד יפסיק את השותפות ויסלק את חברו מהבית.

ב. **שיטת הרמב"ם** (הלכות שכנים פרק א הלכה ג) - אין לחלק בין שותפים במתנה או שותפים בירושה, ובין שותפים בקנייה או שותפים בשכירות, בכל המקרים ניתן להפסיק את השותפות ולומר גוד או אגוד. הרשב"א ביאר: התובע יכול לטעון שבהתחלה היה סבור שיוכל להיות עמו בבית ולגור יחד, אך כעת רואה שאינו יכול ולפיכך מבקש הוא לפרק את השותפות וטוען גוד או אגוד.

ג. **שיטת הרא"ש** (שם) - אם ראינו שהשותפים הקפידו על פרטיות, שלכל אחד היה בית משלו, בו הוא גר לבדו, אלא שקנו יחד עוד בית בשביל להשכיר לאחרים, וביתו הפרטי של אחד

---

הטעם לכך, אם יהיה מותר לאחד השותפים להציע מחיר גבוה, דין גוד או אגוד לא יהיה בצורה שווה, שכן שותף עשיר יש ביכולתו להציע מחיר גבוה ולקנות את השדה, ובכך ייקח את חלקו של העני, כאשר לעני אין אפשרות אמתית לומר אגוד במחיר גבוה.

צריך לציין, לפי שתי השיטות, יש איסור לתבוע פחות משווי הסכום, זאת בכדי שלא תלקה מידת הדין, שכן חכמים תיקנו שיכול שותף לתבוע את פירוק השותפות גם בשדה שאין בה כדי חלוקה, ואם אחד השותפים הוא עשיר התובע משותפו העני להפסיק את השותפות, וכופהו לקנות את חלקו, אם יהיה ניתן לשום את השדה בפחות משוויו - הנתבע הקונה מפסיד, שכן העני לא יוכל לקנות שכן אין לו כסף לקנות, כך שמבחינת העני אין הוא יכול להשתמש ב- 'אגוד', ונשאר רק 'גוד', דהיינו שהעני ימכור ויקבל סכום מועט על חלקו.

ג. **שיטת הרמ"ה** (סימן קסד) - ניתן לשום את השדה גם בפחות משוויו, ואם הנתבע יראה שהתובע שם את מחיר השדה בזול, יאמר לתובע שהוא מעוניין לרכוש את חלקו במחיר הזול.

מהשותפים נפל או נשרף, וכעת טוען גוד או אגוד - רשאי, שכן יכול הוא לגור שאינו רוצה לגור עם שותף נוסף. אבל אם מלכתחילה שני השותפים קנו בית בו הם גרים יחד - אין הם יכולים לפרק את השותפות. וכן אם לכל אחד יש בית, והבית קיים - אין הם יכולים לפרק שותפות בבית שקנו יחד להשכרה, שכן לכל אחד יש את הבית הפרטי שלו.

נראה מדברי המחבר בסעיף ט שפסק כדעת הרמב"ם. **הש"ך** בס"ק א פסק כדעת ר"י מיגאש שלא אומרים גוד או אגוד בשותפים. וכ"פ כנסת הגדולה (הגהות טור חושן משפט סימן קעא בס"ק יט) בשם מהרש"ך (חלק ג סימן סח).

אבל הפתחי תשובה בס"ק ג כתב בשם **החתם סופר** (חלק ה סימן יב): "**בשותפות** דקיי"ל כשיטת רוב. וכמעט כל הפוסקים, **דגם בהו אמרינן גוד או איגוד**, וחלוקה. משום דאמרינן: אמינא, יכילנא לסבול, ועכשיו אינינו יכול לסבול". גם ערוך השולחן בסעיף ט פסק שניתן לחלוק בדרך של גוד או אגוד בשותפים.

לסיכום פרק זה, יש מחלוקת בין הפוסקים האם ניתן לכפות על שותפים חלוקת גוד או אגוד. נראה לפסוק שיש דין חלוקה בגוד או אגוד גם בשותפים, כדעת הרמב"ם, החתם סופר וערוך השולחן. כך שרשאי בעל הדירה העליונה לרכוש את חלק הגג השייך לשכנו ולאחר מכן להרחיב את דירתו.

**ח- התנו שלא יוכלו לחלק**

הדרכי משה בס"ק א כתב בשם **הרשב"א** (חלק א סימן תתק"ז): שדה שיש בה כדי חלוקה, והשותפים קיבלו על עצמם **בקניין** לא לחלוק את השדה - אין אחד מהם יכול לכוף את חברו לחלוק את השדה, ולא אמרינן דהוי קניין דברים, שכן כל אחד הקנה לשני את חלקו בתשמיש בשדה, וכדברי הגמ' במסכת בבא בתרא דף ג עמוד א, שאם חלקו ברוחות - הקניין חל. וכ"פ הרמ"א בסעיף א.

**הש"ך** בס"ק ב כתב: לא צריך לבצע קניין, אלא גם מחילה ללא קניין תקפה. הנתיבות בס"ק א כתב: הש"ך דיבר על היזק ראייה, שמועילה מחילה ללא קניין, אבל כאן צריכים השותפים לקבל על עצמם בקניין לא לחלוק, ולא מועילה מחילה.

הנתיבות בסימן קעו ס"ק לב כתב: אם השותפים התנו בניהם שיהיו שותפים למשך זמן מסוים, ולא יוכלו לפרק את השותפות - אין אחד מהם יכול לטעון גוד או אגוד, שכן כל הטעם של דין גוד או אגוד הוא מדין חלוקה, וכשם שניתן לחלוק את השדה לשני חלקים, כך גם ניתן לחלק את השדה לגוף השדה ולמעות, ששותף אחד יקבל את עצם השדה, והשותף השני יקבל את שווי השדה, לכן מי שאינו יכול לחלוק (בגלל התנאי שהיה בניהם) - אינו יכול לומר גוד או אגוד.

באסיפת חברים שהייתה בישוב הוחלט שלא תהיה בנייה על הגג. כך שיש לראות בהחלטה זו משום התנאה לא לבנות על הגג ולא לחלוק בגוד או אגוד. בכדי לבטל החלטה זו יש לכנס את השותפים בבניינים ולקבל החלטה משותפת המתירה לבנות על הגג.

**ט- תוספת שמכבידה על הבניין**

במסכת בבא מציעא דף קיז עמוד ב מובא: בניין בין שתי קומות שקרס, (בית ועלייה), ובעל הדירה **התחתונה** רוצה לבנות את הבית מחומרים יותר חזקים ממה שהיה הבית לפני כן - רשאי, אבל אם רוצה לבנות את הבית מחומרים פחות איכותיים - אינו רשאי. כמו כן, בעל הדירה **העליונה** צריך לבנות את הבניין מחומרים שלא יכבידו על הבניין.

וכך פסק מרן בעל השו"ע בסימן קסד סעיף ז: "**בעל העלייה**... ואם בא לשנות הכותלים **להרחיב** ולהחזיק - אין שומעין לו, **מפני שהוא מכביד על כותל התחתון**. אבל למעט - שומעין לו".

**הרא"ש** (סימן ג) **כתב בשם הראב"ד**: כאשר יש מנהג מדינה לבנות עם שני החומרים - יכול בעל הדירה העליונה לשנות בכל הנוגע לחומרים שמכבידים על הבניין, כי שני החומרים נכללים בכלל מנהג מדינה. וכך מבואר בתוספתא (מס' ב"מ פרק יא הלכה ב) מובא: "הבית והעליה של שנים, והרי בעל עליה מבקש לעשות לו דיוט' אחרת, ואין בעל הבית מניחו... - **ואין משנין ממנהג המדינה**". וכ"פ הרמ"א בסימן קסד סעיף ז.

הסמ"ע בס"ק יט כתב: מדובר שחלק מאנשי המדינה בונים בצורה אחת, (כגון עם עץ ארז שמכביד על הבניין), וחלק מאנשי המדינה בונים בצורה אחרת, (כגון עם עץ שקמה שלא מכביד על הבניין), כך שיש מנהג מדינה לבנות עם שני החומרים - יכול בעל הדירה העליונה לשנות בכל דבר שנוגע בתחום הכבדת הבניין כל עוד הוא משנה לדבר שיש עליו מנהג מדינה.

אבל **הבית יוסף** כתב: כל זה בתנאי ששאר דיירי הבניין השותפים לא מקפידים על השינוי, אבל **אם יש הקפדה של השותפים - אסור לשנות ממה שהיה**. הבית יוסף הוסיף שכך גם ניתן להסביר בדעת הראב"ד. הש"ך בס"ק ו הביא את דבריהם.

האחריות מוטלת על בעל הדירה העליונה לוודא שאין כל סכנה בגלל תוספת הבנייה. וכך מוכח מדברי הט"ז (סימן קסד סעיף א): "אם יש חשש סכנה בתקרת הבית מחמת כובד בנין העליה שיפול על התקרה וישברנה - שחייב בעל העליה לתקנה".

לסיכום פרק זה, ע"פ דברי הרמ"א יש לומר, שגם במקרים בהם ניתן לבנות תוספת בנייה - יש לבנות כפי מנהג מדינה, ע"פ החוק, ולאחר קבלת אישור ממהנדס מוסמך, זאת בכדי לא לגרום להכבדה מסוכנת של הבניין.

**י- תוספת בנייה שגורמת לירידת ערך הדירות בבניין**

הרשב"א (חלק ג סימן קנה) כתב: אדם שרוצה לעשות מחיצה בספסל בית הכנסת בינו לבין חבירו - רשאי לעשות את המחיצה בתוך השטח שלו. לכל אדם יש בעלות מלאה על המקום שלו בבית

כנסת[25], כך ששכנו אינו יכול לעכב ממנו לשים את המחיצה בחלקו, למרות שהאוויר מתמעט מחלקו של שכנו (בגלל המחיצה). וכ"פ הרמ"א בסימן קעא סעיף א.

הרשב"א הוסיף: בדין מחיצה שבחצר השותפים מבואר בגמ' במסכת בבא בתרא דף ב עמוד ב, שיש צורך שהשכן יתרצה ויאשר לבנות מחיצה (למ"ד שאין היזק ראייה), כי המחיצה ממעיטה את האוויר, אך כ"ז רק בחצר שותפים שלא ראויה לחלוקה, שאז צריך את הסכמת השותף לחלק ולוותר על האוויר, אך כאן לכל אדם יש את הכיסא שלו, לכן אין צורך באישור של השכן שיושב לידו לבנות את המחיצה. (כל זאת בתנאי שהמחיצה תהיה בתוך חלקו).

וכן כתב הרא"ש (כלל ה סימן ג): אדם יכול לבנות מחיצה ליד מקומו בבית כנסת, ואין צורך בהסכמת שכנו, כי שני המקומות בבית כנסת נחשבים כחצר הראויה להתחלק וניתן לכפות על החלוקה. מעבר לכך, גם א"נ שהם לא שותפים הרי אסור לכל אחד לשבת בכיסא של השני, כך שגם אין יכולת באחד למחות בשכנו לבנות מחיצה.

הרא"ש הוסיף: כל ההרחקות המובאות בפרק שני של מסכת בבא בתרא בהלכות שכנים, שייכות רק כאשר נגרם נזק לגוף השכן, אבל אם אדם בונה בתוך שלו, ונגרם נזק לשכנו - **השכן לא יכול למחות כנגדו**.

אומנם הרא"ש סיים: אם נהוג לשלם מחיר גבוה יותר על כיסא הראשון - **אסור** למי שיושב באמצע הספסל לעשות מחיצה, כי ע"י המחיצה מקומו נחשב למקום ראשוני יחידי, ובכך הוא גורם שהוא יהיה חשוב כמו הכיסא הראשון, אך הוא שילם מחיר פחות כפי המחיר של מי שיושב באמצע.

הנתיבות בסימן קעא ס"ק ב כתב: **בחצר השותפים** שמים את המחיצה בשטח של שני השותפים, אך **במקומות בית כנסת** שמים את המחיצה רק בחלק של האדם שרוצה את המחיצה, ולא בחלק של חבירו, כי המחיצה גורמת לדוחק במקום, והכיסא שבבית כנסת נמכר על מנת לשבת בצורה רגילה ולא בדוחק.

הרא"ש (כלל ה סימן ז) כתב: ספסל בית כנסת שיושבים עליו למשל חמישה אנשים - אסור להוסיף עוד כיסא בתחילת הספסל, כי יש פחיתות כבוד לאלו שיושבים באמצע, כגון האדם שישב במקום השני, וכעת אם יוסיפו עוד כיסא הוא ישב רק במקום השלישי. כך שיש ירידת ערך בשווי הכיסא, כי כיסא במקום השני שווה מאה זוזים וכיסא במקום השלישי שווה רק חמישים זוזים[26]. וכ"פ הרמ"א בסימן קעא סעיף א. (מובא בדרכי משה בסימן קנז ס"ק א).

---

[25] עיין בהרחבה בסימן קצב סעיף ז, שבזמן הראשונים הייתה בעלות מוחלטת על המקום בבית כנסת, אומנם היום המנהג השתנה, ויש למתפללים רק זכות ישיבה ולא בעלות על הכיסאות בית כנסת.

[26] הרא"ש עוד ביאר: המקום בו התווסף הכיסא החדש שייך לקהילה, ואסור לאדם יחידי לקחת את המקום ללא רשות כל הקהל.

הנתיבות בס"ק ג כתב: מדובר במקום שידוע שיש הוספת כבוד לשבת במקום הראשון יותר מאשר במקום השני, אבל בסתם מקום - לא ניתן למחות כנגד פחיתות כבוד, כי אנו אומרים שאין המקום מכבד את האדם[27].

הדגול מרבבה (על סעיף א) הקשה: שני פסקי הרא"ש סותרים זה את זה, הרא"ש בסימן ז פסק **שניתן למחות** כנגד פעולה שגורמת לירידת ערך הכיסאות, (להוסיף כיסא נוסף), אבל בסימן ג הרא"ש **התיר** לעשות פעולה שגורמת לירידת ערך הכיסא (לשים מחיצה בין הכיסאות)?

כמו כן הרא"ש בתוך סימן ג סתר את דבריו: בתחילת התשובה כתב שלא ניתן למחות כנגד אדם שעושה ברשותו למרות שיגרם נזק לחברו, אך בסוף התשובה הרא"ש פסק שניתן למחות. הגר"א בס"ק ה נשאר בצ"ע.

הפתחי תשובה בס"ק ב כתב בשם החתם סופר (חלק א או"ח סימן כו): "ועיינתי בהם, ולפע"ד אין כאן סתירה, רק הגהה מועטת צריכה". החתם סופר הסביר: לעולם אסור לאדם לעשות פעולה שתגרום **להפסד לחברו** ולירידת ערך הכיסא שלו, אך אם אדם עושה פעולה ברשותו, והפעולה רק גורמת **לירידה בכבוד** של חברו ולא לנזק ממוני - מותר.

**בסימן ג בתחילת התשובה** מדובר שאין הפסד כספי בהוספת המחיצה אלא רק פחיתות כבוד, לכן לא ניתן למחות כנגד מי ששם מחיצה, (בתנאי שהמחיצה ברשותו ובתנאי שלא נגרם נזק ממוני לחברו), אך **בסוף התשובה** מדובר שיש נזק ממוני, לכן אסור להוסיף עוד כיסא. **בסימן ז** מדובר בנזק שנגרם לשותפים, כאן יש איסור גם בהפחתת הכבוד, וק"ו שיש איסור לגרום נזק ממוני בשטח השייך לשותפים, כי זהו שטח השייך גם לחברו השותף, לכן לא ניתן לבצע כל פעולה שתגרום לכל הפסד כולל הפסד כבוד.

בספר ערך השולחן (סימן קנו ס"ק ב) מובא: מותר לפתוח תלמוד תורה גם אם יש ירידה בערך הדירות באותו בניין. משמע שרק לצורך תלמוד תורה יש היתר לגרום לנזק בירידת ערך הדירה, אבל בניית תוספת דירה שאין בה משום מצוות לימוד תורה - יש איסור לגרום נזק בירידת ערך הדירה של שאר השכנים.

וכך גם מוכח מדברי שו"ת **מהרש"ם** (חלק ב סימן רסט): שני אנשים שיש להם בית בשותפות, ע"פ החוקים בזמנם, אם הבית כלל לא שכור - לא משלמים מיסים, אבל אם אפ' מקצת הבית שכור - צריך לשלם מיסים עבור כל הבית. אחד השותפים רוצה להשכיר את חלקו והשני טוען שיגרם לו הפסד עיי"כ. מהרש"ם פסק **שאסור לו לגרום להפסד, אין זה גרמא אלא גיריה דיליה, דהיינו היזק ישיר**.

---

[27] כמבואר במסכת תענית דף כא עמוד ב: "רבי יוסי אומר: **לא מקומו של אדם מכבדו, אלא אדם מכבד את מקומו**. שכן מצינו בהר סיני, שכל זמן שהשכינה שרויה עליו - אמרה תורה: גם הצאן והבקר אל ירעו אל מול ההר ההוא, נסתלקה שכינה ממנו - אמרה תורה: במשך היבל המה יעלו בהר. וכן מצינו באהל מועד שבמדבר, שכל זמן שהוא נטוי - אמרה תורה: וישלחו מן המחנה כל צרוע. הוגללו הפרוכת - הותרו זבין והמצורעים ליכנס שם".

אבל בשו"ת **בית יצחק** (חו"מ סימן מ) מובא מקרה דומה, והבית יצחק פטר את השותף בגלל שזהו היזק הבא בגרמא. הבית יצחק הוכיח זאת מדברי הרא"ש (כלל ה סימן ג): "אבל אדם **הבונה בתוך שלו** להשביח נכסיו, ואינו מזיק לגוף ממון חברו, אלא **שמפחיתו מדמיו**, כי האי גונא - **לא הצריכו חכמים להרחיק**[28]".

אומנם ניתן לדחות ולומר, שכל ההיתר של הרא"ש שייך רק כאשר אדם **בונה בתוך שלו**, כגון אדם שיש לו בית פרטי צמוד קרקע (וילה) ומרחיב בשטחו - אין השכן שלצדו יכול למחות כנגד ההרחבה, אבל תוספת בנייה בבניין משותף אסורה בגלל **שהבנייה היא בשטח ששייך לכל השכנים**, לכן יכולים השכנים למחות שלא השתתפו על דעת כך שאחד השותפים ירחיב ויגרום לערך הדירה שברשותו.

ע"פ הסבר זה, אין כל סתירה בדברי הרא"ש, הרא"ש בתחילת דבריו פסק שלא ניתן למחות, רק כאשר אדם בונה בתוך שלו, אך בסוף דבריו דיבר על שותפים שאז הוא לא בונה בתוך שלו אלא בשטח השותפים, במציאות זו אין אפשרות לשותף אחד לגרום נזק לשותף השני ולכן ניתן למחות.

הגרי"ש אלישיב (הערות על מס' קידושין דף נט.) פסק: יש חיוב תשלום למי שגרם להורדת ערך הדירה של חבירו.

ע"פ חוק המקרקעין (סעיף 2 ב), "בעל דירה אינו רשאי לעשות בדירתו שינויים או תיקונים הפוגעים בדירה אחרת או מסכנים או עשויים לסכן את קיומה, **או משנים או עשויים לשנות את ערכה, אלא אם קיבל תחילה הסכמת בעל הדירה האחרת**".

לסיכום פרק זה, חל איסור לגרום נזק ממוני בשטח השייך לשותפים, כי זהו שטח השייך גם לחברו השותף, לכן לא ניתן לבצע כל פעולה שתגרום להפסד ולירידת ערך הדירות של אחד מהשכנים השותפים לבניין.

**יא- שכן כבר הרחיב**

בשו"ת בית דוד (סימן צב) מובא: שכן שבנה והרחיב את ביתו - לא יוכל להתנגד להרחבה של שכן אחר. הטעם לכך הוא שיש להסתכל על מחילת השכנים כעל מחילה הדדית, השכנים נתנו את הסכמתם להרחבה ולבנייה של השכן הראשון - בתנאי שגם הם יקבלו את הסכמתו לכשירחיבו הם. במידה והשכן שכבר הרחיב מתנגד להרחבה של שכניו, הרי שיש לראות בהסכמתם לבנייתו משום מחילה בטעות שאינה תקפה, כך שהרחבתו תלויה בהרחבת שכנו.

ע"פ החוק (חוק המקרקעין 71ג), בעל דירה שכבר הרחיב את דירתו, נחשב כאילו הוא מסכים להרחבה של שכניו, כ"ז בתנאי שהרחבת השכנים אינה יותר גדולה מההרחבה שלו.

---

[28] כאמור לעיל, הגר"א בס"ק ה נשאר בצ"ע על הסתירה בדברי הרא"ש: מדבריו כאן משמע שלא ניתן למחות, אך בסוף התשובה הרא"ש פסק שניתן למחות.

הפרשנות של בית משפט (בית משפט המחוזי בחיפה ע.א. 01/2819) לחוק היא, שרק הרחבה דומה ושווה לתוספת נחשבת כהסכמה, אבל אם שכן אחד הרחיב ועשה עבודות קלות ופשוטות ביחס לעבודות שכעת שכנו מעוניין לבצע - אין בכך משום הסכמה אוטומטית לתוספת בנייה לא שקולה ולא מאוזנת.

בפסקי דין רבניים (חלק יב עמוד 15) בהרכב הגר"ש גורן, הגר"י קאפח והגר"מ אליהו מובא: "אפי' לדעת חכמי הצרפתים המובאת בתשובת הרשב"א (תולדות האדם סי' קל"ד ובר"ן נדרים כ"ח ע"א), שבא"י אין אומרים דינא דמלכותא דינא, בניגוד לדעת הרמב"ם - זה רק בנוגע למסים וארנונות כמבואר שם בר"ן וברשב"א, **אבל בנוגע לחוקי בניה המוניציפאליים, בודאי שרשאין אפי' בני העיר לתקן תקנות ולקבוע חוקי בניה**, כמבואר במס' ב"ב ח' ע"ב, ורשאין בני העיר להתנות על המדות וכו', ובשו"ע חו"מ סי' רל"א סעי' כ"ז כ"ח. **וממילא אין לבעל חזקה או בעלות בחצר הנוסף שנבנה באופן בלתי חוקי**".

לסיכום פרק זה, שכן **שבנה תוספת לדירתו** ומשכירה לאחרים - לא יוכל להתנגד לתוספת בנייה, זאת בתנאי שיש יחס שווה בגודל התוספת. לכן דייר בקומה התחתונה שהוסיף שטח קטן לדירתו - לא יוכל להתנגד לבנייה דומה על הגג, אך יוכל להתנגד לבנייה נרחבת על הגג.

**יב- האם כופים על מידת סדום ומחייבים את השכנים למחול?**

מדברי התוספות במסכת כתובות (דף ל: ד"ה הואיל) ניתן להוכיח שבכל הפסד גם קטן ביותר אנו אומרים שדינו כזה נהנה וזה חסר ולא כופים על מידת סדום.

וכך כתב הנתיבות בסימן שסג ס"ק ט: "וטעם, דהוי זה נהנה וזה חסר מעט דחייב לשלם כל מה שנהנה". וכן כתב הקצות בסימן קנד ס"ק א: "אף על גב דאינו היזק ממש, כל שחסר קצת ומיעוטא דמיעוטא נמי - תו לא הוי ממדת סדום".

וכך גם ניתן להוכיח מדברי רבנו תם (מסכת בבא בתרא בדף יב עמוד ב תוס' ד"ה מעלינן) והרא"ש (סימנים מו-מז): **במציאות בה יש לאדם זכות - הוא לא חייב לוותר על זכותו, ולא כופים על מידת סדום שיוותר על זכותו**.

מהרשד"ם (חלק חושן משפט סימן תסג) כתב: "שכל שאדם מוחזק בו והוא שלו, אפי' שיתנו לו במקומו דבר אחר, ואפי' שיהיה יותר טוב - אין בו משום מדת סדום, ואין בו משום זה נהנה וזה אינו חסר, ואין בו משום ועשית הטוב והישר, שהרי אין לוקחין ממונו של אדם מידו בעל כורחו".

שבט הלוי (חלק ח סימן רצט) כתב: גם לדעת ראבי"ה (מובא במרדכי מסכת ב"ק סימן טז), שניתן לכתחילה על שימוש ברשות חבירו, או לדעת היש מפרשים במרדכי, שאם אין לו רווח עתידי ניתן לכפות על שימוש - מדובר רק בשימוש ברשות חבירו, אבל לא בהפקעת רכוש חבירו, לכן לא ניתן לבנות בשטח חברו ללא אישור בעל הבית גם אם הוא כלל לא חסר.

וכך כתב שבט הלוי: "אולם בדבר הספק האם שייך בכה"ג לכפות מדין כפי' על מדת סדום - לדידי פשיטא לי דלא שייך כופין על מדת סדום שיוותר אדם על מה ששייך לו, ואינו דומה לסוגית ב"ק כ'

ושו"ע חו"מ סי' שס"ג, ואינו דומה להאי דב"ב י"א ע"ב שהפנימי יסתום המבוי, כאשר הרגיש הכותב בעצמו דבמבוי אינם בעלים גמורים. וכן אינו דומה כלל להאי דב"ב י"ב ע"ב, דבמקום שכ"א יש לו ומקבל רק האחד רוצה שיתנו לו קרוב למים או לשאר נכסיו - **אבל אין שום טעם שיוותר אדם על שלו ממש מטעם כופין על מדת סדום**, וכי אדם עשיר ענקי שגם הרבה דינרי כסף לא נחשבים אצלו כלל, ושכנו האביון שחסר לו גם פרוטה, וכי אנחנו נכוף ליתן לו מכספו בלי שורת הדין רק מטעם כופין על מדת סדום אי לאו משום דין כפי' על הצדקה, וה"נ יאמר זה שהחצר משועבד לו".

לסיכום פרק זה, כל דייר בבניין המשותף נחשב למוחזק בגג, לפיכך לא ניתן לכוף אותו לוותר על זכותו לבנות בגג, למרות שמציעים לו חלופה אחרת, ואין בכך מידת סדום.

**מסקנות**

א. יש איסור לבנות תוספת בנייה גם **בתוך רשותו של אדם**, אא"כ מתקיימים שני תנאים: א)- תוספת הבנייה נועדה רק עבור בני **משפחתו**. ב)- הכניסה לתוספת הבנייה תהיה רק מתוך הבית, **אין לפתוח פתח חיצוני** מהתוספת לחדר מדרגות או לגג.

ב. אסור לבנות תוספת בכדי להשכירה לאחרים (ללא אישור מפורש מהדיירים), בגלל שמרבה בדיירים. גם ע"פ פסק הרמ"א (כמבואר בדברי החזון איש ב"ב סימן יב) - יש איסור בתוספת בנייה עבור דיירים חדשים, (דהיינו תוספת בנייה לצורך השכרה - אסורה).

ג. הסעיפים שהובאו מחוק בתים משותפים - תקפים ע"פ דינא דמלכותא, וכן הם תקפים בגלל **מנהג המדינה**, ובגלל החוזה שנותן **תוקף לדין הישראלי ולתקנון המצוי,** ובגלל **הגמירות דעת שיש בשעת רכישת דירות**, שכל אדם הרוכש דירה בבניין משותף, קונה על דעת כך שהגג ושאר חלקי הבניין שייכים לכל הדיירים. לפיכך יש לראות בכל חלקי הבניין כולל הגג כרכוש משותף השייך לכלל הדיירים.

ד. יש איסור לשכן הגר בבית משותף לבנות תוספת מעל דירתו, ללא אישור השכנים השותפים בבניין. (ציץ אליעזר חלק טז סימן סט). ע"פ החוק נדרשת הסכמה של 75% מדיירי הבניין, וכן תשלומי איזון לדיירים המתנגדים.

ה. **תוספת הבנייה עלולה לגרום לנזק לשאר השכנים**, (הפסד ממוני באפשרות למכור את הגג לקבלן חיצוני, מיצוי אחוזי הבנייה, תוספת לכלוך, היזק ראייה, רעש, ירידת ערך הדירה, בלאי וכו'), לפיכך יש לדון את החדר מדרגות כדין חצר השותפים (ולא כמבוי), כך שיכולים השכנים למחות.

ו. יש מחלוקת בין הפוסקים האם ניתן לכפות על שותפים חלוקת גוד או אגוד. להלכה יש לפסוק **שיש דין חלוקה בגוד או אגוד גם בשותפים**, כך שרשאי בעל הדירה העליונה לרכוש את חלק הגג השייך לשכנו ולאחר מכן להרחיב את דירתו.

ז. אומנם מכיוון ובאסיפת חברים הוחלט שלא תהיה בנייה על הגג, יש לראות בהחלטה זו משום **התנאה לא לבנות על הגג ולא לחלוק בגוד או אגוד**. בכדי לבטל החלטה זו יש לכנס את השותפים בבניינים ולקבל החלטה משותפת המתירה לבנות על הגג.

ח. האחריות מוטלת על בעל הדירה העליונה **לוודא שאין כל סכנה** בגלל תוספת הבנייה.

ט. במקרים בהם ניתן לבנות תוספת בנייה - **יש לבנות כפי מנהג מדינה, ע"פ החוק ולאחר קבלת אישור ממהנדס מוסמך**, זאת בכדי לא לגרום להכבדה מסוכנת של הבניין.

י. חל איסור לגרום נזק ממוני בשטח השייך לשותפים, כי זהו שטח השייך גם לחברו השותף, לכן לא ניתן לבצע כל פעולה שתגרום להפסד ולירידת ערך הדירות של אחד מהשכנים השותפים לבניין.

יא. דייר מהקומה התחתונה **שבנה תוספת לדירתו** ומשכירה לאחרים - לא יוכל להתנגד לתוספת בנייה, זאת בתנאי שיש יחס שווה בגודל התוספת. לכן דייר בקומה התחתונה שהוסיף שטח קטן לדירתו - לא יוכל להתנגד לבנייה דומה על הגג, אך יוכל להתנגד לבנייה נרחבת על הגג.

יב. כל דייר בבניין המשותף נחשב למוחזק בגג, לפיכך לא ניתן לכוף אותו לוותר על זכותו לבנות בגג, למרות שמציעים לו חלופה אחרת, ואין בכך מידת סדום.

# ביטול מקח בגלל חששות

**המקרה:**

אדם חתם על חוזה לרכישת רכב, אך לאחר חתימת החוזה התברר ששכחו תינוק ברכב זה, והתינוק ל"ע נפטר, הקונה כעת מעוניין לבטל את המכירה.

**תשובה:**

רק אם ח"ו אירעו שלוש פעמים מקרים של פטירה ברכב או בבית - ניתן לבטל מדין מקח טעות, אבל אם אירעו אפ' שני מקרים של פטירה ל"ע - לא ניתן לבטל את המקח.

**השאלות לבירור:**

א. ביטול מקח בגלל פטירה ל"ע.
ב. השוואה לאישה קטלנית.
ג. ביטול מקח בגלל מנהג מדינה.

**א- ביטול מקח בגלל פטירה ל"ע**

בספר חסידים (סימן תעח) מובא: "אם בנה בית חדש, או נכנס בבית מחדש, **ומתו בו ג' זה אחר זה** - הרי אם יעכב יותר בבית זה - הרי זה מתחייב בנפשו שיאבדו מכאן ולהבא".

כסף הקדשים (סימן שיב סעיף א) דן בשוכר שרצה לחזור בו משכירות הדירה, בגלל ששמע שבאותה דירה מתו שלושה בני אדם - זהו מקח טעות וניתן לבטל את השכירות. אומנם זה רק בתנאי שיש חזקה על אותה דירה שמתו שלושה אנשים, **אך אם אין חזקה לכך, גם אם מתו שני בני אדם - לא ניתן לבטל את השכירות**.

וכך כתב כסף הקדשים: "אם לא איתחזק גם ב' פעמים, **גם אם אומרים בריות שמפחדים - נראה שאינו ממש**, מה שאין כן באתחזק". כסף הקדשים סיים: צריך עוד לעיין.

מדברי כסף הקדשים מבואר, שלא ניתן לבטל מקח בגלל חששות ופחדים, רק כאשר יש חזקה של פטירה ל"ע - ניתן לבטל את המקח.

**ב- אישה קטלנית**

בגמ' במסכת יבמות דף סד עמוד ב מובא: אסור להתחתן עם אישה קטלנית (לדעת רבי אישה שהתאלמנה פעמיים[29], ולדעת רשב"ג אישה שהתאלמנה שלוש פעמים). הגמ' הביאה שני הסברים לאיסור להינשא לאישה קטלנית: רב הונא הסביר שיש לחשוש **למחלה שיש לאישה ברחמה** שגורם למות בעלה, אך רב אשי הסביר: "מזל גורם". דהיינו **יש חשש סכנה[30], כי לאישה יש מזל לא טוב** שגורם לפטירת בעליה, כמבואר בהערה בשם הרא"ש[31].

הגמ' ציינה את הנ"מ בין הטעמים: ארוס שנפטר, או בעל שנפל מעץ ונפטר - לטעם הראשון היא לא קטלנית, (המוות לא נגרם בגלל המחלה שלה), אך לטעם השני האישה נחשבת לקטלנית, בגלל שיתכן והמוות אירע בגלל המזל הרע שלה.

הכסף משנה (הלכות איסורי ביאה פרק כא הלכה לא) כתב בשם הרמב"ם: "קטלנית - אין בו איסור, אבל **הוא מרוחק על צד הניחוש והפחד והתימהון**".

כך כתב הרמב"ם (סימן ריח): "תמה אני תמיהה גדולה על תלמידי חכמים יקרים עסוקים בתורה תמיד, שיסתפקו עליהם מדרגות האיסורים עד זאת המידה, ולא יבדילו בין האסור מן התורה למה שהוא אסור מדבריהם, ולמה שהוא מגונה בלבד ואין איסור בו. והיותר תימה בשאלה, הוא השוואתכם ספק נפשות הבא בידים, שדוחה מילה, לספק נפשות, **שחוששים לו על דרך הניחוש והכישוף והדמיונות והדימויים**, אשר במקצת הזמנים יקבלו פעולתם הגופות חלושי הבנין. אך לא ביאור אלו העניינים הוא

---

[29] רש"י (בראשית פרק לח פסוק יא) כתב: יהודה לא הסכים שתמר תינשא לשלה, בגלל שהיא הייתה אישה קטלנית, "מוחזקת היא זו שימותו אנשיה". (לתמר נפטרו שני הבעלים הקודמים ער ואונן). אומנם הרמב"ן דחה את דברי רש"י.

החתם סופר (תורת משה בביאורו על מגילת רות, עמ' כג, מובא לאחר פרשת במדבר) כתב: רות בהתחלה התחתנה עם כליון, ולאחר שכליון נפטר - מחלון ייבמה, וגם הוא נפטר, כך שהיא נחשבת לאישה קטלנית, לפיכך הפלוני אלמוני חשש ליבמה, אבל בועז רצה ליבמה כי במקום מצווה לא חוששים לכך, וכן גם בגלל שיש מצווה לקרובים לגאול את הקרקע, ובצירוף שתי המצוות אין לחוש לסכנה שיש בנישואים לאישה קטלנית.

[30] הר"ן (סימן כח) לא רצה להשיב תשובה מהירה בעניין היתר אישה קטלנית בגלל הסכנה שבדבר: "עוד שאלתני בענין אותן נשים שמתו בעליהן, ובזה לא הסכימה דעתי עדיין, מפני שהענין חמור מאד - איני רוצה לומר בו לא היתר ולא איסור עד שאתיישב בדבר, כי מיראי הוראה אני, ולא רציתי לאחר עוד שלוחך שלא להרבות בהוצאה, אבל אתיישב בדבר ואשלח לך דעתי".

החתם סופר (חלק ג אבן העזר א סימן כג) כתב: "הנה אם הר"ן (בתשו' סי' כ"ח) כתב על כיוצא בזה, מיראי הוראה אני - אני עני אנה אני בא".

[31] הרא"ש (כלל נג סימן ח) הסביר: "לטעם דמזל גרם נראה לי, דהאשה מזלה רע שאנשיה מתים ודבר זה תלוי במזל. כי חיי האדם ופרנסתו תלוי במזל, אם נולד בשעה שיש לו להיות עשיר או עני. והאשה כלואה בבית ואינה יכולה להתפרנס ע"י עצמה, אם לא שהבעל מפרנסה, **ונגזר על אשה זו שימותו בעליה כדי שתחיה כל ימיה בעוני ואין מי שיפרנסנה"**.

כוונת התשובה, אלא דעתנו, שזאת המוחזקת מגונה שתנשא לשאר האנשים, **אבל אין איסור בזה כלל**[32]".

"ותכלית מה שיעשו המהדרים אצלנו היא, שלא לקדש מוחזקת, אלא לומר לה בפרוש: **אם תמצאי מי שיקדש אותך, הרי אנו לא נחייבו לגרשך**[33], אלא הדבר תלוי בך, והיו האשה עם חתנה מערימים, שיקדשום שניים בעלמא, ואחר כך היא באה לבית דין, וכותבין לה כתובה, ונכנסת לחופה, ומברכים אותה בית דין שבע ברכות שלה, הואיל ונתקדשה. כך עשה בית דינו של רבינו יצחק הרב ז"ל בעל ההלכות, וכך בית דינו של רבינו יוסף הלוי תלמידו ז"ל, וכך עשה כל מי שנמשך אחריהם, וכך הורינו אנחנו ועשינו בארץ מצרים, מאז באנו אליה[34]".

גם אם נשווה את המקרה כאן למקרה של אישה קטלנית, עדיין המזל הרע שייך רק לאחר **שני מקרה פטירה** ולא לאחר מקרה אחד.

מעבר לכך, גם באישה קטלנית, **אם יש סיבה ברורה למוות - לא מחילים עליה דיני אישה קטלנית**, כאן יש סיבה ברורה שהתינוק נפטר ל"ע בגלל ששכחוהו ברכב, כך שאין לחשוש למזל רע.

כך כתב הדרכי משה (אבן העזר סימן ט בס"ק ב) בשם מהר"י ווייל: "כתב בתשובת מהרי"ו (סימן קפ"ג), אין העולם נזהר, ולא ידענא אמאי סמכו למעבד עובדא בנפשייהו. י"א **שאם היה אחד מהן זקן או מת בדבר - אינו מן המנין**".

וכך כתב הבית שמואל בס"ק ו: "מת בדבר או בכה"ג כל שהוא מכת מדינה, **אפילו למ"ד מזל גורם - לא תלינן בכה"ג במזל דידה**".

**ג- ביטול מקח בגלל מנהג מדינה**

הרמב"ם (הלכות מכירה פרק טו הלכה ה) כתב: "**כל שהסכימו עליו בני המדינה שהוא מום** שמחזיר בו מקח זה - מחזירין, וכל שהסכימו עליו שאינו מום - הרי זה אינו מחזיר בו. אלא אם פירש שכל הנושא

[32] הפתחי תשובה (אבן העזר סימן ט בס"ק ב) כתב בשם שו"ת תשובה מאהבה (ח"א סימן צב): גם הרמב"ם מודה שאם האישה התחתנה שלוש פעמים **ושלושת בעליה נפטרו**, שיש איסור להתחתן עמה.

[33] אומנם **הרא"ש** (מסכת כתובות פרק ד סימן ג) כתב: "ויראה **שכופין אותו להוציא,** דחמירא סכנתא מאיסורא, וכמו שמחויבין ב"ד להפריש את האדם מן העבירה - כך מחויבין להפרישו שלא יפשע בנפשו". אך המחבר באבן העזר סימן ט סעיף א פסק כדעת **הרמב"ם**, שאם נישאת - לא תצא.

[34] ערוך השולחן בסעיף ד כתב: "מכל טעמים אלו רבים מקילים בזה, ומצרפין לזה קולות, כמו אם אחד מהאנשים שלה היה קצת חולה גם קודם שנשאה - לא תלינן מיתתו בסיבתה, וגם אם היא עוסקת ומצלחת - הרי אין מזלה רע, וכה"ג ימצאו עילות להקל, ועיקר הסמיכה הוא על דברי הרמב"ם והרי"ף והר"י מג"ש שהבאנו, וכדאי רבותינו אלה לסמוך עליהם אף שלא בשעת הדחק. וכן כתב רבינו הרמ"א דרבים מקילים בדברים אלו ואין מוחין בידיהם, וכן ראינו בימינו אלה דדשו בזה רבים, וכיון דדשו בו רבים - שומר פתאים ד' (שבת קכט)".

ונותן סתם על מנהג המדינה הוא סומך". (מובא בשלטי גיבורים מסכת ב"ב דף מו: ס"ק ה). וכ"פ המחבר בסימן רלב סעיף ו.

המגיד משנה כתב: אין לדברי הרמב"ם מקור מן הגמ', אלא הוא למד זאת מן הסברא, שיש ללמוד מק"ו מדין הונאה, שהרי בדיני הונאה המקח חוזר רק עד זמן מסוים, ובמום - המקח חוזר לעולם.

הגר"א בס"ק יא כתב: המקור לדברי הרמב"ם, הוא מן הגמ' במסכת כתובות דף עב עמוד ב: "ומידי דקפדי בה אינשי - הוה קפידיה קפידא, מידי דלא קפדי בה אינשי - לא הוי קפידיה קפידא". (הגר"א הביא את דברי הגמ' כמקור למום הנמצא בבית, אך לאחר מכן הגר"א הוסיף: "וה"ה למומים דחד דינא להו").

אין מנהג מדינה ברור בביטול מקח בגלל חשש זה, כך שלא ניתן לבטל את המקח על סמך דברי הרמב"ם.

# צו מניעה

**המקרה:**

קבוצת רוכשים רוצה להוציא צו מניעה כנגד המועצה, האם יש בכך משום איסור פנייה לערכאות?

**תשובה:**

מותר להוציא צו מניעה זמני בבית משפט בכדי לעצור את התהליכים עד לבירור בבית הדין, או עד לאישור הב"ד לתבוע בבית משפט. אומנם אם שני הצדדים יצייתו לצו מניעה של הבית דין - אסור לפנות לבית משפט, אלא יש להוציא צו מניעה מהבית דין.

**השאלות לבירור:**

א. לדון בערכאות.
ב. דין בתי משפט במדינת ישראל.
ג. האם מותר להוציא צו מניעה בבית משפט?
ד. מה המקור לסמכות בית הדין לתת צו מניעה?
ה. נדונים בצו מניעה.

**א- לדון בערכאות**

הגמ' במסכת גיטין דף פח עמוד ב כותבת: "היה ר"ט אומר: כל מקום שאתה מוצא אגוריאות של עובדי כוכבים, (אספות בהן שופטים הגויים), אע"פ שדיניהם כדיני ישראל - אי אתה רשאי להיזקק להם, שנאמר: 'ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם' - לפניהם ולא לפני עובדי כוכבים".

הרמב"ם (הלכות סנהדרין פרק כו הלכה ז) כתב: "כל הדן בדייני עכו"ם ובערכאות שלהן, אע"פ שהיו דיניהם כדיני ישראל - הרי זה רשע, וכאילו חרף וגדף, (הסמ"ע בס"ק ג ביאר: "ילפינן לה, מדכתיב בפרשת האזינו {דברים ל"ב ל"א} כי לא כצורנו צורם ואויבינו פלילים, כשאויבינו פלילים - זהו עדות לעילוי יראתם"), והרים יד בתורת משה רבינו, (הסמ"ע בס"ק ד ביאר: "דמדהניח דייני ישראל והלך לפני דייני גוים - מראה כאילו תורת מרע"ה ומשפטיו אינו אמת ח"ו)", שנאמר ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם - לפניהם ולא לפני עכו"ם, לפניהם ולא לפני הדיוטות, היתה יד העכו"ם תקיפה, ובעל דינו אלם, ואינו יכול להוציא ממנו בדייני ישראל - יתבענו לדייני ישראל תחלה, אם לא רצה לבא - נוטל רשות מבית דין ומציל בדיני עכו"ם מיד בעל דינו".

מדברי הרמב"ם מבואר, שישנן שתי בעיות בהליכה לערכאות: א)- איסור הכתוב בתורה 'לפניהם ולא לפני גויים'. ב)- איסור חילול השם, שמייקר את חוקיהם, וכאילו חירף וגידף והרים יד בתורת משה. בעיה נוספת שיכולה להיגרם בהליכה לערכאות, היא איסור גזל, שמוציא דבר מחברו שלא היה מקבל אילו היה דן בדין תורה.

הרמב"ן (שמות פרק כא פסוק א) כתב: יש איסור ללכת לערכאות, גם כאשר שני הצדדים מעוניינים בכך, וגם כאשר דין הערכאות שווה לדין תורה. "ולכך אמר בכאן שהמשפטים האלה ישימו אותם לפני האלהים שיזכיר, ולא לפני גוים, ולא לפני מי שאינו שופט על פי התורה, והוא הדיוט לזה, שאסור לבא בפניו כשם שאסור לבא לפני הגוים. ואע"פ שידוע שההדיוט הזה יודע שורת הדין וידין לו כהוגן, אבל הוא אסור לשומו דיין ולצעוק לו שיכוף את בעל דינו לדון לפניו, וההדיוט עצמו אסור לדון להם. ואף על פי שהזכירו חכמים שתי הכתות האלה כאחת, יש הפרש ביניהם, שאם רצו שני בעלי הדין לבא לפני ההדיוט שבישראל - מותר הוא, ובדקבלום עילויהו דינו דין, אבל לפני הגוים - אסורין הם לבא לפניו שידון להם בדיניהם לעולם, ואפילו היו דיניהם כדיננו באותו ענין".

הדרכי משה בסימן כו ס"ק א כתב בשם תרומת הדשן (סימן דש): גם בדבר שניתן לעשות דין לעצמו - אסור לעשותו ע"י הגויים. וכן פסק הסמ"ע בס"ק א.

האורים בס"ק ד כתב: "דמראה (מי שתובע בערכאות) כאילו תורת משה אינו אמת חס ושלום, ואין בו די להוציא הדין לאור השמש, ולכך הולך לפני גוים שבקיאים בטיב דתי המלכות המוטבע עפ"י שכל אנושי".

**ב- דין בתי משפט במדינת ישראל**

ידועים דברי החזון איש (סנהדרין סימן טו סוף ס"ק ד) שהאיסור לדון בבית משפט במדינת ישראל חמור יותר: "אע"ג דליכא ביניהם דיין שידין עפ"י משפטי התורה, ומוכרחים להמנות בעל שכל לפי מוסרי האדם - אינם רשאים לקבל עליהם חקי עמים או לחוקק חוקים, שהשופט כל דין שלפניו הנראה אליו זהו בכלל פשרה, ואין ניכר הדבר שעזבו מקור מים חיים לחצוב בורות נשברים. אבל אם יסכימו על חקים - הרי הם מחללים את התורה ועל זה נאמר אשר תשים לפניהם ולא לפני הדיוטות כדאיתא בסימן כו. **ואין נפקותא בין בא לפני אינם ישראלים ובין ישראל ששופט ע"פ חקים בדוים, ועוד הדבר יותר מגונה שהמירו משפטי התורה על משפטי ההבל**. ואם יסכימו בני העיר על זה - אין בהסכמתם ממש. ואם יכופו על זה - משפטם גזלנותא ועושק, ומרימים יד בתורת משה".

בפסקי דין רבניים (חלק יא פס"ד בעמוד 259) מובא בשם הרב הראשי לישראל הגריא"ה הרצוג זצ"ל: "ולדעתי אלף פעמים גרוע מכל יחיד או יחידים או קהילה מישראל ההולכים לערכאות של גויים, כשעם ישראל בארצו, בתור שכזה, דן על פי חוקים זרים. המבלי אין אלוקים בישראל... ומעתה אני אומר שעם ישראל בתור שכזה ובארץ קדשו, כשהוא מזניח תורתנו הקדושה ודן על פי חוק זר, אעפ"י שהחוק ההוא איננו מתיימר לנבוע ממקור על אנושי ואין לו אופי דתי - בכל זאת הרי הוא בועט בתורת

אלוקים חיים כפי שמסרוה ופירשוה הנביאים ורז"ל ורבותינו הפוסקים ממשה רבינו עד היום, ותוצאותיו של מצב מחפיר ומכאיב זה מי ישורן". (מתוך המאמר: גדרים בדין המלכות, התורה והמדינה, כרך ז', עמ' ט' ובעמ' י').

הציץ אליעזר (חלק יב סימן פב) הביא מכתב שכתב הגרצ"פ פרנק לעו"ד שטען שאין איסור הליכה לערכאות בבתי משפט שהמדינת ישראל: "איני יודע מה הוא סח, מה לתבן את הבר. וכי בשביל שבעינינו ראינו עזרת צור ישראל וגואלו, וברחמיו גאלנו משיעבוד הגוים, וכי בשביל זה - נתן יד לפושעים לעקור את תורתנו המסורה לנו מצור ישראל וגואלו"?!

"ולמה לא ישתומם להושיב שופטים שפנו עורף לתורתנו, ואינם נרתעים להושיב שופטים בורים וריקים מתורה ויראת שמים על עם ה', למה לא יזעק מרה, הלד' תגמלו זאת עם נבל ולא חכם, שאחרי החסד והרחמים שפקד ד' את עמו לתת להם שארית בארץ אבותינו? תיכף כשבאו לסדר בתי משפט, געלה נפשם בתורתנו הקדושה, אשר כל מי שטעם טעם תורה מימיו, הרי יודע שכל דברי התורה מתוקים מדבש ונופת צופים, והוא סוד קיומנו בגלותנו הממושך, והרשעים האלה אשר נכבה מלבם כל זיק של יהדות, פערו פיהם בלי חק להטיל דופי בתוה"ק, ולברור דוקא חקות הגוים אשר בדו מלבם".

"וכאן פונה הגרצ"פ ז"ל בשאלה מפתיעה ומקורית אל העוה"ד, ושואל אותו: לפי השערתי בודאי מברך בכל יום שלא עשני גוי וכו', והלא שלש ברכות הללו שמברכין שלא עשני הוא רק על התורה והמצוות שנתן לנו הקב"ה, ואם מבטלים מצוות ומשפטי התורה ובוחרים דוקא במשפטי הגוים על מה הוא מברך שלא עשני גוי"?!

**ג- הוצאת צו מניעה בבית משפט**

צו מניעה נועד להבטיח שלא יעשו פעולות ושינויים בשטח עליו קיים סכסוך. צו מניעה נחשב לסעד זמני עד לבירור הסופי של הסכסוך בשטח המריבה. הוצאת הצו מותרת בתנאי שיודגש בבית המשפט שהבירור יעשה בבית הדין ע"פ דין תורה.

ניתן להתיר רק הוצאת צו מניעה זמני, אך אין היתר להוציא צו מניעה קבוע שניתן לאחר פסיקה של בית המשפט, ולאחר שהצדדים הביאו ראיות והשמיעו את טענותיהם בית המשפט.

וכך פסק האגרות משה (חושן משפט חלק ב סימן יא): "הנה דבר פשוט ומובן הוא, שא"א לסרב לבוא לדין מחמת שטוען שבעל דינו הלך לערכאות לקבל עיקול למנוע הצד שכנגדו מלגבות ממונו, **דאין להחשיב זה כהליכה לערכאות**. וגם פשוט הוא, שאם זה שמסרב עתה לדין באמת בעצמו הקדים הצד שהשיג העיקול, והלכו מקודם לערכאות, שזה סתם טעות וגם עולה להם, לטעון עכשיו בצדקתם שהם פטורים לבוא לדין מחמת שגם הצד שכנגדם הלך לערכאות".

הרמ"ע מפאנו (סימן נא) כתב: כאשר יש חשש להפסד (כגון מלווה שרואה שהלווה עומד בפני פשיטת רגל ולא יוכל לתבוע את חובו), ניתן לפנות לערכאות לצורך עיקול וכך הדין גם לצורך הוצאת צו

מניעה. הרמ"ע מפאנו סייג מתן היתר זה רק במקום בו הצד השני לא ישמע לצו הבית דין, אך אם **שני הצדדים ישמעו לצו מניעה של הבית דין** - אין היתר לפנות לערכאות.

כך כתב הרמ"ע מפאנו: "אחרי שבעונותינו הרבים אזלת יד מישראל, ורבו המבריחים את נכסיהם ונועלים דלת בפני לווים, ראינו לכל גדולי רבותינו נותנים רשות לעכב בדיני האומות ממון הנתבע ביד הנפקד, שמא יעשו קנוניא על נכסיו של זה, **ואח"כ יסדרו טענותיהם לפני ברורים בדינינו**, **ופשיטא שלא הוצרכו לכך אלא במקום שאין דבריהם נשמעים כל הצורך**, ובכה"ג סברא היא ותורה שלמה ליכא לספוקי עלה, ועל זה סמכנו פעמים רבות שבא מעשה לידינו".

**ד- מקור סמכות בית הדין לתת צו מניעה**

הוצאת צו מניעה בדין תורה מבוארת בגמ' במסכת בבא בתרא דף לד עמוד ב, בסכסוך שהיה בין שני אנשים על ספינה השטה בנהר, הגמ' דנה האם בית הדין מוציא צו מניעה, בכדי שאף אחד מהצדדים בתביעה לא יוכל לתפוס את הספינה[35].

וכך ניתן להוכיח מדברי הרא"ש במסכת בבא קמא (פרק א סימן ה): "כן נמי מי שבא לפני ב"ד ואומר יש לי תביעה על פלוני, ומצאתי לנכסיו במקום ידוע, ואני ירא שאם יבואו לידו יבריחם ולא אמצא מקום לגבות ממנו חובי, **ומבקש שיעכבו ב"ד הנכסים עד שיתברר תביעתו**... ואם רואה הדיין אמתלא בדברי התובע או שלא יוכל ראובן לגבות חובו משמעון כשיגיע הזמן - **מצווה הדיין לעכב ממון הנתבע עד שיברר התובע תביעתו**".

הרא"ש והסביר בשם גאון: זו **תקנה מיוחדת של החכמים**, באדם שנכסיו מתמוטטים, משום השבת אבידה. אך הרא"ש העיר: לא צריך תקנת חכמים בשביל לעקל נכסים, "אלא זהו **דין גמור**, שחייב אדם להציל עשוק מיד עושקו, בכל טצדקי דמצי למיעבד".

הבית יוסף בסימן עג פסק: "ולענין הלכה, כיון דהרי"ף והרא"ש מסכימים לדעת אחת, ומסתבר טעמייהו - הכי נקטינן. וכבר פסקתי כן בתשובה (אבקת רוכל סימן קסב) הלכה למעשה, והסכימו עמי חבירי". וכ"פ המחבר בסימן עג סעיף י.

ניתן להוציא צו מניעה **למרות שמבקש הצו לא הוכיח את טענותיו**, כי הוצאת הצו מניעה נועדה להגן על המבקש שלא יגרם לו נזק.

הגרי"ש אלישיב (מובא בישורון כח עמ' רכא) פסק: "למתן צו מניעה זמני - **די בטענות שהן בגדר לכאורה בלבד**. הקביעה אם אכן ישנן טענות כאמור או לא - מסורה לשיקול דעתו של בית הדין הדן בדבר".

---

[35] הגמ' הביאה מחלוקת בין האמוראים: **"רב הונא** אמר: תפסינן, **רב יהודה** אמר: לא תפסינן". צריך לציין, גם לדעת רב יהודה ניתן להוציא צו מניעה, אלא שהב"ד לא תופס בפועל בגלל שלא יוכל לאחר מכן לחזור ולהוציא את החפץ, (למרות שהצדדים לא הביאו ראיות לטענותיהם), כך שתפיסת הב"ד כמוה כהכרעה, אך במציאות של צו זמני אין בהוצאת הצו משום הכרעה בדין.

**ה- נדונים בצו מניעה**

**צו מניעה כנגד מי שלא חתם שטר בוררות** - לפי חוק הבוררות, אין סמכות לדון ולא להוציא צו מניעה כל עוד ששני הצדדים לא חתמו על שטר בוררות. רק לאחר חתימת שני הצדדים, יכולים הבית דין להוציא צו מניעה, בכדי למנוע מעשה בלתי הפיך של אחד מהצדדים.

בית הדין הגדול בהרכב הגאון רבי יוסף שלום אלישיב, הגאון רבי בצלאל ז'ולטי והגאון רבי מרדכי אליהו זצ"ל פסקו (סדר הדין פי"ז סי' 2) שיש סמכות הלכתית לבית הדין להוציא צו מניעה. אין לדחות בקשה לצו מניעה למרות שאין לבית הדין סמכות חוקית לכך, **"כי כל בר ובת ישראל חייבים להיות צייתי דינא, והם בחזקת צייתי דינא"**.

**צו מניעה במעמד צד אחד** - הדיינים יכולים להוציא צו מניעה גם **במעמד צד אחד**. למרות שיש איסור על הדיין לשמוע את טענות אחד מהבעלי הדין ללא נוכחות הבעל דין השני[36], בכ"ז בכדי למנוע גרימת נזק, ניתן להקפיא את התהליכים. יש יכולת לצד השני (מושא הצו) להגיב ולגרום לביטול הצו, שהרי כתב הצו מובא לידיעת הצד השני לכן אין לאסור הוצאת צו במעמד צד אחד מדין שמוע בין אחיכם. מעבר לכך, אין בנתינת הצו מניעה משום קביעת עמדה בין הצדדים ולכן ניתן לנותנו במעמד צד אחד[37].

כך גם כתב הגר"מ שטרנבוך בספרו תשובות והנהגות (כרך ג סימן תמ): ניתן להוציא צו מניעה גם במעמד צד אחד ולא צריך לשמוע את שני הצדדים. כעת הנתבע שהוטל עליו צו מניעה הופך להיות התובע, כך שחייב לדון בבית דין שהטיל עליו את הצו מניעה, ולא אומרים שיש ללכת אחר הנתבע.

**נזקים שנגרמו בעקבות הצו מניעה** - בספר ים של שלמה (מסכת בבא קמא פרק א סימן כ) מובא: אדם שהוציא צו עיקול לחברו, ובעקבות הצו נגרם לו נזק - לא ניתן לחייבו לשלם על ההיזק שאירע בעקבות הצו, שנחשב לגרמא ולא למוסר. וכך פסק רבי אליעזר מטולא (מרדכי מסכת ב"ק סימן קצג), שלא ניתן לחייבו מכיוון **שלא התכוון להזיק אלא רק התכוון להציל את רכושו**.

אומנם אם התביעה הייתה קנטרנית, והתברר שלא הייתה סיבה מוצדקת להוצאת הצו מניעה - מוציא הצו יתחייב לשלם בנזקים שנגרמו למושא הצו. (יש לכתוב תנאי זה בשטר הבוררות).

בשו"ת חוות יאיר (סימן מה) מובא: מעשה שהיה "בשנת תמ"ט, שפשטו חיל מלך צרפת באשכנז, והחריבו כפרים ועיירות, ושללו ובזזו יינות". היה שם אדם שהבריח את היינות שלו לספינה, בכדי

---

[36] כמבואר בגמ' במסכת סנהדרין דף ז עמוד ב: "שמע בין אחיכם ושפטתם - אמר רבי חנינא: אזהרה לבית דין שלא ישמע דברי בעל דין קודם שיבא בעל דין חבירו. (רש"י - "שמע דבריך בין אחיכם, כשתהיו שניכם יחד משמע"). ואזהרה לבעל דין שלא יטעים דבריו לדיין קודם שיבא בעל דין חבירו, קרי ביה נמי שמע בין אחיכם". וכך נפסק להלכה בסימן יז סעיף ה.

[37] יש לציין, בכדי שצו עיכוב יציאה מהארץ יהיה קביל בבית משפט, הצו צריך להינתן במעמד שלושה דיינים.

שהחיילים לא יבזזו את היינות. אותו אדם היה חייב מעות לחברו, כאשר החבר המלווה שמע על כך, הוא עיקל את הספינות עם היין, וביקש לגבות את חובו מהיינות, אבל לאחר מספר ימים החיילים הצרפתים מצאו את הספינה ובזזו אותה. הלווה תבע את המלווה שגרם לו נזק בעקבות העיקול, אך החוות יאיר פסק שהמלווה לא חייב לשלם על הנזקים, בגלל שזהו גרמא, שהרי הוא לא עשה כל מעשה בגוף היין, אלא רק דיבור, וגם הדיבור לא גרם לנזק אלא העיקול של השלטונות גרם לנזק, לכן נחשב לגרמא דגרמא, ופטור גם מדיני שמים.

הדרכי משה בסימן שפח ס"ק ב: "וכתב הנמוקי יוסף פרק השותפין (מס' ב"ב דף ה: דיבור ראשון) מי שרואה שנזק רוצה לבוא עליו - יכול להציל עצמו, אף על גב דעל ידי זה יבוא הנזק לחבירו, אבל אם כבר בא עליו וגרמו לחבירו חייב". וכך פסק הרמ"א בסימן שפח סעיף ב: "היה רואה נזק בא עליו - מותר להציל עצמו, אף על פי שע"י זה בא הנזק לאחר".

הנימוקי יוסף חילק בין נזק שכבר נגרם שאז אסור להעביר את הנזק לאחרים, אבל אם הנזק עוד לא נגרם אלא רואה שבעתיד יתכן ויארע לו נזק - יכול לנקוט בפעולה גם אם ייגרם נזק לחברו.

דין זה מקורו בדברי הירושלמי (מסכת בבא קמא פרק ג הלכה א): "ראה אמת המים שוטפת ובאה לתוך שדהו, עד שלא נכנסו המים לתוך שדהו - רשאי לפנותן למקום אחר, משנכנסו - אין רשאי לפנותן למקום אחר". יסוד הדין הוא שמותר לאדם להציל את ממונו, גם אם בעקבות ההצלה ייגרם נזק לחברו. הפני משה ביאר: מותר לפנות את הנזק לכוון חבירו, כי זהו גרמא בעלמא.

**הפרת צו מניעה** - בפסקי דין ירושלים (דיני ממונות ובירורי יהדות ד פס"ד בעמוד טו) מובא: "דינו של המפר צו מניעה של בית דין הוא **כמי שלא ציית דינא וחייב נידוי**".

**האם דיין יחידי יכול להוציא צו מניעה** - הרא"ש (שם) פתח את דבריו וכתב: "מי שבא לפני **ב"ד** ... ומבקש שיעכבו **ב"ד**", משמע שצריך ב"ד בכדי להוציא צו עיקול, אבל בסוף דבריו כתב: "אם רואה **הדיין** ... מצווה **הדיין** לעכב".

מהרש"ך (חלק ג סימן נח) הבין, שאין צורך בב"ד בכדי לעקל את נכסי החייב, שכן יש חובה על כל יהודי להציל עשוק מיד עושקו, ומצווה זו אינה מוטלת בהכרח על הב"ד, אלא היא שייכת בכל אדם, אם כי צריך שיהיה דיין שכן בכדי לעקל צריך שיתמלאו מספר תנאים, כגון אמתלה וכד', לכן צריך שהמעקל יהיה דיין הבקי בדינים אלו, כך שהביצוע בפועל מוטל על דיין. ומכאן שניתן לדיין אחד להוציא צו מניעה.

**מנהג בתי הדין** - המנהג היום בבתי דין, להוציא צו מניעה בנוכחות צד אחד, אך הב"ד מבקשים **ערבות כספית** בכדי לוודא שלא מדובר בתביעה קנטרנית. יש בתי דין שלא יתנו צו מניעה ללא **קביעת מועד לדיון** בין הצדדים.

# הקמת גמ"ח בישוב

**המקרה:**

אחד התושבים בישוב ביקש להקים גמ"ח לציוד אלקטרוני (רמקולים וכד'), התושב השקיע סכום גדול מאוד עבור הקמת הגמ"ח. כל אדם שמעוניין לשאול - צריך לשלם סכום מסוים, ולחתום על חוזה שמחייב אותו לשלם במקרה של תקלה בציוד. התושב פנה לבית הדין בראשות המרא דאתרא בבקשה לאשר את ההסכם.

**תשובה:**

ישנן מספר נקודות שצריך לשים לב אליהן:

א. בעיה של קניין דברים בהבטחה ללכת לתקן בחנות מסוימת.

ב. אם השואל משלם דינו יהיה כשוכר שפטור מאונסים ולא כשואל.

ג. גם אם נאמר שדינו כשואל, הרי שואל לא משלם במתה מחמת מלאכה.

ד. שאלה בבעלים.

ה. משאיל שרוצה להסיע את הציוד לבית השואל.

ו. שואל שלא ידע שהציוד יקר.

ז. חיוב דיון אצל המרא דאתרא כאשר המשאיל הוא התובע.

ח. לקבוע נאמנות למשאיל בכדי לפתור וויכוחים בין הצדדים. ולסיים את החוזה בקניין מעכשיו.

**א- קניין דברים**

הבטחה לבצע פעולה לא תקפה, לכן כאן הבטחה לתקן בחנות מסוימת וכד' - לכאורה נחשבת לקניין דברים שלא מועילה. (מקור: מס' ב"ב דף ג. וסימן רמה סעיפים א-ב). וכך כתב הרמב"ם (הלכות מכירה פרק ה הלכה יד): "הדברים שאין בהן ממש - אין הקנין מועיל בהן, כיצד? הרי שכתב בשטר **וקנינו מפלוני שילך בסחורה עם פלוני**". ז"א הבטחה ללכת למקום פלוני (חנות וכד') - לא תקפה.

בהסכם כתוב: "ציוד הגברה יתוקן/יוחלף בחנות סמט מוזיקה רח' כנפי נשרים ירושלים". לכאורה יש כאן בעיה של קניין דברים, כי המשאיל לא מבקש רק תשלום על קלקול, אלא מבקש מהשואל שילך לחנות ברחוב כנפי נשרים ויתקן שם את הציוד המקולקל. כל הבטחה לעשות פעולה כגון ללכת לחנות פלונית היא קניין דברים, ע"פ דברי הרמב"ם הנזכרים[38].

[38] **המחייב עצמו להביא חפץ מסוים - הקצות** בסימן רו ס"ק א כתב: במקרה בו אדם מחייב את עצמו להביא חפץ מסוים, עליו לקבל על עצמו **אחריות**, שאם החפץ יאבד - יפרע לו ממקום אחר, אבל המחייב את עצמו ללא אחריות - עדיין כלול הוא

הפתרון לבעיה של קניין דברים: תקנת חכמי ספרד כפי שמובא ברמב"ם (הלכות מכירה פרק יא הלכה יח), ע"פ הניסוח המובא בהערה[39].

פתרון נוסף: כתיבת החוזה בלשון של **התחייבות כספית** עכשווית. ז"א כל הבעיה של קניין דברים היא בהבטחה להתנהג בצורה מסוימת בעתיד, לכן אם ההתחייבות תהיה בהווה, שאדם יחייב את עצמו לשלם כעת סכום מסוים, הרי שהוא **שעבד נפשו**, ושעבוד של האדם עצמו מועיל ומחייב. (כשם שעבד משעבד עצמו, כך גם מועיל חיוב של שעבוד נפשו. או במקרה של חוזה לבניית דירה, אם הקבלן יכתוב בחוזה 'אני מתחייב לבנות כפועל', הקניין חל, שכן הוא שעבד את גופו לעבודה)[40].

אומנם כל הבעיה בקניין דברים שייכת רק כאשר אדם מתחייב לעשות פעולה שלא במסגרת תנאי השכירות, אך כאשר אדם מתחייב במסגרת השכירות - התנאים חלים ואין בעיה של קניין דברים.

**ב- שוכר שמתחייב כשואל**

המשאיל בעל הגמ"ח מעוניין לחייב את השואלים כדין שואל, אך הוא גובה דמי השתתפות, כך שהגדר הוא של שוכר ולא של שואל, ולא ניתן לחייב באונסים.

אומנם ניתן לחייב את השוכר כדין שואל, וכך מובא בגמ' במסכת בבא מציעא דף צד עמוד א: "תנא: ומתנה שומר שכר להיות כשואל". הרי"ף (דף נד.) פסק להלכה כדברי רבי יוחנן, שיכול המפקיד להתנות בדיבור בלבד ללא קניין בכדי להוסיף (או להפחית) את רמת השמירה. וכך נפסק בסימן רצא סעיף כז.

בחוזה עוד הוספתי קניין והתנאה שהוא מתחייב כשואל. בע"ה בהמשך אביא הנוסח.

---

בגדר קניין דברים שאינו תקף. הקצות סבור, שלא ניתן להתחייב על חפץ מסוים, אלא ניתן להתחייב רק בחוב כספי שאדם מחייב ומחיל את החוב על עצמו. אבל **הנתיבות** סבור, כי גם המחייב עצמו ללא אחריות - ההתחייבות תקפה. הנתיבות הוכיח זאת, מהמבואר בסימן ס סעיף ו, שניתן לחייב את עצמו בדבר שלא בא לעולם, גם כאשר מתחייב לתת חפץ מסוים, ואין צריך לתת אחריות.

[39] השואל מתחייב בקניין לטובת המשאיל סכום של__ש"ח. (כדאי לתת סכום מעט יותר גבוה מהסכום המקסימאלי של נזק אפשרי), כמו כן המשאיל מתחייב בקניין שאם השואל יחזיר את כל הציוד בצורה תקינה כפי שקיבל ובזמן - ההתחייבות של השואל לשלם_____ש"ח מחולה מעכשיו, אך אם הציוד לא יחזור בצורה תקינה כפי שקיבל - המשאיל יכול לתבוע מהשואל את הסכום שהתחייב לשלם. ההתחייבות של השואל היא ללא כל תנאי.

[40] וכך פסק הרמב"ם (הלכות מכירה פרק יא הלכה טו): "**המחייב עצמו בממון** לאחר בלא תנאי כלל, אף על פי שלא היה חייב לו כלום - **הרי זה חייב**, שדבר זה מתנה היא ואינה אסמכתא, כיצד? האומר לעדים הוו עלי עדים שאני חייב לפלוני מנה, או שכתב לו בשטר הריני חייב לך מנה, אע"פ שאין שם עדים, או שאמר לו בפני עדים הריני חייב לך מנה בשטר, אע"פ שלא אמר אתם עדי, הואיל ואמר בשטר - הרי זה כמי שאמר הוו עלי עדים וחייב לשלם, אע"פ ששניהם מודים והעדים יודעים שלא היה לו אצלו כלום, **שהרי חייב עצמו**, כמו שישתעבד הערב, וכזה הורו רוב הגאונים".

**ג- חיוב תשלום לשואל במתה מחמת מלאכה**

הפטור של מתה מחמת מלאכה הוא רק כאשר אין פשיעה בשימוש ואין שינוי מהשימוש הסביר, כמבואר בסימן שמ סעיף א.

משאיל שמבקש לחייב את השואל גם במתה מחמת מלאכה - לדעת **הקצות** בסימן שמ ס"ק א, לא מועיל תנאי בכדי לחייב את השואל במתה מחמת מלאכה, אלא יש לעשות קניין, אומנם לדעת **הנתיבות** בס"ק ב מועיל תנאי גם ללא קניין. ומכיוון שיש ספק יכול המוחזק לטעון קים לי כדעת הנתיבות, לכן יש לבצע קניין.

מכיוון שיש ספק בדין - השואל יוכל לומר קים לי כדעת הקצות, והמוציא מחברו עליו הראייה, לכן יש להחמיר כדעת הנתיבות ולבצע קניין על כך.

הנוסח שפותר את כל הבעיות הנ"ל הוא נוסח של התחייבות משולב עם קניין:

**השואל מתחייב להחזיר למשאיל את הציוד כפי שקיבל בעת ההשאלה. השואל מתחייב ומקבל על עצמו בקניין כפי תיקון חז"ל להתחייב בשמירה על הציוד כשואל, ולשלם גם במתה מחמת מלאכה במקרים בהם השואל לא השתמש ע"פ הכללים המבוארים בהסכם.**

**ד- שאלה בבעלים**

צריך לשים לב בנקודת ההתחלה של ההשאלה - לא לעבוד ולא לעשות שום טובה לשואל[41]. (אפ' לא לתת לשואל כוס מים[42]) כדי לא להגיע למצב של שאלה בבעלים.

---

[41] התורה (שמות פרק כב פסוק יג) כותבת: "וְכִי יִשְׁאַל אִישׁ מֵעִם רֵעֵהוּ, וְנִשְׁבַּר אוֹ מֵת, בְּעָלָיו אֵין עִמּוֹ - שַׁלֵּם יְשַׁלֵּם". ע"פ גזירת הכתוב שואל פטור כאשר בעליו עמו, דהיינו אם **בתחילת ההשאלה המשאיל עבד עבור השואל** (בחינם או בתשלום, ואפ' פעולה פשוטה של הבאת כוס מים) - השואל פטור מלשלם אפ' על פשיעה בשמירה על החפץ. (להלכה נפסק כמ"ד שבעליו עמו פטור גם כאשר השומר **פשע** בשמירה על החפץ). אומנם אם בנקודת ההתחלה המשאיל לא עבד עבור השואל - לא נחשב כבעליו עמו, למרות שבשעה שבה נגרם הנזק המשאיל עבד לשואל - השואל חייב באונסים ואין פטור של בעליו עמו. (הפטור של בעליו עמו שייך בכל השומרים ולא רק בשואל).

דין בעליו עמו מאוד קשה להבנה בשכל, זו גזרת הכתוב שהשואל פטור למרות שבעצם זה לא הגיוני שהמשאיל עשה לשואל טובה (למשל, הביא כוס מים) ובגלל אותה טובה השואל פטור מלשלם אפ' על פשיעה.

כך הקשה החוות יאיר (סימן רכג): "והנה בגוף הדין תמהתי כל ימי, אחר שפיקודי ה' ישרים, וכלם נכוחים בטוב טעם, וישרים למוצאי דעת, והאריך בהם הרמב"ם במ"נ חלק ג' בי"ד כללים, וממנו ינקו ולקחו כל הבאים אחריו בטעמי מצות בנגלה, ומי יתן ואדע לקרב הדבר הזה אל השכל, ודמיא למ"ש פלוני (עי' מס' כתובות נ"ג ע"א) אלו הוינא התם אמינא: משיב רעה תחת טובה וגו', וכי משום שהמשאיל במלאכתו של שואל - ילקה באבדון ממונו ביד שואל".

יש דיון בפוסקים לגבי שמירה על משכון אם נחשב כשמירה בבעלים. מקרה זה מצוי בהרבה גמחי"ם, בהם על השואל להפקיד המחאת פיקדון. השאלה היא האם נאמר דהוי שאלה בבעלים, שכן המשאיל צריך לשמור על ההמחאה בשעה שנעשה שואל. (אם כי יש לציין, שהמחאה דינה כשטר, וכלל לא חלים עליה דיני השמירה).

הש"ך בסימן שה ס"ק ז כתב בשם הר"ן (סימן יט): שואל שנתן משכון למשאיל - השואל חייב באונסים. הנתיבות בס"ק ג הקשה על דברי הש"ך: מדוע השואל חייב בכל האונסים, הרי הוי שאלה בבעלים? הנתיבות תירץ: יש להעמיד את דברי הש"ך, בשואל שנתן את המשכון לאחר השאלה, אבל לעולם אילו היה השואל נותן את המשכון בשעת השאלה - היה השואל פטור, שכן נחשב כשאלה בבעלים. וכן כתב התומים בסימן עב ס"ק יח.

לכן כדאי לקחת משכון או צ'ק ערבות וכד' רק לאחר ההשאלה.

צריך לציין, אין פטור של בעליו עמו באדם המזיק, כך נראה להוכיח מדברי הנתיבות בסימן רצא ס"ק יד, וכן כתב בעל ההפלאה (קונטרס אחרון סימן פ סעיף יז), אומנם למשנה למלך (הלכות אישות פרק כא הלכה ט) יש שיטה אחרת שמחלקת בין כוונה להזיק ללא התכוון להזיק ואכמ"ל.

**ה- משאיל שרוצה להסיע את הציוד לבית השואל**

הגמ' במסכת בבא מציעא בדף צז עמוד א כתבה: מרימר השכיר אתון לתושבי העיר וסייע להם בהרמת המשא לאתון, התושבים פשעו ורבא חייב אותם. החכמים שאלו את רבא: מדוע חייבת אותם הרי זו שכירות בבעלים? (הפטור של בעליו עמו נלמד משואל ובק"ו אנו למדים לשאר השומרים שפטורים בבעליו עמו).

רבא התבייש אך לאחר מכן התברר שהמשאיל עשה זאת רק כדי לוודא שהם לא מעמיסים יותר מידי לאתון, ז"א הוא עבד לעצמו ולא לשואל, לכן לא נחשב כבעליו עמו. וכך נפסק להלכה בסימן שמו סעיף ד.

---

וכבר כתבו התוספות (מסכת בבא מציעא דף צו. ד"ה ונשאל) שאין טעם וסברא לפטור של שאלה בבעלים: "שאילה בבעלים - אין סברא לפטור, והוי כחדוש, ואין לך בו אלא חדושו".

החינוך (מצוה ס) הסביר: התורה לא חייבה את השואל כאשר הבעלים נמצאים עמו, שכן השואל סמך על כך שהבעלים ישמרו על החפץ.

[42] הגמ' במסכת בבא מציעא בדף צז עמוד א כתבה: "אמר רבא: האי מאן דבעי למישאל מידי מחבריה וליפטר, (שואל שרוצה להיפטר מתשלום), נימא ליה: אשקיין מיא, דהוי שאילה בבעלים. (השואל יבקש מהמשאיל בתחילת ההשאלה שייתן לו כוס מים, כך שיהיה פטור של בעליו עמו), ואי פקח הוא, נימא ליה: שאיל ברישא, והדר אשקייך". (קודם נסיים את ההשאלה, ורק לאחר מכן אתן לך כוס מים).

מדברי הגמ' מבואר, תלוי מה מטרת הנסיעה של המשאיל, אם זה לסייע לשואל - זו שאלה בבעלים והשואל פטור, אך אם זה כדי לוודא שהם לא הורסים את הציוד - לא נקרא כשאלה בבעלים. אבל קשה לדקדק איפה הנקודה שזה באמת לצורך השואל, אם המשאיל יעזור מעט יותר - יתכן וזה כבר יהיה שאלה בבעלים.

נחלקו הראשונים, מה הדין אם המשאיל עבד מעצמו עבור השואל (המשאיל עבד לא בגלל שהשואל ביקש ממנו אלא המשאיל עבד עבור השואל מיוזמתו), לדעת **הטור** גם בזה יש פטור של בעליו עמו, וכ"פ המחבר בסעיף ד, אבל לדעת **המרדכי** (סימן שעג), הפטור של בעליו עמו שייך רק כאשר השואל ביקש מהמשאיל לעבוד עבורו, אך אם המשאיל עבד מעצמו עבור השואל - לא נקרא בעליו עמו.

נותר לברר האם מועיל שהמשאיל ישלח במייל או בפקס את החוזה, השואל יחתום על החוזה ולאחר מכן המשאיל ייסע לשואל להעביר לו את הציוד.

אם נאמר שיש קניין כבר מרגע חתימת החוזה (קניין סיטומתא), הרי שהאחריות על הציוד כבר עברה לשואל, ולפיכך יכול המשאיל לעבוד עבור השואל ואין זה בכלל ששאלה בבעלים, אך אם נאמר שהאחריות עוברת רק לאחר שהשואל יעשה קניין בגוף הציוד, (גם ע"פ חידוש הנתיבות בסימן שמ ס"ק ח: **שואל מתחייב ברגע שהוא מתחיל להשתמש בחפץ השואל, למרות שלא עשה קניין משיכה**. בכ"ז צריך שימוש בציוד).

נראה לומר שהאחריות על הציוד עוברת לשואל כבר מרגע חתימתו על ההסכם, בחוזה כתוב שנעשה **קניין מעכשיו**, כך שמרגע חתימת השואל מידית חלים עליו כל ההתחייבויות והשעבודים המוזכרים בהסכם.

**ו- שואל שלא ידע שהציוד יקר**

בגמ' במסכת בבא קמא דף סב עמוד א מובא: שומר מקבל על עצמו לשמור רק לפי הערך שהבעלים אמרו לו שכך שוויו. לכן הנותן לאדם לשמור על כלי כסף, ואמר לו שהכלי מצופה כסף, והתברר שהכלי מכסף טהור, במידה והשומר פשע - משלם רק שווי של כוס מצופה. אומנם אם השומר הזיק בידיים - משלם את כל שווי הפיקדון.

הסמ"ע בס"ק ז העיר: מדובר שהמפקיד בירר שדינר זהב הפקידו, (רק אז חייב לשלם את כל שווי הפיקדון במידה והשומר הזיק), אבל אם המפקיד לא יכול לברר - השומר לא צריך לשלם זהב גם אם הפסידו בידיים.

המרדכי (מס' ב"ק סימן רז) כתב: גוי נתן סייף במשכון למלווה יהודי, והוא השאיל את הסייף לחברו. השואל איבד את הסייף, והגוי הבעלים של הסייף דורשים סכום גבוה מאוד[43] - השואל יכול לומר שלא

[43] הש"ך בסימן עב ס"ק מ העיר: לא מדובר שהגוי משקר, אלא באמת הסייף היה יקר מאוד אלא שהשואל לא ידע זאת.

קיבל על עצמו לשמור על סייף יקר, לפיכך ישלם מחיר של סייף רגיל. וכ"פ המחבר בסימן עב סעיף ח[44].

הש"ך הביא את תמיהת **מהרש"ל** (פרק הכונס סי' לד): "ואמת שצ"ע גדול", מדוע השואל פטור מלשלם את שווי הסייף היקר, הרי השואל קיבל עליו אחריות ושמירה על הסייף, הגמ' כאן פטרה את השומר מלשלם, רק כאשר המפקיד הטעה את השומר, (כגון מפקיד שאמר לשומר שמדובר במטבע כסף והתברר שזהו מטבע מזהב), אך אם המשאיל לא פשע ולא הטעה את השואל - חייב לשלם את הערך היקר של החפץ. "**אבל מה שאדם מפקיד גבי חבריה וראה אותו - פשיטא שמקבל עליו כל שויו, בין רב בין מעט**, דאל"כ כל אחד שיתן לחבירו בפקדון אבן טובה שוה מאה מנה - פשיטא דחייב לשלם מאה מנה, ולאו כל כמיניה למטעון סבור הייתי ששוה כסתם אבן פשוטה זהוב או ב".

**הש"ך** דחה את דברי מהרש"ל: אין כל פשיעה בכך שהמפקיד אמר שהמטבע של כסף, כי הוא עשה כך בכדי שהשומר יסכים לשמור, והיה על השומר לחשוש שזהו מטבע מזהב, ובכ"ז הוא פטור מלשלם, (כמבואר בתוס' במסכת ב"ק דף סב. ד"ה מי), גם כאן השואל לא ידע שהסייף יקר למרות שהיה צריך לשער זאת, ובכ"ז אנו פוטרים אותו מלשלם את שווי הסייף היקר, ועל השומר לשלם רק סייף כפי המחיר המקובל בשוק. הש"ך סיים: מכיוון שהמרדכי נשאר בצ"ע, יש לומר שדין זה נחשב כספקא דדינא, ולא ניתן לחייב את השואל בסכום הסייף היקר.

הש"ך מודה בשומר על אבן טובה שתמיד חייב לשלם את שוויה, ולא יכול לומר שחשב שמדובר באבן פחות טובה, כי כל אבן טובה יקרה וצריך לעלות בדעתו שמדובר באבן יותר יקרה ממה שמעריך).

הקצות בס"ק ד (לאחר שהביא את דברי המרדכי, המהרש"ל והש"ך) כתב: שומר אינו יכול להתחייב בעל כורחו. התורה ירדה לסוף דעתו, שכל שומר מקבל על עצמו לשמור לפי רמת השמירה שמתחייב בה, למשל השואל מקבל על עצמו לשמור ברמה הגבוהה ביותר, ושומר חינם ברמה הנמוכה ביותר. א"כ האישה הסכימה לשמור, לפי רמת השמירה של דינר כסף, ואלו ידעה שזהו מטבע זהב, הייתה שומרת יותר טוב, או שלא הייתה מקבלת על עצמה לשמור[45].

---

[44] כך כתב המחבר: "ראובן שאל משמעון סייף שהיה לו במשכון מעובד כוכבים, ואבדו, ושואל ממנו ממון הרבה כמו ששואל ממנו העובד כוכבים - לא ישלם לו אלא דמי שוויו דסתם סייף דעלמא".

[45] וכך כתב הקצות: "לכן נראה עיקרא דהך מלתא, שחילקו בש"ס בין פשיעה למזיק - לאו משום חומרא דמזיק שחייב יותר משום דמזיק בידים, אבל פשיעה זילא ליה משום דאינו מזיק בידים, אלא משום **דכל השומרין לא נתחייבו בעל כרחם**, אלא משום דהתורה ירדה לסוף דעתן דברצונם מקבלין עליהם: שומר חנם בדין פשיעה, ושומר שכר בגניבה ואבידה, וכן שואל, וכמבואר בתוס' (מס' כתובות, דף נו: ד"ה הרי) ע"ש, ומש"ה כל שלא קיבל עליו השומר דין שמירה, אינו מתחייב שלא מדעת".

"ובחיפן שעורין או בהזהרי בו של כסף, דלא קיבל עליו יותר משמירת כסף או משמירת שעורין, וא"כ אפילו שואל כה"ג פטור, כיון דלא קיבל עליו שמירה זו, הו"ל כאינש דעלמא, אבל בארנקי בגדיש, דהתורה חייבו בעל כרחו לשמור אשו שלא יזיק - מש"ה מחייב ר' יהודה, דמחייב בנזקי טמון באש, אפילו בארנקי בגדיש, ולא מצי אמר לא ידעתי שהיה שם יותר, כיון דממילא רחמנא חייביה, אבל **בשומרין - בעינן דעת השומרין שיקבלו עליהן השמירה, ובלא דעת, לא מחייבי".**

לאור זאת, הקצות פסק כדעת מהרש"ל "דכל בסתמא - מקבל עליו הכל כפי מה ששוה היה בשעת הפשיעה", כך שיש לחייב את שואל במחיר היקר של הסייף, שהרי הוא קיבל על עצמו את השמירה על הסייף, אומנם כאשר המפקיד פשע והטעה את השומר - השומר יהיה פטור מלשלם.

**הקצות** עוד כתב: אם במהלך השמירה נודע לשומר שמדובר בחפץ יקר, דהיינו השומר חשב שהוא שומר על כסף, אך במהלך השמירה נודע לו שהוא שומר על זהב, והחפץ אבד. כאן יש לחלק בין שומר לבין שואל: **שומר** פטור מלשלם על הכסף, שהרי השומר מתחייב רק לפי רמת השמירה שקיבל לשמור, והוא קיבל על עצמו לשמור רק על כסף ולא על זהב, אבל **השואל** חייב לשלם על הזהב, שכן הוא המשיך להשתמש בחפץ לאחר שנודע לו שמדובר בזהב.

אבל **הנתיבות** בס"ק י כתב: גם שואל פטור מלשלם, למרות שהשתמש בחפץ לאחר שידע, שהרי המשאיל הסכים ונתן לו רשות להשתמש בחפץ הזהב, למרות שידע שהשואל קיבל על עצמו רק חיוב ברמה של כסף, "ומה בכך שנתוודע לו שהוא של זהב - וכי בשביל זה נתבטל רשות תשמיש".

לאור זאת, שואל שטוען שלא ידע שמדובר בציוד יקר, וחשב ששאל ציוד במחיר המצוי בשוק - השואל לא ישלם לפי המחיר היקר. לכן המשאיל צריך ליידע את השואל את המחיר של הציוד, כך שהשואל יקבל עליו לשמור את הציוד לפי ערכו הגבוה.

**ז- חיוב דיון אצל המרא דאתרא כאשר המשאיל הוא התובע**

להלכה נפסק שהולכים אחר הנתבע (כמבואר בסימן יד), ז"א השואל הוא יקבע לאיזה ב"ד ללכת, אך כאן המשאיל התובע רוצה לקבוע את הב"ד, לכן צריך לעשות שטר בוררות, כאשר חוזה זה הוא ג"כ השטר בוררות, ז"א מי שחותם על המסמך הזה חותם בעצם על שטר בוררות.

שואל תושב הישוב יהיה חייב לדון בבית דין במצפה יריחו כמבואר בדברי הרמ"א בסימן יד סעיף א: "אבל כבר נהגו בזמן הזה שכל זמן שיש ב"ד בעיר - אין אחד יכול לכוף חבירו שילך עמו לבית דין אחר" (מהרי"ק שורש כ"א), אבל שואל הגר במקום אחר יוכל לתבוע במקום אחר אא"כ יערכו שטר בוררות.

זהו הניסוח לשטר בוררות:

---

"ובמשאיל מקום לחבירו להגדיש, דכיון דלא נתחייב אלא משום קבלתו שקיבל עליו לשמור גדישו, דשלא ברשות אינו מחויב לשלם, דאמר ליה תורא ברשותי מה בעי, וכיון דאינו אלא משום קבלתו, מצי נמי אמר בחיפן שעורין נטירותא דחטין לא קבילת עלי, והו"ל בחטין שלא ברשות, ולפי שרבנן סברי בארנקי בגדיש, דאפילו מזיק בידים פטור לשיטת תוס', ומשום דלא רגילי אינשי כלל, מש"ה בעי לה (בכסא דכספא) אם דומה לארנקי בגדיש דפטור לרבנן או לדינר זהב דחייב, אבל בשומרין - ודאי אפילו בשומר שכר דחייב בגניבה ואבידה, אפ"ה פטור כל שאמר של כסף, ומשום דכל השומרין אינו אלא מדעתן שרצונם להתחייב בכך, וכמ"ש בשם התוס', וכל שלא ידעי מזה - לא נתחייבו כלל".

**בכל מקרה של אי הסכמה או מחלוקת בין הצדדים - יובא הסכסוך לבוררות בפני המרא דאתרא ו/או הרבנים שיצרף עמו או במקומו, שידונו על פי דין תורה, הן לדין והן לפשר. דין חתימה על הסכם זה כדין חתימה על הסכם בוררות.**

**ח- קביעת נאמנות וסיום השטר עם קניין**

בכדי למנוע וויכוחים בין הצדדים האם השואל החזיר את הציוד כפי שקיבל בתחילת ההשאלה - כדאי לכתוב נאמנות, דהיינו השואל מאמין למשאיל כמו שני עדים לטעון שהציוד לא הוחזר בצורה תקינה. (כמבואר בגמ' במסכת שבועות דף מב עמוד א).

לדעת הקצות בסימן עא ס"ק ב, כאשר **הנאמנות כתובה בשטר** - אין צורך בקניין, אך יש לחוש לדברי הש"ך בס"ק ז שכתב: רק עבור **נאמנות רגילה** - לא צריך קניין, אבל אם רוצה **שהנאמנות תהיה כבי תרי** - צריך קניין.

כמו כן נהוג לכתוב בסוף השטר שנעשה קניין כתיקון חז"ל על כל הדברים המבוארים בשטר. וכך כתב הרשב"א (חלק ב סימן שא): "שהרי כתוב בסוף השטר וקנינו על כל מאי דכתוב ומפרש לעיל. ואין לאחר קנין כלום... הנה שהקנין הבא באחרונה - מתקן ומקנה ומגוף הכתלים קנו מידה שהיא מקנה אותן לשעבוד הבנין שתבנה ותכביד. וכן בכל מקום הקנין מחזק ומתקן ומכניס בכלל המתנה או הסלוק מה שלא היה כן במשמעו לולי הקנין".

לפיכך בסוף החוזה יש לכתוב כך:

**המשאיל יהיה נאמן כשני עדים להכריע אם נעשה שימוש לא תקין במכשיר. השואל קיבל בקניין מעכשיו כפי תיקון חז"ל באופן המועיל ביותר על כל הדברים הנזכרים לעיל.**

**נ.ב.**

כדאי להוסיף גם לכמה זמן ההשאלה: מתאריך_____ עד תאריך_____

# דייר קומה עליונה שאטם את גג הבניין

**המקרה**

התובע גר בקומה העליונה בבניין בן שלוש קומות. הקבלן פשט את הרגל ולא אטם את גג הבניין ביריעות, והתובע שילם מכיסו עבור איטום מחצית מהגג, כך שהדירה שלו בקומה השלישית, וכן הדירה מתחתיו בקומה השנייה, וכן הדירה בקומה הראשונה נהנות מאיטום גג מקצועי.

לאחר זמן, הכונס נכסים מכר את שאר הדירות בשכונה לדיירים שונים, כאשר כל רוכש שילם סכום מסוים שנועד לשיפוץ עשרה מבנים בשכונה, (שיפוץ חדר מדרגות, איטום וכו'). לצורך כך הוקמה וועדה שתפקידה להיות אחראית על ביצוע שיפוץ המבנים.

הוועדה מימנה איטום לכל המבנים, ולא הסכימה לשלם החזר הוצאות לתובע ששילם מכיסו את איטום מחצית הגג, בסך 8,900 ש"ח.

**טענות התובע:**

שילמתי מכיסי עבור דבר הכרחי לבניין, כעת אתם ממנים את כל האיטום, כך שעליכם להחזיר לי את הוצאותיי.

**טענות הנתבעים:**

הוועדה קיבלה משימה לסיים את המבנים במצבם הנוכחי, כך שעלינו להשקיע מכאן והלאה, ומי ששילם לפני כן - הניח מעותיו על קרן הצבי.

**פסק דין:**

התובע צודק בטענותיו, ועל הוועדה להחזיר לו את הוצאותיו למעט חלקו.

התובע זכאי לקבל את הסכום הנ"ל למעט חלקו, משני הדיירים הגרים תחתיו ונהנים מהאיטום. ומכיוון שהוועדה באה במקום הדיירים, לכן על הוועדה לשלם לתובע 5933 ש"ח.

**נימוקים:**

א. השאלה לבירור: האם יש כאן דין פורע לחברו?

ב. דין מהנה את חברו.

ג. הציל ממונו וממון חברו.

ד. חיוב שכנים בבית משותף.

**דין פורע לחברו**

המשנה במסכת כתובות דף קז עמוד ב, דנה בבעל שהלך למדינת הים, ועמד אחר ופרנס את אשתו: לדעת **חנן** איבד מעותיו, ולדעת **בני כהנים גדולים** ישבע כמה הוציא וייטול. התוס' (ד"ה חנן) הסבירו את הטעם לדברי חנן, שכן הוא לא הביא לבעל תועלת, אלא רק סילק נזק החוב מהבעל, (רק מציל מהפסד, אך אינו עושה טובה לחברו), והוי כמבריח ארי משדה חברו, לכן חברו לא חייב לו מידי. הגמ' פסקה הלכה כחנן.

**רש"י** (דף קח. ד"ה חנן) כתב: לא רק המפרנס את אשת חברו - איבד מעותיו, אלא גם הפורע חובו של חברו - אין חברו צריך לשלם לו, שכן בכל חוב ישנה אפשרות שהמלווה ימחל ללווה על החוב, כך שיכול הלווה לומר לפורע, שהיה יכול לפייס את המלווה שימחל על החוב. וכ"פ הרי"ף (דף סג:) והרמב"ם (הלכות מלוה פרק כו הלכה ו).

הש"ך בס"ק ד כתב: ישנם שני טעמים מדוע הפורע חובו של חברו - פטור מלשלם. כל טעם שייך למקרה אחר:

א. רש"י הסביר: יתכן והלווה היה מפייס את המלווה שימחל לו על החוב. טעם זה שייך רק במלווה שלא רודף אחרי הלווה שיפרע את החוב, שאז יתכן והלווה היה מרצהו שימחל על החוב.

ב. התוספות במסכת בבא מציעא דף לא עמוד ב (ד"ה אם) הסבירו: "והטעם נראה משום שיכול לומר הייתי מוצא אוהבים הרבה שיפרעו עבורי". טעם זה שייך במקרה בו המלווה דוחק בלווה שיחזיר את החוב.

אבל **רבנו תם** (תוס' דף קח. ד"ה הא) סבור, שרק המפרנס את אשת חברו - פטור, שכן אין החיוב כ"כ ברור, שיתכן והאישה הייתה מצטמצמת, כך שגם אם לא היה מפרנסה, יתכן וגם בעלה לא היה צריך לפרנסה, לכן לא ניתן לחייב במזון האישה, אבל הפורע שטר חוב חברו - אפ' חנן מודה שחברו חייב להחזיר לו, שכן יש כאן הנאה גמורה, שלא יכול היה הלווה להיפטר בשום אופן, לכן הפורע חוב חברו - חייב חברו להחזיר לו את המעות ששילם עבורו. וגם במבריח ארי - אם הנזק היה בא באופן וודאי - חייב היה לשלם למבריח ארי. הד"מ בס"ק א כתב שמהר"י וויל פסק כר"ת.

הטור הבין שהרא"ש סבור כשיטת ר"ת, מכך שהרא"ש הביא את סברת ר"ת (סימן ח), אבל הב"י כתב שהרא"ש סובר כדעת הרי"ף, וכך מוכח מדברי הרא"ש על מס' נדרים (פרק י סימן י), שפסק להלכה כחנן גם בשאר חובות.

**הסמ"ע** בס"ק ג ציין לדבריו בפרישה, שם הוא הוכיח שבאמת הרא"ש סבור כר"ת, וכך יש לפסוק, שהרי מהרי"ו שהיה בתראי, פסק כמותו. וכ"פ הב"ח דהוי ספיקא דדינא והמוציא מחברו עליו הראיה, ואם תפס - לא מוציאים מידו.

**הש"ך** בס"ק ה האריך לחלוק על דברי הסמ"ע והב"ח, והביא למעלה משלושים פוסקים שסוברים כרי"ף, שהפורע חובו של חברו - הפסיד, ואם תפס - מוציאים ממנו. ("גם אביא בסמוך, יותר משלשים

פוסקים דסברי כן, וא"כ פשיטא דהחולק - בטל בשלשים"). אומנם כתב הש"ך: אם הפורע מחזיק בידו משכון - הוי ספיקא דדינא, והמוציא מחברו עליו הראיה. ואם תפס - לא מוציאים ממנו.

**המחבר** כתב בפשטות, שגם אם המלווה דחק בלווה שיפרע את חובו, ובא חברו ושילם עבורו - אין הלווה חייב להחזיר, למרות שקשה לומר שהיה יכול לפייס את המלווה, שהרי המלווה דוחקו לשלם. אומנם **הש"ך** בס"ק ג כתב: יש הרבה פוסקים החלוקים על המחבר במקרה בו המלווה דוחקו, וסבורים שעל הלווה להחזיר לפורע, לכן הוי ספיקא דדינא, והמוציא מחברו - עליו הראיה. וכ"פ הקצות בס"ק ב.

לכאורה ניתן לומר, שהתובע לא זכאי לקבל החזר על הוצאותיו, שכן הוא פרע חוב חברו, ולהלכה נפסק שהפורע חובו של חברו - לא זכאי להחזר והניח מעותיו על קרן הצבי, כמבואר לעיל בהרחבה.

אך יש לדחות זאת מכמה טעמים:

א. ישנם שני נימוקים מדוע הפורע חובו של חברו פטור מלשלם: א)- מכיוון שהלווה היה יכול לפייס את המלווה, כאן כמובן לא שייך זאת, בלתי אפשרי לגור בבית ללא איטום. ב)- מכיוון שהלווה היה מוצא אחר שיפרע עבורו. גם נימוק זה לא שייך כאן, שכן מדובר באיטום מבנה של בניין, לא בחוב של אדם פרטי שיתכן וחבריו היו עוזרים לו ותומכים בו שלא ייפול.

ב. שֶכֵּן שהיה חייב לשלם תשלום מסוים עבור כל הבניין - חייבים השכנים להשתתף בתשלום. כך מבואר מדברי הרא"ש (כלל עג סימן ט): מתי אנו אומרים הפורע חובו של חברו - פטור מלשלם? רק כאשר אדם פרע את החוב מרצונו, שלא היה מוכרח לשלם ובכ"ז פרע, אבל במידה והפורע היה חייב לשלם - צריך הלווה להחזיר את התשלום.

ג. וכך נראה מדברי הרמ"א בסימן רסד סעיף ד: "וכן שנים שנתפסו, והוציא אחד הוצאות, אם השני יצא מן המאסר בלא השתדלות חבירו, אין חייב ליתן לחבירו כלום, הואיל ולא התנה עמו. ואם לא יצא רק ע"י השתדלות האחר, לא יוכל לומר: לא הייתי צריך להשתדלותך כי ידי תקיפה, אף על פי שהאמת אתו, מ"מ חייב ליתן לו לפי מה שנהנה, לפי ראות ב"ד, כן נראה לי".

ד. בכל חיוב שיש מדינא דמלכותא, (כגון בכל חיובי מיסים או חיובי וועד בית), אם אדם שילם את החוב לחברו - לא נקרא פורע חובו של חברו. וכך מבואר בדברי הרמב"ם (הלכות חובל ומזיק פרק ח הלכה ו): "ואין לך מי שנתפש על חבירו ויהיה חבירו חייב לשלם לו, חוץ מן הנתפש מפני המס הקצוב על כל איש ואיש בכל שנה... והוא שיקחו ממנו בפירוש בגלל פלוני בפני עדים".

ה. המגיד משנה הסביר: "ונ"ל דטעם אלו, מפני שמחוקי המלך למשכן מחמת דברים אלו איש על חבירו, וא"כ אינו בדין שיפסיד זה... ואפשר לומר, שכיון שהם חוקי המלך וזה פרעם - חייב לשלם, אפילו לקחם מלך מזה שלא כדין, ואצ"ל אם לקחם המלך מזה כדין מחמת חבירו, שחבירו חייב לשלם".

ו. מהר"א ששון (תורת אמת סימן עו) כתב: "ממה שכתב (הרא"ש) בתשובה (כלל עב סי' ה)... דהא דאמרינן הפורע חובו של חברו הפסיד מעותיו, דהיינו היכ' דמדעתו קם ופרע ולא היה מוכרח לכך דהוי כמו מבריח ארי כו', אבל היכא דמתחלה נעשו אחראין וערבאין זה לזה אין כאן מבריח ארי וצריך חברו לפרוע חלקו".

ז. התוס' (במסכת בבא מציעא דף לא: ד"ה אם יש) כתבו יסוד חשוב: מתי אנו אומרים מבריח ארי - פטור מלשלם? רק כאשר לא ברי היזקא, אבל כאשר ברי היזקא - צריך לשלם. ללא ספק מציאות של בניין ללא איטום נחשבת לברי הזיקא, ויש חיוב בתשלומים.

ח. בסימן קעח סעיף ג מבואר, שאין דין פורע חובו של חברו בשותפים, מותר לשותף לשלם מכספו עבור השותפים ולאחר מכן לתבוע משאר השותפים את ההחזר.

ט. הנתיבות בסימן קעח ס"ק ג כתב: "ואפילו בשנים שאינן שותפין, כל שיש דבר שהוא מוכרח לשניהן, ואין האחד רוצה לעשותו - יכול השני לכפותו".

**דין משתרשי**

הגמ' במסכת חולין דף קל עמוד ב כתבה: אדם **שהזיק מתנות כהונה**, או שאכל מתנות כהונה - פטור מלשלם. הגמ' הביאה שני טעמים: א)- יש מצווה לתת מתנות כהונה רק כאשר המתנות קיימות בעין, כפי שכתוב (דברים פרק יח פסוק ג): "**וזה** יהיה משפט הכהנים". ב)- זהו ממון שאין לו תובעים, שניתן לדחות כל כהן ולומר אתן את המתנות לכהן אחר[46].

**התוספות** (ד"ה ואב"א) כתבו: הנ"מ בין שני **הטעמים** הוא האם יש חיוב בידי שמים. לפי **הטעם הראשון** אין חיוב לא בידי אדם וגם לא בידי שמים, מכיוון שיש פסוק שפוטר, אך לפי **הטעם השני**, רק אין לו תובעים בדיני אדם, אך עדיין חייב לשלם כדי לצאת ידי שמים[47].

הרמב"ם (הלכות ביכורים פרק ט הלכה יד), הרא"ש (מסכת חולין פרק י סימן ב) והמחבר (יורה דעה סימן סא סעיף לא) פסקו לחומרא כדעת התירוץ השני, כך שיש חיוב בידי שמים.

אומנם **הר"ן** (דף מד: ד"ה ואי בעית) סבור שאין חיוב לשלם גם בכדי לצאת ידי שמים: "ותמהני, (אם הפטור הוא מטעם שזהו ממון שאין לו תובעים), א"כ מאי איריא מזיק (מתנות כהונה שפטור בגלל שאין לו תובעים), אפילו אי איתנהו בעינייהו - נמי אין להם תובעין"? (מדוע כאשר המתנות בעין יש חיוב לתת לכהן, הרי יש את אותו טעם לפטור: זהו ממון שאין לו תובעים).

"ומשמע לי דה"ק כיון דמתנות כהונה ממון שאין לו תובעין הוא, נהי דכי איתנהו בעינייהו מיחייב (לתת לכהן) משום מצוה, (יש מצווה לתת לכהן את המתנות), כי ליתנהו בעינייהו, (אבל כאשר המתנות לא

---

[46] התוס' (ד"ה שאני) הסבירו את החילוק שיש בין אוכל מתנות עניים שפטור, ובין שילם חובו במתנות עניים שחייב: את החוב למלך הוא חייב לשלם, אך את האוכל לא היה חייב לאכול, שיכל להתענות.

[47] כאשר יש חיוב בידי שמים - הב"ד יכולים **לפשר**. כמו כן התומים בסימן כה פסק: **התופס** ממי שחייב לו בדיני שמים - לא מוציאים ממנו את מה שתפס.

בעין, כגון שהוזקו או שאכלן) - אין כאן מצוה ולא דין ממון, הילכך פטור לגמרי. ולפיכך **נראה לי דאפילו בבא לצאת ידי שמים פטור**. ולא נתחוור לי מה שכתבו בתוספות דאיכא בין לישנא קמא ללישנא בתרא". (ניתן לומר שיסוד המחלוקת הוא, האם מתנות כהונה נחשב לממון הכהנים כדעת התוס', או לממון הבעלים כדעת הר"ן).

למרות שהמזיק ממון שאין לו תובעים פטור מלשלם, בכ"ז הגמ' בדף קלא עמוד א כתבה: אדם שהיה חייב כסף למלך, **והמלך לקח תבואה בתשלום לחוב** - חייב אותו אדם לעשר את התבואה שהמלך לקח, "משום דקא משתרשי ליה", דהיינו הוא היה חייב לשלם והוא פרע את חובו מממון ששייך לכהנים, כך שהוא הרוויח בכך ששילם את חובו ע"י חיטי המעשר, ונשארו בעין חיטים ששייכים לכהן, וכאשר יש הנאה בעין - חייב הנהנה לשלם[48].

גם הקצות בסימן רמו ס"ק ח הסביר את החילוק שיש בין נהנה ובין משתרשי: בהנאה יש רק תועלת או נחת רוח, אך במשתרשי נשאר בידו ממון נוסף, (ממון חברו יצר לנהנה ממון נוסף).

כמו כן בדברי הגר"ש שקאפ (שערי ישר שער ג פרק כה) מבואר: יש חילוק בין פורע חובו של חברו ובין פורע חובו למלך ע"י תרומות, שכן שם המלך אנסוהו ואין מי שיכול שלא לפרוע חוב זה, ופריעת החוב נחשבת למשתרשי. גם כאשר החוק מחייב לעשות דבר מסוים, יש לדמות זאת לאנסו בית המלך, כמובא בחולין דף קלא עמוד ב.

הגר"ש עוד ביאר: חיוב משתרשי חל רק כאשר ע"י ממון חברו הושבח ממונו בכמות או באיכות. או כאשר ע"י ממון חברו ניצל ממונו מהפסד וכיליון, בלעדי ממון חברו היה נגרם הפסד משמעותי לממונו.

אך אומנם אין שבח בכמות ואיכות - לא נקרא משתרשי, שכן אין כאן דבר ממשי הנמצא בעין, ולכן הגמ' במסכת בבא קמא לא חייבה את בעל הבגד בכך שבגדו נצבע מדין משתרשי, אלא רק מדין נהנה, אך הוא לא עשה מעשה בידיו, ולכן לא ניתן לחייב כפי שביארו התוס'.

---

[48] הגר"ש שקאפ הוסיף לחלק בין נהנה ובין משתרשי: בדין נהנה לא מחייבים כאשר זה נהנה וזה לא חסר, אך בדין משתרשי יש חיוב גם כאשר זה נהנה וזה לא חסר. ולכן גם כאן הגמ' חייבה למרות שזה נהנה וזה לא חסר. וכך גם יש לבאר את דברי התוס' במסכת בבא קמא בדף כ עמוד ב ד"ה טעמא: מתי אנו אומרים זה נהנה וזה אינו חסר - פטור מלשלם? רק כאשר הנהנה לא רצה לשלם, אבל אם יש אומדנה שהנהנה היה מוכן לשלם, (כגון ניקף שגדר את הצד הרביעי) - חייב הנהנה לשלם למהנה. וכ"פ המחבר בסעיף ח.

הגר"ש הסביר: במצב בו הנהנה היה מוכן לשלם, אנו אומרים שכבר לא מדובר על מצב של זה נהנה וזה לא חסר, אלא על מצב שבו אדם **מרוויח מנכסי חברו**, ובזה לא אמרו זה נהנה וזה לא חסר, לכן עליו לשלם עבור ההנאה.

נמצא אפוא, ישנן מספר הוכחות מהש"ס לדין משתרשי: א)- הגמ' במסכת בבא מציעא דף מב עמוד ב בדין כשות שהגמ' רצתה לחייב את השמור מדין משתרשי. ב)- הגמ' במסכת חולין בדף קלא עמוד א חייבה את האדם הפורע חובו ממעשר, בגלל דין משתרשי. ג)- הגמ' במסכת בבא קמא בדף כ עמוד ב חייבה את הניקף שהקיף את הצד הרביעי בגלל דין משתרשי.

**הציל ממונו וממון חברו**

הדרכי משה בסימן רסד ס"ק ב כתב בשם המרדכי (שלטי גיבורים על המרדכי סימן קסב): אדם שהציל את ספריו מהדליקה, ותוך כדי כך הציל גם את ספרי חברו, וההצלה עלתה כסף - אין חברו צריך לתת לו שכרו, שכן הוא לא טרח הציל את ממון חברו, אלא **טרח בכדי להציל את ממונו, ודרך אגב הציל את ממון חברו**, ומן השמים רחמו על אותו חבר והרוויח.

הדרכי משה כתב: זה נכון רק אם המציל לא הוסיף תשלום בשביל להציל את ספרי חברו, אבל אם הוצרך **להוסיף שכר בשביל חברו**, וודאי חייב החבר לשלם.

הפתחי תשובה בס"ק ד כתב בשם הבית יעקב (סימן קמח): במידה וחברו מחה בו שלא יציל, והוא בכ"ז הציל - לא חייב לשלם, גם אם המציל הוסיף מכספו בשבילו.

עוד כתב הדרכי משה: מדובר במציל שירד להציל את נכסיו בלבד, אך אם **מלכתחילה ירד להציל גם את ספרי חברו** - חייב לשלם לו שכרו. הרמ"א פסק את כל הדינים הנזכרים בסעיף ד.

מדברי הרמ"א אנו למדים, שיש לחלק בין אדם שרצה רק להציל את ממונו, ובין אדם שרצה להציל את ממונו וכן את ממון חברו, כאשר המציל בא להציל גם ממון חברו (בנוסף להצלת ממונו) - יש לחייב את החבר מדין נהנה, אבל אם חשב רק להציל את ממונו - אין החבר חייב לשלם.

בספר משפטיך ליעקב (חלק ה סימן יח) מובא: כיצד ניתן לדעת האם המציל חשב רק להציל את ממונו, או שחשב גם להציל את ממון חברו? לצורך כך יש לבחון, האם ניתן לבצע את המעשה בלי שחברו ייהנה, או שזו פעולה שבהכרח גורמת להנאת חברו. אם ניתן לבצע את הפעולה רק **לצורך עצמו**, (כגון יורד להציל ספרים שלו משריפה) - אנו אומרים שירד רק להציל את ממונו ואין החבר חייב לשלם, אבל אם זו פ**עולה שבהכרח גורמת הנאה גם לחברו**, (כגון הצלה של דבר משותף לשניהם) - אנו מחשיבים זאת כמציל גם ממון חברו ומחייבים אותו לשלם.

הנתיבות בס"ק ו העיר: יש לחלק בין אדם שחשב להציל רק את עצמו, ודרך אגב גם הציל את של חברו, שאז אין החבר חייב לשלם, שכן זה נהנה וזה אינו חסר, ובין אם **מלכתחילה רצה להציל את ממון חברו יחד עם ממונו** - חברו חייב להשתתף עמו בהוצאות.

כך **הדין בכל מקרה בו צריך לשניהם בכדי להציל את ממונם**, שיכול כל אחד לכפות את השני להשתתף עמו בהוצאות ההצלה.

**חיוב השכנים בהוצאות הבניין**

המשנה במסכת בבא בתרא דף ז עמוד ב כותבת: "כופין אותו לבנות בית שער ודלת לחצר, (כופים על כל אחד מבני החצר לשלם עבור בניית דלת ובניית בית שער, דהיינו בית בו יושב השומר); רבן שמעון בן גמליאל אומר: לא כל החצרות ראויות לבית שער". (הגמ' הסבירה: רק חצר הסמוכה לרה"ר צריכה שומר שיוודא שהרבים לא יכנסו לחצר, אבל חצר שאינה סמוכה לרה"ר - אינה צריכה שומר).

הנימוקי יוסף (דף ה.) כתב: אין הלכה כרשב"ג, לכן בכל מקרה ניתן לכפות על בני החצר לבנות דלת ובית שער. הרמב"ם (הלכות שכנים פ"ה ה"א) כתב: **ה"ה לכל הדברים שהחצר זקוקה להם צורך גדול, או שנהגו בני המדינה לעשות, שניתן לכפות על הדיירים להשתתף בהוצאות**. אבל מה שאינו צורך גדול - לא ניתן לכפות, ואם בנה אחד מדעתו, והשני גילה בדעתו שחפץ בכך - צריך לשלם. (מבואר גבי מקיף חברו משלוש רוחות, והניקף גדר את הרביעית - שמשלם על הכל, כמובא בדף ד עמוד ב).

החובה לאטום את הגג מוטלת על השותפים בבניין, (משום מנהג מדינה כמבואר בתחילת מס' ב"ב, ומשום מציל ממון חברו, כמבואר בסימן רסד). לא ניתן לגור בבית עם נזילות ורטיבות, ולכן כבר לאחר הקנייה התובע אטם מכספו את הגג. הוא לא חשב לרגע למחול על כספי האיטום, אלא גילה רצון ברור ומפורש לתבוע את חובו, כך שעדיין מוטלת חובה על הדיירים להשתתף במימון הגג.

הוועדה קיבלה על עצמה לשלם את החוב הרובץ על הדיירים לאטום את המבנה. (ע"י העברת 6000$ מכל דייר שרכש דירה בקומה השנייה. צריך לציין שכל מי שקונה דירה בישוב משלם סכום זה לישוב, עבור פיתוח הישוב. {הסכום נכלל במחיר הדירה ומועבר לישוב דרך הקבלן}, אלא שבמקרה זה הסכימו במזכירות הישוב לייעד את הכספים לשיפוץ המבנים. במילים אחרות אפשר לומר: המזכירות לקחה על עצמה לממן את איטום הבניינים וסיום בניית חדר המדרגות).

המנדט של הוועדה היה: "אך ורק לשיפוץ ופיתוח רכוש משותף". חברי הוועדה הוסיפו: "בעת מצבם בעת הפסיקה". פרשנות זו לדעתי כלל לא נכונה. נכון שלא הוטל על הוועדה לשלם את החובות של הקבלן שרבצו עליו, אך ברור הדבר שמדובר על חובות לבנקים, חובות לספקים וכד', על חובות אלו הוועדה לא אמורה לשלם, אך ללא ספק **מוטל עליה חוב ברור לשפץ את המבנים**. זהו המנדט הבסיסי ביותר שחברי הוועדה מחויבים. ומשכך יש לומר שחל חיוב לאטום את גגו של התובע כשם שחל עליהם חובה לאטום את שאר הגגות של הבניינים המשותפים. התובע שאטם מעצמו, נחשב ליורד לשדה חברו. הוא עשה את עבודתם, הוא מילא את ההתחייבות שלהם. אין כל הבדל בין מבנה ששופץ ע"י הקבלן שעבד עם הוועדה ובין מבנה ששופץ ע"י התובע "הקבלן".

חברי הוועדה טענו כי אין לשנות מהחלטת בית המשפט. אני סבור שזהו היישום הברור של בית המשפט, אין כאן כל שינוי מהחלטת בית המשפט. הרי בית המשפט קבע שכסף זה יועבר לשיפוץ המבנים, ומדוע יגרע מבנה אחד יותר משאר המבנים? המבנה של התובע נכלל בתוך תשעת המבנים אותם הוועדה הייתה צריכה לשפץ, וכלל אין זה משנה אם חברי הוועדה שיפצו או אחר שירד לשדה חברו שיפץ דבר שהיה אמור להיעשות.

המזכירות הסכימה לאטום מכספי המיסים את כל תשעת המבנים, ולא ציינה בהסכם שיהיה מבנה אחד מיוחד שלא יקבל איטום, כך שכלל לא ברור לי מניין הייתה לוועדה הזכות למנוע מהבניין של התובע את תשלום האיטום.

כאמור, התובע שילם על האיטום מספר חודשים לפני שהוועדה בעצמה התחילה את עבודתה ואטמה את שאר המבנים, כאשר התובע אטם את הבניין שלו הוא ידע שמזכירות הישוב תממן את איטום המבנים, ועל דעת כך אטם, מתוך אמונה שהוועדה תיתן לו בדיוק את מה שנתנה לשאר המבנים.

במציאות זו שהתובע מודע לכך שעומדים לאטום את הבניינים, והוא מקדים ומשפץ מכספו, זהו ממש יורד לשדה חברו שדה שראויה ליטע, וזכאי הוא לקבל את הוצאותיו.

לאחר שהתובע שיפץ את המבנה - החיוב לשלם היה מוטל על השכנים, וכפי שכתב הנתיבות בסימן רסד ס"ק ו: "**כיון דאי אפשר להינצל בלי הוצאות - ממילא כל אחד יכול לכוף את חבירו ליתן**... שכך הדין בכל מקום כשהדבר צריך לשניהם, ואי אפשר לאחד לתקן הדבר מבלי חבירו, שכופין זה את זה". לאחר שהישוב הסכים לתת את המיסים המגיעים לו לשיפוץ המבנים (ע"י ייצוג הוועדה) - החיוב מועבר מהשכנים לוועדה ועליהם לשלם לתובע שני שליש מהוצאותיו.

# פתיחת עסקים בבניין מגורים

**הקדמה**

מיוחדות הן הלכות שכנים: אין בהן דיני מזיק שחייב לעולם, אלא יש בהן זכויות, חובות ושעבוד הדדי שתקנו חז"ל בכדי לדאוג לזכותו של כל אדם לגור בביתו ולחיות את חייו, "כפי הראוי והנכון לפי טבע העולם" (חזון איש ב"ב סימן יא ס"ק א).

יסודותיהם של דיני שכנים מובאים במשנה במסכת בבא בתרא (דף כה עמוד ב), הדנה במקרה שבו נגרם נזק מפעולה שגרתית של אדם החי את חייו בצורה רגילה (כגון מי שנטע אילן בתוך שדהו, ולאחר זמן הרסו השורשים את בורו של השכן): **חכמים** סבורים, שעל המזיק להימנע מכל פעולה שעלולה לגרום נזק (ואפילו נזק עקיף) לזולת. אבל **רבי יוסי** סבור, שהמזיק צריך להישמר רק מהיזק ישיר, אבל אדם רשאי לעשות ברשות שלו פעולות רגילות, וגם אם במהלך הזמן ייגרם נזק - גרמא הוא (ובדוגמא הנ"ל, הניזק הוא שצריך להרחיק את בורו משורשי האילן המזיקים שנטע שכנו בחצר הסמוכה). ההלכה נפסקה כדעת רבי יוסי (רמב"ם הלכות שכנים פ"י ה"ה; שו"ע חו"מ קנה, לא), ומכאן אנו למדים **שבכל נזקי שכנים, מחייבים אנו את המזיק להתרחק ולהימנע מפגיעה בזולתו רק במקרים של היזק ישיר ("גירי דיליה")**.

בעל הנתיבות (סימן קנה ס"ק יח) כתב סברא יסודית לביאור החילוק בין הלכות שכנים ובין הלכות נזיקין: **בהלכות נזיקין** יכולים הבעלים להשתמש ברכוש שלהם וגם לשמור עליו שלא יזיק, ומכיוון שיש לבעלים גם אפשרות שימוש וגם אפשרות שמירה, לכן הם חייבים לשמור על רכושם שלא יזיק, ואם הזיק רכושם - חייבים לשלם. אבל **בהלכות שכנים** אין הבעלים יכולים להשתמש ברשות שלהם וגם לשמור עליו שלא יזיק. אם נבקש מהבעלים לשמור, הרי שהם כלל לא יוכלו להשתמש. לפיכך סבר רבי יוסי שעל הניזק להרחיק את עצמו, כי אין לנו אפשרות למנוע מהאדם שימוש ברשותו בדבר שאינו גורם נזק בצורה ישירה (ולכן בדוגמא הנ"ל מותר לשכן לנטוע אילן בחצרו, כי מותר לכל אדם להשתמש בחצרו לפי הייעוד שהוא מחליט על פי בחירתו החופשית, למרות שבמהלך השנים יגיעו השורשים לחצר חברו ויזיקו את בור חברו, מכיוון שהאפשרות היחידה להישמר מהנזק היא למנוע ממנו שימוש בחצר, ועל כן אין אנו אומרים שעל הניזק להרחיק את עצמו).

נראה שמקור סברתו של הנתיבות הוא בדברי הריצב"א (הובא בהגהות מיימוניות הלכות שכנים פרק י הלכה ה): "דלאו לכל מילי אמר ר' יוסי על הניזק להרחיק עצמו, אלא שהן עיקר יישוב או דירה או תשמיש, **שאין לו למזיק להניח ישובו או דירתו או תשמישו**"[49].

[49] גם כאשר יש חיוב על השכן בהלכות נזיקין - החיוב נובע בגלל סברא זו. המשנה במסכת בבא בתרא (דף כ עמוד ב) חייבה את בעל התנור לשלם אם פרצה שרפה למרות שהוא הרחיק כנדרש. הרי"ף (מס' ב"ק דף כה עמוד ב) הקשה: מדוע בעל התנור חייב לשלם, הרי המשנה במסכת ב"ק בדף סא עמוד ב כתבה שאם הדליק אש ברשותו, ונזהר להרחיק כפי דרישת ההלכה, ובכל זאת נפלה דליקה - פטור מלשלם? הרי"ף תירץ: יש לחלק בין הדלקה ארעית ובין הדלקה קבועה. המשנה במסכת בבא קמא התייחסה **להדלקה ארעית**, שאם הרחיק כשיעור הנדרש, וודאי דהוי אונס ופטור, אבל כאן

**פתיחת עסק בבניין מגורים**

מדברי המשנה במסכת בבא בתרא בדף כ עמוד ב מבואר ששכנים יכולים להתנגד שלא יוכל אדם להכניס קונים לביתו, בגלל קול הנכנסים והיוצאים, ("**יכול למחות** בידו ולומר לו: איני יכול לישן **מקול הנכנסין ומקול היוצאין**"), אך אדם יכול לעבוד בתוך ביתו ולמכור בשוק, כך שאין קונים הנכנסים ויוצאים בתוך ביתו, אלא נשאר רק הרעש שיש תוך כדי עבודה. ("**ואינו יכול למחות** בידו ולומר לו: איני יכול לישן לא **מקול הפטיש ולא מקול הריחים**").

הראשונים התקשו בהסבר המשנה: מה ההבדל בין הרישא ובין הסיפא, מדוע ניתן למחות כנגד קול של אנשים הנכנסים ויוצאים, אך לא ניתן למחות כנגד קול פטיש ורחיים, הרי הם מרעישים יותר?

א. **שיטת הרשב"א** (דף כ: ד"ה חנות) - לא ניתן להתנגד לעבודה מהבית, לא ניתן להתנגד בגלל רעש, ורק ניתן להתנגד שלא יכנסו קונים. ניתן להתנגד לפגיעה בפרטיות ולא לרעש, שכן מותר לאדם להשתמש בתוך רשותו, ועל הניזק להרחיק את עצמו. נמצא אפוא, הרישא והסיפא של המשנה עוסקים בסוגי היזק שונים: הסיפא מדברת על הזכות שיש לאדם להשתמש בתוך ביתו, אבל הרישא מדברת על היזק ראייה[50] ופגיעה בפרטיות, (לעולם לא

---

מדובר בתנור שבביתו, דהיינו הדלקת אש **באופן קבוע**, במצב זה אנו אומרים שחלה עליו אחריות מוגדלת לשים לב שהאש לא תיתפס, ואם בכל זאת פרצה דליקה - נחשב לפשיעה וחייב בכל נזק שיתרחש.

הנתיבות (סימן קנה ס"ק א) ביאר: חכמים הקלו בהלכות שכנים יותר מאשר בהלכות נזיקין, זאת בכדי שאדם יוכל לגור בביתו ולהשתמש ברשותו בלי שתיפסק חיותו. בכדי שיהיה ניתן להקל בדין זה - צריך שתהיה אחריות מוגדלת ותשומת לב מיוחדת מלווה בזהירות מרבית בכל הנוגע להדלקת אש בתוך הבית, ולפיכך יש יותר מקום לחייב אם לא ננקטו כל אמצעי הזהירות.

[50] **יסוד הדין בהיזק ראייה** - הטור (סימן קנד סט"ז) כתב בשם **הרא"ש:** יסוד הדין בהיזק ראייה הוא, דהוי גירי דיליה. דהיינו מיד כאשר אדם מסתכל בחצר חברו - הוא גורם לנזק לחברו. (בהמשך נראה מהו הנזק הנגרם ע"י ההסתכלות). אמנם **הדרכי משה** (סימן קנז ס"ק כא*) כתב: היזק ראייה אינו היזק מידי כחץ, אלא הוא היזק הבא ממילא. וכ"פ ברמ"א בסעיף טז.

אבן האזל (הלכות שכנים פרק ב הלכה טז) הביא חקירה, להסבר הנזק שיש באדם המסתכל בחצר חברו. מדברי **הרשב"ם** (דף ג. ד"ה דאיצטנע) משמע, שהנזק נגרם בפגיעה בצניעות, כאשר אדם מסתכל בחצר חברו, הוא גורם לפגיעה בפרטיות. וזהו נזק מידי.

מדברי הרשב"ם (שם) נראה, שיש מחלוקת במציאות, מה השימוש של חצר השותפים. השיטה הסבורה שאין בחצר היזק ראייה תסביר, שני שותפים בחצר אחת, נמנעים מלעשות דברים שבצנעא, שכן כל אחד חושש מכך שחברו יסתכל עליו, לכך אין היזק ראייה, שאין פגיעה בפרטיות. (רק במקרה של גג השווה לחצר - אין בעל החצר נמנע מלעשות דברים שבצנעא, שכן בעל הגג אינו נמצא על הגג כל הזמן, ומכיוון שכך יכול בעל החצר לדרוש מבעל הגג שיבנה מחיצה, שבזה יש היזק ראייה), אמנם שיטת ההלכה שיש היזק ראייה תסביר: בני אדם עושים מעשה שבצנעא בחצרם, לפיכך צריך לבנות גדר בכדי שלא תהיה **פגיעה בפרטיות**.

חשבתי להביא הוכחה לכך שבני אדם עושים מעשה שבצנעא בחצרם - מדברי הגמ' במסכת כתובות (דף עב עמוד ב), הגמ' הסיקה מספר הלכות: א)- מותר לאישה לצאת **לחצר** ללא כיסוי ראש. (כך ביארו את הגמ' בתוס' ד"ה ואלא). ב)- אישה העוברת **מחצר לחצר דרך מבוי** - עליה לכסות בקלתה. אישה שיוצאת **לשוק** - אסור לה לצאת בקלתה, אלא עליה לצאת

ניתן למחות בגלל רעש, ולא משנה אם זה רעש הבא מן הנכנסים והיוצאים או רעש הבא מפטיש, אלא רק ניתן למחות על היזק ראייה). הבית יוסף כתב שדברי התוס' (ד"ה וגרדי) מטין לדעת הרשב"א.

ב. **שיטת הרמב"ם** (הלכות שכנים פרק ו הלכה יב) - הרמב"ם הסביר אחרת את המשנה, לדעתו המשנה לא התייחסה לשני סוגי היזק שונים, אלא היא התייחסה לדיני חזקה בהלכות שכנים: המשנה התירה לעבוד מתוך הבית ולמכור בשוק - רק למי שכבר הוחזק בכך[51], אך מי שלא הוחזק בכך - השכנים יכולים להתנגד שיעבוד, בגלל הרעש. דהיינו המשנה כתבה שאין חזקה להכניס קונים לבית, שבזה תמיד ניתן להתנגד, אך יש חזקה לעבוד מתוך הבית. המחבר בחו"מ סימן קנו סעיף ב פסק כדעת הרמב"ם.

על כך ניתן להקשות: מדוע המשנה הביאה שתי דוגמאות שונות, (ברישא: "מקול הנכנסין ומקול היוצאין", ובסיפא: "מקול הפטיש ולא מקול הריחים"), אילו המשנה אכן הייתה מתייחסת רק לדין אחד, היה עליה להביא דוגמא אחת בלבד, ולחלק בין הוחזק ללא הוחזק?

ניתן לענות על שאלה זו ע"פ סברת הנתיבות בס"ק א: יש לחלק בין רעש משתנה ובין רעש קבוע. ניתן למחות כנגד קול של אנשים הנכנסים ויוצאים, כי בכל יום יש אנשים אחרים, כך שאין חזקה על רעש של אנשים שונים שנכנסים ויוצאים, שכן יש לדמות זאת לעשן ("קוטרא")

---

במטפחת לפי רש"י, או ברדיד לפי הרמב"ם והמחבר באבן העזר סימן קטו. נמצא אפוא, לדעת התוס', אישה יכולה לשהות בחצר ללא כיסוי ראש, כך שתתכן פגיעה בפרטיות בחצר, ומכאן הוכחה לשיטה שיש היזק ראייה בחצר.

**אבן האזל** הביא הסבר אחר: הבעיה שיש בהיזק ראייה, היא בכך שהמסתכל גורם לבעל החצר שלא ישתמש בחצרו בדברים שבצנעא, כך שהבעיה אינה בפגיעה בפרטיות, אלא הבעיה היא בכך שהוא **גורם שאדם ימנע מלהשתמש ברשותו**. ולמרות שזהו היזק הבא ממילא, בכל זאת מעיקר הדין אסור לעשות גרמא.

צריך לציין, המחלוקת בגמ' (מס' ב"ב דפים ב-ג) האם יש היזק ראייה - שייכת רק בהיזק ראייה **בחצר**, אבל בהזק ראייה **בבית** - לכו"ע יש היזק ראייה, כמבואר במסכת בבא בתרא (דף כב עמוד א), בדין בונה כותל מול חלון, שצריך להרחיק מלמעלה ומלמטה בכדי שלא יציץ ויראה, וכך נפסק בסימן קנד סעיף כב. מכאן ניתן להוכיח, שגם כאשר השכן צריך להתאמץ להתכופף וכד' בכדי לראות את חלון חברו - עדיין יש היזק ראייה.

[51] צריך לציין, לדעת הרמב"ם חזקת תשמישים לא צריכה שלוש שנים, שאם השכנים לא מחו בידו, הרי שהוא קיבל חזקה להשתמש בביתו עם אותם כלי עבודה מדין מחילה. אמנם צריך לציין **החזקה חלה רק לאחר שהבעלים מודעים לשימוש,** וכדברי **הסמ"ע** בס"ק ג: בכל **נזקי שכנים** - החזקה לא חלה לאלתר מיד כאשר הוציא את הזיז, אלא החזקה חלה לאלתר רק **לאחר שבעל החצר היה מודע לנזק ושתק**. וכך נראה מפירוש הרמב"ם על המשנה (מס' ב"ב פרק ג משנה ו). אמנם **הבונה קיר מול חלון חברו** - החזקה חלה לאלתר **כפשוטו**, (כפי שהגמ' במסכת בבא בתרא דף ס עמוד א כתבה: "ולסתום - לאלתר הוי חזקה"), שכן מן הסתם התברר לבעל החלון הנזק מיד. כפי שכתב ריב"ש (סימן תעא): "ובסתימת חלון - לאלתר הנזק מבורר, דאין אדם עשוי שסותמין אורו בפניו ושותק".

אך **הקצות** בס"ק א הוכיח מדברי הרמב"ם (הלכות שכנים פרק יא הלכה ו) שלא חילק כך, שהרי הרמב"ם צירף וכתב באותה הלכה, שהחזקה חלה לאלתר גם בשאר נזיקין וגם בסותם חלון. מכאן שמשמעות המילה "לאלתר" שווה בכל המקרים, דהיינו צריך שיעור בכדי שיהיה אפשר לומר בבירור לניזק: **ידעת על הנזק ומחלת**. וכך גם משמע מדברי הטור (סימן קנד סעיף טו), ומדברי הרמב"ם (שם). אמנם מדברי ריב"ש (שם) משמע כדברי הסמ"ע. הקצות סיים: "ואכתי צ"ע", והפנה לדבריו בסימן קנד ס"ק ד.

שאין חזקה כנגדו, (השכן יכול לומר: חשבתי שאוכל לסבול את העשן אך אני רואה שאיני יכול לסבול וכעת אני מוחה). אבל יש חזקה כנגד רעש אחיד של קול פטיש.

ג. **שיטת התוס'** (דף כא. ד"ה גרדי) ע"פ ביאור הסמ"ע בס"ק י - המשנה גם ברישא וגם בסיפא מדברת על רעש, אלא יש לחלק בין רעש הנעשה בבית ובין רעש הנעשה בחצר. ברישא מדובר על רעש הנעשה בחצר השותפים, לכן ניתן למחות, כי גם לשותף השני יש בעלות על החצר, אבל בסיפא מדובר על רעש הנעשה בביתו או בחנותו, ולא ניתן למחות על רעש הנעשה ברשותו.

ד. **שיטת מהרלב"ח** (סימן צז) - המשנה דיברה על מציאות בה לא ברי היזקא. החילוק הוא האם ניתן לתקן ולמנוע את ההיזק. לגבי המכירה יש אפשרות למכור בשוק, לכן המשנה ברישא אסרה למכור בביתו, אך לגבי הכנת העבודה, (הייצור), יכול האומן לעבוד בביתו והשכנים לא יכולים למחות כנגדו, שכן אין אפשרות לתקן באופן אחר.

**תלונת שכנים על רעש**

לעיל הובאה שיטת **הרמב"ם והשולחן ערוך**, שכנים יכולים למחות כנגד אדם שמרעיש בדירתו, אך במידה והוא הוחזק לעשות רעש - שוב אין השכנים יכולים להתנגד. אמנם לדעת **הרשב"א והרמ"א**, השכנים לא יכולים למחות כנגד אדם שמרעיש בדירתו, אא"כ מדובר בשכן חולה.

לשיטת **המחבר,** רק על רעש שלא מגיע משימוש יומיומי בבית, כגון הכאת פטיש וכד' - ניתן למחות, אבל וודאי שלא ניתן להתלונן על רעש נורמאלי שיש לאדם בתוך ביתו, כגון רעש מילדים, או רעש ממכשירי אפייה, או רעש של מזגן ממוצע. וכדברי החזון איש (ב"ב סימן יג אות יא): "ורשאי אדם לבנות בית אצל חבירו ולהכניס את העוללים והיונקים שצועקים בלילה, ואין החולה יכול לעכב עליו, דהרי אינו חייב לצאת מדירתו".

לשיטת **הרמ"א**, אדם חולה - יכול להתנגד לרעש, והמשנה דיברה רק על אדם בריא, שאינו יכול להתנגד לרעש. (ריב"ש סימן קצו).

לקמן נראה ששכנים אינם יכולים למחות כנגד פתיחת תלמוד תורה, אמנם הפתחי תשובה (סימן קנו ס"ק ב) סייג בשם הלבוש: ההיתר לפתוח תלמוד תורה הוא רק אם נגרם רעש סביר בבניין משותף, אבל אם נגרם רעש "שאין דעת רוב העולם סובלתו" - השכנים יכולים למחות. מכאן ניתן ללמוד יסוד חשוב בבניין משותף: הדיירים לא השתתפו על דעת כך שיהיה רעש בלתי נסבל, ולפיכך יש ביכולתם למחות כנגד רעש בלתי נסבל.

**פתיחת תלמוד תורה**

מותר לפתוח תלמוד תורה לצד תלמוד תורה אחר, שכן קנאת סופרים תרבה חכמה, כאשר "השיקול היחידי הוא להרבות תורה וחכמה". (פד"ר ח"ח עמוד קכט). וכך פסק השולחן ערוך (יורה דעה בסימן רמה סעיף כב, ע"פ דברי הרמב"ם הלכות ת"ת פרק ב הלכה ז).

וכן מובא בפסקי דין רבניים (חלק ו עמוד צ): "יש עוד לדון בנדון, שהרי אומנות שניהם, התובע והנתבע, הוא מלמד דרדקי, **ובמקצוע זה אין בכלל דין של השגת גבול,** כדאמרינן באותה סוגיה דב"ב שם דף כ"א... לא רק שמותר לפתוח בית וללמד תינוקות בצד הראשון, אלא אפילו עושה כן לכתחילה בכוונה כדי למשוך התינוקות של זה אצל זה, ואין לנו לחשוש בזה משום השגת גבול או קיפוח פרנסה, כי עלינו לשים לב ולשקוד על טובת חינוך ולימוד התינוקות, וכאשר תהיה ביניהם קנאת סופרים היא תרבה חכמה כדי להגדיל תורה ולהאדירה. **הִתחרות זו היא לברכה ולתועלת התלמידים**, ולכן תיקנו שיושיבו לכתחילה מלמד בצד מלמד, ועל אחת כמה וכמה שאין ביה"ד נזקק למנוע זה".

כאמור לעיל, הפתחי תשובה בס"ק ב סייג בשם הלבוש: ההיתר לפתוח תלמוד תורה הוא רק אם נגרם רעש סביר בבניין משותף, אבל אם נגרם רעש "שאין דעת רוב העולם סובלתו" - יכול כל שותף למנוע הקמת תלמוד תורה. (הלבוש התייחס למקומות בהם גרים ביחד בחורף, שאז יש רעש בלתי נסבל לשותפים, ואם לא התנו מלכתחילה - ניתן למנוע.

הסתייגות זו נכונה גם בכל דבר מצווה, (לפי שיטת הטור שבכל דבר מצווה לא ניתן למנוע), כגון פתיחת בית כנסת בבניין משותף[52], או פתיחת מרפאה בבניין משותף, שאם יש רעש בלתי נסבל - ניתן למנוע את הקמתם.

---

[52] בפתיחת בית כנסת יש עוד בעיה כמבואר במרדכי (מס' שבת סימן רכח) בשם **מהר"ם**, שאין לגור מעל בית כנסת, וכפי שנלמד מדברי הגמ' במסכת שבת דף יא עמוד א: "ואמר רבא בר מחסיא אמר רב חמא בר גוריא אמר רב: כל עיר שגגותיה גבוהין מבית הכנסת - לסוף חרבה, שנאמר לרומם את בית אלהינו ולהעמיד את חרבותיו". ממה נפשך אסור לגור מעל בית כנסת, אם מדמים את בית הכנסת להיכל - העליות בהיכל נאסרו, ואם מדמים את בית הכנסת לעזרה - העליות בעזרה לא נאסרו, אך בכל אופן נאסר תשמיש של גנאי, לכן בכל מקרה לא ניתן לישון מעל בית כנסת שנחשב תשמיש של גנאי.

הדרכי משה בס"ק ב סייג בשם מהר"י וייל (סימן נב): האיסור לגור מעל בית כנסת הוא רק לגור מעל בבית כנסת שנבנה מלכתחילה לשם בית כנסת, ולא בדירה שהוסבה לבית כנסת. הט"ז (אורח חיים סימן קנא ס"ק ד) כתב: גם בזה אסור לעשות דברי ביזיון גדול.

הט"ז הוסיף עדות מצמררת: "אני בילדותי הייתי דר בק"ק קראקא עם בני בתי בבית מדרשי, שהיה למעלה מבית הכנסת, ונענשתי הרבה במיתת בני. ותליתי בזה".

כנסת הגדולה (הגהות ב"י) לאחר שהביא את הקולא של הרמ"א כתב: "ומכל מקום שומר נפשו ירחק מדבר זה, שכל מי שראיתי שעשה מדרש בבית אחד מבתיו התחתיים, והוא משתמש בבית שעל גבי המדרש - לא הצליחו. מהם ירדו מנכסיהם, מהם מתו, מהם לא זכו להיבנות". גם המגן אברהם בס"ק יח הוסיף: "ומכל מקום שומר נפשו ירחיק מזה". (מההיתר שכתב הרמ"א בשם מהר"י וייל). וכ"פ המשנה ברורה בס"ק מב.

אמנם **הרמב"ם** בשו"ת פאר הדור (סימן עד) כתב: מותר לגור בבית מעל בית כנסת, ובלבד שלא יגור מעל מקום ההיכל. החיד"א בשו"ת חיים שאל (ח"א סימן נו) כתב: יתכן ואילו המחבר היה רואה את פסק הרמב"ם, היה חוזר בו וסובר שמותר לגור מעל בית כנסת.

**פתיחת מרפאה בבניין מגורים**

מדברי הגמ' במסכת בבא בתרא (דף כא עמוד א) מבואר שיש תקנה מיוחדת לילדים שמותר להם ללמוד תורה, למרות שיש פגיעה לשכנים, זאת בכדי שהלימוד תורה לא יפגע.

הטור כתב: "וכן אין יכולין למחות בידו מללמד תינוקות של בית רבן ואפילו הן רבים. **וה"ה נמי לכל מילי דמצוה כגון לחלק צדקה או להתפלל בעשרה**". הבית יוסף העיר: "ומ"ש רבינו דהוא הדין לכל מילי דמצוה וכו' - כן כתב הריטב"א בתשובה (סוף סימן כז).

צריך עיון כיצד הבית יוסף הבין מדברי הריטב"א, שניתן לפתוח כל דבר מצווה, הרי הריטב"א דיבר רק על פתיחת בית מדרש שדומה לפתיחת תלמוד תורה, אך לא ניתן מכאן להסיק על כל דבר מצווה, כגון חלוקת צדקה או פתיחת בית כנסת. וכך מובא בשו"ת הריטב"א (סימן כז): "ולא דוקא מלמד תינוקות של בית רבן, אלא הוא הדין לעשות מדרש להרביץ תורה או לדרוש בו לרבים **כדי להגדיל תורה ולהאדיר ולא תשכח תורה מישראל. דכוליה חד טעמא הוא**".

לכן נראה לומר שישנן שלוש שיטות: **שיטה ראשונה של הטור**: מותר לפתוח בבניין מגורים כל דבר מצווה. **שיטה שנייה של הרמב"ן** (דף כא. ד"ה בספרא): אסור דבר מצווה ומותר לפתוח רק תלמוד תורה. **שיטה שלישית של הריטב"א** (שם): מותר תלמוד תורה וכל מה שקשור בתורה כגון בית מדרש, כולל וכד'.

המחבר בסימן קנו סעיף ג פסק: "והוא הדין לכל מילי דמצוה - שאינם יכולים למחות בידו". לכאורה יש סתירה בין פסקי המחבר: בהלכה ג המחבר התיר לפתוח בבניין מגורים כל דבר מצווה, אך בהלכה א המחבר פסק: אדם שרוצה לבנות מרפאה או מתפרה, או מורה ללימודי חול - יכולים תושבי המקום לעכב זאת!

**הסמ"ע** בס"ק ג הסביר: העיר שושן הביא את דברי רש"י (דף כא. ד"ה רופא) שרופא הכוונה **למוהל**, אך הסמ"ע העיר: לאור דברי המחבר שמותר לבנות דבר מצווה, א"כ מותר להיות רופא מוהל, ולכן צריך להסביר את דברי הגמ' שמדובר **ברופא** רגיל.

אמנם לאור האמור לעיל, נראה שכלל אין כל קושי, אכן לדעת רש"י, כל ההיתר הוא רק בדבר מצווה שדומה לתלמוד תורה ולא בכל דבר מצווה. לכן ניתן למחות כנגד מוהל, וק"ו שניתן למחות כנגד פתיחת מרפאה.

הט"ז (על סעיף א) כתב: לאור קושיית הסמ"ע, שמותר דבר מצווה, כך שמותר לפתוח מרפאת מוהלים אך אסור לפתוח מרפאה רגילה, עדיין קשה, הרי גם לפתוח מרפאה רגילה שמרפאת את הגוף יש בזה מצווה[53]?

[53] הרמב"ם (פירוש המשניות מס' נדרים פרק ד משנה ד) כתב: "מפני שהיא **מצוה**, כלומר שחייב הרופא מן הדין לרפאות חולי ישראל, והרי הוא בכלל אמרם (מסכת ב"ק דף פא:) בפירוש הכתוב (בדין השבת אבידה): 'והשבתו לו' - לרבות את

הט"ז הסביר ע"פ דברי הטור שכתב: "וכן אין יכולין למחות בידו מללמד תינוקות של בית רבן ואפילו הן רבים, וה"ה נמי לכל מילי דמצוה, כגון לחלק צדקה או להתפלל בעשרה". מכאן אנו למדים שמותר רק דבר מצווה שצריך לצרף אליו אנשים, כגון מניין לתפילה, או לחלוקת צדקה, אך שאר דבר מצווה שלא צריכים צירוף אנשים, כגון מרפאה - אסור לפתוח, אלא הרופא ילך אל החולים לביתם.

הסברא לדברי הט"ז: חייבים להתיר לפתוח מקום עבור דבר מצווה שצריך לצרף אליו אנשים, שהרי האנשים צריכים להתקבץ במקום מסוים (כגון בית כנסת להתפלל), ואם נאסור פתיחת המקום, הרי שכמעט בכל מקרה יוכלו השכנים למחות ביד מי שרוצה לפתוח מבנה עבור בית כנסת, והיכן יתפללו, לכך כתב הט"ז שבמקום בו צריכים להתקבץ לצורך המצווה - מותר לפתוח מבנה והשכנים לא יכולים למחות. (משא"כ במרפאה, שיכול הרופא ללכת לחולים).

**פסיקה למעשה**

כפי שהקדמנו, הלכות שכנים נועדו להסדיר את זכויותיו של אדם להשתמש ברשותו באופן סביר, מבלי לפגוע ישירות בזולתו. בפתיחה של עסק, מרפאה או תלמוד תורה בבית מגורים עלול להיגרם נזק עקיף לשכנים. ההיתר שאומרת המשנה בפתיחת תלמוד תורה, נחלקו בו הראשונים האם להרחיבו להקמת מוסדות מצוה נוספים. נראה שההיתר של חז"ל הוא רק בכדי לדאוג ללימוד תורה של ילדי ישראל ולא בכל דבר מצווה, וכדברי ערוך השולחן (סעיף ד): "**אבל שאר דבר מצוה - יכולים למנוע**". (וכאמור לעיל, גם בפתיחת ת"ת יש סייגים בכל הנוגע לרעש שאינו סביר).

אמנם מרן בעל השולחן ערוך (חו"מ סימן קנו סעיף ג) פסק שמותר לפתוח "כל דבר מצווה". אך נ"ל שקשה להסביר את פסק השו"ע באופן המורחב, דהיינו להתיר לפתוח בבניין מגורים כל דבר שיש בו מצווה, כי אם כן אין לדבר סוף: נצטרך להתיר גם פתיחת מרכולים בבניין מגורים (בטענה שעושה דבר מצווה בכך שמוכר בזול), פתיחת אולם אירועים לנזקקים וכד'. השכל הישר מסרב לקבל זאת.

לכן נראה לפרש את דברי השולחן ערוך באופן מצומצם, שיש היתר לפתוח רק **בדבר מצווה שמועיל לכלל ישראל**, ולא בדבר מצווה שיש לאדם פרטי. וכך כתב החתם סופר (חושן משפט סימן צב): כל דבר מצווה שמוטל על כלל ישראל - מותר לפתוח, ולכן מותר לפתוח ת"ת למרות הפגיעה בשכנים, אך לא ניתן לפתוח בבניין מגורים עסק שיש בו מצוה פרטית כאשר זה גורם לפגיעה בפרטיות של השכנים (כגון היזק ראייה). לכן אף על פי שיש לאדם מצווה להתפרנס ולפרנס, בכל זאת מצווה זו מוטלת עליו ולא על שכנו ולא יתכן לקיים מצווה על חשבון השכנים: "נהי דפרנסת בניו ובני ביתו מצוה מוטלת עליו היא, אבל אינה מוטלת על שכינו שיפסיד ע"י קלא דלא פסק בחצרו, ולא עליו מוטל פרנסתו של זה".

כאמור, בפתיחת מרפאה נראה שיש להתיר כי אין זו מצווה פרטית אלא מצווה שעוזרת לציבור, אך יש להתנות היתר זה בארבעה תנאים:

---

גופו, שאם ראהו אובד ויכול להצילו - הרי זה מצילו בגופו או בממונו או בידיעתו". וכך פסק המחבר ביורה דעה סימן שלו סעיף א: "נתנה התורה רשות לרופא לרפאות. **ומצוה היא**. ובכלל פיקוח נפש הוא".

א. מדובר במקום בו אין עדיין מרפאה, או שהמרפאה הקרובה נמצאת בשכונה מרוחקת, או שרוצים לפתוח מרפאה יותר מקצועית.

ב. יש לעשות כניסה נפרדת למרפאה.

ג. יש לוודא שהחלונות שפונים לבניין אטומים.

ד. יש לעשות כל מאמץ בכדי לפתוח את המרפאה במקום שההפרעה לשכנים תהיה המועטה ביותר, כגון באזור תעשייה או באזור שבו יש כבר חנויות.

# הנחה שניתנה לשליח

**המקרה:**

**מקרה ראשון** - אדם שלח את חברו שירכוש עבורו מוצר מסוים. החבר רכש את המוצר והמוכר הביא לו במתנה גם עט, למי שייך העט לשליח או למשלח?

**מקרה שני** - קבוצת לומדים ביקשה מאחד הלומדים שירכוש עבורם גמרות. כל גמרא עולה סכום מסוים אבל בגלל שהשליח רכש מספר גדול של גמרות הוא קיבל הנחה. מי זכאי לקבל את ההנחה השליח או הרוכשים?

**מקרה שלישי** - תלמיד קיבל מחבריו סכום כסף בכדי לקנות מתנה לר"מ. החבר הצליח לרכוש את המתנה בסכום מוזל יותר, למי שייך הכסף הנותר?

**תשובה:**

**במקרה ראשון** - אם אין מחיר קבוע למוצר - המתנה שייכת למשלח, ואם יש מחיר קבוע למוצר - שניהם יחלקו את המתנה. אם המוכר אמר במפורש שהוא נותן את המתנה לשליח - לדעת הרמ"א השליח זכה, ולדעת השו"ע גם במקרה זה יתחלקו במתנה.

**במקרה השני** - ההנחה חוזרת למשלחים, השליח לא זכאי לקבל חלק מההנחה. אומנם אם השליח רכש את הגמרות מכספו, ורק אח"כ ביקש החזר כספי מהלומדים, אם הוא התכוון לזכות בגמרות - הרווח מההנחה יהיה שייך לו. צריך לציין במקרה זה, אם השליח יאבד את הגמרות או אם הם יינזקו - השליח הפסיד, כי הוא איבד את הגמרות ששייכות לו, כך שהוא לא יוכל לדרוש תשלום מהמשלחים.

**במקרה השלישי** - הכספים שייכים לכלל חברי הכיתה, אם נשאר עודף יש להחזיר את העודף לחברים. אומנם אם השליח התאמץ וטרח בכדי להשיג את המוצר במחיר מוזל הוא יכול לבקש תשלום מסוים עבור טרחתו.

**השאלות לבירור:**

א. למי שייכת מתנה שניתנה לשליח?

ב. שליח שקיבל הנחה עבור המוצר, מי זכאי לקבל את ההנחה?

ג. שליח שעבד קשה בכדי לגרום למשלח רווח מסוים - האם זכאי לקבל שכר עבור טרחתו?

**א- מתנה שניתנה לשליח**

במשנה במסכת כתובות דף צח עמוד א מובא: אלמנה שמכרה קרקע מנכסי הירושה לצורך גביית כתובתה - הרווח יהיה ליתומים וההפסד יהיה עליה. לכן אם היא מכרה קרקע שווה מאה במאתיים, היא הרוויחה עוד מאה עבור היתומים, נמצא שהיתומים שילמו לה מאתיים והיא קיבלה את כתובתה, וכן אם היא מכרה קרקע ששווה מאתיים במאה, האישה תישא בהפסדים, והיא כבר קיבלה מהיתומים קרקע בשווי מאתיים, כך שהיא קיבלה את כתובתה.

הגמרא שאלה: מדוע ההפסד יהיה עליה, והרווח ליתומים? אם אנו אומרים שההפסד עליה (במקרה שהאישה קיבלה שדה בשווי מאתיים ומכרה במאה), משמע שהקרקע שייכת לה, כך שנחשב שהיא קיבלה קרקע בשווי כתובתה, ולכן היא סופגת את ההפסדים מהמכירה, א"כ גם הרווחים צריכים להיות שלה, ולמה במקרה שהאישה קיבלה שדה בשווי מאה ומכרה מאתיים - הרווח ליתומים.

"אמר רב נחמן אמר רבה בר אבוה, כאן שנה רבי: הכל לבעל המעות". (אישה שמוכרת במחיר הפסד {קרקע השווה מאתיים במאה} - שליחות האישה מתבטלת ונחשב שקיבלה את הקרקע בכתובתה, אבל אם היא מוכרת ברווח, היא נחשבת לשליחה של היתומים, ושלוחו של אדם כמותו, כך שהאישה מבצעת את שליחות היתומים, והרווח ליתומים. וכאן שנה רבי: כל שליח שקונה עבור המשלח, אם מקבל הנחה או קונה במבצע וכד' - הרווח הולך למשלח).

לאחר מכן הגמ' הביאה סתירה בדעת רבי יוסי: בברייתא אחת רבי יוסי אמר שהשליח והמשלח יתחלקו חצי חצי במתנה שנתן המוכר לשליח, ובברייתא אחרת רבי יוסי אמר שהמשלח לבדו יקבל את המתנה? רמי בר חמא תירץ: יש לחלק בין סחורה עם מחיר קצוב וידוע ובין סחורה שאין לה מחיר קצוב וידוע. **בסחורה עם מחיר ידוע** יש לנו ספק באומדן הדעת של המוכר, האם התכוון לתת את המתנה למשלח שהוא בעל המעות, או שהתכוון לתת את המתנה לשליח, ובגלל הספק הם יחלקו במתנה, אבל **בסחורה ללא מחיר קבוע** - המתנה היא חלק מהקנייה, ולכן המשלח בעל המעות זכה בכל המתנה. במשנה מדובר באלמנה שמוכרת קרקע לצורך כתובתה, לקרקע אין מחיר קצוב וידוע, לכן המשלח כלומר היתומים הם אלו שזוכים ברווחים.

לסיכום, שליח של אדם שהתבקש לרכוש מוצר מסוים עבור המשלח, והמוכר נתן לשליח הקונה דבר נוסף במתנה - יש לחלק בין מוצר עם מחיר קצוב וידוע ובין מוצר ללא מחיר קצוב וידוע. אם **השליח רכש מוצר עם מחיר קצוב וידוע** - השליח והמשלח יחלקו בניהם את התוספת שהמוכר נתן, ואם **השליח רכש מוצר ללא מחיר קצוב וידוע** - המשלח יקבל את התוספת שהמוכר נתן.

נחלקו הראשונים, מדוע ברכישת דבר שיש לו מחיר קבוע - השליח והמשלח חולקים בניהם את התוספת שנתן המוכר: (צריך לציין, בדבר שאין לו קצבה - לכו"ע המשלח זכאי לקבל את התוספת. כל המחלוקת כאן מתייחסת רק לתוספת בדבר שיש לו קצבה).

א. **שיטת רש"י** (ד"ה שיש) - המוכר נתן מתנה, (תוספת מעבר למוצר שהשליח רכש), כעת ישנו **ספק באומדן הדעת של המוכר**, האם המוכר התכוון לתת את המתנה לשליח או שהמוכר התכוון לתת את המתנה למשלח. מכיוון שיש ספק בכך לכן יחלקו בניהם את המתנה.

ב. **שיטת הרי"ף** (דף נז:) - המתנה צריכה להיות שייכת רק לשליח, (אין בכך ספק כפי שרש"י הסתפק), אלא הטעם שהם חולקים במתנה בגלל **שהמתנה הגיעה בגלל הכספים שנתן המשלח**, הוא גרם לכך שתינתן מתנה, ומכיוון שהשליח נהנה מהכספים שנתן המשלח לכן עליו להתחלק עמו במתנה. וכ"פ הרא"ש (סימן טו).

ג. **שיטת הגהות אשרי** (מסכת כתובות פרק יא סימן טו הגהה א) - "דדבר שיש לו קצבה - לא מחמת המקח בא הטעות, אלא **מחמת מזל של שניהם**". כלומר המוכר כלל לא התכוון לתת מתנה כדברי רש"י והרי"ף, אלא יש תוספת שבאה בגלל המזל של שניהם, שניהם מתחלקים בתוספת שהמוכר נתן כי שניהם שווים במזל ובסיעתא דשמיא שבגינו קיבלו את התוספת.

הר"ן (שם ד"ה גמ') הביא נ"מ בין שיטת רש"י לבין שיטת הרי"ף: מוכר שאמר במפורש שהוא נותן את התוספת במתנה לשליח, לפי **רש"י** כבר אין כל ספק למי המוכר נתן את המתנה, המוכר הדגיש שנותן את המתנה לשליח, לכן השליח יקבל את כל המתנה, אבל לדעת **הרי"ף** גם במקרה זה השליח והמשלח יתחלקו בניהם, כי השליח קיבל את המתנה בגלל המשלח, השליח נהנה ממעות המשלח ועליו לשלם על אותה הנאה. (צריך לציין, גם לדעת הגהות אשרי, השליח והמשלח יתחלקו בניהם, כי הם זכו בתוספת בגלל המזל והסיעתא דשמיא של שניהם).

הקצות בסימן קפג ס"ק ז כתב: רק כאשר המוכר נתן את המתנה **לשליח** סבור הרי"ף ששניהם מתחלקים במתנה, (לשליח מגיע חלק כי המוכר נתן במפורש לשליח, וכן גם למשלח מגיע חלק כי בגלל מעותיו השליח קיבל מתנה), אומנם אם המוכר נתן את המתנה במפורש **למשלח** - גם לדעת הרי"ף המשלח מקבל את המתנה ולא מתחלקים, "דאטו מי שנותן מתנה לחבירו ע"י שליח - יהיה לשליח חלק בו".

הקצות בס"ק ח הביא נ"מ נוספת: גוי שבטעות הביא תוספת מעות לשליח, לדעת **רש"י והרי"ף** - המשלח זכאי לקבל את התוספת, כי כאן אין כוונת מתנה, רק כאשר המוכר רוצה לתת מתנה שייך לומר שיחלוקו, אבל לדעת **הגהות אשרי,** הטעם לחלוקה אינה בגלל שיש כוונה מצד המוכר לתת מתנה, אלא בגלל שהמזל של שניהם גרם לכך שהם זכו בתוספת, לכן גם אם גוי נתן בטעות ללא כוונת מתנה - השליח והמשלח יחלקו בניהם. הקצות ביאר שכך סבור רבנו יונה (מובא בטור בסעיף ז), אומנם השולחן ערוך לא הביא את דברי רבנו יונה, בגלל שהוא סבור כדעת הרי"ף.

הרמ"א בסימן קפג סעיף ו כתב כדעת רש"י: "מיהו אם אמר המוכר בפירוש שנותן לשליח - הכל של שליח". הסמ"ע בס"ק יח ביאר: הרמ"א פסק כדעת רש"י, בגלל שהרמב"ן (מיוחסות סימן ס) כתב שטעמו של רש"י נכון. הסמ"ע סיים: לפעמים לפי ראות עיני הדיין יש לפסוק כדעת הרי"ף שיחלוקו. וכן כתב הקצות בס"ק ז: "ונראה דכיון דכתב הרמב"ן בתשובה (במיוחסות סי' ס') שטעם הגאון (ספר המקח שער ו') ורש"י (כתובות צח, ב ד"ה שיש) יפה... ומש"ה נתן לו ודאי הכל לשליח".

הש"ך בס"ק יב תמה על הרמ"א שפסק כדעת רש"י: "תימה שפסק כן בפשיטות, דהא לדעת הרי"ף (דף נז:), והרא"ש (סימן טו) ובעל העיטור (שלישות ממון מג ע"ד) - חולקים, וכן נראה דעת הר"ן (שם ד"ה גמ'), וגם בירושלמי (מס' כתובות פרק יא הלכה ד) איתא כסברת הרי"ף, דהואיל ובא לשליח הנאה ע"י בעל הבית - חולקים".

הט"ז (על סעיף ו) והנתיבות (חידושים בס"ק יג) פסקו כדעת הרי"ף, שכן כך פסקו גם הרא"ש והעיטור, וכך גם פסקו ר"ת ור"י (מובא בתוס' מס' כתובות דף צח: ד"ה אמר), וכך גם פסק המרדכי (מס' כתובות סימן רנה) והגהות מיימוניות (הלכות שלוחין פרק א הלכה ה), נמצא הוה ליה רש"י - יחיד לגבייהו".

הט"ז הקשה: לדעת רש"י, הטעם שהמשלח והשליח חולקים במתנה הוא בגלל שיש ספק מי קיבל את המתנה השליח או המשלח, אך ע"פ כללי הפסיקה (סימן שיב סעיף טו) יש לומר שבמקום שיש ספק לא אומרים יחלוקו אלא אומרים המוציא מחברו עליו הראייה? הט"ז ביאר: צריך לומר שגם רש"י מסכים קצת לסברת הרי"ף, כלומר למשלח מגיע חלק מהתוספת כי בגללו נגרמה ההנחה, גם לשליח מגיע חלק מהכסף בגלל שהוא פעל מול המוכר, אך יש ספק מי הגורם העיקרי יותר למתנה, לכן מספק יחלוקו ולא מועילה כאן החזקה.

הדברי משפט (שם) ביאר: מוחזק נקרא רק כאשר החזיק לפני שהתעורר ספק בחפץ המוחזק בידו, אך כאן כבר מרגע שהמוצר בא לידו של השליח יש ספק למי המוצר שייך, לכן השליח לא נקרא מוחזק.

שולחן ערוך הרב (חושן משפט הלכות מכירה ומתנה ושליח ואפוטרופוס, יא) כתב: "וירא שמים יחוש לדבריהם (של הרי"ף). וכן בכל הנאה שבאה לשליח על ידי שליחותו".

הקצות בס"ק ז עוד כתב בשם הרמב"ן (מיוחסות סימן ס): אם ברור שהשליח קיבל מהמוכר בלי שום קשר לשליחות - השליח זכאי לקבל את המתנה. דוגמא: אדם שנותן טיפ למלצר, אנו לא נאמר שהמלצר הוא שליחו של בעל המסעדה, אלא המלצר זכאי לקבל תוספת זו, וכן בכל מקרה בו ברור שהמתנה ניתנה ללא שום קשר למשלח, אלא זו מתנה שניתנה לשליח בגלל השליח עצמו ולא בגלל משלחו - השליח יקבל את המתנה.

**ב- שליח שקיבל הנחה עבור המוצר**

הרא"ש (מסכת בבא קמא פרק י סימן כא) כתב בשם מהר"ם מרוטנבורג (סימן תתקנ"ג): אדם שלח את חברו שירכוש לו בגד בהקפה, לאחר שהגיע מועד התשלום השליח הגיע למוכר הגוי בכדי לשלם לו על הבגד, אך המוכר שכח ולא תובע את התשלום עבור הבגד - המשלח זכאי לקבל לבדו את כל המעות, ואין לשליח חלק באותן מעות. מהר"ם ביאר: "אדעתא שיתנם לעכו"ם נתנם לשמעון, ולא אדעתא שיעכבם הוא לעצמו. כיצד יעשה הלה סחורה במעותיו של זה. אלא יחזרו המעות לבעלים הראשונים". וכ"פ השולחן ערוך בסעיף ח.

הסברא לכך היא, יש לחלק בין מעות או מוצר נוסף שנותן המוכר לשליח ובין אי תשלום, כאשר המוכר **נותן מוצר או נותן מעות** - אנו אומרים בחלק מהמקרים שיחלקו, אבל אם המוכר לא נתן כלום, אין מתנה נוספת שהתקבלה, אלא פשוט **השליח לא שילם** - המעות נחשבות לנמצאות עוד ברשות המשלח, לכן השליח לא זכאי לקבל מעות אלו.

מהר"ם הוסיף: השליח לא יכול לומר אני מעוניין בכ"ז לשלם למוכר הגוי בכדי לעשות קידוש השם, כי אדם יכול לעשות קידוש השם רק בכספו ולא בכסף של חברו. וכן השליח לא יכול לומר אני מעוניין בכ"ז לשלם למוכר הגוי, שמא המוכר ייזכר ויתבע ממני, כי אם המוכר יתבע מהשליח - יוכל השליח לתבוע את המשלח, כך שלא יגרם לו כל הפסד.

וכך גם הדין בלווה שנתן מעות לשליח שיחזיר את חובו למלווה הגוי, אך **המלווה הגוי שכח ולא תבע את החוב** - על השליח להחזיר את המעות ללווה המשלח. וכ"פ השולחן ערוך בסימן קפג סעיף ט.

מכאן ניתן ללמוד, אדם ששלח שליח שירכוש עבורו מוצר מסוים, **השליח קיבל הנחה עבור אותו מוצר** - כאן אין מתנה שהתווספה לשליח, אלא רק אי תשלום כל המעות, המעות מעולם לא יצאו מרשותו של המשלח, גם בשעת קבלת ההנחה - המעות עוד שייכות למשלח, לכן יש להחזיר את הסכום שנותר למשלח והשליח לא יקבל כלום.

אומנם נראה שאם **השליח שילם על המוצר מכספו**, וזכה במוצר, השליח זכאי לקבל את ההנחה. אך יש לשים לב, המשמעות לכך שהשליח זכה במוצר היא, שאם המוצר יאבד או יינזק - השליח יפסיד כי הוא איבד חפץ ששייך לו, כך שהוא לא יוכל לדרוש תשלום מהמשלח.

כמו כן במקום שיש **מבצע של אחד ועוד אחד**, (הקונה משלם על מוצר אחד ומקבל את המוצר השני בחינם) - אין לראות בכך תוספת מתנה שהתווספה לשליח, זהו המחיר של המוצר מלכתחילה, אלא שהמוכר מעוניין למכור מוצר שני במחיר מוזל יותר, אבל אין כאן מתנה מיוחדת ללקוח מסוים, כל קונה זכאי לקבל את שני המוצרים באותו מחיר, לכן וודאי שהפער במחיר יחזור למשלח.

המרדכי (מס' כתובות סימן שז) כתב: לווה שביקש מחברו סכום מסוים של כסף, ואמר לו לנסות **להגיע לפשרה בין כל הנושים** שלו, (ללווה אין מספיק כסף בכדי להחזיר לכולם), השליח הצליח לשכנע את המלווים לוותר על חלק מהחוב ובסופו של דבר אפ' נותר בידו עוד כסף - צריך להחזיר את המותר למשלח. וכ"פ הרמ"א בסעיף ט. הבית יוסף העיר: "וצריך להתיישב בדבר".

הפתחי חושן (חלק ג פרק יא הערה מב) כתב: "נלענ"ד שה"ה **בשולח שליח למקום מסוים, ונתן לו עבור הוצאות נסיעה**, ועלה ביד השליח להגיע באופן שלא היו, או שהיו פחות הוצאות - הריוח למשלח, ואף אם אוהבו הסיעו בחנם, וברור שרק משום שהוא אוהבו לקחו בחנם - עליו להחזיר ההוצאות למשלח, אא"כ קבע לו סכום קצוב וכלל הוצאות הנסיעה באופן כללי, או שבלא"ה היה השליח צריך להגיע למקום פלוני, ואף על פי כן נתן לו הוצאות, מסתבר שאינו צריך להחזיר המותר. ואם טרח השליח והלך ברגל, או בטרחה אחרת וע"י כך חסך מהוצאות הנסיעה - נראה שיכול לנכות עבור טרחתו, ולהחזיר המותר למשלח".

**ג- גוי שטעה והביא תוספת מעות לשליח**

התוספות (מסכת כתובות דף צח: ד"ה אמר) כתבו: "שאל ר' יעקב ישראל את **ר"ת**": גוי שבטעות נתן תוספת מעות לשליח, (הגוי היה אמור לתת לשליח סכום מסוים, ובטעות הגוי נתן סכום גדול יותר) - רבנו תם בהתחלה סבר לומר שיחלקו בתוספת השליח והמשלח, כי השליח נהנה מהמעות של המשלח בדבר שיש לו קצבה, אבל רבנו תם חזר בו ופסק שכל תוספת המעות שייכים למשלח, כי הטעות בכסף אירעה בכסף ששייך **למשלח**.

אבל **רבנו יונה** כתב: אם הגוי טעה **בחישוב המעות** ובגלל טעות בחישוב נתן סכום גדול יותר - **השליח** יקבל את כל המעות, כי אין קשר בין התוספת לבין השליחות של המשלח, השליח הוא זה שהטעה את הגוי, "מה טיבו של בעל הבית (המשלח) בזה, ואפילו חולקין לא שייך למימר". וכ"פ המחבר בסעיף ז.

הש"ך בס"ק יג כתב: גם הרי"ף מודה לדברי רבנו יונה, שאם הגוי טעה בחישוב המעות - השליח יקבל את המעות, כי "אם גנב או גזל או הטעה - מה טיבו של בעל הבית (המשלח) בזה".

כנסת הגדולה (הגהות טור חושן משפט סימן קפג בס"ק מא) כתב בשם מהר"י אדרבי (סימן קפט): "איפשר דדוקא בטעה (הגוי), אבל אם **השליח השתדל להרויח הסך ההוא, וכיון להקנות לעצמו** - הכל לשליח". מכאן שאם השליח השתדל וטרח בכדי לקבל את הסכום הנותר - השליח יקבל את התוספת.

רבנו יונה הוסיף: כאשר הגוי טועה **בחישוב מעות** ונותן יותר מעות - השליח מקבל את המעות, כי אין קשר בין תוספת המעות לבין השליחות, אבל כאשר הגוי טועה **בשווי של המוצר** ונותן תוספת לשליח, (כגון שהמוכר נתן לשליח מוצר נוסף), יש קשר בין הטעות ובין עיקר השליחות, לכן בזה יש לחלק (כפי האמור בסעיף ז) בין דבר שאין לו קצבה למשלח ובין דבר שאין לו קצבה שיחלוקו.

הסמ"ע בס"ק כא כתב: המחבר פסק בצורה פשוטה שהשליח זכאי לקבל את המעות, ולא חילק את החילוק שהביא רבנו יונה בין טעות בחישוב מעות ובין טעות בשווי המקח, "ומהתימה שהמחבר ומור"ם לא הזכירו הדין של טעות שבמקח".

המרדכי (מסכת כתובות סימן רנה) כתב בשם ריב"א: בטעות בחישוב במעות - השליח מקבל את המעות רק בתנאי שהוא שם לב לטעות של הגוי והתכוון לזכות בתוספת שהגוי נתן בטעות, אבל אם השליח לא שם לב לטעות ונתן את כל המעות למשלח - המשלח זכה בתוספת, והשליח לא יכול להוציא את הסכום מיד המשלח. וכ"פ הרמ"א בסעיף ז.

המרדכי (מסכת כתובות סימן רנו) עוד כתב בשם רבנו צמח גאון: אדם שעשה עסקים עם גוי, ובא חברו לסייע לו, החבר הטעה את הגוי בכך שהוי נתן יותר מעות - חולקים את הרווח[54], כי ללא המעות של האדם לא היה יכול להטעות את הגוי (אין הבדל אם החבר סייע בחינם או בשכר). וכ"פ הרמ"א בסעיף ז.

הש"ך בס"ק טו כתב בשם המרדכי: שליח שהעביר מוצר מסוים דרך המכס, "והשליח בערמותו ובחכמתו הבריח מהמכס - (השליח זכאי לקבל שכר עבור טירחתו), אין זה מבריח ארי כו', (אם נאמר שזהו מבריח ארי - השליח לא יהיה זכאי לקבל שכר והמשלח הרוויח), כיון דהפסד המכס היה ברור, וצריך לשלם להשליח שכר ההנאה שההנהו". וכן כתב הנתיבות (חידושים בס"ק טז).

מכאן ניתן ללמוד, **שליח שעבד קשה בכדי לגרום למשלח רווח מסוים** - על המשלח לשלם לשליח על טרחתו. הרווח יעבור במלואו למשלח, והשליח זכאי לקבל רק סכום מסוים עבור הטרחה והמאמץ שעשה עבור המשלח.

**מסקנות**

א. שליח שקנה מוצר עבור המשלח וקיבל מתנה: אם **אין מחיר קבוע למוצר** - המתנה שייכת למשלח, ואם **יש מחיר קבוע למוצר** - שניהם יחלקו את המתנה.

ב. אם **המוכר אמר במפורש שהוא נותן את המתנה לשליח** - לדעת הרמ"א השליח זכה, ולדעת השו"ע גם במקרה זה שניהם יתחלקו במתנה.

ג. אם המוכר נתן את המתנה במפורש **למשלח** - לכו"ע המשלח מקבל את המתנה ולא מתחלקים במתנה.

ד. שליח שקנה מוצר עבור המשלח **וקיבל הנחה** - ההנחה חוזרת למשלחים, השליח לא זכאי לקבל חלק מההנחה, כי המעות מעולם לא יצאו מרשותו של המשלח, גם בשעת קבלת ההנחה - המעות עוד שייכות למשלח, לכן יש להחזיר את הסכום שנותר למשלח והשליח לא יקבל כלום.

ה. אומנם אם **השליח רכש את המוצר מכספו**, ורק אח"כ ביקש החזר כספי מהמשלח, אם הוא התכוון לזכות במוצר - הרווח מההנחה יהיה שייך לו. צריך לציין במקרה זה, אם המוצר יאבד או יינזק - השליח הפסיד, כי הוא איבד את המוצר ששייך לו, כך שהוא לא יוכל לדרוש תשלום מהמשלח.

ו. **שליח שהתאמץ וטרח** בכדי להשיג את המוצר במחיר מוזל - הוא יכול לבקש תשלום מסוים עבור טרחתו.

---

[54] הנתיבות (חידושים בס"ק טז) העיר: מדבר שהגוי **נתן תוספת מעות** בטעות, אבל אם החבר סייע ליהודי לווה לשלם למלווה הגוי **פחות כסף** - הנותר שייך ללווה המשלח כמבואר בסעיף ח.

ז. אם ברור שהשליח קיבל מהמוכר בלי שום קשר לשליחות - השליח זכאי לקבל את המתנה. וכן בכל מקרה בו **ברור שהמתנה ניתנה ללא שום קשר למשלח**, אלא זו מתנה שניתנה לשליח בגלל השליח עצמו ולא בגלל משלחו - השליח יקבל את המתנה.

ח. במקום שיש **מבצע של אחד ועוד אחד**, (הקונה משלם על מוצר אחד ומקבל את המוצר השני בחינם) - אין לראות בכך תוספת מתנה שהתווספה לשליח, זהו המחיר של המוצר מלכתחילה, אלא שהמוכר מעוניין למכור מוצר שני במחיר מוזל יותר, כל קונה זכאי לקבל את שני המוצרים באותו מחיר, לכן וודאי שהפער במחיר יחזור למשלח.

# הטעייה בהצעת מחיר

**שאלה:**

אדם שרצה לשפץ את ביתו, לצורך כך הוא הזמין מספר קבלנים (יהודים ולא יהודים) בכדי שיתנו לו הצעת מחיר על השיפוץ. בכדי להוזיל את המחיר הוא אמר לכל קבלן שקיבל הצעת מחיר מאוד זולה, וכך הצליח לקבל מחיר עוד יותר נמוך - האם הדבר מותר?

שאלה נוספת: במידה והקבלן יגלה את ההערמה, האם יוכל לחזור בו ולדרוש העלאה בתשלום?

**תשובה:**

א. יש לחלק בין חיוב ממוני ובין איסור הלכתי. מבחינת **הלכתית -** תמיד יש איסור להונות. אך מבחינה **ממונית** - אין חיוב החזר תשלום על הונאה בקרקעות.

כך כתב הרמב"ן (ויקרא פרק כה פסוק יד): התורה דנה באיסור הונאה בהקשר של מכירת קרקעות, למרות שאין הונאה בקרקעות, ומכאן שיש איסור מהתורה להונות למרות שאין חיוב להחזיר את ההונאה[55]. וכך גם כתב ספר החינוך[56] (מצוה שלז).

ב. יש להיזהר לא להגיע למצב של אונאת דברים (אם יידע על ההערמה ויצטער מכך). גם כאשר אין דין הונאה (כגון בקרקעות), עדיין יש איסור הונאת דברים, כמבואר בדברי הסמ"ע (סימן רכז בס"ק נא).

ג. האחריות לבדיקה היא על הקבלן, לא היה לו להסתמך על המזמין, אדרבה הקבלן כאיש מקצוע צריך להיות בקי במחירי השוק, ואם בכ"ז הסכים להצעת מחיר הזול וודאי שגמר בדעתו ששווה לו לעבוד גם במחיר זה.

ד. במהלך המשא ומתן בין הקבלן למזמין השיפוץ מותר, ניתן להתווכח, וניתן לומר כל דבר בתנאי שהוא לא חורג מתוך מסגרת דיני ההונאה.

ה. ראש הישיבה הגבוהה בישיבת מצפה יריחו אמר לי: ניתן להתיר לא לומר אמת גמורה, כל עוד זה בתחום המקובל והסביר, והביא לכך ראייה מדברי המשנה במסכת נדרים דף כ עמוד ב,

---

[55] אומנם המשנה למלך (הלכות מלוה ולוה פרק ד הלכה א) כתב: מדברי התוספות (מסכת בבא מציעא דף סא עמוד א) משמע, שגם איסור אין בהונאת קרקעות. (מחלוקת זו הובאה בדברי רבי עקיבא איגר על סימן רכז סעיף כט).

[56] החינוך (מצוה שלז) כתב על איסור הונאה: "שורש המצוה ידוע, כי הוא דבר שהשכל מעיד עליו, ואם לא נכתב דין הוא שיכתב, שאין ראוי לקחת ממון בני אדם דרך שקר ותרמית, אלא כל אחד יזכה בעמלו במה שיחננו האלהים בעולמו באמת וביושר. ולכל אחד ואחד יש בדבר הזה תועלת, כי כמו שהוא לא יונה אחרים גם אחרים לא יונו אותו, ואף כי יהיה אחד יודע לרמות יותר משאר בני אדם, אולי בניו לא יהיו כן וירמו אותם בני אדם, ונמצא שהדברים שוים לכל, ושהוא תועלת רב בישובו של עולם, והשם ברוך הוא לשבת יצרו".

שנדרי זרוזין מותרים. נראה שיש לסייג את ההיתר רק כל עוד שלא חורגים מגבולות דיני הונאה.

ו. הנתיבות (סימן רכז ס"ק ב) הוכיח מדברי התוס' (מס' ב"מ דף נב. ד"ה אמר אביי), שמותר לחרוג מהאמת ולהונות כל עוד שמתכוון להחזיר את ההונאה, וכל כוונתו רק להגיע למצב "**שיתקיים המקח בשוויו**".

## חלק א - איסור הטעייה

### אונאת דברים

במשנה ובגמ' במסכת בבא מציעא דף נח עמוד ב מובא: אדם **שגורם צער וכאב נפשי לחברו** - עובר על אונאת דברים. אונאת דברים חמורה מהונאה ממונית בגלל שלושה דברים: א)- באונאת דברים מוזכר ויראת מאלקיך. ב)- אונאת דברים גורמת צער בגוף האדם ולא רק בממונו. ג)- אונאת דברים לא ניתנת לתיקון. (ניתן לפצות על הונאה ממונית, אך קשה לפצות על כאב נפשי).

וכך מובא במשנה: "כשם שאונאה במקח וממכר כך אונאה בדברים. לא יאמר לו בכמה חפץ זה והוא אינו רוצה ליקח". המאירי (מסכת בבא מציעא דף נח עמוד ב) הסביר: אסור לברר מחירים בחנות כאשר לא מתכוון לרכוש בגלל שני טעמים: א)- המברר יתבייש לומר שלא חשב לרכוש, ובמקום זאת הוא יאמר שהחפץ לא איכותי וכד', ואם אנשים ישמעו את דבריו ייגרם **נזק ממוני** למוכר. ב)- המוכר בעה"ב בטוח שיכל למכור, הוא טורח ובסופו של דבר נגרם **צער למוכר** מכך שהקנייה לא יצאה לפועל. וכ"פ השולחן ערוך בסימן רכח סעיף ד.

הסמ"ע בסימן רכז ס"ק נא כתב בשם מהרש"ל: איסור אונאת דברים וגניבת דעת שייכים גם במקרים בהם אין איסור הונאה (כגון בקרקעות). כך כתב הסמ"ע: "דאף דאיתמעטו הני מדין אונאה, מ"מ לא גרעי מאונאת דברים וגניבת דעת, ובכלל לא תונו איש את עמיתו הן[57]".

הסמ"ע הוסיף: אין איסור אונאת דברים וגניבת דעת כאשר ההונאה נעשית בשוגג ובלא שימת לב.

---

[57] הסמ"ע כתב: "לא תונו איש את **אחיו**", אך הפתחי תשובה בס"ק כא כתב: זהו טעות סופר, כי בפסוק (ויקרא פרק כה פסוק יז) כתוב: "וְלֹא תוֹנוּ אִישׁ אֶת **עֲמִיתוֹ**".

וכך מבואר בגמרא במסכת בבא מציעא דף נח עמוד ב: "תנו רבנן: (ויקרא פרק כה פסוק יז) לא תוֹנוּ אִישׁ אֶת עֲמִיתוֹ - באונאת דברים הכתוב מדבר. אתה אומר באונאת דברים, או אינו אלא באונאת ממון? כשהוא אומר (שם פסוק יד): וְכִי תִמְכְּרוּ מִמְכָּר לַעֲמִיתֶךָ אוֹ קָנֹה מִיַּד עֲמִיתֶךָ (אַל תּוֹנוּ אִישׁ אֶת **אָחִיו**) - הרי אונאת ממון אמור, הא מה אני מקיים לא תונו איש את **עמיתו** - באונאת דברים".

הנימוקי יוסף (דף לב עמוד ב) כתב: מדברי הגמ'[58] "למדנו, שלא הזהיר הכתוב באונאת דברים אלא יראי השם[59]. ואמר במדרש: אם הונה עצמך - מותר אתה להונהו, שזה אינו קרוי עמיתך". הרמ"א בסעיף א כתב את דברי הנימוקי יוסף בשם י"א.

אומנם ערוך השולחן (סעיף א) ביאר את דברי הגמ' והנימוקי יוסף בצורה אחרת: אין היתר להונות אף אדם, גם אם אינו שומר תורה ומצוות, כל ההיתר שייך רק כאשר כוונתו לשם שמים "כדי שישוב בתשובה".

ישנם שלושה ביאורים לדברי הנימוקי יוסף: "ואמר במדרש: אם הונה עצמך - מותר אתה להונהו":

א. הסמ"ע בס"ק ד כתב: יש מפרשים (באר הגולה בס"ק ה) שמותר **להונות אדם שכבר הונה אותך**. דהיינו אם אדם כבר ציער אותך - מותר לצער בחזרה. הסמ"ע שלל פירוש זה, בגלל שכתוב: "הונה עצמך", והיה צריך לכתוב: "מי שמאנה אותך".

ב. הסמ"ע ביאר: אדם שמזלזל בעצמו, לא חס על כבודו - "על כזה לא הזהירה התורה, וגם אחרים מותרים להונהו ולזלזל בכבודו". כי הוא **לא מתנהג כמו בן אדם המיושב בדעתו**[60]. וכך ביאר הנתיבות בס"ק א.

ג. הלבוש בספרו עיר שושן ביאר: המדרש מדבר על **אדם שלא שומר תורה ומצוות**, כמבואר לעיל, אדם שאינו ירא אלוקים הוא נחשב כמהנה את עצמו ולכן ניתן להונות אותו. הסמ"ע העיר על דבריו: "ובעיר שושן עירבב הדברים... ולפי דברי עיר שושן תלה תניא בדלא תניא".

הדרכי משה בס"ק א כתב בשם המרדכי (סימן שו): ראבי"ה הלקה מכת מרדות אדם שהינה את חבירו והיו עדים על ההונאה. הבית יוסף (סימן א סעיף ו) הבין בהתחלה שראבי"ה הלקה את המהנה בגלל שעבר על **לאו מהתורה** של לא תונו איש את עמיתו, לכך הקשה: "ותמהני עליו, דהא קיימא לן (שבועות כא.) כל לאו שאין בו מעשה - אין לוקין עליו, חוץ מנשבע ומימר ומקלל את חבירו בשם? ואיפשר **דמכת מרדות מדרבנן** קאמר".

---

[58] הגמ' בדף נט עמוד א כותבת: "אמר רב חננא בריה דרב אידי: מאי דכתיב ולא תונו איש את עמיתו? (מדוע בהונאת ממון כתוב: "אַל תּוֹנוּ אִישׁ אֶת אָחִיו", ובהונאת דברים כתוב: "לֹא תוֹנוּ אִישׁ אֶת עֲמִיתוֹ")? - עם שאתך בתורה ובמצוות אל תוניהו". (איסור הונאת ממון שייכת בכולם, {כל ישראל אחים}, אבל איסור הונאת דברים שייכת רק באדם שעמו, דהיינו במי שמקיים תורה ומצוות).

[59] הנימוקי יוסף הוסיף: כך מבואר במסכת מגילה דף כה עמוד ב: "אמר רב אשי: האי מאן דסנאי שומעניה - שרי ליה לבזוייה בגימ"ל ושי"ן". הגר"א בס"ק א הוסיף: כך גם מבואר במסכת שבת דף מ עמוד א: "אמר רבא: האי מאן דעבר אדרבנן - שרי למיקרי ליה עבריינא".

[60] צע"ג בדברי הסמ"ע, קשה מאוד לקבל היתר להונות אדם רק בגלל התנהגות שאיננה נורמטיבית.

**גניבת דעת**

בתוספתא (מס' ב"ק פרק ז הלכה ח) מובא: "שבעה גנבין הן, הראשון שבכולם (הדרגה הפחות חמורה מכל שבעת סוגי הגניבות) - גונב דעת הבריות".

הגמ' במסכת חולין דף צד עמוד א כותבת: "דאמר שמואל: אסור לגנוב דעת הבריות, ואפילו דעתו של עובד כוכבים".

המשנה במסכת סוטה דף ט עמוד ב כותבת על אבשלום שעבר על גניבת דעת שלוש פעמים (אביו, הב"ד ועם ישראל), לפיכך נענש ויואב בן צרויה דקר אותו עם שלוש חניתות: "ולפי שגנב ג' גנבות: לב אביו[61], ולב ב"ד[62], ולב ישראל[63] - לפיכך נתקעו בו ג' שבטים, שנאמר: ויקח... שלשה שבטים בכפו ויתקעם בלב אבשלום".

הרמב"ם (הלכות דעות פרק ב הלכה ו) כתב: "אסור לאדם להנהיג עצמו בדברי חלקות ופיתוי, ולא יהיה אחד בפה ואחד בלב, אלא תוכו כברו, והענין שבלב הוא הדבר שבפה, ואסור לגנוב דעת הבריות ואפילו דעת הנכרי... ואפילו מלה אחת של פיתוי ושל גניבת דעת - אסור, אלא שפת אמת, ורוח נכון ולב טהור מכל עמל והוות".

הרמב"ם (הלכות מכירה פרק יח הלכה א) עוד כתב: "אסור לרמות את בני אדם במקח וממכר או לגנוב את דעתם, ואחד עובד כוכבים ואחד ישראל שוים בדבר זה, היה יודע שיש בממכרו מום - יודיעו ללוקח, ואפילו לגנוב דעת הבריות בדברים - אסור". וכ"פ המחבר בסימן רכח סעיף ו.

**הריטב"א** (מסכת חולין דף צד עמוד א) כתב: "ואיסור גניבת דעתו של נכרי - כתבו קצת רבותינו בשם בעלי התוספות ז"ל, שהוא איסור **תורה**, דנפקא לן מדכתיב (ויקרא פרק יט פסוק יא): **לֹא תִגְנֹבוּ וְלֹא תְכַחֲשׁוּ**". וכך גם כתב הסמ"ג (לאוין סימן קנה).

אבל **רבינו יונה** בשערי תשובה (שער ג בס"ק קפד) כתב: היסוד לגניבת דעת הוא השקר (ולא איסור גניבה כדברי הריטב"א). וכך כתב רבנו יונה: "מי שמתעה את חברו... אמרו רבותינו זכרונם לברכה

---

[61] בשמואל ב (פרק טו פסוקים ז-ט) מובא: "וַיֹּאמֶר אַבְשָׁלוֹם אֶל הַמֶּלֶךְ: אֵלְכָה נָּא וַאֲשַׁלְּמָה אֶת נִדְרִי אֲשֶׁר נָדַרְתִּי לַיקֹוָק בְּחֶבְרוֹן. כִּי נֵדֶר נָדַר עַבְדְּךָ בְּשִׁבְתִּי בִגְשׁוּר בַּאֲרָם לֵאמֹר אִם ישיב יָשׁוֹב יְשִׁיבֵנִי יְקֹוָק יְרוּשָׁלַם - וְעָבַדְתִּי אֶת יְקֹוָק. וַיֹּאמֶר לוֹ הַמֶּלֶךְ לֵךְ בְּשָׁלוֹם וַיָּקָם וַיֵּלֶךְ חֶבְרוֹנָה".

[62] בשמואל ב (פרק טו פסוק ד) מובא: "וַיֹּאמֶר אַבְשָׁלוֹם **מִי יְשִׂמֵנִי שֹׁפֵט בָּאָרֶץ**, וְעָלַי יָבוֹא כָּל אִישׁ אֲשֶׁר יִהְיֶה לוֹ רִיב וּמִשְׁפָּט וְהִצְדַּקְתִּיו". כמו כן בפסוק יא, אבשלום לקח עמו דיינים לחברון בלי לומר להם שהוא מתכוון למרוד בדוד: "וְאֶת אַבְשָׁלוֹם הָלְכוּ מֵאתַיִם אִישׁ מִירוּשָׁלַם קְרֻאִים **וְהֹלְכִים לְתֻמָּם וְלֹא יָדְעוּ כָּל דָּבָר**".

[63] בשמואל ב (פרק טו פסוקים ג-ו) מובא: אבשלום היה אומר למתדיינים אצל דוד המלך: "רְאֵה **דְּבָרֶךָ טוֹבִים** וּנְכֹחִים, וְשֹׁמֵעַ אֵין לְךָ מֵאֵת הַמֶּלֶךְ... וְהָיָה בְּקָרֵב אִישׁ לְהִשְׁתַּחֲוֹת לוֹ **וְשָׁלַח אֶת יָדוֹ וְהֶחֱזִיק לוֹ וְנָשַׁק לוֹ**. וַיַּעַשׂ אַבְשָׁלוֹם כַּדָּבָר הַזֶּה לְכָל יִשְׂרָאֵל אֲשֶׁר יָבֹאוּ לַמִּשְׁפָּט אֶל הַמֶּלֶךְ **וַיְגַנֵּב אַבְשָׁלוֹם אֶת לֵב אַנְשֵׁי יִשְׂרָאֵל**".

(חולין צד א): אסור לגנוב דעת הבריות ואפילו דעת נכרי. והנה החטא הזה חמור אצל חכמי ישראל יותר מגזל הנכרי, יען וביען **כי שפת שקר אשמה רבה, ונתחייבנו על גדרי האמת, כי הוא מיסודי הנפש**".

**הסמ"ק** (מצוה רסב) סבור שאיסור גניבת הדעת הוא מדרבנן, וכן כתב **הב"ח** (בס"ק ו) שאיסור גניבת דעת הוא מדרבנן: "דגורם דמחזיק לו טובה בחנם - אסור מדרבנן".

הדרכי משה בסימן שמח ס"ק א כתב בשם **המרדכי** (סימן קנח): אסור להטעות גוי, וגם גניבת דעת אסורה אצל גוי, ורק אם הגוי טועה מעצמו - מותר. לדעת המרדכי, בעל חנות גוי שטעה בחשבון וכד' - טעות של גוי מותרת, ולא צריך להחזיר את סכום הטעות. אומנם הש"ך בס"ק ג כתב בשם **מהרש"ל** (יש"ש מס' ב"ק פרק י סי' כ): הלקוח צריך לומר למוכר הגוי בשעת התשלום שהוא סומך על החשבון שלו. הישי"ש הוסיף: כל ההיתר בהפקעת הלוואה הוא רק בדרך חוב או מכס, אבל יש איסור להפקיע חוב ממכירה.

**באר הגולה** בסימן שמח ס"ק ה כתב: "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 תתרע"ד. (ולעומת זאת) רבים אשר קדשו ה' והחזירו טעויות העכו"ם בדבר חשוב, גדלו והעשירו, והצליחו והניחו יתרם לעולליהם".

מהרש"ל (ים של שלמה מסכת חולין פרק ז בס"ק יט) כתב: "ומאחר שגניבת דעת - אסור בגוי, כ"ש גניבה ממש וגזל הגוי דאסור, ואף להטעותו - אסור".

**הונאה לגוי**

הגמ' במסכת בכורות דף יג עמוד ב כותבת: "לעמיתך אתה מחזיר אונאה, ואי אתה מחזיר אונאה לכנעני. לכנעני, מאל תונו איש את **אחיו** נפקא".

הרמב"ם (הלכות מכירה פרק יג הלכה ז) פסק כדברי הגמ', שאין דין הונאה לעכו"ם, אבל גוי שהונה יהודי - דנים בו דיני הונאה, שלא יהיה כוחו של הגוי גדול מכוח היהודי. וכך פסק המחבר בסימן רכז סעיף כו.

ה"ה כתב: דין זה נלמד מדברי הגמ' במסכת עבודה זרה דף עא עמוד ב, שאם המקח בטל - הגוי יחזיר, ומכאן גם נלמד לדיני הונאה.

הש"ך בס"ק יד כתב בשם מהרש"ל (ב"ק סי' מא): הגויים לא דנים בערכאות דיני הונאה, לדעתם האחריות לבדיקה מוטלת על כל אחד מהצדדים, "על דרך המליצה: פתח עיניך וראה", כל אחד צריך לבחון ולבדוק לפני שעושה עסקה.

לאור זאת אם יהודי וגוי **הונו** יהודי אחר - היהודי שהונה יצטרך לשלם את כל סכום ההונאה, ולא רק מחצית מההונאה, כי לא ניתן לגבות מהגוי את מחצית ההונאה. (וכדברי רבי נתן במסכת בבא קמא דף נג עמוד א: "וכל היכא דלא אפשר לאשתלומי מהאי - משתלם מהאי"). אומנם אם מדובר במקח

טעות - היהודי ישלם רק חצי מההוצאות, כי ניתן לגבות בערכאות מקח טעות, לכן היהודי לא יצטרך לשלם את חלקו של הגוי.

כך גם כתב המהר"ל מפראג בספרו באר הגולה (באר השביעי פרק ד): "ודבר זה הרחקה יתירה וחומרא גדולה, מה שאינו נמצא במשפט האומות. שמשפט בני אדם, כיון שקנה, אף על גב שנתאנה - אין צריך להחזיר לו. והתורה החמירה כמו שנמצא בפירוש".

שולחן ערוך הרב (חושן משפט הלכות אונאה וגניבת דעת סעיף יא) סייג: גוי שטעה מעצמו - לא צריך לתקן את טעותו, בכך אנו אומרים שאין דין הונאה, אבל אסור להטעות את הגוי במכוון. וכך כתב: "**אסור להטעותו בין בשיווי מקח בין בחשבון** כמו שיתבאר בהלכות גזלה. וכן **כל מרמה שבעולם - אסורה במקח וממכר אפילו לנכרי**, כגון אם יש מום במקחו - צריך להודיעו ללוקח, אף על פי שהוא נכרי, שהרי זה מטעהו וגונב דעתו אם אינו מודיעו, והרי זה כגונב ממנו ממון, ואסור מן התורה, כמו שיתבאר בהלכות גזלה".

## חלק ב - החזר ממון לקבלן שהוטעה

### ביטול מכירה בגלל הטעייה

הפתחי תשובה בסימן רז ס"ק ט כתב בשם החוות יאיר (סימן סט): קונה שהסכים לקנות בית במחיר שבעה"ב אמר. הקונה הסכים בגלל שהוא נשבע שזהו המחיר הקבוע בשוק, ויש קונה אחר שמסכים לשלם את המחיר שהמוכר קבע, ובכך המוכר לחץ על הקונה שישלם את המחיר הגבוה שקבע. לאחר זמן התגלה שבעה"ב שיקר ושווי הדירה הוא פחות ממה שבעה"ב אמר לו, ולא היה שום קונה שהיה מוכן לשלם מחיר כה גבוה.

החוות יאיר פסק: במידה והקונה עדיין מוחזק במעות - יכול הוא לבטל את המקח, שכן יש אומדנא דמוכח שקנה רק על סמך אמירת בעה"ב, שהרי הוא נשבע שכך המחיר בשוק. אבל אם המוכר מחזיק במעות - אין הקונה יכול להוציא ממנו, שכן היה על הקונה לברר ולא להסתמך על דברי המוכר, ואין לו תרעומת אלא על עצמו. אומנם המוכר חייב לשלם, בכדי לצאת ידי שמים, "וכל דבר המסור ללב נאמר בו ויראת מאלהיך אפילו אמת הוא שכוונתו כך היה".

לדעת החוות יאיר, מי שמוחזק במעות יכול לבטל את המקח. אם הקונה האמין וכבר שילם למוכר - אין הוא יכול לבטל את המקח.

בכל מקרה האפשרות שיש לקונה היא רק לביטול המקח לגמרי, אך הקונה לא יכול לבקש החזר הפער, כמובא בסימן רלב סעיף ד, במקרה שנמצא מום במקח - הקונה יכול רק לבטל את המקח, אך לא יכול לדרוש החזר הפער.

לאור זאת, וודאי שהקבלן לא יוכל לדרוש תוספת תשלום, וכל האפשרות לביטול החוזה תלויה במוחזקות על המעות.

מעבר לכך, כאן לא מדובר על קונה שלא מכיר את המחירים בשוק, אלא מדובר על קבלן בעל מקצוע שאמור וצריך לדעת את טווח המחירים בשוק. לאחר שהקבלן הסכים להצעת מחיר הזולה - יש אומדנה דמוכח שהוא הבין שרמת הרווחים תהיה נמוכה, ובכ"ז הסכים לקבל את העבודה, כעת אין לו שום אפשרות לדרוש העלאת הרווח מעבר למה שכבר סוכם.

**מעסיק שהטעה את פועליו**

**הטעה את פועליו והם לא סמכו עליו -** הבית יוסף כתב בשם תלמידי הרשב"א: מעסיק ששכר פועלים, וקבע עמהם מחיר מסוים, באומרו שמחיר זה הוא המחיר המקובל בשוק לאותה עבודה, שכך כל הפועלים נשכרים. הפועלים לא סמכו על דבריו **וחזרו והתנו עם המעסיק**: תשלם לנו כמו שאתה משלם לשאר הפועלים. אך לאחר זמן התברר שהמעסיק הטעה את הפועלים - **המעסיק צריך לשלם להם כפי שהתחייב**, דהיינו כמו שהוא משלם לשאר הפועלים. וכ"פ הרמ"א בסימן שלב סעיף ד.

**הטעה את פועליו והם סמכו עליו - רבינו ירוחם** (מישרים נתיב כט ח"א) כתב בשם הרשב"א: מעסיק ששכר פועלים, וקבע עמהם מחיר מסוים, באומרו שמחיר זה הוא המחיר המקובל בשוק לאותה עבודה, שכך כל הפועלים נשכרים, במקרה כאן הפועלים שתקו ולא התנו עמו, אך לאחר זמן התברר שהמעסיק הטעה את הפועלים - ההסכם בניהם בטל, ועל **המעסיק לשלם להם את המחיר המינימאלי שפועלים כעין אלו מקבלים**, שכן הפועלים הסכימו למחיר רק בגלל דבריו של המעסיק שזהו המחיר המקובל לפועלים, ומכיוון שהתברר שהוא הטעה אותם - פסיקתו מתבטלת. וכ"פ הרמ"א בסעיף ד. ע"פ דברי הרמ"א ניתן לומר, שעל בעה"ב לשלם לקבלן את המחיר המקובל בשוק עבור אותה עבודה.

הסמ"ע בס"ק י ביאר: יש הבדל בין ההלכה הראשונה שכתבו תלמידי הרשב"א, ובין ההלכה השנייה שכתב רבנו ירוחם בשם הרשב"א. בהלכה הראשונה, הפועלים לא סמכו על דברי בעה"ב, שהרי הם **חזרו והתנו**: 'אנו רוצים שתשלם לנו כפי שאתה משלם לשאר הפועלים', לכן המעסיק צריך לשלם להם כפי שהתחייב. אבל במקרה השני, **הפועלים סמכו על דברי בעה"ב והם שתקו ולא התנו**, כך שבמידה והוא הטעה אותם, אנו אומרים שההסכם בטל ועליו לשלם כפי המחיר המינימאלי שמשלמים לפועלים.

אומנם מדברי **הירושלמי** (מסכת בבא מציעא פרק ו הלכה א) משמע, שהפסיקה קיימת ואין להם על המעסיק אלא רק תרעומת. הירושלמי הסביר את דברי המשנה: "השוכר את האומנין והטעו זה את זה", לא כדברי הבבלי שהפועלים הטעו זה את זה, אלא שהמעסיק הטעה את הפועלים, (הדוגמא המובאת בירושלמי: בעה"ב אמר לפועלים שישלם להם חמישה זוזים כפי שמשלם לשאר הפועלים, ולאחר מכן התברר שלשאר הפועלים בעה"ב משלם עשרה זוזים). ובכ"ז אין להם אלא תרעומת.

וכ"פ הש"ך בס"ק טז: הפסיקה לא מתבטלת, (בניגוד לפסק הרמ"א), שכן הפועלים סברו וקבלו לעבוד בשכר מופחת, וכבר התחילו לעבוד במחיר שהמעסיק קבע, לכך יכול המעסיק לטעון: אילו מלכתחילה היו מודיעים לו, שהם לא מסכימים לעבוד תמורת השכר שהוא הציע - הוא לא היה מעסיק אותם. סברת הש"ך: לא יתכן לחייב את המעסיק לשלם על סמך דעת הפועלים ללא הסכמת המעסיק.

הש"ך הוסיף: גם במקרה שהפועלים הטעו את המעסיק, והוא כבר שילם להם את משכורתם, ולאחר מכן נודע למעסיק שהשכר המקובל הוא פחות - אינו יכול להוציא את ההפרש מהפועלים.

הש"ך סיים: יתכן ויש טעות סופר בספר המישרים של רבנו ירוחם, ויתכן והוא דיבר במקרה של פועלים שהטעו זה את זה, "כי הלא נודע שספר ר' ירוחם, יש בו הרבה טעויות". וגם אם נאמר שאין טעות, אין לפסוק כרבנו ירוחם, אלא כדברי הירושלמי המפורשים.

וכן פסק הנתיבות בס"ק ד: פסיקת המעסיק אינה בטלה, שכן אין אומדנא דמוכח שהפועלים הסכימו לעבוד רק בגלל אמירת המעסיק שכך הוא המחיר אצל שאר הפועלים. וכן כתב הט"ז: מעשים בכל יום, שאנו מוצאים שכך היא דרך השוק במקח וממכר, שהמוכר אומר לקונה שזהו המחיר בשוק, ולאחר מכן גם אם התברר שהמוכר שיקר - אין המקח בטל. אומנם במידה והתברר שיש אומדנא דמוכח, שהפועלים נשכרו רק בגלל אמירת המעסיק שזהו מחיר הפועלים - הפסיקה מתבטלת לכו"ע.

לסיכום, ע"פ דברי הירושלמי הקבלן לא יכול לבטל את המחיר שנקבע, (אא"כ יש אומדנא דמוכח שהקבלן נתן את ההצעה הזולה רק בגלל הסתמכותו על דברי בעה"ב), לכל היותר הוא יכול להתרעם על ההערמה. כך גם פסקו הש"ך, הנתיבות והט"ז. הטעיה במחיר היא עובדה קיימת בשוק, ולא היה על הקבלן להסתמך על דבריו של בעל הבית.

# קנה מוצר עם מום והלקוח הוסיף בו פגם

**שאלה:**

תלמיד רכש כרך גמרא. מיד לאחר הרכישה הוא החל ללמוד בגמ' החדשה, ותוך כדי לימוד הוא כתב מעט הערות בתוך הגמ'. מספר שעות לאחר הקנייה הוא הבחין בפגם שיש בספר וביקש להחזירו, אך המוכר סירב להחזיר בגלל ההערות שהתלמיד כתב בתוך הגמרא.

**תשובה:**

בהנחה ומדובר במום המבטל את המכירה - המוכר חייב לבטל את המכירה למרות ההערות שהתלמיד כתב בתוך הספר. זאת בתנאי שהתלמיד הפסיק לכתוב ולהשתמש בגמ' מיד לאחר שראה את המום, ובתנאי שהערות של התלמיד לא חורגות מעבר לשימוש הסביר.

**קנה מוצר פגום**

הרי"ף במסכת בבא מציעא דף ל עמוד ב כתב: "והיכא דזבין אינש מידי, ולאחר זמן איגלי ליה דאית ביה מומא דהוה ביה מעיקרא מקמי דליזבני - אית ליה לאהדוריה למריה, ולא אמרינן בכי הא 'הא שהה ליה בכדי שיראה לתגר או לקרובו', דלא אמור רבנן הכי אלא גבי אונאה, אבל גבי מומין - מקח טעות הוא, וכל אימת דמיגלי ליה - מהדר ליה למריה. והכי כתב רבינו האי גאון זצ"ל".

וכן פסק הרמב"ם (הלכות מכירה פרק טו הלכה ג): "וכן המוכר לחבירו קרקע או עבד או בהמה או שאר מטלטלין, **ונמצא במקח מום** שלא ידע בו הלוקח - מחזירו אפילו לאחר כמה שנים שזה מקח טעות הוא, והוא שלא ישתמש במקח אחר שידע במום, אבל אם נשתמש בו אחר שראה המום - הרי זה מחל ואינו יכול להחזיר".

הרמב"ם (הלכות מכירה פרק טו הלכה ו) עוד כתב: "כל הלוקח סתם - אינו לוקח אלא הדבר השלם מכל מום". דהיינו כל קונה חפץ נחשב **כאילו התנה** עם המוכר שימכור לו חפץ שלם ללא מום.

דיני מום הנמצא במקח שונים מדיני הונאה. המוצא מום במקח יכול להחזיר את המקח גם לאחר מספר שנים, בתנאי שברגע שהלקוח ידע על המום הוא מיד ביקש לבטל את המקח.

ההבדל המרכזי בין מום ובין הונאה: אם לא ניתן למצות את המטרה העיקרית לשמה האדם רכש את המוצר - יש דיני **מום** והמקח מתבטל, אך אם ניתן להשתמש במוצר, אלא שהמחיר היה יקר או זול, יש דיני **הונאה**.

המקור לדיני מומים במקח, נלמד מדיני מומי אישה. הגמ' במסכת כתובות בדף עו עמוד א, השוותה בעניין מומים בין מקח וממכר לקידושי אישה, ומצאנו במומי אישה שאם הבעל יביא הוכחה שהמומים היו בה עוד כאשר הייתה בבית אביה, הוי מקח טעות: "נכנסה לרשות הבעל - הבעל צריך להביא ראיה שעד שלא נתארסה היו בה מומין אלו, והיה מקחו מקח טעות". נמצא אפוא, שאם המום במוצר היה עוד אצל המוכר לפני שבוצעה הקנייה, הוי מקח טעות.

**לקוח שהשתמש במוצר לאחר שידע על הפגם**

הרמב"ם (שם) כתב: לקוח שהשתמש במוצר לאחר שידע שיש בו מום - אינו יכול לחזור בו, שהשימוש של הלקוח במוצר מהווה את ההוכחה לכך שהוא מחל על הפגם.

המקור לדין זה, הוא מדברי הגמרא במסכת כתובות דף עה עמוד ב, בדין מקדש אישה ובא עליה, ונמצאו בה מומים, שחייב בכתובתה, שכן אנו אומרים חזקה אין אדם שותה בכוס אא"כ בודקו יפה.

הפתחי תשובה (חו"מ סימן רלב בס"ק א) כתב בשם הנתיבות (בס"ק א): **לקוח שלא יכל להחזיר את המקח**, כגון שהמוכר לא היה בביתו, ומדובר שקנה דבר שההחזקה שלו עולה כסף, כגון רכב (או בהמה), אם הלקוח השתמש ברכב, אנו לא אומרים שמחל על הפגם, שכן הלקוח שילם על החזקת הרכב בתמורה לשימוש ברכב, כך שנחשב כמו שומר אבידה שאם מצא בהמה שעושה ואוכלת - שיעשה ויאכל, כמבואר בסימן רסז סעיף כב.

הפתחי תשובה עוד כתב בשם הנתיבות (בס"ק א): כך גם הדין במקרה של הונאה, במידה והמתאנה לא החזיר את המוצר למהנה בגלל שהמהנה לא היה בביתו, והלקוח השתמש במוצר, (מדובר שההונאה הייתה בגובה שתות, כך שהמקח קיים ומחזיר ההונאה) - המאנה עדין צריך להחזיר את סכום ההונאה. אין אומרים שאם השתמש במוצר וודאי מחל, אלא רק כאשר הייתה באפשרותו להחזיר ולא החזיר, רק אז אנו אומרים שמחל.

וכן כתב הריטב"א (מס' ב"מ דף נ:): כאשר ההונאה למעלה משתות, (הדין הוא שהמקח בטל), אם המתאנה לא יכל להחזיר, והודיע למוכר על כך, ולאחר כן השתמש במוצר - לא אומרים שמחל, ואם ירצה יוכל לבטל את המקח למרות שהשתמש במוצר.

הפתחי תשובה כתב בשם **המחנה אפרים**: יש להשוות בין דיני הונאה לדיני מומין הנמצאים במקח. כשם שבהונאה יכול הלקוח להשתמש במוצר לאחר **שהודיע למוכר**, ולא אומרים שהוא מחל על ההונאה, כך הדין גם במום הנמצא במקח, יכול הלקוח להשתמש במוצר לאחר שהודיע למוכר על המום.

הפתחי תשובה כתב בשם שו"ת גליא מסכתא (סימן י): קונה שהודיע למוכר שיש מום במוצר, ואח"כ השתמש בו, היה רב אחד שפסק כדברי הריטב"א, שיכול לחזור בו ולא נחשב למחילה, כאמור לגבי דיני הונאה, וכדברי המחנה אפרים.

אבל **הגליא מסכתא** עצמו סבור, שיש לחלק בין דיני הונאה לדיני מום הנמצא במקח. **בהונאה** גם אם סכום ההונאה היה יותר משתות, הקונה מעוניין במקח אלא טוען כנגד הוספת מחיר ההונאה, לכן אנו אומרים שמועילה הודעה שיודיע למוכר על ההונאה, והמוכר ג"כ מסכים שהקונה ישתמש במוצר, שהרי הלקוח אינו רוצה לבטל את המקח, אלא רק לקבל את תוספת הדמים שהונה. אבל לקוח הטוען שיש **מום במקח**, הוא כלל לא מתרצה בעיקר הקנייה, לכן אין תועלת בכך שהודיע למוכר בכדי שיוכל להשתמש במוצר.

הפתחי תשובה פסק: לקוח ששילם למוכר - הדין עם המוכר, אך אם הלקוח לא שילם למוכר - הדין עם הלקוח.

הפתחי תשובה כתב בשם אורחות משפט (נתיב לב סימן יז): מום שאירע למקח באמצע הדרך, כגון הקונה סוס ונסע עליו, ובאמצע הדרך מצא מום בסוס, **והלקוח נסע על הסוס בחזרה לעיר בכדי לתבוע בחזרה את כספו**, אך המוכר טוען שהלקוח השתמש במקח לאחר שראה את המום, במקרה זה י"ל שאנו רואים שהלקוח לא מחל, ואדרבה הוא חוזר בכדי לתבוע את המוכר, ורק בגלל ההכרח הוא רוכב על הסוס. האורחות משפט סיים בצע"ג.

הפתחי תשובה כתב: נראה פשוט במקרה **שהקונה משתמש במקח מכח האונס,** כגון במקרה הנ"ל, וודאי שיכול לחזור בו כאמור בדין הונאה.

עוד כתב **הפתחי תשובה**: לקוח שהשתמש במקח, מכיוון **שלא ידע את ההלכה** שניתן לבטל את המקח - בכ"ז לא ניתן לבטל את המקח לאחר השימוש, שכן חז"ל לא נתנו את דבריהם לשיעורים, ולא חילקו בין אם יודע ובין אם אינו יודע.

אומנם **ערוך השולחן** בסעיף ד חילק בין לקוח שידע את ההלכה ובין לקוח שלא ידע את ההלכה: אם הלקוח הוא תלמיד חכם שיודע ששימוש במוצר פגום נחשב למחילה - לא מועילה ההודעה למוכר (כדעת הגליא מסכתא), אך אם מדובר בלקוח שלא מודע להלכה - השימוש לא מוכיח על מחילה ולפיכך אם הודיע למוכר ואח"כ השתמש במוצר - יכול לבטל את המכירה.

**דוגמא מעשית** - קנה רכב מחברו, והקונה גילה שיש ברכב מומים יותר ממה שידע, במידה והקונה המשיך לנסוע ברכב, לאחר שידע על המומים, אנו אומרים שמחל על האפשרות לבטל את העסקה, שכן הוא המשיך להשתמש עם הרכב, אך עדיין חייב המוכר לממן את התיקונים.

**לקוח שיכל להבחין בפגם בשעת הקנייה**

הסמ"ע בס"ק י כתב בשם **המגיד משנה** (הלכות מכירה פרק טו הלכה ג): לקוח שיכל להבחין בפגם לאלתר, כגון שיכל לנסות לטעום, ולא הקפיד לבדוק - אינו יכול לחזור בו.

הפתחי תשובה בס"ק א כתב בשם **המשנה למלך**: הרמב"ם חלק על הדין שהביא הסמ"ע, מכך שהרמב"ם כתב: "והוא שלא ישתמש במקח אחר שידע במום", משמע שגם אם הלקוח ראה את הפגם ושתק - יכול לחזור בו כל עוד שלא השתמש במוצר, שכן לפי דברי המגיד משנה גם אם לא

השתמש, אינו יכול לחזור בו במידה ויכל לבדוק, ומדוע כתב הרמב"ם שרק אם השתמש לא יכול לחזור בו, אלא ודאי שהרמב"ם חלוק על דין זה. וכ"פ ערוך השולחן בסעיף ה.

הפתחי תשובה כתב בשם ראנ"ח (חלק א סימן מ): הרי"ף (מס' ב"מ דף ל:), הרא"ש (פרק ד סימן טו) והרמב"ם (שם) חלוקים על דינו של ה"ה, שהרי בפגם הנמצא במקח, יכול הלקוח לחזור בו לעולם, ללא הגבלת זמן, (גם לאחר שיעור הזמן שחכמים קבעו בהונאה), ומכיוון שהלקוח יכול לחזור בו לעולם, לכן ג"כ מסתבר לומר שגם אם הלקוח לא בדק את המוצר - יכול הוא לחזור בו כל עוד ולא השתמש במוצר.

הפתחי תשובה (שם) כתב: נחלקו הפוסקים בהבנת שיטת המגיד משנה:

א. **הסמ"ע** (שם) כתב: המגיד משנה התייחס **לכל מצב** בו הלקוח יכל לבדוק ולראות את הפגם - לא ניתן לבטל את המכירה.

ב. **השבות יעקב** (חלק ג סימן קסט, מובא בפתחי תשובה) כתב: המגיד משנה דיבר רק על **לקוח שיכל להבחין בפגם קודם גמר המקח**, אנו אומרים שוודאי מחל על הפגם לכן לא בדק, אבל אם הלקוח יכל לגלות את המום רק **לאחר גמר המקח**, למרות שהקונה שתק למשך זמן מסוים, בכ"ז יכול לבטל את המקח, (אך לדעת הסמ"ע, גם במקרה זה, סבור המגיד משנה, שלא ניתן לבטל את המקח), בתנאי שלא השתמש במקח. וכן כתב בספר תרומת הכרי.

ג. הנתיבות בס"ק א כתב: המגיד משנה דיבר רק כאשר הלקוח **השתמש במוצר**, **וכן יכל להבחין בפגם**, אנו אומרים שהלקוח וודאי מחל על הפגם. (דהיינו בכדי שהלקוח לא יוכל לבטל את המכירה, לא מספיק רק שהייתה לו אפשרות לראות את הפגם, אלא צריך שני דברים: א)- אפשרות לראות את הפגם. ב)- שימוש במוצר). שכן דין מום הנמצא במקח כדין הונאה במקח, ובהונאה אם יכל הקונה להראות לתגר - מחל על ההונאה, כך גם במום הנמצא במקח, במידה ויכל לברר ולא בירר - מחל על המום. (אומנם לדעת שאר הפוסקים, אין להשוות בין דין הונאה ובין דין מום).

ד. **המשנה למלך** (שם) כתב: המגיד משנה דיבר רק במקרה בו **הלקוח שילם את המעות למוכר**, אבל אם הלקוח עוד לא שילם עבור המוצר, אלא לקח את המוצר בהקפה, אנו אומרים, כי גם אילו יכל להבחין בפגם ושתק - לא מחל, שלכך השאיר אצלו את הכסף, בכדי שיוכל לבדוק את איכות המוצר לאחר זמן. אומנם **הנתיבות** פקפק על דבריו, שכן הש"ך בסימן רכז ס"ק ד כתב שאינו נאמן לומר שלא מחל.

**הסכמת המדינה למום**

הרמב"ם (הלכות מכירה פרק טו הלכה ה) כתב: "כל שהסכימו עליו בני המדינה שהוא מום שמחזיר בו מקח זה - מחזירין, וכל שהסכימו עליו שאינו מום - הרי זה אינו מחזיר בו. אלא אם פירש שכל הנושא ונותן סתם על מנהג המדינה הוא סומך". (מובא בשלטי גיבורים מסכת ב"ב דף מו: ס"ק ה).

המגיד משנה כתב: אין לדברי הרמב"ם מקור מן הגמ', אלא הוא למד זאת מן הסברא, שיש ללמוד מק"ו מדין הונאה, שהרי בדיני הונאה המקח חוזר רק עד זמן מסוים, ובמום - המקח חוזר לעולם.

מדברי הרמב"ם והמחבר מבואר, כי כל דבר הנחשב למום במדינה - המקח בטל. למרות שבסעיף י משמע, שצריך שהמום יהיה משמעותי ברמה שבו יותר לא יהיה ניתן להשתמש במקח, שם המדובר במום סתם, אבל במקום שמנהג העולם רואה בדבר מסוים כמום, גם אם מום זה אינו מבטל את אפשרות השימוש בחפץ - המקח בטל.

הגר"א בס"ק יא כתב: המקור לדברי הרמב"ם, הוא מן הגמ' במסכת כתובות דף עב עמוד ב: "ומידי דקפדי בה אינשי - הוה קפידיה קפידא, מידי דלא קפדי בה אינשי - לא הוי קפידיה קפידא". (הגר"א הביא את דברי הגמ' כמקור למום הנמצא בבית, אך לאחר מכן הגר"א הוסיף: "וה"ה למומים דחד דינא להו").

**לקוח שפגם במוצר פגום**

הרמב"ם (הלכות מכירה פרק טז הלכות ו-ז) כתב: לקוח שקנה מוצר שהיה בו מום, אך הלקוח לא היה מודע למום, ולאחר מכן הלקוח בעצמו הוסיף ופגם במוצר, ומדובר בפגם **שרגילים** הלקוחות לעשות במוצר - המכירה מתבטלת בגלל המום, על הלקוח להחזיר את המוצר הפגום למוכר, והמוכר חייב לשלם עבור כל שווי המוצר, למרות שהלקוח הוסיף ופגם. (מובא בשלטי גיבורים מסכת ב"מ דף ל: ס"ק א).

המגיד משנה כתב: דין זה נלמד מדברי הגמ' הנ"ל: מוכר שמכר בהמה בעלת מום, (ומדובר שיש וודאות שהמום נעשה ברשות המוכר), כך שהבהמה טריפה. הלקוח לא היה מודע למום שיש בבהמה, והלקוח הוסיף ופגם בבהמה בכך שהוא שחט את הבהמה, אך פגם זה נחשב לפגם רגיל, שכך דרך הלקוחות להשתמש בבהמה, לכן הלקוח צריך להחזיר את הבהמה השחוטה למוכר, ועל המוכר להחזיר את כל המעות שקיבל מהמכירה. (או קונה דג עם תולעים או חיידקים והקונה טחן את הדג - יכול לבטל את המקח למרות שלא ניתן להחזיר את הדג).

דוגמא נוספת: אדם קנה חתיכת בד גדולה בכדי לתפור בגד. בבד היה מום שהלקוח לא היה מודע אליו, לאחר שהלקוח חתך את הבד בכדי לתפור הוא גילה את המום, מכיוון שהלקוח פגם בצורה רגילה כדרך כל הלקוחות באותו מוצר, לכן על המוכר להחזיר את כל שווי הבד, ועל הלקוח להחזיר את הבד החתוך למוכר.

הרמב"ם הוסיף: לקוח שהכין בגד מהבד, ורק לאחר שהבגד היה מוכן הוא גילה את הפגם שיש באותו סוג בד, במידה והבגד השביח - על הלקוח להחזיר את הבגד למוכר ולקבל את הכסף חזרה. בנוסף, על המוכר לשלם ללקוח את שווי הבגד שהשביח.

הרמב"ם עוד כתב: במידה והלקוח פגם במוצר ע"י השתמשות במוצר **שלא כדרך שימושו** - הלקוח יחזיר את המוצר למוכר וישלם על הפגם שעשה.

הנתיבות בס"ק ה שאל: מדוע לקוח שפגם במוצר שלא כדרך תשמישו - חייב לשלם, הרי הלקוח בטוח שהחפץ שייך לו, וזכותו להשתמש במוצר כרצונו, גם לא כדרך תשמישו? הנתיבות ענה: במזיק באונס יש לחלק בין מזיק באונס הדומה לאבידה וחייב, לבין אונס הדומה לאונס גניבה שפטור. כאן

הלקוח יכל לבדוק שיש בעיה עוד לפני שהשתמש במוצר, לכן יש להשוות זאת לאונס שיש באבידה ולחייב את המזיק באונס. מכאן ניתן ללמוד, כי בכל מקרה בו הלקוח יכול לזהות את המום במוצר לפני השימוש, והלקוח למרות שזיהה את המום השתמש במוצר - חייב לשלם. הנתיבות סיים "ומ"מ צ"ע".

לסיכום, ע"פ דברי הרמב"ם (שם), לקוח שקנה מוצר שהיה בו מום, (כגון התלמיד שרכש כרך גמרא), ולאחר מכן הלקוח בעצמו הוסיף ופגם במוצר בפגם **שרגילים** הלקוחות (התלמיד רשם הערות בתוך הגמרא) - המוכר חייב לשלם עבור כל שווי המוצר, למרות שהלקוח הוסיף ופגם.

וכך פסק מרן בעל השו"ע בחו"מ סימן רלב סעיף יג: "המוכר דבר שהיה מום בממכרו, ועשה בו הלוקח מום אחר קודם שיודע לו המום הראשון, אם עשה דבר שדרכו לעשותו - פטור. ואם שינה ועשה מום אחר קודם שיודע לו המום - מחזיר המקח לבעליו ומשלם דמי המום שעשה".

# קבלן שעבד בצורה לקויה

**המקרה:**

הנתבע, קבלן שיפוצים במקצועו, בנה לתובע יחידת דיור, אך מלאכת איטום הגג נעשתה בצורה לקויה. כבר בשנה הראשונה היו דליפות מים. הקבלן הגיע מספר פעמים לתקן אבל לא הצליח לתקן את הנזילות.

לאחר מספר שנים, התובע בעל הבית - הזמין קבלן איטום אחר שאטם את הגג בצורה מקצועית. בעל הבית שילם לקבלן האיטום 20,000 ש"ח.

**טענות התובע**

בעל הבית תובע מקבלן השיפוצים שישלם לו את הסכום שהוא שילם לקבלן האיטום.

בעה"ב טוען שהזמין את קבלן השיפוצים בכדי שיבנה עבורו תוספת בנייה, הוא שילם סכום גבוה עבור התוספת, אך בניית התוספת לא הושלמה מכיוון שהאיטום לגג לא היה תקין, כך שיכל להזמין בעל מקצוע אחר שיסיים את עבודת האיטום שקבלן השיפוצים לא ידע לתקן.

**טענות הנתבע**

קבלן השיפוצים מודה שאטם בצורה לקויה. הוא ניסה שלוש פעמים לתקן ללא הצלחה.

קבלן השיפוצים מוכן להחזיר את הסכום שקיבל מבעה"ב עבור האיטום - בסך 9,000 ש"ח.

**השאלות לבירור:**

א. הגדרת מעמדו של בעל מקצוע.

ב. הגדרת מעמדו של בעל מקצוע שהזיק.

ג. מתי ומי צריך לתקן את הנזק שגרם הבעל מקצוע?

ד. קבלן שני שתיקן בסכום גבוה יותר - מי משלם את הפער?

**א- הגדרת מעמדו של בעל מקצוע**

המשנה במסכת בבא מציעא דף פ עמוד ב כותבת: "כל האומנין - שומרי שכר הן". וכך נפסק להלכה בסימן שו סעיף א.

**הסמ"ע** בס"ק א כתב: יש לחלק בין פועל שכיר יום ובין קבלן, רק קבלן דינו כשומר שכר, אבל פועל אין דינו כשומר שכר. הסמ"ע הביא שני טעמים לחילוק בניהם:

א. **לבעל מקצוע יש הנאה בכך שהבעלים שכרו דווקא אותו שיעשה בעבורם את העבודה** ולא שכרו אדם אחר, אותה הנאה נחשבת לשכר עבור שמירתו, (לא הכסף עושהו שומר שכר, אלא ההנאה שבחרו בו ולא באחר עושהו שומר שכר). אבל **פועל** העובד על בסיס יומי, אין לו כל הנאה בשכירות נקודתית של יום מסוים, לכן הוא לא נעשה שומר שכר.

ב. מקום העבודה של **קבלן** הוא **בביתו**, לכן בקבלן שייכת שמירה שישמור על הכלי בביתו מפני הגנבים, אבל **פועל** שכיר יום, בדרך כלל עבודתו היא בבית הבעלים, לכן אין השמירה חלה עליו אלא על הבעלים[64].

אבל **הש"ך** בס"ק א כתב: אין לחלק בין קבלן ובין שכיר, שכן נפסק בגמ' במסכת בבא מציעא בדף פ עמוד ב, שדין אומן כדין שוכר, ודין שוכר כדין שומר שכר, א"כ מה שאמרנו שהאומנים דינם כשומרי שכר, הטעם הוא מדין שוכר כשומר שכר, א"כ אין חילוק בין קבלן לשכיר. (גם קבלן וגם שכיר מקבלים שכר על עבודתם לפיכך יש לדונם כשומר שכר).

לסיכום פרק זה, **בעל מקצוע העובד בבית הבעלים**, כגון קבלן שיפוצים שעובד בבית בעל הבית - לדעת **הסמ"ע** דינו כשומר חינם וחייב רק על פשיעה, אבל לדעת **הש"ך** דינו כשומר שכר ופטור רק על אונס.

**ב- הגדרת מעמדו של בעל מקצוע שהזיק**

בגמ' במסכת בבא קמא דף צט עמוד ב מובא: "אמר רבה בר בר חנה אמר רבי יוחנן: טבח **אומן** שקלקל - **חייב**, ואפילו הוא אומן כטבחי ציפורי. ומי אמר רבי יוחנן הכי? והאמר רבה בר בר חנה: עובדא הוה קמיה דרבי יוחנן בכנישתא דמעון, ואמר ליה: זיל אייתי ראיה **דממחית** לתרנגולים **ואפטרך**"?

"לא קשיא: כאן בחנם (פטור), כאן בשכר; כי הא דאמר רבי זירא: הרוצה שיתחייב לו טבח - יקדים לו דינר". (כך שהטבח יעבוד בשכר, ואם הטבח יקלקל, יתחייב למרות שהוא אומן).

כלומר, בעל מקצוע שגרם לנזק, אם הוא מקבל **שכר** על עבודתו - חייב לשלם על הנזק שגרם, אך אם הוא עובד **בחינם**, יש לחלק בין בעל מקצוע **מומחה** שפטור מלשלם על ההיזק, ובין בעל מקצוע **שאינו מומחה** שחייב לשלם. וכ"פ השו"ע בסימן שו סעיף ד.

---

[64] הב"ח בסימן שו ס"ק א כתב: "שאר אומנים שעושין מלאכה בבית בעל הבית - **אין להן דין שומר כלל, ואפילו שומר חנם לא הוי**, דהא לא נסתלקו בעלים משמירתן, כיון שאין האומן רשאי להביא הכלי לביתו ולתקנו שם".

הסמ"ע בס"ק יג הסביר מדוע בעל מקצוע אומן ומומחה שעבד בחינם וגרם לנזק - פטור מלשלם: "דכיון שהוא מומחה ואינו רגיל לבוא מכשול זה לידו - אמרינן דמזל דבעל הבהמה גרם לו שבא מכשול זה לידו, אבל שחטו בשכר - חייב דה"ל ליזהר טפי".

נחלקו הראשונים, האם בעל מקצוע שהזיק דינו כדין שומר או כדין אדם המזיק. **התוס'** (מסכת בבא קמא דף כז: ד"ה ושמואל) סבורים, שדין שומר שהזיק - כדין אדם המזיק. המעמד של בעל מקצוע שלא הזיק הוא כשומר שכר, החייב בגניבה ואבידה ופטור מאונס, אך במידה ובעל המקצוע יגרום לנזק - יחולו עליו דיני אדם המזיק.

התוספות הביאו את דברי הגמ' הללו כראייה לכך שאדם המזיק חייב רק באונס הדומה לאבידה, ולא באונס הדומה לגניבה. (אבידה נחשבת לפשיעה יותר מאשר גניבה, כי האבידה תלויה בו אך הגניבה לא תלויה בו). לכן בעל מקצוע **אומן שעבד בחינם** והזיק - פטור מלשלם, כי הזיקו נחשב לאונס הדומה לגניבה. אומנם אם הוא **עבד בשכר** - חייב לשלם למרות שזהו אונס הדומה לגניבה, שכן הוא קיבל שכר, ודינו כשומר שכר החייב גם על גניבה ואבידה.

הנימוקי יוסף (דף לה:) כתב: אומן מומחה שעבד בחינם וגרם לנזק - נחשב לאונס לכן פטור. אומנם אם הוא לא מומחה, (דהיינו, לא הביא הוכחה שהוא מומחה[65]) - חייב לשלם גם אם עבד בחינם, שכן הוא פושע.

אבל **הרמב"ן** (מס' ב"מ דף פב:) ביאר: בעל מקצוע שהזיק אין דינו כאדם המזיק, אלא כשומר שכר. הפטור של אומן שעבד בחינם והזיק אינו בגלל שזהו אונס גמור, אלא בגלל שאין דין אדם המזיק באומן, שהרי הוא עבד ברשות, בעל הבית אישר לקבלן השיפוצים לעבוד בביתו, בעה"ב ביקש ממנו שיבצע עבודות אלו, לכן גם אם הקבלן טעה בעבודתו - אין לראות במעשים אלו משום היזק כדין אדם **המזיק**, אלא יש לבחון את מעשיו ע"פ ההלכות המובאות בדיני **שומרים**.

וכך הוכיח המחנה אפרים (הלכות נזקי ממון סימן ה) מדברי רש"י: "הרי זה (פועל שהזיק) - חייב כמו נושא שכר, **אבל דין אדם המזיק לא שייך בזה, כיון שעליו מוטל להתעסק בדבר**". אך אם פשע - נחשב לאדם המזיק. (וכך גם משמע מדברי מהרש"ל {ים של שלמה מסכת בבא קמא פרק ט סימן כא}).

יסוד זה מובא גם בדברי **ריב"א**, (מובא בשיטה מקובצת, מס' ב"ק דף כז עמוד א): אדם שעובד אצל חברו והזיקו - אינו נחשב כאדם המזיק, אלא יש לו דין שומר, כך שאם עבד אצלו בחינם - דינו כשומר חינם שחייב רק בפשיעה, ואם עבד אצלו בשכר - דינו כשומר שכר החייב בגניבה ואבידה. נמצא אפוא, כל החיוב המובא במשנה לאומן שקלקל, הוא רק מדיני **שומרים** ולא מדיני אדם **המזיק**.

נחלקו הפוסקים, מתי אדם יוכל להגדיר את עצמו כבעל מקצוע מומחה? המאירי (מסכת ב"ק דף צט עמוד ב) כתב: "זה שבארנו, שכל שהוא אומן ועשה בחנם - פטור בקלקלתו, אם לא נודע אם הוא מומחה

[65] דין האומן כדין שומר על הבהמה, לכן הוא צריך להביא ראייה שהוא מומחה, ולא אומרים שהבעלים המוציא מחברו יביא ראייה, שכן השומר צריך להביא ראייה שלא פשע, (כדברי איסי בן יהודה, במקום בו יש יכולת להביא עדים), גם כאן יש יכולת להביא הוכחה שהוא מומחה, ואם לא הביא הוכחה שהוא מומחה נחשב לפושע וחייב לשלם על קלקולו.

אם לאו, והיו חולקים בזה - **על זה שעושה עצמו אומן להביא ראיה שהוא מומחה**, ואם לא הביא ראיה - משלם. ואם היה מומחה לדבר זה שעשה, אף על פי שלא היה מומחה בכללי האומנות - פטור".

הש"ך בס"ק ז כתב בשם **מהרש"ל** (שם): שוחט ששחט שלוש פעמים עופות קטנים - נחשב לשוחט מומחה. **השלטי גיבורים** (דף לה: ס"ק א) החמיר: שוחט מומחה נחשב שוחט שזו עבודתו ומלאכתו "**ואומנותו בכך תמיד**".

**ג- מתי ומי צריך לתקן את הנזק שגרם הבעל מקצוע?**

הרשב"א (ח"א סימן אלף נו) כתב: אדם שהזמין ספר תורה מסופר סת"ם, ונמצא שיש טעויות בספר, אם הטעויות הן בתחום הנורמה, דהיינו טעות שמצויה בין הסופרים ונהוג למחול עליה - הסופר לא צריך לשלם על התיקון, אך אם מדובר בטעויות שלא מצויות בין הסופרים - על הסופר לשלם על תיקון הטעויות.

מכאן אנו למדים על כל בעלי המקצוע: אם התגלה פגם בעבודתם, יש לבדוק האם מדובר בטעות סבירה ומצויה שנהוג למחול עליה, או מדובר בטעות שאינה סבירה. כאשר זו טעות מצויה אצל בעלי אותו מקצוע, והנוהג למחול על כך - לא מחייבים אותו לתקן, (למשל: שקעי חשמל שהותקנו בקיר לא באותו גובה), אך אם מדובר בטעות שלא נהוג למחול עליו - יש לחייב את האומן לתקן.

הרשב"א הוסיף: אם מנהג המקום שבעל המקצוע בעצמו מתקן את הליקויים - הוא יתקן, ולא צריך לשלם לאומן אחר שיתקן. אומנם במקום בו המנהג שבעל המקצוע לא צריך לתקן, ובכ"ז הבעל המקצוע מעצמו עבד ותיקן - צריך לשלם לו כדין יורד לשדה של חברו ונטעה שלא ברשות.

ערוך השולחן בסימן שו סעיף טו הוסיף: אם המזמין לא סומך על הסופר, ומסר את הס"ת לסופר אחר שיגיה - הוא לא צריך לשלם על התיקון שהסופר עשה מיוזמתו, כי הוא לא נהנה מעבודתו.

הבית יוסף בסימן שלג הביא את דברי הרשב"א, והרמ"א בסימן שו סעיף ח פסק את דברי הרשב"א להלכה והוסיף: "מכל מקום אזלינן בתר המנהג". וכ"פ הכנסת הגדולה (הגהות טור יורה דעה סימן רפא): "דברים הללו תלוים במנהג המקומות".

הפתחי חושן (שכירות פרק יג הערה מא) כתב: "ונראה דה"ה בכל אומן שיכול לתקן הקלקול - חייב לתקן, **ואם אינו יכול ואחר יכול לתקן - ישכור אחר על חשבון האומן**, (ועי' לעיל הערה ט). ובערוה"ש כתב שה"ה אם הבעלים אינו רוצה לסמוך על הגהתו ותיקונו - פטור מלשלם לו שכרו".

צריך לציין, דברי הפתח חושן שיכול המעסיק לומר שאינו סומך על האומן ולא לשלם לו שכרו - אינם מוכחים מדברי ערוך השולחן, כי ערוך השולחן דיבר על מקרה בו אין מנהג לתקן, והאומן מיוזמתו תיקן שאז דינו כיורד לשדה חברו, ובזה נאמרה ההלכה, שאם המעסיק לא סומך עליו, וגם לא ביקש

ממנו לתקן, אלא האומן תיקן מעצמו בניגוד למנהג - שלא חייב לשלם לו שכרו, אבל במקום שיש מנהג לתקן - האומן מחויב לתקן, ורק אם האומן לא יודע לתקן - ניתן להביא קבלן חלופי במחיר זהה לעלות הקבלן שלא ידע לתקן.

**ד- קבלן שני שתיקן בסכום גבוה יותר - מי משלם את הפער**

כל עוד שקבלן השיפוצים לא סיים לתקן את התיקונים - יש להחשיבו כאילו הוא עוד לא סיים את מלאכתו. ובמידה והוא לא יכול לתקן - דינו יהיה כמו קבלן שמתפטר באמצע העבודה שידו על התחתונה, כמבואר במסכת מסכת בבא מציעא בדף עו עמוד ב, וכפי שנפסק להלכה בסימן שלג סעיף ד.

הגמ' בדף עח עמוד א פסקה, שבדבר האבד - בעה"ב יכול לשכור פועלים אחרים או להטעות את הפועלים שהתפטרו. נחלקו הראשונים, עד איזה סכום יכול המעסיק לשכור פועלים חדשים. **רש"י** (ד"ה עד כדי שכרן) כתב: המעסיק יכול לשכור פועלים רק עד גובה החוב שהוא חייב לפועלים הראשונים[66]. וכך גם פסק הרמב"ן (מסכת ב"מ דף עו עמוד ב): "חייבין לשלם עד כדי שכרן **ולא יותר**". וכן גם פסק הנימוקי יוסף (מסכת ב"מ דף מו: ד"ה בדבר).

אבל **הרא"ש** (סימן ו) כתב: המעסיק יכול לשכור קבלן חלופי עד סכום **פי שניים** מהסכום שנקבע עבור הקבלן הראשון שלא סיים את עבודתו, כאשר את הפער הוא ייקח מהקבלן הראשון. וכ"פ הרמב"ם (הלכות שכירות פרק ט הלכה ד), המחבר בסעיף ו - ע"פ הסבר הסמ"ע בס"ק כה והש"ך בס"ק לב.

הגמ' במסכת בבא מציעא דף עו עמוד ב סייגה: ניתן לשכור קבלן חלופי ויקר יותר רק במציאות בה לא ניתן להשיג קבלן שיעשה את העבודה במחיר שהציע הקבלן הראשון, שאז אין ברירה אלא לשלם יותר בכדי לסיים את העבודה, אבל אם ניתן למצוא קבלן אחר שיעשה את העבודה באותו סכום שהציע הקבלן הראשון - אין לבעה"ב אלא תרעומת (כלשון הגמ'), אך אין לו יכולת להוציא עוד מעות מהקבלן הראשון. וכ"פ השו"ע בסימן שלג סעיף ז: "אבל אם יש פועלים לשכור בשכרן... בין שכיר בין קבלן - אין לו עליהם אלא תרעומת".

הסמ"ע בס"ק כט ביאר: מכיוון שניתן למצוא קבלן חלופי - אין דינו כדין דבר האבד, אלא ככל התפטרות רגילה שבפועל ידו על העליונה ומקבל שכר על חלק העבודה היחסי שעשה, ובקבלן ידו על התחתונה, (כלומר יש לחשב את חלק העבודה הנותר, ואם העבודה התייקרה, ובעה"ב יצטרך לשלם יותר על חצי העבודה הנותר - בעה"ב יכול לקזז סכום זה משכרו של הקבלן).

[66] הפלפולא חריפתא (על דברי הרא"ש שם) הסביר את שיטת רש"י: הפועל לא צריך לשלם מכיסו עבור בעה"ב, אלא הפועל (שמשועבד למעסיק) מוחל על שכרו כאשר ההתפטרות היא בדבר האבד. (אומנם נראה שהבית יוסף הבין שרש"י סבור כדעת הרא"ש והרמב"ם, כך שכלל אין כאן מחלוקת).

במשנה בדף עה עמוד ב מבואר, שבדבר האבד[67] יכול בעל הבית לעשות אחת משתי האפשרויות הבאות: א)-להטעותם (לומר להם שיגדיל את שכרם, אך בפועל ישלם רק את הסכום הראשוני). ב)-לשכור פועלים אחרים במקומם.

הרא"ש (כלל קד סימן ב) העיר: אם בעה"ב מעוניין ללכת על המסלול הראשון - תמיד יש לו זכות **להטעות** את הקבלן, כי אין לו היתר לא לסיים את העבודה, לכן גם אם יש אפשרות למצוא פועל אחר - יכול בעה"ב להטעות בכדי שהקבלן הראשון יסיים את עבודתו[68]. אומנם אם בעה"ב מעוניין ללכת על המסלול השני **ולשכור קבלן אחר** - עליו קודם לוודא האם ניתן למצוא קבלן באותו סכום שסגר עם הראשון, ורק אם לא ניתן למצוא - יכול לשכור קבלן אחר בסכום גבוה עד פי שניים מהסכום שקבע עם הקבלן הראשון.

ההיתר לשכור קבלן חלופי בסכום גבוה שייך רק כאשר יש מציאות של **הפסד כספי ממשי ומידי** שנוצר כתוצאה מכך שהקבלן לא סיים את עבודתו. הדוגמאות המובאות בראשונים מדברות על סחורה שתינזק, תבואה שתתקלקל וכד'. במקרה כאן, התובע במשך לפחות עשר שנים - לא העסיק קבלן אחר שיתקן את הנזילה. מעבר לכך, מבירור שנעשה ע"י הדיינים מתברר, שניתן למצוא קבלני איטום מקצועיים במחיר שהציע הנתבע (9,000 ש"ח), ואף במחיר נמוך מכך, כך שאין כל אפשרות הלכתית להוציא מהקבלן הראשון את הסכום הגבוה שביקש הקבלן השני (20,000).

התובע והנתבע לא זוכרים בצורה מדויקת מה היה גובה התשלום עבור כלל השיפוץ, כך שקשה לדעת מה הסכום הנגזר עבור האיטום. בכדי לקבוע זאת - בית הדין יקבל הצעת מחיר ממומחה לאיטום גגות. הסכום שיתקבל זהו הסכום שהנתבע יצטרך לשלם לתובע.

---

[67] השיטה מקובצת (מסכת בבא מציעא דף עה עמוד ב) הגדיר מה נחשב לדבר האבד: "דבר האבד בתרי גווני, או שיש דבר האבד בממון ממש, (**נזק ממוני ממשי** שנגרם בעקבות הפסקת העבודה), דומיא דלהעלות פשתנו מן המשרה, או בדאיכא הפסד רצונו, שלא נעשה כוונתו, ומתאחרין מעשיו". (**עיכוב שיגרום לצער**).

הסמ"ע בסימן שלג ס"ק יח ביאר מה נקרא דבר האבד: "שהוא צורך שעה, ויתקלקל אם לא יוגמר מלאכתו מיד".

[68] אומנם הרא"ש בפסקים (סימן ב) סתר א"ע (במסלול ההטעיה), וכתב שאסור גם להטעות כאשר ניתן לשכור פועל בסכום זהה, כי אין בכך משום דבר האבד. וכ"פ הרמ"א בסימן שלג סעיף ה: "הגה: ואם מצא פועלים אחרים (לשכור), **והטעה** את אלו - צריך ליתן להם כפי מה שפסק להן **באחרונה**". גם הקצות בס"ק יב כתב שיש לפסוק כדברי הרא"ש בפסקים ולא כדברי הרא"ש בתשובות, ("לדברי הרא"ש בתשובה - לא ירדנו").

הש"ך בס"ק ל תירץ: אם הקבלן שהתפטר מציע לבעה"ב רעיון מהיכן להשיג קבלן אחר שיחליף אותו - לא ניתן להטעותו, אך אם הוא לא מציע תחליף - ניתן להטעותו.

# לשכנע עובד לעבור למקום עבודה אחר

**המקרה:**

השואל הוא מנהל בית השקעות שעובד עם גופים פיננסים גדולים. לפעמים מנהל בית השקעות מזהה סוכן מכירות מקצועי שעובד במקום אחר. שאלתו היא, האם מותר לו לשכנע את הסוכן לעבור ולעבוד עמו.

**השאלות לבירור:**

א. דין עני המהפך בחררה.

ב. האם הדין ישתנה בעשיר המהפך בחררה?

ג. האם ניתן לשכנע פועל לעבוד במקום עבודה אחר?

ד. האם מותר לשכנע פועל להתפטר במקרים בהם אסור לו להתפטר?

ה. חומרת איסור יורד לאומנותו של חברו.

**א- עני המהפך בחררה**

במסכת קידושין דף נט עמוד א מבואר דין עני המהפך בחררה. כלומר, "המחזר אחר דבר לקנותו, בין קרקע ובין מטלטלים, ובא אחר וקנאו - נקרא רשע[69]" (טור). הטעם לכך הוא, שיכול האדם השני לרכוש קרקע או מטלטלים במקום אחר במחיר דומה, כך שאין היתר להקדים את הראשון שכבר הגיע לידי סיכום על הרכישה.

המרדכי (מס' ב"ב סימן תקנ"א) כתב בשם מהר"ם: במידה ואדם **מחזר** אחר דבר לקנותו, (יש וויכוח על המחיר), וקדם חברו וקנה - אינו נקרא רשע, רק כאשר הלקוח והמוכר **הסכימו** בניהם על מכירת המקח, והסכימו על גובה התשלום, אלא שעדיין הקנייה לא התבצעה בפועל, ובא אחר והוסיף דמים והמוכר מכרה לו, במקרה זה אנו אומרים שנחשב לעני המהפך בחררה ונקרא רשע. (למרות שלא התבצע קניין, יש דין עני המהפך, כבר בשלב של פיסוק דמים). וכ"פ הרמ"א בסימן רלז סעיף א.

הדרכי משה בס"ק א הסביר: אם לא נאמר כך, נמצא שהמוכרים יפסידו, שבכל מקרה בו יהיה איזה לקוח שידבר על קניית חפץ, והם יתמקחו על הסכום, המוכר יהיה תלוי באותו לקוח ולא יוכל למכור את אותו חפץ לאחרים.

נחלקו הראשונים, האם דין עני המהפך בחררה שייך גם במציאת הפקר או רק בקנייה ומכירה. **רש"י** הסביר בגמ': מדובר גם בעני המחזר אחר הפקר, שאין אחר יכול להקדימו. וכ"פ הרמב"ן (מס' ב"ב דף נד:). אבל **התוס'** (ד"ה עני) כתבו: בהפקר ומציאה, לא נקרא רשע, שהרי הפקר אינו מצוי, וכל הזריז לקדום ולזכות בה - זכה, ורק במקח אנו אומרים שאם הקדימו נקרא רשע, שכן יש לו אפשרויות נוספות לקנות במקומות אחרים.

---

[69] צריך להדגיש כי אין תוצאה **מעשית** מכך שנקרא רשע. דהיינו הב"ד אינו יכול לחייב את השני להחזיר את המקח לראשון, אלא כל הדיון כאן הוא רק בתחום **המוסרי** שהשני נקרא רשע.

הסמ"ע בס"ק א כתב: "ומכריזין עליו בבית הכנסת שעשה מעשה רשע כזה". בפתחי חושן (הלכות גניבה והונאה פרק ט הערה כט) מובא: המהפך פסול לעדות מדרבנן, כמו המרים יד על חברו שנקרא רשע.

הפתחי תשובה בס"ק ב כתב: לדעת **רבנו תם**, יש השלכה מעשית למהפך בחררה, שכן בכל מקום שחכמים קראו רשע - חייבה הרשע להחזיר את המקח. אבל הנימוקי יוסף (מס' ב"ב דף כט.) כתב: **האחרונים** פסקו שאין השלכה מעשית בכך שנקרא רשע, ולא מחייבים אותו להחזיר את המקח.

מהרש"ל (סימן לו) כתב על דברי רבנו תם: "ותמה אני אם יצא דבר זה מפי ר"ת ז"ל, שאלמלא נשתכחה תורה מישראל - החזירה בפלפולו, וישגה בזה. וגם אני לא מצאתי רמז בכל הפוסקים שום צד הו"א לחזור המקח אלא לקרותו רשע".

הפתחי תשובה בס"ק א כתב בשם ספר ארעא דרבנן (סימן תצט): יש ספק האם נקרא רשע מהתורה או מדרבנן. (הניסוח רשע לא מלמד בהכרח על פסול מהתורה, שהרי המרים יד על חברו ג"כ נקרא רשע, אך פסול מדרבנן, כמבואר בסימן לד סעיף ד). מהרי"ט (חידושים על הרי"ף דף נט) כתב: הפסול הוא מדברי קבלה.

ערוך השולחן (סעיף ב) כתב: הנוטל ממי שלקח מהמהפך בחררה - לא נקרא רשע. דהיינו אדם היפך בחררה, ובא אדם ונטלו - נקרא רשע. אך כעת אם יבוא אדם שלישי וייטול מהשני - לא נקרא רשע גם עשה זאת במזיד.

הרא"ש (פרק ג סימן ב) כתב כדברי ר"ת, וביאר שיש לחלק בין מציאה ובין מכר, בדיוק כמו שחילקנו בדינא דבר מצרא, שיש זכות קדימה למצרן לרכוש את השדה משום 'ועשית הישר והטוב', שהרי כל קונה יכול לרכוש את שדהו במקום אחר, ומדוע הוא מעוניין דווקא לרכוש את השדה שליד המצרן, משא"כ בשדה שאדם קיבלה במתנה, אין בשדה זו דינא דבר מצרא, שכן לא ניתן לקבל מתנה במקום אחר.

המחבר בסימן רלז סעיף א הביא את שיטת התוס' בוי"א קמא, ואת שיטת רש"י בוי"א בתרא. הרמ"א פסק כתוס'. הנתיבות בס"ק ב הוכיח שהמחבר פסק כשיטת התוס': המחבר בסעיף ב פסק כדעת התוס', שמעסיק יכול לנסות לשכנע מלמד שכבר עובד אצל אדם אחד לעבור ולעבוד אצלו, זאת בגלל שמציאת מלמד טוב חשובה כמציאה, ולפי שיטת התוס' במציאה, יכול אדם אחר להקדים. ומכך שהמחבר הביא הלכה זו - משמע שמרן פסק כדעת התוס'. (כי לדעת רש"י, גם במציאה יש את דין עני המהפך, כך שאסור לשכנע מלמד לעבור למקום עבודה אחר).

**ב- עשיר המהפך בחררה**

**הר"ן** (מס' קידושין דף כד.) כתב: הגמ' דיברה רק על עני המהפך בחררה, שאם יקדימו אחר נקרא רשע, אבל עשיר המהפך בחררה - ניתן להקדימו (גם לדעת רש"י. כך כתב הסמ"ע בס"ק ו). שכן העשיר עוד לא זכה במקח ויוכל לזכות במקח חלופי, כך שיש לו אפשרויות יותר רחבות. אומנם אם מדובר על מקח חד פעמי ולא מצוי או כל מקח בקרקעות - אסור להקדים גם אדם עשיר. וכ"פ הרמ"א[70].

ע"פ דברי הר"ן והרמ"א, לא יהיה איסור עני המהפך כאשר מדובר בעשיר המהפך. ומכאן לכאורה יש היתר בבנק עשיר המעסיק מנהל לשכנע את המנהל לעבור למקום עבודה אחר, אך כפי שנראה לקמן, אין היתר בעובד שכבר התחיל את עבודתו.

הפתחי חושן (חלק ה גניבה ואונאה פרק ט הערה ל) העיר: "ומדברי הסמ"ע משמע, דדוקא **במציאה והפקר** - יש לחלק בין עני לעשיר, אבל **במקח** - גם בעשיר אסור... (כל הדיון הנ"ל בעשיר המהפך - שייך רק במציאה, אבל במקח יש איסור גם בעשיר המהפך), שלדעת **הרמב"ן והר"ן** שגם בהפקר ומציאה יש דין עני המהפך - אין לחלק בין מציאה למקח, ואף במקח אין דין מהפך בעשיר, **אבל לר"ת שרק במקח יש דין מהפך - אין לחלק בין עני לעשיר**, וכיון שהרמ"א הכריע כדיעה ראשונה שהיא דעת ר"ת - שוב אין לחלק בין עני לעשיר".

הסמ"ע בס"ק ו עוד סייג את ההיתר של הרמ"א: "אינו נקרא רשע בכך, **כיון דעדיין לא זכה בה לגמרי**, ויכול להשתדל ענין כזה ממקום אחר, אלא שצריך להוציא עליה דמים - אין בכך כלום כיון

[70] **הסמ"ע** בס"ק ו כתב: הרמ"א התייחס לשיטת רש"י, כלומר גם לדעת רש"י, שיש דין עני המהפך במציאה, בכ"ז בעשיר רש"י מודה שאין דין עני המהפך, אא"כ מדובר במקח לא מצוי, שאז גם בעשיר יש דין עני המהפך. אבל **הלבוש** בספרו עיר שושן ביאר: הרמ"א התייחס לשיטת ר"ת, כלומר כל ההיתר במציאה ובהפקר חלים רק על עני שני שבא לקחת מהעני הראשון המהפך, אבל אין היתר לעשיר הבא לקחת מהעני המהפך גם במציאה והפקר.

דעשיר הוא, **אם לא שהוא דבר שאין העשיר יכול להשתדל אפילו בדמים, דבזה העשיר שוה לעני"**.

כלומר, אם מדובר בעובד רגיל שניתן למצוא כמותו בשוק - ניתן לשכנע אותו לעבור למקום עבודה אחר, אבל אם מדובר במנהל איכותי ומקצועי שקשה למצוא לו מחליף - יש איסור לשכנעו למרות שמדובר במהפך עשיר.

אבל **המאירי** (מסכת קידושין דף נח עמוד ב) אסר דין עני המהפך גם בעני וגם בעשיר, אלא **שהמהפך לעשיר - נחשב לרמאי, והמהפך לעני - נחשב לרשע**: "סוף דבר בשנתן לו חברו מעות לקנות לו וקנה לעצמו שהוא מנהג רמאות, אלא אף כל שראה חברו מחזר באיזה דבר לקנותו והוא מקדמו בסתר ולוקחה - הרי זה **רמאות**, וכן אם ראהו מהפך ומחזר בחררה לזכות בה מן ההפקר או להיות בעל הבית נותנה לו והוא מעביר לו את הדרך ומקדמו - הרי זה רמאות. **ומדת חסידים ותלמידי חכמים לכל שאירע להם כך שיחזירה שני לראשון**. ואם היה זה שמחזר אחריה תחלה **עני** הרי זה שאינו רוצה להחזירה לו - נקרא **רשע**".

**ג- לשכנע פועל לעבוד במקום עבודה אחר**

התוס' (שם) כתבו: "אבל **אם שכר בעה"ב מלמד אחד** - יכול בעה"ב אחר לשכור **אותו מלמד עצמו**, ואינו יכול לומר לו הבעה"ב לך ושכור מלמד אחר, דנימא ליה אין רצוני אלא לזה, שהרי כמדומה לי **שזה ילמוד בני יפה ממלמד אחר**".

מהרש"ל (סימן לו) הסביר: במידה והמעסיק השני יפנה מעצמו למלמד - אין דין של עני המהפך בחררה למרות שהמלמד מועסק כבר ע"י בעל הבית אחר, שכן יכול המעסיק השני לומר: יש למלמד זה יכולת הוראה והסבר יותר ממלמד אחר, לכן אני מעוניין דווקא במלמד שאתה מעסיק. וכ"פ המחבר בסימן רלז סעיף ב.

מכאן ניתן ללמוד, שכל דין עני המהפך בחררה חל רק על קונה שני שמנסה לקנות במקומו של הקונה הראשון, או עובד שני שמנסה לתפוס את מקומו של העובד הראשון, אבל אין דין עני המהפך בחררה על המוכר ועל מעסיק, כך שלכאורה יכול אדם לנסות לשכנע עובד לעזוב את מקום עבודתו ולעבור לעבוד אצלו. אך מצאנו בפוסקים מספר הסתייגויות לכך:

א. ע"פ סברת התוס' - נראה שיש מקום לחלק בין מלמד ובין עובד בשאר המקצועות. רק **במלמד** שייך לומר את דברי התוס': "שהרי כמדומה לי שזה ילמוד בני יפה ממלמד אחר", שכן קשה למצוא מלמד ברמה גבוהה, כך שיש לדמות מלמד טוב למציאה, וכאמור במציאה אין דין עני המהפך, אבל לא ניתן לומר זאת **בעובד בשאר המקצועות**, אא"כ מדובר על עובד איכותי ברמה גבוהה - שיש לדמותו לדין עני המהפך **במציאה**, כך שלא יחולו דיני עני המהפך, ויהיה ניתן לשכנע את העובד לעבור למקום עבודה חלופי.

ב. ערוך השולחן (בסעיף ה) הסביר באופן אחר את דברי התוס', לדעתו ההיתר של התוס' שייך רק בדבר מצווה: "אם בעה"ב שכר מלמד אחד - יכול בעה"ב אחר לשכור אותו מלמד עצמו, ואינו יכול לומר לו לך ושכור מלמד אחר, דיכול לומר שזה ילמד עם בני בטוב יותר ממלמד אחר, ואין שייך בזה מהפך בחררה **דאין זה דבר שבממון אלא דבר מצוה**". מכאן שבעובד בשאר המקצועות - אסור לשכנע גם אם מדובר על עובד ברמה גבוהה שמוגדר כמציאה, כי ההיתר שייך רק בדבר מצווה.

ג. **ישנם פוסקים הסבורים שהמחבר פסק כדעת רש"י** ולא כדעת ר"ת, שהרי המחבר הביא את שיטת התוס' בוי"א קמא, ואת שיטת רש"י בוי"א בתרא, וע"פ כללי הפסיקה ההלכה כדעת הוי"א בתרא. לאור זאת לדעת מרן קיים איסור לשכנע עובד לעבור למקום עבודה חלופי גם במציאות של מציאה.

ד. מדברי הנתיבות (חידושים בס"ק ה) ניתן להביא עוד הסתייגות: "ודוקא דלא עשה קנין להמלמד". מכאן ניתן ללמוד, שאם **יש חוזה בין המעסיק הראשון ובין העובד** - יש איסור למעביד השני לשכנע את העובד לעבור אליו.

כנסת הגדולה (הגהות בית יוסף חו"מ סימן רלז בס"ק י) כתב בשם ספר עצמות יוסף (מס' קידושין דף נט.): כשם שאסור לעובד שני לנסות לתפוס את מקום עבודתו של העובד הראשון, כך גם אסור למעסיק שני לנסות לשכנע פועל לעזוב את מקום עבודתו הראשון. "ומכאן נראה, כיון דהוא קל וחומר, דאם במהפך נקרא רשע - כל שכן במי שהוא כבר שכור". **התוס' התירו למעסיק לנסות לשכנע מלמד רק כל עוד ולא נעשה הסכם,** אך לאחר שההסכם נחתם ונסגר - אסור לשכנעו לעבור למקום עבודה חלופי, למרות שלא בוצע קניין.

גם לדעת הפתחי תשובה בספרו נחלת צבי (סימן רלז סעיף ב), יש איסור לשכנע לאחר שבוצע קניין. ומכיוון שקיי"ל שתחילת העבודה של הפועל חשובה כמו קניין, הרי שקיים איסור לשכנע לאחר שהעובד כבר התחיל לעבוד בפועל[71].

וכך מובא בשו"ת בית יהודה (חו"מ סימן נב): יש איסור עני המהפך לשכנע עובדים עם חוזה לעבור ולעבוד במקום אחר. "כיון שנתקשרו עם העכו"ם בעלי האומנות בכח השטר של ערכותיהם, ואינן יכולין לחזור זה על זה. וגם לענין האחריות דיוקרא וזולא עדיף טפי למי שיבוא להשיג גבולם לקוראו רשע, ומונעין אותו שלא יהא רשע... **ואין לשום בר ישראל רשות להסיג הגבול ולהעלות בדמי' וכל המורה להקל אינו אלא מן המתמיהין**[72]".

ה. מהרש"ל (סימן לו) חידש: ישנו מקרה שגם לדעת רבנו תם - יחול דין עני המהפך במציאה והפקר, וזה כאשר הקונה הראשון השקיע כסף במכירה. במצב כזה גם במציאה והפקר יש לאסור על קונה שני להקדים את הקונה הראשון. (מהרש"ל הוכיח זאת מדברי הגמ' כמבואר

---

[71] הנחלת צבי חלק על העצמות יוסף רק במקרה שיש הסכם והפועל לא התחיל לעבוד, שאז לדעת הנחלת צבי מותר לשכנעו לעבור למקום עבודה חלופי והעצמות יוסף אוסר, אך אם הפועל התחיל בעבודתו, גם הנחלת צבי אוסר.

[72] אומנם בשו"ת אבני נזר (חו"מ סימן יז) מובא: איסור עני המהפך חל רק על **הקונה**, אין איסור עני המהפך על **המוכר**.

בהערה[73]). מכאן ניתן לסייג ולומר, שאם **המעסיק הראשון השקיע כסף בהקניית ידע לפועל**, הרי שקיים איסור לשכנע את הפועל לעבור למקום עבודה חלופי.

ו. **המהרי"ט** (מסכת קידושין דף נט.) **הביא הסתייגות נוספת: רבנו מאיר** (אביו של ר"ת, מובא בתוס' במסכת קידושין דף נט. ד"ה עני) ביאר את דברי הגמ' במסכת בבא בתרא דף כא עמוד ב: "מרחיקים מצודת הדג... שאני דגים, דיהבי סייארא" - באופן הבא: הדייגים טרחו והניחו דג מת בכדי שהדגים יתאספו סביבו וכך יוכל בקלות לצודם. מהרשד"ם (סימן רנט) העיר: צריך שהראשון יעשה מעשה ויטרח בכדי שנאסור על אחרים להתחרות עמו.

הרא"ש במסכת קידושין (פרק ג סימן ב) כתב: למרות שבשניהם יש טרחה, אבל עני המנקף זו פרנסה ארעית, לכן הוי גזל רק מפני דרכי שלום, משא"כ במקרה של הדייגים, זו פרנסה קבועה, לכן נחשב לגזל גמור. החתם סופר (חו"מ סימן עט) כתב ע"פ ההסבר של רבנו מאיר: יש איסור ליהנות מטרחה של חברו, למרות שלא נעשה קנין. **מכאן שאם הייתה טרחה גדולה בהכשרת העובד** - יש לאסור לשכנעו לעבור למקום עבודה חלופי.

וכך פסק המנחת יצחק (חלק ה סימן עז): אם יש טרחה וכן אומנותו בכך - חל איסור של עני המהפך בחררה, "אך באשר כי בודאי לפי חוק האנושי, יש בזה עוולה גדולה לחתור חתירה מתחת הראשון, בהלקח את בולעו מפיו, על כן יש לברר במנהג בין בעלי העסקים בכה"ג, דקרוב לודאי שהמה מקפידים שלא יעשו עוולות כזה".

### ד- לשכנע פועל להתפטר במקרים בהם אסור לו להתפטר

בהגהות יעב"ץ (על התוס' במס' קידושין שם) העיר: התוס' התירו לשכנע מלמד לעבור למקום עבודה חלופי רק לאחר שהסתיים חוזה השכירות בין המלמד לבין מקום העבודה הראשון, אך באמצע תקופת השכירות - אסור לשכנע את המלמד לעבור לעבוד במקום אחר.

---

[73] הגמ' במסכת בבא בתרא בדף נד עמוד ב כותבת: "אמר רב יהודה אמר שמואל: נכסי עובד כוכבים, (גוי שמכר שדה לישראל, ושילם כסף, אך לא כתב שטר) - הרי הן כמדבר (הפקר), כל המחזיק בהן - זכה בהן; מ"ט? עובד כוכבים, מכי מטו זוזי לידיה - אסתלק ליה, (גוי קונה בכסף, וברגע שקיבל את הכסף הוא יוצא מהעסקה), ישראל - לא קני עד דמטי שטרא לידיה, הלכך הרי הן כמדבר, וכל המחזיק בהן זכה בהן".

הרשב"ם (ד"ה הרי הן) כתב: "ומיהו נראה בעיני, דהאי שני רשע מיקרי, דכיון דיהב לוקח ראשון זוזי - לא גרע מעני המהפך בחררה ובא אחר ונטלה - דמיקרי רשע ההוא אחר".

מפשט דברי הרשב"ם, משמע שהוא סבור כדברי רש"י, שכן גם בנכס שנחשב להפקר כמדבר, שייך הדין של עני המהפך בחררה, משא"כ לפי דברי התוס', אין השני נקרא רשע במציאה והפקר.

מהרש"ל (סימן לו) חידש: הרשב"ם סבור כשיטת התוס', שהמהפך בהפקר - לא נקרא רשע. אלא שגם בהפקר ובמציאה, ישנה מציאות בה ר"ת יודה שהמהפך נקרא רשע, וזה כאשר הראשון הוציא מעות, במקרה זה אסור לשני להפך, הגם שמדובר במציאה או בהפקר. כאן מדובר שהראשון שילם לגוי, ולכך כתב הרשב"ם שנקרא רשע.

ניתן לשאול, הרי הלכה פסוקה היא שפועל יכול לחזור בו, גם לאחר שהתחיל את עבודתו, (מס' ב"מ בדף עז עמוד א, סימן שלג סעיף ג), א"כ המלמד לכאורה יכול תמיד להתפטר ולעבור למקום עבודה אחר? לכך יש לענות שישנן מספר אפשרויות בהן אסור לפועל להתפטר:

א. המרדכי (סימן שמג) כתב בשם ספר צפנת פענח: **מלמד שמתפטר - נקרא דבר האבד**[74], שכן הילדים מתבטלים כהבנת התוס' (מסכת ב"מ דף קט: ד"ה וספר). וכ"פ הרמ"א בסימן שלג סעיף ה.

הש"ך בס"ק כו כתב: הטעם מדוע מלמד לא יכול לחזור בו, בכל רגע שהילדים מתבטלים ולא לומדים תורה, נחשב כדבר האבוד. לאור זאת כתב הש"ך: אם ניתן למצוא מלמד מחליף - הרי שהמלמד הראשון יכול לחזור בו. וכן גם יכול המלמד להתפטר בתקופת החופשה בזמן שהילדים ממילא בטלים.

ב. הריטב"א (סימן קיז) כתב בשם רבותיו: פועל יכול לחזור בו רק אם ההסכם היה באמירה, אבל אם עשו קניין - אינו יכול לחזור בו[75]. מכאן **שבכל מקרה בו נחתם חוזה עם הפועל**, יש לראות בחתימה כמעשה קניין, (או קניין בשטר או קניין סיטומתא שנעשה ע"י החתימה), לפיכך אסור לפועל לחזור בו. וכ"פ ערוך השולחן (סעיף ח).

ג. הטור כתב בשם ר"י: פועל יכול לחזור בו באמצע העבודה, רק כאשר הוא מתפטר בצורה סתמית, אבל **אם מתפטר בכדי לעבוד במקום אחר עם שכר גבוה יותר** - לא שומעים לו וידו על התחתונה. (כדין קבלן החוזר בו). וכ"פ הרמ"א בסעיף ד[76].

---

[74] אומנם **רבנו יואל** סבור, שמלמד יכול לחזור בו, שכן דבר האבד אצל מלמד, זהו רק במלמד שמסביר בצורה מוטעית, וכפירושו של רש"י (מסכת ב"מ דף קט. ד"ה מקרי).

[75] אבל **הש"ך** בס"ק יד כתב: פועל יכול תמיד לחזור בו, גם אם נעשה קניין, שהרי הטעם שיכול לחזור בו, הוא משום שכתוב 'כי לי בנ"י עבדים עבדי הם', ולא עבדים לעבדים, וטעם זה שייך גם אם נעשה קניין. וכך משמע מדברי המחבר, שלא חילק בין אם היה קניין או לא היה קניין. הש"ך עוד כתב: הקניין לא מועיל גם בגלל שזהו קניין דברים שלא תקף. הקצות בס"ק ה כתב: אם הפועל שעבד את גופו - לא נחשב לקניין דברים, זאת ע"פ דברי הראב"ד (הלכות שלוחין ושותפין פרק ד הלכה ב): "ורבותי הורו, שאדם יכול להקנות את עצמו לחבירו בקניין כדין עבדים".

אומנם למעשה הקצות פסק כדברי הש"ך: "וכיון דפסק בשו"ע, דאפילו קבלו כל שכרן - יכול לחזור, ולא גרע כסף מקנין, דעבד עברי נקנה בכסף, א"כ ה"ה בקנין דיכול לחזור, דאע"ג דלא הוי קנין דברים ומשעבד גופו - אפ"ה התורה אמרה עבדי הם ולא עבדים לעבדים".

הפתחי תשובה בס"ק ה כתב: הט"ז (על סעיף ג) פסק כדברי הש"ך, אבל בשו"ת שבות יעקב (ח"ב סימן קפד) פסק כדברי הריטב"א, שאם הפועל עשה קניין - לא יכול לחזור בו, וכ"פ מהר"א ששון (סימן קיג), הרדב"ז (חלק א סימן שנ) והעטרת צבי (ס"ק ח). השבות יעקב סייג: רק קניין **כסף ושטר** מועילים לחייב את הפועל, שכן אלו הקניינים המועילים בעבד עברי, אבל **שאר הקניינים** - לא מועילים שנחשבים לקניין דברים.

[76] הפתחי תשובה בס"ק ז הפנה לדבריו בס"ק ד, שם כתב בשם **החוות יאיר** (סימן קו): גם אם הפועל ישכיר את עצמו למעסיק אחר - הוא לא מפסיד את שכרו, אלא ידו על העליונה, שכן "לא נהירא לי לחלק בכך כלל, רק מפני שנאמר כי לי בני ישראל עבדים - לא אלים קניית האדון בו כולי האי, שאם יחזור בו יפסיד מה שעשה כבר. ולא תלי בצדקתו ודעתו שחוזר בו מהיות עבד לעבדים רק עבד ל"ה, דמי יגיד לעבד זה שיטעון כך".

הב"ח בס"ק ב הסביר: פועל יכול לחזור בו, רק בגלל שכתוב "עבדי הם" ולא עבדים לעבדים, לכן כאשר הפועל התפטר בצורה סתמית, אנו אומדים את דעתו שהוא לא מוכן להיות עוד עבד, לכן התפטרותו מתקבלת, והוא לא מפסיד עי"כ את שכרו, אבל כאשר הפועל התפטר רק בכדי לעבוד במקום אחר עם שכר גבוה יותר, אנו רואים שהוא כן מוכן להיות עבד, אלא שרוצה שהמעסיק יוסיף לו את התוספת, לכך לא שומעים לו.

**ה- חומרת איסור יורד לאומנותו של חברו**

דין יורד לאומנותו של חברו חמור מדין עני המהפך בחררה. בדין עני המהפך מדובר על שני אנשים שעדיין לא רכשו את המקח, או שעדיין לא הגביהו את המציאה, אך לאחר שאחד מהם כבר זכה במקח או הרים את המציאה במידה ויגרם נזק למקום העבודה הראשון - קיים איסור חמור יותר של השגת גבול[77].

הגמ' במסכת סנהדרין דף פא עמוד א השוותה את היורד לאומנותו של חברו לאדם שהיה עם אשת איש: "ואת אשת רעהו לא טמא - שלא ירד לאומנות חבירו". וכן מובא במסכת מכות דף כד עמוד א: "לא עשה לרעהו רעה - שלא ירד לאומנות חבירו".

הרמב"ם (הלכות דעות פרק ה הלכה יג) כתב: "משאו ומתנו של תלמיד חכם באמת ובאמונה, אומר על לאו לאו ועל הן הן, מדקדק על עצמו בחשבון, ונותן ומוותר לאחרים כשיקח מהן ולא ידקדק עליהן, ונותן דמי המקח לאלתר, ואינו נעשה לא ערב ולא קבלן, ולא יבא בהרשאה, (אינו) מחייב עצמו בדברי מקח וממכר במקום שלא חייבה אותו תורה, כדי שיעמוד בדבורו ולא ישנהו, ואם נתחייבו לו אחרים בדין מאריך ומוחל להן ומלוה וחונן, **ולא ירד לתוך אומנות חבירו**, ולא יצר לאדם לעולם בחייו, כללו של דבר, יהיה מן הנרדפים ולא מן הרודפים, מן הנעלבים ולא מן העולבים, ואדם שעושה כל המעשים האלו וכיוצא בהן, עליו הכתוב אומר: ויאמר לי עבדי אתה ישראל אשר בך אתפאר".

**החתם סופר** (חו"מ סימן עט) כתב: יש איסור דאורייתא לרדת לאומנותו של חברו, "וגזל גמור הוא מן התורה". (כך שניתן לתבוע את היורד שישלם על ההפסדים). אומנם מדברי **הבית יוסף** נראה, שהאיסור ביורד לאומנתו של חברו הוא רק מדרבנן.

מהרש"ל (סימן פט) כתב בשם **הרוקח**: "כל המקפח מחייתו של חבירו - הוא בכלל ארור מסיג גבול רעהו" (דברים פרק כז פסוק יז). מהרש"ל ציין: רבים תמהו על כך, מכיוון שבפשטות הלאו: "לא תשיג גבול רעך" (דברים יט יד) - הוא על אדם שמרחיב את השטח שלו על חשבון הקרקע של חברו (בארץ ישראל) כמובא בסמ"ג (לאוין סימן קנג), ולא על יורד לאומנותו של חברו (השגת גבול). מהרש"ל העיר: "אלא

---

ניתן להסביר את הסברא לדברי החוות יאיר: גם כאשר הפועל עובד במקום אחר, הוא נחשב פחות עבד בגלל שהוא משתכר יותר, כך שיכול לעבוד פחות זמן.

[77] ההיתר של ר"ת שייך רק במציאה שעדיין לא הוחזקה ע"י הצדדים, ולא במציאה שכבר נתפסה ע"י אחד מהצדדים.

נראה בעיני, שכך הוא מקובל מרבותיו, דארור משיג גבול רעהו - בא להרבות השגת גבול של משא ומתן". (אין איסור לאו, אלא קללת ארור כוללת גם יורד לאומנותו של חברו).

וכן כתב מהר"ם שיק (או"ח סימן שיב): "הבא שם לנהוג ברבנות - הוא בכלל ארור משיג גבול רעהו[78], ועל כן האיש אשר יעשה בזדון לילך להשיג גבול הרב - אין לסמוך עליו בגיטין וחליצות ולא בשום הוראה". וכן כתב באריכות מרן הראשון לציון ביביע אומר (חלק ט - יורה דעה סימן כז).

אבל **הרדב"ז** (חלק ד סימן נד) כתב: "ומרגלא בפומייהו דאינשי דקורין לכיוצא בזה 'השגת גבול', ולפי זה קאי בארור, דכתיב 'ארור מסיג גבול רעהו', אבל לפי האמת קרא - לאו בהכי משתעי, אלא במסיג גבול קרקעו של חברו, ומרחיב את גבולו, ולעבור עליו בשני לאוין אם הוא בארץ ישראל, ואין כאן מקום להאריך בזה".

**מסקנות:**

א. שניים שסיכמו בניהם על עסקה מסוימת - אסור לאדם שלישי להתערב ולתת הצעה טובה יותר. המתערב בעסקה סגורה נחשב לרשע, למרות שהעסקה נסגרה בע"פ ולא בוצע קניין.

ב. איסור זה לא קיים בשלב **המשא ומתן** כל עוד ששני הצדדים לא סיכמו וסגרו את העסקה.

ג. לדעת ר"ת והרמ"א, איסור זה לא קיים כאשר מדובר על עסקה שמוגדרת כמציאה, (מבצע מיוחד, הזדמנות יוצאת דופן וכד'), כך שיכול אדם שלישי להתערב **במציאה או בהפקר** ולתת הצעה טובה יותר, למרות שהמוכר סיכם עם אדם אחר על אותה עסקה.

---

[78] כנסת הגדולה (הגהות בית יוסף סימן רלז בס"ק ט) כתב: "אסור לחכם להמנות למרביץ תורה להסיג גבול חבירו הקודם לו בהסכמת הקהל והרי הוא רשע וחייב. (מהרש"ך ח"ב סימן צ"ה). אמר המאסף: ראיתי בני עליה והנם מעטים נשמרים עצמם מלהסיג גבול חבריהם, כי הרדיפה אחרי השררה מעוור עיני שכלם. ברם זכור אותו האיש לטוב הרב מהר"ב אנג'יל נר"ו, שעם כמה חלויים ופתויים חלו פניו, פעמים שלש אב העיר מפי סופרים ומפי ספרים, והשיב שלא היה רוצה לבא להסיג גבול רעהו. זכרה לו אלהיו לטובה".

החתם סופר (חושן משפט סימן כא) אסר לרב דיין שני להיכנס בגבולו של הרב הראשון שנחשב כבר לרב הקהילה: "ואען ואומר, אחינו ב"י, דעו וראו כי הדיין מו"ה וואלף נ"י שתים רעות עשה: א' במה שרוצה להשתרר עפ"י ארכי (**ערכאות**) שלא ברצון הצבור. ב' **שרוצה לדחות הרב המאה"ג ממקום מקום חיותו**. ועל כל א' משתיהם ראוי שיפסול מלהיות דיין ומ"ץ עד שיחזור ויקבל תשובה על העבר ויתקן מעשיו לעתיד... הנה זה לשון תשו' מהר"מ והעובר על גזירותינו - יהיה באלה ובנידוי ובשמתא ומוחרם בשם מיתה ושמה יהי'. ויהי' כל ישראל מובדלים ממנו חתומים ואינם חתומים ותלמידיהם ותלמידי תלמידיהם גדולים וקטנים. פתו פת כותי יינו יי"נ ספריו ספרי קוסמים. והשומר תקנותינו ינוחו ברכות על ראשו".

"...עתה שמקבלים רב, ולפעמים מקבלים אותו ממקום אחר, **ושוכרים אותו כפועל**. ומחוייבים הציבור ליתן לו פרנסתו. אלא שהקלו מעליהם והטילו על יחידים בעלי חופה וקדושין, והלואי יבטלו זה ויתנו להרב שכירתו מקופתם בריוח ולא יצטרך לכל זה. אבל שכבר נהגו כך בכל התפוצה - אין אנו בושים משכר ופרס זה... וא"כ זה שבא בגבולו ואפי' יחניף לציבור ויתרצו לו - רשע מיקרי ככל היורד לאומנות חבירו".

ד. לדעת הר"ן והרמ"א, איסור זה לא קיים גם כאשר מדובר **בעשיר** שהגיע להסכמה. אבל לדעת המאירי, המתערב בעסקה של עשיר - נקרא רמאי, והמתערב בעסקה של עני - נקרא רשע.

ה. מותר לכל אדם לשכנע מורה (ר"מ, מלמד, מורה הנותן שיעורים פרטיים) לעבור למקום עבודה שיש בו תנאים טובים יותר.

ו. נחלקו הפוסקים, האם מותר לשכנע עובד בשאר המקצועות לעבור למקום עבודה חלופי. רוב הפוסקים אסרו לשכנע במיוחד בעובד שכבר **התחיל את עבודתו**, או עובד עם **חוזה** שמחויב לעבוד במקום עבודה הראשון, או עובד שהמעסיק **השקיע כסף בהכשרתו**.

ז. לפעמים יש בעזיבת מנהל איכותי ומקצועי הפסד ממשי לבנק. במקרים אלו יש איסור חמור בשכנוע המנהל לעזוב את מקום עבודתו.

ח. ישנם פוסקים המתירים לשכנע פועל שעובד ללא חוזה, וכן פועל לקראת תום מועד תקופת ההתחייבות - לעבור למקום עבודה חלופי.

# לתפוס מחנות שלא מחליפה מוצר פגום

**המקרה:**

אדם רכש חולצה בשווי שמונים ש"ח. הוא לבש את החולצה, ולאחר כשעה הצבע של החולצה דהה. הלקוח פנה לחנות לבקש החזר כספי או חולצה חדשה, אך נענה שאין כל תקלה משמעותית המצריכה החזר כספי או החלפת חולצה.

הקונה שאל שתי שאלות: א)- האם מותר לו להיכנס לחנות ולקחת חולצה אחרת מדין עביד אינש דינא לנפשיה? ב)- אם הוא יחליט לתבוע בבית משפט לתביעות קטנות האם צריך אישור מהבית דין?

**תשובה:**

מעיקר הדין אומרים עביד אינש דינא לנפשיה כאשר הלקוח יכול לברר בבית דין שהוא צודק, אבל למעשה יש איסור לתפוס מהחנות בגלל מספר סיבות. מומלץ ללקוח לכתוב לחנות שהוא מתעתד להגיש תלונה לרשות להגנת הצרכן, ומתכונן לפעול בכל האמצעים העומדים לרשותו.

**א- תפיסה מחנות**

מעיקר הדין אומרים עביד אינש דינא לנפשיה כאשר הלקוח יכול לברר בבית דין שהוא צודק, כגון ע"י קבלה והבאת החולצה, בכדי להוכיח שאכן מדובר במום המבטל את המקח, כמבואר ברמב"ם (הלכות סנהדרין פרק ב הלכה יב). כמו כן מדובר על מיטלטלין שלדעת הנתיבות עביד אינש דינא לנפשיה כי יש חשש להפסד.

לכאורה יש לאסור תפיסה מהחנות, שהרי הוא תופס חפץ אחר, ולדעת המרדכי (מס' ב"ק סימן ל), ניתן לתפוס רק את החפץ המבורר ששייך לו, ולא שאר דברים, שאם נתיר לתפוס כל חפץ - לא שבקת חיי לכל ברייה. וכך מוכח ממסכת ברכות בדף ה עמוד ב: לרב הונא החמיצו ארבע מאות חביות יין, בגלל שלא הביא את החלק השייך לאריס, ולמרות שהאריס גנב מרב הונא, בכ"ז קיבל עונש מכיוון שלא תפס את החפץ שנגזל ממנו, אלא תפס משהו אחר, את החלק ששייך לאריס. ניתן לשאול: הרי האריס גנב מרב הונא ועביד אינש דינא לנפשיה? אלא וודאי שאומרים זאת רק בחפץ שגזל ממנו ולא בחפץ אחר[79].

[79] וכך פסק גם הרא"ש (כלל סד סימן א): "אף על גב דלא עביד איניש דינא לנפשיה אפילו היכא דאיכא פסידא אלא **בחפץ המבורר שהוא שלו** כמו שפי' רבינו מאיר ז"ל בפרק המניח אימא הכא נמי מה שלקחה היה שלה. ואפילו לא היה שלה נהי דלא עביד אינש דינא לנפשי' לכתחילה - מ"מ אם תפס אדם חפץ משל חבירו עבור תביעה שהוא חייב לו - **לא מיקרי גזלנא**. (גם אם תפס - לא נחשב התופס לגזלן).

ניתן להשיב על כך:

א. הריב"ש (סימן שצו) חולק על המרדכי וסבור שיכול אדם לתפוס מחברו כל דבר שחייב לו, ובתנאי שלא יהיה זה חוב הלוואה, אבל שאר חובות, כגון דמי שכירות, או שכר עבור סבלות ושאר מלאכות - יכול אדם לתפוס מהחייב לו. הרמ"א כתב שיטה זו בשם וי"א קמא. ואת שיטה המרדכי בשם וי"א בתרא.

ב. גם הרמב"ם (הלכות סנהדרין פרק ב הלכה יב) והמחבר בסימן ד סעיף א - לא הביאו את הסייגים שהזכיר המרדכי, משמע שהם התירו בצורה יותר רחבה. כך כתב הרמב"ם: "**יש לאדם לעשות דין לעצמו** אם יש בידו כח הואיל וכדת וכהלכה הוא עושה - אינו חייב לטרוח ולבוא לבית דין, אף על פי שלא היה שם הפסד בנכסיו אילו נתאחר ובא לבית דין, לפיכך אם קבל עליו בעל דינו והביאו לבית דין, **ודרשו ומצאו שעשה כהלכה ודין אמת דן לעצמו - אין סותרין את דינו**". כלומר הרמב"ם משווה בין עשיית דין של התופס ובין עשיית דין של בית הדין, התפיסה שלו אם היא מוצדקת היא נחשבת לדין ("**אין סותרין את דינו**"), מכאן שיכול לתפוס גם חפץ אחר שלא מבורר ממי שחייב לו.

ג. מעבר לכך, הסמ"ע בסימן ד ס"ק ג ביאר את המחלוקת הנ"ל רק בתפיסה עם הכאה, אך לכו"ע יכול אדם לתפוס מחברו בכל חוב שאינו הלוואה ללא הכאה.

ד. גם הט"ז שהשיג על הסמ"ע, בכ"ז הסכים שיכול לתפוס אם יש לו אישור מהב"ד. (רק חוב הלוואה לא יכול לתפוס). כאן השואל פונה לב"ד בכדי לקבל אישור.

ה. הש"ך (תקפו כהן סימן קטז) הסביר את כל המחלוקת בין המרדכי לריב"ש רק בהלוואה, אך בשאר החובות שאינם של הלוואה - לכו"ע מותר לתפוס. כך כתב הש"ך: "ודברי מהרי"ק והרא"ש וטור והנמוקי יוסף ומרדכי והריב"ש - כולם מסכימים לדבר אחד, **וכ"ע מודו דהיכא דליכא משום איסור דלא תבוא אל ביתו לעבוט עבוטו - מותר למשכנו**, וכדאיתא בש"ס פרק המקבל (דף קט"ו ע"א) ובפוסקים וטור ושו"ע סי' צ"ז סי"ד וכמ"ש הריב"ש סימן שצ"ו ומהרי"ק שורש קס"א, וכדמוכח מדברי ספר יראים שבמרדכי פרק המניח, **ולא קאמר המרדכי** ונ"י והרא"ש וטור דבעינן שיוכל לברר שהוא שלו **אלא לאפוקי היכא דחייב לו בעד הלואה דאז אין לו רשות למשכנו אעפ"י שברור שחייב לו**".

ו. גם לגבי הוכחת המרדכי מהמעשה של רב הונא, ניתן לבאר כדברי ראבי"ה (ברכות פרק א סימן ח) שהבעיה לא הייתה בגלל שלקח חפץ אחר, אלא הבעיה הייתה בגלל שלקח בסתר כמו גניבה, והיה עליו לשבור את שיניו ולא להיראות כגנב, משמע שמותר לתפוס כל דבר רק לא בצורה של גנב. וכן פסק הסמ"ג (לאוין סימן קנה) כדעת בן בג בג שאסור לתפוס בסתר.

---

הרא"ש (מסכת בבא קמא פרק ג סימן ג) עוד כתב: "ודוקא אם בא לגזול ממנו או שראה חפץ שלו בידו הוא דאמרינן הכי. אבל **למשכנו בשביל חוב שחייב לו - לית ליה רשותא**".

וכך גם פסק ערוך השולחן (סימן ד סעיף ב): "וכל זה הוא דווקא בהחפץ המבורר שהוא שלו כמ"ש, אבל אם כבר נתחייב לו ממון ממקום אחר מפני איזה גזילה וגניבה או פקדון או חוב או שכירות וכיוצא בזה - אין לו רשות לעשות דין לעצמו ולחטוף ממנו ממון או חפצים בעד המגיעו רק יתבענו בב"ד".

ז. ניתן להביא הוכחה שהמחבר פסק לא כמרדכי מסימן צז סעיף יד: "במה דברים אמורים שאסור למשכנו הוא בעצמו, ושאסור ליכנס לביתו למשכנו אפילו שליח ב"ד? ללוה; אבל לערב, מותר למשכן בזרוע שלא על פי בית דין, וליכנס לביתו ליטול המשכון... וכן מי שיש לו שכר אצל חבירו, בין שכר עצמו בין שכר בהמתו או כליו או שכר ביתו, מותר למשכנו שלא על פי ב"ד, וליכנס לביתו למשכנו; ואם זקף עליו השכר בהלואה, אסור".

ח. המחבר אסר תפיסה רק למלווה והתיר תפיסת משכורת לסבל וכד'. משמע שניתן לתפוס גם לא בחפץ עצמו.

ט. הרב פעלים (חלק ג - חושן משפט סימן ה) חידש שת"ח יכול לתפוס גם חפץ לא מבורר: "ולפענ"ד נראה דבר חדש, דהנה במ"ק דף י"ז אמרו: **דצורבא מרבנן עביד דינא לנפשיה במלתא דפסיקא ליה**, ורש"י פירש לענין ממון, והרא"ש חולק עליו ולכאורה הא כל אדם יכול לעשות דינא לנפשיה דקי"ל כר"ן, ומה חידש רב יוסף? ובע"כ לומר **דצורבא מרבנן יש לו כח יותר ואף בחפץ שאינו מבורר**, וכן נראה מדברי מהר"ם הובא בהגהות הש"ע ח"מ סי' ד". כלומר בתלמיד חכם וודאי שיש לפסוק כדעת ריב"ש ולא כמרדכי וניתן לתפוס גם מחפץ לא מבורר.

**אבל למעשה יש לאסור לתפוס מהחנות בגלל הסיבות הבאות:**

א. הלקוח רכש את החולצה במחיר מבצע, וכעת המחיר עלה, נמצא שהוא יתפוס חולצה שעכשיו מחירה יותר גבוה.

ב. הלקוח לא מודיע לחנות על התפיסה אלא לוקח בסתר כגנב, בניגוד לדברי בן בג בג שאמר: "אל תיכנס לחצר חברך ליטול את שלך שלא ברשות, שמא תראה עליו כגנב, אלא שבור את שיניו, ואמור לו שלי אני נוטל". ובניגוד לפסק הסמ"ג[80].

ג. לקיחת חפץ מהחנות ללא אישור עלולה להביא למעורבות משטרתית, ולא שווה הנזק של החולצה בכך שייפתח תיק כנגדו על גניבה, מעבר לכך יש בכך חילול השם.

**ב- תביעה בבית משפט**

הסכום נמוך מידי בכדי שיהיה כדאי לתבוע (האגרה לפתיחת תיק עולה 50 ש"ח), אבל עקרונית יש פוסקים שמתירים תביעה כאשר ברור שהצד השני לא יבוא לבית הדין.

לכן ניתן לתבוע חברות ביטוח עבור פיצויים שלא ניתן לתובעם בבתי דין, שכן חברת הביטוח קיבלה על עצמה בהסכם לפצות עבור נזק שיגרם למבוטח, וכל תנאי שבממון תקף[81].

[80] אומנם בשו"ת רב פעלים (חלק ג - חושן משפט סימן ה) מובא: "אבל אם הגזלן גברא אלמא שא"א להוציא בלעו מפיו בגלוי, או שיש סיבה אחרת שא"א לו לעשות דין לעצמו בגלוי - כ"ע מודו דיוכל להציל את שלו בסתר.

מעבר לכך, חברת הביטוח אינה מוכנה להתדיין בבתי דין, כך שניתן לתבוע בערכאות כמבואר בסימן כו סעיף ב. וכן כתב כסף הקדשים[82] (על סימן כו סעיף ב).

למרות שמעיקר הדין מותר לתבוע, בכ"ז ראוי לבקש אישור מהבית דין[83]. החתם סופר (חו"מ סימן ג) כתב: כאשר התובע נוטל רשות מהבית דין לתבוע בערכאות - נחשבים הערכאות כשליחים של הב"ד, והפסק נחשב על שם הבית דין ולא על שם הערכאות.

העצה שלי היא, להגיש תלונה לרשות להגנת הצרכן. לפני הגשת התלונה מומלץ לכתוב לחנות שהוא מתעתד להגיש תלונה לרשות להגנת הצרכן, ומתכונן לפעול בכל האמצעים העומדים לרשותו.

---

[81] בגמ' במסכת כתובות דף נו עמוד א מובא: "דבר שבממון תנאו קיים". דהיינו כל תנאי וסיכום שנעשה בין הצדדים קביל, כך שההסכם מחייב ואף מבטל הסכמות קודמות שנעשו בע"פ.

מרן השו"ע והרמ"א פסקו במספר מקומות שכל תנאי שבממון קיים: בסימן טז סעיף ב, בסימן עא סעיף ג, בסימן רכה סעיף ה, בסימן שטו סעיף ב, ובאבן העזר סימן קיב סעיף י.

הגר"א בסימן סא ס"ק כד הביא מספר הוכחות שניתן להתנות בדיני ממונות גם כאשר דין תורה הוא שונה: א)- המפרט את הפגם ומתנה שלא תהיה תביעת הונאה. ב)- ניתן להתנות ולחייב שומר חינם כמו שואל. ניתן להוסיף דוגמאות נוספת: ג)- המתנה על מנת שלא תשמטני בשביעית (כמבואר במסכת מכות בדף ג עמוד ב). ד)- במקום **שנהגו לגבות** בלי שומא והכרזה, וכתבו כך בשטר - יכולים לגבות ללא שומא והכרזה. (מבואר בסימן קג סעיף ז, עיין גם בסימן סא סעיף ו).

[82] "מי שידוע עליו שיודע מאליו חיוב שלא לעשות עוולה והוא ממונה בעירו או שיש אומדנא שלא תועיל התביעה בבד"צ דעב"י, והוא אומדנא ידועה לרבים, ואולי די ע"י ידיעת שלושה בני אדם האומדנא, כמו שמועיל רשות מג' הדיוטות, כי ע"י ידיעה דתלתא - אין חשש לזות שפתיים כי עומד להתפרסם, דאפי' תלתא מציל מבחינת איסור לשון הרע... י"ל ששייך בזה מעין מה שאמרו חז"ל: חבר - אי"צ התראה, והגם שלא קיי"ל שם כן, מ"מ לגבי התראה לגבי משפט - י"ל דמועיל אומדנא כנ"ל".

[83] כך כתב הגר"מ שטרנבוך (תשובות והנהגות כרך ג סימן תמד): "לדעתי יש להניזק או הנחבל לתבוע את המזיק או החובל והחברת ביטוח לבית דין, ועל פיהם יקבלו היתר ללכת לערכאות".

# לתבוע חברת ביטוח

**המקרה:**

ניזק בתאונה מעוניין לתבוע את חברת הביטוח על ההיזק שנגרם לרכבו. הבעיה היא שחברת הביטוח תתבע את המזיק על סכום גבוה יותר מאשר ניתן לתבוע ע"פ דין תורה. השאלה היא האם מותר לתבוע את חברת הביטוח למרות שכתוצאה מכך, החברת ביטוח תתבע ותוציא מעות לא ע"פ דין תורה?

**תשובה:**

א. מותר לאדם שניזוק בתאונה לתבוע את חברת הביטוח שלו.

ב. היתר זה תקף גם אם חברת הביטוח תתבע את המזיק.

ג. יש לראות בקבלת רישיון נהיגה משום גמירות דעת של הנהג להתחייב לשלם על כל הנזקים שיגרמו כתוצאה מנהיגה שלא ע"פ חוקי התנועה.

ד. נפגע בתאונה יכול לתבוע את החברת ביטוח, גם אם יקבל יותר ממה שהיה מגיע לו אילו היה תובע בדין תורה.

ה. אסור לניזק לחתום שהוא מייפה את כוחה של החברת ביטוח לתבוע ישירות את המזיק, כי חתימה על ייפוי כוח לתביעה - כמוה כתביעה אישית של הניזק את המזיק בערכאות.

**השאלות לבירור:**

א. האם יש בתביעת חברת ביטוח משום איסור פנייה לערכאות?

ב. האם מותר לתבוע כאשר התביעה תגרור תביעה של אדם אחר?

**א- האם יש בתביעת חברת ביטוח משום איסור פנייה לערכאות**

ניתן לתבוע חברות ביטוח עבור פיצויים שלא ניתן לתובעם בבתי דין. שכן חברת הביטוח קיבלה על עצמה בהסכם לפצות עבור נזק שיגרם למבוטח, וכל תנאי שבממון תקף[84]. כמו כן אדם שניזוק

[84] בגמ' במסכת כתובות דף נו עמוד א מובא: "דבר שבממון תנאו קיים". דהיינו כל תנאי וסיכום שנעשה בין הצדדים קביל, כך שההסכם מחייב ואף מבטל הסכמות קודמות שנעשו בע"פ.

מרן השו"ע והרמ"א פסקו במספר מקומות שכל תנאי שבממון קיים: בסימן טז סעיף ב, בסימן עא סעיף ג, בסימן רכה סעיף ה, בסימן שטו סעיף ב, ובאבן העזר סימן קיב סעיף י.

מתאונת דרכים, רשלנות של רופא או עו"ד וכד' - ניתן לתבוע את הביטוח שישלם לניזק, הקניין חל מדין עבד כנעני.

מעבר לכך, חברת הביטוח אינה מוכנה להתדיין בבתי דין, כך שניתן לתבוע בערכאות כמבואר לעיל בסעיף ב. וכן מבואר בספר שורת הדין (חלק יג עמ' קנד).

וכך כתב כסף הקדשים (על סעיף ב): "מי שידוע עליו שיודע מאליו חיוב שלא לעשות עוולה והוא ממונה בעירו או שיש אומדנא שלא תועיל התביעה בבד"צ דעב"י, והוא אומדנא ידועה לרבים, ואולי די ע"י ידיעת שלושה בני אדם האומדנא, כמו שמועיל רשות מג' הדיוטות, כי ע"י ידיעה דתלתא - אין חשש לזות שפתיים כי עומד להתפרסם, דאפי' תלתא מציל מבחינת איסור לשון הרע... י"ל ששייך בזה מעין מה שאמרו חז"ל: חבר - אי"צ התראה, והגם שלא קיי"ל שם כן, מ"מ לגבי התראה לגבי משפט - י"ל דמועיל אומדנא כנ"ל".

לדעת כסף הקדשים, כאשר יש אומדנה ידועה לרבים, שהנתבע לא יבוא לדיון בבית הדין- ניתן לתובע באופן ישיר לערכאות, ואין צורך אישור מבית הדין.

למרות שמעיקר הדין מותר לתבוע, בכ"ז ראוי לבקש אישור מהבית דין[85]. החתם סופר (חו"מ סימן ג) כתב: כאשר התובע נוטל רשות מהבית דין לתבוע בערכאות - נחשבים הערכאות כשליחים של הב"ד, והפסק נחשב על שם הבית דין ולא על שם הערכאות.

**ב- תביעה שתגרור תביעה של אדם אחר**

הגמ' במסכת בבא בתרא בדף נד עמוד ב כתבה: יהודי שקנה שדה מגוי, ושילם על השדה אך לא כתב שטר - השדה הפקר. שכן כאשר היהודי שילם לגוי - השדה יצאה מרשות הגוי, אך עדיין לא הגיעה לרשות ישראל, שכן היהודי אינו קונה בכסף בלבד עד שיכתוב שטר, לכן השדה הפקר, ואם אחר יחזיק - יקנה.

**הרשב"ם** (מס' ב"ב דף נד: ד"ה אמר) כתב: הלקוח יכול לתבוע את הגוי. וכ"פ התוס' (ד"ה וישראל): רשאי הלקוח לתבוע את הגוי, שכן יש אומדנה ברורה שהלקוח קנה מהגוי ושילם רק על מנת שהקרקע

---

הגר"א בסימן סא ס"ק כד הביא מספר הוכחות שניתן להתנות בדיני ממונות גם כאשר דין תורה הוא שונה: א)- המפרט את הפגם ומתנה שלא תהיה תביעת הונאה. ב)- ניתן להתנות ולחייב שומר חינם כמו שואל.

ניתן להוסיף עוד הוכחות: ג)- המתנה על מנת שלא תשמטני בשביעית (כמבואר במסכת מכות בדף ג עמוד ב). ד)- במקום **שנהגו לגבות** בלי שומא והכרזה, וכתבו כך בשטר - יכולים לגבות ללא שומא והכרזה. (מבואר בסימן קג סעיף ז, עיין גם בסימן סא סעיף ו).

[85] כך כתב הגר"מ שטרנבוך (תשובות והנהגות כרך ג סימן תמד): "לדעתי יש להניזק או הנחבל לתבוע את המזיק או החובל והחברת ביטוח לבית דין, ועל פיהם יקבלו היתר ללכת לערכאות".

תישאר ברשותו. התוס' הוסיפו: מותר ליהודי לתבוע את הגוי למרות שבעקבות תביעתו - הגוי יתבע את היהודי השני שתפס בקרקע. וכ"פ הגהות אשרי (מסכת בבא בתרא פרק ג סימן סה). אומנם **הרא"ש** (שם) סבור שאסור ליהודי לתבוע את הגוי מכיוון שהמחזיק החזיק בשדה ע"פ דין, ואין "לעסוק בתחבולה" בתביעת הגוי ובכך להוציא את הקרקע מיד המחזיק. הרמ"א בסימן קצד סעיף ב פסק כתוס'. (הבית יוסף הביא את דברי התוס').

מכאן ניתן ללמוד שמותר לאדם לתבוע חברת ביטוח וכד' בערכאות, למרות שבעקבות התביעה - יתכן ויתבעו יהודי אחר. וגם הרא"ש חלק רק כאשר התביעה היא בעורמה ובתחבולה, אך כאשר התביעה היא ע"פ דין - ניתן לתבוע.

ניתן להביא ראייה לכך מדברי האור שמח (הלכות שכירות פרק ז הלכה א): דין חברת ביטוח כדין עסקה שעשה המבוטח עם החברה, ואין כל קשר בין הרווחים שיכולים לבוא למבוטח ובין המזיק או המפקיד, כך שוודאי שהמבטח אינו צריך להתחלק ברווחיו עם אחרים.

המזיק חייב לשלם על נזקו למרות שהביטוח גם ישלם על הנזק זה לא ענייננו. אם למשל המשפחה של הניזק יחליטו לרכוש לו רכב חדש - האם זה פוטר את המזיק מלשלם? וודאי שלא. המזיק עשה עסק עם הביטוח ומקבל את הסכום שקבעו בניהם בעסקה, גם אם זה סכום גבוה.

בעסקה בין המבוטח למבטח, לפעמים האדם מרוויח מהעסק ולפעמים מפסיד מהעסק[86]. גם המזיק חתם על ביטוח, והוא בחתימתו אישר לגבות ע"פ החוקים שסוכמו בניהם[87]. לכן כל עוד החברה משלמת או גובה ע"פ הנהלים, וע"פ החוק, וע"פ מה שנחתם וסוכם - אין בכך גזלנות אלא מימוש עסק.

הניזק תובע את חברת הביטוח שלו, והיא תובעת את חברת הביטוח של המזיק, והיא תובעת את המזיק, כך שיש לראות זאת כגרמא דגרמא, ואין חיוב תשלום גם לא בידי שמים[88].

---

[86] סימוכין לכך ניתן להביא מדברי התוספות במסכת סנהדרין (דף כה עמוד א דיבור ראשון) בדין אסמכתא: אסמכתא שייכת רק במקום שאין לו שום אפשרות להרוויח מההתחייבות, כגון במשליש שטר חובו, אבל במקרה בו **שני הצדדים יכולים להרוויח מההתחייבות, במקרה זה שני הצדדים גומרים בדעתם להקנות**. גם כאן נאמר מכיוון ששני הצדדים יכולים להרוויח מעסק הביטוח לכן יש גמירות דעת להקנות אחד לשני, גם אם לפעמים צד המזיק יפסיד יותר מאשר היה מפסיד בדין תורה.

[87] סימוכין לכך ניתן להביא מדברי התוספות במסכת בבא מציעא (דף סו. ד"ה ומניומי) בדין אסמכתא: "ומיהו קנס שעושין בשעת שידוכין, מהני אפילו לא קנו בב"ד חשוב, **כיון שנוהגין בו כל העולם, מידי דהוי אסיטומתא** דלקמן (דף עד.) דקניא". וכן כתב המרדכי (מס' ב"מ סימן שכב). מכאן שיש תוקף לקניין שנהגו בו העולם מדין סיטומתא למרות שיש בו בעיות הלכתיות (כגון אסמכתא).

[88] כך כתב הש"ך בסימן שפו ס"ק ג בשם בעל התרומות (שער נ"א ח"ו): "גורם דגורם פטור". וכן מבואר בדברי מהר"ם מרוטנבורג (סימן תתמ"ד), כך מבואר בקצות סימן שפו ס"ק ג: "ואף על גב דדיינין דינא דגרמי, גורם דגורם - לא אשכחן דחייב, והאי גורם דגורם הוי".

בספר ים של שלמה (מסכת בבא קמא פרק א סימן כ) מובא: אדם שהוציא צו עיקול לחברו, ובעקבות הצו נגרם לו נזק - לא ניתן לחייבו לשלם על ההיזק שאירע בעקבות הצו, שנחשב לגרמא ולא למוסר. וכך פסק רבי אליעזר מטולא (מרדכי מסכת ב"ק סימן קצג), שלא ניתן לחייבו מכיוון **שלא התכוון להזיק אלא רק התכוון להציל את רכושו**.

הגר"מ שפרן כתב (קובץ הישר והטוב חלק ט עמ' ס): אדם שרכבו ניזוק בתאונה יכול לתבוע את החברת ביטוח שלו, כי אלו כספים שחברת הביטוח חייבת לו, וגם אם החברת ביטוח תתבע את חברת הביטוח של המזיק - מותר. יש לדמות זאת למלווה שמותר לו לגבות את חובו מהלווה, למרות שבגלל התביעה הלווה יתבע חובות עם ריבית שאחרים חייבים לו (תביעה זו חשובה כמו גזילה, נמצא שתביעת המלווה גרמה לתביעה של הלווה שלא ע"פ ההלכה).

הרב שפרן עוד כתב: אדם שמקבל רישיון נהיגה הוא מקבל זאת על מנת לשמור על חוקי הנהיגה, כך שיש לראות בקבלת הרישיון גמירות דעת להתחייב לשלם על כל הנזקים שיגרמו כתוצאה מנהיגה שלא ע"פ חוקי התנועה.

הג"ר יהודה סילמן (קובץ הישר והטוב חלק ד עמ' נז) כתב: מותר לניזק לתבוע את חברת הביטוח, "ואע"ג שבעקיפין יתבע אח"כ חברת הביטוח את המזיק - אי"ז סיבה למנוע מהניזק לתבוע את המגיע לו ע"פ דין, **שאין תביעתו מדין מזיק אלא מדין התחייבות**". (יש התחייבות בחוזה של הביטוח לשלם).

הרב סילמן סייג: אסור לניזק לחתום שהוא מייפה את כוחה של החברת ביטוח לתבוע ישירות את המזיק, כי חתימה על ייפוי כוח לתביעה כמוה כתביעה אישית של הניזק את המזיק בערכאות, תביעה שאסורה ע"פ ההלכה, (אסור לניזק לחתום על הרשאה לתבוע את המזיק בערכאות).

בפתחי חושן (חלק ו פרק י הערה מו) מובא: נפגע בתאונה יכול לתבוע את החברת ביטוח גם אם יקבל יותר ממה שהיה מגיע לו אילו היה תובע בדין תורה. כמו כן ניתן לתבוע את החברת ביטוח גם אם כתוצאה מהתביעה ייגרם נזק ממוני למזיק.

צריך לציין, לפני שאירע התאונה וודאי שמותר לכל נהג לבטח את עצמו, למרות שיש חשש ממשי שהביטוח תוציא מידי הצד השני סכום גבוה יותר מאשר היה ניתן בדין תורה, שכן **מותר לאדם להציל את ממונו גם אם ייגרם נזק לחברו**, כ"ז בתנאי שהנזק עוד לא אירע (ההסכם עם הביטוח החל עוד לפני התאונה).

---

בשו"ת חוות יאיר (סימן מה) מובא: מעשה שהיה "בשנת תמ"ט, שפשטו חיל מלך צרפת באשכנז, והחריבו כפרים ועיירות, ושללו ובזזו יינות". היה שם אדם שהבריח את היינות שלו לספינה, בכדי שהחיילים לא יבזזו את היינות. אותו אדם היה חייב מעות לחברו, כאשר החבר המלווה שמע על כך, הוא עיקל את הספינות עם היין, וביקש לגבות את חובו מהיינות, אבל לאחר מספר ימים החיילים הצרפתים מצאו את הספינה ובזזו אותה. הלווה תבע את המלווה שגרם לו נזק בעקבות העיקול, אך החוות יאיר פסק שהמלווה לא חייב לשלם על הנזקים, בגלל שזהו גרמא, שהרי הוא לא עשה כל מעשה בגוף היין, אלא רק דיבור, וגם הדיבור לא גרם לנזק אלא העיקול של השלטונות גרם לנזק, לכן נחשב לגרמא דגרמא, ופטור גם מדיני שמים.

וכך מבואר בדברי הדרכי משה בסימן שפח ס"ק ב: "וכתב הנמוקי יוסף פרק השותפין (מס' ב"ב דף ה: דיבור ראשון) מי שרואה שנזק רוצה לבוא עליו - יכול להציל עצמו, אף על גב דעל ידי זה יבוא הנזק לחבירו, אבל אם כבר בא עליו וגרמו לחבירו חייב". וכך פסק הרמ"א בסימן שפח סעיף ב: "**היה רואה נזק בא עליו - מותר להציל עצמו, אף על פי שע"י זה בא הנזק לאחר**".

הנימוקי יוסף חילק בין נזק שכבר נגרם שאז אסור להעביר את הנזק לאחרים, אבל אם הנזק עוד לא נגרם אלא רואה שבעתיד יתכן ויארע לו נזק - יכול לנקוט בפעולה גם אם ייגרם נזק לחברו.

דין זה מקורו בדברי הירושלמי (מסכת בבא קמא פרק ג הלכה א): "ראה אמת המים שוטפת ובאה לתוך שדהו, עד שלא נכנסו המים לתוך שדהו - רשאי לפנותן למקום אחר, משנכנסו - אין רשאי לפנותן למקום אחר". יסוד הדין הוא שמותר לאדם להציל את ממונו, גם אם בעקבות ההצלה ייגרם נזק לחברו. הפני משה ביאר: מותר לפנות את הנזק לכוון חבירו, כי זהו גרמא בעלמא.

האגרות משה (יורה דעה חלק ג סימן צ) כתב יסוד חשוב: מותר לאדם לעשות דבר מותר גם אם בעקבות זאת אדם אחר יעשה איסור: "והטעם דליכא לפני עור נראה פשוט דאין לאדם להמנע מעשות אף דבר הרשות שלו, בשביל שמא יעשה אחד איסור ע"י מעשיו, דמאחר דעושה מעשה עצמו ועובר האיסור לקח ועשה בעצמו מעשה האיסור - ליכא בזה לאו דלפני עור".

הגרז"נ גולדברג (תחומין יט עמ' 322) כתב: "נראה, שאם הרופא מבוטח בחברת ביטוח, והם משלמים עבור הרופא, אז יש לחייב את הרופא - דהיינו את חברת הביטוח - כל מה שהחוק מחייבו, שהרי חברת ביטוח התחייבה לשלם כפי מה שיתחייב הרופא בבית המשפט. **ולכן גם אם המשפט מחייב שלא כדין תורה, מ"מ חברת הביטוח התחייבה לשלם**".

# שבר משקפיים של חברו בפורים

**שאלה:**

תלמיד בישיבה השתכר במסיבת פורים, ובמהלך המסיבה שהייתה בליל פורים הוא שבר את משקפיו של חברו.

**תשובה:**

המזיק חייב לשלם את שווי המשקפיים ע"פ שומא כפי שיבואר לקמן.

**נימוקים:**

האדם אחראי על ההשלכות והתוצאות של מעשיו ופעולותיו. אין שום פטור גורף למזיק בגלל שמחת הפורים כפי שנוכיח לקמן. אל לו לאדם להביא את עצמו למצב של שכרות בו הוא אינו שולט על מעשיו, וכדברי הרמב"ם (הלכות יום טוב פרק ו הלכה כ): "שהשכרות והשחוק הרבה וקלות הראש - אינה שמחה אלא הוללות וסכלות, ולא נצטוינו על ההוללות והסכלות אלא על השמחה שיש בה עבודת יוצר הכל... ואי אפשר לעבוד את השם לא מתוך שחוק ולא מתוך קלות ראש ולא מתוך שכרות"[89].

**המזיק בלא כוונה בדרך שמחה**

המשנה במסכת סוכה דף מה עמוד א כותבת: "מיד תינוקות שומטין את לולביהן, ואוכלין אתרוגיהן". (הגדולים חוטפים מהילדים את הלולבים ביום שביעי של סוכות. רש"י - "ואין בדבר לא משום גזל, ולא משום דרכי שלום, **שכך נהגו** מחמת שמחה[90]").

התוס' (ד"ה מיד) כתבו: "ויש ללמוד מכאן, לאותן בחורים שרוכבים בסוסים לקראת חתן, ונלחמים זה עם זה, וקורעין בגדו של חבירו, או מקלקל לו סוסו - שהן פטורין, ש**כך נהגו מחמת שמחת חתן**".

---

[89] בגמ' במסכת פסחים דף קיג עמוד ב מובא: "שלשה הקדוש ברוך הוא אוהבן: מי שאינו כועס, **ומי שאינו משתכר**, ומי שאינו מעמיד על מדותיו". הרמב"ם (הלכות דעות פרק ה הלכה ג) כתב: "כשהחכם שותה יין אינו שותה אלא כדי לשרות אכילה שבמעיו, **וכל המשתכר - הרי זה חוטא ומגונה ומפסיד חכמתו**, ואם נשתכר בפני עמי הארץ הרי זה חילל את השם".

[90] רש"י בדף דף מו עמוד ב (ד"ה מיד) הביא פירוש אחר, אך לאחר מכן מחזק את הפירוש הראשון ע"פ מעשה המבואר במדרש: "**ויש מפרשים**: מיד תינוקות, כלומר: מיד, אחר סיום מצות לולב, התינוקות שומטין את לולביהן, כלומר: מניחין אותם, כמו שומטו ומניחו בקרן זוית, והולכין ואוכלין אתרוגיהן".

**"ואין נראה**, דאמרינן (בויקרא רבה סדר בחוקותי פרשה לז): מעשה בחסיד אחד שנתן דינר לעני, והקניטתו אשתו וברח, ולא היה לו במה להתפרנס, בשביעי של ערבה הלך ושמט אתרוגין מיד התינוקות, כדתנן תמן: מיד התינוקות שומטין כו', והיה אותו חסיד עובר בספינה דרך כרך אחד, והוצרכו לבית המלך לאתרוגין דמצוה לרפואה, ומכרן ביוקר גדול, וחזר לביתו, אלמא: דגדולים שמטי ליה מיד התינוקות".

מדברי המשנה מבואר, אין חיוב על גניבת אתרוגים מקטנים בשביעי של סוכות. מדברי התוס' מבואר, שאין חיוב נזיקין במזיק בשעת שמחת חתונה. הטעם לכך הוא מפני המנהג, דהיינו שנהגו לשמוח, ונהגו לפטור את המזיקים שלא בכוונה, אלא תוך כדי השמחה הזיקו.

הדרכי משה בס"ק ה כתב בשם המרדכי (מס' סוכה סימן תשמ"ג): בחורים הרוכבים לפני חתן וכלה, ונלחמים זה עם זה, וקורע איש בגדי חברו - פטורים, שכך נהגו מחמת שמחת חתן וכלה.

הרא"ש (סימן ד) הביא את דברי התוס', אבל בתשובות (כלל קא סימן ה) הרא"ש פסק באדם שעבר עם סוסו ופגע בסוס החתן, יש להחשיבו כמזיק בגופו, שכן הוא רוכב על הבהמה ומנהיג אותה. ואם סוס החתן שייך לגוי, והגוי טוען שהסוס שווה הרבה יותר משוויו האמתי - המזיק אינו חייב לשלם כפי שהגוי מעליל עליו, אלא משלם כפי שומת בית הדין. וכ"פ המחבר.

לכאורה פסק הרא"ש בתשובות, בו הוא חייב את המזיק בשעת שמחה, סותר את דבריו במסכת סוכה, שם פטר מזיק בשעת שמחה? הב"ח הסביר: הרא"ש פסק כך, שכן באותו מקום לא היה נהוג המנהג שהובא בדברי התוס', לפטור את המזיק שלא בכוונה, תוך כדי שמחה, אבל אין הכי נמי, במקום שנהגו לפטור, אכן יש לפטור.

הרמ"א (אורח חיים סימן תרצה סעיף ב) פסק: "ויש אומרים דאם הזיק אחד את חבירו מכח שמחת פורים - פטור מלשלם. (ת"ה סימן ק"י). ועיין בחו"מ בדיני נזיקין".

לכאורה ע"פ דברי הרמ"א יש לפטור את המזיק מלשלם על נזקים שנעשו במהלך שמחת הפורים. אבל הפוסקים הביאו מספר ההסתייגויות כפי שנבאר:

א. תרומת הדשן כתב: למרות שמדינא, המזיק את חברו בשעת שמחה, פטור מלשלם, בכ"ז בכדי שאנשים לא יכוונו להזיק בזמני שמחה - **יש לקנוס את המזיק**, גם כאשר יש רק אומדנא ואין עדות ברורה. וכ"פ הרמ"א.

ב. הבית יוסף (או"ח סימן תרצ"ה סעיף ב) כתב בשם תרומת הדשן (סימן קי): בחורים שלוקחים מאכל אחד מהשני בימי הפורים שלא ברשות - אין בהם משום גניבה או גזלה, "ואין להזמינו לבית הדין, ואין חוששין עליו, ובלבד שלא יעשו שלא כהוגן". הבית יוסף סיים: "ונ"ל דהיינו לדידהו שהיו נוהגים הבחורים כך, **אבל אנו שלא נהגו כן - אין חילוק בין פורים לשאר ימות השנה לענין זה**".

ג. המשנה ברורה בס"ק יג כתב: "בב"ח מחלק בין היזק גדול לקטן, בין בגוף בין בממון, **דבהיזק גדול - מקפידין ואין מנהג לפטור בהיזק גדול**".

ד. עוד כתב המשנה ברורה בס"ק יד: גם במקום שנהגו לפטור, מדובר רק במזיק שלא בכוונה בשעת שמחה, אבל **אם התכוון להזיק - חייב לשלם**. וכ"פ המ"א בס"ק ח.

ה. ערוך השולחן (או"ח סימן תרצ"ה הלכה י) כתב: "ועכשיו בעוונותנו הרבים, ערבה כל שמחה, ואין אנו נוהגים לשמוח כל כך, עד שיבוא לידי היזק. ולכן עכשיו, **כשהזיק - חייב לשלם, ואפ' בזמן הקדמון - חייב בנזק הגוף**". (יש לציין שבחו"מ, ערוך השולחן כתב בסעיף כא, שיש לפטור

במקום שנהגו לפטור מזיק בשעת שמחת חתונה, ולא הביא את ההסתייגות כפי שכתב באו"ח).

**שיכור שהזיק**

מדברי הגמ' במסכת עירובין דף סד עמוד א מבואר שישנן שלוש דרגות: א)- שתוי. ב)- שיכור. ג)- שיכור כלוט:

א. **שתוי** - אדם ששתה רביעית יין ויכול לעמוד מול מלך ולדבר בצורה מכובדת - אסור לו להורות הלכה, וכן אסור לו לכתחילה להתפלל, שכן הוא לא יוכל לכוון בתפילתו, אך בדיעבד אם יתפלל שתוי - תפילתו מועילה.

ב. **שיכור** - אדם ששתה הרבה יין ולא יכול לעמוד מול מלך בצורה מכובדת - גם בדיעבד תפילתו תועבה. וכ"פ המחבר באורח חיים סימן צט סעיף א. צריך לציין, שיכור שלא הגיע לרמת שכרות של לוט, דינו כפיקח לכל דבר, וחייב בכל המצוות, וכן יש תוקף לכל הקניינים שיעשה, אלא שאסור לו להתפלל ואין לצרפו למניין (משנה ברורה סימן צט ס"ק י).

ג. **שיכור שהגיע לשכרות של לוט** - השיכור כלוט לא נחשב לבר דעת ופטור מהמצוות. הרמב"ם (הלכות מכירה פרק כט הלכה יח) הגדיר את השיכור כלוט: "**השכור שעושה ואינו יודע מה עושה**[91] - אין מעשיו כלום, והרי הוא כשוטה או כקטן פחות מבן שש". וכ"פ המחבר בחו"מ סימן רלד סעיף כב.

---

[91] אומנם הרמב"ם בהלכות יבום וחליצה (פרק ב הלכה ד) הגדיר אחרת את השיכור: "בד"א (הבא על יבימתו בשוגג במזיד או באונס - קנה)? שנתכוון לבעול, אבל אם נפל מן הגג ונתקע בה או שבא עליה **שכור שאינו מכיר כלום** או ישן - לא קנה".

**הרב המגיד** העיר: הגדרת הרמב"ם בהלכות ייבום שווה להגדרתו בהלכות מכירה, שמדובר בשיכור שאינו מודע למעשיו. אבל **האור שמח** כתב: הגדרת הרמב"ם בהלכות ייבום יותר חמורה מהגדרתו בהלכות מכירה, שכן הגדר בהלכות ייבום הוא "שאינו מכיר כלום", וזה שיכור ברמה יותר גבוהה מהשיכור המוגדר בהלכות מכירה שלא יודע מה עושה.

המחבר באבן העזר סימן מד סעיף ג כתב ע"פ דברי הרמב"ם (הלכות אישות פרק ד הלכה יח): "שיכור שקדש - קדושיו קדושין אפילו נשתכר הרבה; ואם הגיע לשכרותו של לוט - אין קדושיו קדושין. ומתיישבין בדבר זה".

ה"ה הסביר בדעת הרמב"ם: בגלל החומרא של אשת איש, לכן צריך להתיישב בדבר הזה.

הח"מ בס"ק ג כתב: "כלומר שחוקרין הרבה, אם היה שכור ממש כשכרותו של לוט, דלפעמים נראה שהוא כך, ואינו כן אחר החקירה".

וכן כתב בספר גט פשוט (סימן קכא ס"ק ד): לא צריך להתיישב בדבר קידושי שיכור בגלל הספק האם הקידושין חלו, אלא צריך להתיישב האם הוא היה באמת שיכור ולא היה מודע ואחראי למעשיו. (כפי הגדרת הרמב"ם בהלכות מכירה, ששיכור זה מי שלא מודע למעשיו).

הגט פשוט בס"ק ה נתן סימן לזהות שיכור שהגיע לשכרותו של לוט: שיכור שלאחר התפכחותו אינו זוכר מה שעשה, ככתוב בלוט "ולא ידע בשכבה".

הרמב"ם (הלכות חובל ומזיק פרק א הלכה יא) כתב: "אדם מועד לעולם, בין שוגג, בין מזיד, בין ער, בין ישן, בין **שכור**, אם חבל בחבירו או הזיק ממון חבירו - משלם מן היפה שבנכסיו".

באבן העזר סימן מד סעיף ג מבואר: יש לחלק בין שיכור שלא הגיע לשכרות לוט, שחייב בכל מצוות התורה, ובין שיכור שהגיע לשכרות של לוט שאינו חייב במצוות. אבל בדיני נזיקין, שיכור שהזיק - חייב, גם אם הוא ברמת שכרות של לוט, ואין הוא נחשב לאונס גמור, **שהרי יכל לשלוט בעצמו ולא להגיע למצב שכרות כשל לוט**. (כך כתב הגרע"א בסימן רלח סעיף כב בשם הישי"ש).

**שכרות בפורים**

**המחבר** (סימן תרצ"ה סעיף ב) פסק ע"פ דברי רבא במסכת מגילה דף ז עמוד ב: "חייב אינש לבסומי בפוריא עד דלא ידע בין ארור המן לברוך מרדכי".

הב"ח (סימן תרצ"ה בס"ק ב) כתב: ניתן בפורים לשתות ולהיות בדרגת שתוי ואף בדרגת שיכור שלא יכול לדבר בפני המלך בצורה מכובדת, כ"ז בתנאי שדעתו תהא מיושבת עליו.

אבל הר"ן (דף ג: ד"ה גמ') כתב בשם **רבינו אפרים**: הגמ' פסקה שלא צריך להשתכר בפורים, "דמההוא עובדא דקם רבה בסעודת פורים ושחטיה לר' זירא כדאיתא בגמרא (שם) - אידחי ליה מימרא דרבא". וכ"פ הט"ז (סימן תרצ"ה בס"ק ב).

וכך גם מובא בספר ארחות חיים (הל' פורים אות לח): "חייב אינש לבסומי בפוריא - לא שישתכר, **שהשיכרות איסור גמור, ואין לך עבירה גדולה מזו**, שהוא גורם לגילוי עריות ושפיכות דמים וכמה עבירות זולתן, אך שישתה יותר מלימודו מעט".

וכן כתב המאירי (בית הבחירה מסכת מגילה דף ז: ד"ה חייב): "ומ"מ אין אנו מצווין להשתכר ולהפחית עצמנו מתוך השמחה, שלא נצטוינו על שמחה של הוללות ושל שטות, אלא בשמחה של תענוג שנגיע מתוכה לאהבת השם והודאה על הנסים שעשה לנו".

**שיטת הרמב"ם** (הלכות מגילה וחנוכה פרק ב הלכה טו) - "ושותה יין עד שישתכר וירדם בשכרות". דהיינו כאשר אדם שותה יין ונרדם - הוא אינו יודע להבחין בשנתו בין ארור המן לברוך מרדכי[92].

שיטת **האגודה** (מגילה סי' ו) - צריך לשתות יין עד שלא יוכל לחשב שהגימטרייה של ארור המן שווה לגימטרייה של ברוך מרדכי.

השל"ה (פרשת תצוה תורה אור) כתב: "עוד יש לדקדק דקדוק הלשון שאמר חייב איניש לבסומי, כי השכרות גדול אינו נקרא בסומי, רק מבוסם נקרא מי שאינו שכור כל כך. על כן אני אומר, **שאדרבה באמרם זה הזהירנו באזהרה שלא נשתכר כל כך, רק חייב אינש לישאר מבוסם**".

[92] כך הרמב"ם הסביר את דברי רבא (שם): "מיחייב איניש לבסומי בפוריא, עד דלא ידע בין ארור המן לברוך מרדכי".

צריך להדגיש, השתייה בפורים היא חלק מסעודת פורים, לכן מצוותה רק ביום ולא בלילה, כך שאין כל סיבה לפטור את הנתבע שהשתכר בליל פורים.

נסיים עם דברי מהרש"ל (ים של שלמה מסכת בבא קמא פרק ג): "השיכור, אפי' הגיע יותר משכרתו של לוט... ומ"מ מקבל דינו על מה שלא עצר ברוחו ושיכר עצמו להשתגע. אבל לפוטרו מדין הזיק שמזיק לחבירו - פשיטא שחייב, דאדם מועד לעולם, בין שוגג בין מזיד, בין ער בין ישן, בין אונס בין רצון. דאל"כ לא שבקת חיי, דכל שונא ישתה וישתכר על חבירו להזיקו, ויפטור. **ואפילו בפורים דמחויב להשתכר - מ"מ אין כונת רבותינו כדי שישתגע**".

**שומת חפץ**

המזיק חפץ מסוים - צריך לשום כמה החפץ היה שווה **בשעה שנעשה הנזק**, (צריך לשים לב שאם מדובר בחפץ משומש - לא שמים את שווי החפץ כפי מחיר חפץ חדש אלא כפי מחיר חפץ משומש), וכמה החפץ שווה **לאחר הנזק** ואת ההפרש יש לשלם.

ישנן מספר דרכים שהובאו בפוסקים כיצד לשום את החפץ הניזוק. נביא אחת מהן:

המזיק מוצר ולא ניתן לתקנו (או שלא שווה לתקן) והמוצר כעת לאחר ההיזק לא שווה כלום, צריך לבדוק את שוויו כמוצר משומש במועד שלפני ההיזק. לצורך כך יש לבחון כמה המוצר עלה, וכן צריך לבדוק כמה זמן בממוצע מחזיק אותו מוצר, המזיק ישלם את מחיר המוצר פחות זמן השימוש.

למשל מוצר ששווה מאה שקלים, ומחזיק מעמד במשך עשר שנים, יוצא ששווי המוצר יורד בכל שנה בעשרה שקלים, ואם לאחר שלוש שנים המוצר הוזק בצורה בה לא ניתן לתקנו והמוצר גם לא שווה כלום - המזיק ישלם שבעים שקלים.

# נזק לפגוש של רכב

**המקרה:**

נהג רכב פגע בפגוש של רכב שעמד לפניו. הניזק רוצה להחליף פגוש חדש, אך המזיק מוכן לשלם רק את המחיר של פגוש הישן.

**תשובה:**

א. המזיק צריך לשלם לניזק פגוש כפי שוויו שהיה בשעת הנזק, המזיק לא צריך לשלם שווי של פגוש חדש.

ב. המזיק לא יכול לדרוש לשום את הפגוש ע"פ פחת הרכב הכללי, כי הרכב לא עומד למכירה אלא לתיקון.

ג. על המזיק גם לשלם את עלות הפועל שמתקין את הפגוש (ולא רק את עלות הפגוש), כי המזיק הזיק פגוש שהיה מחובר לרכב, כך שעליו לשלם את הסכום הדרוש בכדי להחזיר את המצב לקדמותו (מחיר הפגוש כפי שהיה בשעת הנזק וכן את עלות התיקון).

ד. מזיק שתיקן את החפץ שהזיקו - עליו עוד לשלם את הפחת שיש בשווי החפץ לאחר תיקונו. לדעת הש"ך, מזיק שתיקן את החפץ בצורה מלאה - המזיק לא צריך לשלם כלום.

ה. לדעת **הרמב"ם והמחבר**, **החיוב על המזיק הוא להחזיר את המצב לקדמותו** ולתקן את הנזק, אבל לדעת **הראב"ד והרמ"א**, **החיוב המוטל על המזיק הוא חיוב תשלום ממוני**, ולא חיוב החזרת החפץ או תיקונו. לדעת הש"ך המזיק צריך **לתקן** את הנזק, אך לדעת החזון איש המזיק צריך **לשלם** על הנזק.

ו. לדעת הש"ך **הניזק** צריך לתקן את הנזק, הניזק **לא יכול** לקחת את המעות לשימושים אחרים, אך לדעת החזון איש הניזק **יכול** לקחת את המעות לעצמו.

ז. חפץ שהוזק **והשתנה המחיר בין שעת ההיזק לשעת התיקון**, האם ישלם את המחיר של החפץ שהיה בשעת ההיזק, או את המחיר שהשתנה בשעת התיקון: לדעת הש"ך צריך לשלם את המחיר של החפץ **בשעת התיקון**, אך לדעת החזון איש המזיק צריך לשלם את המחיר של החפץ **בשעת ההיזק**.

**השאלות לבירור:**

א. מתי משלמים פחת ומתי צריך לתקן?

ב. האם יכול הניזק לתקן את מה שהזיק או שחייב לשלם?

ג. האם המזיק צריך להחזיר חפץ זהה או לשלם?

ד. דין חפץ שהתייקר משעת ההיזק ועד שעת התשלום.

**א- מתי משלמים פחת ומתי צריך לתקן**

הגמ' במסכת בבא מציעא דף ה עמוד א שאלה: מדוע יש לימוד הממעט שבועת מודה במקצת בקרקעות, הרי כל הודאה בקרקע נחשבת להילך, (שהרי הקרקע קיימת ועומדת לפניו), וכבר מדין הילך אנו למדים שפטור משבועה? הגמ' ענתה: צריך פסוק במקרה בו מודה במקצת נזק לקרקע, כגון שמודה שחפר בקרקע בור, ובקרקע פגומה אין דין הילך, ולכך צריך פסוק מיוחד הפוטר משבועה בכל טענת קרקע.

**הרמב"ם** (הלכות טוען ונטען פרק ה הלכה ב) כתב: התובע את חברו שהזיק את שדהו, כגון שחפר בה שני בורות, והנתבע מודה במקצת, שחפר רק בור אחד - **אינו חייב שבועה דאורייתא, שכן אין חיוב שבועה דאורייתא על קרקעות**, אבל יש חיוב שבועה מדרבנן על קרקעות, לכן נשבע שבועת היסת ונפטר. וכ"פ המחבר בסימן צה סעיף ו. לדעת הרמב"ם והמחבר, **החיוב על המזיק הוא להחזיר את המצב לקדמותו** ולתקן את הנזק, ומכיוון שכאן מדובר בתיקון הקרקע לכן אין חיוב שבועה על קרקע למודה במקצת.

אבל **הראב"ד** כתב: הנתבע פטור משבועה דאורייתא, רק כאשר תבעו למלאות את החפירות, אבל אם תבעו לשלם על הנזק - הרי זה כשאר תביעת ממון, ונשבע שבועה דאורייתא. וכ"פ הרמ"א. לדעת הראב"ד והרמ"א, **החיוב המוטל על המזיק הוא חיוב תשלום ממוני**, ולא חיוב החזרת החפץ או תיקונו.

הרב המגיד הקשה על הראב"ד: הניזק אינו יכול לבקש מהמזיק שימלא לו את החפירות, שכן המזיק יכול לדרוש רק **תשלום** עבור ההיזק, אך אין הוא יכול לכפות על המזיק **שיתקן** לו את הנזק בפועל. כך שכל חילוק הראב"ד בין ניזק שמבקש למלאות את החפירות, שנחשב לתביעה על הקרקע, ובין תביעה כספית - אינו קיים, כל תביעה היא תביעה כספית הנגרמת בגלל הקרקע, ונחשבת כתביעת קרקע, ואין שבועה על קרקעות.

**הנימוקי יוסף** (מס' ב"מ דף ב: דיבור ראשון) כתב כדברי הרמב"ם, והקשה על הראב"ד: בכל מקרה התביעה היא על הקרקע, ולכך אינו מחויב בשבועה דאורייתא. אך **הש"ך** בס"ק יח כתב כדברי הראב"ד, והוכיח שהרמב"ם מודה לדברי הראב"ד, במקרה בו אדם תבע מחברו שישלם את דמי הקרקע, שנשבע שבועה דאורייתא, ככל תביעת מיטלטלין.

הש"ך תירץ את קושיית הרב המגיד על דברי הראב"ד: מתי אנו אומרים ששמין למזיק, דהיינו שהמזיק רק משלם כסף על הפחת, אך אינו חייב לתקן, רק במקום בו לא ניתן לתקן, שאז שמים את שווי הפחת של שנגרם לחפץ, והמזיק ישלם את הפער, אבל במקום שניתן לתקן - המזיק מחויב לתקן את הנזק.

וכן עוד כתב הש"ך בסימן שפז ס"ק א: "דנראה (מתי שמים בנזיקין), דהיינו כשאין אפשר לתקן הכלי, **אבל אם אפשר לתקנו - מחויב המזיק לתקנו**".

נמצא אפוא, במקום בו הפגוש של הרכב **נהרס לגמרי**, במציאות כזו שרוב בני אדם לא יתקנו את הפגוש - יש לשלם ע"פ **הפחת** ולא ע"פ עלות **התיקון**.

המשנה במסכת בבא קמא בדף יד עמוד ב כתבה: על המזיק לשלם לניזק בכסף. דהיינו הב"ד שמים את שווי החפץ לפני הנזק ושווי החפץ לאחר הנזק, והמזיק משלם את הפער.

הגמ' במסכת בבא קמא דף יא עמוד א כותבת: "אמר שמואל: אין שמין לא לגנב ולא לגזלן אלא לנזקין". (גנב כלי ונשבר, הגנב אינו יכול לומר אחזיר לבעלים את הכלי השבור, והוסיף את שווי הפחת, אלא הגנב לוקח את הכלי השבור לעצמו, ועליו לשלם לבעלים שווי הכלי בעת הגניבה. רק בנזיקין אנו שמין את שווי הכלי השבור, והמזיק ישלם את ההפרש, שכן בנזיקין אנו למדים זאת מפסוק, שכתוב 'והמת יהיה לו').

מדברי הגמ' מבואר, יש קולא בדיני מזיק את ממון חברו - יותר מאשר בדיני גנב וגזלן: **המזיק את ממון חברו** לא צריך לשלם את שווי כל החפץ שהזיק, אלא עליו לשלם רק את הפער שיש בגלל הפחת שנוצר מהנזק, לאור זאת, פגוש של רכב שהיה שווה לפני ההיזק סכום מסוים (שווי של פגוש יד שנייה), וכעת לאחר שנעשה הנזק הפגוש שווה פחות - המזיק ישלם רק את הפער שנוצר ולא ישלם פגוש חדש[93].

אומנם **גנב וגזלן** צריכים לשלם את כל סכום החפץ שהיה בשעת הגניבה, כגון חפץ השווה מאה שקלים שנגנב ולאחר זמן הגנב רוצה להחזיר את שווי החפץ הגנוב, אך כעת ערכו ירד והחפץ שווה רק שבעים שקלים - הגנב ישלם את שווי החפץ בשעת הגניבה ולא רק את שוויו העכשווי, דהיינו הגנב ישלם מאה שקלים ולא שבעים שקלים.

התוס' (ד"ה אין) הסבירו: **גנב וגזלן** צריכים להחזיר את כל החפץ שגזלו, כפי שכתוב (ויקרא פרק ה פסוק כג): "והשיב את הגזלה אשר גזל", דהיינו עליהם להחזיר את החפץ שנגזל או לשלם את שוויו בשעת הגזלה, שהרי הם קנו את החפץ ברגע שהוציאו אותו מרשות הבעלים, אומנם **מזיק** צריך לשלם רק את הנזק דהיינו את הפחת ולא את כל שווי החפץ[94].

---

[93] וכך פסק המחבר בסימן תג סעיף א: "שמין השברים בנזיקים, אם שבר כלי הוא או בהמתו אין אומרים: יתן לו כלי שלם ויקח השברים, אלא שמין כמה נפחתו דמיו בשביל השבירה, ויקח הניזק השברים, והמזיק ישלים עליהם".

[94] וכך מבואר בדברי הגמ' במסכת בבא קמא דף י עמוד ב: "(במשנה מובא): חבתי בתשלומי נזקו - (הגמ' מדייקת): חבתי בנזקו לא קתני, אלא בתשלומי נזקו". (המזיק לא צריך לשלם את כל הנזק. למשל, ההורג שור - עליו לשלם על הפחת, כך שהנבלה נשארת ביד הניזק, והמזיק ישלם רק את הפער, ולא אומרים שהמזיק ישלם את כל שווי השור וייקח את הנבלה).

"תנינא להא דתנו רבנן: תשלומי נזק - מלמד, שהבעלים מטפלין בנבילה. (הניזק בעל הבהמה נשאר עם הנבלה, והמזיק ישלם רק את הפער). מנא הני מילי? אמר ר' אמי, דאמר קרא: מכה נפש בהמה ישלמנה, אל תקרי ישלמנה אלא ישלימנה.

במסכת בבא קמא דף נח עמוד ב מובא: יש קולא למזיק שהוא לא צריך לשלם את שווי הנזק אלא יש לשום את הפחת שנוצר כתוצאה מהנזק, (כגון בהמה שאכלה ערוגה אחת, בעל הבהמה לא צריך לשלם את המחיר היקר של ערוגה אחת, אלא צריך לשלם רק את המחיר של הפער שיש במכירת פי שישים של אותה ערוגה שניזוקה, (ערוגה אחת מתוך שישים ערוגות כדעת חזקיה). וכ"פ המחבר בסימן שצד סעיף ד.

לאור זאת אם הפגיעה ברכב היא מזערית, כגון שיש שריטה קטנה בפגוש וכד', הרי שהמשמעות של חישוב זה שהמזיק כמעט ולא יצטרך לשלם כלום, כי אין הבדל משמעותי בין רכב עם שריטה לבין רכב ללא שריטה. אך החזון איש (ב"ק סימן ו בס"ק ג) חידש: שכל דברי הגמ' אמורים רק **בדבר העומד למכירה**, שאז אכן אין הפסד גדול למוכר בין שדה עם ערוגה לבין שדה ללא ערוגה, (או בין רכב עם שריטה לרכב ללא שריטה), אבל אם השדה לא עומדת למכירה, הרי שנוצר הפסד לבעל השדה שצריך כעת לזרוע ערוגה נוספת, לכן על המזיק לשלם את שווי הערוגה. אף כאן אם הרכב לא עומד למכירה, הרי שנוצר נזק לבעל הרכב, ועל המזיק לשלם את עלות התיקון.

יש לסייג זאת רק ברכב **שדרך העולם אכן לתקן**, כגון ברכב חדש שאכן הנוהג הוא להקפיד גם על שריטה קטנה, אך אם מדובר ברכב ישן ובפגיעה קטנה שלא נהוג לתקנה - אין חיוב לשלם על הנזק אלא רק על הפחת.

ע"פ דברי החזון איש, על המזיק לשלם את עלות הפגוש כפי שהיה בשעת הנזק, שכן דרך העולם לתקן פגוש שניזוק, על המזיק גם לשלם את עלות התיקון, כי המזיק הזיק פגוש שהיה מחובר לרכב, כך שעליו לשלם את הסכום הדרוש בכדי להחזיר את המצב לקדמותו (כולל עלות התיקון).

**ב- האם הניזק יכול לכפות על המזיק לתקן**

מדברי **הש"ך** (שם) מתחדש, כי במידה והניזק מעוניין דווקא בתיקון החפץ, ולא במעות בשווי הפחת שנגרם לחפץ - יכול הניזק לכפות על המזיק שיתקן את החפץ. אך מדברי **הנתיבות** בס"ק ו והתומים בס"ק ז משמע, שהניזק אינו יכול לכפות על המזיק לתקן את החפץ, ועל המזיק לשלם את שווי הפחת בלבד, שכן חיוב המזיק הוא רק בדמים. אומנם אם המזיק מעוניין לתקן מרצונו - יכול המזיק להחליט שהוא מתקן בעצמו ולא משלם על הנזק.

מכאן ניתן ללמוד, כאשר יש דין ודברים מי יתקן, כגון ניזק שאומר למזיק: אתקן את הרכב במוסך שלי, ואתה המזיק תשלם, אך המזיק אומר: אתקן במוסך אחר יותר שהוא יותר זול - הדין עם המזיק. בתנאי שהמוסך החלופי מקצועי ומתקן באותה רמה ובאותה איכות בה היה הפגוש בשעת הנזק.

---

(להשלים את הפער). רב כהנא אמר, מהכא: אִם טָרֹף יִטָּרֵף - יְבִאֵהוּ עֵד הַטְּרֵפָה - לא יְשַׁלֵּם, (פשט הפסוק: שומר שכר ששמר על בהמה והיא נעשית טריפה באונס - יביא עד ופטור מלשלם. אך הגמ' דורשת): עֵד טרפה ישלם, (משלם את הפער ללא סכום הנבלה), טרפה עצמה לא ישלם. חזקיה אמר, מהכא: והמת יהיה לו, לניזק".

צריך לציין, אם מדובר ברכב חדש שיש עליו אחריו לתקן רק במוסך מורשה, ואם יתקן אותו במוסך אחר ייגרם נזק לבעל הרכב בהפסד האחריות - יכול הניזק לתבוע שהרכב יתוקן במוסך מורשה, אבל אם מדובר ברכב שמנהג העולם לא לתקן רכב מסוג זה במוסך מורשה אלא במוסך פרטי - יכול הניזק לקבוע באיזה מוסך לתקן, כל עוד שמציע לתקן במוסך מקצועי ואמין.

הנתיבות בסימן שמ ס"ק ג כתב: "אטו אם אחד יסתור כלי או בנין של חבירו, שאומן יכול להחזירו - יפטר מלשלם שכר האומן?! **אלא ודאי דכל מזיק מחוייב להחזיר הנזק שיהיה כמות שהוא בראשונה כל שניכר היזקו אף שלא נשתנה לגמרי**, ודוקא גזלן כשנעשה נזק בהגזילה שלא ע"י מעשה הגזלן - אינו חייב כשלא נשתנה, ויכול לומר לו הרי שלך לפניך, **אבל מזיק בידים - חייב להחזיר דמי הנזק אפילו כשלא נשתנה**".

החזון איש (ב"ק סי' ו בס"ק ג) הביא את דברי הש"ך והנתיבות ופסק: המזיק לא צריך **לתקן** את הנזק, אלא המזיק צריך **לשלם** את ההפסד הממוני שנגרם לחפץ בעקבות הנזק. על המזיק מוטל חוב, ועליו לשלם לניזק **גם אם הניזק ייקח את הכסף לשימוש אחר** ולא יתקן בו את החפץ. לדעת החזון איש, **המזיק צריך לשלם כפי השווי שהיה בשעת ההיזק** למרות שמחיר החפץ הוזל או התייקר לאחר ההיזק. (אבל לדעת הש"ך, יש חיוב לתקן, לכן אם המחיר הוזל או התייקר לאחר מכן - צריך לשלם את **המחיר בשעת התיקון** ולא משנה אם הוא זול או יקר יותר מהמחיר **בשעת ההיזק**).

וכך מוכח מדברי הגמ' במסכת בבא קמא דף פה עמוד א: "ואי א"ל: קוץ לי מקץ, א"ל: כל שכן דפשעת בנפשך וקרו לי שור המזיק". (החובל בחברו, והנחבל מבקש לקבל מעות בשווי הוצאות הריפוי - החובל לא חייב לשמוע לו, אלא יכול לדרוש לשלם לרופא בעצמו, {או לדרוש קבלה ממרפאה, ובכך לוודא שאכן הכסף עבר לצורכי הריפוי}. יש חשש שמא הנחבל לא ירפא את עצמו, אלא הוא ישתמש בכסף לדברים אחרים, ויישאר חבול כל ימיו, וכך יהיה גם לחובל גנאי גדול, שיתפרסם באופן תמידי שהוא מזיק ויקרא שור המזיק).

מדברי הגמ' משמע, שרק בחובל ונחבל אנו מחייבים "לתקן" את הנחבל, בכדי שלא יצא שם רע על החובל כל ימיו ויקראו לו שור המזיק, (וכ"פ המחבר בסימן תכ סעיף כג), אבל בהיזק ממוני - אין חיוב לתקן את הנזק, אלא יכול הניזק לקחת את הכסף לשימושים אחרים. ע"פ דברי הש"ך, הגמ' לא הייתה צריכה להדגיש את דין חובל, שכן לשיטתו בכל דיני נזיקין יש חובה על המזיק לתקן את החפץ, ומכך שהגמ' התייחסה רק לחובל ונחבל, משמע שבהיזק ממוני - אין חיוב לתקן.

**ג- האם המזיק צריך להחזיר חפץ זהה או לשלם**

המחנה אפרים (חלק א הלכות נזקי ממון סימן א) כתב: לדעת **הרמב"ם** (הלכות שכירות פרק ג הלכה ג) המזיק ישלם את הפחת ע"פ הסכום המוזל של החפץ שהוזק ולא ע"פ הסכום שהיה בשעת ההיזק. הטעם לכך הוא שהחיוב של המזיק הוא **להחזיר את החפץ** שהוזק, ובמחיר הזול הוא מחזיר לניזק את

החפץ. אומנם מדברי **הראב"ד** (הלכות טוען ונטען פרק ה הלכה ב) משמע, שיש חיוב על המזיק לשלם כפי שווי החפץ בשעת הגזלה, למרות שהחפץ לאחר מכן הוזל.

הגמ' במסכת פסחים דף לב עמוד א כתבה: "איבעיא להו: כשהוא משלם, (אדם שאכל תרומה של כהן) - לפי מדה משלם או לפי דמים משלם"? (האם הוא צריך להחזיר את כמות הפירות שאכל, או שעליו לשלם את שווי הפירות).

"כל היכא דמעיקרא שויא ארבעה זוזי, ולבסוף שויא זוזא - לא תיבעי לך דודאי כדמעיקרא משלם לפי דמים, (אם בשעה שאכל את התרומה - התרומה הייתה שווה ארבעה זוזים, ובשעה שבא לשלם על נזקו התרומה הוזלה ושווה רק זוז - פשוט שישלם כמו כל גזלן שווי של ארבעה זוזים כפי שהתרומה הייתה שווה בשעת הגזלה), דלא גרע מגזלן. דתנן (מס' ב"ק דף צג עמוד ב): כל הגזלנין משלמין כשעת הגזלה".

"כי תיבעי לך - דמעיקרא שויא זוזא, ולבסוף שויא ארבעה. (בשעת אכילת התרומה התרומה הייתה שווה רק זוז, ובשעה שבא לשלם התרומה התייקרה ושווה ארבעה זוזים) - מאי, לפי מדה משלם, דאמר ליה: גריוא אכל - גריוא משלם. (הוא צריך להחזיר את אותה הכמות שאכל, למרות שכעת על אותה כמות יצטרך לשלם פי ארבע), או דילמא: לפי דמים משלם, בזוזא אכל - בזוזא משלם"? (עליו להחזיר את הסכום שהזיק, הוא הזיק זוז ויחזיר זוז, למרות שכעת הוא מחזיר רק רבע מהכמות).

הגמ' במסכת בבא מציעא דף צט עמוד ב כותבת: "אמר רבא: הני שקולאי דתברו חביתא דחמרא לחנוואה, ביומא דשוקא מיזדבנא בחמש, בשאר יומי מיזדבנא בארבע". (סבלים שפשעו ושברו חבית יין של חנווני, עליהם לשלם לחנווני את סכום היין. מדובר בחבית שנמכרת ביום השוק במחיר יקר יותר מאשר בימים רגילים, כגון חבית שנמכרת ביום שוק בחמישה זוזים, ובשאר הימים החבית נמכרת בארבעה זוזים).

"אהדרו ליה ביומא דשוקא - מהדרו ליה חביתא דחמרא, בשאר יומי - מהדרו ליה חמש". (הם משלמים את הסכום היקר. {דהיינו המזיק משלם את שווי החפץ כפי שהיה בשעת ההיזק, גם אם אח"כ המחיר הוזל - ישלם את הסכום היקר כפי שהיה החפץ בשעת הנזק}, לכן אם שברו את החבית ביום השוק - ישלמו את המחיר היקר ששווה חבית ביום השוק, ואם שברו בשאר ימים - ישלמו את המחיר הזול של שאר ימים).

"ולא אמרן אלא דלא הוה ליה חמרא לזבוני, אבל הוה ליה חמרא לזבוני - הא איבעי ליה לזבוני". (הגמ' סייגה: מדובר במוכר שנותר ללא חביות יין למכירה ביום השוק, רק אז עליהם לשלם ביום השוק את המחיר היקר, אך אם היה לו יין למכור והוא לא מכר, משמע שהם לא גרמו לו הפסד של

מכירה ביום השוק במחיר יקר, שהרי היה לו יין חלופי למכור ביום השוק והוא לא מכר, לכן גם ביום השוק ישלמו את המחיר המוזל בשאר הימים[95]).

"ומנכי ליה אגר טירחיה, ודמי ברזנייתא". (המזיקים לא צריכים לשלם את כל הסכום, אלא יש להפחית מהתשלום סכום שהיה המוכר מוכן לשלם בכדי לשבת בביתו ולא לעבוד, וכן צריך להפחית את המחיר שהיה בעל החבית משלם לאומן בכדי שיתקין לו ברז).

**שיטת הרמב"ם** (הלכות שכירות פרק ג הלכה ג) - לרמב"ם הייתה גירסא אחרת בגמ': סבלים שפשעו ושברו חבית יין של חנווני, עליהם לשלם לחנווני את סכום היין. מדובר בחבית שנמכרת ביום השוק במחיר יקר יותר מאשר בימים רגילים, לכן הגמ' חילקה כך: **החיוב יהיה לפי הזמן בו המזיקים החזירו את החוב**: אם הם משלמים ביום השוק - עליהם לשלם את שווי היין היקר ביום השוק, כי כך שווה החבית, או לחלופין להביא חבית יין, והחנווני ימכור ביום השוק במחיר היקר, וכך לא יגרם לו הפסד, אך אם הם באו לשלם בשאר הימים, עליהם לשלם את המחיר הזול, (זו הייתה הגירסא של הרמב"ם בגמ', ולא כפי הגירסא אצלנו שגם ישלמו את המחיר היקר). כמו כן הם לא יכולים להחזיר חבית יין אלא עליהם לשלם מעות. המחבר פסק כפי גירסת הרמב"ם.

מדברי הרמב"ם מבואר, **המזיק** (הסבל ששבר את חבית היין) **צריך לשלם ע"פ הסכום הזול**, (רק ביום השוק בתנאי שלא נותרו לחנווני עוד חביות יין - ישלם את המחיר היקר, בגלל ההפסד הישיר שנגרם לו בכך שלא יכול למכור במחיר היקר שיש ביום השוק).

שיטת **הרא"ש** (סימן יז) - הרא"ש גרס בגמ' שהוא משלם את הסכום היקר. דהיינו **המזיק משלם את שווי החפץ כפי שהיה בשעת ההיזק**, גם אם אח"כ המחיר הוזל - ישלם את הסכום היקר כפי שהיה החפץ בשעת הנזק, (ולא כדעת הרמב"ם, שמשלם כפי השווי ביום בו הוא מחזיר את החוב), לכן אם שבר חבית ביום השוק - ישלם את המחיר היקר ששווה חבית ביום השוק, ואם שבר בשאר ימים - ישלם את המחיר הזול של שאר ימים. וכ"פ הרמ"א.

הרא"ש עוד כתב: אם שבר **ביום השוק** - יכולים המזיקים גם להחזיר חבית, כי המוכר יכול בקלות למכור את החבית ביום השוק, אבל אם המזיקים שברו את החבית **לא ביום השוק** - המזיקים חייבים לשלם מעות ולא יכולים לשלם חבית ולומר למזיק שיחכה ליום השוק הבא.

---

[95] נחלקו הפוסקים בהסבר הסתייגות הגמ': **רש"י** ביאר: מדובר במוכר שנותר ללא חביות יין למכירה ביום השוק, רק אז עליהם לשלם ביום השוק את המחיר היקר, אך אם היה לו יין למכור והוא לא מכר, משמע שהם לא גרמו לו הפסד של מכירה ביום השוק במחיר יקר, שהרי היה לו יין חלופי למכור ביום השוק והוא לא מכר, לכן גם ביום השוק ישלמו את המחיר המוזל בשאר הימים.

אבל **הרא"ש** ביאר: אם שברו חבית ביום השוק - יכולים המזיקים להחזיר חבית ולא חייבים לשלם מעות, כי המוכר יכול בקלות ביום השוק למכור את החביות. אומנם אם למוכר יש חביות למכור - המזיקים יצטרכו לשלם מעות ולא יכולים להחזיר חביות.

ובכן, המזיק פגוש רכב של חבירו, הפגוש בשעת הנזק היה שווה סכום מסוים, אך ביום שהמזיק בא לשלם על היזקו, מחיר הפגוש ירד לחצי מחיר - לדעת **הרמב"ם** החיוב של המזיק הוא להחזיר חפץ דומה, ("לפי מדה משלם"), כך שיכול המזיק לרכוש פגוש באיכות דומה לפגוש כפי שהיה בשעת הנזק ולתנו לניזק, (למרות שכעת המזיק רוכש פגוש בחצי מחיר), המזיק יכול לומר לניזק: החזרתי לך בדיוק אותו פגוש שהיה לך. אבל לדעת **הרא"ש**, החיוב אינו להחזיר חפץ, אלא החיוב הוא לשלם את השווי שהיה בשעת ההיזק, ("לפי דמים משלם"), כך שהמזיק יצטרך להחזיר לניזק את הסכום הגבוה שהיה שווה הפגוש בשעת הנזק.

הקצות בס"ק א כתב: "ולדברי הרמב"ם לא ירדנו, דהא כל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה, ולא כשעת התביעה". אך המחנה אפרים הסביר שיש לחלק בין גזילה לבין נזקין, **בגזלה** אכן משלם כפי השווי בשעת הגזילה, אך **בנזיקין** יש להחזיר את החפץ, לכן ישלם את השווי בשעת החזרת החוב, וגם הרא"ש והרמ"א יודו בנזיקין שעליו להחזיר את החפץ.

כאמור, הקצות בס"ק א וכן הנתיבות בס"ק ב כתבו במפורש שנזיקין שווה לגזילה, כך שעל המזיק לשלם כפי השווי בשעת הנזק, (לכן המזיק צריך לשלם את שוויו של הפגוש שהיה בשת הנזק), ולא כפי חידושו של המחנה אפרים, שבנזיקין לכו"ע רק צריך להחזיר את החפץ שהוזק.

החזון איש (ב"ק סימן ח בס"ק יד-טו) כתב: אין להביא ראייה מדברי הגמ' במסכת בבא מציעא, כי שם מדובר במזיק לחביות יין שיש לו **מחירים שונים**, מחיר יקר בזמן השוק ומחיר זול יותר בשאר השנה, במקרה זה המזיק ישלם באופן בו לא יגרם הפסד לניזק, אבל המזיק **מוצר שמחירו אחיד** - עליו לשלם את המחיר היקר כפי שהיה בשעת ההיזק, וגם אם החפץ הוזל לאחר מכן - ישלם את המחיר הגבוה שהיה בשעת הנזק. וכן להיפך, אם המחיר היה זול בשעת הנזק ולאחר מכן המחיר התייקר - המזיק ישלם את המחיר הזול שהיה בשעת הנזק. שיטת החזון איש היא שיש **לחייב את המזיק לשלם לפי ממון ולא לפי מידה**.

# נזק שנגרם בנסיעה לאחור

**המקרה:**

נהג רכב החל בנסיעה לאחור לצורך חנייה, (לאחר ווידוא שאין רכב מאחור ובנסיעה איטית). רכב אחר שהגיע מפנייה עצר בצמידות לרכב הראשון, בעל הרכב הראשון לא ראה את הרכב מאחוריו והתנגש בו. לשני הרכבים נגרם נזק, לרכב הפוגע נגרם נזק בסך 500 ש"ח, ולרכב של הניזק נגרם נזק בסך 1,000 ש"ח.

**תשובה:**

א. שני נהגים שנהגו כשורה וע"פ החוק, והנזק נעשה ברשות הרבים ללא כוונה, והמזיק לא ראה את הניזק, ולא הייתה רשלנות - שניהם פטורים מלשלם על הנזק שגרמו אחד לשני.

ב. שני נהגים שלא נהגו כשורה וע"פ החוק, והנזק נעשה ברשות הרבים ללא כוונה, והמזיק לא ראה את הניזק - שניהם פטורים מלשלם על הנזק שגרמו אחד לשני.

ג. נהג אחד שנהג כשורה וע"פ החוק, ונהג שני שלא נהג ע"פ חוקי תעבורה, (כגון שלא ציית לתמרורים, או שנסע במהירות האסורה ע"פ חוק) - הנהג שלא נסע ע"פ החוק חייב לשלם על כל הנזקים שיגרום לנהג שנסע ע"פ החוק.

**השאלות לבירור:**

א. גדר חיוב נזק הנגרם מרכב.

ב. נזק שנגרם בתאונה כאשר אחד שמר על חוקי התנועה והשני לא שמר.

ג. נזק שנגרם בתאונה כאשר שני הנהגים לא שמרו על חוקי התנועה.

**א- גדר חיוב נזק הנגרם מרכב**

נזק הנגרם מרכב האם יש לדונו כדין אדם המזיק או כדין ממונו שהזיק? יש לכך נ"מ מאוד גדולה להלכה, אם נגדיר את הנזק ע"פ דיני **אדם המזיק**, הרי שאדם מועד לעולם וחייב לשלם, אך אם נגדיר את הנזק **כממונו שהזיק**, הרי שנצטרך להחיל עליו את דיני בור, ובכך לא יהיה ניתן לחייב את הנהג על ההיזק של השער, שהרי אין חיוב בנזקי בור על כלים.

בגמ' במסכת בבא קמא דף כח עמוד ב (וכן בדף ה עמוד ב, ובדף מח עמוד ב) מובא: "מכדי אבנו וסכינו ומשאו - מבורו למדנו, וכולן אני קורא בהן: שור - ולא אדם, חמור - ולא כלים. והני מילי לענין קטלא, אבל לענין נזקין - אדם חייב, וכלים פטורין". דהיינו, מהפסוק אנו למדים שחיוב בור הוא רק על בהמה

שניזוקה מהבור, או על אדם שניזוק בבור, אבל לא על כלים שנשברו בבור[96], ולא על אדם שמת בבור. וכ"פ המחבר בסימן תי סעיף כא.

הנימוקי יוסף (מסכת בבא קמא דף טו עמוד ב) כתב: "משום דלא אמרינן הכי (מתי מחילים דיני בור), אלא היכא דנפיל ושדי דדומיא דבור דלא שליט בגופיה, **אבל היכא דקאי אנפשיה - לאו תולדה דבור היא, אלא כמאן דאזקיה בידים דמי**".

הרא"ש (כלל קא סימן ה) כתב: אדם שעבר עם סוסו ופגע בסוס החתן, יש להחשיבו כמזיק בגופו, שכן הוא רוכב על הבהמה ומנהיג אותה. וכ"פ המחבר בסימן שעח סעיף ט.

הנהג הוא זה ששולט ברכב, הוא קובע מתי להגביר מהירות, מתי להאט ומתי לעצור את הרכב. לכן ללא ספק יש להחיל על הנהג את דיני אדם המזיק.

וכך מובא ביביע אומר (חלק ט - חושן משפט סימן ה): "וכן כאן משעה שהדליק את המנוע של המכונית ע"מ לנסוע בה, נחשב בידים הוא, ולא גרמא, [וע' בשו"ת אבני נזר (חאו"ח ס"ס שפח), ובשו"ת הר צבי (חאו"ח סי' קלד). ודו"ק]. וע' להחזון איש (מועד סי' לו), שכתב, שהחורש בשבת ע"י מכונה, אף שהאדם לוחץ לחיצה אחת, ותנועת הגלגל נמשכת מאליה, מ"מ כל החרישה נחשבת גירי דיליה, ומעשה ידיו הם, וכמ"ש הנימוקי יוסף בדין אשו משום חציו. ע"ש. עכ"פ אין לומר שהעושה חבלה ע"י המכונית נחשב לגרמא, אלא כעושה בידים. ושלם ישלם המבעיר את הבערה. וחייב בשבת וריפוי".

**ב- נזק שנגרם בתאונה כאשר אחד שמר על חוקי התנועה והשני לא שמר**

במשנה במסכת בבא קמא דף לא עמוד ב מובא: "זה בא בחביתו וזה בא בקורתו, נשברה כדו של זה בקורתו של זה - פטור, שלזה רשות להלך ולזה רשות להלך". הגמ' העמידה את המשנה בנזק שנגרם תוך כדי ששניהם נמצאים בתנועה, כך ששני הצדדים היו מעורבים במהלך הנזק, בעל החבית ובעל הקורה התקדמו אחד לעבר השני וכך נגרם הנזק, ("התם תרוייהו כהדדי נינהו").

התוס' (ד"ה תרוייהו) כתבו: למרות שעיקר המכה נעשה ע"י בעל הקורה, ובעל החבית רק סייע, בכ"ז אנו לא בודקים מי הזיק יותר בחוזקה, אלא מכיוון ששניהם בתנועה **ושניהם ברשות**, לכן כל אחד פטור על הנזק שגרם לשני. אומנם כאשר **אחד היה ברשות והשני היה שלא ברשות**, (בעל הקורה רץ שלא ברשות ובעל החבית הלך ברשות) - למרות ששניהם נמצאים בתנועה בכ"ז אחד מהם ברשות והשני שלא ברשות, לפיכך יש לחייב בתשלום את בעל הקורה שרץ ללא רשות.

התוס' הדגישו: גם אם בעל החבית הטיח את החבית בקורה - בכ"ז בעל הקורה חייב. דהיינו מכיוון שבעל הקורה רץ שלא ברשות, לכן הוא חייב לשלם על הנזק שנגרם לחבית למרות שעוצמת הנזק נגרמה בגלל שבעל החבית הטיח את החבית שלו בקורה.

---

[96] התוספות במסכת בבא קמא (דף י. ד"ה שייר בטמון) - "דכל מילי דלאו בעלי חיים - ממעטים". דהיינו הפטור של כלים בבור הוא לאו דווקא כלים, אלא **כל דבר שלא בהמה - נחשב לכלי ופטור בהיזק בור**.

הגמ' במסכת בבא קמא דף מח עמוד ב כתבה: "אבל אחד ברשות ואחד שלא ברשות, **דברשות - פטור, שלא ברשות - חייב**". רש"י (דף מח: ד"ה דברשות) ביאר: מי שברשות פטור גם אם הזיק בידיים (וק"ו שפטור בהיזק ממילא).

מדברי הגמ' מבואר, כאשר אחד הצדדים מוגדר כלא רשות, והשני מוגדר כרשות - מי שמוגדר כלא רשות - חייב לשלם על כל הנזקים שגרם לברשות, ומי שמוגדר כרשות - פטור מלשלם על הנזקים שאירעו ללא ברשות.

רש"י (שם) פטר את מי שברשות וחייבו את מי שמוגדר כשלא ברשות. וכך כתבו התוספות (מסכת ב"ק דף מח: ד"ה שניהם): "אבל אחד ברשות ואחד שלא ברשות, האי אית ליה לאסוקי אדעתיה בהאי, והאי לית ליה לאסוקי אדעתיה בהאי, ואם שלא מדעת הזיקו: ברשות - פטור, שלא ברשות - חייב".

וכן כתב התוספות רי"ד (מסכת בבא קמא דף מח עמוד ב): "אף על גב דאמרינן אדם מועד לעולם, ה"מ בדלא פשע ניזק אנפשיה, אבל היכא דפשע ניזק אנפשיה, אף על גב דאזקיה בידים, כיון דשלא בכוונה אזקיה - פטור".

התוספות רי"ד עוד כתב: "אבל אם האחד ברשות והא' שלא ברשות, **דברשות פטור בין הזיק בידים** והוא שעשה שלא בכוונה דלא ידע בי' ובין אם הוזק בו, **ושלא ברשות חייב בין הזיק בידים ובין הוזק בו**". (מכאן מוכח שאין כל הבדל בין מזיק לבין הוזק כאשר אחד ברשות ואחד שלא ברשות).

הנימוקי יוסף (מסכת בבא קמא דף טו עמוד ב) הדגיש שדין זה נכון **גם כאשר שניהם בתנועה** (חבית וקורה): "נשברה חבית בקורה פטור... וקי"ל התם, דכל היכא דאחד ברשות ואחד שלא ברשות, בין הזיקו זה את זה, בין הוזקו זה בזה - דברשות פטור דשלא ברשות חייב". דהיינו, המשנה של קורה וחבית התייחסה רק למקרה של שניהם ברשות, אבל כאשר אחד מהם שלא ברשות הוא חייב על נזקים שגרם לברשות.

מעבר לכך, הרמב"ם (הלכות חובל ומזיק פרק ו הלכות א' ג') כתב: **ברשות הניזק** - אנו אומרים שאדם המזיק חייב לשלם גם כאשר הוא אנוס[97]. החזון איש (ב"ק סימן ד בס"ק ג) חידש: רשות הניזק אינו מצומצם רק לרשותו של הניזק, אלא אפ' רשות הרבים יכולה להיחשב כרשות הניזק, כגון ניזק שהולך ברשות הרבים בצורה רגילה, ולעומתו המזיק משנה מהרגיל (עושה דבר שגורם לידי היזק) - יש לומר שהמזיק נחשב כאילו נכנס ללא רשות לרשות הניזק ולפיכך יש לחייבו בתשלום.

ע"פ דברי החזון איש ניתן לומר, נהג רכב שלא שמר על חוקי התנועה וגרם לתאונה, יש לדונו כמזיק ברשות הניזק ולחייבו על כל הנזקים שגרם לנהג השני ששמר על חוקי התנועה.

---

[97] וכך כתב ערוך השולחן (סעיף יא): "כל מה שנתבאר דחייב בין בשוגג בין במזיד ובין באונס - זהו דוקא כשהזיק ברשותו של ניזק, שנכנס אצלו שלא ברשיונו והזיקו".

**ג- נזק שנגרם בתאונה כאשר שני הנהגים לא שמרו על חוקי התנועה**

בגמ' במסכת בבא קמא דף מח עמוד ב מובא: "שניהם ברשות או שניהם שלא ברשות, הזיקו זה את זה - חייבין, הוזקו זה בזה - פטורין". (אם היו **שני הצדדים ברשות**, כגון ששניהם נמצאים ברה"ר, או בחצר השותפים, או שבעה"ב נתן לו רשות להיכנס לחצר. וכן אם היו **שני הצדדים שלא ברשות**, כגון אם שניהם רצו ברה"ר: אם הזיקו זה את זה בידיים - חייבים, אבל אם הוזקו זה בזה, כגון שנתקלו אחד בשני - פטורים).

**שיטת רש"י** (דף מח. ד"ה הוזק) - "שזה היה עומד במקומו ובא בעל הבית ונתקל בו"[98]. אם הניזק התקרב למזיק והוזק ממנו - נקרא הוזק, אך אם המזיק התקרב לניזק והזיקו - נקרא מזיק. בדרך כלל אנו אומרים שאדם המזיק חייב לשלם גם באונס, אך כאשר שניהם ברשות, דהיינו מותר למזיק ולניזק להיות באותו מקום, או כאשר שניהם שלא ברשות, דהיינו שני הצדדים עברו על חוקי התנועה - יש לפטור בהוזקו.

**שיטת הרמב"ם** (הלכות חובל ומזיק פרק א הלכה טז) - יש לפטור מזיק בידיים בשניהם ברשות או שניהם שלא ברשות או ברשות המזיק - אם לא הייתה כוונתו להזיק. הגמ' שפטרה במקרה בו "הוזק", הכוונה לא רק אם המזיק עמד ולא עשה מעשה והניזק נתקל בו, אלא גם אם המזיק עשה מעשה בידיים, אך לא התכוון להזיק - פטור מלשלם. נמצא אפוא, לדעת הרמב"ם, במקרים הבאים הדין שווה: **שניהם ברשות, או שניהם שלא ברשות, או ברשות המזיק** - יש לחלק בין כוונה להזיק שחייב, ובין מזיק ללא כוונה שפטור. מדברי הרמ"א בסימן תכא סעיף ח, נראה שפסק כדעת הרמב"ם.

הגר"א בסימן שעח ס"ק יט הדגיש: הרמב"ם מחלק בין נזקי גוף לנזקי ממון. **בנזקי גוף** המזיק חייב לשלם גם אם ההיזק היה בלא כוונה, אבל **בנזקי ממון** - המזיק פטור כאשר ההיזק הוא ללא כוונה.

**שיטת הטור**[99] - **שניהם ברשות או שניהם שלא ברשות** - המזיק חייב לשלם, (בניגוד לדעת הרמב"ם), הטור החמיר שאפ' בהוזק לא תמיד פוטרים כפי שיטת רש"י והראב"ד, אלא אם המזיק ראה את הניזק - המזיק חייב לשלם גם בהוזק. נמצא אפוא, בכדי לפטור את המזיק צריך שיתקיימו התנאים הבאים: א)- שניהם ברשות או שניהם שלא ברשות. ב)- הוזק ממילא ולא מזיק. ג)- המזיק לא ראה את הניזק.

הגר"א בס"ק כ כתב: "לשון הטור ודבריו תמוהין", שכן החילוק בין מזיק **שראה** את הניזק לבין מזיק **שלא ראה** את הניזק - הוא חילוק שצריך להיאמר בדין אדם שנכנס לרשות המזיק ללא רשותו. אבל בדין שניהם ברשות או שניהם שלא ברשות - החילוק הוא רק בין **מזיק לבין הוזק**. ולכן יש לומר שיש

---

[98] וכך מובא בפסקי רי"ד (מסכת בבא קמא גמרא דף מח עמוד א), כך גם ביאר הסמ"ע בס"ק ו: "כל מקום שנזכר לשון הזיק, ר"ל שהמזיק הזיק לניזק במעשה אפילו לא נתכוין, **וכל מקום שכתוב שהוזק, ר"ל שהניזק הוזק מעצמו בהמזיק, והיינו שמזיק עומד במקומו והניזק הלך בצידו וניזק ממנו**".

[99] הגר"א בס"ק יז תמה על הטור והמחבר, "שהרכיב שיטת רש"י עם הרמב"ם".

טעות סופר ודברי הטור אינם שיטה שלישית, אלא **דעת הטור והמחבר היא כמו שיטת רש"י לחלק בין מזיק להוזק**. (סימן שעח סעיף ז).

הסמ"ע בסימן תכא ס"ק יג הסביר, מדוע כאשר שניהם ברשות או שניהם לא ברשות **והוזקו** - פטורים מלשלם: "**דכל ששניהן שוין הן - היה לזה לשמור כמו זה**, וכיון שהזיקו שלא בכוונה זה את זה, אהיזק כזה מחלי מתחילה אהדדי".

המשנה במסכת בבא קמא דף לב עמוד א כותבת: "שנים שהיו מהלכין ברה"ר (שניהם ברשות או שניהם שלא ברשות)... **והזיקו** זה את זה - שניהם **פטורין**". רש"י (דף מח: ד"ה חייבין) הקשה: הרי רק הוזק פטור אבל מזיק חייב?

א. רש"י הסביר: המשנה לא דייקה בלשונה, וכוונתה להוזקו (**הניזק התקרב למזיק**) ולכן פטורים, אך לעולם מזיק שהתקרב לניזק חייב לשלם.

ב. הרמב"ם (שם) ביאר: אם התכוון להזיק - חייב שנקרא מזיק, ואם **לא התכוון להזיק** - פטור מלשלם. במשנה בדף לב לא הייתה כוונה להזיק לכן פטורים מלשלם.

ג. הרמ"ה הסביר: המשנה מדברת על שניים שהלכו או רצו, דהיינו **ההיזק נגרם ע"י שני הצדדים**, לכן דינם כהוזקו ופטורים מלשלם (בתנאי ששניהם ברשות או ששניהם שלא ברשות).

מכאן ניתן ללמוד, כאשר התאונה נגרמת בגלל פשיעה של שני הצדדים, כגון ששני הצדדים לא שמרו על חוקי התנועה - שניהם מוגדרים כלא רשות, וההיזק נעשה ע"י שני הצדדים כאשר הם בתנועה, לפיכך יש לפטור את שניהם מההיזק, כי **מזיק נקרא רק כאשר המזיק עשה את פעולת ההיזק רק בכוחו, אך כאן הנזק נגרם ע"י שני הצדדים**.

במקרה כאן שני הצדדים לא נהגו כשורה, הנתבע המזיק נסע ברוורס ולא שם לב לרכב של התובע, אך גם הנתבע הניזק נהג שלא כדין: א)- היה אסור לו לעצור ליד מדרכה שצבועה באדום ולבן, עצירה במקום שאסור בחנייה מגדירה את הנהג שלא ברשות. ב)- הניזק לא שמר על המרחק הנדרש ע"פ החוק מהרכב של המזיק.

מכיוון ששני הצדדים נהגו שלא ע"פ החוק, לפיכך שניהם מוגדרים כלא ברשות, ושניהם פטורים מלשלם על הנזקים שגרמו אחד לשני.

לחלופין, גם אם נקבל את הגירסא של שני הצדדים, ונאמר ששני הנהגים נהגו כשורה: הנהג המזיק בנסיעתו אחורה נסע לאט ובזהירות, וכן גם הנהג הניזק שמר על מרחק כנדרש - בכ"ז הדין לא ישתנה, וכל אחד יהיה פטור על הנזק שגרם לשני, כי מדובר בנזק שנגרם ברשות הרבים, במקום בו לשניהם יש רשות להלך, כך שגם לדעת רש"י פטור מכיוון שהנזק נגרם בתנועה של שניהם, ודינם כדין הוזקו ולא כדין מזיק, וגם לדעת הרמב"ם פטור מכיוון שלא התכוון להזיק, ולא הייתה רשלנות פושעת בנהיגתם.

אם הנהג המזיק היה נוסע במהירות מעבר למותר בחוק, היה חייב גם אם שניהם נסעו ברשות הרבים, וגם אם שניהם היו בתנועה. הוכחה לכך ניתן להביא מדברי הגמ' במסכת בבא קמא דף לב עמוד א: אדם שרץ ברשות הרבים והזיק - חייב, כי הריצה נחשבת **לשינוי** מההתנהלות המקובלת ברשות הרבים, לכן היא אסורה. גם אדם **הנוהג במהירות אסורה**, נחשב לשינוי וחייב על כל הנזקים שיגרמו כתוצאה מנסיעתו.

המזיק נסע בזהירות ולא הוכחה פשיעה או רשלנות בנהיגתו, לכן וודאי שיכול לומר קים לי כדעת הרמב"ם, שכל שאין כוונה ואין רשלנות בהיזק - לא חייב לשלם.

מעבר לכך, ע"פ הבנת ערוך השולחן (סימן שעח סעיף טז), במקרה שלנו המחבר פסק כדעת הרמב"ם, שכן במקרים הבאים: שניהם ברשות או בשניהם שלא ברשות, המחבר פטר בצירוף המקרים הבאים: א)- אין כוונה להזיק. ב)- המזיק לא ראה את הניזק. כאן וודאי שלא הייתה כוונה להזיק וכן המזיק לא ראה את הניזק, כך שיש לפוטרו מתשלום על הנזק שגרם.

# ריסוס בבית שכור

**שאלה:**

מי צריך לשלם על ריסוס הבית, האם השוכר או המשכיר?

**תשובה:**

א. אם לא ניתן לגור בדירה ללא הדברה - המשכיר צריך לשלם, אבל אם ניתן לגור בבית - השוכר צריך לשלם.

ב. הגדד לכך הוא בבדיקה האם מדובר על מספר קטן של חרקים (תקנים, נמלים או עכברים), או שמדובר על נחיל גדול. אם ניתן להסתפק בתרסיס הדברה שרוכשים בצרכנייה - השוכר חייב לשלם, אבל אם מדובר על נחיל גדול - ריסוס זה לא יועיל וצריך להזמין חברת הדברה, חיוב זה מוטל על המשכיר לשלם.

ג. ריסוס שנגרם בגלל רשלנות של השוכר, כגון שהבית לא נקי וכד' - השוכר צריך לשלם.

ד. טרמיטים (או צואת יונים) שנמצאים בחצר - נחשבים לנזק חיצוני לדירה, לכן לא ניתן לחייב את המשכיר, כ"ז בתנאי שיש אפשרות סבירה לגור בבית.

ה. בכדי למנוע עוגמת נפש, מומלץ לסגור מראש בחוזה על תשלום ההדברה.

ו. כל האמור לעיל, הוא בהנחה שלא מצוין בחוזה מי ישלם על הריסוס, אך אם כתוב בחוזה מי משלם על הריסוס - החוזה תקף ככל תנאי שבממון.

**חיוב תיקונים בבית שכור**

המשנה במסכת בבא מציעא דף קא עמוד ב כותבת: "המשכיר בית לחבירו, המשכיר חייב בדלת, בנגר ובמנעול, **ובכל דבר שמעשה אומן**. (המשכיר חייב להתקין דלת ומנעול בבית, וכן חייב המשכיר להתקין בבית כל דבר הנצרך לבית שצריך אומן להתקנה), אבל דבר שאינו מעשה אומן, (אלא זו מלאכה שכל אדם עושה בעצמו לביתו) - השוכר עושהו".

בגמרא מובא: "תנו רבנן: **המשכיר** בית לחבירו - משכיר חייב להעמיד לו דלתות, לפתוח לו חלונות. (אם התליעו הנסרים בתקרה -) לחזק לו תקרה. (אם נשברה אחת מקורות שבתקרה -) לסמוך לו קורה. **ושוכר** - חייב לעשות לו סולם, לעשות לו מעקה, לעשות לו מרזב, ולהטיח את גגו.

מדברי המשנה מבואר, המשכיר חייב לתקן כל דבר **שמצריך תיקון אומן**. מדברי הגמ' מבואר, המשכיר חייב לתקן כל דבר **המונע מהשוכר לגור בבית בצורה רגילה**. אבל דברים שאינם קשורים למגורים בדירה (למשל סולם) - השוכר חייב לשלם.

הרמב"ם (הלכות שכירות פרק ו הלכה ג) כתב: "כל כיוצא באלו מדברים שהן **מעשה אומן**, והם **עיקר גדול בישיבת הבתים** והחצרות". ישנם שני כללים מתי אנו מחייבים את המשכיר לשלם:

א. כל דבר המונע מהשוכר **לגור בבית בצורה רגילה**, כדרך שבני אדם רגילים לדור בביתם.

ב. המשכיר חייב לתקן כל דבר **שמצריך תיקון של בעל מקצוע**.

הרמב"ם (הלכות שכירות פרק ו הלכה א) כתב: "ובכל אלו הדברים - הולכין אחר מנהג המדינה והשמות הידועין להם, כדרך שאמרנו בענין מקח וממכר". וכ"פ הרמ"א בסימן שיד סעיף ב. לאור דברי הרמב"ם והרמ"א הללו, ניתן היום לחייב את המשכיר לשלם את הוצאות התיקון ע"פ מנהג מדינה. הנוהג היום הוא שהמשכיר משלם את כל התיקונים הנצרכים לבית שצריך בעל מקצוע בכדי לתקן, והשוכר ישלם לוועד הבית עבור ההוצאות השוטפות.

לכן, אם יש צורך בהדברה של בעל מקצוע - המשכיר צריך לשלם, אבל אם ניתן לגור בבית ללא הדברה של בעל מקצוע - השוכר צריך לשלם.

לצורך כך יש לבחון האם מדובר על מספר קטן של חרקים או נמלים או עכברים, או שמדובר על נחיל גדול. אם ניתן להסתפק בתרסיס הדברה שרוכשים בצרכנייה - השוכר חייב לשלם, אבל אם מדובר על נחיל גדול - ריסוס זה לא יועיל וצריך להזמין חברת הדברה, חיוב זה מוטל על המשכיר לשלם.

בספר עמק המשפט (חלק ה עמוד תמג) מובא בשם הגרי"ש אלישיב: חוק השכירות מחייב בגלל מנהג מדינה, המנהג היום הוא שהמשכיר מתקן כל ליקוי שנוצר משימוש סביר (אא"כ כתוב בחוזה אחרת).

בחוק השכירות והשאילה (תשל"א סעף 7) מובא: "המשכיר חייב, תוך זמן סביר לאחר שקיבל דרישה לכך מאת השוכר, לתקן במושכר, או בנכס שברשותו המשמש את המושכר, כל דבר השולל או המגביל הגבלה של ממש את השימוש במושכר לפי ההסכם או לפי המקובל בנסיבות (להלן - פגם), בין שהפגם היה בזמן מסירת המושכר לשוכר ובין שהתהווה לאחר מכן, זולת פגם שהשוכר אחראי לו לפי חוק השומרים, תשכ"ז–1967, או שתיקונו, לפי ההסכם או לפי המקובל בנסיבות, אינו חל על המשכיר".

כסף הקדשים (על סעיף א) כתב: "השוכר בית מחבירו ונתקלקל התנור ודכוותיה - נכון לו (לשוכר) להראות לבקיאים ולתקן עפ"י בד"צ. ואם לא הראה לבקיאים, ולא לבד"צ, **והוציא (השוכר ממון) ותיקן**, וטוען שכן הוא הכרחי להדירה, גם אם אין בקיאים יודעים שכן הוא טענתו טענה, **אך מוטל עליו להישבע** שכן הוא, גם כשהמשכיר אינו טוען נגדו ברי, וכבסימן צג במוציא הוצאות ברשות, (עיין גם בסימן צא סעיף ג בדברי הרמ"א), **ויכול לנכות מהשכירות שבידו**".

בשו"ת חקרי לב (חו"מ ג עמוד קיא טור א) מובא: "ומיהו רואה אני, שאע"ג דרובא דרבוותא סברי בהשכיר בית זה ונתקלקל דבר מהבית - שאינו חייב לתקן... עם כל זה לבי מהסס לחייבו, שהרי **מנהג העולם** שהמשכיר מתקן כל צרכי הבית שנתקלקלו, גם בהשכיר בית ידוע (בית זה)... וכבר ידוע שכל שנתפשט המנהג בכל פלוגתא דרבוותא, כאחד מן הסברות - מוציאין מיד המוחזק, **וכל שכן בדיני שכירות שרובם תלויים במנהג המדינה**".

מנהג המדינה בריסוס איננו ברור ואחיד, לכן מומלץ להכניס מראש בחוזה חיוב על המשכיר לשלם הדברה מקצועית אחת לתקופה.

צריך לציין, אם הנזק לדירה נגרם בגלל רשלנותו של השוכר (דהיינו פשיעתו) - המשכיר לא חייב לתקן, ולפעמים ניתן לחייב את השוכר לשלם (במטלטלים ולא בקרקע, כי אין דיני שמירה בקרקע).

וכך פסק ערוך השולחן בסימן שיד סעיף ד: יש חיוב על המשכיר לתקן כפי הנהוג באותה מדינה. "**והמנהג אצלנו** שאם נתקלקלו דברים כאלו במשך **ימי השכירות** - מ**תקנם המשכיר** אם לא **שהיה בפשיעת השוכר או אחד מבני ביתו, דאז אין על המשכיר לתקן**".

לכן אם הבית לא היה נקי או שהשוכר עשה פעולה שבגללה יש צורך בהדברה - לא ניתן לחייב את המשכיר לשלם על ההדברה.

כאמור, ע"פ דברי הרמב"ם, החיוב של המשכיר הוא רק "באלו מדברים שהן **מעשה אומן**, והם **עיקר גדול בישיבת הבתים".** הדברת נמלי טרמיטים אכן צריכה איש מקצוע אך אין היא בכלל **"עיקר גדול בישיבת הבתים"**, לכן כל עוד שיש אפשרות סבירה לגור בבית - לא ניתן לחייב את המשכיר לשלם על הדברת הטרמיטים, כי הטרמיטים נחשבים לנזק חיצוני לדירה, אבל אם יש חשש שהטרמיטים ייכנסו לדירה - המשכיר חייב לשלם על ההדברה.

כל האמור לעיל, הוא בהנחה שלא מצוין בחוזה מי ישלם על הריסוס, אך אם כתוב בחוזה מי משלם על הריסוס - החוזה תקף ככל תנאי שבממון.

# עישון המפריע לשכנים

**שאלה:**

שכן מעשן בבניין מגורים או בחצר, ריח הסיגריה מפריע לשכניו, האם הם יכולים למנוע ממנו לעשן בבניין או בחצר?

**תשובה:**

א. עשן סיגריות (במקום פרטי) נחשב לעשן שאינו תדיר, ונחלקו הפוסקים האם ניתן לעכב עשן שאינו תדיר.

ב. אומנם מכיוון שהעישון מזיק בצורה ברורה לבריאות - ניתן למנוע מהשכנים לעשן בבניין משותף או בחצר המשותפת, כי כולם נחשבים לחולים אל מול עשן הסיגריות.

**חיוב הרחקה מריח רע**

מדברי המשנה במסכת בבא בתרא דף כה עמוד א מבואר, שיש חיוב להרחיק דבר הגורם לריח רע, כגון נבלות או מפעל לייצור עורות. בתוספתא (מס' ב"ב פרק א הלכה ט) הובאו עוד דוגמאות לדברים שצריכים הרחקה: "וכן היה **ר' יוסי** אומר: מרחיקין את **הדבורים** מן העיר חמשים אמה כדי שלא ינשכו את בני אדם, **ר' אליעזר** אומר מגדל דבורים כמגדל כלבים". ובהלכה י: "ר' נתן אומר מרחיקין את **הכבשונות** מן העיר חמשים אמה". המחבר בסימן קנה סעיף כג הביא את הדוגמאות הללו.

הגמ' במסכת בבא בתרא דף כג עמוד א כותבת: אין חזקת נזיקין בבית הכיסא ובעשן, שכן אלו נזקים שרוב האנשים לא יכולים לחיות עמהם. התוס' (ד"ה בקוטרא) סייגו: היזק עשן הוא רק עשן הבא מכבשן, "שהוא גדול ומזיק ביותר", ולא עשן שעולה משימוש סביר בתנור וכד'.

הנימוקי יוסף (דף יב. ד"ה בקוטרא) כתב בשם **הרמ"ה**: רק תנור שעובד בצורה רציפה כמו תנור של מאפייה וכד' - נחשב לקוטרא וניתן למחות, אבל תנור של אדם פרטי שהעשן לא נמצא באופן תדיר - לא ניתן למחות כנגדו, אך אם העשן מגיע אליו ברוח מצויה - ניתן לכתחילה לעכב גם בעשן שלא תדיר. אבל **המרדכי** (סימן תקכ"א), ההגהות אשרי (סימן ו) ותרומת הדשן (סימן קלז) כתבו: בעשן שאינו תדיר - לא ניתן למחות גם לא לכתחילה.

**הבית יוסף** פסק: "ולי נראה דלענין מעשה - כדברי הרמ"ה נקטינן שהוא רב מפורסם". וכ"פ המחבר בסעיף לז. אבל **הדרכי משה** בס"ק יג פסק כדעת תרומת הדשן: "ונראה דהכי נקטינן, דמהרא"י - בתרא הוי, וחכם ראוי לסמוך עליו, ודלא כמה שכתב בית יוסף דיש לדחות דבריהם מקמי דברי הרמ"ה שהיה רב מפורסם". וכ"פ הרמ"א.

עישון סיגריה בחצר נחשב לאש שאינו תדיר, כך שלדעת המחבר לא ניתן למחות כנגד המעשן, אא"כ העשן מגיע אליו ברוח מצויה, ולדעת הרמ"א גם לכתחילה לא ניתן לעכב ולמחות כנגד המעשן.

**הש"ך** בס"ק יט פסק כדעת המחבר. הש"ך הוסיף: לא ניתן להתבסס על פסק תרומת הדשן (כפי שהדרכי משה כתב), שכן המעיין בתשובתו יראה "דגם מהרא"י גופיה לא ברירא ליה האי פיסקא (לא היה ברור לו בוודאות לפסוק כך)". אבל הפתחי תשובה בס"ק ז כתב: **הגר"ע אייגר** (סימן קנא) פסק כדעת הרמ"א.

הנתיבות בס"ק סז פסק כדעת המחבר והוסיף: **כאשר יש מחלוקת הפוסקים - על המזיק להביא ראייה**, ולכן ניתן למנוע מהמעשן לעשן בחצר למרות שזהו עשן שאינו תדיר.

ניתן לומר מסברא, שכל המחלוקת בפוסקים בדין אש שאינו תדיר שייכת רק באדם שמעשן ברשותו, כגון **שמעשן בביתו**, (כפי הדוגמאות המובאות בפוסקים בתנור שנמצא ברשותו), אבל אם **מעשן בחצר שותפים או בתוך בניין משותף** - ניתן למחות בידו, שהרי הוא גורם לנזק במקום השייך לעוד שותפים, והם מלכתחילה השתתפו על דעת כך שלא ייגרם נזק ע"י אחד מהשותפים.

הרמב"ם (הלכות שכנים פרק יא הלכה ה) כתב: "מי שהחזיק לעשות מלאכת דם או נבילות וכיוצא בהן במקומן... אם היה **חבירו קפדן או חולה**... חייב לבטל אותה המלאכה או ירחיק עד שלא יבא לו היזק מחמתו, שהיזק זה דומה לריח בית הכסא וכיוצא בו שאין לו חזקה". וכ"פ המחבר בסעיף לט.

ע"פ דברי הרמב"ם ניתן ללמוד על **עישון סיגריות**, למרות שאין מדובר באש הכבשן ובאש תדירה, בכ"ז יש סכנה מעשן הסיגריות ואפשר להרחיק את המעשן.

הנימוקי יוסף (שם) עוד כתב: "ובא מעשה לפני מורי ה"ר חסדאי נ"ר, בעשן הרגיל לעשות בביתו של אדם לתיקון מאכליו ואמר: **דכל עשן המזיק לאדם - זהו קוטרא דגמ'**, ומה שפירש בו כעשן כבשונות - לא בא למעט אלא אינו תדיר דוקא". ללא ספק עשן הסיגריות זהו עשן המזיק לאדם וגורם לנזק, לכן ניתן למחות כנגד העישון.

רש"י (ד"ה בבית) כתב: ההיזק של בית הכיסא - מדובר בבית הכיסא שבזמנם שהיה על הקרקע והיה מאוד מסריח. הנימוקי יוסף (שם) כתב: ההבדל הוא בין ריח רע תדיר לריח רע שאינו תדיר. גם היום **אם יש ריח רע תדיר - ניתן למחות**, ורק בית כיסא של ימינו שהריח אינו תדיר - לא ניתן למחות[100]. הנימוקי יוסף כתב בשם הר"ן: "נראין הדברים, שכל שיש לו **ריח רע שאין דרכם של בני אדם לסובלו - לא מהניא ליה חזקה**".

החזון איש (ב"ב סימן יג בס"ק יב) כתב: הגדרת ריח רע שניתן למחות זהו ריח שלא ניתן לקרוא בו קריאת שמע.

מדברי הגמ' (שם) עוד מבואר, אדם שהוא אסטניס ויש היזק שמפריע לו ברמה שהוא לא יכול לסבול את ההיזק, כגון לכלוך דם שיש בפירות - יכול הניזק להרחיק את המזיק שגורם להביא את הדם

[100] מהר"ם מרוטנבורג (חלק ד סימן רלג) כתב: ריח רע רק פעם בשבוע - נחשב לעראי ולא לתדיר.

לפרי. וכ"פ המחבר בסעיף מא. ע"פ פסק המחבר, אדם שהוא אסטניס ולא יכול לסבול את עשן הסיגריות - יכול למחות כנגד המעשנים.

אין לומר, המציאות היא שהיום בני אדם לא מקפידים על עישון סיגריות, כך שיש חזקה להתיר לעשן בבניין מגורים וכד'. בגלל שהעישון נחשב לנזק גדול שלא ניתן לסובלו. סימוכין לדברים אלו ניתן למצוא בדברי הנימוקי יוסף (דף יב. ד"ה כיון): "מהא שמעינן, **שכל מי שידוע שאינו יכול לסבול נזק אחד מן הנזקין**, אף על פי שאין שאר בני אדם מקפידים עליו כ"כ - אין לו חזקה (ויכול הניזק למחות ולסלק את המזיק), **ולא אמרו קוטרא ובית הכסא אלא מפני שידוע שאין הדעת סובלתן**". וכ"פ המחבר בסעיף מא.

וכך כתב הטור: "כל **נזק גדול שאין דרך העולם לסבלו**, כי ההיא דפפי דהוי הנך עצורי בשיבבותיה, דהוי דייקי שומשמי, והוה נייד אפדנא, (מבואר בהערה[101]), וקאמר דלא הוי חזקה, דאין אדם סובל שיפיל חבירו את כותל".

חזה התנופה (סימן כו) חידש: גם אם הנזק היה רק לאדם מסוים ולא לרוב האנשים, (כגון שאותו אדם רגיש באופן מיוחד אך מבחינה אין נזק מבחינה אובייקטיבית) - בכ"ז ניתן למחות כנגדו. וכך כתב: "כשם שאין חזקה לקוטרא ובית הכיסא לפי שהן נזקין בה גדולים ואין הדעת סובלתן - **כך אין חזקה לכל נזק גדול,** בין שיהיה הנזק ההוא כולל את הרבים, **בין שלא יהא כולל אלא אותו האיש לבדו**, לפי שאין דעתו סובל הנזק ההוא".

חזה התנופה הוסיף: "ומסלקין אותו **אעפ"י שמקום הנזק ההוא ברשות הרבים** שהחזיקו בו מעצמן אלו בעלי הנזק או אפי' שיהי' ברשות אלו הגורמים הנזק, וכ"ש אם קבעוהו ברשות זה המערער ושלא מדעתו או אפי' מדעתו שיש לו לסלקו". מכאן ניתן ללמוד כי גם אם המעשן היה רגיל לעשן בחצרו, בכ"ז ניתן למחות ולעכב ממנו לעשן במקום בו הסיגריות מגיעות אליו.

**איסור עישון סיגריות**

הרמב"ם (הלכות דעות פרק ד הלכה ט) כתב: "וכן כל מאכל שריחו רע או מר ביותר, הרי אלו לגוף כמו סם המות".

---

[101] הגמ' במסכת בבא בתרא דף כה עמוד ב כותבת: "פאפי (כך שמו) יונאה (שם מקומו) - עני והעשיר הוה, (בהתחלה היה עני ואח"כ התעשר), בנה אפדנא, (בנה בית גדול), הוו הנך עצורי בשיבבותיה, (לידו גרו אנשים שהכינו שמן שומשמין), דכי הוו דייקי שומשמי - הוה ניידא אפדניה". (כאשר טחנו את השומשמין - הבית שלו רעד).

"אתא לקמיה דרב אשי, א"ל (רב אשי לפאפי): כי הואן בי רב כהנא (כאשר למדנו בבית מדרש של רב כהנא) הוה אמרינן: מודי רבי יוסי בגירי דיליה". (כאשר יש היזק ישיר - המזיק צריך להרחיק את עצמו, לכן הטוחנים צריכים להסתלק).

"וכמה? (מה המדד לרעידה של הבית שיחשב כגירי דיליה)? כדנייד נכתמא אפומיה דחצבא". (רש"י {ד"ה כדנייד} ביאר: הכיסוי של הכד ירעד כאשר יניחו את הכד על אחת מקירות הבית. התוס' {ד"ה אפומא} ביארו: מדובר ברעד קטן יותר, שאם הקירות רועדים כמו שהמכסה של הכד רועד בשעה שהולכים עם הכד ומחזיקים את הכד בידיים).

הראב"ד בספרו בעלי הנפש (שער הקדושה עמ' קמא) כתב: "ואין צ"ל שישמור אדם מן המאכלים שהוא מכיר שהן מזיקין אותו, כי **האוכל דברים המזיקין אותו ואפשר זולתו - הרי הוא פושע בגופו ופושע בנפשו, מפני שהלך אחר תאותו ואינו חושש על אבדת גופו,** והיא היא דרך היצה"ר, ועצת הסכלים להסיתו מדרך החיים אל דרך המות".

המחבר בסימן תכז סעיף ט כתב: "הרבה דברים אסרו חכמים מפני שיש בהם סכנת נפשות". הסמ"ע בס"ק יב ביאר: "מדכתיב (דברים ד ט) השמר לך ושמור נפשך מאד". המחבר בסעיף י (ההלכה האחרונה בחו"מ) הוסיף: "כל העובר על דברים אלו וכיוצא בהם, ואמר: הריני מסכן בעצמי ומה לאחרים עלי בכך, או: איני מקפיד בכך - מכין אותו מכת מרדות, והנזהר מהם - עליו תבא ברכת טוב".

החפץ חיים בספרו ליקוטי מאמרים ומכתבים פרק יג כתב: "ואגב דאתי לידי אודות עישון הסיגארין, נדבר קצת אודות זה, הנה כמה רופאים גזרו אומר שכל מי שהוא חלוש אסור להרגיל את עצמו בזה שמחליש כחותיו, ולפעמים נוגע גם לנפשו, והנה דברתי כמה פעמים עם חלושי כח אודות זה, וענו לי שגם הם יודעים ומכירים בעצמם שהעישון קשה להם. אך מפני שהורגלו בזה מכבר קשה להם לפרוש מזה, ואמרתי להם מי התיר לכם להרגיל עצמיכם על כך, אמת חז"ל אמרו (בב"ק צ"ב) החובל בעצמו אעפ"י שאינו רשאי פטור (כי למי ישלם אם לא לעצמו) אבל על כל פנים הלא אמרו שאינו רשאי לחבול בעצמו, ראשית משום ונשמרתם לנפשותיכם, ועוד, דין הוא, דהלא תבל ומלואה של הקדוש ברוך הוא ולכבודו בראנו ונותן לכל אחד בחסדו כח כפי צרכו לתורתו ולעולמו, ואיך ירשה העבד לעשות לעצמו כפי רצונו הלא הוא שייך לאדונו, ואם על ידי העישון נגרעו כחותיו בודאי יתבע לבסוף לדין על זה דהלא עשה זה ברצון לבו ולא באונס".

האגרות משה (חושן משפט חלק ב סימן יח) כתב על המעשנים: "ופשוט שאם היו ב"ד סמוכין דדנין דיני חבלות - היו גובין גם ממון דמי שומת הצער, ואם נחלה מזה דמי ריפוי אף כשליכא נזק שלא בטל ממלאכתו מצד החולי".

**הגרי"ש אלישיב** (קובץ תשובות א ריט) כתב: ע"פ ההלכה לא ניתן למנוע מאדם לעשן, מכיוון שדשו בה רבים ושומר פתאים השם. וכך כתב האגרות משה (יורה דעה חלק ב סימן מט): "הנה בדבר עישון סיגריות, ודאי מכיון שיש חשש להתחלות מזה - מן הראוי להזהר מזה, אבל לומר שאסור מאיסור סכנתא, מכיון שדשו בה רבים - כבר איתא בגמ' בכה"ג שומר פתאים ה".

אבל **הציץ אליעזר** (חלק טו סימן לט) כתב: "נראה ברור ללא צל של ספק, כי אין מקום להתברך בלב, (כפי שאחרים רוצים לומר כן), ולהורות כי היות והעישון רבים דשים בו, אם כן יש להחיל על זה המאמר חז"ל בכמה מקומות על מנהג עולם במקום שיש לחוש לסכנה, שפסקו פסקם ואמרו: והאידנא דדשו בו רבים שומר פתאים ה'. דלא אמרו כן אלא במקומות דלא נתגלה בהתם, והמציאות לא הראתה על היפוכו של דבר, ואדרבא ראו שרבים וכן שלימים עברו ולא ניזוקו". (עיין לדוגמא במסכת יבמות ד' י"ב ע"ב ודף ע"ב ע"א וכן בע"ז דף ל' ע"ב).

"אבל בכגון הנידון שלפנינו, אשר בעיקר בעשרות השנים האחרונות לאור המחקרים המדעיים והרפואיים השונים נתגלו בממדים מבהילים היזיקי הגוף המרובים והמסוכנים אשר העישון גורם

בכנפיו, והתודעה הזאת גם יצאה כבר טבעה בעולם עד כדי כך שבכמה מדינות גדולות ועצומות יצא החוק מאת ממשלותיהם על חובת ציון אזהרה על כל חפיסת סיגריות האומרת הרופא הממשלתי הראשי מזהיר את המעשנים שהעישון מסכן את בריאותם ומזיק לה".

"ואני קורא כעת דו"ח ממשלתי אמריקאי, ומטעם הרופא האמריקאי הראשי שהתפרסם דוקא השבוע בכתב עת האומרת יותר ממאה אלף אמריקיים ימותו השנה מסרטן בגלל שעישנו סיגריות וכן כי עישון סיגריות הוא כיום הגורם העיקרי לתמותה ממחלת הסרטן בארה"ב ושאין פעולה בה יכול אדם לנקוט על מנת להוריד את סכנת הסרטן בצורה יותר אפקטיבית (השפעתית) מאשר הפסקת העישון. אם כן בודאי ובודאי שאבסורדי הוא להעלים עין מכל זה ולהפטיר כלאחר יד ולומר כי גם על כגון זה נאמר שומר פתאים ה".

בשו"ת שבט הלוי (חלק י סימן רצה) מובא: "דעל חכמי הזמן להריע ולעורר על הסכנה העצומה המונחת בעישון סיגריות וכו', דבר שנתברר בחקירה ודרישה למעלה כל ספק שמאות אלפים מתים טרם זמנם בעישון סיגריות, וכן ידוע מאד שגורם גדול למחלה החמורה בריאות וגם בלב, ועוד הרבה כיוצא בזה, כאשר יוצא מדו"ח הרופאים מכל מדינות העולם".

"ע"כ ברור להלכה דאיסור גמור להתחיל בעישון בימי הבחרות וגיל צעיר, ועל ההורים ומורים ומחנכים מוטל חוב גמור ע"פ התורה למנעם מזה... חלילה לעשן במקומות ציבורים, שגם הריח בעצמו הוא מזיק גמור כאשר נתבאר בחקירה. היות שכאמור המנהג הרע הזה הוא מזיק עצום, על העתונים מעתה לא לפרסם פרסום מודעות מסחריות עבור המעונינים לכך למען בצע כסף".

הגר"מ שטרנבוך (תשובות והנהגות כרך ג סימן שנד) כתב: "היום הוכח באופן ברור דעישון סיגריות מזיק לבריאות וגורם לסרטן הריאות ח"ו, למחלות בדרכי הנשימה ולמחלות לב, והמספרים מבהילים ממש... ועבריין הוא מדין תורה שמכניס עצמו לסכנה שאיסורו ברור".

"...ונראה שעישון סיגריות דומה במהותו לעישון חשיש או אופיום ושאר סמים מסוכנים, רק שבאלו הסמים אוסרים השלטונות ואף מענישים על כך, אבל בסיגריות אי אפשר להם למנוע כיון שכבר הורגלו בזה ולא יועיל. אכן לדעתי המעשן עובר בלאו ד"לא תתורו אחרי לבבכם", שנוהג רק כפי תאות לבבו, בשעה שע"פ שכל אסור, ועיין בחינוך שביאר גדר לאו זה, וכאן לא שייך לומר "שומר פתאים ה'" וכמבואר ביבמות (עד א), דנראה שזהו בדבר המזיק רק מצד הסברא, והואיל ולא מצינו למעשה שמזיק נהגו להקל, ובזה הקדוש ברוך הוא שומר, אבל בנ"ד שנראה בעליל היום שמסכן, ודאי אסור לו להכניס עצמו לסכנה".

"...וכל זה לעצמו, אבל בציבור יש לאנשים זכות למנוע אותו דהוה כקוטרא ובית הכסא שהריח מפריע ויכולים לעכב. וגם הוא עצמו ראוי לו להימנע מעישון ברבים, ובבתי כנסיות וישיבות וכדומה ראוי לתקן שאסור לעשן ברבים, וב"ה בהרבה מקומות כבר תיקנו כן והיא תקנה גדולה".

# דין ודברים בהזמנת גדר במבוק

**המקרה**

התובעת הזמינה גדר מעץ במבוק עם מסגרת עץ מהנתבע בסכום של 2,750 ש"ח. הנתבע בהתחלה רכש קנים דקים במקום קנים בעובי בינוני, ולאחר מכן חזר ורכש קנים בעובי בינוני. הנתבע (בתיאום עם הנתבעת) הוסיף את הקנים הדקים שרכש בכדי לעבות את הגדר.

שווי הקנים הדקים הוא 300 ש"ח, כך שהנתבעת הייתה חייבת לתובע 3,050 ש"ח. הנתבעת שילמה לתובע 2,700 ש"ח.

הגדר בנויה על שטח שהוגבה ע"י מילוי עפר. הנתבע בנה גדר לאורך 14.5 מטרים. בסוף השטח יש כשני מטרים שהגישה אליהם לא נוחה, ובקטע זה הנתבע לא בנה גדר מעצי במבוק.

**טענות התובעת**

א)- סיכמנו שהתובע יבנה את הגדר גם בסוף השטח בשני המטרים האחרונים. ב)- סיכמנו שהתובע גם ירכיב רשת מברזל מבחוץ, דבר שלא נעשה. ג)- הגדר מבפנים נראית טוב אבל מבחוץ הגדר לא נראית טוב וצריך לתקנה.

**טענות הנתבע**

א)- לא סיכמנו שאבנה גדר בסוף השטח בשני המטרים האחרונים. ב)- לא סיכמנו שארכיב רשת מברזל מבחוץ. מעבר לכך שלא סיכמנו זאת גם לא יפה ולא נצרך, הגדר בנויה מעץ ואין צורך להוסיף את הרשת מברזל. ג)- יש אחריות ואם צריך לתקן באופן נקודתי אני מוכן.

הנתבע וויתר לתובעת על תשלום 300 ש"ח בכדי לא להשלים את הגדר. "הורדתי לפי מטר כדי לא לריב, לפנים משורת הדין אמרתי שאני לא מוכן להוסיף, והורדתי 300 ש"ח שזה המטר וחצי הנוספים".

**דיון**

התובע הראה לבית הדין הסכם עליו חתומה הנתבעת שהגדר צריכה להיות באורך 14 מטר, התובע עשה גדר באורך 14.5 מטר. הנתבעת השיבה שלא שמה לב וסמכה על הנתבע.

במהלך הדיון הועלתה הצעת פשרה: הנתבע הסכים לסיים את הגדר בתוספת של 500 ש"ח. הנתבעת הייתה צריכה לשלם עוד 350 ש"ח שלא שולמו, כך שמדובר בתוספת של 150 ש"ח מעבר לסיכום המקורי. (3,200 ש"ח במקום 3,050 ש"ח).

בסוף הדיון הצדדים חתמו על המסמך הבא:

**החלטות**

א. התובעת תוסיף עוד 500 מעבר ל- 2,700 שכבר שולם.
ב. הנתבע תמורת סכום זה יוסיף ויגמור את הגדר עד הסוף.
ג. ההסכם הנ"ל כפוף להסכם על התיקונים הסופיים מאחורי הגדר הנוכחית לפי שיקול דעת הבית דין.

חתימת הצדדים.

מספר ימים לאחר הדיון, הנתבעת הודיעה שהיא חוזרת בה מהפשרה.

**השאלות לבירור:**

א. דין ההסכם שנחתם בין הצדדים.

ב. האם הסכם מחייב אדם הטוען שלא שם לב למה חותם?

ג. חילוקי דעות בעבודת קרקע.

ד. ליקויים בעבודתו של בעל מקצוע.

ה. דין קבלן שלא סיים את עבודתו.

ו. החלטות.

**א- דין ההסכם שנחתם בין הצדדים**

על פי טענת התובעת, היה סיכום בע"פ שהנתבע יבנה גדר מקנים לכל אורך הגינה, "מתחילת הגדר עד סופו... לעשות מחדש מקצה לקצה", אך לפי טענת התובע, הסיכום היה רק על 14 מטרים גדר קנים, במקום בו עמד הגדר הישנה (שגם לא הייתה קצה לקצה). הנתבע הביא שטר עליו הייתה חתומה התובעת שהגדר ייבנה רק על 14 מטרים.

בגמ' במסכת כתובות דף נו עמוד א מובא: "דבר שבממון תנאו קיים". דהיינו כל תנאי וסיכום שנעשה בין הצדדים קביל, כך שההסכם מחייב ומבטל הסכמות קודמות שנעשו בע"פ.

מרן השו"ע והרמ"א פסקו במספר מקומות שכל תנאי שבממון קיים: בסימן טז סעיף ב, בסימן עא סעיף ג, בסימן רכה סעיף ה, בסימן שטו סעיף ב, ובאבן העזר סימן קיב סעיף י.

**ב- הטוען שלא הבין על מה חתם**

התובעת טענה שהסתמכה על הנתבע לפיכך לא מדדה ולא בדקה את פרטי ההסכם. השאלה היא, האם ניתן להסתמך על הסכם כאשר אחד הצדדים טוען שלא הבין ולא שם לב למה שכתוב בו.

הרשב"א (חלק א סימן תרכ"ט) כתב: בעל שטען שהוא עם הארץ, ולא הבין את הכתובה, ושאלו את **רבי מאיר**, וענה ששומעים לו, אבל **הרשב"א** כתב: "אין שומעין לו, דחזקה שהעידו עדים בעל פה, ועל פיו חתמו בו. ואם אין אתה אומר כן, לא הנחת חיוב לעמי הארץ ולא על הנשים, דכולן יטענו כן. ואין אלו אלא דברי תמה. אבל מה אעשה שכבר הורה זקן יושב בישיבה חכם עם איש שיבה".

הבית יוסף (אבן העזר סימן סו אות יג) העיר על דברי הרשב"א: "ואיני יודע למה נחבא אל הכלים משום דחזא גברא, כיון דתיובתא לא חזא, ולענין הלכה נראה לי כדברי הרשב"א, משום דאם לא כן לא שבקת חיי, דכל עמי הארץ יאמרו כן".

ריב"ש (סימן תפ) כתב: חתימת ידו של אדם, מחייבת אותו בכל הדקדוקים שיש בשטר, ולא אומרים שאחד מהצדדים אינו מודע לדקדוקים.

הש"ך בסימן סא ס"ק יח הוסיף: "ואפילו ידוע שאינו מבין לשון השטר - מתחייב הוא בכך כיון שקיבל על עצמו ושתק".

וכן כתב הסמ"ע בס"ק כג: "דה"ל לומר כן מתחלה: 'אינני מבינו, תפרשוהו לי ואדע'. וכל שתיקה בעניינים אלו - ה"ל כקבלה שקבל עליו לקיים מה שהסופרים נוהגים לכתוב בשטרות ובכתובות ובדקדוקיהן".

מבואר א"כ שני טעמים מדוע החתימה מחייבת אותו: א)- הוא לא נאמן לומר שלא הבין על מה חתם. ב)- הוא סמך על מי שאמר לו לחתום, ונחשב כאילו קיבל על עצמו מה שכתוב בשטר.

**ג- חילוקי דעות בעבודת קרקע**

במהלך הדיון התגלו מספר חילוקי דעות בין הצדדים, (למשל האם הייתה התחייבות להוסיף רשת ברזל מאחורי הגדר במבוק ועוד). הגדר מחוברת לבטון בקרקע לפיכך יש לדון על כך כדין קרקע.

בגמ' במסכת בבא מציעא דף נו עמוד ב מובא: "בעי רבא: חטין וזרען בקרקע, מהו, יש להם אונאה או אין להם אונאה, כמאן דשדיין בכדא דמיין - ויש להם אונאה, או דלמא בטלינהו על גב ארעא?... אלא דאמר איהו: שדאי בה כדאבעי לה, ואיגלאי מילתא דלא שדא בה כדאבעי לה, יש להם אונאה או אין להם אונאה? כמאן דשדי בכדא דמיין ויש להם אונאה, או דלמא בטלינהו אגב ארעא".

נחלקו הראשונים בפירוש הגמ':

א. רש"י ביאר שהדיון בגמ' הוא במוכר חיטים שכבר זרען בקרקע, והשאלה היא, האם יש הונאה בחיטים שמכר, או שדינן כקרקע ואין הונאה[102].

ב. הרמב"ם (הלכות מכירה פרק יג הלכה טז) ביאר: מדובר באדם ששכר קבלן שיעבוד בקרקע שלו, והתברר לבעה"ב שהקבלן לא עבד כראוי ולא זרע את הכמות הצריכה אלא פחות. הספק בגמ' הוא, האם יש הונאה בקבלן קרקע, האם הזרע הוא העיקר ויש הונאה ככל מיטלטלין, או שהקרקע עיקר ואין הונאה. הרמב"ם כתב: מכיוון שהגמ' לא פשטה דין זה, ונשארנו עם ספק, לכן לא ניתן להוציא מיד הנתבע, וכן לא ניתן להשביעו שכן אין שבועה על קרקעות. וכ"פ המחבר בסימן רכז סעיף לד.

ג. הרמב"ן (ד"ה הא דבעי') ביאר: מדובר שמכר את הקרקע עם החיטים, והשאלה אם יש בזה דין הונאה. (לא כפירוש רש"י, שפירש שמכר רק את החיטים, אלא מדובר שמכר את החיטים יחד עם הקרקע, ולא כפירוש הרמב"ם, שכלל לא מדובר במוכר אלא בדין הונאה לקבלן קרקע).

המחבר כתב בסעיף לד: "שכר לזרוע לו קרקע ואמר: 'זרעתי בה זריעה הראוי בה', ובאו עדים שזרע בה פחות מהראוי לה - הרי זה ספק אם יש לו אונאה מפני הזרע, או אם אין לו אונאה מפני הקרקע; לפיכך אין מוציאין מיד הנתבע, וכן אין משביעין אותו אלא היסת, מפני הקרקע שיש כאן".

מכאן ניתן ללמוד, כאשר יש חילוקי דעות בין הצדדים, האם העבודה בוצעה בצורה מקצועית ללא ליקויים - המוציא מיד המוחזק צריך להביא ראייה לדבריו (כדברי הגמ' במסכת בבא קמא דף מו עמוד א), כאן התובעת כבר שילמה לנתבע 2,700 ש"ח כך שהנתבע הוא המוחזק, לפיכך על התובעת להביא ראייה לדבריה.

**ד- ליקויים בעבודתו של בעל מקצוע**

הרשב"א (ח"א סימן אלף נו) כתב: אדם שהזמין ספר תורה מסופר ונמצא שיש טעויות בספר, אם הטעויות הן בתחום הנורמה, דהיינו טעות שמצויה בין הסופרים - הסופר לא צריך לשלם על התיקון, אך אם מדובר בטעויות שלא מצויות בין הסופרים - על הסופר לשלם על תיקון הטעויות.

[102] חיטים שזרען והשרישו - דינם כקרקע ואין להן אונאה. השאלה היא, על **חיטים שעדיין לא השרישו**, האם המוכרן לחברו, יש בהן דין הונאה כמיטלטלין, שהחיטים חשובות כאילו כבר מונחות בכד, או שנאמר שהחיטים בטלות לקרקע ואין להן אונאה.

מכאן אנו למדים על כל בעלי המקצוע אם התגלה פגם בעבודתם, יש לבדוק האם מדובר בטעות מצויה או בטעות שאינה מצויה, כאשר זו טעות שמצויה אצל בעלי אותו מקצוע - לא מחייבים אותו לתקן, אך אם הטעות אינה מצויה - יש לחייב את האומן לתקן.

הרשב"א הוסיף: אם מנהג המקום שבעל המקצוע בעצמו מתקן את הליקויים - הוא יתקן, ולא צריך לשלם לאומן אחר שיתקן. אומנם במקום בו אין מנהג ובעל המקצוע מעצמו תיקן - צריך לשלם לבעל מקצוע כדין יורד לשדה של חברו ונטעה שלא ברשות.

הבית יוסף בסימן שלג הביא את דברי הרשב"א, והרמ"א בסימן שו סעיף ח פסק את דברי הרשב"א להלכה והוסיף: "מכל מקום אזלינן בתר המנהג". וכ"פ הכנסת הגדולה (הגהות טור יורה דעה סימן רפא): "דברים הללו תלוים במנהג המקומות".

הבית דין ביקר במקום וראה מספר ליקויים (סדקים בעמודים, מחסור בצבע, טלאי בחיבורים). ע"פ דברי הרשב"א הנתבע מחויב לתקן ליקויים אלו.

כמו כן התייעצנו עם בעל מקצוע שטען שיש כאן טעות חריגה בתוכנית הבסיסית של הקמת הגדר, אך לא ניתן לחייב את הנתבע בפירוק הגדר והקמת גדר חלופית ותקנית, בגלל הסתמכותו על דברי התובעת שביקשה מהנתבע להעמיד את הגדר בצורה זו.

וכך נראה להוכיח מדברי הנתיבות בס"ק כ, שאם הטעות הייתה בגלל שהפועל סמך על דברי בעל הבית - לא ניתן לחייבו, כגון מעסיק שאמר לפועל לזרוע כמות קטנה יותר בשטח, והיה ניתן לזרוע כמות יותר גדולה - אנו לא אומרים שהפועל פשע מכיוון שהוא עבד ע"פ ההנחיות של המעסיק.

**ה- דין קבלן שלא סיים את עבודתו**

כל עוד שהקבלן לא סיים לתקן את התיקונים הנ"ל, יש להחשיב כאילו הוא עוד לא גמר את מלאכתו. לפיכך אם הקבלן לא ירצה לתקן - דינו יהיה כמו קבלן שמתפטר באמצע העבודה שידו על התחתונה, כמבואר במסכת מסכת בבא מציעא בדף עו עמוד ב, ונפסק להלכה בסימן שלג סעיף ד.

המשמעות של ידו על התחתונה היא, שיש לחשב את חלק העבודה הנותר, ואם העבודה התייקרה, ובעה"ב יצטרך לשלם יותר על חצי העבודה הנותר - בעה"ב יכול לקזז סכום זה משכרו של הקבלן.

בחוזה כתוב במפורש שהעבודה תהיה לשביעות רצון הלקוח. דהיינו אותם ה-14 מטרים של גדר צריכים להיות לשביעות רצון הלקוח, ומכיוון שהתגלו מספר פגמים בגדר, ואין שביעות רצון של התובעת, לפיכך יש לחייב את הנתבע לתקן את החלק האחורי של הגדר ולפייס את התובעת.

**ו- החלטות**

1. הנתבע לא מחויב להשלים את בניית הגדר.
2. הנתבע מחויב לתקן את החלק האחורי של הגדר בתוך שלושים יום מיום קבלת הפסק דין.

# נזק שנגרם תוך כדי מריבה

**המקרה**

**מקרה ראשון** - אדם תפס את ידו של חברו, החבר ניסה להשתחרר ובמהלך חילוץ ידו הוא **שבר את השעון של מי שתפס אותו**, האם המזיק חייב לשלם?

**מקרה שני** - אדם תפס את ידו של חברו, החבר ניסה להשתחרר ובמהלך חילוץ ידו הוא **שבר את השעון שלו עצמו** האם המזיק חייב לשלם?

**השאלות לבירור:**

א. שניים שרבו והזיקו אחד לשני תוך כדי מריבה.

ב. שבר את שעונו של התופס תוך כדי השתחררות.

ג. שבר את שעונו שלו תוך כדי השתחררות.

ד. האם יש חיוב לשלם בכדי לצאת ידי שמים?

ה. החלטות.

**א- שניים שרבו והזיקו אחד לשני תוך כדי מריבה**

הרא"ש (כלל קא סימן ו) כתב: שניים שהיו מתאבקים, ותוך כדי המאבק הפיל אחד את חברו, וסימא את עינו של חברו בהפלתו - פטור מהחמישה דברים. למרות דקיי"ל אדם מועד לעולם, בכ"ז במקרה בו היה **אונס** גמור - פטור, ומכיוון ששניהם התאבקו במכוון, וההיזק היה שלא במכוון, הרי שהדבר ידוע שבכל התאבקות, אחד מעוניין להפיל את חברו, ולא ניתן להפיל בנחת וללא היזק, נמצא שכל אחד מתכוון בכל כוחו להפיל את חברו, **ומחלו זה על זה**, שכן אדעתא דהכי נכסו למאבק.

הבית יוסף (סימן תכא סעיף ה) כתב: יש לגמגם על תשובה זו, שבהתחלה הרא"ש נתן טעם לפטור משום שהוא **אנוס**, ואינה ראיה שכן אם מתכוון להזיק - חייב גם באונס, משא"כ ישן שהוא אנוס גמור ולא התכוון להזיק שרק אותו ניתן לפטור. אך לאחר מכן הרא"ש הביא טעם אחר: **כל אחד מחל לשני**, וגם בזה ניתן להקשות, שכן האומר לחברו קטע את ידי - חייב. אלא שניתן לחלק בין מקרה בו אחד מחל לחברו שיזיקו שאז חייב, ובין אם שניהם מחלו אחד לשני בכל היזק שיגרם שאז פטור.

הסמ"ע בס"ק י הסביר: "וכל אחד ידע שא"א לצמצם שיפילו דוקא באופן שלא יהיה בו היזק, ה"ל כאילו נתיאשו ומחלו אהדדי, שאף אם יארע לאחד היזק יהיה מה שיהיה, כיון שלא נתכוין חבירו להזיקו אלא שקרה לו דרך נפילתו שיהיה פטור".

המחבר בסימן תכא סעיף ה פסק כדברי הרא"ש: "שנים שנתאבקו יחד, ואחד הפיל חבירו לארץ, ונפל וסימא את עינו - פטור".

**ב- שבר את שעונו של התופס תוך כדי השתחררות**

אדם שתפס את ידו של חברו, החבר ניסה להשתחרר ובמהלך חילוץ ידו הוא **שבר את השעון של מי שתפס אותו** - המזיק פטור מלשלם, בגלל שעשה זאת במהלך התגוננות. כ"ז בתנאי שלא הייתה למתגונן ברירה אחרת להשתחרר בלי להזיק, לכן צריך לאמוד האם הנתפס המתגונן יכל להשתחרר בצורה אחרת בלי להזיק.

דין זה מבואר בדברי הרא"ש (מסכת ב"ק פרק ג סימן יג): אדם שחבל בחבירו, והנתקף החזיר בכדי להתגונן ולהציל את עצמו - פטור, אלא שצריך לאמוד האם יכול להציל את עצמו במעט נזק, והציל את עצמו בנזק מרובה - חייב על ההפרש, כשם שהיכול להציל עצמו באחד מאיבריו של הרודף, אך הרגו - חייב, כמובא במסכת סנהדרין דף עד עמוד א.

ערוך השולחן בסימן תכא סעיף טו פסק: "אם התחיל האחד להכות את השני, ובעוד השני בחמימותו או ברוגזו (ט"ז) חזר וחבל להראשון - הראשון חייב והשני פטור, שיש לו רשות להשני לחבול בו כדי להציל עצמו, ואפילו אחרים חייבים להצילו (סמ"ע). ולכן אף על גב שכבר גמר הכאתו, מ"מ כיון דעודו בחמומו או ברוגזו - פטור השני, דאין אדם נתפס על צערו במה שהראשון התחיל (כ"נ לפי' הט"ז). ומדברי הטור והש"ע משמע, דמיד לאחר שגמר הראשון הכאתו, אם חבל בו השני - שניהם חייבים ואין השני פטור אא"כ לא גמר הראשון הכאתו (וכ"כ הב"ח ועי' סמ"ע סקכ"ד). וכן משמע ממה שכתבו דאין השני פטור אא"כ לא היה יכול להציל את עצמו באופן אחר, **ולכן צריך אומד ב"ד**, ואם היה יכול להציל עצמו בחבלה מועטת וחבל בו הרבה - חייב. ולדעה ראשונה למה יתחייב בכה"ג והרי הוא בעוצם רוגזו וחימומו".

**ג- שבר את שעונו שלו תוך כדי השתחררות**

אדם שתפס את ידו של חברו, ובמהלך חילוץ ידו הוא **שבר את השעון שלו עצמו** - האדם שתפס את היד פטור מלשלם בדיני אדם, אומנם חייב לפייסו בכדי לצאת ידי שמים כמבואר לקמן.

לא ניתן לחייב אדם על נזק שהוא לא עשה. התופס לא שבר את השעון, אלא הניזק שבר לעצמו. אומנם הוא חייב בדיני שמים.

גם אם נאמר ששניהם היו מעורבים בנזק, עדיין לא ניתן לחייב את הראשון שתפס. וכך מוכח מדברי הגמ' במסכת קידושין דף כד עמוד ב: "שאני אדם, דכיון דבר דעת הוא, איהו מיבעית נפשיה". הריטב"א (שם) ביאר: "ואידך גרמא בנזקין הוא דעבד ולפיכך פטור מדיני אדם".

הראשון לציון הג"ר רפאל מיוחס בספרו פרי האדמה (הלכות חובל ומזיק פרק ו הלכה א): כתב: לא ניתן לחייב מזיק כאשר הנזק נגרם בגלל שני הצדדים.

כך מובא בספר פרי האדמה: "גם הרב בעל פרח מטה אהרן (ח"א סי' כ"ז) כתב דבעינן התנאים הנזכרים. ועוד כי לפי מ"ש שם הרב ז"ל גם כן נראה, דבנדון דידן גם כן כיון דהנזק בא בהיות הדינרים בידו, והיה לו לסגור ידו כשראה הגוי מתקרב אצלו או בהרים ידו, ואם הוא עצמו לא חש - כל שכן חבירו, והו"ל שהנזק בא מצד עצמו, **ואפילו תימא שהנזק בא מחמת שניהם בודאי**, הלא כתב הרב בעל פרח מטה אהרן ז"ל שם **דפטור**, והביא ראיה מדאמרינן בפ"ק דקדושין דף כ"ד: המבעית את חבירו וחלה מתוך הפחד - פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, כיצד? תקע באזנו וחרשו פטור, ופי' התם הטעם אדם כיון דבר דעתא הוא איהו מבעית אנפשיה, ופי' רש"י מדעתיה קא מבעית שנותן אל לבו אל פחד הקול הבא פתאום ע"כ, וכתב הרב ז"ל: **הרי אף על פי שהנזק בא על ידי שניהם מכל מקום משום דאיכא למימר שהוא גרם לעצמו הנזק - איהו דאפסיד אנפשיה** וכו' יעו"ש, אם כן הוא הדין והוא הטעם בנדון דידן לענ"ד דהוא גם כן גרם לעצמו **ואם כן הו"ל כבא הנזק ע"י גרמת שניהם דפטור**".

**ד- חיוב לשלם בכדי לצאת ידי שמים**

בירושלמי (מסכת בבא קמא פרק ו הלכה א) מובא: "ואין השמים מוחלין לו עד שישלם". דהיינו הבית דין אינם יכולים לחייבו לשלם, אבל הוא **חייב לשלם בכדי לצאת ידי חובת שמים**[103].

המאירי (מס' ב"ק דף נו.) כתב: יש על המזיק חיוב ממוני לשלם, ואם אינו משלם - נקרא גזלן ופסול לעדות[104]. היד רמ"ה כתב: יש איסור מהתורה להזיק ע"י גרמא, ונלמד ממצוות ואהבת לרעך כמוך, או מלפני עוור לא תתן מכשול.

רש"י (מסכת בבא קמא דף קד. ד"ה שכבר) כתב: אדם שחייב בידי שמים מגיע לו עונש בידי שמים, "ואף על גב דבי דינא לא מצו מחייבי ליה, אלא מניח לפניהם, **מיהו ידי עונש אין יוצא עד שישלם לשניהם**". וכך כתב הקצות בסימן לב: "אבל עונש בדיני שמים - ודאי אית ליה".

---

[103] כך כתב החזון איש (ב"ק סימן ה בס"ק ד): "והאי חייב בדיני שמים - אינו ר"ל דאסור לעשות כן, והעושה כן - עבירה היא בידו, וכדמשמע לכאורה מלשון רש"י בגיטין נג א, אלא ר"ל **דאינו יוצא ידי"ש עד שישלם**".

[104] כך כתב המאירי: "ומכאן כתבו גדולי הדורות, שכל שנאמר עליו חייב בדיני שמים - **פסול הוא לעדות** עד שישיב. והדברים נראין שמאחר שהוא חייב להשיב - תורת **גזלה** חלה עליו עד שישיב".

כנסת הגדולה (הגהות הטור סימן כח ס"ק כג) כתב: "כל מי שהוא חייב בדיני שמים - אין כופין לו לשלם כדי לצאת ידי שמים, אמנם **צריך להודיעו דרך תוכחה ומוסר ועצה טובה** בינו לבינו שיצא ידי חובה. אם יקבל - מוטב, ואם לא - יאמר הדיין איך שרוצים עליו להכריז בבית הכנסת על ידי שליח ציבור בלשון זה: 'שמעוני רבותי, האי גברא פלוני - חייב בידי שמים, מחמת שגרם הפסד ממון לפלוני, לכן צריך לפלוני שיסיר מעליו חיוב זה ועונש מדיני שמים וירצה לפלוני מחמת שגרם לו היזק'. ובס"ק כד כתב: "מי שחייב בדיני שמים ולא פרע - מותר לקרותו רשע".

**ה- החלטות**

א. במקרה הראשון - המזיק פטור מלשלם על הנזק שנגרם לשעון.

ב. במקרה השני - המזיק פטור מלשלם על הנזק שנגרם לשעון, אך יש חיוב לשלם מדיני שמים, לכן על התופס לפייס את הניזק.

ג. סכום הפיצוי נקבע בהסכמת שני הצדדים.

# מורה פרטי שהפסיק ללמד

**המקרה:**

מורה פרטי לימד תלמיד כלי נגינה. לאחר שעברו שישה חודשים - המורה הודיע לאבי הילד שהוא מעוניין להפסיק את שיעורי הנגינה. אבי הילד דורש מהמורה שימשיך לתת שיעורים פרטיים, לטענתו היה סיכום שהמורה ילמד את בנו במשך השנה, אך המורה טוען שלא היה כל סיכום, והוא יכול להפסיק את עבודתו במשך השנה.

**תשובה:**

א. פועל שלא התחיל בעבודה, לא חתם על חוזה ולא עשה קניין - יכול לחזור בו מהסכמתו לעבוד (גם אם אין לו אונס).

ב. פועל שלא התחיל בעבודה, אך חתם על חוזה או עשה קניין - לדעת הריטב"א לא יכול לחזור בו, אך לדעת הש"ך יכול לחזור בו (גם אם אין לו אונס).

ג. פועל שהתפטר באמצע עבודתו (לא עבד בדבר האבד) - ידו על העליונה, אבל קבלן שהתפטר - ידו על התחתונה.

ד. פועל שהתפטר באמצע עבודתו, והוא עבד בדבר האבד - ידו על התחתונה.

ה. פועל שהתפטר באמצע עבודתו בגלל שרוצה לעבוד בשכר גבוה יותר, או שקיבל הצעת עבודה טובה יותר - לדעת הרמ"א ידו על התחתונה.

ו. פועל שהתפטר באמצע עבודתו, והוא עבד בדבר האבד - ידו על התחתונה.

ז. דין מלמד שמתפטר כדין פועל שמתפטר בדבר האבד, לכן ידו על התחתונה, אא"כ מתפטר בגלל סיבת אונס.

ח. ערוך השולחן (סימן שלג סעיף יא) הדגיש: גם קבלן יכול להתפטר, אלא שידו על התחתונה.

ט. מורה פרטי עובד מספר שעות קטן, אך בשעות בהן הוא עובד הוא משועבד למעסיקו, לפיכך יש לפסוק שדין מורה פרטי כדין פועל ולא כדין קבלן, כך שידו על העליונה.

י. לפי החוק (חוק הודעה מוקדמת לפיטורים ולהתפטרות, תשס"א-2001), עובד חייב להודיע למעסיק בכתב שהוא מעוניין להתפטר (סעיף 2 ג), זאת בכדי שהמעסיק יוכל להתארגן ולמצוא עובד חלופי. עובד שעובד על בסיס שעות, צריך להודיע בשנתו הראשונה יום אחד על כל חודש שעבד (סעיף 4 [1]). לפיכך במקרה כאן המורה פרטי עבד במשך שישה חודשים, והיה עליו להודיע בכתב שישה ימים לפני ההתפטרות שלו.

יא. בסעיף 7 לחוק נקבע פיצוי למעסיק אם העובד התפטר ללא הודעה מוקדמת. הפיצוי יהיה בסך הימים שהיה אמור למסור את ההודעה. דהיינו המעסיק יכול לקזז משכר המורה את שווי שכרו במשך שישה ימים.

יב. יש תוקף הלכתי לחלק מדיני עבודה שנקבעו כמנהג מדינה. לכך יש לתת הודעה בכתב לפני הפיטורים, ע"פ הזמנים הקבועים בחוק.

**פיטורין באמצע העבודה**

במסכת בבא מציעא דף עו עמוד ב מובא (לדעת רבי דוסא שהלכה כמותו, כדברי רב בדף עז עמוד א): **פועל** יכול לחזור בו, גם לאחר שהתחיל את עבודתו, וידו על העליונה, שמקבל בשכרו את כל השכר על חלק העבודה שהספיק לעשות עד שהתפטר. אבל **קבלן** אינו יכול לחזור בו לאחר תחילת העבודה, ואם חזר בו באמצע עבודתו - ידו על התחתונה. אנו מחשבים את חלק העבודה הנותר, ואם העבודה התייקרה, ובעה"ב יצטרך לשלם יותר על חצי העבודה הנותר - בעה"ב יכול לקזז סכום זה משכרו של הקבלן.

**פועל** יכול לחזור גם באמצע העבודה, בגלל שהתורה אמרה 'כי לי בני ישראל עבדים', ולא עבדים לעבדים. הפועל אינו עבד למעסיק, אלא רק עבד ה', לכן יכול הוא לחזור בו, משא"כ **קבלן** הוא עבד לעצמו, שהרי המעסיק לא יכול לתת לו עבודות חלופיות במהלך היום, כפי שניתן לתת לפועל. (כן מובא בתוס' דף מח. ד"ה והא בעי).

נחלקו הפוסקים, האם פועל שעשה קניין יכול להתפטר. **הריטב"א** (סימן קיז) כתב בשם רבותיו: פועל יכול לחזור בו רק אם ההסכם היה באמירה, אבל אם עשו קניין - אינו יכול לחזור בו. מכאן שבכל מקרה בו נחתם חוזה עם הפועל, יש לראות בחתימה כמעשה קניין, (או קניין בשטר או קניין סיטומתא שנעשה ע"י החתימה), ואסור לפועל לחזור בו. וכ"פ ערוך השולחן (סעיף ח).

אבל **הש"ך** בס"ק יד כתב: פועל יכול תמיד לחזור בו, גם אם נעשה קניין, שהרי הטעם שיכול לחזור בו, הוא משום שכתוב 'כי לי בנ"י עבדים עבדי הם', ולא עבדים לעבדים, וטעם זה שייך גם אם נעשה קניין. וכך משמע מדברי המחבר, שלא חילק בין אם היה קניין או לא היה קניין.

הש"ך הוסיף: "שוב מצאתי כדברי להדיא בריב"ש (ריש סימן תע"ו), ונתתי שמחה בלבי ת"ל, וז"ל: שאין חילוק בין שכירות פועל ליום א' או שכיר שבת או שכיר חודש או שכיר שנה או שהוא קבלן שקבל קמה לקצור או כרם לבצור, שבכל אלה א"צ קנין, אלא התחלת המלאכה היא הקנין, אלא **שהפועל יכול לחזור בו לעולם, אפי' התחיל המלאכה ואפי' בקנין**, משום דכתיב כי לי בני ישראל עבדים".

הש"ך עוד כתב: הקניין לא מועיל גם בגלל שזהו קניין דברים שלא תקף. הקצות בס"ק ה כתב: אם הפועל שעבד את גופו - לא נחשב לקניין דברים, זאת ע"פ דברי הראב"ד (הלכות שלוחין ושותפין פרק ד הלכה ב): "ורבותי הורו, שאדם יכול להקנות את עצמו לחבירו בקניין כדין עבדים".

אומנם למעשה הקצות פסק כדברי הש"ך: "וכיון דפסק בשו"ע, דאפילו קבלו כל שכרן - יכול לחזור, ולא גרע כסף מקנין, דעבד עברי נקנה בכסף, א"כ ה"ה בקנין דיכול לחזור, דאע"ג דלא הוי קנין דברים ומשעבד גופו - אפ"ה התורה אמרה עבדי הם ולא עבדים לעבדים".

הפתחי תשובה בס"ק ה כתב: הט"ז (על סעיף ג) פסק כדברי הש"ך, אבל בשו"ת שבות יעקב (ח"ב סימן קפד) פסק כדברי הריטב"א, שאם הפועל עשה קניין - לא יכול לחזור בו, וכ"פ מהר"א ששון (סימן קיג), הרדב"ז (חלק א סימן שנ) והעטרת צבי (ס"ק ח). השבות יעקב סייג: רק קניין **כסף ושטר** מועילים לחייב את הפועל, שכן אלו הקניינים המועילים בעבד עברי, אבל **שאר הקניינים** - לא מועילים שנחשבים לקניין דברים.

לסיכום פרק זה, התובע לא הוכיח שהיה קניין, לא הוצג שטר, חוזה וכד', כך שהמורה הפרטי יכל לחזור בו ולהתפטר מעבודתו.

**פועל שהתפטר בדבר האבד**

בגמ' במסכת בבא מציעא בדף עו עמוד ב מובא: בדבר האבד, גם פועל לא יכול לחזור בו, ואם בכ"ז הפועל חזר בו בדבר האבד - יכול המעסיק להטעותו, דהיינו לומר לו שהוא יעלה לו את שכרו וכך הפועל יסכים לשוב לעבודה, אך בפועל המעסיק לא ייתן לו את התוספת שהבטיח.

הריטב"א (מובא בשיטה מקובצת מסכת בבא מציעא דף עה: ד"ה השוכר) הגדיר מה נקרא דבר האבד:

א. **"דבר האבד בממון ממש"**, דהיינו נזק ממוני ממשי שנגרם בעקבות הפסקת העבודה. למשל פועל שעובד בעיבוד פשתן, ובעקבות ההתפטרות - הפשתן יירקב.

ב. "או בדאיכא **הפסד רצונו שלא נעשה כוונתו ומתאחרין מעשיו**". כגון עיכוב שייגרם בחתונה בעקבות הפיטורים. צריך לציין, שלא מדובר בעיכוב סביר שמקובל בהתנהלות רגילה, אלא בעיכוב שיגרום לצער גדול, כגון עיכוב בחתונה או בלוויה.

הסמ"ע בסימן שלג ס"ק יח ביאר מהו דבר האבוד: כל עבודה שיש לעשותה באופן מידי ולא ניתן לשהותה, שכן הוא יתקלקל אם לא יסיים את המלאכה - נחשב לדבר האבוד.

הרמב"ן (מסכת בבא מציעא דף עו עמוד ב) הסביר מדוע בדבר האבד אסור לפועל לחזור בו: יש אומדנא שהפועלים הסכימו לשלם למעסיק, במידה ויתפטרו באמצע העבודה של דבר האבד[105].

הפתחי חושן (חלק ד שכירות פרק יא הערה לח) כתב: "ומ"מ נראה עפ"י דברי הרמב"ן, שלא חייבו פועל בדבר האבוד **אלא כשבשעת שכירות ידע הפועל שנשכר לדבר האבוד**, ועל דעת כן שעבד עצמו, אבל **אם שכרו לסתם מלאכה**, או שהתחיל במלאכה אחרת ואח"כ נתן לו דבר האבוד - מסתבר שאין דינו כפועל בדבר האבוד, שלא שעבד עצמו ע"ד כן".

[105] כך כתב הרמב"ן: "והוי יודע, שהפועלים שחזרו בהם בדבר האבד, אף על פי שלא התחילו במלאכה - שוכר עליהן או מטען, והיינו מתני', ואף על פי שכל זמן שלא באת חבילה לידו, אין כאן אלא דברים - חייבין לשלם עד כדי שכרן ולא יותר, **דסמכא דעתייהו מעיקרא** ואין כאן דרך לקנין".

הפתחי תשובה בסימן קפא ס"ק ה כתב בשם שו"ת ושב הכהן (סימן יג): רק אם המעסיק שכר את הפועל במפורש לעסוק בדבר האבד - אסור לפועל לחזור בו, אבל אם המעסיק לא הדגיש שמדובר בדבר האבד, אלא נתן לו עבודות רגילות, ובין העבודות הייתה עבודה שהיא מוגדרת כדבר האבד - הפועל יכול לחזור בו.

הש"ך בס"ק כג כתב: "**ונראה דהכל הוא לפי הענין לפי ראות עיני הדיין**". דהיינו בכל מקרה יש לבחון האם אכן נגרם הפסד כספי וההתפטרות נכנסת בגדר דבר האבד.

לסיכום פרק זה, מורה פרטי לילד שמלמד נגינה - אין בכך משום דבר האבד. לא מדובר בעבודה שצריך לבצעה באופן מידי, ואין חשש לקלקול או להיזק כספי.

**פועל שהתפטר בדבר האבד בגלל אונס**

בגמ' במסכת בבא מציעא דף עז עמוד א מובא: **מותר לפועל להתפטר בדבר האבד כאשר יש לו אונס.** מתי אנחנו אומרים שאם הפועל חוזר בו בדבר האבד - ידו על התחתונה? רק כאשר לא היה לפועל אונס, אבל אם הפועל חזר בו בגלל שהיה אנוס, כגון שמת לו קרוב או שהוא חלה - הרי הוא מקבל את השכר לפי החלק שהוא עבד.

הברייתא כתבה: שכיר (פועל) וקבלן יקבלו את שכרם, שכן מדובר בדבר האבוד, ומכאן רואים **שאין חילוק בין פועל ובין קבלן בדבר האבד**, לשניהם אסור לחזור בהם מהעבודה, אא"כ יש אונס.

הרמ"א בסעיף ה פסק: "ומיהו אינו צריך לשלם להם כל שכרם, רק מה שעשו, וידם על העליונה". הנתיבות בס"ק ט הדגיש: המעסיק צריך לשלם על חלק העבודה שנעשה רק בתנאי שיוכל למצוא פועל אחר שישלים את העבודה, למרות שהפועל השני יהיה קצת יותר יקר, אבל אם לא ימצא פועלים להשלים את העבודה, או שהפועלים ידרשו מחיר הרבה יותר יקר מהפועל הראשון - הוא לא צריך לשלם לראשון על חלק העבודה שעשה. וכך מוכח מדברי הרמ"א בסימן שי סעיף ב (כמבואר בהערה[106]).

דוגמאות לאונס:

א. מחלה של **העובד** עצמו - נחשבת לאונס. (מסתבר שמדובר במחלה משמעותית).

ב. תרומת הדשן (סימן שכט) כתב: לא רק, אלא גם **מחלה של אחד מבני משפחתו הגרעינית** כגון אשתו או בניו חשובה לאונס. וכ"פ הרמ"א בסעיף ה.

[106] השוכר חמור ובאמצע הדרך אירע אונס והחמור מת - השוכר צריך לשלם למשכיר את דמי מחצית הדרך. התוס' (דף עט. ד"ה אילו) הדגישו: השוכר ישלם על מחצית הדרך רק בתנאי שיכול למצוא חמור אחר, או שיכול למכור את סחורתו במעט רווח באותו מקום, רק במקרים אלו צריך לשלם על מחצית הדרך, שהרי נהנה ממקום זה, אבל אם לא מצא חמור אחר להשכירו, או שאינו יכול למכור באותו מקום כלום - לא משלם למשכיר כלום.

ג. השוכר פועלים שישקו את שדהו, אך **הנהר התייבש**, כך שהפועלים אינם יכולים להמשיך ולעבוד - מבואר בהרחבה בסימן שלד סעיף א.

**פועל שהתפטר בגלל ששכר הפועלים עלה**

הטור כתב בשם ר"י: פועל יכול לחזור בו באמצע העבודה, רק כאשר הוא מתפטר בצורה סתמית, אבל אם שכר הפועלים עלה, והפועל התפטר בכדי לעבוד במקום אחר עם שכר גבוה יותר - לא שומעים לו וידו על התחתונה. (כדין קבלן החוזר בו). וכ"פ הרמ"א בסעיף ד.

הב"ח בס"ק ב הסביר: פועל יכול לחזור בו, רק בגלל שכתוב "עבדי הם" ולא עבדים לעבדים, לכן כאשר הפועל התפטר בצורה סתמית, אנו אומדים את דעתו שהוא לא מוכן להיות עוד עבד, לכן התפטרותו מתקבלת, והוא לא מפסיד עי"כ את שכרו, אבל כאשר הפועל התפטר רק בכדי לעבוד במקום אחר עם שכר גבוה יותר, אנו רואים שהוא כן מוכן להיות עבד, אלא שרוצה שהמעסיק יוסיף לו את התוספת, לכך לא שומעים לו.

**הפרישה** בס"ק ב כתב: ר"י דיבר רק על פועל שאמר **במפורש** שהוא מתפטר בגלל שהשכר עלה, אבל אם הפועל מתפטר בצורה **סתמית** - עדו על העליונה. אבל לדעת מהרי"ט (חלק ב סימן נ), גם אם הפועל התפטר בצורה סתמית בגלל התייקרות השכר - ידו על התחתונה.

הפתחי תשובה בס"ק ז הפנה לדבריו בס"ק ד, שם כתב בשם **החוות יאיר** (סימן קו): גם אם הפועל ישכיר את עצמו למעסיק אחר - הוא לא מפסיד את שכרו, אלא ידו על העליונה, שכן "לא נהירא לי לחלק בכך כלל, רק מפני שנאמר כי לי בני ישראל עבדים - לא אלים קניית האדון בו כולי האי, שאם יחזור בו יפסיד מה שעשה כבר. ולא תלי בצדקתו ודעתו שחוזר בו מהיות עבד לעבדים רק עבד ל"ה, דמי יגיד לעבד זה שיטעון כך".

ניתן להסביר את הסברא לדברי החוות יאיר: גם כאשר הפועל עובד במקום אחר, הוא נחשב פחות עבד בגלל שהוא משתכר יותר, כך שיכול לעבוד פחות זמן.

ערוך השולחן (סעיף יז) כתב: "וכן אין שום חילוק בחזרת פועל בין שחוזר בו ואין רצונו להשכיר עצמו כלל, ובין שחוזר בו ורצונו להשכיר עצמו לאחר, דלא כיש מי שרצה לומר דכשרוצה להשכיר עצמו לאחר - אינו יכול לחזור בו, דהא עדיין רוצה לעשות עצמו עבד לעבדים, ואינו כן, דאטו המשכיר עצמו עובר על זה, דא"כ יהא אסור לאדם להשכיר עצמו, אלא שהתורה אמרה דמטעם זה אין האדם משתעבד עצמו בהמלאכה כבקנין עד סוף הזמן כמ"ש בסעיף ו', וא"כ כיון שאינו קנוי לו עד סוף המלאכה או הזמן מה לי אם רצונו להשכיר עצמו אצל אחר אם לאו, וכן הסכימו כמה מגדולי אחרונים וכן עיקר לדינא ואף גם ידו על העליונה אם אינו משכיר עצמו אצל אחר מפני היוקר".

הפתחי חושן (חלק ד שכירות פרק יא הערה ו) כתב: "ואפשר שאף הטור שכתב שמחמת יוקר אין שומעין לו, היינו **אם אומר בפירוש שמוצא להשכיר עצמו אצל אחר ביותר**, אבל כשאומר **שאין כדאי לו**

**לעבוד בשביל שכר מועט כזה**, ורק אם יוסיף לו על שכרו יסכים להשאר, ולא משום שמקבל אצל אחר יותר, אלא שנוח לו לישב בטל - אפשר שמודה הר"י שיכול לחזור, שגם זה מעשה בן חורין".

לסיכום פרק זה, המורה פרטי לא אמר במפורש שהוא מתפטר בגלל שקיבל הצעת עבודה טובה יותר, לפיכך יש לדונו כפועל המתפטר וידו על העליונה.

**הגדרת קבלן והגדרת פועל**

תרומת הדשן (סימן שכט) כתב: בכדי לקבוע האם העובד מוגדר כפועל או כקבלן יש לבחון את תנאי שכרו. אם שכרו נקבע לפי **שעות** וזמנים מוגדרים הוא נחשב כפועל, אבל אם שכרו נקבע על פי **הספק** בעבודה - הוא נחשב לקבלן[107].

המגיד משנה (הלכות שכירות פרק ט הלכה ד) כתב: "ואם קבלן הוא וכו'. פי' שאינו שכיר זמן ידוע אלא למלאכה ידועה".

המאירי (מסכת בבא מציעא דף קיב. ד"ה הקבלנות) כתב: קבלן הוא אדם שיכול לבחור באלו שעות לעבוד.

הנתיבות בסימן רסד ס"ק ח כתב: אדם שקיבל שכר גלובאלי על סיום העבודה, אך המעסיק דרש שיעבוד מיד, (כגון נתן לו סכום מסוים בכדי שיעבירנו את הנהר מיד) - נחשב לפועל ולא לקבלן, כי הוא לא קובע מתי לעבוד ומתי לנוח.

הסמ"ע בס"ק טז כתב: "ואם הוא **קבלן** שקבל עליו מלאכה בכך וכך, (פי' ואינו **כעבד** דמלאכת רבו מוטלת עליו לעשות בו כל היום בלי הפסק, אבל זה גומר מלאכה שקיבל עליו איזה שעה ביום שירצה, וכדרך כל בע"ה העושה במלאכה שלו למכור ולהשתכר בה). מ"ה גם הוא א"י לחזור בו".

הסמ"ע הגדיר את הקבלן כדברי המאירי: כל פועל המחויב לשעות עבודה, ואינו יכול לעזוב את מקום העבודה ע"פ רצונו - נקרא פועל, ורק עובד שיכול לעבוד כרצונו, ולסיים את שעות העבודה שלו מתי שירצה - נחשב כקבלן.

בפסקי דין רבניים (חלק ו עמוד 164) מובא: "ובודאי שאין כוונת הסמ"ע לומר, דההבדל בין פועל וקבלן הוא, דפועל עובד כל היום, משא"כ קבלן, דהא ודאי פועל שהשכיר עצמו אפילו לכמה שעות בלבד - יכול ג"כ לחזור. אלא עיקר כוונת הסמ"ע היא, **דפועל משועבד לבעל הבית ליום, או לשעה מסוימת, ואילו קבלן אינו קשור לבעליו, לאיזו שעה ביום**, וכך גם מוכח מסוף דברי הסמ"ע בכתבו: "אבל זה גומר מלאכה שקיבל עליו איזה שעה שירצה".

---

[107] כך כתב תרומת הדשן: "אף על גב דימי הבציר קצבתו ידוע ואינו משועבד רק זמן הזה, מ"מ **הואיל ואינו קוצב לו שכר לפי הימים או השבועות או החדשים דאיקלעי המלאכה - חשוב קבלנות**, כמו קמה לקצור דימי הקציר נמי ידועים הם".

"ובסמ"ע סימן רכ"ז ס"ק נ"ט כתב: פי' ששכרו על עבודתו יום יום דהוא כפועל גמור... אבל קבלן דגומר המלאכה דשוכרה לצורכה אימת שירצה - אין לו דין עבד".

"הרי דהסמ"ע ביאר ההבדל בין קבלן לפועל בכך, **דפועל** קשור ומשועבד לזמן מסוים. ואילו **קבלן** גומר המלאכה אימת שירצה, ובמקום זה, אפילו לא הזכיר את המושג של עבודה לשעות".

בפסקי דין רבניים (חלק ג פס"ד בעמוד 272) מובא: "ההלכה **שפועל** יכול לחזור אפילו בחצי היום משום הכלל: עבדי הם ולא עבדים לעבדים - אמורה רק לגבי שכיר, אבל **קבלן** אינו יכול לחזור תוך עבודתו. הסבר הדבר: **שכיר** משעבד גופו למעבידו ומאבד עצמאותו יש בו דמיון לעבדות ועל כגון זה דורשים: עבדי הם ולא עבדים לעבדים. אבל **קבלן** אינו מקבל עליו אלא ביצוע עבודה מסוימת, ואינו משעבד את גופו למעבידו, והכלל: עבדי הם ולא עבדים לעבדים - אינו שייך לגביו".

"לפי הסבר זה יש להגדיר שכיר וקבלן לגבי דין תורה לא לפי תנאי השכר, היינו לפי הזמן או לפי היחידה, אלא לפי תנאי השעבוד. לפיכך פועל אף אם הוא שכיר יום המתחייב לעבוד עבודה מסוימת **מבלי לקשר עצמו לשעות קבועות** מסוימות - דינו כקבלן; ולהיפך, קבלן המתחייב לבצע עבודה מסוימת **וקושר עצמו לשעות קבועות** מסוימות - דינו כשכיר".

מדברי **הש"ך** בס"ק ד משמע, שמורה פרטי דינו כדין פועל, כי שכרו נקבע לפי זמן ולא לפי הספק. אומנם מורה פרטי ששכרו נקבע לפי התוצאה, (כגון מורה שמעביר קורס לשחייה, או מורה שמלמד פרשת בר מצווה וכד') - דינו כדין קבלן. אבל **הגר"ש קלוגר** בספרו חכמת שלמה (סימן קלג) כתב: אם המורה משועבד לשעות עבודה שקובע המעסיק - דינו כפועל וידו על העליונה, אבל אם המורה קובע את השעות בהן הוא עובד, ויכול לשנות את השעות לפי הנוחות שלו - דינו כמו קבלן וידו על התחתונה. (מובא בפסקי דין רבניים חלק ג עמוד 272).

המרדכי (מסכת בבא מציעא סימן שמו) כתב בשם רבינו יואל: "המשכיר עצמו ללמוד נערים לשנה - **יכול לחזור בו כל שעה שירצה כדין פועל** שיכול לחזור בחצי היום, ואין דינו כקבלן שאין יכול לחזור".

הרמ"א בסימן שלג סעיף ה פסק בשם הגהות מיימוניות (הלכות שכירות פרק ט ס"ק ה): "שכר עצמו לזמן - יש לו דין פועל; אבל אם שכר עצמו ללמוד ספר או חצי ספר - יש לו דין קבלן". (הגהות מיימוני פ"ט). כלומר, אם המלמד מתחייב לעבוד לפי **הספק** (ללמד ספר או ללמד חצי ספר וכד') - דינו כמו קבלן, אבל אם העסקה היא לפי **שעות** - דינו כמו פועל.

לסיכום פרק זה, מורה פרטי עובד מספר שעות קטן, אך בשעות בהן הוא עובד הוא משועבד למעסיקו, לפיכך יש לפסוק שדין מורה פרטי כדין פועל ולא כדין קבלן, כך שידו על העליונה.

**מלמד שהתפטר, האם נקרא דבר האבד?**

הדרכי משה (סק"ג**) הביא מחלוקת ראשונים, האם התפטרות מלמד, חשובה כדבר האבד או לא. **המרדכי** (סימן שמג) כתב בשם ספר צפנת פענח: מלמד החוזר בו - נקרא דבר האבד, שכן הילדים מתבטלים כהבנת התוס' (מסכת ב"מ דף קט: ד"ה וספר). וכ"פ הרמ"א בסעיף ה. אך **רבנו יואל** סבור, שמלמד יכול לחזור בו, שכן דבר האבד אצל מלמד, זהו רק במלמד שמסביר בצורה מוטעית, וכפירושו של רש"י (מסכת ב"מ דף קט. ד"ה מקרי).

הש"ך בס"ק כו כתב: הטעם מדוע מלמד לא יכול לחזור בו, בכל רגע שהילדים מתבטלים ולא לומדים תורה, נחשב כדבר האבוד. לאור זאת כתב הש"ך: אם ניתן למצוא מלמד מחליף - הרי שהראשון יכול לחזור בו. וכן גם יכול המלמד להתפטר בתקופת החופשה שהילדים ממילא בטלים. אומנם כתב הדרכי משה (מובא בהגהות אשרי סוף סימן ו): אם המושל גזר לא ללמוד - בעה"ב הפסיד.

עוד כתב הדרכי משה (שם) בשם המרדכי (שם): אסור למלמד לעבוד בעוד עבודה מעבר ללימודו. בירושלמי (מס' דמאי פרק ז הלכה ג) מובא, שאסור למלמד להיות ניעור הרבה בלילה, וכן אסור למלמד לסגף את עצמו במאכל ומשתה. עוד כתב: סופר סת"ם החוזר בו, הוי דבר האבד, שכן מזיק לס"ת שייכתב ע"י שני סופרים. וכ"פ הרמ"א בסעיף ה.

הדרכי משה בס"ק ה כתב בשם **הנמוקי יוסף** (דף מו: ד"ה עד ארבעים): פועלים שהתפטרו בדבר האבד, והמעסיק לא שכר פועלים אחרים במקומם, כך שנגרם לו הפסד - הפועלים שהתפטרו לא צריכים לשלם לו עבור ההפסד, שכן בתחילת העבודה, הם קיבלו על עצמם שיוכל המעסיק להטעותם או לשכור פועלים אחרים במידה והם יתפטרו, אך הם לא קבלו על עצמם לשלם על ההפסד.

**תרומת הדשן** (סימן שכט) הבין, מדובר רק במלמד שחזר בו וזה דבר האבד, שאז אם המעסיק לא השכיר מלמד אחר, המלמד שהתפטר לא חייב לשלם על ההיזק, אך אם נגרם למעסיק היזק כספי - הפועל המתפטר חייב לשלם מדינא דגרמי. וכ"פ הרמ"א בסעיף ו.

לסיכום פרק זה, נחלקו הפוסקים האם התפטרות מלמד נחשבת לדבר האבד, אכן במלמד תורה יש חשש לביטול תורה ויש בכך משום דבר האבד, אך בלימוד כלי נגינה - אין חשש לביטול תורה ולפיכך אין לראות בהתפטרות של מורה פרטי משום התפטרות בדבר האבד.

**פועל שלא סוכם עמו על תקופת ההעסקה**

הפתחי תשובה בס"ק ג כתב בשם **שו"ת מים חיים** (חלק חו"מ סימן ו): שוחט שהועסק ע"י קהילה קטנה, ולא נכתב בחוזה לכמה זמן השוחט יועסק ע"י הקהילה[108], לאחר זמן בגלל אונס לא היה ניתן להמשיך להעסיק את השוחט.

הרב ענה: יש להשוות דין זה למחלוקת הרשב"א והרא"ש בסימן ס סעיף ג בדין מתחייב לזון את חברו (כמבואר בהערה[109]), כך שלדעת הרשב"א המעסיק חייב להעסיקו לעולם, ולדעת הרא"ש חייבים להעסיקו רק שנה אחת[110]. ובגלל שיש ספק בדין - ניתן לומר קים לי כהרא"ש, אך "מ"מ ראוי ונכון שיעשו עמו לפנים משורת הדין, כי הוא איש עני וטפלי תלויים ביה".

בשו"ת רב פעלים (חלק ג - חושן משפט סימן ו) פסק שלא ניתן לפטר שוחט שהועסק בסתם, כי שכירות בסתם חשובה כשכירות לעולם, ורק אם נמצא בו פגם ניתן לפטרו. וכ"פ האגרות משה (חושן משפט חלק א סימן עה).

אומנם **החזון איש** (מס' ב"ק סימן כג) כתב: יש ללמוד משכירות בתים, שעל המשכיר להודיע לשוכר שלושים יום קודם על רצונו לסיים את תקופת השכירות, כך גם בפיטורין יש להודיע שלושים יום קודם לפיטורין על רצונו לסיים את העסקה, זאת בכדי שיוכל העובד בפרק זמן זה לחפש מקום עבודה חלופי. החזון איש הוסיף: מעסיק שפיטר עובד ללא התראה של שלושים יום - עליו לתת לעובד את שכרו למשך אותם שלושים יום.

---

[108] בשו"ת רב פעלים (חלק ג - חושן משפט סימן ו) מובא: גם אם לא היה שום חוזה, אלא העסקת הפועל הייתה בדיבור בעלמא - לא היה בכך לגרוע מזכויות העובד, בגלל מספר סיבות: א)- התחייבות של רבים לא צריכה קניין. ב)- תנאי שבשכירות לא צריך קניין כמבואר בסימן שטו סעיף ד. ג)- אם העובד הועסק מספר שנים, נחשב לחזקה במקום עבודתו, ולא ניתן לפחות משכרו.

[109] הבית יוסף (אבן העזר סימן קיד סעיף ז) כתב בשם **הרשב"א** (חלק ו סי' ה): אדם שהתחייב לזון את חברו, או התחייב לזון את בת אשתו, אך לא קצב זמן להתחייבות, שהתחייב בצורה סתמית - על המתחייב לזון את המוטב בכל משך הזמן בו המוטב באמת זקוק שאחרים יזונוהו.

אבל **הרא"ש** (כלל ו סימן כד) כתב: המתחייב לזון את חברו בצורה סתמית וללא מגבלת זמן - על המתחייב לזונו רק במשך שנה אחת ולא יותר, או לחלופין יכול לתת לו מאה זהובים ובכך להיפטר מההתחייבות.

הרמ"א (חושן משפט סימן ס סעיף ג) הביא את דברי הרשב"א בשם וי"א קמא, ואת דברי הרא"ש בשם וי"א בתרא. ערוך השולחן (סעיף ד) פסק כדברי הרשב"א.

[110] הפתחי תשובה בס"ק ז כתב בשם התומים (ס"ק ח): אין מחלוקת בין הרשב"א ובין הרא"ש. הרשב"א דיבר על אדם שהתחייב לפרנס **עני**, שאז אמירתו תקפה כמו נדר, כמובא במסכת ר"ה דף ו עמוד א, "בפיך זו הצדקה". אך הרא"ש דיבר על אדם המתחייב לזון את **חברו**, במקרה זה יש לומר שהמוציא מחברו עליו הראייה.

לאור דברי התומים נראה לומר, שהמעסיק לא מתחייב להעסיק את העובד, כי רק בצדקה לעני יש התחיבות ולא בהעסקת עובד.

**חיוב הודעת פיטורין לפי החוק**

לפי החוק (חוק הודעה מוקדמת לפיטורים ולהתפטרות, תשס"א-2001), עובד חייב להודיע למעסיק בכתב שהוא מעוניין להתפטר (סעיף 2 ג), זאת בכדי שהמעסיק יוכל להתארגן ולמצוא עובד חלופי. עובד שעובד על בסיס שעות, צריך להודיע בשנתו הראשונה יום אחד על כל חודש שעבד[111] (סעיף 4 [1]). לפיכך במקרה כאן המורה פרטי עבד במשך שישה חודשים, והיה עליו להודיע בכתב שישה ימים לפני ההתפטרות שלו.

בסעיף 7 לחוק נקבע פיצוי למעסיק אם העובד התפטר ללא הודעה מוקדמת. הפיצוי יהיה בסך הימים שהיה אמור למסור את ההודעה. דהיינו המעסיק יכול לקזז משכר המורה את שווי שכרו במשך שישה ימים.

בשו"ת ציץ אליעזר (חלק ב סימן כג) מובא: "דבר פשוט הוא, שכל דיני פועלים על כל פרטיהם - תלוים ביותר במנהג המדינה, איך שהמדינה קובעת ומנהיגה". כך שיש תוקף לדיני עבודה שהתפשטו ונהפכו להיות מנהג מדינה.

וכך גם כתב הגרי"ש אלישיב (פסקי דין רבניים חלק ח עמוד 162): "תנאי העבודה בין מעביד לעובד וכל הזכויות והחובות ביניהם - נקבעים לפי מנהג המקום[112]".

אומנם **הפתחי חושן** (חלק ד שכירות פרק יא הערה א) כתב: "שמדברי הפוסקים נראה, שפועל יכול לחזור בו אף מבלי להודיע לבעה"ב. כן משמע בתוס' (כתובות דף צח ע"ב), ויש לעיין אם הפסיד בעה"ב במה שלא הודיעו, דאפשר שחייב בזה, וכ"ש לדעת הפוסקים שפועל חייב בגרמא, וכן משמע בנה"מ". (סימן קפג סק"א).

---

[111] החוק מחלק בין עובד על בסיס שכר חודשי לבין עובד על בסיס שכר יומי או שעתי:

**עובד על בסיס שכר חודשי** צריך בחצי שנה הראשונה להודיע יום אחד על כל חודש עבודה. ומהחודש השביעי עד סוף השנה על העובד ליידע שישה ימים ועוד יומיים וחצי על כל חודש נוסף, עובד שעבד שנה אחת ואילך - עליו להודיע חודש לפני שמתפטר. (סעיף 3).

**עובד על בסיס שעות** - בתוך השנה הראשונה לעבודתו - עליו ליידע יום אחד על כל חודש שעבד, בשנה השנייה עליו ליידע את המעסיק במשך שבועיים, וכן עוד להוסיף יום אחד של הודעה על כל חודשיים שעבד בשנה השנייה. בשנה השלישית עליו ליידע את המעסיק במשך שלושה שבועות, וכן עוד להוסיף יום אחד של הודעה על כל חודשיים שעובד בשנה השנייה. לאחר השנה השלישית עליו ליידע את המעסיק חודש לפני הפיטורין. (סעיף 4).

[112] הגרי"ש אלישיב דחה את עתירתם של מרכז החינוך העצמאי שפיטרו מורה בהריון בניגוד לחוק: "והואיל ותנאי עבודה בין מעביד לעובד, הזכויות והחובות, **מנהג המקום הוא הקובע**, והואיל ולפי הנוהג בציבור העובדים, אין לפטר עובדת כשהיא נמצאת בהריון ולא יולדת בתקופת חופשתה, **ומנהג זה נשתרש עקב חוק** עבודת נשים תשי"ד - הרי שמשום כך לא תפסו הפיטורין בתאריך הנ"ל כלל".

כאמור לעיל, לדעת **החזון איש** (מס' ב"ק סימן כג), על המעסיק להודיע שלושים יום קודם לפיטורין על רצונו לסיים את עבודתו, זאת בכדי שיוכל העובד בפרק זמן זה לחפש מקום עבודה חלופי.

לסיכום פרק זה, יש תוקף הלכתי לחלק מדיני עבודה שנקבעו כמנהג מדינה. לכך יש לתת הודעה בכתב לפני הפיטורים, ע"פ הזמנים הקבועים בחוק.

# בעל מוסך שהחזיר רדיו דיסק אחר

**המקרה:**

אדם ביקש מבעל מוסך שיתקן לו את הרדיו דיסק שברכבו. בעל המוסך הרכיב לו רדיו דיסק אחר יותר יקר. כעת בעל הרכב שואל האם יכול להשתמש ברדיו דיסק או שעליו לחשוש שבעל המוסך נתן לו מוצר ששייך לאדם אחר?

**תשובה:**

א. בעל מקצוע **שנתן במכוון** מוצר של אדם אחר - מותר להשתמש במוצר, אנו תולים שהוא רכש את המוצר מבעליו.

ב. בעל מקצוע **שטעה** ונתן מוצר של אדם אחר - אסור להשתמש במוצר. עליו להחזיר את המוצר לבעלים.

ג. בעל מקצוע **שלא זוכר** אם רכש את המוצר מבעליו, כי עבר הרבה זמן, אומנם יש וודאות שבעלי המוצר ידעו שהמוצר נמצא ברשות הבעל מקצוע ולא באו לקחת ממנו - אנו תולים שהאומן פיצה את בעלי המוצר בדרך אחרת, ומותר להשתמש במוצר. (ע"פ דברי הט"ז והנתיבות, אך הקצות חולק).

ד. בכל מקרה, אם **יבוא בעל המוצר ויבקש ממנו את המוצר חזרה**, יתברר למפרע שבעל המקצוע לא רכש את המוצר מבעליו, אלא הוא התבלבל ונתן מוצר של אדם אחר, כך שיש חיוב להחזיר את המוצר לבעלים.

**נימוקים:**

**בגדים שהתחלפו**

בגמ' במסכת בבא בתרא דף מו עמוד א מובא: אדם שבטעות החליף את בגדו בבגד חברו - חל איסור להשתמש בבגד חברו, שכן זהו שואל שלא מדעת, ונחשב כגזילה. אומנם במקום בו נותנים לאומן למכור את בגדיהם, והאומן נתן לאדם בגד של חברו - יכול הוא להשתמש בבגד חברו, שכן יתכן והאומן טעה ומכר את בגדו, לכך נתן האומן מדעתו את בגד חברו עד שיתקן את הטעות ויחזיר לו את בגדו. (כמבואר בפסקה הבאה).

לפעמים היו הלקוחות מבקשים מהאומן שימכור את הבגד שלהם, וייתן להם מעות, כך שהבגד שייך לגמרי לאומן (לאחר שמכר ושילם), והאומן יכול לתת את הבגד לאדם אחר. לדוגמא, ראובן ביקש מהאומן שימכור את בגדו, האומן בטעות מכר את בגד שמעון ללוי, ושילם לראובן את חלקו, כך שהבגד כעת שייך לאומן. כאשר שמעון הגיע לקבל את בגדו, הבין האומן שטעה, ומכר את בגד שמעון במקום את בגד ראובן. לכך האומן נתן בצורה מכוונת את הבגד של ראובן (הבגד אותו היה

אמור האומן למכור), עד שהאומן יתקן את הטעות, (יחזיר את בגד שמעון לבעליו, וימכור את בגד ראובן). נמצא אפוא, כלל לא מדובר בשואל שלא מדעת, אלא מדובר בשואל מדעת, שהאומן מדעת נתן לשמעון לתקופה מסוימת את הבגד שהיה שייך לראובן[113].

גם במקרה זה, יש עוד שני סייגים: א)- מדובר שהאומן עצמו נתן לו בגד של אדם אחר, ולא מדובר באשת האומן או בניו שנתנו בגד אחר, שהם וודאי לא עשו את החישוב הנזכר, ונתנו בטעות, ובמקרה בו החלפת הבגד נעשתה בטעות, יש איסור להשתמש בבגד. ב)- מדובר שהאומן אמר לו בצורה סתמית: 'קח בגד זה', ולא אמר לו: 'קח את הבגד שלך', שאז וודאי טעה וחשב שזהו הבגד שלו.

אומנם במידה ויבוא ראובן בעל הבגד ויבקש משמעון את בגדו חזרה, יתברר למפרע שלא אירעה טעות, אלא האומן התבלבל והחליף את בגד שמעון בבגד ראובן, כך ששמעון מחויב להחזיר לראובן את בגדו חזרה.

וכך כתב הטור בסימן קלו: נאמן ראובן בעל הבגד לומר שלא ביקש מהאומן למכור את בגדו, אלא ההחלפה נעשתה בטעות, כך ששמעון מחויב להחזיר את הבגד לראובן, לאחר שראובן ייתן סימנים בבגד, או יביא עדים שזה בגדו.

הטור עוד כתב: אם הבגד של ראובן עולה יותר מהבגד של שמעון, הבגד כעת נמצא אצל שמעון, ראובן בא לשמעון ומבקש את הפער בשווי - על שמעון לשלם את הפער שבין שני הבגדים, או לחלופין שמעון יחזיר לראובן את בגדו, וראובן ייתן לשמעון את סכום הכסף שקיבל מהאומן. (הטור הדגיש: הברירה ביד שמעון להחליט מה לעשות, האם לשלם את הפער או להחזיר את החולצה ולקבל את הכסף).

הרא"ש (סימן מז) שאל: כיצד יכול שמעון להשתמש בבגד ראובן, הרי יש לחשוש שמא לוי הקונה (שקנה את בגד שמעון מיד האומן המוכר), ירצה לבטל את המקח, כגון שימצא מום בבגד[114], או שיאמר שהבגד אינו מתאים לו, והקונה יחזיר את הבגד לאומן ויבטל את המכירה. נמצא ששמעון משתמש בטלית שאינה שייכת לו?

הרא"ש ענה: אין לחשוש לכך, שכן ראובן קיבל את המעות שלו מיד האומן, בתמורה לבגד, כך שגם אם לוי הקונה לא ירצה את הבגד - ראובן אינו מקפיד ע"כ ששמעון משתמש בבגדו, שהרי הוא נהנה מהמעות.

**תרומת הדשן** (סימן שיט) כתב: כך גם הדין במכבסה שבטעות נתנה לאדם בגד חלופי, במידה ואדם קיבל בטעות בגד אחר מהמכבסה - עליו להחזירו לבעליו, ואסור לו להשתמש בבגד. אבל **הב"ח**

[113] הרא"ש (סימן מז) הסביר בצורה אחרת: יש כאן כעין חליפין, וכשם שהלקוח משתמש בבגד של שמעון, כך שמעון משתמש בבגד של ראובן.

[114] הרא"ש כתב: "והלא אם לא יאות הלוקח בטליתו של **ראובן".** הפלפולא חריפתא העיר: כמובן מדובר בבגד של **שמעון**, אלא שהמוכר חשב שזהו הבגד של ראובן.

בס"ק א כתב על דברי תרומת הדשן: "לא נהירא, דודאי פשטא דסוגיא משמע, שיכול להחזיק בחילופו עד שיחזיר לו את שלו". דהיינו אם חברו קיבל בטעות את הבגד שלו, והוא לקחת את הבגד של חברו - יכול להשתמש בבגד חברו שיש כעין חליפין, אומנם אם בגדו לא נמצא אצל חברו, אלא הבגד אבד או נגנב - אסור לו לקחת את בגד חברו. וכ"פ הש"ך בס"ק א.

הקצות בסימן קלו ס"ק א כתב: מכבסה שנתנה סדין לראובן, וכעת מגיע שמעון וטוען שהסדין שלו, וראובן **מסתפק**, שכן גם לו יש סדין זהה - ראובן צריך להחזיר לשמעון את הסדין, לאחר ששמעון ימסור לו סימנים מובהקים. אומנם אם ראובן **בטוח** שהסדין שייך לו, גם אם שמעון נותן סימנים מובהקים - ראובן לא צריך להחזיר את הסדין לשמעון. הקצות סיים: "ועיין מ"ש בסימן רצז סק"א באורך, דלא מהני סימן מובהק להוציא מיד המוחזק, ואפילו מיד יתומים דטענו שמא, אלא היכא דלא אמיד".

**בגד שאינו שלו שנמצא בביתו במשך זמן מרובה**

**הט"ז** (על סעיף ב) כתב: מדברי המרדכי (מס' ב"ק סימן קמ) משמע, מכבסה שנתנה לאדם בגד שאינו שייך לו - אסור לשמעון להשתמש רק במידה וראובן 'רודף' אחריו וטוען שהבגד שייך לו, אבל אם אף אחד לא דרש את הבגד מידו, והבגד נמצא ברשותו "ימים רבים אצלו, עד זמן שא"א לבני אדם שלא יחקור אחר שלו - ודאי מתיאש ממנו". כך ששמעון יכול להשתמש בבגד.

הט"ז הוסיף: תרומת הדשן (הנ"ל) דיבר על מציאות שיש שניים לפנינו, כאשר אחד מהם מבקש מחברו שיחזיר לו את הבגד, אך כאן אין תביעה על הבגד, ועבר הרבה זמן, כך שהבעלים התייאשו או שקיבלו פיצוי חלופי. וכ"פ ערוך השולחן (סעיף ב).

אומנם **הקצות** בס"ק ב חלק על דברי הט"ז וכתב: אין לומר שהמחזיק קנה בגד שאינו שייך לו, לאחר ייאוש, שכן ייאוש אינו קונה לאחר שינוי רשות, (בסימן שנו סעיף ג מובאת בהרחבה המחלוקת בדין זה), שהרי הבגד בא לידו באיסור[115], ורק אם היה ייאוש לפני שהבגד בא לרשותו, אנו אומרים ששינוי מקום לאחר ייאוש - המחזיק קונה.

גם הנתיבות בס"ק ב כתב: דברי הט"ז קצת דחוקים, שלא מוזכר בפוסקים, שאם אין מי שתובע את הבגד, אנו אומרים שהבעלים מתייאשים.

הנתיבות הסביר את דברי הט"ז: בגלל שעבר הרבה זמן, יש וודאות שבעלי המוצר ידעו שהמוצר נמצא ברשות האומן ולא באו לקחת ממנו, (הבעלים לא רודפים אחר האומן), לכן אנו תולים שהאומן פיצה את בעלי המוצר בדרך אחרת, ומותר להשתמש במוצר. (בלשון הנתיבות: האומן סילק את הרדיפה עי"כ שנתן לו מעות או פיצוי אחר). אילו האומן לא היה מפצה את בעלי המוצר, וודאי היה יוצא קול שהאומן גנב ממנו.

[115] צ"ע מדוע הקצות מגדיר זאת כבא לידו **באיסור**, הרי הוא לא נטל את הבגד על מנת לגוזלה, הבגד בא לידי המכבסה בהיתר, וגם האדם שלקח את הבגד - לקח את זאת בתום לב.

**המנהג היום בהחלפת בגדים**

ערוך השולחן (סעיף ב) כתב: מדברי הגמ' והשו"ע מבואר, אסור לאדם להשתמש בבגד שלקח בטעות, אבל "המנהג במקומות הגדולים, מקום שרבים מתאספים שם, ומניחים המנעלים העליונים בפרוזדור, ובצאתם יתחלפו של זה בזה - אין מקפידין בדבר, ומשתמש כל אחד בשל חבירו עד שיתראו פנים ומחליפים את עצמם **ואין בזה חשש גזילה שכך נהגו**".

האגרות משה (אורח חיים חלק ה סימן ט אות ז) העיר על דברי ערוך השולחן: "ומשמע שלא רק על עירו ומקומות הסמוכין לו כתב זה, אלא על **סתם מקומות כשלא ידוע מנהג** אחר אמר זה. ואף שלא כתב מנהג זה אלא בנתחלפו נעליים העליונים, משמע שליכא חילוק, מדלא כתב שמנהג זה הוא דוקא במנעלים עליונים, ולא במעיל וכדומה. משמע **שגם במעיל הוא מנהג זה**, אך נקט מה שיותר מצוי להתחלף בטעות".

האגרות משה הדגיש: המנהג להקל הוא רק בשלב הראשוני, בו אדם לקח בטעות את מעיל חברו, שיכול להשתמש עד שיפגוש את חברו, אך לאחר שיפגוש אותו, צריך להחזיר את המעיל לבעליו, גם אם יתברר שחברו לא לקח את מעילו, אלא מעילו נגנב - "צריך זה שלקח בטעות להחזיר להבעלים. ומה ששלו ליכא - הוא הפסד שלו, דשלו נגנב ונאבד".

האגרות משה המשיך: במידה ויתברר שחברו לא לקח את המעיל שלו, אלא רק הוא בטעות לקח את מעיל חברו, ובמידה ומדובר בעיר ללא מנהג ברור להשתמש בבגד שהוחלף - צריך הוא לשלם לחברו על ההנאה שנהנה מלבישת המעיל. למרות שהיה לו מותר להשתמש במעיל חברו, זה רק בשלב הראשוני, שאנו אומרים מן הסתם החבר ג"כ טעה ולקח את מעילו, (בד"כ לא חוששים לגניבה), אבל אם יתברר שהם לא התחלפו במעילים, אלא המעיל שלו נגנב, והוא ישתמש במעיל של חברו - עליו לשלם על ההנאה. (במקום שאין מנהג ברור).

האגרות משה סיים את דבריו: "אבל מחמת שהמנהג לא נמצא אלא בעה"ש, יש וודאי מקומות שליכא מנהג זה. אבל טוב להנהיג זה בכל מקום ומקום ע"י ראשי הקהל, ויפרסמו זה לכל המתפללים בתחלת התקנה, ויהיה כתוב בהפנקס תקנה זו. וגם כתוב על איזה נייר דבוק במקום שמדביקין בכל ענינים דמזדמנים בביהכ"נ, שאז יש לתלות שידעו כבר זה כל הנכנסין לביהכ"נ אף אורח באקראי".

# שברו חלון סדוק

**שאלה:**

תלמיד אחד סדק מעט את חלון למעלה, לאחר מכן חמישה תלמידים הוסיפו עוד שני סדקים. בשלב זה המשק רצה להחליף את החלון. מאוחר יותר תלמיד דחף (תוך כדי משחק) שני תלמידים על החלון והחלון נשבר לגמרי.

שווי החלון הוא 360 ש"ח.

**השאלות לבירור:**

א. דין שניים שהזיקו.

ב. דין שניים שהזיקו ויש ספק מי הזיק.

ג. דין מזיק חלון שעומד להחלפה.

ד. האם שני התלמידים שנדחפו נחשבים שותפים לנזק?

ה. החלטות.

**א- דין שניים שהזיקו**

שניים שהזיקו - חייבים לשלם כל אחד מחיצת מהנזק. דין זה מבואר במסכת בבא קמא דף מז עמוד א: פרה מעוברת שנגחה יחד עם העובר שלה, נחשב כמו שניים שהזיקו. וכך נפסק בסימן שצט סעיף א: "פרה (מעוברת) שהזיקה - גובה מולדה".

התוספות (במסכת בבא קמא דף נא. ד"ה האחרון) חייבו שני אנשים שחפרו יחד בור. וכ"פ המחבר בסימן תי סעיף יג: "חפר אחד שמנה, ובא חבירו וחפר עוד טפח - שניהם חייבים בנזקין, כל אחד לפי מה שחפר".

כך פסק המחבר בסימן שפא סעיף א בדין "חמישה שישבו על ספסל אחד", (כמבואר במסכת בבא קמא דף י עמוד ב), וכן בסימן שפג סעיף ג: "שנים שהמיתו את הבהמה כאחד, או שברו את הכלי כאחד - משלמים ביניהם".

וכך גם פסק הרמ"א בסימן שפח סעיף ז: "שנים שמסרו (למלכות) ביחד - כל אחד משלם החצי[116]".

**ב- שניים שהזיקו ויש ספק מי הזיק**

הרמב"ם (הלכות חובל ומזיק פרק ו הלכה יד) כתב (ע"פ הבנתו את דברי הגמ' במסכת בבא קמא דף י עמוד א): חמשה אנשים שהניחו חמש חבילות על בהמה, והבהמה המשיכה ללכת כרגיל, אך לאחר מכן בא אדם שישי והניח חבילה על הבהמה והיא מתה - האחרון חייב, כי הבהמה הלכה כרגיל לאחר העמסת החבילות של הראשונים, משמע שהחבילות שלהם לא גרמו להריגת הבהמה, ורק לאחר שהאחרון העמיס - הבהמה עצרה ומתה לאחר מכן. אומנם אם הבהמה כבר לאחר העמסת החבילות של הראשונים לא המשיכה ללכת כרגיל - האחרון פטור. הרמב"ם סיים: אם יש ספק בגלל מי הבהמה מתה - כולן משלמים בשווה. וכ"פ המחבר בסימן שפג סעיף ד.

הקצות בס"ק א הקשה: מדוע אם יש ספק בגלל מי הבהמה מתה - כולן משלמים בשווה, הרי המוציא מחבירו עליו הראייה, וכל אחד מהם יכול לטעון הבא ראייה שאני הזקתי ולא האחרון הזיק, והאחרון יטען שכבר בהנחה של הראשון הבהמה הוזקה?

הקצות הסביר: הגמ' במסכת בבא מציעא בדף פ עמוד א כתבה: שניים שעובדים בחרישה, אחד מנהיג את הבהמה והשני מחזיק בכלי החרישה, הכלי נשבר ויש ספק מי הזיק את הכלי חרישה - כולם צריכים לשלם (כמבואר בהערה[117]). וכך פסק המחבר בסימן שט סעיף ד. **רש"י** (ד"ה תרוייהו) ביאר: יש כאן ספק מי הזיק, יתכן שמנהיג הבהמה הזיז בצורה לא זהירה, ויתכן ומחזיק המחרישה חרש יותר מדי, ומכיוון שיש ספק מי גרם לנזק - שניהם ישלמו. מכאן שהרמב"ם סבור כפי הסבר רש"י, שבכל ספק היזק יש לחייב את כל הצדדים.

אומנם **התוספות** (ד"ה ואי) הקשו על רש"י: רק לדעת סומכוס אנו אומרים שממון המוטל בספק חולקים, אך להלכה נפסק שכאשר יש ממון המוטל בספק - המוציא מחבירו עליו הראייה? התוס' ביארו: כאן מדובר ששניהם פשעו שהרי שניהם ידעו שיש הרבה סלעים במקום זה, והיה עליהם

---

[116] הרמ"א בסימן שפח סעיף ז כתב: שני מוסרים שמסרו ביחד - כל אחד משלם חצי. הש"ך בס"ק מג העיר: במידה והמסור בוודאות לא נענש ע"י השופט, ולאחר מכן בא מוסר שני - השני חייב, אך צריך שנדע בוודאות שהמסור נפטר מדין המוסר הראשון. ואם יש ספק האם המסור נפטר ממעשה המסירה של הראשון - השני פטור.

הקצות בס"ק י הקשה על הש"ך: הרי לדעת הרמב"ם (מבואר לקמן), כאשר יש ספק מי גרם את ההיזק - כולם חייבים ומדוע הש"ך פטר בספק. הקצות נשאר בצ"ע.

נראה לתרץ את קושיית הקצות: הש"ך סבור כדעת התוס' (מבואר לקמן) שבספק היזק - כולם פטורים מלשלם.

[117] בגמ' מובא: אדם ששכר כלי חרישה ולא שינה מהתנאים שהמשכיר הציב, ובכ"ז אחד מכלי החרישה נשבר, ומדובר בשני אנשים שעבדו ביחד, אחד הנהיג את הבהמה ("נקיט פרשא"), והשני מחזיק את הכלי עבודה ("נקיט מנא") - מי שמחזיק את הכלי משלם, שכן הוא גרם לנזק בכך שחרש עמוק מידי באדמה. אומנם אם שני הפועלים ידעו שיש בהר סלעים שיכולים לשבור את כלי החרישה ("דוכתא דמחזקי גונדרי") - על שניהם היה להיזהר בכך ולכן שניהם חייבים.

לעבוד בזהירות יתרה ולשים לב למה שהשני עושה ולהזהירו במידת הצורך, ומכיוון שהם לא הזהירו אחד השני - נחשבים לפושעים וחייבים לשלם.

ע"פ דברי התוס', כאשר יש ספק מי הזיק ואין פשיעה של הצדדים - כולם **פטורים** שכן המוציא מחברו עליו הראייה, וגם בהעמסת החבילות הראשונים לא פשעו ולכן הם פטורים מלשלם. הקצות תמה מדוע המחבר הביא רק את שיטת הרמב"ם שבספק היזק - תמיד כולם **חייבים** ולא הביא את שיטת התוס' שכולם פטורים. גם הסמ"ע בסימן שט ס"ק טז הסביר כדברי התוס' ושלל את הסבר רש"י.

הקצות הסביר: ישנם מספר מקומות בש"ס בהם גם חכמים הסכימו שצריך לחלוק את הנזק. כאן אחד מהמקומות שחכמים תקנו לחלוק את הנזק. הטעם לכך: חכמים חששו שהפועלים יפשעו ולא ישימו לב בעבודתם, אלא יסמכו על ההלכה שהמוציא מחברו עליו הראייה, והמעסיק לא יוכל להוכיח מי שבר את כלי העבודה, לכן חכמים תקנו שבמקום בו יש חשש ממשי להיזק (כגון "דוכתא דמחזקי גונדרי", דהיינו מקום בו יש הרבה סלעים) - שניהם חייבים על הנזק שייגרם לכלי החרישה. אומנם במקום שאין תקנת חכמים לחלוק - אנו חוזרים לעיקר הדין שהמוציא מחבירו עליו הראייה.

רבי מאיר שמחה הכהן מדווינסק (חידושי רבנו מאיר שמחה על מס' ב"ק דף י.) תירץ את קושיית הקצות: צריך לבחון האם יש ספק בפשיעה או ששני הצדדים בוודאות פשעו והספק מי פשע יותר. כאשר בוודאות כולם פשעו - יש לחייב את כולם בשווה, לכן הרמב"ם חייב כאשר יש ספק בגלל מי הבהמה מתה, שכן מדובר **שכולם פשעו**, גם הראשונים פשעו שראו שהבהמה עוד לא הלכה, והיה עליהם להוריד את החבילות או לוודא שהבהמה יכולה ללכת עם החבילות, וכמובן האחרון פשע שהוסיף את חבילתו בלי לוודא שהבהמה עומדת בעומס. אומנם אם **הספק הוא האם יש פשיעה**, כגון שיש ספק אולי הבהמה כן הצליחה ללכת לאחר שהחמישה הראשונים העמיסו את חבילותיהם, כאן אנו פוטרים אותם בגלל הכלל שהמוציא מחבירו עליו הראייה.

ע"פ דברי הרמב"ם, רש"י ורבנו מאיר שמחה הכהן מדווינסק (בעל האור שמח והמשך חוכמה), יש לחייב את כל מי שפשע בכך שרב ליד החלון וגרם לשבירת החלון.

**ג- דין מזיק חלון שעומד להחלפה**

בגמ' במסכת בבא קמא בדף נה עמוד ב מובא: "אמר מר: הפורץ גדר בפני בהמת חבירו. ה"ד? אילימא בכותל בריא, בדיני אדם נמי ניחייב"? התוס' (ד"ה אלימא) הסבירו: ברור שהפורץ גדר, פטור מלשלם את סכום שווי **הבהמה** שאבדה, שכן הוי גרמא, השאלה היא מדוע לא יתחייב על **הגדר** שפרץ?

הגמ' ענתה: "אלא בכותל רעוע". **מכיוון שכותל רעוע עומד להריסה, לכן אינו חייב בדיני שמים על הכותל**. הדיון בברייתא התייחס רק על ההיזק שנגרם באובדן הבהמה, או בהיזק שהבהמה גרמה לאחרים.

וכך כתבו התוס' (שם): הגמ' פטרה מלשלם רק שובר כותל רעוע שכן הוא עומד לסתירה, בכדי לא להזיק לבני אדם. מדברי התוס' ניתן ללמוד, שהשובר חלון או כותל רעוע או כל **דבר שיש מצווה לפנותו** - השובר פטור מלשלם, אבל **השובר כלי רעוע שאין מצווה לפנותו**, (למשל שבר משקפיים סדוקות וכד') - השובר חייב לשלם את שווי הכלי הרעוע.

הרמב"ם (שו"ת פאר הדור סימן לח) כתב: לא יעלה על דעת אדם בעולם שרק השובר כלי חזק חייב והשובר כלי רעוע פטור, אלא השובר כלי שלם מלשם שווי של כלי שלם, והשובר כלי רעוע משלם את שוויו של כלי רעוע. אומנם אם הכותל רעוע ועומד לסתירה - השוברו **פטור גם בדיני שמים**.

ע"פ דברי התוס' והרמב"ם ניתן ללמוד שיש לבחון האם הנזק נעשה לדבר שעומד להיסתר או לדבר שעדיין ניתן להשתמש בו. הראשונים שעשו סדקים בחלון - וודאי צריכים לשלם את שווי החלון בשעת הנזק, אבל האחרונים ששברו חלון שכבר עומד לפינוי - פטורים מלשלם.

הגמ' במסכת בבא קמא דף כו עמוד ב כותבת: "ואמר רבה: זרק כלי מראש הגג, ובא אחר ושברו במקל - פטור. מאי טעמא? מנא תבירא תבר". דהיינו ברגע שהראשון זרק את הכלי, הוא כבר גם לנזק, כך שהכלי כבר נחשב לשבור, לכן השני פטור מלשלם למרות שהזיק בפועל[118].

---

[118] **שיטת התוס'** (מס' ב"ק דף יז: ד"ה זרק) - **הזורק אבן** או חץ על כלי, וקדם חברו ושבר את הכלי - חייב השובר לשלם, ולא אומרים מנא תבירא תבר. רבה בגמ' דיבר על אדם **שזרק כלי**, שאז אם יבוא חברו ויקדים וישבור את הכלי - מנא תבירא תבר, והחבר פטור והזורק חייב, אנו הולכים אחר שעת תחילת ההיזק ומחייבים אותו שהרי הכלי כבר שבור, שכן הזורק כלי עשה היזק בכלי עצמו, **הוא נתן בכלי את כח השבירה**, רק אז אנו אומרים שיש ללכת אחר תחילת ההיזק, אבל במקרה שהביאו התוס': אדם **שזרק אבן או חץ** - לא הולכים אחר תחילת ההיזק אלא אחר ההיזק בפועל, שכן הראשון שירה בחץ לא הזיק עדיין את החפץ, שלא זרקו בידיו, כך שאין כח שבירה בכלי, לא נעשה שום דבר בכלי. במקרה זה לא הולכים אחר תחילת ההיזק, לכן אם יבוא אדם שני ויקדים וישבור את הכלי - השני חייב.

**שיטת הרא"ש** (פרק ב סימן ב) - בהמה שהזיקה ע"י **צרורות**, (התיזה אבן מרשות הרבים לרשות היחיד) - בעל הבהמה חייב לשלם. על כך הקשה הרא"ש: מדוע יש חיוב לשלם, הרי רבה הסיק בדין זרק **כלי**, שיש ללכת בהיזק אחר שעת תחילת ההיזק. ובצרורות תחילת ההיזק היה ברשות הרבים, וצרורות הוא תולדה של רגל, ורגל פטור ברשות הרבים, ומדוע מחייבים בצרורות?

הרא"ש ענה: למרות שמעיקר הדין הולכים בזריקת אבן אחר מעיקרא, בכ"ז בצרורות יש פסוק מיוחד שאומר שיש ללכת אחר שעת ההיזק בפועל, וזה היה ברשות הניזק, כפי שכתוב: "ובער בשדה אחר", לכן יש לחייב בצרורות.

הקצות בסימן שצ ס"ק א כתב: מדברי הרא"ש מוכח, שהוא חולק על התוספות. שהרי ע"פ דברי התוס', כלל אין מקום לשאלת הרא"ש, שכן דין צרורות כדין זריקת אבן, והתוס' הסבירו שלא משווים בין **צרורות** וזריקת אבן (שאין בהם כח שבירה), ובין זריקת **כלי** (יש כח שבירה), כך שלא ברור מדוע הרא"ש השווה בניהם, ולכך הוזקק לפסוק מיוחד המסביר מדוע יש חיוב בצרורות.

אלא וודאי, לדעת הרא"ש דין זרק אבן שווה לדין זרק כלי, וכשם שבזרק כלי הולכים אחר שעת ההיזק (בתר מעיקרא), כך גם בזרק אבן הולכים אחר שעת תחילת ההיזק, לפיכך גם הזורק אבן הכלי נחשב כבר לשבור, ואם השני יקדים וישבור את הכלי - הראשון חייב. למרות זאת בצרורות אנו לא הולכים אחר שעת תחילת ההיזק, (אילו היינו הולכים אחר שעת תחילת ההיזק היינו צריכים לפטור בצרורות, שכן זה נעשה ברשות הרבים), אלא הולכים אחר שעת הנזק בפועל.

ניתן ללמוד בק"ו מדברי רבה שלא ניתן לחייב את האחרונים, שהרי רבה פטר את הראשון למרות שעדיין אין היזק בכלי - ק"ו כאשר יש היזק ברור בחלון שהאחרונים פטורים מלשלם.

**ד- האם שני התלמידים שנדחפו נחשבים שותפים לנזק**

התוס' (מסכת בבא קמא דף ו. ד"ה לאתויי) כתבו: יש סברא פשוטה לחייב אדם שיש לו דעה שגרם נזק ע"י ממון חבירו ולא לחייב את בעל הנזק. דוגמא: **אדם שהכניס בגד לאש שחברו הדליק** - מחייבים את האדם שהכניס את הבגד לאש ולא מחייבים את בעל האש. או **אדם שדחף בהמה לבור שחבירו חפר** - הדוחף חייב לשלם על הנזק ולא בעל הבור. גם בדין בור המתגלגל **האדם שגלגל את האבן ברגליו והזיק** - חייב לשלם על הנזק ולא בעל האבן.

מבואר אפוא, אדם שיש לו דעה הוא האחראי על מעשיו, **ואם אדם גרם נזק באמצעות תקלה השייכת לחבירו - המזיק חייב ולא בעל התקלה**. (אך אם **בהמה** גרמה נזק באמצעות תקלה של אדם אחר - בעל התקלה ובעל הבהמה יתחלקו בניהם בתשלום הנזק).

הג"ר ברוך בער ליבוביץ' בספרו הברכת שמואל (ב"ק סימן ג) ביאר: מתי ניתן לחייב על היזק של בור או אש? רק כאשר **הבור גרם לנזק או כאשר האש גרם לנזק**, אבל אצלנו יש **אדם המזיק שגרם לנזק**, האדם המזיק דחף את חברו לאש, או יש אדם המזיק שהשליך בגד לאש, במציאות זו אנו לא מתייחסים לפעולת הכרייה של בעל הבור או להדלקת האש של בעל האש, אלא אנו מתייחסים לפעולת אדם המזיק, לבור ולאש נתייחס כמו גרזן או כמו סכין שאיתם אדם המזיק מבצע את הנזק, לכן רק האדם שדחף לבור או השליך לאש יהיה חייב על כל הנזק לא בעל התקלה.

ע"פ סברא זו ברור שלא ניתן לחייב את התלמידים שנדחפו, הם כלל לא שותפים בעשיית הנזק, הם נחשבים כגרזן ביד אדם המזיק, ומי שחייב זה אדם המזיק ולא הגרזן. לכן אין כל מקום לחייב את שני התלמידים שדחפו אותם על החלון.

וכן מוכח מדברי הגר"ח מבריסק (חידושי ר' חיים הלוי הלכות יסודי התורה פרק ה הלכה א): אדם שדחף את חברו על תינוק ומת - הדוחף נחשב לרוצח שעשה מעשה, אך הנדחף לא עשה מעשה, "דהא לא הוי

---

הטעם לכך, בהמה לא מתכוונת להזיק, כך שאין להשוות בין זריקת אבן או חץ של אדם ובין התזת אבן של בהמה, (צרורות). **זריקת אבן או חץ של אדם חשובה כגופו, שכן לאדם יש דעת,** כך שיש להתייחס לזריקה כמו אל פעולה הנובעת מגוף האדם, נמצא שיש היזק ישיר. אבל התזת אבן של בהמה לא נחשבת כהיזק גוף, שהרי **אין לה דעת**, כך שההתזה נחשבת **ככוחה** בלבד, דהיינו לא היזק ישיר אלא היזק עקיף, (גרמא), ובמקרה זה יש הלכה למשה מסיני שהחיוב יהיה רק חצי נזק. (כך שמעתי בהסבר דברי הקצות).

**שיטת הרמב"ן** (מלחמות דף יא:) - לדעת רבה, הזורק כלי מראש הגג, ובא אדם אחר ושבר את הכלי - שניהם פטורים. הראשון פטור בגלל שהוא לא שבר בפועל את הכלי, לא הולכים אחר שעת זריקת הכלי, אלא הולכים אחר התוצאה, דהיינו שעת השבירה בפועל, ואת תוצאת הנזק לא גרם הראשון, לכן אין לחייבו.

רק כאבן ועץ ביד הרוצח שמשליך אותו, דמי שמשליך אותו הוא הרוצח, ולהכי לא חייב למסור את עצמו".

**ה- החלטות**

א. שישה התלמידים הראשונים שעשו סדקים לחלון יתחלקו בכל הנזק. כל אחד ישלם 60 ש"ח.

ב. התלמיד שדחף וגרם לשבירה סופית של החלון - פטור מלשלם.

# צימר ללא מזגן

**שאלה:**

משפחה הזמינה צימר לשבת. שעה לפני כניסת שבת בעלת הצימר דרשה שיחברו את המזגנים לשעון שבת, השוכרים ניסו לכוון את השעון שבת אך הוא היה מקולקל. האם בעלת הצימר יכולה למנוע מהשוכרים את הדלקת המזגן, או להכריחם לכוון את השעון ולסמוך על כך שהשעון שבת יעבוד? האם צריך לקרוא לבעלת הבית שביקשה לשים את השעון?

**תשובה:**

א. ניתן לבטל את השהות בצימר מדין מקח טעות. הסכמת בני המדינה (כלשון הרמב"ם בהלכות מכירה פרק טו הלכה ה) היא, שצימר בחודשי הקיץ ללא מזגן - נחשב למום במקח.

ב. מכיוון שמדובר היה בכניסת שבת ולא הייתה אפשרות לבטל את המקח, ניתן לשהות בצימר ולהפחית מתשלום השכירות את הפער בין שהות בצימר עם מזגן לשהות בצימר ללא מזגן.

ג. בכל מקרה בעלת הצימר לא הייתה מרוויחה מכיבוי המזגן, מכיוון שהסכום שהב"ד היה מפחית מתשלום השכירות לצימר - היה מתקזז כנגד החיסכון באי תשלום החשמל על המזגן, בשעות שבעלת הצימר רצתה לכבות את המזגן. (למרות שלא ניתן לקזז בדיני ביטול מקח, בכ"ז ניתן להפחית בדיני הונאה).

ד. השוכר צימר משלם על אירוח מתוך רוגע ושלווה, ולא על לחץ וחשש אולי השעון שבת לא יעבוד והמזגן לא יידלק. יש אומדנה דמוכח שאילו השוכרים היו מודעים לכך שתתכן תקלה במזגן - לא היו שוכרים את הצימר.

ה. האחריות לכוון את השעוני שבת מוטלת על בעלת הצימר ולא על השוכרים. בזמן מסירת חדרי הצימר היה על בעלת הצימר לבחון שהשעונים מסודרים ותקינים.

ו. השוכרים חייבים ליידע את המשכיר רק על נזקים שיש בצימר, ונחלקו הפוסקים האם יש חיוב ליידע על נזקים הבאים ממילא (כגון נזילה וכד'), וודאי שאין צורך ליידע על מצב השעון שבת בצימר.

ז. צריך להדגיש, כל התשובה מתייחסת להשכרה סתמית ורגילה של צימר, אך אם נחתם חוזה מפורש שאין להדליק מזגן ללא שעון שבת וכד' - חל איסור להדליק את המזגן ללא שעון שבת, ויש תוקף להסכם ככל תנאי שבממון[119].

[119] בגמ' במסכת כתובות דף נו עמוד א מובא: "דבר שבממון תנאו קיים". דהיינו כל תנאי וסיכום שנעשה בין הצדדים קביל, כך שההסכם מחייב ומבטל הסכמות קודמות שנעשו בע"פ. מרן השו"ע והרמ"א פסקו במספר מקומות שכל תנאי שבממון קיים: בסימן טז סעיף ב, בסימן עא סעיף ג, בסימן רכה סעיף ה, בסימן שטו סעיף ב, ובאבן העזר סימן קיב סעיף י.

**נימוקים:**

**פגמים הנמצאים בדירה**

הרא"ש (כלל צו סימן ו) כתב: מעשה באדם שמכר לחברו בתים בעיר אחרת, והסכימו שהמכירה תחול בעוד מספר חודשים, הצדדים חתמו על קנסות, כך שלא תהיה בעיית קניין דברים. קודם שהגיע הזמן של הקונה להיכנס לבתים, נכנסו גויים לעיר וגרמו לנזקים שניתן לתקן אותם, למשל, עקרו דלתות וחלונות. הלקוח מעונין כעת לבטל את המקח, שהרי הבית התקלקל קודם גמר המקח, והוי מקח טעות, אך המוכר מוכן להוריד ממחיר הדירה את עלויות התיקונים, המוכר אינו מעוניין לבטל את המכירה - הרא"ש ענה: הדין עם המוכר, מכיוון שעדיין יש **שם של בית** על הבתים, והנזקים מוגדרים כמום עובר, לכן לא הוי מקח טעות. (מכאן נלמד כי בכל פגם או תקלה שיש במוצר וניתן לתקנה, יכול המוכר לקיים את המקח אם הוא מסכים להוריד את הסכום שעולה לתקן את המוצר).

הגר"א בסימן רלב ס"ק ט כתב: המקור לדין זה, הוא מדברי הגמ' במסכת כתובות (שם), שאם נמצא מום עובר באישה, (כגון זיעה עוברת) - לא הוי מקח טעות.

המרדכי (מס' כתובות סימן רצב) כתב: ר"י מיגאש נשאל על שני אנשים שהחליפו בניהם בתים, ואחד מהם מצא בביתו מומים, וטוען שלא שם לב אל המומים עד עכשיו וכעת תובעו, והשני טוען שהוא הודיע על הפגמים, והוא ג"כ מוכן לתקן את כל הנזקים.

ר"י מיגאש (סימן נא) פסק בדין זה: אם הפגמים אינם בגוף הבית - הרי שהחליפין תקפים, והמוכר צריך לתקן את כל הנזקים, אבל אם הפגמים הם **בגוף הבית**, כגון כותל רעוע, וכד', שצריך לשבור ולבנות חדש, במקרה זה אנו אומרים שהחליפין בטלים, שחליפין דינן כמקח וממכר, ואם יש מום בגוף - הוי כמקח טעות שהמקח בטל.

המגיד משנה (הלכות חמץ ומצה פרק ב הלכה יח) כתב: המשכיר בית לחברו בערב פסח בחזקה שהבית בדוק, אך התברר שהבית אינו בדוק, ומדובר במקום שבודקים חמץ בשכר, כך שהשוכר שילם מעות מכיסו בכדי לבדוק את החמץ - צריך המשכיר להחזיר לו את המעות ששילם. הגמ' במסכת פסחים דף ד עמוד ב הסתפקה לומר, שגם לאחר שהמשכיר ישלם את המעות - המקח יתבטל[120].

המגן אברהם בס"ק ז כתב: קצת קשה, הרי בחושן משפט נפסק, שבמידה וניתן לתקן את המום, שהוא לא בגוף הבית - המקח אינו בטל, ומדוע הגמ' הסתפקה לומר, שהמקח בטל ורק בגלל שעושה מצווה אנו אומרים שהמקח לא בטל?

[120] אך למסקנה המקח קיים, שכן ניחא לשוכר לקיים מצווה, אך לא לשלם מכיסו. וכ"פ הרמ"א באו"ח סימן תלז סעיף ג, אך המחבר פסק, שהמשכיר לא צריך להחזיר, "שהרי לא ההנהו למשכיר כלל, דמצוה בלחוד הוא דרמיא עליה, וליכא חיובא דממונא עליה כלל". (מ"ב ס"ק יג).

המגן אברהם תירץ: בחושן משפט מדובר שלא היה תנאי מוקדם, לכן רק כאשר לא ניתן לתקן - המקח בטל, אך כאן **היה תנאי מוקדם** עם המשכיר, לכן המקח היה צריך להתבטל (אלמלא דהוי מצווה).

האור שמח (הלכות מכירה פרק יז הלכה ט) תירץ: יש ללכת אחר אומדן בני האדם, האם יש הקפדה על המום, **והאם יש הצדקה להקפדה**. המשכיר דירה בערב פסח ואין לו זמן לבדוק את הבית, וודאי שמקפיד **ויש הצדקה להקפדתו**, שהרי אדם לא מוכן לגור באיסור, כך שהיה ניתן לומר שנחשב למום והמקח בטל, אבל במום שיש בבית, אנו אומרים **שאין הצדקה להקפדה**, שהרי ניתן לתקן את המום, ולאחר שהבית יתוקן יהיה ניתן לגור בצורה רגילה בבית, לכן לא הוי מום המבטל את המקח.

ללא ספק יש הצדקה להקפדה על מיזוג אוויר נאות לאורך השבת. מעבר לכך בגלל הסמיכות לכניסת שבת, לא היה ניתן להביא איש מקצוע שיתקן את השעון שבת, כך שאי הדלקת המגן הייתה מצדיקה ביטול השכרת הצימר מדין מקח טעות.

הרמב"ם (הלכות מכירה פרק טו הלכה ה) כתב: "כל שהסכימו עליו בני המדינה שהוא מום שמחזיר בו מקח זה - מחזירין[121], וכל שהסכימו עליו שאינו מום - הרי זה אינו מחזיר בו. אלא אם פירש שכל הנושא ונותן סתם על מנהג המדינה הוא סומך".

**האם השהות בצימר נחשבת למחילה**

הרמב"ם (הלכות מכירה פרק טו הלכה ג) כתב: לקוח שהשתמש במוצר לאחר שידע שיש בו מום - אינו יכול לחזור בו, שהשימוש של הלקוח במוצר מהווה את ההוכחה לכך שהוא מחל על הפגם.

המשפחה הסכימה ללון בצימר למרות שבעלת הצימר רצתה לכבות את המזגן. האם המשך שהות המשפחה לאורך השבת ייחשב כמחילה.

הפתחי תשובה בס"ק א כתב בשם הנתיבות (בס"ק א): לקוח שלא יכל להחזיר את המקח, כגון שהמוכר לא היה בביתו - אנו לא אומרים שמחל על הפגם. וכן כתב הריטב"א (מס' ב"מ דף נ:): כאשר ההונאה למעלה משתות, (הדין הוא שהמקח בטל), אם המתאנה לא יכל להחזיר, והודיע למוכר על כך, ולאחר כן השתמש במוצר - לא אומרים שמחל, ואם ירצה יוכל לבטל את המקח למרות שהשתמש במוצר.

---

[121] המגיד משנה כתב: אין לדברי הרמב"ם מקור מן הגמ', אלא הוא למד זאת מן הסברא, שיש ללמוד מק"ו מדין הונאה, שהרי בדיני הונאה המקח חוזר רק עד זמן מסוים, ובמום - המקח חוזר לעולם.

הגר"א בס"ק יא כתב: המקור לדברי הרמב"ם, הוא מן הגמ' במסכת כתובות דף עב עמוד ב: "ומידי דקפדי בה אינשי - הוה קפידיה קפידא, מידי דלא קפדי בה אינשי - לא הוי קפידיה קפידא". (הגר"א הביא את דברי הגמ' כמקור למום הנמצא בבית, אך לאחר מכן הגר"א הוסיף: "וה"ה למומים דחד דינא להו").

המשפחה לא יכלה לחזור לביתה, מדובר היה בשעה לפני כניסת שבת, כמובן שלא ניתן להכין את צרכי השבת, לא ניתן למצוא בית הארחה חלופי, וודאי שלא היה ניתן לחזור לביתם, כך שדינם כמי שלא יכלו להחזיר את המקח, ואין בשימוש במקח (שימוש בצימר) משום הוכחה על מחילה.

מעבר לכך, המשפחה גילתה דעתה במפורש ומחתה בפני בעלת הצימר, שלא ניתן להתארח בחדר ללא מזגן, כך שאין מקום לומר שהייתה מחילה.

**דין הונאה בקרקעות**

המשנה במסכת בבא מציעא דף נו עמוד א כותבת: "אלו דברים שאין להם אונאה: העבדים, והשטרות, (המוכר שטר חוב שהקונה יגבה את החוב שבשטר), והקרקעות[122], וההקדשות". (גזבר המוכר בהמה שנפל בה מום).

לדעת **רב נחמן** (במסכת קידושין דף מב עמוד ב), אין דין הונאה בקרקעות, אך לדעת **רבי יוחנן** (במסכת ב"מ דף נז עמוד א), במקח וממכר של קרקעות - יש דין הונאה במידה וסכום ההונאה הוא מעל שתות.

נחלקו הראשונים בפסיקת ההלכה, האם יש דין הונאה בקרקעות:

א. **שיטת רבנו תם** (תוס' ד"ה אמר ר"נ) - בהונאת קרקעות, רק פער עד שווי מחצית מערך המקח - לא הוי הונאה, אבל אם הפער גדול ממחצית שווי המקח - המקח בטל[123]. זאת כדברי הגמ' בדף קח עמוד א, במקרה בו קנה שדה השווה מאה זוז במאתיים, רב נחמן פסק שאין הונאה לקרקעות והמקח קיים, שהרי הפער לא גדול מיותר ממחצית משוויו האמתי. וכן במסכת כתובות דף צט עמוד ב מובא: שום הדיינים שפחתו או הותירו שתות - לת"ק מכרן בטל ולרשב"ג מכרן קיים, הגמ' העמידה שמכרם קיים רק עד מחצית. וכן נראה מדברי הירושלמי (מסכת כתובות פרק יא הלכה ד). וכ"פ הרא"ש (סימן כא). הרי"ף (דף לב.) הביא שיטה זו בשם י"א שני.

---

[122] יש **גאונים** שכתבו שאין דין הונאה רק על קרקעות בארץ ישראל, אבל יש דין הונאה על קרקעות בחו"ל, שכן הקרקעות בחו"ל עומדות להימכר, ודמו למיטלטלין, והביאו ראיה ממס' ערכין דף כט עמוד א. אבל **הראב"ד** כתב: הגמ' דיברה רק לגבי חרמים, אבל לגבי שבועה ואונאה - יש להם דין של קרקע.

[123] **הסמ"ע** בס"ק נ כתב: לפי שיטת רבנו תם, רק פער **פחות** משווי מחצית מהסכום - אין בו הונאה, אבל אם הפער בגודל **מחצית** מהסכום - יש דין הונאה, וק"ו אם הפער **גדול** ממחצית מהסכום, שיש דין הונאה. הסמ"ע תמה על דברי הרמ"א, שכתב: אין הונאה בקרקעות עד **מחצית** מהסכום, ורק כאשר הפער **גדול** ממחצית - יש דין הונאה בקרקעות.

**הש"ך** בס"ק יז כתב כדברי הרמ"א: פער בגודל **מחצית** מהסכום - אין הונאה, ורק כאשר הפער **גדול** ממחצית מהסכום - יש דין הונאה בקרקעות. וכך מוכח מדברי התוס' (מס' ב"מ דף נז. ד"ה אמר, וכן התוס' במס' ב"ק דף יד. ד"ה דבר). הפתחי תשובה בס"ק כד כתב: בספר שער המלך (הלכות מכירה פרק יג הלכה ח) הקשה על דברי הש"ך, ופסק כדברי הסמ"ע. וכ"פ הב"ח בס"ק מא.

ב. **שיטת הרמב"ם** (הלכות מכירה פרק יג הלכה ח) - אפ' אם מכר קרקע שווה אלף בדינר אחד, או שמכר קרקע שווה דינר באלף דינר - אין בזה הונאה. וכ"פ הרי"ף (שם) שאין לפסוק הלכה כדברי רבי יוחנן, שכן רב נחמן שהוא בתרא חלק עליו וסבר שאין הונאה בקרקעות כלל.

ג. הרא"ש (שם) השיב: "ולא יכולתי לעמוד על דעת רב אלפס ז"ל, דפסק הלכה כרב נחמן נגד ר' יוחנן, משום דבתרא הוא. דדוקא מאביי ורבא ואילך הוא דפסקינן הלכתא כבתראי, אבל מקמי אביי ורבא - לית הלכתא כתלמיד במקום הרב. ורב נחמן - תלמידו של שמואל היה. והלכה כרבי יוחנן נגד שמואל בכל מקום, וכ"ש נגד רב נחמן תלמידו".

ד. **שיטת י"א ברי"ף** (שם) - הלכה כדברי רבי יוחנן, שיש הונאה בקרקעות במידה וסכום ההונאה עולה על שתות.

המחבר פסק כדברי הרמב"ם, והרמ"א פסק כדברי ר"ת. הש"ך בס"ק יז הפנה לדבריו בסימן סו ס"ק קכב, שם הוכיח שהלכה כשיטת הרמב"ם. הגר"ע אייגר פסק שיש ספק בדין, והמוציא מחברו עליו הראייה.

ע"פ פסק המחבר שאין הונאה לקרקעות, לכאורה ניתן לומר שאין כל אפשרות לתבוע על הונאה בצימר, שהרי הצימר מחובר לקרקע.

אין לדמות אורח בצימר לשוכר קרקע, אלא יש לדון שוכר צימר כשוכר זכות השתמשות בחפצי הצימר (כיסא מיטה חדר אוכל וכו'), אין זה שוכר קרקע אלא שוכר מטלטלים, כך שדיני הונאה חלים בשכירות צימר.

מעבר לכך, ניתן לצרף את הפוסקים הסבורים שבית נחשב כמו תלוש ולבסוף חיברו, כך שוודאי ניתן לדון דיני הונאה. (מבואר ברמ"א בסימן צה סעיף א).

**מנהג מדינה**

הרי"ף (מסכת ב"מ דף נב.) והרא"ש (מסכת ב"מ פרק ז סימן א) הביאו את דברי הירושלמי (מסכת ב"מ פרק ז הלכה א): אמר רב הושעיה, זאת אומרת המנהג מבטל את ההלכה". וכן כתב המחבר בסימן רלב סעיף יט: "ומנהג מבטל הלכה".

צריך להדגיש, מנהג שמבטל הלכה אין הכוונה לאיסורים, אלא רק לדיני ממונות, כגון הלכה שבדין תורה פטור והמנהג לחייבו - חייב לשלם.

ישנן מספר הלכות בהן יש תוקף למנהג מדינה[124]. גם בדיני שכירות מבואר שיש ללכת אחר מנהג מדינה. וכך פסק המחבר בסימן שח סעיף ג: "ובמקום שאין מנהג ידוע; אבל במקום שיש מנהג - הכל לפי מנהג", וכן בסימן שיג סעיף א.

הריב"ש (סימן תעה) כתב: מנהג מדינה נחשב רק **למנהג מצוי ונפוץ שנעשה הרבה פעמים**, אבל מנהג שנעשה רק פעם אחת או שתיים - לא נקרא מנהג מדינה ולא מחייב את המעסיקים. וכ"פ הרמ"א בסימן שלא סעיף א: "ואינו קרוי מנהג אלא דבר השכיח ונעשה הרבה פעמים, אבל דבר שאינו נעשה רק פעם אחת או שני פעמים - אינו קרוי מנהג"[125].

החזון איש (ב"ב סימן ה בס"ק ד) כתב: מנהג מדינה תקף בגלל שתי סיבות: א)- כל אדם שבא לגור באותה מדינה **נכנס לגור על דעת כל המנהגים של אותה מדינה**. ב)- "מפני שהסכמת הציבור הוי **ככח בית דין**".

הראשון לציון הג"ר יוסף חזן בשו"ת חקרי לב (חו"מ ג עמוד קיא טור א) כתב: "עם כל זה לבי מהסס לחייבו, שהרי **מנהג העולם** שהמשכיר מתקן כל צרכי הבית שנתקלקלו, גם בהשכיר בית ידוע (בית זה)... וכבר ידוע שכל שנתפשט המנהג בכל פלוגתא דרבוותא, כאחד מן הסברות - מוציאין מיד המוחזק, **וכל שכן בדיני שכירות שרובם תלויים במנהג המדינה**".

מנהג המדינה פשוט בבתי הארחה להשאיר את המזגן דולק בצורה רציפה. הסברא פשוטה, אדם לא ישקיע את כספו לשהות במקום לא ממוזג ולא נוח.

כאמור, מנהג מדינה שיהיה בכל חדר בבית האחרה מזגן (נראה שניתן לבדוק מנהג מדינה ע"י סקר או סטטיסטיקה, או איש מקצוע בתחום שמודע לנוהג המקובל), וכן הסכמת בני המדינה שאם אין מזגן - נחשב למום וניתן לבטל את המקח.

**דמים מודיעים מול מנהג**

השאלה שנותרה לברר, האם יכולה בעלת הצימר לטעון שעשתה הנחה משמעותית במחיר השכירות, על מנת שהמזגן לא יהיה דלוק כל הזמן. דהיינו האם ניתן לטעון טענת הדמים מודיעים כנגד מנהג המדינה? בדין זה נחלקו הפוסקים:

---

[124] נראה שמדינה הכוונה למחוז או לעיר גדולה, וכדברי המשנה במסכת בבא בתרא דף לח עמוד א: "שלש **ארצות** לחזקה: יהודה, ועבר הירדן, והגליל... אינה חזקה עד שיהא עמו **במדינה** אחת". (וכן מובא במשנה במסכת כתובות דף קי עמוד א: "שלש **ארצות** לנשואין: יהודה, ועבר הירדן, והגליל"). וכך כתב רש"י (מסכת גיטין דף ב: ד"ה אי נמי): "ממדינה למדינה בארץ ישראל - כגון יהודה וגליל".

[125] וכ"פ הציץ אליעזר (חלק ז סימן מח - קונ' אורחות המשפטים פרק י): "הא כל שנעשה יותר מפעם אחת או פעמיים, ועל אחת כמה כשידענו שנעשה כבר הרבה פעמים, דשפיר קרוי מנהג והולכין אחריו".

**תרומת הדשן** (סימן שכג) כתב: מעסיק ששילם לפועל סכום גבוה יותר מהרגיל, המעסיק טוען שנתן שכר גבוה בכדי לא לשלם בכדי להיפטר מתשלום שאר ההוצאות (כגון הוצאות הדרך), שהרי הדמים מודיעים, דהיינו סכום הכסף הגדול שקיבל הפועל מהווים הוכחה לכך שהמעסיק פטור מלשלם על שאר ההוצאות הנלוות. למרות שהגמ' במסכת בבא בתרא דף עז עמוד ב כתבה שאין הדמים מודיעים, בכ"ז כאשר אין מכחישין עיקר הלשון - הדמים מודיעים[126]. (מובא בבית יוסף סימן שלא, וכן בסמ"ע בסימן שלב ס"ק ח).

אבל **הקצות** בסימן שלא ס"ק א כתב: לא אומרים הדמים מודיעים מול מנהג מדינה, ולכן הגמ' במסכת בבא מציעא בדף פג עמוד א כתבה: גם אם המעסיק נתן שכר גבוה, עדיין הוא לא יכול לומר שהעלה את השכר בכדי שהם יוסיפו לעבוד לפני הזריחה או אחרי צאת הכוכבים, אל אסור לשנות ממנהג המקום. נמצא אפוא, גם כאשר המעסיק שילם שכר גבוה לא אומרים שהדמים מודיעים למרות שאין בעיה בניסוח. הקצות סיים בצ"ע.

ע"פ דברי הקצות לא ניתן לומר הדמים מודיעים כנגד מנהג מדינה. הנתיבות בסימן שלב ס"ק א עוד הוסיף: גם תרומת הדשן מסכים שלא ניתן לומר הדמים מודיעים כנגד מנהג מדינה, (כמבואר בהערה[127]), כך שאין במתן ההנחה הוכחה להסכמה על אי הדלקת המזגן בצורה רציפה לאורך כל השבת.

**חובת יידוע השוכר על נזקים שיש בבית**

השוכרים חייבים ליידע את המשכיר על נזקים שיש בבית שכור. הפוסקים דנו האם יש חיוב ליידע על נזקים הבאים ממילא, כמובא במחנה אפרים (הלכות שומרים סימן לה) ואכמ"ל.

החיוב ליידע הוא מדין השבת אבידה, ונראה שחיוב זה לא חל בגלל שתי סיבות: א)- כלל לא ברור שיש אבידה, שהרי מנהג מדינה להשאיר את המזגן דולק בצורה רציפה. ב)- השבה האבידה עלולה לגרום למשיב לנזק. דהיינו יידוע בעלת הצימר בדבר השעון שבת עלול לגרום לאי נוחות בלתי סבירה.

השוכרים עשו טובה לבעלת הצימר בכך שמלכתחילה הסכימו לחסוך במזגן באמצעות שעון שבת, למרות שמנהג מדינה פשוט להפעיל את המזגן בצורה רציפה. וודאי שהאחריות על החיסכון מוטלת על בעלת הצימר ולא על השוכרים.

---

[126] הגמ' התייחסה למקרה בו רוב אנשי העיר קוראים לכל דבר בשמו, לעול קוראים עול, ולבקר קוראים בקר. לכן הדמים לא מודיעים, אומנם אילו כל אנשי העיר היו קוראים בשם אחד לשני המוצרים - הדמים היו מודיעים. אבל במקרה בו כל אנשי העיר קוראים בשם אחד לשני המוצרים, כגון שכולם קוראים שור גם לשור חרישה וגם לשור שחיטה - הדמים מודיעים.

[127] הנתיבות בסימן שלב ס"ק א כתב: גם תרומת הדשן מסכים שלא אומרים הדמים מודיעים כנגד מנהג, אבל **כאשר יש שינוי מהמנהג - ניתן לומר שהדמים מודיעים**. במקרה המובא בתרומת הדשן היה שינוי מהמנהג, שכן בד"כ הפועלים מבקשים את ההוצאות לפני תחילת ההעסקה, וכאן הפועל לא תבע לפני ההעסקה אלא רק לאחר מכן, ובגלל שינוי זה ניתן לומר שהדמים מודיעים.

# השאיר דלת נעולה עם מפתח

**המקרה**

תלמיד נעל חדר לימוד והשאיר את המפתח במנעול, אותו תלמיד יצא מהחלון, (החדר לימוד בקומת קרקע), והשאיר את החלון פתוח בכדי שיהיה ניתן לנתן להיכנס לחדר רק דרך החלון.

לאחר מכן חברו נכנס לחדר מהחלון ואף יצא מהחלון, אך החבר סגר אחריו את החלון, כך שלא ניתן להיכנס לחדר לימוד, לא מהחלון ולא מהדלת. לא נותרה ברירה אלא לפרוץ את המנעול. שווי המנעול הוא מאה שקלים.

**תשובה:**

התלמיד השני שטרק את החלון חייב לשלם את שווי המנעול כפי שהיה בשעת הנזק (ולא מנעול חדש בסך מאה שקלים).

**דין נועל דלת חבירו**

אדם שנעל דירה שעומדת להשכרה, ובעל הדירה לא יכל להשכירה והפסיד את רווחי ההשכרה. לדעת **התוס'** (מס' ב"ק דף כ. ד"ה זה אין) והרא"ש (סימן ו) הנועל פטור מלשלם בגלל שזהו היזק של גרמא. אבל לדעת **הרי"ף** (דף ח:), הרמב"ם (הלכות גזלה ואבדה פרק ג הלכה ט) חייב לשלם כדין מזיק שהזיק ממון חבירו. וכך כתב הרא"ה (מובא בנימוקי יוסף דף ח: ד"ה וחצר): "שכל הגאונים ז"ל פה אחד אומרים שהוא חייב".

הגמ' במסכת בבא קמא דף פה עמוד ב כתבה: "שבת - דהדקיה באינדרונא ובטליה". ישנם חמישה חיובים לאדם המזיק, אחד החיובים הוא שבת, דהיינו המזיק צריך לשלם עבור הזמן שהניזק לא יכל לעבוד בתקופת ההחלמה. הגמ' כאן הביאה דוגמא: אדם שסגר את חברו בחדר והוא לא יכל לצאת לעבודתו - הנועל ישלם את הסכום שיכל להשתכר בעבודה.

הרא"ש (מסכת בבא קמא פרק ח סימן ג) הוסיף: מדובר שהכניס את חברו לחדר ונעל בפניו, שבאותו רגע שנעל את הדלת גרם לו לנזק, אבל אם הוא היה כבר בחדר והחבר רק נעל, נחשב לגרמא ופטור מלשלם.

הב"ח בס"ק ו הקשה: מדוע בדף פה אמרנו שיש חיוב שבת בנועל אדם בביתו, וכאן התוס' כתבו שאין חיוב על דמי השכירות שבעל הבית הפסיד מכך שחברו נעל את הדלת?

הב"ח ביאר: בדף פה מדובר בדינא דגרמי, ההיזק חל מידית, האדם היה בחדר וחברו נעל את הדלת ובאותו רגע הוא לא יכל לצאת לעבודתו, אבל כאן מדובר בגרמא, לא היה לבעה"ב שוכר בשעת נעילת הדלת, רק לאחר זמן נגרם היזק ולכן לא מחייבים בדיני אדם.

הקצות בס"ק ג דחה את חילוק הב"ח, כי גם בדף פה מדובר בהיזק שחל רק לאחר זמן, שהרי הוא לא נשכר לעבודתו מידית בשעת נעילת הדלת, רק לאחר זמן לא יכול ללכת לעבודה. הקצות חילק אחרת: יש לחלק בין מזיק אדם למזיק ממונו של אדם. **המזיק אדם** חייב בחמישה דברים, בניהם יש חיוב של שבת, חיוב זה חל גם כאשר הנזק הוא גרמא דהיינו אין היזק מידי, אומנם **המזיק ממון** - לא חייב על שבת, לכן הנועל דלת וגורם שלא יהיה ניתן להשכיר את הבית, זהו נזק ממון ואין חיוב על שבת, דהיינו אין חיוב על אובדן הרווחים, אלא רק על הנזק עצמו.

הרמב"ן (קונטרס דינא דגרמי) הסביר את דברי הגמ' בדף פה: ברגע שהחבר הכניס את האדם לחדר ונעל את הדלת בפניו הוא גרם לו להפסד ברור וניכר. הרמב"ן התייחס להפסד רווחים עתידיים וודאי וק"ו בהפסד המנעול עצמו שזהו היזק ברור וניכר שניתן לחייב.

התלמיד הראשון שנעל לא גרם לנזק שהרי הוא השאיר חלון פתוח, התלמיד השני פשע בכך שטרק אחריו את החלון, למרות שהיה מודע לכך שהחדר נעול והמפתח נמצא בפנים, (האחראי אמר לו זאת), לכן הוא חייב לשלם על שווי המנעול כפי שהיה בשעת הנזק.

# איבד מעות צדקה

**שאלה:**

אדם שמונה להיות אחראי על קופת צדקה עבור מוסד מסוים, והוא פשע בשמירתן ואיבד את המעות צדקה שהיו ברשותו, האם חייב לשלם כדין שומר חינם שפשע?

**תשובה:**

א. כאשר מתקיימים שני תנאים: א)- ישנה החלטה ברורה ע"י הרבנים האחראים על חלוקת המעות **מי** יקבל את המעות. ב)- הוחלט איזה **סכום** כל אחד יקבל - יש חיוב שמירה והאחראי צריך לשלם.

ב. כאשר אחד משני התנאים הנ"ל לא מתקיימים - אין חיוב שמירה בכספי צדקה ופטור מלשלם גם אם פשע בשמירת המעות.

ג. בכל מקרה יש חיוב בידי שמים לשלם.

**השומר על מעות צדקה**

בגמ' במסכת בבא קמא דף צג עמוד א מובא: רב יוסף שהיה אחראי על הקופות צדקה בעיר הפקיד את כסף הצדקה אצל שומר, אך השומר פשע בשמירתן והמעות נגנבו. רב יוסף חייב את השומר לשלם עבור מעות הצדקה שנגנבו ממנו.

אביי שאל את רבא: מדוע הוא חייב את השומר לשלם, הרי אין חיוב שומרים בכספי צדקה. הסמ"ע בסימן שא ס"ק ט ביאר: בתורה כתוב: "כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשמור", ודורשים שכל דיני שמירה שייכים רק כאשר החפץ הופקד לצורך שמירה, דהיינו שהשומר יחזיר את החפץ לבעלים בתום תקופת השמירה, אבל כסף צדקה שהופקד לצורך עניים, השומר הוא זה שמחלק את הכסף לעניים, נמצא שהכסף לא יחזור למפקיד האחראי על קופת הצדקה, במקרה זה לא חלים דיני שמירה, וכאן מדובר בשומר המחלק את הכספים לעניים, ומדוע רב יוסף חייבו לשלם

רבא ענה לאביי: הכסף יועד לעניים מסוימים, שמקבלים סכום קבוע, במקרה זה אנו אומרים שהעניים הם כביכול המפקידים, שכל עני הפקיד את כספו הקצוב לו אצל השומר, והעני תובע מהשומר שיחזיר לו את פיקדונו.

וכך פסק הרמב"ם (הלכות שאלה ופקדון פרק ה הלכה א): כספי צדקה שהופקדו בידי שומר, ואבדו ממנו - פטור גם אם פשע בהם. אבל אם המעות היו קצובות לעניים - העניים נחשבים למפקידים והם יכולים לתבוע מהשומר שישלם להם ע"פ דיני שומרים.

הבית יוסף כתב בשם ה"ה: צריך שיתקיימו שני תנאים בכדי שנאמר שהמעות קצובות לעניים: א)- מדובר בעניים מסוימים שכבר הוחלט שהם יקבלו ולא עניים אחרים. ב)- הוחלט איזה סכום יקבלו אותם עניים.

הדרכי משה בס"ק ג כתב בשם המרדכי (מס' ב"ק סימן קא): **אחראי על הצדקה שביקש מאדם שישמור לו על כספי הצדקה** בתורת שמירה, כך שיתחייב על פשיעה - דיני שומרים חלים עליו, שכן הוא קיבל עליו לשמור. וכ"פ הרמ"א.

הפתחי תשובה בס"ק ח כתב בשם שו"ת שיבת ציון (סימן צט): גבאי בית כנסת אסף שטרות כסף מהמתפללים עבור עניי הקהילה, הגבאי הניח את השטרות בכיסו והם אבדו לו. **השואל** רצה לפטור את הגבאי בגלל שלושה טעמים: א)- הגבאי לא פשע בשמירתם מכיוון שהניח את המעות במקום שרגילים להניח מעות. ב)- גם אם נאמר שהגבאי פשע ולא שמר כפי שצריך, עדיין לא נחייב אותו לשלם, בכדי שגבאים לא ימנעו מלהיות גבאי צדקה. ג)- אין חיוב שומרים בגבאי צדקה, כנלמד לעיל: "לשמור ולא לחלק לעניים".

**השיבת ציון** השיב: "כל השלשה טעמים - אין בהם ממש לפטור את הגבאי". א)- להניח את המעות בכיס זו פשיעה, היה עליו להניח את השטרות בארנק בכיס. ב)- אין חשש שלא ירצו להיות גבאים, "כיון שגבאי בהכ"נ בוחרים הציבור, והוא לו שבח ותפארת - יש לו דין אפוטרופוס שמינוהו ב"ד לאבא שאול[128]". ג)- במציאות שהייתה שם נחשב כאילו אמרו לגבאי שיהיה שומר על המעות.

הנתיבות בס"ק ו כתב: הגמ' דיברה רק על שומר שמחלק בפועל לעניים, שאז אם אין את שני התנאים שכתב ה"ה - השומר פטור, שכן אין תובע, וכל עני שיתבע, יוכל השומר לומר לו שהכסף נועד לעני אחר ולא עבורו. מכאן הסיק הנתיבות: **כספי ציבור שנתרמו לבית כנסת** וכד' - נחשבים כמעות שיש להן תובעים, שהציבור הוא התובע, שהרי הם יכולים לקבוע להיכן ילכו המעות ולשנות ע"פ רצונם, ומכיוון שיש למעות תובעים - השומר חייב לשלם.

מהרשד"ם (חלק חושן משפט סימן רסו) כתב: "דהני **בני הישיבה** - הם כעניי דפומבדיתא מיקץ קייצי, שיש להם קצבה לכל אחד סכום כך מעות, גם שמעות הללו מיוחדים לבני הישיבה הזאת אשר בשאלונקי בשם הגברת יר"ה ולא לאנשים אחרים. ואפי' את"ל שאין בני הישיבה ידועים, ששנה זו לומדים פלוני ופלוני, והולכים אלו ובאים אחרים במקומם, או נוספים עליהם... מ"מ כבר אפשר לומר שיש כאן תרתי: **כי הרוב ידועים והכל קרוב**".

---

[128] הגמ' במסכת גיטין דף נב עמוד א כתבה: לדעת אבא שאול, אפוטרופוס שמונה ע"י **אבי היתומים** - לא ישבע, שכן האפוטרופוס הסכים לדאוג לרווחת היתומים רק בגלל החברות שהייתה לו עם האב, ואם יידע שהוא מחויב בשבועה, לא יסכים להיות אפוטרופוס. אבל אם **הב"ד** מינו את האפוטרופוס - צריך להישבע, שכן בזכות המינוי של הב"ד הוא מתפרסם כאדם ישר, שהב"ד סמכו עליו, כך שהוא מרוויח שם טוב כתוצאה מהאפוטרופסות, ואין לחשוש שלא ירצה להיות אפוטרופוס בגלל חיוב השבועה. הגמ' בדף נב עמוד ב פסקה להלכה כאבא שאול, וכ"פ **הרמב"ם** (הלכות נחלות פרק יא הלכה ה) והמחבר בסימן רצ סעיף טז.

נמצא אפוא, גם כספים ששייכים לישיבה או לבית כנסת - דינם כדין מעות צדקה, וכאשר מתקיימים שני התנאים הנ"ל - השומר חייב לשלם. מהרשד"ם עוד חידש: לא צריך שכל המעות יהיו קצובות, אלא מספיק שתקציב המוסד ברובו מסודר וקצוב בכדי לחייב את השומר.

הפתחי תשובה בס"ק ו כתב בשם החוות יאיר (סימן קצט): גם במציאות בה השומר פטור מלשלם, בכ"ז אם רוצה לצאת ידי שמים - חייב לשלם, שכן הגמ' במסכת ראש השנה בדף ו עמוד א כתבה: אמירה בפה לתת כסף צדקה, חשובה כקניין מסירה. ואם אינו יודע כמה אבד ממנו - ישלם לצדקה ע"פ אומדנא. החוות יאיר עוד הוכיח מדין מזיק מתנות שהונה שאומנם פטור מלשלם בדיני אדם, אבל עדיין חייב לשלם בכדי לצאת ידי שמים, (כפי שנפסק ביורה דעה סימן סא סעיף טו).

# ילד שבר חלון בחדר מדרגות

**המקרה:**

ילד שבר חלון בחדר מדרגות - מי חייב לשלם?

**תשובה:**

הילד לא חייב לשלם, גם הוריו לא צריכים לשלם. מי שישלם בפועל אלו דיירי הבניין (וועד הבית). אומנם יש פוסקים הסבורים שעל ההורים לשלם לפנים משורת הדין.

**נימוקים**

המשנה במסכת בבא קמא דף פז עמוד א כותבת: "חרש, שוטה וקטן - פגיעתן רעה: החובל בהן - חייב, והם שחבלו באחרים - פטורין".

הפרישה בס"ק יב כתב בשם הרמב"ם (הלכות חובל פרק ד הלכה כ): קטן פטור מכיוון שלא היה בר דעת בשעה שהזיק, לכן גם כשיגדלו פטורים, משא"כ אישה שהזיקה או עבד שהזיק, שהם בני דעת וחל עליהם מיד חיוב תשלומים, ולעת עתה אין באפשרותם לשלם, שכן אין להם מעות, אבל לכשתתאלמן או לכשישתחרר העבד - יתחייבו בתשלומים.

אומנם לדעת **הגהות אשרי** (מסכת בבא קמא פרק ח סימן ט), הקטן חייב לשלם על הנזק לכשיגדל. (המשנה פטרה את הקטן רק בזמן שהוא קטן, אך לאחר שיגדל - חייב לשלם). ויש לכך ראייה מדברי הגמ' במסכת בבא קמא דף צח עמוד ב: "הוה עובדא, וכפייה רפרם לרב אשי, ואגבי ביה כי כשורא לצלמא". (רב אשי בילדותו שרף שטרי חוב, ובכ"ז הוכרח לשלם עליהם).

וכן מוכח מדברי הגמ' במסכת בבא קמא דף לט עמוד ב: לדעת רבי יוסי בר חנינא, במידה ושור של חש"ו נגח, האפוטרופוס משלם מכספו על נזקי השור, וכאשר היתומים יגדלו - האפוטרופוס יגבה מהם את הסכום ששילם עבור הנזק.

הב"ח (אורח חיים סימן שמג בס"ק א) כתב: קטן שהזיק - לא חייב לשלם לאחר שיגדיל, אומנם לפנים משורת הדין ישלם, וכך יש לבאר את דברי הגמ' לעיל שרב אשי שילם על נזק שעשה מקטנותו לפנים משורת הדין[129] ולא בגלל תקנת חכמים.

129 צריך לציין, הב"ח לשיטתו שכופים על עשיית פשרה, כמבואר בסימן יב סעיף ב, לכן רפרם כפה על לפנים משורת הדין.

המחבר בסעיף ח כתב: "החובל בחרש, שוטה וקטן - חייב; והם שחבלו באחרים - פטורים; אע"פ שנתפקח החרש ונשתפה השוטה והגדיל הקטן - אינם חייבים לשלם, שבשעת שחבלו בהם לא היו בני דעת".

הרמב"ם (הלכות גניבה פרק א הלכה ח) כתב: "וקטן שגנב - פטור מן הכפל ומחזירין דבר הגנוב ממנו, **ואם אבדו - אינו חייב לשלם** אף הקרן ואפילו לאחר שהגדיל".

וכ"פ המחבר בסימן שמט סעיף ג: "קטן שגנב - מחזירין קרן לבעלים אם הוא בעין; ואם אינו בעין - פטור אף לאחר שיגדיל".

אומנם השבות יעקב (חלק א סימן קעז) חידש: אם הקטן נהנה מן הגזלה - משלם, ורק אם הקטן לא נהנה מהגזלה - אינו משלם, וכדברי הרמב"ם שהדגיש שלא משלם רק אם הגזלה אבדה ממנו. וכך כתב: "אף דלכאורה דין זה פשוט, (מדובר על קטן שהזיק חביות יין), וערוך לפנינו בטור וש"ע סי' שמט... א"כ בנדון דידן שאין היין בעין, היה נראה דהוא פטור בכל ענין".

"אכן אחר העיון היטב, יראה כמה גדולי דברי ראשונים, שלא לסמוך ולפסוק דין או הוראה מספר הש"ע, שהוא כספר החתום וסתום מאוד, וכמורה הלכה מתוך משנתו. ועיקר דין זה הוא ברמב"ם פ"א מה' גניבה דין ח', וז"ל קטן שגנב פטור מן הכפל ומחזירין לו דבר הגנוב ממנו, ואם אבדו - אינו חייב לשלם אף הקרן ואפילו לאחר שהגדיל עכ"ל. הרי להדיא דדוקא היכא שנאבד - אינו חייב לשלם, משא"כ היכי דעודו בידו ונהנה מהממון - ודאי חייב לשלם. וכמבואר בח"מ סי' רל"ה סס"י ט"ו, וכן מבוא' שם בסמ"ע וזה ברור. וגדולה מזו נ"ל, דאפי' מה שאזיל לאבוד אם רצה לצאת ידי שמים - ג"כ חייב לשלם, וכדאית' בא"ח סי' שמג, והוא מפסקי מהרא"י סימן ס"ב, דקטן שעבר עבירה בקטנותו, דצריך לעשות תשובה כשיגדיל. **ובין אדם לחבירו, עיקר התשובה לפייס חבירו ולשלם היזקו**, אך שאין כופין על זה בדיני אדם".

הרמ"א (אורח חיים סימן שמג סעיף א) כתב: "וקטן שהכה את אביו או עבר שאר עבירות בקטנותו, אע"פ שא"צ תשובה כשיגדל - מ"מ טוב לו שיקבל על עצמו איזה דבר לתשובה ולכפרה, אע"פ שעבר קודם שנעשה בר עונשין". (פסקי מהרא"י סי' ס"ב).

המשנה ברורה בס"ק ט כתב: יש חובה לשלם לפנים משורת הדין. "קטן שגנב או שהזיק - ראוי לב"ד להכותו שלא ירגיל בה. וכן חבלה וביוש, וכל דברים שבין אדם לחבירו - ב"ד מצווין להפרישו שלא יארע תקלה על ידו. אבל אין צריך לשלם אם אין הגנבה בעין. וכ"ז מדינא, אבל לפנים משורת הדין, בין שחבל בו בגופו או שהזיק לו בממונו - צריך לשלם לו".

השבות יעקב (שם) כתב: במקרה של קטן שגנב, שיש חובה לשלם כדי לצאת ידי שמים - לא צריך לשלם את כל החוב, אלא מספיק שיפייס במעט את הניזק. אומנם מספר חסידים (סימן תרצ"ב) משמע, שחייב לשלם הכל בכדי לצאת ידי שמים.

בשו"ת רב פעלים (חלק ב יורה דעה סימן יח) כתב בשם רבנו חיים ויטאל בשער הגלגולים (הקדמה לז דף נב ע"א): "כי **בהיותי קטן קללתי פעם אחת את אמי** ע"ה, וצוה אותי (האר"י הקדוש) להתענות ג' ימים

רצופים לילה ויום, ולכוין שהם ע"ב שעות, והוא כנגד תרין עטרין דחו"ג דאו"א הגנוזים בשלשה אבות חג"ת, והם ע"ב, כנודע, כי שם בן ע"ב הוא בחג"ת, ולפי שגרמתי לסלק אלו התרין עטרין מן הבן העליון, לכן אכוין להחזירם אליו ע"י אלו הע"ב שעות שיש בשלשה תעניות אלו".

"ואמר לי שאתענה אלו השלשה ימים קודם יום שבועות, ואכוין ג"כ בסוד פסוק היו נכונים לשלשת ימים, כי אז פסקה זוהמתן של ישראל, וע"י התענית הזה, יפסק ג"כ ממני זוהמת החומר אשר בי, כדי לקבל כח ידיעת סודות התורה בליל שבועות עמו".

"ובליל שבועות למדתי עמו כל אותה הלילה בסודות התורה, ולא ישנתי כלל כל אותה הלילה, וגם אמר לי כי אלו השלש תעניות יועילו לבטל גזרת המ"ד שנים שחסרו מהרב המגיד כנז"ל".

צריך לציין, לא ניתן לחייב אדם על ההיזק של בנו הקטן מדין אדם המזיק, אך אם אביו שומר (שוכר או שואל וכד') - ניתן לחייב את השומר על ההיזקים של בנו מדין שומר, שהרי כל שומר מתחייב על פשיעה, ואם ההיזק שהילד עשה אירע בגלל פשיעה - ניתן לחייב את אביו השומר. (אומנם אם ההיזק של הילד היה בדבר מחובר - האב השומר פטור מלשלם כי אין חיוב שמירה בקרקע).

# מצלמה שנשברה במהלך משחק כדור

**המקרה:**

אדם ביקש מחברו שיצלם משחק כדור במגרש. לצורך הצילום החבר נכנס למגרש בכדי לצלם את המשחק בזוויות נוספות. תוך כדי הצילום תלמיד אחר בעט בכדור והכדור פגע במצלמה, העדשה של המצלמה בשווי 300 ש"ח נהרסה. האם הוא חייב לשלם?

**תשובה:**

אם בעל המצלמה לא ביקש מהצלם להיכנס למגרש - הצלם צריך לשלם שווי של עדשה משומשת. אך אם בעל המצלמה ביקש ממנו שיצלם בתוך המגרש - הצלם פטור מלשלם על הנזק.

מי שבעט בכדור - פטור מלשלם על הנזק שנגרם למצלמה.

**השאלות לבירור:**

א. מה הגדרת מעמדו ההלכתי של הצלם?
ב. האם מי שבעט בכדור חייב לשלם על הנזק?

**א- הגדרת מעמדו של הצלם**

בסימן שז סעיף ב מובאת מחלוקת בין הרמב"ם ובין הרא"ש, מהו השלב בו השומר מתחייב באחריות על הפיקדון. לדעת **הרא"ש** (מס' ב"מ פרק ו סימן טז), מיד כאשר השומר קיבל עליו לשמור, או שאמר 'הנח לפני' - השומר חייב באחריות על החפץ שלא יפשע בשמירתו גם אם לא משך. (מדין ערב או מדין פועל, שמתחייב ברגע שמתחיל את עבודתו). אבל לדעת **הרמב"ם** (הלכות שכירות פרק ב הלכה ח), השומר חייב רק לאחר שימשוך.

המחבר בסימן רצא סעיף ה הביא את שיטת הרא"ש בשם וי"א קמא, ואת שיטת הרמב"ם בשם וי"א בתרא. ובסימן שז סעיף ב, המחבר הביא את שיטת הרמב"ם בסתם ואת שיטת הרא"ש בשם ויש אומרים. וכן פסק הש"ך בס"ק יג כשיטת הרמב"ם.

הסמ"ע בס"ק ח ביאר את שיטת הרא"ש: לאחר שהבעלים הלכו, נמצא שהחפץ מוטל על השומר לשומרו.

עוד כתב הסמ"ע: אם הבעלים לא היו מסתלקים משמירה על החפץ, אלא היו שומרים יחד עם השומר בתחילת השמירה, היינו פוטרים את השומר מדין בעליו עמו.

הנתיבות בס"ק ז חידש: גם כאשר לא ניתן לחייבו מדין **שומר**, (כגון שלא עשה קניין), עדיין ניתן לחייב אותו מדין **אדם המזיק**, במידה ויגרום לנזק לחפץ הנשמר. הנתיבות כתב זאת על הדין המובא לעיל בשם הרא"ש, במקרה בו אדם ביקש מחברו שישמור על נעליו, והשומר אמר: 'הניחם כאן על החמור', ולאחר מכן המנעלים אבדו - השומר חייב, שכן יש לחייב באמירת 'הנח' במקום שאינו משתמר.

על כך הקשה הנתיבות: מדוע השומר חייב, והרי הוא לא משך ולא בוצע קניין, וכיצד פסק המחבר להלכה את דברי הרא"ש, (על הרא"ש אין קושיא, שכן לשיטתו שומר מתחייב גם ללא קניין)?

הנתיבות הסביר: למרות שלא ניתן לחייבו מדין שומר - ניתן לחייבו מדין אדם המזיק. אומנם אילו הוא לא היה עושה מעשה בגוף החפץ, אלא רק היה פושע בשמירתו - לא היה מתחייב, שכן הוא אינו מוגדר כשומר, אבל מכיוון **שעשה מעשה בגוף החפץ**, שהניח את המנעלים על אם הדרך, במקום שאינו משתמר - חייב גם ללא קניין.

וכן מבואר במסכת בבא מציעא בדף כה עמוד ב, שמקום שאינו משתמר, קרוי בשם אבידה מדעת, "וכיון שהניחו במקום שאינו משתמר לגמרי, עד שנקרא עליו שם אבידה - הוי כמאבדו ומפסידו בידים דחייב, ומשו"ה אפילו הוא אינו שומר או שהיא שמירה בבעלים... - הוי כמזיק בידים וחייב".

לאור האמור, יש להגדיר את מעמדו ההלכתי של החבר שצילם כמו שומר חינם, כך שאם פשע בשמירתו - חייב לשלם. אומנם אם בעל המצלמה ביקש ממנו להיכנס למגרש, הרי שהוא עשה את שליחותו של בעל המצלמה ופטור מלשלם על הנזק, אבל אם בעל המצלמה לא ביקש ממנו להיכנס למגרש, אלא הצלם מעצמו נכנס למגרש - יש לראות בכניסה למגרש למקום בו מצלמה לא נשמרת, כאל מעשה פשיעה, כך שהצלם חייב לשלם על הנזק.

**ב- האם מי שבעט בכדור חייב לשלם**

הרא"ש (כלל קא סימן ו) כתב: שניים שהיו מתאבקים, ותוך כדי המאבק הפיל אחד את חברו, וסימא את עינו של חברו בהפלתו - פטור מהחמישה דברים. למרות דקיי"ל אדם מועד לעולם, בכ"ז במקרה בו היה **אונס** גמור - פטור, ומכיוון ששניהם התאבקו במכוון, וההיזק היה שלא במכוון, הרי שהדבר ידוע שבכל התאבקות, אחד מעוניין להפיל את חברו, ולא ניתן להפיל בנחת וללא היזק, נמצא שכל אחד מתכוון בכל כוחו להפיל את חברו, **ומחלו זה על זה**, שכן אדעתא דהכי נכסו למאבק. וכ"פ המחבר בסימן תכא סעיף ה.

הבית יוסף כתב: יש לגמגם על תשובה זו, שבהתחלה הרא"ש נתן טעם לפטור משום שהוא **אנוס**, ואינה ראיה שכן אם מתכוון להזיק - חייב גם באונס, משא"כ ישן שהוא אנוס גמור ולא התכוון להזיק שרק אותו ניתן לפטור. אך לאחר מכן הרא"ש הביא טעם אחר: **כל אחד מחל לשני**, וגם בזה ניתן להקשות, שכן האומר לחברו קטע את ידי - חייב. אלא שניתן לחלק בין מקרה בו אחד מחל לחברו שיזיקו שאז חייב, ובין אם שניהם מחלו אחד לשני בכל היזק שיגרם שאז פטור.

הסמ"ע בס"ק י הסביר: "וכל אחד ידע שא"א לצמצם שיפילו דוקא באופן שלא יהיה בו היזק, ה"ל כאילו נתיאשו ומחלו אהדדי, שאף אם יארע לאחד היזק יהיה מה שיהיה, כיון שלא נתכוין חבירו להזיקו אלא שקרה לו דרך נפילתו שיהיה פטור".

מי שנכנס למגרש לשחק מודע לכך "שא"א לצמצם שיפילו דוקא באופן שלא יהיה בו היזק", לא ניתן לזרוק את הכדור בצורה מדויקת בלי שייגרם נזק, כך שכל החברים המשחקים במגרש מוחלים על היזק שנגרם תוך כדי משחק.

כמו כן ניתן לצרף את שיטת **הרמב"ם** (הלכות חובל ומזיק פרק א הלכה טז), לפטור את זורק הכדור בגלל שלא הייתה כוונתו להזיק.

בגמ' במסכת בבא קמא דף מח עמוד ב מובא: "שניהם ברשות או שניהם שלא ברשות: הזיקו זה את זה - חייבין, הוזקו זה בזה - פטורין". מדברי הרמ"א בסימן תכא סעיף ח, נראה שפסק כדעת הרמב"ם.

הגר"א בס"ק יט הדגיש: הרמב"ם מחלק בין נזקי גוף לנזקי ממון. **בנזקי גוף** המזיק חייב לשלם גם אם ההיזק היה בלא כוונה, אבל **בנזקי ממון** - המזיק פטור כאשר ההיזק הוא ללא כוונה.

לאור דברי הרמב"ם, חברים שמשחקים ביחד במגרש, שניהם נחשבים לנכנסים ברשות, ואם אחד מהם יזרוק את הכדור ויזיק את המצלמה של חברו ללא כוונה - המזיק פטור מלשלם.

# תורנות החזרת ילדים

**המקרה:**

שני הורים ערכו בניהם תורנות להחזרת הילדים ברכב מבית הספר לביתם. להורה אחד יש שתי בנות שצריך להחזיר עם הרכב, ולהורה השני יש בת אחת. ההורה שיש לו רק בת אחת טוען כלפי ההורה שיש לו שתי בנות שעליו להחזיר את הבנות פעמיים.

**תשובה:**

א. אם התורנות היא רק בין שני ההורים, ולא נגרם כל הפסד להורה שיש לו בת אחת - שני ההורים יחלקו בניהם בצורה שווה, והאבא שיש לו שתי בנות לא צריך לעשות תורנות כפולה.

ב. אם יש הורים נוספים שהיו רוצים להצטרף לתורנות החזרת הבנות, אך אין מקום ברכב בגלל שתי בנותיו של ההורה הראשון - וודאי שהוא צריך לעשות תורנות כפולה ולהסיע את הבנות פעמיים.

ג. אם נגרם הפסד להורה שיש לו בת אחת, כגון שמשקל שתי הבנות מכביד בנסיעה ויש הפסד בדלק - יכול האב שיש לו בת אחת לדרוש תוספת תשלום על ההפסד שנגרם לו בכך שמסיע שתי בנות במקום בת אחת.

ד. האב שיש לו שתי בנות ישלם בכל נסיעה של האב השני, סכום של נסיעה אחת באוטובוס. (סכום נמוך של נסיעת ילד אחד עם רב-קו).

ה. אילו המקרה היה בקבוצה שרוצה לשכור מונית או הסעה, היה הדין משתנה והיה חיוב תשלום על כל נפש, כך ששני ילדים מאותה משפחה היו משלמים כפול.

ו. לכתחילה לפני הכניסה לתורנות - יכולים שני ההורים לסכם כרצונם, ככל תנאי שבממון שתקף.

**נימוקים**

הגמ' במסכת בבא מציעא דף קא עמוד א קבעה: **בכל הנאה ממשית** שאדם עשה לחבירו - על המוטב לשלם את סכום ההנאה. אומנם במקרה בו אין הנאה ממשית, אלא רק **מניעת הפסד** - אין הוא מקבל החזר על טובתו, כי דומה למבריח ארי שפטור, שכן כל מניעת הפסד דומה להשבת אבידה שכל ישראל מחויבים לעשותה. וכן מובא ברשב"א (מס' נדרים דף לג:) ובמרדכי (מס' כתובות סימן שיא), וכך גם כתב הדרכי משה (אה"ע סימן ע ס"ק י, וכן בחו"מ סימן רמו ס"ק ד) בשם תרומת הדשן (סימן שיז).

הקצות בסימן שסג ס"ק ט כתב: אדם **שנתן מעות לחברו בצורה סתמית**, (לא ברור האם נתן במתנה או בהלוואה) - המקבל חייב להחזיר, שכן "דכל בסתם - לאו דרך מתנה הוא".

אבל **התשב"ץ** (חלק א סימן קעד) **והרא"ה** (הובא לעיל בדברי הריטב"א) כתבו: המהנה את חברו - נתן לו בתורת מתנה, ואין חברו מחויב לשלם לו את החזר ההנאה.

הרמ"א בסימן רסד סעיף ד פסק כדברי הרשב"א: "וכן כל אדם שעושה עם חבירו פעולה או טובה - לא יוכל לומר: 'בחנם עשית עמדי הואיל ולא צויתיך', אלא צריך ליתן לו שכרו". וכ"פ בסימן רמו סעיף יז: "הגה: האומר לחבירו 'אכול עמי' - צריך לשלם לו, ולא אמרינן מתנה קא יהיב ליה".

הש"ך בסימן רמו ס"ק ט הקשה: בסימן שסג סעף י פסק הרמ"א כדברי התשב"ץ: "האומר לחבירו: דור בחצרי - אין צריך ליתן לו שכר". (ב"י בשם הרשב"ץ). הש"ך נשאר בצריך עיון.

הש"ך בנקודות הכסף (יו"ד סימן קסו על דברי הט"ז בס"ק ג) תירץ כך: יש לחלק בין הנאה בה נותן ההנאה חסר, שהוציא מכספו, ובין הנאה בה הנותן אינו חסר. בסימן שסג הרמ"א התייחס על הנאה בה **נותן ההנאה אינו חסר**, שהרי אין הוא מעמיד את החצר להשכרה, ולא מפסיד מטובה זו, לכן אין הנהנה חייב לשלם, אבל בסימן רמו מדובר **שהמהנה הוציא מכיסו הוצאות**, ולכך חייב הרמ"א את הנהנה בתשלום.

הקצות בסימן רמו ס"ק ב כתב: מהרי"ט (אה"ע סימן כא) הבין, שהחיוב הוא בגלל **ההיזק** שגרם הנהנה למהנה בכך שהפסידו, כך שהגורם לחיוב הוא מדיני נזיקין. אבל הקצות סבור, שהגורם לחיוב הוא מכך שהוא **נהנה**, שכן יש חיוב לשלם על הנאה שאדם נהנה מחברו, (כפי שנלמד מדין יורד לשדה חברו). לא ניתן לחייב מדיני נזיקין, שכן הנהנה קיבל אישור מחברו ליהנות ממנו, לכן החיוב הוא רק מדין נהנה.

הקצות הוסיף: הרמ"א בסימן רמו, דיבר על אדם שאכל מחברו **ונהנה** ממנו, לכן עליו לשלם על אותה הנאה שנהנה מחברו, אבל בסימן שסג, הרמ"א דיבר על אדם שגר בבית חברו והבית לא עומד להשכרה, כך שהוא לא נקרא נהנה, ומכיוון שהוא **לא נהנה** - הוא לא צריך לשלם.

ערוך השולחן (סימן רמו סעיף יט) הביא את דברי הקצות וכתב עליהם: "וכל זה הוא כשנראה שזה שקראו לאכול - **לא היתה כוונתו להאכילו בחנם**, כמו מי שמוכר בביתו לפעמים דבר מאכל, או בעל אכסניא וכיוצא בזה, אבל אם **הדבר ניכר שקראו לאכול בחנם**, כמו בעה"ב הקורא לאוהבו, וכיוצא בזה, או שהקרוא רגיל לאכול תדיר אצל אחרים בחנם, וכ"ש אם הוא עני - דפטור מלשלם. ועמ"ש בסימן ס, ואף כשצריך לשלם - נ"ל דאינו משלם אלא בזול".

הש"ך בסימן שסג ס"ק יג כתב בשם הב"ח (ס"ק ז): בגלל הספק יש לומר המוציא מחברו עליו הראייה, כך **שלא ניתן לחייב את הנהנה**. וכן כתב הקצות בסימן שסג ס"ק ז.

הט"ז (סימן רמו סעיף יז) הביא את הסתירה בפסקי הרמ"א, ונשאר בצריך עיון. הט"ז עצמו פסק כדברי הרמ"א בסימן רמו, שחייב הנהנה לשלם עבור מה שאכל. (וכפי שפסק שם הרמ"א: "האומר לחבירו אכול עמי - צריך לשלם לו").

הנודע ביהודה (מהדורה תנינא חו"מ סימן לד) כתב: **המפרנס יתום** בצורה סתמית - במידה והאפוטרופוס מוחזק בכספי היתומים - יכול לקחת תשלום על ההטבות שנתן ליתומים. הנודע ביהודה סבור כדברי הב"ח, שבגלל הספק ("זהו מהלכות עמומות, והדברים סותרים זה לזה בכמה מקומות") - יש לומר המוציא מחברו עליו הראייה.

ע"פ דברי הש"ך, הקצות, הט"ז והנודע ביהודה - **לא ניתן להוציא כסף ללא ראייה ברורה, אלא יכול הנהנה לומר שזו מתנה**. כך שיכול האב לומר קים לי כדעת אלו הפוסקים שלא ניתן להוציא מעות.

בכל הנאה יש לבחון מה היא הנקודה המשמעותית באותה הנאה. בתורנות החזרת ילדים עם רכב, **הנקודה המרכזית זו הוצאת רכב מהישוב לעבר העיר הסמוכה**. כל אב שמוציא את רכבו מהנה את האב השני. החשבון העיקרי של ההנאה איננו בהכרח מספר הילדים, אלא מספר האבות (ראשי המשפחה) שיכולים לממן ולהשתתף בהוצאת רכב. לאחר שמתברר שיש רק שני הורים שמוכנים ומסכימים להוציא את רכבם, כבר אין כמעט משמעות למספר הבנות, לא משנה אם האב הוציא את רכבו עבור בת אחת שיש לה תיק כבד, או שהוציא את רכבו עבור שתי בנות. **השיקול המרכזי הוא האם בכלל להוציא את הרכב**, **זו הגמירות דעת שהייתה לכל צד כאשר מלכתחילה הסכים להשתתף בתורנות**, ומכיוון שכל אב מוציא את רכבו בצורה שווה, הרי שיש הנאה שווה לשני הצדדים, כל אב גם נהנה וגם מהנה את חבירו.

במקרה כאן ההנאה מתקזזת. דהיינו לא מדובר על מקרה בו צד אחד מהנה, והשני רק מקבל ונהנה בלי לעשות כלום, אילו היה מדובר במקרה כזה, אכן היה מקום לחייב את הנהנה כפי המבואר בדברי הרשב"א הנ"ל, אלא כאן מדובר שכל אחד נהנה אבל גם כל אחד מהנה, שניהם מוציאים את הרכב בצורה שווה, לפיכך אין מקום להתייחס למספר הבנות אלא למספר השותפים שמוכנים להשתתף בתורנות. (אומנם תהיה התייחסות למספר הבנות אם יתברר ויוכח שהמשקל הנוסף גורם הפסד ממוני כמבואר לעיל).

מעבר לכך, גם אם נאמר שיש להסתכל על ההנאה של כל בת, וגם אם נאמר שיש לפסוק כדעת הבית שמואל (אבה"ע סימן ע ס"ק כח), שניתן להוציא מעות מהנהנה - עדיין ניתן לחייב רק ע"פ רמת ההנאה המינימלית ולא יותר. במקרה כאן יש התקזזות בהנאה שיש בהוצאת רכב על ילדה אחת, (ז"א שני ההורים מוציאים את רכבם בצורה שווה עבור ילדה אחת), כך שיש לחשב רק את ההוצאה עבור הילדה השנייה, דהיינו יש לבחון כמה עולה נסיעת אוטובוס לילדה אחת, והאב שיש לו שתי בנות ישלם סכום נסיעה אחת באוטובוס על כל פעם שחברו מסיע את שתי בנותיו. (אך בכל מקרה לא ניתן לחייב את האב שיש לו שתי בנות להוציא פעמיים רכב, חיוב זה איננו מידתי, ההנאה איננה שווה, יש הבדל בין להוציא רכב ולבזבז זמן מספר פעמים כפול, לבין תשלום נסיעה באוטובוס).

כאמור, הפוסקים (הש"ך, הקצות, הט"ז והנודע ביהודה) הסתייגו מחיוב על הוצאה זו, כך שקשה לחייב את האב שיש לו שתי בנות בכך, (ניתן לחייב רק על הפסד ממשי ומוכח). לכן רק ניתן לחייב את האב שיש לו שתי בנות שישלם בכל נסיעה של האב השני, סכום של נסיעה אחת באוטובוס. (סכום נמוך של נסיעת ילד אחד עם רב-קו).

העירוני, שמדברי מהרש"ל ניתן להוכיח שהחלוקה צריכה להיות לפי נפשות, דהיינו האב שיש לו שתי בנות צריך להסיע כפול. וכך כתב מהרש"ל (ים של שלמה מסכת בבא קמא פרק י בס"ק מב): **"ואם שכרו לתייר - מחשבין חציו לפי הממון, וחציו לפי הנפשות. ודוקא במדבר, אבל היכא ששוכרין למהר ביאתם לרגל, או בחורים ההולכים ללמוד תורה - מחשבין לפי נפשות, ואם יראים מחמת עיכוב הדרך, ובשביל עסקיהם, מחשבין לפי ממון"**.

לאחר העיון נראה שיש לדחות השוואה זו בגלל הנימוקים הבאים:

א. יש להשוות את דברי מהרש"ל, **לקבוצה ששוכרת מונית**, במקרה זה וודאי שכולם צריכים לשלם לפי נפשות, לכן אם לאחד יש שני ילדים ולאחד יש ילד אחד - וודאי שהוא ישלם כפול, אך כאן המקרה שונה, לא מדובר בקבוצה ששכרה מונית או ששכרו הסעה, אלא מדובר **ששני הורים עובדים יחד**, **שניהם שוכרים אחד את השני להוצאת רכב, ואכן שניהם מוציאים רכב בצורה שווה**.

ב. מקורו של המהרש"ל הוא מדברי התוספתא (מס' ב"מ פרק זהלכה יג): **"שיירה שהיתה מהלכת** במדבר, ונפל עליה גייס וטרפה - מחשבין לפי ממון ואין מחשבין לפי נפשות. **אם שלחו טייר לפניהן - אף מחשבין לפי נפשות ואין משנין ממנהג הולכי שיירה"**.
התוספתא הדגישה **ששורש החיוב הוא מנהג המדינה**, וודאי שיש מנהג מדינה לחייב קבוצה ששוכרת הסעה לפי נפשות, אבל כאן בשכירות של שתי המשפחות, **יש לקבוע את ההנאה על סמך גמירות דעת שיש בשעת הסיכום**. נראה ברור שהנושא של ההנאה הוא הרכב, הרכב הוא העיקר, הרכב הוא הנקודה המרכזית בשיקול של ההורים בשעת ההסכמה לתורנות, לכן יש לבצע את חלוקת הוצאת הרכב בצורה שווה, גם אם להורה אחד יש בת אחת נוספת.

ג. מצאתי בדברי החתם סופר (חלק ה סימן קסז), **שכל המשפחה נחשבת לאדם אחד**: **"ישלמו** חציו לפי נפשות וחציו לפי ממון, **ונפשות היינו כל בעל בית עם כל בני ביתו אנשי' ונשים וטף הסמוכי' עליו - נפש א' יחשב"**.

ד. מעבר לכך, הרי דברי המהרש"ל נתונים במחלוקת (כמובא בשו"ת ציץ אליעזר חלק ב סימן כב), לדעת **המרדכי** (מס' ב"ב סימן תעט), בכל דבר שלא קשור לפיקוח נפש - יש ללכת אחר ממון ולא אחר נפשות. הרמ"א בסימן קסג בסוף סעיף ג פסק כדעת המרדכי ולא כדעת מהרש"ל[130].

ה. הרב ברוך פז שליט"א אמר לי שהגמ' במסכת בבא קמא התייחסה **לשיירה אחת** ששוכרת מדריך, במקרה זה אכן יש לשלם לפי נפשות, וכל נהנה צריך לשלם, כך שמשפחה מרובת ילדים תשלם יותר מאשר משפחה עם ילדים מועטים, (כדברי מהרש"ל), אך אילו היו **שתי**

[130] כך כתב המרדכי: "סוף דבר כל דבר שתלוי בממון ולא בסכנת נפשות - אין מחשבין אלא לפי **ממון**". וכ"פ הרמ"א: "במקום שבני העיר מושיבין ביניהם **מלמד תינוקות**, ואין אביהן של תינוקות יכול לשכור לבניהם, ויצטרכו הקהל ליתן השכר - גובין **לפי ממון**. וכן בשכר **החזן**... וכן **בנין בית הכנסת** - גובין לפי **ממון**". אבל המהרש"ל כתב "אבל היכא ששוכרין למהר ביאתם לרגל, או בחורים ההולכים **ללמוד תורה** - מחשבין לפי **נפשות**".

**שיירות** ששוכרות מדריך, הייתה כל שיירה צריכה לשלם מחצית מהוצאות המדריך, גם אם בשיירה אחת יש קצת יותר ילדים מאשר השיירה השנייה[131].

ו. יש להשוות את המקרה שבו אנו דנים **לשניים ששוכרים אחד את השני לעבוד באותה עבודה**, כמבואר במשנה במסכת בבא מציעא דף עה עמוד א: "אומר אדם לחבירו: **נכש עמי ואנכש עמך**, עדור עמי ואעדור עמך", אין בכך איסור ריבית למרות שיתכן ואחד מנכש מעט יותר מהשני, אנו מתייחסים לעיקר העבודה ולא לכך שאחד מעט נהנה יותר מהשני.
וכך עוד כתבה המשנה: "כל ימי גריד - אחד, כל ימי רביעה - אחת". דהיינו ימי הקיץ היבשים נחשבים ליחידה אחת, וכן ימי החורף נחשבים ליחידה אחת, כך שניתן לומר עבוד איתי יום אחד בקיץ ואעבוד עמך בקיץ, או עבוד עמי בחורף ואעבוד עמך בחורף, למרות שיתכן ואחד עבד מעט יותר והינה יותר את השני - לא מתחשבים בכך. וכך מבואר בדברי רש"י (ד"ה כל): "**ולא דקדקו בדבר** לחוש שמא יום אחד יהא ארוך מחבירו **או קשה מחבירו**, אלא מותר לומר לו: עדור עמי היום הזה של גריד, ואעדור עמך ביום פלוני של גריד".

כאמור, אילו המקרה היה בקבוצה שרוצה לשכור מונית או הסעה, היה הדין משתנה, והיה חיוב תשלום על כל נפש, כך ששני ילדים מאותה משפחה היו משלמים כפול.

וכך מוכח מדברי התוספתא (מס' ב"מ פרק ז הלכה יד): "המשכיר לחבירו ספינה או קרון - מחשבין לפי משוי ולפי נפשות ואין מחשבין לפי ממון[132]". וכ"פ הגהות אשרי (מסכת ב"מ פרק ו סימן טו הגהה א).

למותר לציין שיכולים ההורים לסכם כל סיכום שמקובל על שניהם, כמבואר במסכת כתובות דף נו עמוד א: "דבר שבממון תנאו קיים".

---

[131] וכך כתב הרב ברוך פז: "אם שתי שיירות היו נפגשות והסכימו לשכור טייעא ביחד במקום שכל שיירא יקח לבד, שם כל אחד היה משלם חצי, אפילו אם שיירה אחת הייתה גדולה ויותר עשירה מן השני, בגלל ששם כל אחד חוסך מן השני חצי מן העלויות של השכרת הטייעא, ולכן כל אחד משלם חצי, ולא שייך להתחשב בהנאה שיש לכל קבוצה, שמה אכפת לשיירה אחת מכך שהשיירה השנייה יותר גדולה או קטנה כל עניינם הוא לשכור את הטייעה ביחד, ולכן הם משתתפים בשכירת השירות, ולא מסתכלים כלל על ההנאה לעומת שיירה שהתחייבו לפעול ביחד כמו בני העיר ואין אופציה לכל קבוצה לשכור לבד ולכן משלמים לפי ההנאה".

"ראיה לכך שכאשר שני אנשים זרים משתתפים לעשות משהוא ביחד לא מתייחסים להנאה שיש לכל אחד אלא לכך שכל אחד חוסך מחבירו חצי העלות, ולכן משתתפים במחיר החפץ אפשר למצוא במקיף חבירו מארבע רוחותיו, שכל אחד משלם את חלקו ולא מתייחסים כלל אם אחד עשיר או עני וכו', אלא משתתפים במחיר החפץ, וכן שני שותפים שבנו כותל באמצע או על ידי זה שחייבו עצמם לכך או על ידי זה שיש היזק ראיה, בכל אופן כל אחד משלם חצי ולא מתייחסים כלל להנאה הספציפית שיש לכל אחד".

"ולכן בנידון דידן, שכל אחד היה צריך להסיע כל יום ואמרו נכש עמי היום ואני מחר, לא מתייחסים לכך שיש לזה יותר הנאה מן השני אלא מתייחסים לכך שכל אחד חסך מחבירו חצי".

[132] אם כי גם בזה ניתן להביא את הסבר החתם סופר, שכל המשפחה נחשבת לאדם אחד, אבל מכיוון שיש מנהג מדינה שכל נפש תשלם - לכן יש לחייב ע"פ נפשות ולא ע"פ משפחה.

מרן השו"ע והרמ"א פסקו במספר מקומות שכל תנאי שבממון קיים: בסימן טז סעיף ב, בסימן עא סעיף ג, בסימן רכה סעיף ה, בסימן שטו סעיף ב, ובאבן העזר סימן קיב סעיף י.

# משכיר שהביא ציוד לא תקין

**המקרה:**

מוסד השכיר 3 מסופי סליקת כרטיסי אשראי עבור אירוע גדול, כך שתהיה אפשרות ביד משתתפי האירוע, לתרום למוסד באופן מידי, דרך העברת כרטיס האשראי במכונת הסילוק.

המכשירים לא עבדו בצורה תקינה, (רק חלק קטן מהעברות הכרטיסים נקלטו במערכת). בסופו של דבר בין משתתפי האירוע עברה שמועה שהמכשירים אינם תקינים, ולא היו עוד ניסיונות לתרום דרך אותם מסופים.

הערכה היא שנגרם למוסד הפסד גדול של עשרות אלפי שקלים מתרומות שהיו מתקבלות אילו המכשיר היה תקין. האם ניתן לחייב את המשכיר לשלם פיצויים עבור הפסד התרומות?

**תשובה:**

א. חובת המשכיר לתת לשוכר ציוד תקין ואיכותי שניתן לעבוד עמו ללא תקלות.

ב. בשכירות לזמן קצר, יש לראות בכל תקלה משום מקח טעות שמבטל את השכירות, כי אין זמן להחליף או לתקן את הציוד, לפיכך משכיר הציוד לא יקבל את התשלום שנקבע עמו עבור השכרת המסופים.

ג. על המשכיר לעשות את המקסימום בכדי לשחזר את נתוני התורמים הראשונים שניסו לתרום.

ד. ע"פ הדין, לא ניתן לחייב את המשכיר על ההפסדים שנגרמו למוסד מהפסד התרומות (מניעת רווח).

ה. אם המשכיר היה אמור לדעת שיש בעיות עם המכשירים - עליו לשלם[133] את שכרם של מספר טלפנים שיצרו קשר עם משתתפי האירוע ויציעו להם לתרום מחדש. עלות טלפן היא 25 ש"ח לשעה. אומדן הזמן הוא כמאה שעות עבודה, לפיכך על המשכיר לשלם למוסד 2,500 ש"ח.

**השאלות לבירור:**

א. מה דין ציוד מושכר שהתקלקל?

ב. משכיר שגרם לנזקים לשוכר האם חייב לשלם?

ג. האם ניתן לחייב את המשכיר לשלם עבור טלפנים שיצרו קשר מחדש עם התורמים?

ד. אדם שמנע רווח מחברו האם ניתן לחייבו?

[133] התשובה ניתנה בפני השואל, ואינה מחייבת המשכיר, אלא אא"כ יקבל את מסכת העובדות שצוינה.

**א- ציוד מושכר שהתקלקל**

דין ציוד מושכר שהתקלקל מבואר בגמ' במסכת בבא מציעא דף עט עמוד א, בדין שוכר חמור שמתה בחצי הדרך. הגמ' חילקה בין שוכר חפץ ספציפי לבין שוכר חפץ בצורה סתמית. (שוכר חמור זה ושוכר חמור סתם). השוכר **חפץ ספציפי** והחפץ התקלקל - אין חיוב להחליפו באחר אומנם יש רק חיוב לתקנו, (כמבואר בסימן שיב סעיף יז), אך השוכר **חפץ בצורה סתמית**, ואירעה תקלה משמעותית לחפץ, שבעקבותיה לא ניתן להשתמש בחפץ - על המשכיר מוטלת חובה להחליף לחפץ תקין.

נחלקו הראשונים האם יש חיוב למשכיר בלי שבוצע קניין (מובא במגיד משנה הלכות שכירות פרק ה הלכה ב):

א. **שיטת הראב"ד** (מובא בשלטי גיבורים דף מט. ס"ק א) - מתי המשכיר חייב לתת לשוכר ציוד חלופית? **רק אם נעשה קניין,** (למשל, המשכיר הגביה סודר, ובכך מתחייב המשכיר להביא לשוכר את חפץ השכירות), אבל אם לא נעשה קניין - אין מה שיחייב את המשכיר לתת ציוד חלופי, כי שכירות מטלטלים לא נקנה בכסף, לכן המשכיר לא מתחייב לשוכר ולא חייב לתת לו ציוד חלופי[134].

ב. **שיטת הרא"ש** (סימן י) **והרשב"א** (מובא במ"מ שם) - המשכיר חייב לתת לשוכר ציוד חלופי **גם אם לא בוצע קניין**, שכן כבר **במשיכת** הציוד - השתעבדו נכסי המשכיר לתת לו ציוד חלופי תקני.

ג. **שיטת הרמב"ם**[135] (הלכות שכירות פרק ה הלכה א), **הרמב"ן** (מס' ב"מ דף עט עמוד א) **והמחבר** - המשכיר לא חייב לתת לשוכר ציוד חלופי, אך המשכיר גם לא יקבל את דמי השכירות, ואם המשכיר ירצה שהשוכר ישלם לו עבור השכירות - עליו להביא לו ציוד חדש[136].

הנתיבות בסימן שי ס"ק א כתב: **אם הייתה תקלה בציוד השכור כבר מהתחלה**, זהו מקח טעות והשוכר לא צריך לשלם כלום למשכיר.

---

[134] בדעת הראב"ד נחלקו הסמ"ע והנתיבות, האם יכול השוכר להשתמש בנבלת הבהמה שמתה כאשר לא בוצע קניין: **הסמ"ע** בס"ק ו סבור בדעת הראב"ד, שהשוכר גם לא יכול להשתמש בנבלת הבהמה, אך לדעת **הנתיבות** בס"ק ה, השוכר רק לא יקבל בהמה חלופית, אך יכול להשתמש בנבלת הבהמה.

[135] החזון איש (חו"מ ליקוטים סימן טו ס"ק א) כתב שכך פסק הרמב"ם.

[136] הסמ"ע בס"ק ו כתב: המשכיר לעולם לא חייב לתת בהמה חלופית, (לדעת הראב"ד אם נעשה קניין - המשכיר חייב לתת בהמה חלופית, ולדעת הרא"ש גם ללא קניין חייב המשכיר לתת בהמה חלופית). השוכר רק יכול להשתמש בנבלת הבהמה שמתה, אומנם לא צריך לבצע קניין (אך לדעת הראב"ד, אם לא בוצע קניין - השוכר לא יכול להשתמש בנבלת הבהמה שמתה). דהיינו כשם שבשוכר חמור זה יכול השוכר למכור את הנבלה, כך גם בשוכר חמור סתם, יכול השוכר למכור את הנבלה.

אבל הנתיבות בס"ק ה כתב: לכו"ע ניתן להשתמש בנבלת הבהמה גם ללא קניין, כל המחלוקת בין הראב"ד לרא"ש היא, האם המשכיר חייב לתת חמור חלופי ללא קנין. הנתיבות בס"ק ד הבין בדעת הרמב"ם והמחבר, שיש חיוב על המשכיר לתת חמור חלופי ואם אין לו - השוכר יכול להשתמש בנבלת הבהמה.

בשכירות לזמן קצר, כל תקלה לא ניתנת לתיקון, ויש לראות באי תקינות של המכשיר משום מקח טעות שמבטל את השכירות.

**ב- משכיר שגרם לנזקים לשוכר האם חייב לשלם?**

הרשב"א (חלק ב סימן נג) כתב: אדם השכיר לחברו ציוד שהיה מקולקל וגרם לתקלה לשוכר, (הדוגמא המובאת ברשב"א: אדם השכיר כלי לשים בו חיטים, והתברר שהיה בכלי חור, כך שהחיטים נשפכו ונגרם לשוכר נזק) - המשכיר פטור מלשלם על הנזקים, "דאין זה אלא **כגרמא** בעלמא בניזקין, ואין כאן משום דינא דגרמי אלא בנזקין שהוא עושה ממש, (כגון שורף שטר חוב של המלווה)".

ע"פ דברי הרשב"א, לא ניתן לחייב על נזקים שגרם המשכיר לשוכר. אומנם יש על המשכיר חיוב לשלם בכדי לצאת ידי חובת שמים, כמבואר בדברי הירושלמי (מסכת בבא קמא פרק ו הלכה א): "ואין השמים מוחלין לו עד שישלם[137]".

המאירי (מס' ב"ק דף נו.) כתב: יש על המזיק חיוב ממוני לשלם, ואם אינו משלם - נקרא גזלן ופסול לעדות[138]. היד רמ"ה כתב: יש איסור מהתורה להזיק ע"י גרמא, ונלמד ממצוות ואהבת לרעך כמוך, או מלפני עוור לא תתן מכשול.

רש"י (מסכת בבא קמא דף קד. ד"ה שכבר) כתב: אדם שחייב בידי שמים מגיע לו עונש בידי שמים, "ואף על גב דבי דינא לא מצו מחייבי ליה, אלא מניח לפניהם, **מיהו ידי עונש אין יוצא עד שישלם לשניהם**". וכך כתב הקצות בסימן לב: "אבל עונש בדיני שמים - ודאי אית ליה".

מהרש"ל (יש"ש סימן ו) כתב: "ומצאתי **כתוב בתשובה** וז"ל, נ"ל, היכא דאיתמר חייב בדיני שמים, אף על גב דאין לב"ד לכופו לשלם, מ"מ **בדברים בלי כפייה יש לדוחקו".**

**"...ולא נהירא לי**, מדלא תירצו התו' כך, ש"מ דלא ס"ל כלל. גם לישנא דדיני שמים - לא משמע להיות חיוב אפי' במקצת בדיני אדם, אלא לעניין יוצא ידי שמים לחוד קאמר, וכן מצאתי בצפנת פענח, וז"ל: כל מקום שאמרו חייב בדיני שמים, אם בא, צריכין להודיעו: אין אנו יכולין לחייב אותך, **אבל צריך אתה לצאת ידי שמים, כי דינך מסור לו, כדי שיתן אל לבו, וירצה את חבירו, ויצא ידי שמים**".

כנסת הגדולה (הגהות הטור סימן כח ס"ק כג) כתב: "כל מי שהוא חייב בדיני שמים - אין כופין לו לשלם כדי לצאת ידי שמים, אמנם **צריך להודיעו דרך תוכחה ומוסר ועצה טובה** בינו לבינו שיצא ידי חובה. אם יקבל - מוטב, ואם לא - יאמר הדיין איך שרוצים עליו להכריז בבית הכנסת על ידי שליח ציבור בלשון

---

[137] כך כתב החזון איש (ב"ק סימן ה בס"ק ד): "והאי חייב בדיני שמים - אינו ר"ל דאסור לעשות כן, והעושה כן - עבירה היא בידו, וכדמשמע לכאורה מלשון רש"י בגיטין נג א, אלא ר"ל **דאינו יוצא ידי"ש עד שישלם**".

[138] כך כתב המאירי: "ומכאן כתבו גדולי הדורות, שכל שנאמר עליו חייב בדיני שמים - **פסול הוא לעדות** עד שישיב. והדברים נראין שמאחר שהוא חייב להשיב - תורת **גזלה** חלה עליו עד שישיב".

זה: 'שמעוני רבותי, האי גברא פלוני - חייב בידי שמים, מחמת שגרם הפסד ממון לפלוני, לכן צריך לפלוני שיסיר מעליו חיוב זה ועונש מדיני שמים וירצה לפלוני מחמת שגרם לו היזק'. ובס"ק כד כתב: "מי שחייב בדיני שמים ולא פרע - מותר לקרותו רשע".

**ג- חיוב לשלם עבור הטלפנים**

הרמ"ה (אות סב) כתב: מוכר שמכר מוצר פגום, והמוכר ידע על המום שיש במוצר - על המוכר להחזיר ללקוח לא רק את דמי המוצר, אלא גם את דמי הנסיעה חזרה לחנות, אך אם המוכר לא ידע על המום - המוכר חייב להחזיר רק את דמי המוצר ולא את הוצאות הנסיעה. וכ"פ המחבר בסימן רלב סעיף כא.

מוכר שידע על המום חייב לשלם מדינא דגרמי, כדין האומר לחברו: 'לך (לדיון בבית דין) ואבוא אחריך', אם הוא לא בא - חייב לשלם על הוצאותיו מדינא דגרמי[139], כמבואר במרדכי (סימן תשז) ובדברי הרמ"א בסימן יד סעיף ה.

ע"פ דברי הרמ"ה, ניתן לחייב את המשכיר לשלם עבור הוצאות הטלפנים, כפי שניתן לחייב עבור שאר הוצאות שנגרמו בגללו, כל זאת בתנאי שהמשכיר היה אמור לדעת לכך שהציוד שלו איננו תקין.

למשכיר יש אחריות להביא ציוד תקין, עליו לדעת שיש בעיה בציוד, וגם אם בפועל לא ידע שהציוד אינו תקין - חייב לשלם וכדבריו הברורים של רבא: "**כל לא ידענא - פשיעותא היא, זיל שלם**"! (מסכת בבא מציעא דף מב עמוד א).

**ד- מניעת רווח**

הירושלמי (מס' בבא מציעא פרק ה הלכה ג) כתב: לא ניתן לחייב על אובדן רווח עתידי. זאת מכיוון שמניעת רווח איננה היזק ישיר אלא גרמא. וכך מובא בירושלמי: "אמר ר' יצחק הדא אמרה המבטל **כיסו** של חבירו (המקבל כסף מחבירו בכדי שישקיע וירוויח, והוא לא השקיע, הרי שגרם למניעת רווח) - אין לו עליו אלא תרעומת[140]. ואילו המבטל **שדה** חבירו - חייב לשפות לו". (פועל שקיבל על עצמו לעבוד בשדה, ולא עבד - חייב לשלם לבעל השדה על אובדן הרווח).

הירושלמי חילק בין מניעת רווח שפטור, ובין מבטל שדה חברו שחייב לשלם. מספר הסברים נאמרו לדברי הירושלמי:

---

[139] האמרי בינה (הלכות דיינים סימן כא) כתב: החיוב אינו מדינא דגרמי אלא מדין **ערב**, דהיינו יש לו הנאה מכך שחברו שמע בקולו והלך למקום פלוני.

[140] כמו כן לא ניתן לתבוע אדם על כך שגרם לאיבוד זמנו וכד'.

**1. שיטת הפני משה: מזיק בידיים**

הפני משה (שם) הסביר הסביר: המבטל שדה חבר - הרווח מצוי, ולכן נחשב **כמזיק בידיים**, יש להשוות את המונע רווח למאבד נכסי חברו בידיים.

**2. שיטת המחנה אפרים: רווח ברור ומזומן**

המחנה אפרים (הלכות מלוה ולוה - דיני ריבית סימן מא) הסביר: "דכי אמרו המבטל כיסו של חברו - פטור מלשלם - היינו משום **דמי יימר דמזבני ליה ולא הוי בריא היזקא**, אבל זה **שכבר היה מזומן להרויח בהם,** וע"י העכבתו של זה הפסיד מלהרויח - הרי זה חייב מדינא דגרמי". כלומר כאשר ההפסד הוא ברור וודאי בכסף מזומן - יש חיוב על מניעת רווח[141].

גם מדברי **ערוך השולחן** (סימן רצב סעיף כ) משמע שניתן לחייב בתשלום על מניעת רווח כאשר ההיזק ברור. כך כתב ערוך השולחן: "ועוד איתא שם דהמבטל קרקע של חבירו חייב לשלם - ופירשו הטעם **מפני שההפסד ברור והוי כגרמי**... אבל אם ההפסד ברור - חייב לשלם, ולפ"ז גם במעות כשההפסד ברור - חייב ג"כ לשלם דהוי כגרמי". אבל **הקצות** (שם) פטר מתשלום על מניעת רווח גם כאשר ברי היזקא.

ערוך השולחן (סימן סא סעיף יא) עוד פסק: "ונ"ל דדווקא מניעת הריוח מעסק שאינו קבוע אצלו למחייתו - לא מקרי היזק, אבל **מעסק קבוע אצלו למחייתו - שפיר מקרי היזק**, ולא הוי אסמכתא, וכן אם הפסיד לו ע"י זה מסחור יריד הקבוע מזמן לזמן - שפיר מקרי היזק".

**3. שיטת הנימוקי יוסף: תנאי נהוג ומקובל**

הנימוקי יוסף (מס' ב"מ דף סא:) כתב טעם אחר לדברי הירושלמי, שמחייב בתשלום עבור אובדן רווח בשדה: בשדה היה נוהג להתנות במפורש שאם אוביר ולא אעביד, אשלם במיטבא, ומכיוון **שתנאי זה היה נהוג ומקובל בקרב הפועלים**, הרי שהוא תקף גם כאשר התנאי לא נאמר במפורש.

מדברי הנימוקי יוסף משמע, שבמניעת רווח - אין חיוב בתשלום גם לא ברווח ברור ומזומן במקום בו אין מנהג או במקום שלא נכתב במפורש התנאי. החיוב על מניעת רווח חל רק במקום שנהגו לחייב פועלים (גם בלי תנאי מפורש), או במקום שהתנו במפורש.

**4. שיטת הריטב"א: חיוב מדין ערב**

הריטב"א (דף עג: מובא בנתיבות סימן שו ס"ק ו) כתב: החיוב לשלם הוא מדין **ערב**, לכן גם במניעת רווח - ניתן לחייב מדין ערב. הריטב"א חידש: גם במניעת רווח - ניתן לחייב מדין ערב. דין זה למדים מדברי הגמ' במס' בבא מציעא בדף עג עמוד ב, במקרה בו אדם אמר לחברו שיקנה לו יין בזול, והמכירה

[141] כך נראה שהבין ראבי"ה (סימן תתקנ"ז): "ושמעינן מירושלמי כדפרישית טעמא, דכל היכא דבידו לקנות ולעסוק בריוח, דומיא דשדה שאילו לא קיבל עליו זה להשתדל בה ולזורעה היה הוא בעצמו עוסק בה ולא היה מובירה - חייב הוא לשלם הפסידו, וברור הריוח, דשדפון לא שכיח, הילכך אפילו אם לא הרויח בו מידי היאך - חייב לשלם הפסידו".

היא לזמן מוגבל, שאם מנע ממנו רווח זה - חייב לשלם "כדקא אזיל אפרוותא דזולשפט". כך גם בכל קבלן שהתרשל בתפקידו ומנע רווח מבעה"ב, ומדובר ברווח שלא ניתן להחזירו, כגון שהמחירים עלו - חייב מדין ערב.

כך גם הסביר החתם סופר (סימן קעח) את החילוק בירושלמי: המבטל כיס חברו, אין ההפסד וודאי, שכן ייתכן והיה המשקיע מפסיד בעסק, לכן לא משלם. אבל המבטל שדה חברו, יש **רווח וודאי** בשדה, והפועל הפסידו, שהרי הפועל הבטיח לו לעבוד, ומשתעבד לבעל השדה **מדין ערב**.

### 5. שיטת השער משפט: תנאי מפורש וסביר

הב"ח בסימן סא ס"ק ח כתב: במניעת רווח חייבים לשלם רק כאשר **הרווח הוא ברור וודאי, כמו בפועל המתחייב**: אם אוביר ולא אעביד - אשלם במיטבא, כי אז "ההפסד מזומן"[142].

הש"ך בסימן סא ס"ק י כתב שמניעת רווח פחותה מגרמא[143]: "דמניעת הריוח - לא קרי הפסד, כדאיתא בירושלמי (מס' ב"מ פרק ט הלכה ג), הביאוהו הפוסקים, 'המבטל כיסו של חבירו, אין לו עליו אלא תרעומת', וגרע מגרמא בנזיקין דפטור, ותו, דמי ערב בדבר שהיה ודאי ריוח, דילמא אף היה מגיע הפסד".

---

[142] הרשב"א (חלק ג סימן רכז) כתב: לווה שהתחייב בשטר לפרוע את החוב עד תאריך מסוים, ואם לא יפרע בזמן שקבוע בשטר - הלווה ישלם למלווה על כל ההפסדים שיגרמו לו כתוצאה מכך שכסף זה חסר לו - הלווה לא חייב לשלם את ההוצאות שנגרמו למלווה, כי הלווה התחייב רק לשלם עבור ההפסדים ולא עבור מניעת רווח, (לא ניתן להתייחס למניעת הרווחים כמו אל הפסד). וכ"פ השולחן ערוך בסימן סא סעיף ה.

הדרכי משה בס"ק ד הסביר: החיוב לשלם את כל ההוצאות נחשב כמו אסמכתא לכן הוא לא תקף. הדרכי משה הקשה: מדוע המקרה כאן נחשב לאסמכתא, אנו אומרים אסמכתא רק על קנס שמשלם סכום כסף נוסף שלא חייב לו, אך כאן החיוב הוא על ההוצאות שנגרמו למלווה בגלל הלווה, וחייב לשלם כמו פועל שאומר: "אם אוביר ולא אעביד - אשלם במיטבא", שאכן חייב לשלם. הדרכי משה נשאר בצ"ע.

הב"ח בס"ק ז תירץ את קושיית הדרכי משה: יש לחלק בין מניעת רווח ברור ומזומן ובין מניעת רווח לא ברור. במבטל כיס חברו, אין ההפסד וודאי, שכן ייתכן והיה המשקיע מפסיד בעסק, לכן לא משלם. אבל אם מדובר על מניעת רווח ברור ומזומן - יש חיוב בתשלום, כדין בפועל המתחייב, אם אוביר ולא אעביד - אשלם במיטבא שחייב לשלם.

וכך מבואר בירושלמי (מס' בבא מציעא פרק ה הלכה ג): המבטל כיסו של חבירו (המקבל כסף מחבירו בכדי שישקיע וירוויח, והוא לא השקיע, הרי שגרם למניעת רווח) - אין חיוב בתשלום כנגד המבטל, כי אין רווח ברור ומזומן, ואילו המבטל שדה חבירו (פועל שקיבל על עצמו לעבוד בשדה, ולא עבד - חייב לשלם לבעל השדה על אובדן הרווח) - חייב לשלם לו על ההפסדים.

הש"ך בס"ק י כתב שמניעת רווח פחותה מגרמא. צריך לציין הרדב"ז (חלק א סימן פד) כתב במפורש שיש חיוב בידי שמים במניעת רווח: "המבטל כיסו של חבירו - פטור מדיני אדם **וחייב בדיני שמים**".

[143] אם כי הש"ך בסימן רצב ס"ק טו כתב בשם מהרש"ל (יש"ש סימן ל): "דאפי' תבעו לדין, ואמר לו תן לי פקדוני כי יש לי ריוח ברור, ומברר דבריו, וזה מעכבו - פטור, **דמבטל כיסו לא הוי אלא גרמא**". הנ"מ היא שיש חיוב גרמא בידי שמים אך אין חיוב כלל אם נאמר שמניעת רווח פחותה מגרמא.

השער משפט (בסימן סא ס"ק ב) הקשה על הש"ך: הירושלמי פטר מתשלום על מניעת רווח כאשר אין תנאי מפורש לשלם על מניעת רווח, אבל **אם יש תנאי מפורש לשלם על מניעת רווח, ומדובר בתנאי סביר והגיוני (לא מוגזם) - התנאי תקף**, שזה החיוב בגמ' (מסכת בבא מציעא דף קד עמוד ב) אם אוביר ולא אעביד - אשלם במיטבא, כלומר אם יש תנאי מפורש לשלם סכום לא מוגזם על מניעת רווח - אכן התנאי תקף. וכן גם מפורש במסכת בבא מציעא בדף עג עמוד ב, במתחייב לקנות יין במחיר נמוך בזולשפט, בכדי שיהיה למעסיק רווח במכירת היין במחיר גבוה יותר, אם השליח פשע ולא קנה את היין במחיר הזול - לדעת רב חמא חייב לשלם על מניעת רווח.

במקרה כאן יש מניעת רווח ברור ומזומן, המוזמנים רצו לתרום למוסד כסף מזומן, כך שיש כאן מניעת רווח ברור ומזומן, ויש מקום לחייב לכל הפחות בדיני שמים.

# בנה גדר בחצר חבירו

**המקרה:**

אדם רכש דירת קרקע בצמידות למגרש לא בנוי. הדייר העריך היכן מסתיים השטח שלו, ושם בנה את הגדר המפרידה בין החצר שלו לחצר חבירו. לאחר זמן חבירו רכש את המגרש ובנה שם את ביתו. החבר עיין בתוכניות והתברר שהגדר נבנתה בתוך השטח השייך לו, החבר מבקש מהדייר שיפרק את הגדר ויבנה אותה במקומה.

**תשובה:**

א. הבונה בתוך שטח חבירו - חייב לפרק את מה שבנה.

ב. הבונה בתום לב בתוך שטח חברו בלי לדעת שזהו שטח שאינו שלו - יש לבחון את ההפסד שיש לכל אחד מהצדדים, במידה וההפסד לבונה הוא משמעותי, וההפסד לבעל הקרקע הוא קטן - הבונה יפצה את בעל הקרקע בפיצוי כספי.

ג. במקרה כאן, גם אם בניית הגדר נעשתה בתום לב, מכיוון שעליו לפצות את בעל הקרקע, לא ייגרם הפסד משמעותי לבעל הגדר (מדובר בגדר בלוקים פשוטה), כך שיש לבעל הגדר לפרק את הגדר ולבנותה במקומה.

**השאלות לבירור:**

א. דין תקנת השבים.

ב. האם יש תקנת השבים בגוזל קרקע?

**א- תקנת השבים**

מצוות עשה מהתורה לגזלן להשיב את גזלתו, כפי שכתוב (ויקרא פרק ה פסוק כג): "והיה כי יחטא ואשם, והשיב את הגזלה אשר גזל".

מדין תורה, על הגזלן להחזיר את החפץ הגזול, בתנאי שלא היה שינוי בגזלה. בכל שינוי - הגזלן קונה את החפץ הגזול לעצמו, ועליו להחזיר את סכום קרן הגזלה, (יודגש כי רק גנב משלם כפל, אבל גזלן אינו משלם כפל), ולא את החפץ הגזול, כמבואר בהרחבה בסימן שנג. לכן הגונב קורה ובנה עמה בית, אין שינוי מהותי בוקרה, כך שמדין תורה עליו להרוס את הבניין בכדי להחזיר את הקורה לבעליה, אבל חכמים תקנו שלא יהרוס את הבית אלא ישלם פיצויים לנגזל.

לחכמים יש סמכות להפקיע ממון שהרי הפקר ב"ד הפקר, כך שיכולים להעביר את הבעלות של הקורה מהנגזל לגזלן, כעת הוא הבעלים של הקורה. הנ"מ תהיה בגזלן שגזל קורה ובנה עמה סוכה, מדין תורה הסוכה פסולה, ועליו לפרק את הסוכה ולהחזיר את הקורה לנגזל, אבל ע"פ תקנת החכמים, הסוכה כשרה ולא נחשבת לסוכה גזולה הפסולה.

המשנה במסכת גיטין דף נה עמוד א כותבת: "העיד רבי יוחנן בן גודגדא: ...ועל המריש הגזול שבנאו בבירה - שיטול את דמיו, מפני תקנת השבים". (הגוזל קורה מחברו, ובנה עם הקורה בניין גדול - אין הגזלן מחויב להחזיר את הקורה עצמה לבעליה, אלא מחזיר לבעלים רק את שווי הקורה. תקנה זו נתקנה בכדי שגזלנים לא ימנעו מלשוב בתשובה, שכן אילו היינו דנים אותם לעשות כדין תורה, היה עליהם לפרק את הבניין, בכדי להחזיר את הקורה לבעליה, שהרי הקורה עצמה לא השתנתה, נמצא שהגזלן לא קנה את הקורה, ועליו להחזיר את הקורה עצמה).

הרמב"ם (הלכות גזלה ואבידה פרק א הלכה ה) כתב: "כל הגוזל - חייב להחזיר הגזלה עצמה, שנאמר 'והשיב את הגזלה אשר גזל". ואם אבידה או נשתנית - משלם דמיה, בין שהודה מפי עצמו, בין שבאו עליו עדים שגזל - הרי זה חייב לשלם הקרן בלבד. אפילו גזל קורה, ובנה אותה בבירה, הואיל ולא נשתנית, דין תורה הוא שיהרוס את כל הבנין, ויחזיר קורה לבעליה. אבל תקנו חכמים מפני תקנת השבים, שיהיה נותן את דמיה, ולא יפסיד הבנין, וכן כל כיוצא בזה".

הגמ' במסכת סוכה דף לא עמוד א כותבת: "ההיא סבתא דאתאי לקמיה דרב נחמן, אמרה ליה: ריש גלותא וכולהו רבנן דבי ריש גלותא - בסוכה גזולה הוו יתבי! צווחה ולא אשגח בה רב נחמן". (אישה מבוגרת אמרה לרב נחמן: הסוכה של ריש גלות נבנתה מעצים שנגזלו ממני. רב נחמן שהיה אב"ד[144] וכן גם חתנו של הריש גלותא {הריש גלותא היה אביו של ילתא}, כך שהייתה לרב נחמן גם יכולת לאכוף את פסיקותיו ע"י שוטרי הריש גלותא, לכך פנתה האישה לרב נחמן שיפסוק עבורה, אך רב נחמן לא השגיח בה, בגלל שלהלכה יש תקנת מריש, כך שיש לפייסה במעות, ואין צורך להחזיר את הקורה הגזולה).

"אמרה ליה: איתתא דהוה ליה לאבוהא תלת מאה ותמני סרי עבדי צווחא קמייכו ולא אשגחיתו בה? (אני ביתו של אברהם אבינו שהיו לו שלוש מאות ושמונה עשר עבדים, וכל העבדים לא גזלו, אך אתה הריש גלות עבדיך גנבו ממני את העצים, ומדוע אתם שותקים). אמר להו רב נחמן: פעיתא היא דא, ואין לה אלא דמי עצים בלבד".

---

[144] כמבואר במסכת סנהדרין דף ה עמוד א: "ואם היה מומחה לרבים - דן אפילו יחידי. אמר רב נחמן: כגון אנא דן דיני ממונות ביחידי". וכן מובא במסכת בבא קמא דף צו עמוד ב: "לא אמינא לך: כי יתיבנא בדינא לא תימא לי מידי? דאמר הונא חברין עלאי: אנא ושבור מלכא אחי בדינא". (רב נחמן אמר לרבא: כבר אמרתי לך, שכאשר אני יושב בדין - אל תקשה עלי, כי רב הונא חברינו אמר עלי שאני ושמואל {שמואל כונה בשם שבור המלך, כי הלכה כשמואל בדיני, ופסיקותיו בדיני ממונות כמו של שבור המלך, וגם רב נחמן כמו שמואל אחיו לדין, כך שאין להקשות על פסיקותיהם).

הגמ' במסכת בכורות דף מט עמוד ב כתבה על פסיקותיו של שמואל: "דקיימא לן כרב באיסורי **וכשמואל בדיני**, ובמסכת כתובות דף יג עמוד א הגמ' כתבה על פסיקותיו של רב נחמן: "הלכתא **כרב נחמן בדיני**".

"אמר רבינא: האי כשורא דמטללתא דגזולה, עבדי ליה רבנן תקנתא משום תקנת מריש". (הגוזל קורה, ובנה עמה את סוכתו - הגזלן אינו חייב לפרק את הסוכה ולהחזיר את הקורה לבעליה, אלא מחזיר לבעלים את סכום הכסף ששווה הקורה, שכן חכמים החילו את תקנת השבים גם בהלכות סוכה, למרות שאין הפסד גדול לגזלן לפרק את סוכתו, בכ"ז אנו אומרים שבכל שבעת ימי החג, הסוכה נחשבת כבניין קבוע, שהמצווה גורמת לסוכה להיות קבועה, וחל עליו תקנת השבים).

"...הני מילי - בגו שבעה, אבל לבתר שבעה - הדר בעיניה. ואי חברו בטינא, ואפילו לאחר שבעה נמי - יהיב ליה דמי". (רק בתוך שבעת ימי החג, הגזלן אינו מחויב להחזיר את הקורה עצמה, אבל לאחר החג, הגזלן מחויב לפרק את סוכתו, ולהחזיר את הקורה עצמה לבעליה, שכן לאחר החג, הסוכה נחשבת כבניין עראי שלא חל בו תקנת השבים. אומנם אם חיבר את הקורה בטיט, נמצא שעשה את הסוכה כבניין קבע, וחל על הסוכה תקנת השבים, כך שהגזלן אינו מחויב לפרק את הסוכה, אלא יכול להחזיר רק את דמי הקורה).

רש"י (ד"ה אבל) הקשה: בדף ט עמוד א מבואר שסוכה גזולה פסולה, אך מדברי הגמ' כאן אנו רואים שסוכה גזולה כשרה (בסיפור עם הסוכה של הריש גלותא)? רש"י הסביר: אכן **הגוזל קרקע** ובנה עליה סוכה - הסוכה כשרה, כי קרקע לא נגזלת, כמו כן **הגוזל עצים** ובנה מהם סוכה - הסוכה כשרה בגלל תקנת מריש, ומתי אנו אומרים סוכה גזולה פסולה? **בגוזל סוכה שלמה** שנמצאת על ספינה או על עגלה, שאם גזל סוכה שנמצאת על רכב - יכול להחזיר את הרכב עם הסוכה, לכך אין כאן תקנת מריש והסוכה פסולה.

**ב- תקנת השבים בקרקע**

**הרמב"ם** (הלכות גניבה פרק ז הלכה יא) כתב: אדם הבונה בגבול חברו בארץ ישראל, עובר על שני לאווין: א)- לא תגנוב או לא תגזול. ב)- לא תסיג גבול רעך. אומנם **הטור** לא הזכיר את העבירה של לא תגנוב, בגלל שקרקע אינה נגזלת. הסמ"ע בס"ק ב העיר: גם לדעת הטור, "עבירה היא בידו", (אך אין לאו). המחבר בסימן שעו סעיף א פסק כדעת הרמב"ם.

הסמ"ג (לאוין סימן קנג) כתב: "כתוב בפרשת שופטים (דברים יט, יד) לא תשיג גבול רעך אשר גבלו ראשונים בנחלתך אשר תנחל, ותניא בספרי (שופטים פיסקא מה) מה תלמוד לומר, אם בפרהסיא - הרי כבר נאמר לא תגזול, ואם בסתר - הרי כבר נאמר לא תגנובו? הא למדת שהעוקר תחומו של חבירו בארץ ישראל - עובר בשני לאוין, **ואינו עובר על לאו זה דלא תשיג אלא בארץ ישראל בלבד** שנאמר בנחלתך אשר תנחל".

הבית יוסף כתב בסימן שעא סעיף ב בשם רבנו ירוחם (נתיב לא ח"ו): "משיג גבול, ובונה הכותל בשל חבירו, והכניס מהקרקע בתוך שלו, ובנה על אותו כותל בנינים גדולים - חייב לסתור הכל, שלא עשו תקנת השבים בקרקע. וכן כתבו הגאונים בתשובה". וכן כתב הדרכי משה בסימן שסו ס"ק א, ופסק זאת ברמ"א בסימן שס סעיף א.

מכאן אנו למדים, שרק **בגונב קורה** חכמים תקנו את תקנת מריש, שישלם פיצויים לנגזל ולא יחזיר את הקורה, אבל **בגוזל קרקע -** אין תקנת מריש, כך שעל הגזלן להחזיר לנגזל את הקרקע ולא יכול לומר אשלם לו פיצויים ולא אחזיר את הקרקע, לכן אפ' אם הגזלן בנה בניינים על הקרקע - עליו לשבור את הבניינים ולהחזיר את הקרקע לנגזל.

הסמ"ע בס"ק ו ביאר את פסק הרמ"א, שלא עשו תקנת השבים בקרקע: מכיוון שהקרקע היא דבר קבוע ועומד, היה על הקונה לדעת שהוא שייך לנגזל, ולא היה לו לקנותו.

הט"ז כתב: דברי הסמ"ע אין להם ביאור, שכן הטעם שלא עשו תקנת השבים בקרקע, הוא מכיוון **שקרקע** אינה נגזלת, לכן לא עשו בזה תקנה, שהרי בסופו של דבר קרקע תשוב לבעליה, שהרי מצויים הם בעלי זרוע ליפול, (כלשון הירושלמי מס' שביעית פרק י הלכה א, והמחבר בסימן קיא סעיף יג), **משא"כ במיטלטלין** שבהם תיקנו חכמים תקנת השבים, שכן יש לחוש שמא החפץ ישרף או ירקב, ונמצא הנגזל מופסד לגמרי, שלא יהיה מה להשיב לו, לכן חכמים תיקנו שיחזיר את סכום שווי החפץ הגזול.

וכן מובא בבאר היטב: דברי הסמ"ע משוללים הבנה, ובשגגה התחלף לו בין תקנת השבים לתקנת השוק.

הפתחי תשובה בס"ק א כתב בשם הלבוש טעם אחר, מדוע אין תקנת השבים בקרקע: כל הטעם שחכמים תיקנו תקנה זו, הוא רק בכדי שהגזלנים לא יעלימו עין ממה שגזלו, ויחששו לעשות תשובה, אבל בקרקע לא שייך טעם זה, שכן לא ניתן להעלים קרקע.

הפתחי תשובה כתב בשם **המבי"ט** (חלק ג סימן קמג): פועלים שחרגו ונכנסו לשטח חברו, ללא ידיעת בעה"ב - יש בזה תקנת השבים, וישלם לבעל הקרקע את שווי הקרקע עליה בנו את החריגה, הטעם לכך הוא שבעה"ב לא ידע מהחריגה של הפועלים, שהוא לא צווה עליהם לבנות כך, אלא הפועלים מעצמם בנו ונכנסו לשטח שאינו שייך להם, במקרה זה אנו אומרים מכיוון שהבעלים לא עברו על 'לא תשיג גבול רעיך' - מחילים עליו את תקנת השוק. אומנם **המשנה למלך** (הלכות גניבה פרק ז הלכה יא) חלק וכתב שאף במקרה זה לא מחילים עליו את תקנת השבים.

הפתחי תשובה עוד כתב בשם שער משפט (ס"ק א): הגמ' במסכת בבא קמא דף פ עמוד ב הביאה עשר תקנות שתיקן יהושע. הגמ' בדף פא עמוד ב שאלה: מדוע הגמ' לא ציינה גם את התקנה הבאה: "והא איכא דר' ישמעאל בנו של ר' יוחנן בן ברוקה! דתניא, רבי ישמעאל בנו של ר' יוחנן בן ברוקה אומר: תנאי ב"ד הוא, שיהא זה יורד לתוך שדה חבירו וקוצץ שוכו של חבירו להציל נחיל שלו, ונותן לו דמי שוכו של חבירו". אדם שיש לו כוורת דבורים, והדבורה עם הדבורים עברה מהכוורת לענף עץ בשדה חבירו - רשאי בעל הכוורת לחתוך את הענף ולהחזיר את הדבורים לכוורת, ולפייס את בעל העץ בשווי ענף, כי שווי ענף הוא נמוך, אך שווי נחיל דבורים הוא גבוה[145].

[145] הגמ' ענתה: תקנה זו הובאה ע"י רב יחידי (ר' ישמעאל בנו של ר' יוחנן בן ברוקה), וחכמים חולקים עליו, לכן תקנה זו לא הובאה בברייתא.

מכאן ניתן ללמוד, כאשר נגרם נזק בתום לב, כגון נחיל דבורים שהתנחל בעץ חברו, והנזק שנגרם לבעל הנחיל גדול בצורה משמעותית מאשר הנזק שנגרם לבעל הענף - יש לשלם פיצוי כספי לניזק ולא מעבר לכך, גם כאן אדם שבנה בתום לב בשטח חבירו, והנזק שייגרם לו בהריסת הבתים גדול לאין ערוך מהנזק שנגרם לבעל הקרקע - יש לשלם פיצוי כספי ולא לפנות את בעל הדירה.

---

נחלקו הראשונים בפסיקת הלכה. **הרי"ף** (מס' ב"ק דף מא:) כתב: הלכה כחכמים ולא כרבי ישמעאל. גם הרמב"ם (הלכות נזקי ממון פרק ה הלכה ג) הביא את העשר תקנות שתיקן יהושע והשמיט תקנה זו, אבל **הרא"ש** (מס' ב"ק פרק י סימן טז) כתב: הלכה נפסקה כדעת רבי ישמעאל, שכן זה נהנה וזה לא חסר, שהרי הוא משלם על הענף, לכך כופים על מידת סדום.

הרמ"א בסימן רעד סעיף א כתב: "מי שהיה לו נחיל של דבורים ויצאו וישבו על אילן של חבירו - י"א דיכול לקוץ ענף כדי להציל נחילו ונותן דמי ענף לבעל האילן, (טור בשם אביו הרא"ש), ויש חולקין". (שם בשם הרי"ף והרמ"ה).

# תביעה בב"ד לאחר תביעה בערכאות

**המקרה:**

אדם תבע בעל מוסך בבית משפט לתביעות קטנות. (בעל המוסך לא תיקן את הגיר כמו שצריך, שיקר מספר פעמים בכל הנוגע למנוע ולמחיר הגיר, ולבסוף דרש תוספת גדולה במחיר בכדי לתקן את הרכב, למרות שהתקלה הייתה בתוך תקופת האחריות).

התובע לא היה מודע לאיסור לתבוע בערכאות, ותבע בתום לב את בעל המוסך. כעת עוד בטרם החלו הדיונים בבית המשפט הוא שמע מחבריו על איסור תביעה בערכאות, ובא לפני הבית דין בכדי לתבוע את בעל המוסך או לקבל אישור להמשך התביעה בבית המשפט.

**השאלות לבירור:**

א. האם בית הדין נזקק לשמוע אדם שתבע בערכאות?

ב. מתי בית הדין ייתן אישור לתבוע בערכאות?

ג. האם מותר לפנות לערכאות מדין עביד אינש דינא לנפשיה?

**א- פנייה לבית דין לאחר פנייה לערכאות**

נחלקו הפוסקים, האם הב"ד מחויבים לדון אדם שפנה לערכאות, ולאחר שהם חייבו אותו, רוצה התובע לחזור בו, ולדון בבית דין ע"פ דיני התורה. **מהרי"ק** (שורש קנד) כתב: אין הבית דין נזקקים לדון אותו, אבל מדברי **המרדכי** (מס' ב"ק סימן קצה) משמע שהבית דין נזקקים לו. הרמ"א בסימן כו סעיף א הביא את שתי השיטות, ופסק כדברי מהרי"ק שבית הדין לא נזקק לתביעה של אדם שפנה קודם לערכאות.

המחבר בשו"ע לא התייחס לדין זה, אבל בבית יוסף הביא את שתי הדעות. החקרי לב (חו"מ ח"ב סימן נג) כתב: הבית יוסף פסק כדעת המרדכי ולא כדעת מהרי"ק. שהרי הבית יוסף לפני שהביא את דברי מהרי"ק כתב: "היה נראה לומר", ולאחר מכן הביא את דברי המרדכי בצורה חדה: "אבל לא משמע כן בההוא עובדא שהביא המרדכי" - משמע שהבית יוסף פסק כדעת המרדכי, כך שעל הבית דין להזדקק לתביעה זו.

וכך כתב מרן הראשון לציון ביביע אומר (חלק ז - חושן משפט סימן ה): "ולפי מסקנת מרן הב"י, נראה שאע"פ שעשה שלא כהוגן ותבע את חבירו בערכאות - נזקקים לו".

הנתיבות בס"ק ב כתב בשם התומים (ס"ק ב) שני טעמים מדוע לשיטת מהרי"ק, הב"ד אינם יכולים לדונו: א)- אנו מחשיבים את הערכאות כאילו התובע **קיבל עליו קרוב או פסול**, ואין הוא יכול לחזור בו אחר גמר דין. ב)- משום **קנס**, שהלך לדון בערכאות[146].

הנפקא מינה בין שני הטעמים: תובע שהתחייב בערכאות בגלל שהשופט קיבל שוחד. לפי הטעם הראשון - הב"ד נזקקים לו, שכן גם בתובע המקבל עליו קרוב או פסול, במידה והם טעו - חוזר הדין. אבל לפי הטעם השני, הב"ד כלל לא נזקקים לו, שבכל מקרה חל הקנס שחכמים קנסוהו בכך שהלך לערכאות.

הנתיבות סיים: "ומדסתמו הפוסקים, משמע דהעיקר כטעם הב', ולעולם אין בי"ד נזקקין לו. **אבל אם הבעל דין בעצמו יודע שחייב לו על פי דין תורה - ודאי דצריך לשלם לו, ואפילו אם הוא מסופק - צריך לדון לפני דייני ישראל שלא יהיה ספק גזל תחת ידו**". (מכאן ניתן ללמוד, אדם שלא בטוח האם חייב מעות לחברו - עליו לוודא זאת בדין תורה).

צריך לציין, התומים עצמו נשאר בצ"ע על הרמ"א, (נראה שהתומים פסק כדעת המרדכי שהב"ד נזקקים לו), כי אין מקור לחדש קנס ולהפקיר את ממון התובע.

כסף הקדשים (על סעיף א) הביא הסבר שלישי מדוע הבית דין לא נזקק לתביעתו: לאחר שהתובע פנה לערכאות והם פסקו את הדין - יש **מחילה וייאוש** על התביעה, וזהו בחינה של תוא, כמבואר במסכת ב"ק בדף קיז עמוד א על הפסוק בישעיהו (פרק נא פסוק כ): "בניך עולפו, (בני ירושלים התעלפו מהרעב ומהצמא), שכבו בראש כל חוצות, כתוא מכמר" (הם שכבו כמו שתאו שוכב במלכודת שלו, שאינו יכול לזוז ובסופו של דבר הוא מת במלכודת). מה תוא זה כיון שנפל במכמר - אין מרחמין עליו, **אף ממון של ישראל, כיון שנפל ביד עובדי כוכבים - אין מרחמין עליו**".

כסף הקדשים הביא הסבר רביעי: אדם שתובע בערכאות של גויים ללא רשות מהבית דין, נחשב **"לנטייה מהאמונה הנכונה"**, כפי שמובא בתהילים (פרק קיט פסוק ל): "דֶּרֶךְ אֱמוּנָה בָּחָרְתִּי, מִשְׁפָּטֶיךָ שִׁוִּיתִי - **שלעם בני ישראל המצווה לדון במשפטים שהודיע לנו השי"ת, ולא במשפטים שעל פי שכל האנושי**". אדם שהלך לערכאות הוא עצמו חרץ את דינו, "כֵּן מִשְׁפָּטֶךָ אַתָּה חָרָצְתָּ". (מלכים א פרק כ פסוק מ).

---

[146] כך כתב התומים: "ואמת חשבתי כי בשביל כך אין נזקקים לו, לא בשביל שנתרצה לדיני אומות העולם, רק **הואיל והלך חשכים וקלקל מעשיו לדון בדיני אומות העולם ולא טוב עשה בעמיו - אין אנו אחראין לשמוע בקולו**, וכי אנו אחראין לרשעים המבזים דין תורה ומייקרים שם ע"ז. ועשיתי לזה סמוכים מדברי גמרא ב"ק דף צ"ב (ע"ב) מנא הך מילתא קרית חברך ולא ענך רמי עליו גודא רבה דכתיב (יחזקאל כד יג) יען טהרתיך ולא טהרת מטומאתך לא תטהרי עוד, עכ"ל. ופירשו המפרשים (רא"ש שם סי' יז) דמי שמסרב לילך בדיני ישראל דמותר לילך עמו בדיני אומות העולם, והדבר דחוק קצת, דמה צורך לראיה מהך פסוק, הלא כל פסוקי תנ"ך מלאים מזה: באשר לא שמעו לקול שרי ישראל נביאיה ושופטיה, באו עליהם נכרים ויבוזו חילם ואויביהם פלילים, ולמה בחר הגמרא בהך קרא? אלא י"ל כמש"כ קרית חברך לילך לדין תורה ומיאן, הפל עליו גודא רבה **לבלי שמוע בקולו אף שיחזור וירצה לשמוע בקול ד"ת**, אין שומע ומחיצה של ברזל מפסקת וגבה טורו, וע"ז מביא ראיה מפסוק יען טהרתיך וכו' לא תטהרי עוד ואפס תקוה, וכן בזה אין להזקק לטהרתו וחרטתו".

הנתיבות בס"ק א כתב בשם מהר"ם מריזבורק (עמ' קע"ד): מדובר באדם שתבע את חברו בערכאות על חבלות וכד', והערכאות כבר נתנו את הפסק דין, ובשלב זה התובע מבקש לדון בבית דין, כאן אנו אומרים שהבית דין לא יזדקק לתביעתו, "ולזה כתב הסמ"ע סק"ז דהוא הדין בדיני ממונות וכבר שילם וכו', **דכיון שכבר נעשה מעשה על פי העכו"ם - אין דנין אותו שנית**".

כאן עוד לא נערך דיון בבית משפט, וודאי שלא ניתן כל פסק, ולא נעשה מעשה מצד הערכאות, כך שיש לומר שכל הקנס שחכמים קבעו כלפי מי שהלך לערכאות הוא רק לתובע שכבר הפסיד בדין ורוצה לנסות לתקן בבית הדין, אך כל עוד שלא נערך דיון ולא התקבלה החלטה - יכול התובע לחזור בו ולדון בבית הדין.

כך כתב מהרי"ל דיסקין (פסקים סימן כ): הגשת כתב תביעה לערכאות ללא דיון בפועל - לא נחשב כמו הליכה לערכאות, כי "אין זה אלא דיבורא בעלמא", רק כאשר יש דיון והחלטה בערכאות - הבית דין לא יזדקק לתביעתו.

מעבר לכך, התובע תבע בתום לב בערכאות, הוא כלל לא היה מודע לאיסור פנייה לערכאות, ברגע שהוא שמע על האיסור הוא מיד תבע את בעל המוסך בבית הדין, במציאות זו שהתובע לא חשב שעובר על איסור, ועושה מעשה של תשובה בכך שפונה לבית הדין - לא קונסים את התובע והבית דין נזקקים לתביעתו.

לאחר זמן ראיתי שכך כתב מרן הראשון לציון ביביע אומר (חלק ז - חושן משפט סימן ה): "ובאמת דהאידנא לאו כ"ע דינא גמירי, בחושבם שאין דין ערכאות על בתי המשפט החילוניים, מכיון שהם יהודים, ודינא דמלכותא דינא, ורק יחידי סגולה יודעים האמת שדין בתי המשפט כערכאות של גוים. לפיכך מכל הטעמים הנ"ל אנו מקבלים את הערעור של האשה, ומחזירים את התיק לבית הדין האיזורי שידון ויפסוק בדבר בקשת האשה למזונות". (למרות שהאישה תבעה בערכאת - פסק מרן שהבית דין יחזור וידון בטענותיה).

**ב- נתבע שאינו מוכן לדון בדין תורה**

הגמ' במסכת בבא קמא דף צב עמוד ב כותבת: "אמר ליה רבא לרבה בר מרי, מנא הא מילתא דאמרי אינשי: קרית חברך ולא ענך, רמי גודא רבה שדי ביה"? (המוכיח את חברו והוא אינו עונה לדברי התוכחה - יכול המוכיח להפיל עליו כותל, דהיינו יכול המוכיח לתת לו ליפול בחטאו).

"א"ל: יען טהרתיך (עם ישראל), ולא טהרת מטומאתך, (לא שמעת לתוכחות הנביאים) - לא תטהרי עוד". (המצודת דוד {יחזקאל פרק כד פסוק יג} ביאר: "בעבור שאני הייתי מחזר לטהר אותך, כי שלחתי הנביאים להחזירך למוטב, ועכ"ז לא טהרת מטומאתך ולא שבת אלי, א"כ בודאי לא תטהרי עוד, עד אשר אניח את חמתי בך לפרוע ממך, ובזה תהיה מוטהר וממורק מן העוון").

הרא"ש (סימן יז) הביא את דברי רב פלטוי, שלמד מדברי גמ' זו, שאם הנתבע מסרב לדון בדין תורה - ניתן לתובעו בערכאות.

הרמב"ם (הלכות סנהדרין פרק כו הלכה ז) כתב: "היתה יד העכו"ם תקיפה, **ובעל דינו אלם** ואינו יכול להוציא ממנו בדייני ישראל - יתבענו לדייני ישראל תחלה, אם לא רצה לבא - נוטל רשות מבית דין, ומציל בדיני עכו"ם מיד בעל דינו. וכ"פ הטור והמחבר בסימן כו סעיף ב.

בעל התרומות (ח"א סי' ג): כתב: רבנו שרירא גאון היה מתרה התראה מפורסמת למי שלא רוצה לבוא לדין תורה, ואם בכ"ז לא מגיע - היה מאשר לתבוע בערכאות. בעל התרומות הוסיף: "ומנהג שלנו לעכב ג' פעמים בבית הכנסת ואח"כ מתירין לו".

בהגהות והערות על הבית יוסף בס"ק ד הסביר: התובע ניסה להוכיח את הנתבע בבית דין, אך הנתבע סירב לדון בבית דין, ולכך יכול כעת התובע להפיל עליו כותל, דהיינו לתובעו בערכאות, ושם יתכן והנתבע יצטרך לשלם יותר, מאשר היה משלם אילו היה בא לידון בבית דין.

מכאן למד **המשפטי שמואל**: ניתן לתבוע בערכאות גם אם לא ישפטו כפי שדין תורה היה דן. אומנם מדברי **הנתיבות** בס"ק ג משמע, שהב"ד נותנים אישור לתבוע בערכאות רק כאשר יש להם ידיעה ברורה שהדין עם התובע, כגון שיש לתובע שטר המוכיח את טענתו, אבל אם הב"ד אינו בטוח בצדקת התובע - אסור לו לתבוע בערכאות, שיש איסור להוציא יותר מאשר היה יכול להוציא בדיני ישראל.

הרמב"ם (הלכות סנהדרין פרק כו הלכה ז) כתב: נתבע שמסרב לדון בבית דין - ייטול רשות מהבית דין ויוכל לתובעו בערכאות.

בשו"ת לחם רב (סימן פח) מובא: הב"ד נותנים רשות לתובע לתבוע בערכאות, גם בלי בדיקה האם התובע צודק. (בניגוד לדברי הנתיבות).

וכ"פ האמרי בינה (דיני דיינים סימן כז): "נותנין בכל ב"ד רשות ללכת בערכאות נגד המסרב. דאם לא כן לא שבקת חיי, וכל אחד שיש לו דין ודברים עם חברו, אם אינו ידוע להבית דין מחוב ברור, יפסיד את שלו... וא"כ הלה יאכל וחדי". וכ"פ הערך שי (סימן כו).

בהגהות והערות על דברי הבית יוסף בס"ק ו מובא: יש פוסקים שלמדו מדברי רב פלטוי, שניתן לתבוע אלם בערכאות גם ללא רשות מהבית דין, שאם ידוע שהוא מסרב לדון בבתי דין - יכול ישר לתובעו בערכאות ללא נטילת רשות, אבל רוב הפוסקים סבורים שניתן לתבוע בערכאות רק לאחר נטילת רשות, וכך גם מסבירים את דברי רב פלטוי.

בשו"ת מנחת יצחק (חלק ט סימן קנה) מובא: "ולהלכה למעשה יש ליקח רשות ב"ד, או כפי הנהוג אצלינו **לשלוח הזמנה א' במקום שלשה**, **ולהתרות שאם לא תבוא לדינא יותן להתובע רשות לילך בערכאות**, או אם הב"ד יחליטו שהיא בכלל אלם ולא ציית דינא - א"צ להזמינה לדין, אלא יותן בלא זה רשות לילך עמה בערכאות". מכאן ניתן ללמוד שרשאים הבית דין לכתוב בזימון במפורש שאם הנתבע לא יגיע לדיון - התובע יקבל אישור **מידי** לתביעה בערכאות.

החתם סופר (חו"מ סימן ג) כתב: כאשר התובע נוטל רשות מהבית דין לתבוע בערכאות - נחשבים הערכאות כשליחים של הב"ד, והפסק נחשב על שם הבית דין ולא על שם הערכאות.

כסף הקדשים (על סעיף ב) כתב: "מי שידוע עליו שיודע מאליו חיוב שלא לעשות עוולה והוא ממונה בעירו או שיש אומדנא שלא תועיל התביעה בבד"צ דעב"י, והוא אומדנא ידועה לרבים, ואולי די ע"י ידיעת שלושה בני אדם האומדנא, כמו שמועיל רשות מג' הדיוטות, כי ע"י ידיעה דתלתא - אין חשש לזות שפתיים כי עומד להתפרסם, דאפי' תלתא מציל מבחינת איסור לשון הרע... י"ל ששייך בזה מעין מה שאמרו חז"ל: חבר - אי"צ התראה, והגם שלא קיי"ל שם כן, מ"מ לגבי התראה לגבי משפט - י"ל דמועיל אומדנא כנ"ל".

לדעת כסף הקדשים, כאשר יש אומדנה ידועה לרבים, שהנתבע לא יבוא לדיון בבית הדין - ניתן לתובע באופן ישיר לערכאות, ואין צורך אישור מבית הדין.

הגאון רבי עקיבא איגר (שו"ת מהדורא תניינא סימן מט) כתב: "**בודאי פשוט דהמרא דאתרא כשר לדון בענינים שיש להיחיד עם הקהל בעניני מסים, אם אין לו נגיעת ממון, וכן המנהג פשוט**, ואולם מצד יחיד שדן, דכתב מעכ"ת כיון דצירף עמו ב' פרנסים הוי ב"ד של ג', י"ל דזהו רק במסרב שלא לעמוד כלל לדין תורה, אבל לא באומר רוצה אני לעמוד לדין בב"ד אחר, **זולת היכי דיש דיינים קבועים - אינו יכול לומר כן**". מבואר א"כ, שסירוב לדון אצל המרא דאתרא נחשב כסרבנות, וניתן לאשר תביעה בערכאות.

**ג- עביד אינש דינא לנפשיה בערכאות**

הדרכי משה בס"ק א כתב בשם **תרומת הדשן** (סימן שד): גם כאשר אומרים עביד אינש דינא לנפשיה - לא אומרים שניתן לעשות דין לעצמו באמצעות גויים, לכן אין היתר לפנייה לערכאות בגלל דין עביד אינש דינא לנפשיה. וכ"פ הרמ"א בסימן ד סעיף א.

המרדכי (מסכת ב"ק סימן קצג) כתב: למרות שלכתחילה אסור להוציא ממון באמצעות גוי, בכ"ז אם הוציא לא נקרא מוסר.

אבל מדברי **מהרי"ק** (סימן קסא) משמע שבמקרים בהם ניתן לאדם לעשות דין לעצמו, אין כל הבדל בין אם עושה את הדין בעצמו או אם עושה את הדין לעצמו באמצעות הגוי.

האורים בס"ק ה כתב: יש לחלק בין חפץ שנשאר בידי גוי, ובין גוי שמסייע להעביר את החפץ ליהודי. אם **החפץ יישאר ביד הגוי -** יש בכך איסור, כי אח"כ כמעט ואין דרך חזרה, יהיה מאוד קשה להוציא את החפץ מיד הגוי, אבל אם הגוי רק מסייע להוציא את החפץ, ובסופו של דבר **החפץ יגיע לידי היהודי** - מותר להסתייע ע"י גוי.

כסף הקדשים (על סעיף א) חידש (אך השאיר זאת בצ"ע): **ניתן לפנות לערכאות גם ללא אישור מהב"ד בכדי להציל את ממונו**. וכך כתב כסף הקדשים: "י"ל דלגבי **להציל את עצמו לעתיד שלא יגזלו ממנו - רשאי להציל גם ע"י ערכאות של גויים**, גם בלי רשות בדה"צ, גם אם אין נחוץ. וצריך לעיין עוד כעת היטב".

במקרה כאן, התובע תבע בבית משפט לתביעות קטנות בכדי להציל את ממונו. בעל המוסך איים על התובע שאם לא ישלם עוד 3,000 ש"ח הוא ישלח את רכבו לגריסה, כך שניתן במקרה זה להסתמך על דברי כסף הקדשים, ועביד אינש דינא לנפשיה בפנייה לערכאות בכדי להציל את ממונו.

**החלטה**: התובע מקבל אישור מבית הדין לתבוע בבית משפט.

# העברת כספי צדקה למטרה אחרת

**המקרה:**

תלמידי כיתה יא מהישיבה התיכונית במצפה יריחו, אספו (מיוזמתם) כספים, בכדי לארגן יום חסד לכ-200 ילדים יתומים. הכספים נועדו בכדי לממן את כל הפעילויות ביום חסד: מתנפחים, דוכני אוכל, דוכני משחק, הגרלות ענק, מופעי להטוטנים, חלוקת חולצות ומגנטים, ועוד מגוון רחב של פעילויות לאורך כל היום.

מטרתו של יום החסד היא להביא לישיבה ילדים יתומים ללא בית, ולתת להם לחוות חוויה שלא תישכח במהרה, וכל זה כמובן ללא עלות מצד הילדים.

לפני מספר שנים, לאחר מימון כל הפעילות, עדיין נותר סכום כסף עודף, והשאלה היא האם התלמידים יכולים להעביר את הכספים הנותרים לעמותות צדקה אחרות?

**תשובה:**

א. מי שאסף כספים עבור עמותה מסוימת, או עבור עניים מסוימים, ובמהלך אסיפת הכספים פורט והודגש **שהכספים יעברו לאותה עמותה או לעניים ספציפיים**, אוספי הכספים חשבו שיצטרכו להשתמש בכל הכספים, אך בפועל נותרו כספים - אסור להעביר את הכסף לעניים אחרים או לצורך מצווה אחרת, אלא יש להעביר את הכספים הנותרים לאותה עמותה.

ב. מי שאסף כספים **בצורה כללית לצורך חסד**, ובמהלך אסיפת הכספים לא פורט ולא הודגש לאן הכספים יעברו - מותר להעביר את הכסף לעניים אחרים או לצורך מצווה אחרת. במקרה כאן, התלמידים לא הדגישו שאוספים עבור בית יתומים מסוים, (כי לא ידעו עדיין אלו יתומים יזמינו), אלא אספו בצורה כללית ליום חסד, לכן ניתן להעביר את הכספים הנותרים לעמותת צדקה אחרת.

ג. בשני הסעיפים הנ"ל מדובר **שהתחילו** להשתמש עם הכספים עבור המצווה, ונותרו כספים, אך אם כספים נאספו, **ולפני שהתחילו להשתמש עם המעות השתנו הנסיבות** ואין עוד צורך בהעברת הכספים, (למשל אספו כספים לחולה והוא הבריא או אספו כספים לעני והוא העשיר) - יש להחזיר את הכספים לתורמים שנתנו את הכספים, ואם קשה לדעת מי תרם - יש לתת את הכספים למטרה דומה לשמה נאספו הכספים.

ד. בכל מקרה אסור להעביר את הכספים **לשימוש אישי.**

ה. החיד"א (ברכי יוסף יורה דעה סימן רנג) כתב בשם מהר"י עאייאש (שו"ת בית יהודה ח"ב סימן ט): מומלץ לתקן **שהגבאים יערכו תנאי עם המקבל ועם התורם** - שכל סכום עודף יועבר למטרת צדקה אחרת. לאור המלצה זו על התלמידים שאוספים את הצדקה להתנות, שהכספים שיוותרו - יועברו לעמותות צדקה אחרות. יש לציין זאת בפרוספקטים שמועברים לתורמים.

**השאלות לבירור:**

א. האם ניתן להעביר כספי צדקה לצרכים אחרים?

ב. דין קופה צדקה ציבורית?

ג. לא התחילו להשתמש עם הכספים והשתנו הנסיבות?

ד. אדם שחשב לתת צדקה האם חייב לתרום?

**א- העברת כספי צדקה לצרכים אחרים**

במשנה במסכת שקלים (פרק ב משנה ה) מובא: "מותר עניים - לעניים, מותר עני - לאותו עני". כלומר, כסף צדקה שיועד עבור כלל העניים - שייך לכלל העניים, אך כספים שיועדו לעני מסוים - יועברו רק לאותו עני כולל המותר. וכ"פ הרמב"ם (הלכות מתנות עניים פרק ט הלכה יח) והמחבר ביורה דעה סימן רנג סעיף ו.

הבית יוסף (יורה דעה סימן רנט) כתב בשם רבינו פרץ (הגהות הר"פ על תשב"ץ קטן סי' תו): "מיהו אם פירש הנותן העני למי יתן - אסור לשנותה לעולם". כלומר, אדם שאסף כספים עבור עני מסוים, או עבור עמותה מסוימת, ובשעת אסיפת הכספים אמר במפורש שאוסף את הכספים עבורם - אסור לו לשנות את ייעוד הכספים, וחייב לתת לאותם עניים או לאותה עמותה שהתחייב לתת לה.

הרמ"א (יורה דעה סימן רנו סעיף ד) כתב בשם מהר"י ווייל (סימן כו): "אם פירש הנותן ואמר שיתנו לעניי העיר או לעני פלוני - אין להם לשנות אפילו לתלמוד תורה". הש"ך (יורה דעה סימן רנו ס"ק י) ביאר: "דכיון שאמר לעניי העיר - מיד זכו בה אותם עניים, והוי כאלו בא הממון לידם".

במסכת ערכין דף ו עמוד א מובא: "ת"ר: סלע זו לצדקה, עד שלא באתה ליד גבאי - מותר לשנותה, משבאתה ליד גבאי - אסור לשנותה". נחלקו הראשונים בביאור הגמ':

א. **שיטת רש"י** (ד"ה לשנותה) - כל עוד שהכסף לא הגיע לידי הגבאי שאוסף את כספי הצדקה - ניתן להשתמש במעות ולאחר מכן להחזיר כסף אחר, אך אם הכסף כבר נמצא בידי הגבאי - אסור להשתמש בכספים הללו, כי אנו מחשיבים כאילו העניים כבר זכו במעות. כלומר מותר רק להלוות את הכסף ואח"כ להחזיר את הסכום שהשתמש לעניים שיועדו לקבל את המעות, אך כלל אין היתר לשנות ייעוד ולהעביר את המעות לצורך מצווה אחרת.

ב. **שיטת רבינו ברוך** (מובא בתוספות בדף ו עמוד ב ד"ה עד) - לא מדובר בהלוואה של המעות אלא בשינוי ייעוד. כל עוד שהמעות לא הגיעו לידי הגבאי - הוא רשאי לשנות את הייעוד המקורי ולהעביר את הכספים לצורך מצווה אחרת, אך אם הכספים כבר הגיעו לידי הגבאי - אסור לשנות את הייעוד המקורי.

ג. **שיטת הרא"ש** (מסכת בבא בתרא פרק א סימן כט) - גבאי צדקה תמיד יכול לשנות את הכספים לצורך מצווה חשובה יותר, אם אין מימון אחר גם לאחר שהכספים הגיעו לידו. וכ"פ השולחן ערוך ביורה דעה סימן רנט סעיף ב.

**ב- קופת צדקה ציבורית**

נחלקו הראשונים, האם לציבור יש דין שונה שיכולים הציבור לשנות את הייעוד של הכספים שנאספו בקופת צדקה ציבורית:

**שיטת רבנו תם** (מובא בתוספות מסכת ב"ב דף ח: ד"ה ולשנות') - אם מדובר בקופת צדקה ציבורית (כגון קופת צדקה של הישוב וכד') - יכולים נבחרי הציבור לשנות את הייעוד גם למטרות רשות עבור הרבים, גם אם אינן לצורך מצווה. התוס' סיימו: "לפיכך מותר לשנותה אפילו לדבר הרשות, ואפילו באה ליד הגבאי. וכן היה ר"ת נוהג לתת מעות הקופה לשומרי העיר, לפי שעל דעת בני העיר נותנים אותם". גם הרא"ש (שם) כתב כך: "והטעם, לפי שהמתנדב להביא ליד צבור - על דעת הצבור הוא מתנדבו".

הרמב"ם (הלכות מתנות עניים פרק ט הלכה ז) כתב: "רשאין בני העיר לעשות קופה תמחוי, ותמחוי קופה, **ולשנותן לכל מה שירצו מצרכי צבור**, ואף על פי שלא התנו כן בשעה שגבו[147]". וכ"פ המחבר ביורה דעה סימן רנג סעיף ו, ובסימן רנו סעיף ד.

**שיטת ר"י מיגאש** (מובא בראי"ש במסכת ב"ב פרק א סימן כט) - גם לציבור אין סמכות להעביר את כספי צדקה לצורך מטרות רשות אחרות, כל ההיתר שיש לציבור הוא רק להעביר את כספי הצדקה לצורך אחר של העניים. לדוגמא, אם אספו כספים עבור אוכל לעניים - ניתן לשנות ולקנות בגדים, אבל בכל מקרה הכספים צריכים להגיע לידי העניים.

שבט הלוי (חלק ט סימן רד) פסק כדעת הרמב"ם: "אכתוב בקיצור כדרכי, הנה לענין לשנות לצורך כיו"ב ע"י הגבאים ופרנסי צבור **בזה"ז ובמציאות שאנו חיים - יראה דאפילו לכתחלה מותר,** כיון דצרכים כאלה ממש אין פוסקים לצערינו, ובערים גדולים הוא שאלת יום יום, וכיון דנותנים ע"ד הגבאים, והם רואים צורך גדול יותר ליתן לחולה אחר או דבר קרוב לזה - הרשות בידם".

[147] וכן כתב הרמב"ם בפירוש המשניות (על המשנה במסכת שקלים פרק ב משנה ה): "וממה שאתה צריך לדעת, שגבאי צדקה **אם ראו שיש תועלת - ובתנאי שיהא לדעת כל אנשי העיר** - לשנות אלו המותרות **ולעשות בהם מה שירצו**, כגון שיוציאו מותר שבוים לענים, או מותר מתים לשבוים וכיוצא בזה - הרשות בידם, וכך נראה מתלמודינו. וגם בירושלמי אמרו במקום זה אין ממחין ביד פרנסין בכך. ואין הדין כן בכל אלו הדברים אלא כשאין צורך מכריח ולא הסכימו הזקנים ואנשי העיר לשנותן, אבל אם הסכימו - הולכין אחרי הסכמתם".

**ג- לא התחילו להשתמש עם הכספים והשתנו הנסיבות**

כל הדיון לעיל שייך במציאות בה כבר **התחילו להשתמש עם הכספים לצורך המצווה**, כגון שכבר רכשו מוצרים לנזקקים וכד', ולאחר שרכשו את המוצרים ראו שנותר כסף. כעת הדיון הוא במציאות בה כלל **לא התחילו להשתמש עם הכסף**, והנסיבות השתנו כך שאין צורך בהעברת הכספים, למשל אספו כספים עבור עני והוא העשיר, או אספו כספים עבור חולה והוא הבריא וכד'. נחלקו הראשונים מה עושים עם הכספים שנאספו.

לדעת **הרשב"א** (חלק ד סימן נה), הכספים שייכים למי שאספו עבורו, ואם הוא נפטר - הכספים עוברים ליורשיו. הרשב"א דן על כספים שנאספו לצורך מצוות פדיון שבויים, אך השבוי נפטר לפני שהספיקו לפדותו. הרשב"א למד מהמשנה במסכת שקלים (שם) שמותר שבוי לשבוי, כך שהשבוי כבר זכה בכספים, לפיכך יש להעביר את הכספים ליורשיו. הרשב"א הוסיף: "ותמה אני אם יש חולק בדבר הזה, דהא טעמא דמילתא משום דמשעת גובייתא - זכו לו גבאין... אלא שדברים פשוטים הם בעיני שינתנו ליורשים".

אבל לדעת **הרא"ש** (כלל לב סימן ו), יש להחזיר את הכספים לתורמים, ואם לא ניתן למוצאם יש לעשות מצווה דומה למטרה לשמה נאספו הכספים. הרא"ש הדגיש: המשנה במסכת שקלים דיברה על מציאות בה התחילו כבר לעשות את המצווה, ואז שייך לומר מותר שבוי לשבוי, אך אם כלל לא השתמשו עם המעות - אין זה בכלל מותר, ולכן יש להחזיר את הכספים למי שנתנם, כי יש אומדנה שהתורם לא תרם עבור היורשים אלא רק לצורך המצווה, ואם לא ניתן לעשות את המצווה - יש להחזיר את הכספים, ואם קשה לדעת מי התורמים - יתנו את הכספים למצווה דומה.

המחבר ביורה דעה סימן רנג סעיף ז הביא את שתי השיטות ופסק כדעת הרא"ש.

החתם סופר (חלק ב יורה דעה סימן רלז) שאל: מדוע יש חילוק בין התחילו להתעסק עם הכספים ללא התחילו, מדוע לא נאמר גם בדין לעיל, שאם התחילו להשתמש בכספים ונותרו כספים שיש להחזירם לתורמים, שהרי יש אומדנה שהתורם התכוון לתרום רק למצווה, ואם נותר כסף יש להחזיר לתורמים?

החתם סופר הסביר: כל הדין כאן הוא מכוח אומדנה, כלומר התורם נתן כספים רק לצורך המצווה ואם כלל לא נעשתה המצווה - יש להחזיר את הכספים לתורמים, כי יש אומדנה שהתורם התכוון לתת את הכסף לעני ולא ליורשיו, אך אם כבר התחילו להתעסק עם המצווה ורוב הכספים אכן עברו ונתנו לעניים, אנו אומרים שהמצווה נעשתה בשותפות מכספי כל התורמים, ומכיוון שהמצווה נעשתה אין אומדנה גדולה לומר שאת הנותר יש להחזיר באופן יחסי למי שנתן.

**ד- חשב או אמר לתת צדקה**

הגמ' במסכת שבועות דף כו עמוד ב כותבת: "אמר שמואל: גמר בלבו - צריך שיוציא בשפתיו, שנאמר: לבטא בשפתים". (אדם שחשב להישבע - השבועה לא חלה עד שיוציא בשפתיו, שכן בשבועה כתוב לבטא בשפתיים).

"מיתיבי: בשפתים - ולא בלב, גמר בלבו מנין (שהשבועה חלה)? ת"ל: **לכל** אשר יבטא האדם בשבועה".

"הא גופה קשיא, אמרת (בתחילת הברייתא): בשפתים - ולא בלב, והדר אמרת: גמר בלבו מנין? ...אמר רב ששת, תריץ ואימא הכי (כך תסביר את הרישא של הברייתא): בשפתים - ולא שגמר בלבו, להוציא פת חטין והוציא פת שעורין". (חשב להישבע שלא יאכל פת חיטים, ונשבע בטעות בפיו שלא יאכל פת שעורים - מותר לו לאכול פת שעורים, שכן זו שבועה בטעות. וכן מותר לו לאכול פת חיטים, שכן הוא לא רצה להישבע בלב אלא הוציא את שבועתו בפיו, ומכיוון שבפועל לא נשבע בפיו על חיטים - יכול לאכול חיטים).

"(כך צריך להסביר את הסיפא של הברייתא): גמר בלבו להוציא פת חטין והוציא פת סתם מנין (שהשבועה תקפה)? ת"ל: לכל אשר יבטא האדם". (התוס' {ד"ה גמר} כתבו: קיי"ל שדברים שבלב אינם דברים {מס' קידושין דף מט עמוד ב}, אך במידה ומחשבתו לא מכחישה את מעשיו, אנו אומרים דברים שבלב הוי דברים, כך שאמירתו שהוא נשבע לא לאכול פת, תוסבר ע"פ דבריו שבלב שהתכוון לפת חיטים, ולכן השבועה תקפה. אומנם לעולם נכונים דברי שמואל, ששבועה שבלב לא תקפה).

"מיתיבי: מוצא שפתיך תשמור ועשית - אין לי אלא שהוציא בשפתיו, (נדר בפיו להביא קרבן), גמר בלבו מנין? ת"ל: כל נדיב לב"? (חשב להביא תרומה לבית המקדש - מחשבתו מחייבת אותו, וגם אם חשב להביא קרבן - חייב להביא, א"כ נאמר שכך הדין גם בשבועה שתחול במחשבה).

"שאני התם, דכתיב: כל נדיב **לב**. וניגמר מינה? משום דהוו תרומה וקדשים שני כתובין הבאין כאחד, וכל שני כתובין הבאין כאחד אין מלמדין". (בתרומה למשכן כתוב: "כל נדיב **לב**", וכן בקרבנות כתוב: "וכל נדיב **לב** {הביא} עֹלות").

"הניחא למ"ד אין מלמדין, אלא למ"ד מלמדין מאי איכא למימר? הוו חולין וקדשים, וחולין מקדשים - לא גמרינן". (לא ניתן ללמוד שבועה שהיא חולין מקרבנות).

**הרא"ש** (כלל יג סימן א) נשאל: "אדם שקנה קרקע על דעת שיעשנו הקדש, ואחר כך נמלך ולא רצה להקדישו, אי אמרינן ביה: אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט". הרא"ש הביא את דברי הגמ' הנ"ל, ולאחר מכן הרא"ש כתב: "והאידנא, כל הקדש שלנו - חולין הוא, שאין עתה הקדש לבדק הבית, ואינו אלא צדקה, הילכך **צריך להוציא בשפתיו**. וכן אם אמר: 'קרקע זה, לכשאקננו יהא הקדש' - אינו כלום, דאין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם. אבל אם **אמר**: 'קרקע זה, לכשאקננו אקדישנו'; או אם **אמר**: ל'הקדש אתנהו' - הוי נדר עליו, וצריך לקיים את נדרו". וכ"פ הרמב"ם (הלכות מתנות עניים פרק ח הלכה א).

אומנם **המרדכי** (מס' ב"ב סימן תצא) כתב: אדם שחשב בליבו לתת צדקה - חייב לתת, למרות שהגמ' כתבה, שלא ניתן ללמוד מתרומה וקרבנות על חולין, בכ"ז מדברי רש"י נראה, שצדקה חשובה כמו נדרים ונדבות. וכ"פ מהרי"ק (שורש קסא ענפים ה-ז).

הרמ"א ביורה דעה סימן רנח סעיף יג, הביא את שתי הדעות, ופסק כמרדכי. המחבר בחושן משפט סימן ריב סעיף ח, הביא את דעת המרדכי בשם י"א, ואת שיטת הרא"ש בשם ויש מי שאומר. הרמ"א חזר ופסק כדברי המרדכי.

הקצות בסימן רנה ס"ק ב: "אמנם נראה בהקדשות שלנו - דלא הוי לא קדושת הגוף ולא קדושת בדק הבית אלא לעניים, וכבמואר בטור ושו"ע סימן צ"ה (סעיף א' ובסמ"ע ס"ק ח), ובנודר לעניים - לא אמרינן אמירה לגבוה כמסירה להדיוט ואינו עושה קנין, אלא דצריך לקיים נדרו ומשום דכתיב (דברים כג, כד) בפיך זו צדקה (ר"ה ו, א), א"כ לא עדיפא מנזירות דמהני חזרה תוך כדי דיבור, וזה ברור".

אבל הפתחי תשובה בסימן רנה ס"ק ג, כתב בשם שו"ת ושב הכהן (סימן יח): גם בצדקה אומרים אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט. הפתחי תשובה הפנה לדברים שכתב בסימן פז סעיף כה ס"ק כט, ובסימן ריב סעיף ז ס"ק ט, ובסימן רמג סעיף ב ס"ק א, ובסימן רנב סעיף ב ס"ק ב. הפתחי תשובה נשאר בצריך עיון".

מדברי **התוס'** במסכת בבא קמא בדף לו עמוד ב (ד"ה יד) משמע, שגם בצדקה אומרים אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט[148]. וכן מובא בהגהות אשרי (מס' ב"ב פרק ח סימן לח): "אם אומר חפץ פלוני אני נותן להקדש או לצדקה בכך וכך - אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, אף על פי ששוה יותר - אין יכול לחזור בו. אבל אם ההיא שעתא לא היה שוה יותר, ואח"כ הוקר - יכול לחזור בו, כיון שלא משכו ולא נתנו את הכסף. אך **הרשב"א** (חלק א סימן תקס"ג) כתב: לא אומרים בצדקה שאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט.

---

[148] הגמ' במסכת בבא קמא דף לו עמוד ב, סיפרה על אדם שהכה את חברו באוזן, והתחייב לשלם חצי זוז דמי בושת, הניזק לא רצה לקבל סכום כ"כ פעוט, ואמר שהוא נותן את הסכום לעניים, אך לאחר מכן התחרט ורצה לקחת את החצי זוז לקנות אוכל, רב יוסף אמר לו, שהעניים זכו בכסף זה, ואין הוא יכול להתחרט.

רש"י ביאר: הטעם שהניזק לא יכול לחזור בו, שכן רב יוסף היה גבאי הצדקה, נמצא שהניזק נתן את הכסף **במעמד שלושתם**. הניזק נחשב למלווה הנותן את המעות, ואומר למזיק שהוא כביכול הלווה: תשלם את המעות לעניים שהם המקבלים, ורב יוסף נחשב שליח המקבל.

התוס' (ד"ה יד) הקשו: מדוע הגמ' אמרה, שהעניים זכו במתנה, בגלל שרב יוסף הוא הגבאי, וקונה מדין מעמד שלושתם, הרי ניתן לתת הסבר אחר מדוע העניים קנו, שכן **אדם מתחייב לתת צדקה באמירה** ללא קניין, כפי שנלמד מדברי הגמ' במסכת ר"ה דף ו עמוד א: "בפיך זו צדקה"?

התוס' ענו: לא ניתן להקדיש דבר שלא בא לעולם, (כמו שלא ניתן להקנות דבר שלא בא לעולם), לכן גם לא ניתן לתת צדקה בדבר שלא בא לעולם. אומנם כתבו התוס': אילו היה משתמש בלשון של נדר - לא היה יכול לחזור בו, שכן אם אדם **חייב את עצמו** לתת צדקה - ההתחייבות מועילה, ורק אם אמר **תנו מעות** לצדקה - לא חייב לתת, שאין חיוב בדבר שלא בא לעולם.

הפתחי תשובה ביורה דעה סימן רנח ס"ק טו כתב בשם שו"ת דת אש (סימן יד): אין חיוב לתת צדקה כאשר האדם רק חשב לתת צדקה. אבל אם אמר בפיו שרוצה לתת צדקה, אך לא נקב את הסכום כמה הוא רוצה לתת לצדקה - עליו לקיים את מה שחשב, שאם חשב על סכום מסוים - עליו לתת כפי מחשבתו.

# השביח בבניין משותף ורוצה לקזז מתשלום הוועד

**המקרה:**

משכיר דירה שהשביח בבניין המשותף, (תיקון בגג שמועיל לדיירי הבניין) - האם יכול לקזז מתשלום וועד הבית בצורה הבאה: המשכיר יאמר לשוכר להעביר את תשלום וועד הבית אליו ולא לוועד הבית, עד שיגיע לסכום ההשבחה שהשקיע בבניין המשותף.

וועד הבית טוען, שיכל לבצע את התיקון במחיר זול יותר, לפיכך הוא מסרב לשלם את מלוא העלות שהשקיע המשכיר, אך המשכיר טוען שביקש מספר פעמים מוועד הבית לתקן, ורק לאחר שנוכח לדעת שפניותיו לא נענו - הזמין את הבעל מקצוע.

**השאלות לבירור:**

א. מקור חיוב השכנים בהוצאות הבניין.

ב. על מי מוטל תשלום וועד הבית - על השוכר או על המשכיר?

ג. דייר שהזמין בעל מקצוע בלי לפנות לוועד הבית.

ד. האם המשכיר יכול לתפוס מכספי הוועד בית?

**א- חיוב השכנים בהוצאות הבניין**

במשנה במסכת בבא בתרא דף ז עמוד ב מובא: כופים על כל אחד מבני החצר לשלם עבור בניית דלת ובניית בית שער.

הרמב"ם (הלכות שכנים פרק ה הלכה א) הביא שני יסודות מתי ניתן לכפות על דיירי הבניין להשתתף בהוצאות: א)- כל הדברים שהחצר זקוקה להם **צורך גדול**, ב)- **כל דבר שנהגו בני המדינה לעשות.** במקרים אלו ניתן לכפות על הדיירים להשתתף בהוצאות. אבל מה שאינו צורך גדול - לא ניתן לכפות, ואם בנה אחד מדעתו, והשני גילה בדעתו שחפץ בכך - צריך לשלם. (מבואר בדין מקיף חברו משלוש רוחות, והניקף גדר את הרביעית - שמשלם על הכל, כמובא בדף ד עמוד ב). וכ"פ המחבר בסימן קסא סעיף א.

החיוב בתשלום לוועד הבית מעבר לדין נהנה - הוא גם **מדין שותפים**, שהרי כל דיירי הבית שותפים בבניין, ומדין שותפים יש לחלק את כל ההוצאות שווה בשווה. במקרה כאן ההשבחה של התובע עומדת בשני הקריטריונים שהציב הרמב"ם: א)- התובע תיקן בגג תיקון שיש לו צורך גדול, ב)- זהו תיקון שנהוג לעשות בבניין משותף, כך שכל דיירי הבניין צריכים להשתתף בתשלום הוצאה זו.

הנתיבות בסימן קעח ס"ק ג כתב: "**ואפילו בשנים שאינן שותפין, כל שיש דבר שהוא מוכרח לשניהן ואין האחד רוצה לעשותו - יכול השני לכפותו**. וראיה לזה, מהא דבני העיר כופין זה את זה לבנות חומה ושאר דברים הנצרכים (סימן קסג סעיף א), וכן בני מבוי ובני חצר המבוארים בהלכות נזקי שכנים (סימן קסב סעיף א וסימן קסא סעיף א), וכן בסימן קסג סעיף ו' בהג"ה שכתב דכל בני עיירות שיש לחוש שגם עליהן יעבור דצריכין ליתן".

"...**המוכרח לשניהן - באמת כופין זה את זה**, דבהדיא תנן (תוספתא ב"מ פי"א ה"י) דכופין בני בקעה זה את זה לעשות חריץ ובן חריץ, **אלמא דכל דבר המוכרח לשניהן, וא"א להאחד לתקן לעצמו עד שיתוקן ג"כ חלק האחר - מחויב האחר ליתן חלקו**".

לאחר שהתובע השביח את הנכס המשותף - מוטל חיוב לשלם על השכנים, וכפי שכתב הנתיבות בסימן רסד ס"ק ו: "**כיון דאי אפשר להינצל בלי הוצאות - ממילא כל אחד יכול לכוף את חבירו ליתן**... שכך הדין בכל מקום כשהדבר צריך לשניהם, ואי אפשר לאחד לתקן הדבר מבלי חבירו, שכופין זה את זה".

לפי החוק (תקנון המצוי סעיף 3): כל השכנים חייבים להשתתף בתשלום זיפות הגג. מדברי המשנה במסכת בבא בתרא דף ב עמוד א משמע, שבשותפים יש ללכת אחר מנהג המדינה, כך שיש ללכת ע"פ חוק זה שנחשב למנהג מדינה.

בנוסף, ברוב החוזים כתוב שהבית המשותף יתנהל לפי חוק המקרקעין ולפי התקנון המצוי שהתווסף לחוק המקרקעין, כך שמעבר למנהג מדינה - ניתן לחייב ע"פ סעיף זה בחוזה **ככל תנאי שבממון**. (כל בית משותף יכול להתנהל ע"פ תקנון שקבע, ובמידה ולא נקבע תקנון - יש ללכת אחר התקנון המצוי).

**ב- על מי מוטל תשלום וועד הבית - על השוכר או על המשכיר?**

בתוספתא (מס' ב"מ פרק יא הלכה יז) מובא: "מי שיש לו בית בחצר אחרת - בני חצר אחרת משעבדין אותו לעשות עמהן דלת נגר ומנעול לחצר, ושאר כל הדברים - אין יכולין לכופו. **אם היה שרוי עמהן באותה חצר - משעבדין אותו על הכל**".

הרי"ף (דף ה.) כתב: מי שיש לו בית בחצר, אך אינו גר שם - עדיין חייב להשתתף בהוצאות על דלת ומנעול, אך אינו חייב להשתתף בהוצאות על בית שער. וכ"פ המחבר בסימן קסא סעיף ב.

הנתיבות בס"ק ג ביאר: בית שער נועד בכדי למנוע היזק ראייה, ומכיוון שהוא לא גר שם - לא צריך לשלם, אבל שאר הדברים שנצרכים לבית - עליו לשלם.

מכאן ניתן ללמוד, המשכיר צריך לשלם עבור הדברים הנצרכים **להחזקת הבניין**, (כגון שיפוצים איטום גג וכד'), אך לא צריך לשלם על **הוצאות שוטפות** שנובעות משימוש יומיומי. (כגון הוצאות חשמל וניקיון). את ההוצאות הגדולות שנועדו **לתחזק** את הבניין - המשכיר צריך לשלם, ואת ההוצאות **השוטפות** - השוכר צריך לשלם.

כאמור, חיוב תשלום וועד הבית הוא מדין שותפים, לכן **תשלום וועד הבית מוטל על בעל הדירה**, שהוא השותף בבניין, כך שגם אם בעל הדירה ישכיר את דירתו לאחר, עדיין חלה עליו אחריות לוודא שהתשלום יעבור לוועד, ואם השוכר לא שילם את דמי הוועד - ניתן לתבוע את בעל הדירה.

בדיני שותפים יש ללכת אחר מנהג המדינה, מכיוון שתחילת השותפות הייתה על דעת כך שילכו לפי מנהג המדינה. וכך מבואר במשנה במסכת בבא בתרא דף ב עמוד א כותבת: "**השותפין** שרצו לעשות מחיצה בחצר... - בונין. **הכל כמנהג המדינה**". וכ"פ המחבר בסימן קעו סעיף י: "המשתתף עם חבירו בסתם - לא ישנה ממנהג המדינה באותה סחורה".

לפי החוק (חוק המקרקעין סעיף 58), החיוב בתשלום הוועד מוטל על בעל הדירה. וע"פ דין תורה ניתן לחייב כאן כפי מנהג המדינה.

**ג- דייר שהזמין בעל מקצוע בלי לפנות לוועד הבית**

המחבר בסימן קעח סעיף ג כתב: "שותף שירד לשדה המשותף ועבדה - חשוב כיורד ברשות", כך שיכול כל דייר בבניין משותף להזמין בעל מקצוע ולתקן דבר ששייך לכל הדיירים, (כגון תיקון נזילה או סתימה בביוב). אומנם במידה ויש וועד בית - הם המוסמכים להזמין בעל מקצוע, ויש לפנות אליהם בכדי לתקן כל דבר שקשור לבניין. ואם דייר יזמין בעל מקצוע ללא התייעצות עם הוועד בית - דינו כיורד שלא ברשות.

וכך מוכח מדברי הרשב"א (חלק ג סימן שצד): "אומר אני: שמנהג המקומות בענייני אלו, איננו שוה בכל. לפי שיש מקומות, שכל עניניהם נוהגין על פי זקניהם ועל עצתם. ויש מקומות, שאפילו הרבים אינן רשאין לעשות דבר בלתי עצת כל הקהל ובהסכמת הכל. ויש מקומות, **שממנין עליהם אנשים ידועים לזמן, שיתנהג על פיהם בכל ענייניהם הכללים, והם אפוטרופין עליהן**. רואה אני, שאתם נוהגין כן, שאתה ממנים עליכם, קרוין: מוקדמין. וכל מקום שנהגו כן - פסלו כל השאר לדברים אלו ואלו, לבד מסכימין וטוענין צרכי צבור הכללים, ואלו הם שקראום חכמים: שבעה טובי העיר, כלומר: שמנו אותם על כללי עניני הצבור. ולפיכך אלו השלוחים, מצד שפרשו אותם העשירים, ואפילו היו רבים וגדולי עצה שבעדה, אם עשו שלא מדעת המוקדמין - לא עשו ולא כלום. **ולא עוד אלא, שלא נאמרו דברים: בשותף כיורד ברשות דמי,** בכיוצא בזה, ואין דמיון אחד כולל אותם עוד. **שאם כן, נתן הרשות ביד כל יחיד ויחיד מהצבור ולעשות מה שלבו חפץ בצרכי המדינה, ונמצאו כולם ביד כל היחידים**".

בפסקי דין-ירושלים (דיני ממונות א עמוד קצג) מובא: "**על התובע להביא ראיה לתביעותיו, כדין המוציא מחבירו שעליו הראיה,** שהוציא את מה שהוציא לצורך הבית המשותף ולא רק לצורך עצמו, ולהוכיח את המחיר בשוק לאותם תיקונים... על התובע להוכיח כמה הוציא, ושהוציא לצורך השכנים ולא לצורך עצמו, ובתקן **ובמחיר הנהוגים במדינה**".

אך נראה, שאם הדייר ביקש מספר פעמים מוועד הבית לתקן דבר נצרך והכרחי לבניין (כגון תיקון זיפות בגג), ורק לאחר שנוכח לדעת שפניותיו לא נענו - הזמין את הבעל מקצוע במחיר סביר המקובל בשוק - דינו כיורד ברשות, ועל הוועד להשתתף עמו בתשלום.

בפסק דין בבית דין בירושלים מדובר על דייר שתיקן דבר לצורך עצמו, כך שהיה עליו להביא ראייה שאכן התיקון מועיל לכלל דיירי הבניין, אך במקרה כאן אין ספק שהתיקון נועד עבור כלל דיירי הבניין, לפיכך יש לראות את המשכיר כיורד ברשות ועל דיירי הבניין להשתתף עמו בתשלום ההשבחה. כ"ז בתנאי שהתובע לקח בעל מקצוע במחיר המקובל בשוק.

גם אם נאמר שיש לראות בתובע כיורד שלא ברשות - עדיין על דיירי הבניין לשלם לו על כל הוצאותיו, שכן הם נהנים מההשבחה, וכדבריו המפורסמים של החזון איש (ב"ב סימן ב ס"ק ג), שבמידה ויש אומדנה שהשכנים נהנים מההשבחה - אין הם יכולים לומר טול נטיעותיך וצא, אלא לכו"ע יש חיוב לשלם עבור ההשבחה.

ניתן לצרף את דברי הנתיבות (סימן רלה ס"ק טז) שכתב בשם מהר"א ששון (סימנים קיז ורכד): **היורד שלא ברשות בתום לב** - דין המשפץ כדין יורד ברשות, כך שעל השכנים לשלם למשביח את כל הסכום שהשקיע ויד המשביח על העליונה.

הרב יהודה בן הרא"ש (שו"ת זכרון יהודה סי' פ) כתב: המשפץ את בית חברו - בעל הבית צריך לשלם רק על שיפוץ הכרחי וחיוני שבוודאות בעל הבית היה עושה, אבל שיפוץ לא חיוני, שניתן להסתדר גם בלעדיו, כגון צביעת הבית - לא צריך לשלם. וכ"פ הרמ"א בסימן שעה סעיף ז.

ערוך השולחן (סעיף יב) סיכם: "וכלל הדברים כן הוא, שבכל דבר שאדם עושה לחבירו שלא ברשותו של בעה"ב, בין שהיה בעיר ולא מיחה בו, ובין שלא היה בעיר - רואין הב"ד אם דבר זה היה הבעה"ב **מוכרח לעשות** - שמין לו וידו על העליונה, דנהי דירד שלא ברשות מ"מ הרי עשה לו טובה ולמה יפסיד, אבל **דבר שאינו הכרח** לעשותו, או שהבעה"ב לפי מצבו **אין ביכלתו להוציא הוצאות כאלו** (כגון ששיפץ בחומרים יקרים) - א"צ לשלם לו ויכול לומר לו טול מה שעשית ולך. וכן נראה עיקר לדינא. וכ"ז כשלא מיחה בו הבעה"ב מקודם, אבל **אם מיחה בו** ואמר שאינו רוצה שיבננה או יתקננה - הפסיד בכל ענין זה היורד, דזה שאמרו חז"ל דיורד שלא ברשות שמין לו - זהו בסתמא, אבל לא כשמיחה בפירוש". השיפוץ של התובע בגג זהו שיפוץ שיש הכרח לעשותו, לכן ידו על העליונה ועל השכנים להשתתף בהוצאות הללו.

**ד- האם המשכיר יכול לתפוס מכספי הוועד בית?**

לפי החוק (סעיף 58 לחוק המקרקעין), "בעל דירה חייב להשתתף בהוצאות הדרושות להחזקתו התקינה, ולניהולו של הרכוש המשותף, ולהבטחת השירותים המחוייבים על פי דין, או המקובלים על פי הנוהג". מכאן שכל בעל דירה מחויב בתשלום שקבעו דיירי הבניין. תשלום זה לא ניתן לקיזוז בגלל תביעות אחרות.

ע"פ פסיקת בית המשפט, דייר בבית משותף לא יכול לקזז תשלום וועד בתמורה לעבודות שעשה בבניין, אא"כ יש לכך הסכמה מפורשת של דיירי הבניין או של וועד הבניין.

פסיקה זו כוחה יפה במקום בו רוב דיירי הבניין רכשו את דירותיהם על סמך קביעת החוק ופרשנות בית המשפט, במקום בו חל מנהג מדינה יש לקבל את הפסיקה כמחייבת, כי כל דיירי הבניין באו לגור על דעת הכי, כך שיש שעבוד לשלם את ההוצאות של הבניין, אבל במקום שרוב הדיירים הולכים ע"פ דין תורה, ואין מנהג מדינה ברור בכל הנוגע לקיזוז תשלום מוועד הבית - יש ביד המשביח לתפוס מתשלום הוועד בכדי לקזז השבחה שהיא הכרחית לבניין.

אומנם ע"פ דין תורה, יכול התובע להחזיק בחוב ברור (חוב שאיננו הלוואה). וכך מובא בשו"ת **רב פעלים** (חלק ג - חושן משפט סימן ה): גם לדעת המרדכי[149], אם תופס מעות אחרות ולא את אותן המעות שגזלו ממנו - אין בכך בעיה, כי אין הבדל בין מעות למעות.

הסמ"ע בסימן עה ס"ק מט כתב: גם בטענת ספק אם יש רגלים לדבר - מועילה תפיסה. וכן מובא בשו"ת שבות יעקב[150] (חלק ב סימן קסח).

היד רמ"ה (מסכת בבא בתרא דף ז עמוד ב) כתב: "ואי אמר לא ניחא לי מאגריהו ולא בצעריהו (לשכנים לא אכפת מצערו של הדייר בקומה העליונה שזקוק לזיפות הגג), דינא הוא דנחתי בני מאתא או בני חצר ואגרי ליה לבית או לחצר **ושקלי אגריהו עד דמשתלמי שיעור מאי דחזי ליה** למיתב בהדיהו בההוא חיובא ומסתלק".

**מסקנות**

א. דייר שתיקן בבית המשותף **תיקון הכרחי שנהוג לעשותו בבניין משותף** (שני תנאים) - כל דיירי הבניין צריכים להשתתף בתשלום הוצאה זו.

ב. החיוב בתשלום לוועד הבית הוא גם מדין **נהנה** וגם מדין **שותפים**.

ג. תיקון שמחויב המציאות - יכול כל שותף להכריח את שותפו להשתתף בתשלום התיקון.

---

[149] לדעת **המרדכי** (מס' ב"ק סימן ל), ניתן לתפוס רק את החפץ המבורר ששייך לו, ולא שאר דברים, שאם נתיר לתפוס כל חפץ - לא שבקת חיי לכל ברייה. וכך מוכח ממסכת ברכות בדף ה עמוד ב: לרב הונא החמיצו ארבע מאות חביות יין, בגלל שלא הביא את החלק השייך לאריס, ולמרות שהאריס גנב מרב הונא, בכ"ז קיבל עונש מכיוון שלא תפס את החפץ שנגסל ממנו, אלא תפס משהו אחר, את החלק ששייך לאריס. ניתן לשאול: הרי האריס גנב מרב הונא ועביד אינש דינא לנפשיה? אלא וודאי **שאומרים עביד אינש דינא לנפשיה רק בחפץ שגזל ממנו ולא בחפץ אחר**. (מובא בדרכי משה בס"ק א ובס"ק ג).

[150] למרות ש**הש"ך** בס"ק סד סבור שהתפיסה לא מועילה, כבר כתב הפתחי תשובה בס"ק כ כתב, מכיוון שיש עוד פוסקים שכתבו כדברי הסמ"ע, ואותם פוסקים נחשבים כבתרא טפי - לכן יש לפסוק כמותם. הפתחי תשובה פסק שיכול התובע לומר קים לי כשיטה שמותר לתפוס. וכ"פ הש"ך בספר תקפו כהן (אות קא-קב), התומים (סימן כה) והנתיבות (סימן פז ס"ק ט).

ד. מבחינה הלכתית יש תוקף לסעיפים מסוימים בחוק מקרקעין ובתקנון המצוי, סעיפים שהתקבלו כמנהג מדינה.

ה. **המשכיר** צריך לשלם לוועד הבית את ההוצאות הגדולות שנועדו **לתחזק** את הבניין, **והשוכר** צריך לשלם את ההוצאות **השוטפות**.

ו. תשלום וועד הבית - מוטל על בעל הדירה כי הוא השותף בבניין, לכן אם השוכר לא שילם את דמי הוועד (הוצאות שוטפות) - ניתן לתבוע את בעל הדירה.

ז. וועד בית נחשב למוסמך להזמין בעל מקצוע, לכך יש לפנות אליהם בכדי לתקן כל דבר הקשור לבניין. ואם דייר יזמין בעל מקצוע ללא התייעצות עם הוועד בית - דינו כיורד שלא ברשות ונוטל רק את ההוצאות המינימליות לפי הסכום הזול ביותר שניתן למצוא בשוק.

ח. דייר שביקש מספר פעמים מוועד הבית לתקן דבר נצרך והכרחי לבניין (כגון תיקון זיפות בגג), אך נוכח לדעת שפניותיו לא נענו - יכול להזמין בעל מקצוע במחיר סביר המקובל בשוק, ועל הוועד להשתתף עמו בתשלום.

ט. לפי החוק, דייר בבית משותף לא יכול לקזז תשלום וועד בתמורה לעבודות שעשה בבניין, אא"כ יש לכך הסכמה מפורשת של דיירי הבניין או של וועד הבניין.

י. במקום שרוב הדיירים הולכים ע"פ דין תורה, ואין מנהג מדינה ברור בכל הנוגע לקיזוז תשלום מוועד הבית - יש ביד המשביח לתפוס מתשלום הוועד בכדי לקזז השבחה שהיא הכרחית לבניין.

# חיוב תשלום עבור כיבוס למשאיר בגדו במקווה

**המקרה:**

במקווה באחד הישובים הייתה תלויה מודעה: חפצים שיישארו במקווה - ישלחו למכבסה, ובעל הבגד יצטרך לשלם עשרה שקלים עבור כל בגד שכובס. תלמיד חכם אחד שכח במקווה סוודר, הבגד נשלח למכבסה וחזר מכווץ. השאלות שנשאלו: האם על בעל הבגד לשלם עשרה שקלים עבור הכיבוס, וכן האם יש חיוב בתשלום על הסוודר שהתכווץ.

**השאלות לבירור:**

א. דין חפץ שנשכח במקווה.

ב. האם יש תוקף למודעה.

ג. האם יש חיוב תשלום על הנאה שניתנה לאדם ללא בקשתו.

ד. הגדרת מעמדו של בעל מקצוע.

ה. הגדרת מעמדו של בעל מקצוע שהזיק.

**א- חפץ שנשכח במקווה**

בגד שהונח במקווה במקום משתמר - אין דינו כדין אבידה, כי הבגד הונח בדרך הינוח, כלומר הבעלים הניחו את החפץ **במקום שמור**, וודאי שיחזרו לקחת את החפץ. ורק אם החפץ מונח במקום **שאינו משתמר** - חלים דיני אבידה.

הגמרא במסכת בבא מציעא בדף כה עמוד ב ביארה: הבעלים לא מתייאשים אלא דעתם לחזור ולקחת את הבגד מהמקום בו הניחו, לכן אם המוצא ייקח את הבגד - הבעלים יפסידו, כי מדובר שאין סימנים לבגד, והבעלים לא יכולים להוכיח שהחפץ שלהם, לכך עדיף להשאיר את החפץ במקום ששמור מעט, והבעלים בטוח לא יפסידו.

לדעת **הרמב"ם** (הלכות גזלה ואבידה פרק טו הלכות א-ב) - חפץ הנמצא במקום **המשתמר מעט**, גם אם לחפץ יש סימן - לא ייקחנו, (בניגוד לדברי הרא"ש (סימן ח), שאם יש סימן שייטול ויכריז). עוד פסק הרמב"ם, במידה ונטל את החפץ ממקום המשתמר מעט - הרי הוא שלו, (בניגוד לדברי הרא"ש (שם), שאם נטל - לא ישיב אלא יהיה מונח עד שיבוא אליהו, וודאי שלא זכה בחפץ). המחבר בסימן רס סעיף י פסק כדברי הרמב"ם, והרמ"א הביא את דברי הרא"ש בשם יש חולקים.

צריך לציין, במקום בו מצויים תלמידי חכמים - צריך להכריז גם על חפץ שאין בו סימנים, כי התלמידי חכמים יכולים לזהות בטביעות עין כמבואר בסימן רסב סעיף כא[151].

**ב- האם יש תוקף למודעה**

האגרות משה (אורח חיים חלק ה סימן ט) כתב: חפצים שנשכחים בישיבה, בבית כנסת, במקווה וכד' - דינם כאבידה שהיא **בדרך הינוח**, שהבעלים הניחו את החפץ שם בכוונה וכלל אין להם דין אבידה. ולכן אם ניתן להמשיך להניחם במקומם - אסור לקחתם. אבל אם מדובר **במקום שאינו משומר - דינו כדין אבידה**, ועל הגבאים להכריז על החפצים שנמצאו, וכן לתלות מודעה על הלוח מודעות.

האגרות משה הוסיף: "ויותר טוב שיודיעו גם לבתי כנסיות הקרובות, ויותר אין מחוייבין. ופשוט שאין החיוב על כל מי שראה ראשון שהוא יכניסנו לביתו, מאחר שיש מקום שמור בבהכ"נ, ויהיה שמור לבעל האבדה. וברוב הימים, אם עדיין לא נמצא, **יש למכור**, דבגד עשוי להתקלקל. ויהיו הדמים וסימני הבגד כתובים ומונחים. ואם רוצים, **רשאים להשתמש לצרכי ביהכ"נ** אם צריכין, דהלכה כר"ט במתני' דבבא מציעא כ"ח ע"ב, ויכתבו סך המעות, שכשיבא בעל האבדה יתנו לו. וכל זה דברים פשוטים וברורים".

העצה הפשוטה, המובאת בפוסקים האחרונים (מובא בשו"ת מנחת יצחק חלק ח סימן קמו, ובשו"ת שבט הלוי חלק ט סימן שח) היא, **לתלות מודעה** בה יהיה כתוב, שכל הנכנסים למקום זה מודעים לכך, כי במידה

---

[151] המשנה בדף כא עמוד א כותבת: "רבי שמעון בן אלעזר אומר: כל כלי אנפוריא - אין חייב להכריז". בגמ' בדף כג עמוד ב מבואר: "מאי אנפוריא? ...לעולם דלית בהו סימן, נפקא מינה לאהדורי לצורבא מרבנן בטביעות עינא. (על כך אמר רבי שמעון בן אלעזר שאם) שבעתן העין - קים ליה בגווייהו, (הת"ח יכול לזהותם), ומהדרינן ליה. כי לא שבעתן העין - לא קים ליה בגווייהו, ולא מהדרינן ליה".

"דאמר רב יהודה אמר שמואל: בהני תלת מילי עבידי רבנן דמשנו במלייהו: במסכת, (הבא לנסות ת"ח אם הוא בקי במסכתות, יכול הת"ח לומר שאינו בקי, ומידת ענווה היא זו), ובפוריא, (רש"י - "שימשת מטתך? יאמר לאו, מדת צניעות הוא"), ובאושפיזא". (שיאמר שמארחו לא קבלו בסבר פנים יפות ובכך לא יקפצו עליו בני אדם שאינן מהוגנים).

"מאי נפקא מינה? אמר מר זוטרא: לאהדורי ליה אבידתא בטביעות עינא: אי ידעינן ביה דלא משני אלא בהני תלת - מהדרינן ליה, (אם הת"ח משנה מדיבורו רק בשלושת הדברים הללו, נקרא ת"ח ומחזירים לו אבידה שאין בה סימנים, רק ע"פ טביעות עינו), ואי משני במילי אחריני - לא מהדרינן ליה".

הגהות אשרי (סימן ה) כתב: לא מספיק שהת"ח אינו משנה בדיבורו אלא רק בשלושת הדברים הנ"ל, בשביל להחזיר לו אבידה בטביעות עין, אלא צריך גם שיהיה ת"ח המקפיד על חלוקו שלא יהפכנו, וכדברי הגמ' במסכת שבת דף קיד עמוד א: "ואמר רבי יוחנן: איזהו תלמיד חכם שמחזירין לו אבידה בטביעות העין - זה המקפיד על חלוקו להופכו".

הגהות אשרי עוד כתב: לכל ת"ח יש חזקה שהוא לא משנה בדיבורו כי אם בשלושת הדברים הנ"ל, ורק אם יביא המוצא ראיה שהת"ח לא נזהר בדברים הנ"ל, רק אז לא יהיה נאמן בטביעות עין. וכ"פ הרמ"א.

הסמ"ע בס"ק מו כתב: צ"ע האם בזמן הזה ג"כ יש דין ת"ח לעניין מציאה, שהרי מצאנו בכמה מקומות שאין דין ת"ח נוהג בזמן הזה, כגון לעניין היתר נדרים ביחיד, ולגבי לדון יחידי במקרה שלא קבלוהו עליהם.

הפתחי תשובה בס"ק ב כתב בשם שו"ת שבות יעקב (חלק א סימן קסז): אין ספקו של הסמ"ע מוציא מידי וודאי של הרמ"א, שפסק שכל ת"ח הוא בחזקת שאינו משנה, וזאת מכיוון שהחפץ וודאי אינו שייך למוצא וא"כ אין סיבה להפסיד ת"ח בחינם בגלל ספק. אומנם אם המוצא מחזיק באבידה, כך שיש לו מיגו - אין מוציאים את החפץ ממנו.

וישאירו חפץ מעל לשלושים יום - יוכלו מנהלי המקום לקחת את אותם חפצים. כך שהאנשים נכנסים על דעת כך, ומקבלים על עצמם תנאי זה. יודגש: צריך שמודעה זו תהיה כתובה עוד לפני שמוצאים את האבידה.

**ג- חיוב בתשלום על הנאה שניתנה לאדם ללא בקשתו**

דין יורד לתוך שדה חבירו ונטעה שלא ברשות - מבואר בגמ' במסכת בבא מציעא דף קא עמוד א. הגמ' הסיקה: **בשדה העשויה ליטע,** כלומר **במקום שהעבודה הייתה נצרכת** - יש חיוב לשלם כפי השכר הנהוג לשלם עבור אותה עבודה.

אומנם **הרא"ש** (סימן כב) פסק שגם בשדה העשויה ליטע - יכול בעל השדה לטעון איני חפץ בנטיעותיך, עקרם ואיני משלם לך כלום. כלומר יכול בעל הבגד לומר למכבסה איני מעוניין בנקיון הבגד, קח את חומרי הניקוי ואיני משלם. וכך גם הבין **הבית יוסף** בדעת הרמב"ם (הלכות גזלה ואבדה פרק י הלכה ה).

אך נראים דבריו של החזון איש (ב"ב סימן ב ס"ק ג), שהסביר כך: אין מחלוקת עקרונית בין הרמב"ן ובין הרא"ש, אלא צריך לבחון את המציאות האם בעל הנכס נהנה מהנטיעה או לא נהנה. הרמב"ן דיבר על בעל קרקע שנהנה, ולכן צריך לשלם ולא יכול לומר טול נטיעותיך, כי מדובר שרואים שבעל הקרקע רק מחפש תירוץ לא לשלם, הוא לא מביא אמתלה מדוע אינו חפץ בנטיעות, אלא רק לדחותו ולא לשלם או להכעיסו גם לי גם לך לא יהיה. אך הרא"ש דיבר על מציאות שהב"ד משתכנע שבאמת בעל הנכס לא רוצה ולא נהנה מהנטיעות, שאז יכול לומר עקור נטיעותיך וצא.

החזון איש הוסיף: כל המחלוקת בין הרמב"ן לרשב"א היא לא בעיקר הדין, אלא רק בניתוח דעתו של בעל הנכס, האם בצורה סתמית אנו אומרים שבעל הנכס משקר ורוצה להשתמט מלשלם על ההנאה, (כך סבור הרמב"ן), או שבסתם אין לנו לומר שבעל הנכס משקר ויכול לומר שאינו נהנה וטול נטיעותיך וצא, (כך סבור הרא"ש). אומנם אם בוודאות בעל הנכס משקר, או שיש אומדנה שנוח לו מהנכס, גם לדעת הרא"ש חייב לשלם ולא יכול לומר טול נטיעותיך וצא.

לאור זאת על בית הדין לבחון האם יש הנאה לבעל הבגד מהכיבוס, או שאין לו כל הנאה מהכיבוס. אם מתברר שאין כל הנאה לבעל הבגד מכיבוס הבגד - אין חיוב בתשלום, אבל אם יש הנאה מהכיבוס, אלא שיש רצון לחסוך בכסף וכד' - יש חיוב בתשלום.

**הנתיבות** בס"ק ב (וכן בסימן שו ס"ק ז) כתב יסוד חשוב: "נראה דדוקא בכה"ג שיכול ליקח האילנות כמה שנתן, ולכך יכול לומר לו: 'איני רוצה בהנאה זו ואיני רוצה ליהנות מזה', (אני לא רוצה לקבל הנאה

בעל כורחי), אבל כשאינו יכול ליקח הדבר ההוא, כגון שצבע לו בגד ואי אפשר להעביר הצבע - מחויב לשלם לו"[152].

דהיינו, רק במציאות בה אכן ניתן לפרק את העבודה שנעשתה ולהשתמש בה במקום אחר, יכול בעל השדה לומר איני משלם קח את עבודתך בחזרה, כגון **היורד לתוך שדה חברו** ונוטע אילנות ללא אישורו - יכול בעל השדה לומר קח את העצים ואיני מעוניין ליהנות מהם ולא לשלם עליהם. אבל אם מדובר בדבר שלא ניתן לנוטלו בחזרה, כגון **במקרה כאן בכיבוס בגדים** - לא ניתן לומר לבעל המכבסה קח את חומרי הניקוי ואיני משלם, לכן עליו לשלם למכבסה, שהרי בפועל הוא נהנה מהכיבוס.

**החזון איש** (ב"ק סימן כב ס"ק ו) חולק על נתיבות: אם **נראה לבית הדין שהנהנה לא זקוק לדבר ההנאה**, ואין לו הנאה ממה שעשה לו היורד - יכול לומר ליורד טול שבחך ואיני משלם כלום, גם אם לא ניתן ליטול את השבח.

**ד- הגדרת מעמדו של בעל מקצוע**

המשנה במסכת בבא מציעא דף פ עמוד ב כותבת: "כל האומנין - שומרי שכר הן". וכך נפסק להלכה בסימן שו סעיף א.

**הסמ"ע** בס"ק א כתב: יש לחלק בין פועל שכיר יום ובין קבלן, רק קבלן דינו כשומר שכר, אבל פועל אין דינו כשומר שכר. הסמ"ע הביא שני טעמים לחילוק בניהם:

א. **לבעל מקצוע יש הנאה בכך שהבעלים שכרו דווקא אותו שיעשה בעבורם את העבודה** ולא שכרו אדם אחר, אותה הנאה נחשבת לשכר עבור שמירתו, (לא הכסף עושהו שומר שכר, אלא ההנאה שבחרו בו ולא באחר עושהו שומר שכר). אבל **פועל** העובד על בסיס יומי, אין לו כל הנאה בשכירות נקודתית של יום מסוים, לכן הוא לא נעשה שומר שכר.

ב. מקום העבודה של **קבלן** הוא **בביתו**, לכן בקבלן שייכת שמירה שישמור על הכלי בביתו מפני הגנבים, אבל **פועל** שכיר יום, בדרך כלל עבודתו היא בבית הבעלים, לכן אין השמירה חלה עליו אלא על הבעלים[153].

אבל **הש"ך** בס"ק א כתב: אין לחלק בין קבלן ובין שכיר, שכן נפסק בגמ' במסכת בבא מציעא בדף פ עמוד ב, שדין אומן כדין שוכר, ודין שוכר כדין שומר שכר, א"כ מה שאמרנו שהאומנים דינם כשומרי

[152] הנתיבות שלל את דברי **הקצות** (סימן שו ס"ק ו) מהם משמע, שתמיד יכול בעל הבגד לומר לצובע טול את צבעיך, גם אם באמת לא ניתן לממש זאת.

[153] הב"ח בסימן שו ס"ק א כתב: "שאר אומנים שעושין מלאכה בבית בעל הבית - **אין להן דין שומר כלל, ואפילו שומר חנם לא הוי**, דהא לא נסתלקו בעלים משמירתן, כיון שאין האומן רשאי להביא הכלי לביתו ולתקנו שם".

שכר, הטעם הוא מדין שוכר כשומר שכר, א"כ אין חילוק בין קבלן לשכיר. (גם קבלן וגם שכיר מקבלים שכר על עבודתם לפיכך יש לדונם כשומר שכר).

**ה- הגדרת מעמדו של בעל מקצוע שהזיק**

בגמ' במסכת בבא קמא דף צט עמוד ב מובא: "אמר רבה בר בר חנה אמר רבי יוחנן: טבח **אומן** שקלקל - **חייב**, ואפילו הוא אומן כטבחי ציפורי. ומי אמר רבי יוחנן הכי? והאמר רבה בר בר חנה: עובדא הוה קמיה דרבי יוחנן בכנישתא דמעון, ואמר ליה: זיל אייתי ראיה **דממחית** לתרנגולים **ואפטרך**"?

"לא קשיא: כאן בחנם (פטור), כאן בשכר; כי הא דאמר רבי זירא: הרוצה שיתחייב לו טבח - יקדים לו דינר". (כך שהטבח יעבוד בשכר, ואם הטבח יקלקל, יתחייב למרות שהוא אומן).

כלומר, בעל מקצוע שגרם לנזק, אם הוא מקבל **שכר** על עבודתו - חייב לשלם על הנזק שגרם, אך אם הוא עובד **בחינם**, יש לחלק בין בעל מקצוע **מומחה** שפטור מלשלם על ההיזק, ובין בעל מקצוע **שאינו מומחה** שחייב לשלם. וכ"פ השו"ע בסימן שו סעיף ד.

הסמ"ע בס"ק יג הסביר מדוע בעל מקצוע אומן ומומחה שעבד בחינם וגרם לנזק - פטור מלשלם: "דכיון שהוא מומחה ואינו רגיל לבוא מכשול זה לידו - אמרינן דמזל דבעל הבהמה גרם לו שבא מכשול זה לידו, אבל שחטו בשכר - חייב דה"ל ליזהר טפי".

נחלקו הראשונים, האם בעל מקצוע שהזיק דינו כדין שומר או כדין אדם המזיק. **התוס'** (מסכת בבא קמא דף כז: ד"ה ושמואל) סבורים, שדין שומר שהזיק - כדין אדם המזיק. המעמד של בעל מקצוע שלא הזיק הוא כשומר שכר, החייב בגניבה ואבידה ופטור מאונס, אך במידה ובעל המקצוע יגרום לנזק - יחולו עליו דיני אדם המזיק.

התוספות הביאו את דברי הגמ' הללו כראייה לכך שאדם המזיק חייב רק באונס הדומה לאבידה, ולא באונס הדומה לגניבה. (אבידה נחשבת לפשיעה יותר מאשר גניבה, כי האבידה תלויה בו אך הגניבה לא תלויה בו). לכן בעל מקצוע **אומן שעבד בחינם** והזיק - פטור מלשלם, כי הזיקו נחשב לאונס הדומה לגניבה. אומנם אם הוא **עבד בשכר** - חייב לשלם למרות שזהו אונס הדומה לגניבה, שכן הוא קיבל שכר, ודינו כשומר שכר החייב גם על גניבה ואבידה.

הנימוקי יוסף (דף לה:) כתב: אומן מומחה שעבד בחינם וגרם לנזק - נחשב לאונס לכן פטור. אומנם אם הוא לא מומחה, (דהיינו, לא הביא הוכחה שהוא מומחה[154]) - חייב לשלם גם אם עבד בחינם, שכן הוא פושע.

אבל **הרמב"ן** (מס' ב"מ דף פב:) ביאר: בעל מקצוע שהזיק אין דינו כאדם המזיק, אלא כשומר שכר. הפטור של אומן שעבד בחינם והזיק אינו בגלל שזהו אונס גמור, אלא בגלל שאין דין אדם המזיק באומן, שהרי הוא עבד ברשות, בעל הבית אישר לקבלן השיפוצים לעבוד בביתו, בעה"ב ביקש ממנו שיבצע עבודות אלו, לכן גם אם הקבלן טעה בעבודתו - אין לראות במעשים אלו משום היזק כדין אדם **המזיק**, אלא יש לבחון את מעשיו ע"פ ההלכות המובאות בדיני **שומרים**.

נחלקו הפוסקים, מתי אדם יוכל להגדיר את עצמו כבעל מקצוע מומחה? המאירי (מסכת ב"ק דף צט עמוד ב) כתב: "זה שבארנו, שכל שהוא אומן ועשה בחנם - פטור בקלקלתו, אם לא נודע אם הוא מומחה אם לאו, והיו חולקים בזה - **על זה שעושה עצמו אומן להביא ראיה שהוא מומחה**, ואם לא הביא ראיה - משלם. ואם היה מומחה לדבר זה שעשה, אף על פי שלא היה מומחה בכללי האומנות - פטור".

הש"ך בס"ק ז כתב בשם **מהרש"ל** (שם): שוחט ששחט שלוש פעמים עופות קטנים - נחשב לשוחט מומחה. **השלטי גיבורים** (דף לה: ס"ק א) החמיר: שוחט מומחה נחשב שוחט שזו עבודתו ומלאכתו "**ואומנותו בכך תמיד**".

**מסקנות:**

א. חפץ שנשכח במקווה - אסור לגעת בו. אך אם יש מודעה במקום מרכזי, המאפשרת לאחראים לקחת את החפצים - יש למודעה תוקף. כל מי שנכנס למקווה - נכנס על דעת התנאי המופיע במודעה.

ב. על בית הדין לבחון, האם יש הנאה לבעל הבגד מהכיבוס, או שאין לו כל הנאה מהכיבוס. אם מתברר שאין כל הנאה לבעל הבגד מכיבוס הבגד - אין חיוב בתשלום, אבל אם יש הנאה מהכיבוס, אלא שיש רצון לחסוך בכסף וכד' - יש חיוב בתשלום.

ג. בעל מקצוע דינו כשומר שכר, לפיכך יש לחייב את בעל המכבסה לשלם לבעל הסוודר שווי של סוודר יד שנייה.

---

[154] דין האומן כדין שומר על הבהמה, לכן הוא צריך להביא ראייה שהוא מומחה, ולא אומרים שהבעלים המוציא מחברו יביא ראייה, שכן השומר צריך להביא ראייה שלא פשע, (כדברי איסי בן יהודה, במקום בו יש יכולת להביא עדים), גם כאן יש יכולת להביא הוכחה שהוא מומחה, ואם לא הביא הוכחה שהוא מומחה נחשב לפושע וחייב לשלם על קלקולו.

# תווך לאדם שכבר יש לו מתווך

**המקרה:**

שוכר דירה מעוניין בתום מועד השכירות לתווך שוכר אחר עבור המשכיר, אך המשכיר כבר עובד עם מתווך קבוע, האם רשאי בעל הדירה לקבל הצעות תווך מן השוכר?

**השאלות לבירור:**

א. הגדרת מעמדו של מתווך.

ב. כיצד מתבצע חלוקת השכר למספר מתווכים?

ג. האם יש איסור עני המהפך למתווך השני?

ד. יחס ההלכה לחוק מתווכים.

**א- הגדרת מעמדו של מתווך**

מתווך הוא אדם שמחבר בין שני צדדים לצורך תועלת ששני הצדדים יפיקו כתוצאה מההתקשרות בניהם. המתווך מחבר בין מוכר לקונה, או בין משכיר לשוכר, או בין יזם למשקיע, או בין איש לאישה (שדכן).

התשלום למתווך הוא עבור מידע שהוא מעביר לצדדים שגורם לחיבור בין אנשים. לכן יש איסור לאדם להעביר מידע ששמע ממתווך לחבירו.

הגמ' במסכת בבא מציעא דף סג עמוד ב כתבה: "והא בעי למיתב זוזי לספסירא". (יש לשלם שכר לסרסור על עבודתו). וכך פסק הרמב"ם (הלכות שלוחין ושותפין פרק ב הלכה ו): "הסרסור - שליח הוא אלא שהוא נוטל שכר שליחותו".

המקור המרכזי לדיני תווך הוא מסימן קפה בהלכות סרסור, אך ישנם שני הבדלים מרכזיים בין סרסור ובין מתווך: א)- **הסרסור** הוא שליח של המוכר, ויכול לכתוב חוזה ע"פ ההנחיות של משלחו, אבל **המתווך** אינו שליח של המוכר או הקונה. ב)- **הסרסור** מקבל את שכרו רק ממי ששלחו ולא משני הצדדים, אבל **המתווך** זכאי לקבל תשלום גם מהמוכר וגם מהקונה.

התשלום למתווך שעבד לאחר סיכום בין הצדדים הוא ע"פ גדרי **פועל**, אך מתווך שנתן הצעות מעצמו ללא הזמנה הוא ע"פ דין **יורד לשדה חבירו שלא ברשות** בשדה עשויה ליטע[155].

הרשב"א (חלק ד סימן קכה) כתב: יש חיוב לשלם למתווך במקום שנהגו לשלם למתווך, למרות שלא נחתם על הסכם מפורש, כי "וכל דברים מה שנהגו בהם הרבים סתם - הרי הוא כתנאי מפורש. וכיוצא באלו קראו חכמים דרישת לשון הדיוט". כמו כן יש חיוב לשלם מדין יורד לתוך שדה חבירו ונטעה שלא ברשות, לכן גם אם לא היה סיכום מפורש - יש חיוב לשלם למתווך.

וכך כתב הגר"א בסימן פז ס"ק קיז: שדכן מקבל את שכרו למרות שלא נשלח ע"י הצדדים. וכך כתב הגר"א: "דין השדכנות כתב מהר"ם, שהוא מדין **היורד לשדה חבירו שלא ברשות**, שאם היתה שדה עשויה ליטע - שאומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנוטעה כמ"ש בב"מ ק"א א'. **והוא כמו סרסור** כמש"ל בסי' קפ"ה ס"י בהג"ה, וכמו שצריך ליתן לסרסור כמ"ש בב"מ ס"ג ב".

הגר"א בסימן קפה ס"ק יג כתב: מתווך מקבל את שכרו למרות שלא נשלח ע"י הצדדים, ע"פ דברי הגמ' הנ"ל.

**ב- חלוקת השכר למספר מתווכים**

הפוסקים דנו במקרים בהם ישנם שלושה אנשים שגרמו להצלחת התווך או השידוך: מתחיל, אמצעי וגומר.

א. **המתחיל** הוא מי שהעלה את רעיון, יוזמה מחודשת שלא חשבו עליה. הפתחי תשובה (סימן קפה ס"ק ג) כתב בשם שו"ת שב יעקב (סימן יג): "וזה הכלל (מי נחשב למתחיל), באופן שאפשר לומר: **אילולי שהיה זה המתחיל אשר התעורר לזה - לא היה עולה על דעת אחרים לדבר שידוך הלזה, אם כן ודאי מחויב ליתן להמתחיל כפי המנהג**, מה שאין כן אם הגומרים נתעוררו מעצמם לאותו שידוך, וסוברים לפי דעתם שהם הראשונים, (נראה דרצה לומר, שניכר גם כן לבית דין כן, כגון שהם ממקום רחוק וכהאי גוונא), אם כן המתחיל לא עשה שום פעולה טובה בזה, הואיל שבעל דבר אינו מרוצה על ידו, ואילולי שבאו האחרים היה נשתקע הדבר, והשדכנים האחרים באו מעצמם ולא יודעים שום דבר מהמתחיל - אם כן אין שום טעם ליתן לו דבר".

---

[155] יש לכך נ"מ גם בדיני בל תלין. אם בעל הדירה ביקש מהמתווך שימצא לו קונה או שוכר לדירה - דין המתווך כדין פועל, ובעל הדירה עובר על בל תלין, אך אם המתווך פנה מיוזמתו לבעל הדירה - יש חיוב לשלם מדין נהנה, אך אין איסור בל תלין, כמו בכל חוב שיש לאדם.

עוד נ"מ: **פועל** נאמן להישבע שלא קיבל את שכרו (בתנאים מסוימים כמבואר בסימן פט), אבל היורד לא נאמן. וכך מבואר בדברי הקצות החושן בסימן עה ס"ק יג: "דלא תקנו לשכיר שישבע ויטול בטענת פרעתי אלא כשהוא שכיר, **אבל כשאינו שכיר אף על גב דצריך לשלם לו מה שנהנה - אינו אלא כמו שאר חוב, ונאמן בעל הבית לומר פרעתי חוב זה**".

ב. **האמצעי** הוא מי שתווך וניהל את כל המשא ומתן באמצע. האמצעי הוא גורם מתווך ומגשר בין שני הצדדים, הוא לא היוזם של הרעיון, הוא לא סוגר את ההסכם הסופי, אלא תפקידו לתווך ולגשר על פערים וחילוקי דעות שיש בעמדות הצדדים. (מדובר במציאות בה הראשון העלה הצעה אך התווך או השידוך לא התקדם, וכעת המתווך או השדכן השני מגשר ומקדם את ההצעה).

ג. **הגומר** הוא מי שדוחף לסיום וסגירת ההתקשרות.

נחלקו הפוסקים כיצד יש לחלק את שכר התווך או השדכנות בין שלושת הגורמים הללו:

א. **מנהג העיר פראג** - בשו"ת **שב יעקב** (סימן יג) מובא: מתווך מקבל שכר על יצירת הקשר הראשוני וכן על גמר התווך. הנוהג בעיר פראג היה לשלם למתחיל עבור **החיבור** בין הצדדים שליש מסכום התווך, ומי שסיים ו**סגר את התווך** מקבל שני שליש מדמי התווך[156].

ב. **המנהג המובא בעטרת צבי** - הפתחי תשובה בסימן קפה ס"ק ג כתב בשם העטרת צבי (בס"ק יז): "**אבל ראיתי נוהגים שמחלקים לג' חלקים: שליש למתחיל, ושליש לאמצעי, ושליש להגומר**".

ע"פ מנהג זה, שכר השדכנות או שכר התווך מתחלק לשלושה חלקים, כאשר כל אדם מקבל שליש משכר התווך, (ולא שני שליש למי שסגר את התווך כפי שכתב השב יעקב). וכך גם מובא בשו"ת הג"ר ידידיה טיאה וויל (חו"מ סימן ט): "השדכנות נחלק לג' חלקים: חלק אחד למתחיל, חלק אחד לאמצעי, וחלק אחד לגומרים".

ג. **המנהג הכתוב בפנקס של וועד ארבע ארצות** - הפתחי תשובה בסימן קפה ס"ק ג כתב: "ועיין בעטרת צבי ס"ק י"ז שכתב, מצאתי כתוב בפנקס ארצות, דהמתחיל והגומר יחלוקו ביניהם בשוה, והמתחיל לא נקרא אלא מי שאמר כמה אתה נותן (פירוש שידבר אודות נתינות) ואמצעי לא יקח כלום".

---

[156] השב יעקב הוסיף: במסכת סוטה דף יג עמוד ב מובא: "כתיב: ויקח **משה** את עצמות יוסף עמו, וכתיב: ואת עצמות יוסף אשר העלו **בני ישראל** וגו'? א"ר חמא בר' חנינא: כל העושה דבר ולא גמרו ובא אחר וגמרו - מעלה עליו הכתוב **על שגמרו כאילו עשאו**".

מאידך, בילקוט שמעוני (תהלים רמז תשי"ג) מובא: "**חשב** לעשות מצוה אף על פי שלא עשאה - מעלה עליו הכתוב כאלו עשאה, תדע לך שכן הוא, שהרי דוד חשב לבנות בית המקדש אף על פי שלא בנאו נכתב בשמו, שנאמר מזמור שיר חנכת הבית **לדוד**". למרות **ששלמה** בנה את בית המקדש - הכתוב מחשיב את **דוד** כאילו בנאו.

מכאן הסיק השב יעקב, מתחיל זכאי לתשלום נחשב רק אם חשב והתחיל ליזום רעיון חדש או אם התחיל דבר חדש שלא נעשה בפועל לפניו, כגון דוד המלך שהיה הראשון לתכנן את בניין בית המקדש, אך אם המתחיל לא חשב על רעיון יצירתי, או לא תכנן ועורר על פעולה חדשה - אין הוא נקרא מתחיל. לפיכך משה רבינו לא נחשב מתחיל, כי יוסף כבר ביקש שיעלו את עצמותיו, ורק מפאת כבודו הוזכר שמשה העלה את עצמות יוסף, אך מי שסיים את המעשה - הוא נחשב לגורם המשמעותי באותה פעולה.

וכך כתב ערוך השולחן (אבן העזר סימן נ סעיף מב): "והמנהג שהמתחיל נוטל מחצה, והגומר מחצה, **ומי שעסקו באמצע מדינא אין להם כלום**, ומ"מ המנהג ליתן גם להם דבר מה כי אין ביכולת להעמיד זה על קו הדין". (המתחיל והגומר יתחלקו בניהם את השכר, והאמצעי מעיקר הדין לא מקבל כלום, אך נהגו לפייסו בסכום קטן על טרחתו).

ערוך השולחן כך כתב גם בחו"מ סימן קפה סעיף יב: "כשרבים הם השדכנים או הסרסורים - אין בזה דינים קבועים. ובתקנות נמצא דהמתחיל והגומר חולקים ביניהם, והאמצעיים - לא יטלו כלום, דמדינא העיקר הוא הגומר והמתחיל, כיון שהוא הציע העניין - ראוי לבא על שכרו ג"כ, אבל האמצעי מה עשה. ומ"מ נהוג עלמא ליתן קצת חלק גם להאמצעי".

"ומתחיל נקרא מי שהציע השידוך או העסק, באופן שקודם הצעתו לא עלה ע"ד הצדדים להתקשר, ואז אף אם לא עסק בהפרטים - נקרא מתחיל, אבל אם גם בלעדו היה הענין ידוע - אין זה מתחיל כלל אם לא שנכנס בהפרטים ובאיזה מהפרטים עשה השואה ביניהם, ואף שאח"כ היה איש אחר שגמר, מ"מ נקרא מתחיל לפי שעסק בהפרטים. ואם גם אחד מפרטיו לא נתקיים - אינו מתחיל כלל".

**ג- האם יש איסור עני המהפך למתווך השני**

במסכת קידושין דף נט עמוד א מבואר דין עני המהפך בחררה. כלומר, שניים שסיכמו בניהם על עסקה מסוימת - אסור לאדם שלישי להתערב ולתת הצעה טובה יותר. המתערב בעסקה סגורה נחשב לרשע, למרות שהעסקה נסגרה בע"פ ולא בוצע קניין. איסור זה לא קיים בשלב **המשא ומתן** כל עוד ששני הצדדים לא סיכמו וסגרו את העסקה.

נחלקו הראשונים, האם דין עני המהפך בחררה שייך גם במציאת הפקר או רק בקנייה ומכירה. **רש"י** הסביר בגמ': מדובר גם בעני המחזר אחר הפקר, שאין אחר יכול להקדימו. וכ"פ הרמב"ן (מס' ב"ב דף נד:). אבל **התוס'** (ד"ה עני) כתבו: בהפקר ומציאה, לא נקרא רשע, שהרי הפקר אינו מצוי, וכל הזריז לקדום ולזכות בה - זכה, ורק במקח אנו אומרים שאם הקדימו נקרא רשע, שכן יש לו אפשרויות נוספות לקנות במקומות אחרים. המחבר בסימן רלז סעיף א הביא את שיטת התוס' בוי"א קמא, ואת שיטת רש"י בוי"א בתרא. הרמ"א פסק כתוס'. הנתיבות בס"ק ב הוכיח שהמחבר פסק כשיטת התוס'[157].

הרא"ש (כלל קה סימן א) כתב: "מעשים בכל יום, שיש במקח אחד כמה סרסורים (=מתווכים), זה מסרסר ללוי וזה ליהודה - **כל מי שנגמר המקח על ידו - זכה בסרסרותו**. ופעמים שבעל המקח מוכר בעצמו לזבולן ואינו נותן לסרסרותו כלום. כי זה פשוט הוא שהסרסורים והשדכנים אם נגמר הדבר

[157] המחבר בסעיף ב פסק כדעת התוס', שמעסיק יכול לנסות לשכנע מלמד שכבר עובד אצל אדם אחד לעבור ולעבוד אצלו, זאת בגלל שמציאת מלמד טוב חשובה כמציאה, ולפי שיטת התוס' במציאה, יכול אדם אחר להקדים. ומכך שהמחבר הביא הלכה זו - משמע שמרן פסק כדעת התוס'. (כי לדעת רש"י, גם במציאה יש את דין עני המהפך, כך שאסור לשכנע מלמד לעבור למקום עבודה אחר).

בלא סרסור - אין המוכר נותן כלום". (אם בעל הדירה מצא מעצמו שוכר או קונה לדירתו ללא עזרת המתווך - הוא לא חייב לשלם למתווך).

בשו"ת מהרש"ך (חלק א סימן נא) מובא: אדם שכבר עוסק בעבודה מסוימת (במקרה שם מדובר על עובד במכס) - אסור לאדם שני "להשיג גבולו, ומי שירצה להשיג גבולו - ראוי למחות בו ולגעור בו ולעשות בו נזיפה". מהרש"ך הוסיף: למרות שנחלקו רש"י והתוס' האם יש איסור במציאה ובהפקר, מדובר רק במציאות בה עדיין הראשון לא התחיל בעבודתו, שאז לדעת ר"ת יהיה מותר לשני להיכנס ולתפוס במציאה ובהפקר, "אבל כל שזכה הראשון והגיע לידו אפילו בדבר של הפקר - מלתא דפשיטא הוא דאין יכול שום אדם ליטלה מידו, והנוטלו הוא גזל גמור מדאוריתא וחייב להחזירו".

לדעת מהרש"ך, אם המקח כבר הגיע לידי הראשון - יש איסור תורה, ואם הראשון טרח טרחה משמעותית - זהו גזל מדרבנן מפני דרכי שלום (כמבואר במסכת גיטין בדף נט עמוד ב), ורק אם הראשון מחזר במציאה ובהפקר - יכול השני להקדימו.

אילו המתווך הראשון היה מעביר הצעות לבעל הדירה - היה אסור למתווך השני להציע ולגרום לנזק למתווך הראשון, אך במקרה כאן, המתווך הראשון כבר תקופה כלל לא העביר הצעות לבעל הדירה, כך שיכול המתווך שני להציע שוכר לבעל הדירה.

אומנם **ערוך השולחן** (אבן העזר סימן נ סעיף מב) כתב: "וודאי דאין לשום אחד מהצדדים להכניס קרובו או אוהבו להשדכנות **כשהתחילו שדכנים אחרים לעסוק בזה**, דזהו כמעט גזל גמור, ולא גרע עכ"פ מעני המהפך בחררה, ומ"מ יש שאין מקפידין בזה אבל אין לזה טעם נכון".

ערוך השולחן (חושן משפט סימן קפה סעיף יב) עוד כתב: "**וראוי לכל ירא אלקים כשאחד מציע לפניו שידוך או עסק, ורואה שעי"ז ביכולת לגמור - לא יכניס אחר בזה אפילו האחר הוא אוהבו וקרובו אם לא שרואה שע"י זה בלבד לא יוגמר העניין כרצונו**, ועכ"ז אם הכניסו אף שלא כראוי - אין להשדכן או להסרסור תביעה עליו".

הפתחי תשובה (חושן משפט סימן קפה ס"ק ג) כתב בשם **הנודע ביהודה** (מהדורא תניינא - חושן משפט סימן לו): "ואם אחד מהצדדים מכניס את אוהבו או קרובו לגמור הדבר, אפילו היה ביכולת של השדכן הראשון להשוותם ג"כ בפרטים הללו, והצדדים הכניסו את אוהבם או קרובם בזה - **אין כאן רמאות כלל**, וכזה נעשו מעשים בכל עת, ואין להשדכן הראשון על הצדדים **רק תרעומות** אבל לא שום דין ומשפט כלל".

כלומר, לדעת **הנודע ביהודה**, אין בהכנסת גורם נוסף משום מעשה רמאות, ואין כאן אלא תרעומת ללא משפט ודין, אך לדעת **ערוך השולחן**, יש בכך משום איסור עני המהפך.

בשו"ת חתם סופר (חלק ה חושן משפט סימן מד) מובא: סוכן מכירות שני שנכנס להתחרות בסוכן מכירות של יין שעובד כבר חמישים שנה בעיר מסוימת - אין בכך איסור, שנחשב לזוכה מההפקר. "והנה

טענת ראובן הראשונה הצועק על העבר - אין כי אין כאן דין מערופיא, ורשות לכל מי הרוצה לזכות מההפקר ההוא ולהמשיך אנשים אליו בכיוצא בזה ואין אדם יכול למחות"[158].

כאמור, איסור עני המהפך בחררה חל רק כאשר **המתווך הראשון כבר סגר את העסקה** עם בעל הדירה, אבל כאן המתווך הראשון לא סגר עם בעל הדירה על שוכר, המתווך כלל לא התחיל לעסוק בזה (כלשון ערוך השולחן), לפיכך מותר למתווך השני להציע לבעל הדירה שוכר שיגור בדירתו.

במסכת בבא בתרא דף כא עמוד ב מובא: "מרחיקים מצודת הדג... שאני דגים, דיהבי סייארא" רש"י הסביר: יש **סמיכות דעת לדייג הראשון** בכך שהוא הראשון שמצא את המקום בו נמצאים הדגים, והניח שם את מזונם. הדגים מסתכלים על מקום בו יש מזון ולהגיע לשם, כך שיש **וודאות** שהדגים ייכנסו דווקא לרשת של הדייג הראשון. (אומנם אין כאן גזל גמור ולא בעיה של יורד לאומנותו של חברו, אלא יש תקנת חכמים עבור הדייג הראשון).

מתווך שלא התחיל את עבודת התווך - **לא סמך בדעתו שיוכל להצליח לתווך**, עבודת התווך מורכבת ודורשת מאמצים ותהליכים שלא תמיד מושלמים[159], לפיכך כל עוד והמתווך לא עמד בפני סגירת עסקה מול בעל הדירה - אין דין של עני המהפך בחררה.

גם ע"פ פירושו של רבנו מאיר (אביו של ר"ת, מובא בתוס' במסכת קידושין דף נט. ד"ה עני) יש להתיר **במתווך שלא טרח**, כי האיסור חל רק כאשר יש טרחה, (הדייגים טרחו והניחו דג מת בכדי שהדגים יתאספו סביבו וכך יוכל בקלות לצודם). וכך כתב מהרשד"ם (סימן רנט): צריך שהראשון יעשה מעשה ויטרח בכדי שנאסור על אחרים להתחרות עמו.

ערוך השולחן (חושן משפט סימן קפה סעיף יב) סיכם: "ובדרך כלל א"א להיות דינים קבועים בעניינים אלו, **והדיינים - למראה עיניהם והבנת לבם ישפוטו בצדק**".

**ד- חוק המתווכים**

ע"פ החוק (חוק המתווכים במקרקעין סעיף 14), המתווך יהיה זכאי לקבל שכר עבור מלאכתו אם התקיימו התנאים הבאים: 1)- יש למתווך רישיון לעסוק בתווך. 2)- הוא החתים את בעל הדירה על חוזה

---

[158] אומנם ניתן לתקן תקנה המגבילה את התחרות במקום שתהיה פגיעה ממשית לסוחרים. "וראוי לתקן שלא יעשה אדם כדגי הים שכל אחד בולע חברו, ואם א"א ע"י ב"ד של ישראל - יסתיעו מתקנת המדינה עפ"י מלכות, כאשר עשו אנשי ק"ק אוהעל לפי טענת שמעון ויאושר כחם בזה".

[159] וכדברי הנודע ביהודה (מהדורא תניינא - חושן משפט סימן לו): "והדבר ידוע, שאפילו כבר באו הצדדים יחד, **לפעמים בשביל דבר קטן מאוד מתפרדת החבילה**, ומתבטל השידוך ולכן כל זמן שלא השוה אותם השדכן הראשון על כל הפרטים עד שלא נשאר שום דבר גדול או קטן שצריך לדבר בזה - עדיין לא נגמר השידוך על ידי השדכן".

בכתב[160], (כפי שנקבע בסעיף 9). 3)- "הוא היה **הגורם היעיל שהביא להתקשרות הצדדים** בהסכם מחייב".

בעל דירה שחתם על הסכם בלעדיות עם המתווך - ההסכם תקף לכל אותו הזמן, (ככל תנאי שבממון), כך שאסור לבעל הדירה לנסות למצוא קונה דרך מתווך אחר. בעל הדירה מחויב לשלם למתווך הראשון גם אם הדירה נמכרה ע"י גורם אחר.

יש לציין, בעל דירה החותם על הסכם בלעדיות - סומך בדעתו על החובות שהחוק מטיל על המתווך, זאת בכדי שהמתווך יעבוד עבור בעל הדירה יותר מאשר מתווך רגיל, לכן מתווך עם הסכם לבלעדיות מחויב לעמוד בתנאים הנדרשים בחוק. (במקרה של ספק - חובת ההוכחה מוטלת על המתווך להוכיח שאכן עשה אל הפרסום הנדרש ע"פ החוק).

ישנם מספר תנאים בכדי שהסכם הבלעדיות יהיה תקף: 1)- הסכם כתוב ומפורש בצורה ברורה שיש למתווך בלעדיות על התווך בדירה. 2)- תקופת הבלעדיות לא תעלה על שישה חודשים (סעיף 9 ב). 3)- המתווך יבצע לפחות שתי פעולות תווך מתוך הרשימה הבאה (תקנות המתווכים במקרקעין, סעיף 1 א):

1. פרסום באמצעות **שילוט** - הצבת שלט על הנכס או על גבי לוח מודעות ציבורי וכד'.
2. פרסום בקרב **קהל לקוחות מסוים**, המופיע במאגר של המתווך, באמצעי אלקטרוני, באמצעות דיוור ישיר או באמצעי אחר כפי שיוסכם, או פרסום מודעה באתר אינטרנט או באמצעי ממוחשב אחר אשר יועדו לשיווק נכסי מקרקעין.
3. פרסום **בעיתון יומי** נפוץ אחד לפחות.
4. פרסום **בעיתון מקומי** או בעיתון המיועד לקהל יעד מסוים בהתאם לבחירתו של הלקוח.
5. **הזמנת רוכשים פוטנציאליים** או מתווכים נוספים לבקר בנכס במועד שיוסכם עליו.
6. הזמנתם של **חמישה מתווכים אחרים** לפחות, הפעילים ביישוב שבו מצוי הנכס העומד למכירה, לשתף פעולה לשם מכירת הנכס.

הסכם בלעדיות תקף ככל תנאי שבממון, לפיכך מתווך בלעדי שקיים את התנאים הנ"ל - נחשב לגורם יעיל וזכאי לקבל את דמי התווך, אך אם המתווך הבלעדי לא קיים את דרישות החוק, הוא לא זכאי לקבל דמי תווך. צריך לציין, חוק המתווכים הוא חוק קוגנטי, כך שע"פ החוק אין משמעות ותוקף לחוזה נגדי שסותר את החובות המוטלות על המתווך.

ישנם שני הבדלים מרכזיים בין דין תורה לבין חוק המתווכים:

א. ע"פ הדין יש חיוב לשלם למתווך גם אם לא נחתם חוזה. בעל דירה שפנה מיוזמתו למתווך, נחשב ששכרו לפועל, לפיכך השכירות תקפה גם באמירה ללא חוזה. אך ע"פ החוק אין חיוב לשלם למתווך ללא הסכם חתום.

[160] בהסכם צריך לכתוב את שם המתווך והלקוח, כתובת, תעודת זהות, סוג העסקה: מכירה או שכירות, תיאור הנכס, מחיר העסקה בקירוב, הסכום המוסכם לדמי התווך כולל מע"מ. (תקנות המתווכים במקרקעין, פרטי הזמנה בכתב, התשנ"ז - 1997)

ב. ע"פ הדין יש תוקף לתנאי שבממון, כך שאם סוכם בחוזה שיש בלעדיות למתווך גם לתקופה שמעל חצי שנה, לפי ההלכה החוזה תקף.

בעל הדירה החתום על הסכם לבלעדיות, ובכ"ז הוא השכיר את דירתו דרך מתווך אחר - יש לדון את בעל הדירה כדין מעסיק שמפטר פועל באמצע עבודתו, ועל בעל הבית לשלם למתווך הראשון כמו פועל בטל דהיינו חצי משכרו[161]. אומנם אם כתוב בחוזה שבכל מקרה בעל הדירה ישלם למתווך הראשון - התנאי תקף, ועליו לשלם תשלום מלא למתווך הראשון.

כסף קדשים (על סימן קפה סעיף ו) כתב: מתווך השני שנכנס באיסור לעסקה של ראשון (לאחר שהראשון התחיל את עבודתו) - חייב לשלם למתווך ראשון מדינא דגרמי.

החתם סופר (שם) כתב: שיטת הר"ן שאין דינא דמלכותא במלכי ישראל, שייכת רק **במיסים** ובמכס שהמלכות מטילה בעל כרחם, שכן גביית המיסים נובעת מכך "שהוא אדון הארץ", וסיבה זו לא שייכת במלכי ישראל, אלא רק במלכי אומות העולם, אבל **במנהגים ונימוסים** - מודה ר"ן שיש דינא דמלכותא, "דהטעם משום דניחא להו, ואין לחלק בין מלכי ישראל לאומות העולם".

מכאן ניתן ללמוד, שיש לקבל חוקים שהשלטונות קבעו **לצורך הסדרת סדרי עבודה תקינים**, מכיוון שמדובר בטובת הציבור - יש חובה לפסוק באותם סעיפים על פי הדינא דמלכותא.

לאור זאת במקרה שאדם פנה מיוזמתו אל בעל הדירה והציע שירותי תווך, אך יש ספק האם אותו אדם התכוון לדרוש תשלום או לעשות טובה (כגון שמדובר בחבר וכד') - יש לקבל את סעיף 9 בחוק ששולל זכאות לדמי תווך ללא חתימה על מסמך מחייב.

אומנם במקרים בהם ברור שבעל הדירה מקבל שירות מהמתווך - יש חיוב בתשלום למרות שלא חתמו על חוזה כפי דרישת החוק.

**מסקנות**

א. התשלום למתווך הוא עבור מידע שהוא מעביר לצדדים שגורם לחיבור בין אנשים. לכן יש איסור לאדם להעביר מידע ששמע ממתווך לחבירו.

ב. התשלום למתווך שעבד לאחר סיכום בין הצדדים הוא ע"פ גדרי **פועל**, אך מתווך שנתן הצעות מעצמו ללא הזמנה הוא ע"פ דין **יורד לשדה חבירו שלא ברשות** בשדה עשויה ליטע

ג. יש איסור למתווך שני להציע הצעות לבעל דירה, כאשר המתווך ראשון עובד ומנסה להביא שוכרים, ואף יש ברשותו מספר הצעות.

ד. אם המתווך הראשון לא מביא הצעות אחרות ואין לו שוכרים חלופיים - אין הוא מהפך בשום חררה, לפיכך יכול המתווך השני להציע הצעה למשכיר.

---

[161] הט"ז (על סימן שלג סעיף א) כתב: בקובץ ישן מובא: בכל מקום שאמרו חכמים שנוטל כפועל בטל - השיעור הוא חצי השכר.

ה. בעל דירה שחתם למתווך על הסכם תווך - ההסכם תקף ויש לבחון מה כתוב בהסכם. במידה וכתוב בהסכם שכל הצעה תעבור דרך המתווך הראשון, ובכל מקרה המתווך הראשון יקבל את דמי התווך - אסור לשני להציע הצעות חלופיות, ואם הציע - יש חיוב לשלם למתווך הראשון. (לפעמים יהיה חיוב לבעל הדירה לשלם גם למתווך השני, כך שהוא ישלם פעמיים דמי תווך).

ו. אם בעל הדירה חתם על הסכם לבלעדיות, ובכ"ז הוא השכיר את דירתו דרך מתווך אחר - יש לדון את בעל הדירה כדין מעסיק שמפטר פועל באמצע עבודתו, ועל בעל הבית לשלם למתווך הראשון כמו פועל בטל דהיינו חצי משכרו. אומנם אם כתוב בחוזה שבכל מקרה בעל הדירה ישלם למתווך הראשון - התנאי תקף, ועליו לשלם תשלום מלא למתווך הראשון.

ז. מן הראוי (בהעדר הסכם כתוב) שבעל הדירה יצור קשר עם המתווך הראשון לוודא האם יש הצעות ממשיות, ובמידה ואין למתווך שוכרים להציע לבעל הדירה - יכול הוא לקבל הצעות אחרות ממתווכים נוספים.

ח. ע"פ החוק, אם בעל הדירה חתם על בלעדיות - ההסכם יהיה תקף רק למשך חצי שנה בכפוף לעוד תנאים האמורים בחוק, ואם יש הסכם רגיל עם המתווך - ההסכם יהיה תקף למשך שנה אחת, כך שלאחר הזמן הקבוע בחוק - יכול מתווך שני להציע קונים או שוכרים לבעל הדירה.

ט. אדם שפנה מיוזמתו אל בעל הדירה והציע שירותי תווך, אך יש ספק האם אותו אדם התכוון לדרוש תשלום או לעשות טובה (כגון שמדובר בחבר וכד') - יש לקבל את סעיף 9 בחוק ששולל זכאות לדמי תווך ללא חתימה על מסמך מחייב.

י. במקרים בהם ברור שבעל הדירה מקבל שירות מהמתווך - יש חיוב בתשלום למרות שלא חתמו על חוזה כפי דרישת החוק.

# קונה שקיבל מוצר יקר יותר

**המקרה:**

אדם רכש מחנות לכלי נגינה חצוצרה באלף ש"ח. לאחר מספר שנים הלקוח הביא לחנות את החצוצרה לתיקון. בעל החנות אמר לו שהחצוצרה הזו שווה ארבעת אלפים, והוא בטעות קיבל את החצוצרה היקרה. כעת הם דורשים מהלקוח שיוסיף עוד שלושת אלפים ש"ח, או לחלופין לבטל את המכירה ולשלם על שכירות של חצוצרה לאורך הזמן שהוא השתמש בה.

**השאלות לבירור:**

א. דין הונאה בשוגג.

ב. תשלום השימוש בחצוצרה לאחר ביטול מקח.

ג. כיצד לשום את ההנאה מהשימוש בחצוצרה.

**א- דין הונאה בשוגג**

הרמב"ם (הלכות מכירה פרק יב הלכה א) כתב: "אסור למוכר או לקונה להונות את חבירו... ובין שהונה במזיד **בין שלא ידע שיש במכר זה הונייה - חייב לשלם**".

הב"ח (סימן רכז בס"ק א) למד דין זה מדברי הגמ' במסכת בבא מציעא דף נא עמוד א: "דתנו רבנן: וכי תמכרו ממכר לעמיתך אל תונו - אין לי אלא שנתאנה לוקח, **נתאנה מוכר** מנין? תלמוד לומר או קנה (מיד עמיתך) אל תונו. ואיצטריך למכתב לוקח, ואיצטריך למכתב מוכר: דאי כתב רחמנא מוכר - משום דקים ליה בזבינתיה, (המוכר מודע למחיר, לכן התורה אסרה עליו להונות את הלקוח במחיר גבוה יותר), אבל **לוקח דלא קים ליה בזבינתיה** - אימא לא אזהריה רחמנא בלא תונו". (קמ"ל שיש איסור הונאה גם בלקוח שהונה בשוגג).

נמצא שגם כאשר ההונאה נעשית הטעות - עדיין חלים דיני הונאה, ומכיוון שיש פער של יותר משתות, (כלומר יותר משווי 16.6% ממחירו הריאלי של המקח באותה חנות) - המקח בטל.

כך מבואר במסכת בבא מציעא דף נ עמוד ב: "אמר רבא, הלכתא: פחות משתות - נקנה מקח, (שכך הוא דרך מקח וממכר שאין הלקוח והמוכר יכולים לצמצם דמי המקח, ודרך העולם למחול עד שתות). יותר על שתות - ביטול מקח, ("דיותר משתות הוי כאלו לא נתקיים המקח כלל, ואין ביכולתו לקיים

המקח ולכוף למאנה שיחזיר לו הונאתו, דהמאנה יכול לומר לו או חזור במקחך או לא תבקש אונאתך" - ערוך השולחן הלכה ג). שתות - קנה ומחזיר אונאה[162]".

המשנה במסכת בבא מציעא דף מט עמוד ב כותבת: "עד מתי מותר להחזיר, (עד מתי המתאנה יכול לבטל ולהחזיר את המקח או לגבות את סכום ההונאה)? עד כדי שיראה לתגר או לקרובו". (אם עבר משך זמן בו המתאנה יכול להראות את המקח לקרובו או לתגר ולשום את סכום ההונאה - המתאנה לא יכול עוד לתבוע את המאנה, מכיוון ששהה יותר, מסתמא מחל על הונאתו. שכן אין בעצם החפץ פגם, כל הבעיה היא במחיר המקח שנתאנה בו).

הגמרא בדף נ עמוד ב כתבה: שיעור הזמן בו המתאנה יכול לתבוע, מדובר רק **בלקוח** שהתאנה שיכול לתבוע רק עד שיעור זמן שיראה לתגר או לקרובו, אבל אם **המוכר** התאנה - יכול הוא לעולם לחזור בו, שכן המקח אינו נמצא בידו, כך שאין הוא יכול לברר את שוויו של המקח. וכך מובא בגמ': "אמר רב נחמן: לא שנו אלא לוקח, אבל מוכר - לעולם חוזר".

לסיכום פרק זה, בעל חנות כלי הנגינה יכל גם לאחר שעבר זמן רב לבטל את המכירה בגלל הונאה למעלה משתות, כפי שנפסק בסימן רכז סעיף ח.

**ב- תשלום השימוש בחצוצרה לאחר ביטול מקח**

המחבר בסימן רלב סעיף טו כתב ע"פ דברי הגמ' במסכת בבא מציעא דף סו עמוד ב, שאם המקח בטל - הדרא ארעא והדרא פירי: "המוכר קרקע לחבירו ואכל פירותיה, ולאחר זמן נראה לו בה מום, אם רצה להחזיר הקרקע לבעלים - מחזיר כל הפירות שאכל. ואם היה חצר ודר בו - צריך להעלות לו שכר".

מכאן ניתן ללמוד, שיכול המוכר לדרוש מהקונה תשלום עבור השימוש בכלי נגינה, שהרי הלקוח נהנה מהכלי נגינה, ועל אותה הנאה יש חיוב לשלם.

---

[162] רבא פסק כשיטת **רבי נתן**, שבשתות המקח קיים, אלא שצריך המאנה להחזיר למתאנה את סכום ההונאה. בברייתא מובאת דעת **רבי יהודה הנשיא**, שבהונאת שתות, תמיד יד המתאנה על העליונה, ואם ירצה יוכל גם לבטל את המקח או לדרוש את סכום ההונאה.

**רש"י** (ד"ה ומחזיר) כתב: רבא פסק כרבי נתן שבשתות המקח קיים, ורק מחזיר את סכום ההונאה, זאת מכיוון שרבי נתן דיינא הוא ונחית לעומקא דדינא. אך **רבנו תם** (תוס' ד"ה אמר רבא) סבור, שרבא פסק כרבי יהודה הנשיא, ומה שאמר שבהונאת שתות המקח קיים, מדובר שהמתאנה מעוניין בקיום המקח, אך אין כופים אותו על כך, ואם ירצה לבטל את המקח - ידו על העליונה.

הרמב"ן (מסכת ב"מ דף נ עמוד ב) פסק כדעת רש"י ולא כדעת ר"ת והוסיף: "ואין צורך לכתוב זה, שקבלת הגאונים ז"ל תכריע". וכך גם פסק הב"ח (סימן רכז בס"ק ג): "אנן לא קיימא לן בהא כר"ת אלא כרש"י, דרב אלפס הסכים עמו... וכ"כ הרא"ש (סי' ט"ו), וכן נראה מדברי שאר הפוסקים".

הסמ"ע בס"ק לג הביא שני טעמים לדין זה:

א. **העיר שושן** הסביר: הקונה צריך להחזיר את הפירות, בכדי שלא יראה כמו **ריבית**, שהרי הקונה הוא כמו המלווה נתן כסף למוכר, והמוכר לאחר זמן מחזיר לו את כל הכסף וכן את השימוש בחפץ.

ב. **הסמ"ע** הסביר: הקונה צריך להחזיר את הפירות, שכן זו **מחילה בטעות** שאינה תקפה, שהרי אילו המוכר היה מודע שבהמשך הקונה יבטל את המקח - לא היה מסכים שהקונה ישתמש בחפץ.

בספר שורת הדין (חלק י עמוד עח) מובא: הנ"מ בין הטעמים תהיה במקרה בו הקונה לא שילם על החפץ, אך השתמש בה, (כגון שהמוכר הסכים לתת את הכלי נגינה לפני קבלת המעות). לפי **העיר שושן**, הקונה לא צריך להחזיר את דמי השימוש, שכן אין כאן ריבית, אבל לפי **הסמ"ע**, הקונה צריך להחזיר את דמי השימוש, שכן יש כאן מחילה בטעות.

הנתיבות בס"ק יד כתב: הטעם לדין זה אינו משום ריבית, שכן לא ניתן לגבות אבק ריבית ע"י הבית דין, אלא הטעם הוא כדברי הסמ"ע, שלאחר ביטול המקח, השימוש שהיה לפני כן חשוב **כגזל** בידו[163].

**ג- כיצד לשום את ההנאה מהשימוש בחצוצרה**

בפני הלקוח עומדות שתי אפשרויות: הוא יכול לרכוש את החצוצרה היקרה, לשלם על הפער במחירים, כך שהחצוצרה תהיה בבעלותו.

אך במידה והלקוח לא מעוניין לרכוש את החצוצרה היקרה, יכולים בעלי החנות לבטל את המקח. הלקוח כעת יקבל חצוצרה חדשה וזולה ששווה את האלף ש"ח ששילם לפני שנה, במקרה זה הוא יצטרך לשלם עבור ההנאה שיש לו מחצוצרה חדשה. החישוב יהיה כזה: אנו נשאל את הלקוח, איזה סכום כסף היית מוכן לשלם לאחר שנה עם החצוצרה הישנה בכדי לקבל חצוצרה חדשה. סכום זה עליו לשלם לחנות.

הסברא לכך: הוא השתמש במשך שנה בחצוצרה, כעת הוא מחזיר את החצוצרה ומקבל חצוצרה חדשה, יש לו הנאה ברכישת חצוצרה חדשה לאחר שנה, ועל הנאה זו עליו לשלם.

במידה והלקוח הרגיש בהבדל בין שתי החצוצרות, כגון שהצליל יותר חד, אחיזה נוחה יותר וכו' - יש לשאול אותו כמה היית מוכן לשלם כדי לקבל חצוצרה כזו איכותית, גם סכום זה הוא צריך לשלם

---

[163] האור שמח (הלכות מכירה פרק טז הלכה ח) כתב: מדברי **הרי"ף** (סימן קנג, מובא בשלט"ג מס' ב"מ דף ל: ס"ק א) משמע, שכך הדין גם בביטול מקח במטלטלים, שהקונה צריך לשלם על השימוש בזמן מהמכירה עד ביטול המקח. אבל **האור שמח** סבור, שדין זה נאמר רק בקרקעות ולא במטלטלים, שכן רק בקרקע אנו אומרים שקרקע לא נגזלת וצריך הקונה לשלם על השימוש לבעלים.

לחנות. החצוצרה הפשוטה עולה אלף ש"ח והאיכותית עולה ארבעת אלפים ש"ח, נאמר והלקוח היה מוכן לשלם עוד מאתיים ש"ח בכדי לקבל חצוצרה איכותית - זה יהיה סכום ההנאה שעליו לשלם לחנות. אך אם הלקוח יטען שהוא כלל לא הרגיש בהבדל בין שתי סגי החצוצרות, (כי ההבדל בניהם הוא רק במותג של החברה ולא באיכות המוצר) - הלקוח ישלם רק עבור ההנאה שיש לו מחצוצרה חדשה.

בעלי החנות דורשים מהלקוח שישלם תשלום גבוה כדין שוכר כלי נגינה. טענתם לא מתקבלת וכדברי הקצות בסימן רצא ס"ק ד: שומר אינו יכול להתחייב בעל כורחו.

העיקרון בתשלום נהנה הוא לבדוק איזה סכום הוא היה מוכן לשלם עבור השימוש. למשל, אדם רכש רכב ולאחר שלושה חודשים הגלה מום בגוף הרכב. המקח מתבטל ועל הקונה לשלם למוכר עבור השלושה חודשים שהוא נהנה מהרכב. החישוב יהיה בדרך הבאה: נשאל את הלקוח, איזה סכום היית מוכן לשלם בכדי לקבל רכב לתקופה של שלושה חודשים.

יש לציין, בדרך כלל במקרים אלו מומלץ לבוא לדיון בבית הדין, הדיינים יבחנו עד כמה הוא היה זקוק לרכב, אם למשל הוא נהג מונית שרכש את הרכב - וודאי שהוא יצטרך לשלם תשלום גבוה כמעט בגובה דמי שכירות, ואם הוא בקושי משתמש ברכב - הוא ישלם סכום קטן. גם במקרה כאן, אם למשל מדובר בנגן בתזמורת - החיוב מדין נהנה יהיה גבוה, כי הוא היה משלם הרבה בשביל לקבל את הכלי נגינה לכל התקופה, ואם מדובר בתחביב - התשלום יהיה בהתאם להנאתו.

**מסקנות**

א. גם על הונאה שנעשית הטעות - חלים דיני הונאה. לכן אם יש פער של יותר משווי 16.6% ממחירו הריאלי של המקח (באותה חנות) - המקח בטל.

ב. מקח שהתבטל בגלל דיני הונאה או בגלל מום במקח - יכול המוכר לדרוש מהקונה תשלום עבור השימוש בחפץ, שהרי הלקוח נהנה מהחפץ, ועל אותה הנאה יש חיוב לשלם.

ג. הלקוח יכול לשלם את הפער במחיר של החצוצרה היקרה ולרכוש את החצוצרה היקרה.

ד. לחלופין, בעלי החנות יכולים לבטל את המקח. הלקוח כעת יקבל חצוצרה חדשה וזולה ששווה את האלף ש"ח ששילם לפני שנה, במקרה זה הוא יצטרך לשלם עבור ההנאה שיש לו מחצוצרה חדשה. החישוב יהיה כזה: אנו נשאל את הלקוח, איזה סכום כסף היית מוכן לשלם לאחר שנה עם החצוצרה הישנה בכדי לקבל חצוצרה חדשה. סכום זה עליו לשלם לחנות.

ה. במידה והלקוח הרגיש בהבדל בין שתי החצוצרות - יש לשאול אותו כמה היית מוכן לשלם כדי לקבל חצוצרה כזו איכותית, גם סכום זה הוא צריך לשלם לחנות. אך אם הלקוח יטען שהוא כלל לא הרגיש בהבדל בין שתי סגי החצוצרות, (כי ההבדל בניהם הוא רק במותג של החברה ולא באיכות המוצר) - הלקוח ישלם רק עבור ההנאה שיש לו מחצוצרה חדשה.

ו. בעלי החנות לא יכולים לדרוש מהלקוח שישלם תשלום גבוה כדין שוכר כלי נגינה.

# שומת פנס רכב

**המקרה:**

אשתו של הנתבע פגעה עם רכבה בפנס הרכב של התובע. (הרכב של התובע חנה בצד המדרכה). אשת הנתבע התנצלה ואמרה שתשלם את הסכום הנדרש לתיקון.

לאחר מספר ימים הסדק בפנס התרחב, וזכוכית הפנס נשברה לגמרי. בעל המוסך החליף את כל הפנס. עלות התיקון: 921 ש"ח עבור הפנס ועוד 92.25 ש"ח עבור העבודה, ס"ה 1,013.25 ש"ח. (הדיון נסוב על אלף ש"ח).

**טענות התובע**

התובע דורש מהנתבע החזר של אלף ש"ח עבור עלות תיקון הפנס.

במהלך הדיון, התובע הציע הצעת פשרה: למרות שתיקון הפנס היה במוסך מורשה של חברת טויוטה, אם הנתבע מעוניין לחפש ולמצוא מוסך שמתקן פנס באותה איכות כפי שהייתה לפני הפגיעה במחיר זול יותר - התובע מוכן לספוג את הפער במחירים.

**טענות הנתבע**

הנתבע טוען שלא היה מודע לפרטי האירוע, רק לאחר מספר שבועות התובע יצר אתו קשר אמר שהחליף את הפנס וביקש את עלות התיקון.

הנתבע מודה עקרונית בגרימת הנזק, אך מערער על הסכום בגלל הסיבות הבאות:

א. מדוע אני צריך לשלם את כל הפנס, הרי צריך לשום את הרכב, כך שעלי לשלם רק על ירידת ערך הרכב בגלל שבירת הפנס (סכום נמוך ולא משמעותי).

ב. היה רק סדק קטן, כך שיתכן והתרחבות השבר נגרמה בגלל סיבות אחרות.

ג. מדוע אני צריך לשלם על כל הפנס, עלי לשלם רק על הנזק הקטן שגרמתי, כלומר על הסדק.

ד. לא מדובר על נזק מהותי לרכב, אלא רק על יופי, ומניין שיש חיוב לשלם על יופי.

**השאלות לבירור:**

א. האם המזיק צריך לשלם על תיקון או על ירידת שווי הערך?

ב. התייחסות לטענותיו של הנתבע (ב-ד).

ג. כיצד מתבצעת השומא בחפץ משומש?

**א- תשלום על תיקון או על ירידת הערך**

הנתבע מודה עקרונית בגרימת הנזק, אך ישנן שתי אפשרויות כיצד לבצע את חישוב הסכום אותו חייב הנתבע לשלם:

א. הנתבע ישלם את **עלות התיקון ועלות הפנס**, דהיינו אלף ש"ח כפי דרישת התובע.

ב. הנתבע ישלם את **שווי הפחת שנגרם לרכב** כתוצאה מפגיעת הרכב, כפי דרישת התובע. המשמעות של חישוב זה, שהמזיק ישלם סכום קטן, כי אין הבדל משמעותי במחיר בין רכב עם פנס לבין רכב ללא פנס.

במסכת בבא קמא דף נח עמוד ב מובא: יש קולא למזיק שהוא לא צריך לשלם את שווי הנזק אלא יש לשום את הפחת שנוצר כתוצאה מהנזק, כגון בהמה שאכלה ערוגה אחת, בעל הבהמה לא צריך לשלם את המחיר היקר של ערוגה אחת, אלא עליו לשלם רק את המחיר של הפער שיש במכירת פי שישים של אותה ערוגה שניזוקה, (ערוגה אחת מתוך שישים ערוגות כדעת חזקיה). וכ"פ המחבר בסימן שצד סעיף ד.

לכאורה, ע"פ דברי הגמ', יש לחשב את הסכום כפי האפשרות השנייה, כך שהנתבע ישלם לתובע רק את הפחת שיש לרכב, ולא את התשלום המלא של הפנס, כי ההבדל במחירון הרכב בין רכב עם פנס לרכב ללא פנס הוא קטן. (כמבואר בסימן שפז סעיף א).

אך החזון איש (ב"ק סימן ו בס"ק ג) חידש, שכל דברי הגמ' אמורים רק בדבר העומד למכירה, שאז אכן אין הפסד גדול למוכר בין שדה עם ערוגה לבין שדה ללא ערוגה, אבל אם השדה לא עומדת למכירה, הרי שנוצר הפסד לבעל השדה שצריך כעת לזרוע ערוגה נוספת, לכן על המזיק לשלם את שווי הערוגה. אף במקרה כאן, מדובר ברכב שלא עומד למכירה, כך שנוצר נזק משמעותי לבעל הרכב, לפיכך על המזיק לשלם את עלות התיקון.

יש לסייג זאת רק ברכב **שדרך העולם אכן לתקן במוסך מורשה**, כגון ברכב חדש שאכן הנוהג הוא להקפיד אפ' על שריטה קטנה, וק"ו על פגיעה בפנס, אך אילו היה מדובר ברכב ישן ובפגיעה קטנה שלא נהוג לתקנה - אין חיוב לשלם על הנזק אלא רק על הפחת.

הש"ך בסימן צה ס"ק יח כתב: "אף על גב דקי"ל לקמן סימן שפז דשמין למזיק - היינו היכא דאי אפשר לתקן הנזק, אבל היכא שאפשר לתקן - מסתברא שחייב המזיק לתקן הנזק". (וכן גם כתב בסימן שפז ס"ק א).

כלומר, מתי אנו אומרים ששמין למזיק, כך שהמזיק רק ישלם על הפחת? רק במקום בו לא ניתן לתקן, שאז שמים את שווי הפחת של שנגרם לחפץ, והמזיק ישלם את הפער, אבל במקום שניתן לתקן - המזיק מחויב לתקן את הנזק. וכך מוכח מדברי החזון איש (ב"ק סי' ו אות ג).

**ב- התייחסות לטענותיו של הנתבע (ב-ד).**

הנתבע טען: היה רק סדק קטן, כך שיתכן שהתרחבות השבר נגרמה בגלל סיבות אחרות. טענה זו לא מתקבלת, פנס הרכב היה שלם ותקין, התרחבות הסדק ובסופו של דבר שבירת הזכוכית - נגרמה כתוצאה ישירה מן המכה של רכב הנתבע בפנס רכב התובע.

הנתבע עוד טען: מדוע עלי לשלם על כל הפנס, עלי לשלם רק על הנזק הקטן שגרמתי, כלומר על הסדק, גם טענה זו לא מתקבלת. **כוח השבירה** שיש בפגיעת הרכב הוא זה שגרם לנזק בלתי הפיך לפנס הרכב. ובכל מקרה יש לחייב לפחות ע"פ **דינא דגרמי**, כדין גורם הוצאות לחברו, (כגון שורף שטרי חוב), שהרי הנתבע גרם לתובע להוציא הוצאות ברכישת פנס חדש לרכב, ועל גרימת הוצאה זו יש חיוב בתשלום מדינא דגרמי.

הנתבע עוד טען: לא מדובר על נזק מהותי לרכב, אלא רק על יופי, ומניין שיש חיוב לשלם על יופי. גם טענה זו לא מתקבלת. פנס שבור ברכב זהו נזק מהותי לרכב ולא פגם ביופי הרכב. המדד לכך הוא במבחן כשירות תנועה לרכב (טסט לרכב), בעל רכב עם פגיעה כזו בפנס לא יקבל רישיון לרכבו, הרכב לא יעבור את הטסט עד לאחר תיקון הפנס.

התובע דורש מהנתבע שיחזיר את מצב הרכב לקדמותו, (רכב עם פנס תקין) וישלם גם על עלות העבודה. תביעתו זו מתקבלת, וכדבריו הברורים של הנתיבות בסימן שמ ס"ק ג: "אטו אם אחד יסתור כלי או בנין של חבירו, שאומן יכול להחזירו - יפטר מלשלם שכר האומן?! **אלא ודאי דכל מזיק מחוייב להחזיר הנזק שיהיה כמות שהוא בראשונה כל שניכר היזקו אף שלא נשתנה לגמרי**, ודוקא גזלן כשנעשה נזק בהגזילה שלא ע"י מעשה הגזלן - אינו חייב כשלא נשתנה, ויכול לומר לו הרי שלך לפניך, **אבל מזיק בידים - חייב להחזיר דמי הנזק אפילו כשלא נשתנה**".

הנתבע הזיק פנס שהיה מחובר לרכב, כך שעליו לשלם את הסכום הדרוש בכדי להחזיר את המצב לקדמותו, כלומר מחיר פנס כפי שהיה בשעת הנזק וכן את עלות התיקון.

**ג- כיצד מתבצעת השומא בחפץ משומש**

המזיק חפץ מסוים - צריך לשום כמה החפץ היה שווה **בשעה שנעשה הנזק**, וכמה החפץ שווה **לאחר הנזק** ואת ההפרש יש לשלם.

בכדי לבצע את השומא, צריך שיהיו שלושה שישומו את החפץ הניזוק. ואם השמאים חלוקים בניהם - הולכים אחר הרוב כמו בבית דין, ואם כל אחד מהשמאים אומר סכום אחר - הולכים אחר הסכום הממוצע שבניהם[164]. (כמבואר בסימן קג סעיפים א-ב).

[164] בכדי לחשב את הסכום הממוצע, צריך לקחת את סכום הגבוה ואת הסכום הנמוך, והפער שיש בניהם לחלקו לשניים ולהוסיף לסכום הנמוך. לדוגמא: שמאי אחד העריך את שווי המוצר בחמישים ש"ח, ושמאי שני העריך בשישים ש"ח, ושמאי שלישי העריך בשבעים ש"ח. נמצא שהפער בין הסכום הגדול לסכום הקטן הוא עשרים ש"ח, מחצית מסכום זה יוצא עשרה

אומנם אם מדובר בחפץ משומש - לא שמים את שווי החפץ כפי מחיר חפץ חדש, אלא כפי מחיר חפץ משומש. כך שעל המזיק להחזיר את שוויו של הפנס כפי שהיה שווה בשעת הנזק ולא את שוויו של פנס חדש.

ישנן מספר דרכים כיצד לשום חפץ משומש (מחיר החפץ בשעה שנעשה הנזק), אציין שתיים מתוכן:

א. **יש דיינים ששמים בדרך הבאה** (כך שמים בבית דין של הגר"נ קרליץ): המזיק מוצר ולא ניתן לתקנו (או שלא שווה לתקן) והמוצר כעת לאחר ההיזק לא שווה כלום, צריך לבדוק את שוויו כמוצר משומש במועד שלפני ההיזק. לצורך כך יש לבחון כמה המוצר עלה, וכן צריך לבדוק כמה זמן בממוצע מחזיק אותו מוצר, המזיק ישלם את מחיר המוצר פחות זמן השימוש. (למשל, פנס הרכב עולה אלף ש"ח, ואם נאמר שהפנס מחזיק למשך עשרים שנים, יוצא שכל שנה הפנס מוריד מערכו חמישים שקלים. הרכב הוא משנת 2010, נמצא שלאחר שבע שנים הפנס איבד מערכו 350 ש"ח, כך שעל המזיק לשלם 650 ש"ח).

ב. **יש דיינים ששמים כך:** יש לשאול את הניזק, איזה סכום היית מוכן לשלם בשביל שיחליפו לך לחפץ חדש, ואת הסכום הזה יש להפחית מהמחיר של החפץ החדש.

מבדיקה שנעשתה ע"י בית הדין עולה שמחיר פנס חדש של חברת טויוטה עולה 800 ש"ח לפני מע"מ. ניתן לרכוש פנס משומש בחצי מחיר. עלות פנס משומש ועלות התיקון 501.5 ש"ח.

**החלטות**

א. המזיק לרכב שלא עומד למכירה - עליו לשלם את עלות התיקון ולא רק את תשלום הפחת.

ב. הנתבע הזיק פנס שהיה מחובר לרכב, כך שעליו לשלם את הסכום הדרוש בכדי להחזיר את המצב לקדמותו, כלומר מחיר פנס כפי שהיה בשעת הנזק וכן את עלות התיקון.

ג. לאור זאת על הנתבע לשלם לתובע 501.5 ש"ח.

---

ש"ח, אנו נוסיף את מחצית הפער (עשרה ש"ח) לסכום המינימאלי (חמישים ש"ח) וזה יהיה הסכום הממוצע. במקרה כאן שומת החפץ תהיה שישים ש"ח.

בס"ד

# דיין שדן את התלמיד שלו

**המקרה**

מזכירות הישוב ביקשה לתבוע בב"ד של הישוב בחור ישיבה. מתברר שהנתבע הוא תלמיד שלי, השאלה היא האם מותר לדיין לדון את תלמידו? (בסופו של דבר הצעתי פשרה והמזכירות לא תבעה את התלמיד).

**השאלות לבירור:**

א. דין דיין אוהב או שונא.

ב. דיין הדן את תלמידו.

**א- דיין אוהב או שונא**

במשנה במסכת סנהדרין דף כז עמוד ב מובא: "(שיטת **רבי יהודה**) - האוהב והשונא (אסור להם לדון ולהעיד). אוהב - זה שושבינו, שונא - כל שלא דבר עמו שלשה ימים באיבה".

"(שיטת **חכמים**) - אמרו לו: לא נחשדו ישראל על כך". (יש לחלק בין עדות ובין דיינות: מותר לאוהב ושונא **להעיד**, שכן הם מעידים על מציאות שקרתה, ואינם חשודים על עדות שקר, אבל אסור לאוהב ושונא **לדון**, שכן בדין יש סברות, "והמחשבה משתנה מחמת אהבתו או שנאתו, אפילו בלא כונת רשע", כדברי הסמ"ע בס"ק א).

הגמ' בדף כט עמוד א כותבת: "אלא סברא הוא: אויב מאי טעמא - משום דמרחקא דעתיה - אוהב נמי מקרבא דעתיה. - **ורבנן**: האי לא אויב לו ולא מבקש רעתו מאי דרשי ביה? - חד לדיין, (שמותר לאוהב ושונא רק להעיד, אך אסור לדון כנ"ל), אידך - כדתניא, אמר רבי יוסי ברבי יהודה: והוא לא אויב לו ולא מבקש רעתו - מכאן לשני תלמידי חכמים ששונאין זה את זה שאין יושבין בדין כאחד".

וכן מבואר במסכת כתובות דף קה עמוד ב, שאסור לדון את האוהב ואת השונא: "א"ר פפא: לא לידון איניש דינא למאן דרחים ליה ולא למאן דסני ליה, (אסור לדיין לדון את אוהבו או את שונאו). דרחים ליה - לא חזי ליה חובה, דסני ליה - לא חזי ליה זכותא".

הרא"ש (סימן כג) ביאר מדוע אסור לדיין אוהב או דיין שונא לדון: "באהבה מועטת - לבו נוטה לזכות, ובשנאה מועטת - הלב נוטה לחובה".

השיטה מקובצת (מסכת בבא קמא דף צב עמוד ב) כתב בשם תלמיד ר"י מיגאש: במסכת בבא קמא דף צב עמוד ב מובא: "אמר ליה רבא לרבה בר מרי, מנא הא מילתא דאמרי אינשי: בירא דשתית מיניה לא תשדי ביה קלא? (מה המקור לאמרה: בור ששתית ממנו - אל תזרוק בו אבן)? א"ל דכתיב: לא תתעב אדומי כי אחיך הוא ולא תתעב מצרי כי גר היית בארצו". מכאן אנו למדים שאין לגרום רעה למי שנהנית ממנו.

ר"י מיגאש סיפר שרבו הרי"ף היה חולה, והרי"ף השתמש במרחץ של אחד האנשים בכדי להתרפא, לאחר זמן אותו אדם ירד מנכסיו והיה חייב כסף להרבה אנשים, הרי"ף לא רצה לדון אותו בגלל שנהנה ממנו, ולא רצה שבגללו יגרם לו הפסד אם יפסוק לרעתו. נמצא שיש שתי סיבות מדוע לא לדון אוהב: א)- יתכן **ויטה את הדין** לזכותו בגלל הטובה שעשה עמו. ב)- יש **בעיה מוסרית** אם ידון לחובתו וישלם רעה למי שעשה לו טובה[165].

**גדר אוהב ושונא הפסולים לדון** - נחלקו הראשונים, האם יש לחלק בין רמת האהבה והשנאה:

א. **שיטת הרא"ש** (סימן כג על סמך דברי התוס' במסכת כתובות שם בד"ה לא) - יש לחלק בין אוהב ושונא ברמה גבוהה, ובין אוהב ושונא ברמה רגילה. כאשר האהבה או השנאה גדולה - אסור לדיין לדונם, ואם דן - הדין פסול גם בדיעבד. אבל במידה ואין אהבתם או שנאתם גדולה - רק לכתחילה אסור לדונם, אבל בדיעבד אם דנו - הדין כשר.

ב. **שיטת הבית יוסף בדעת הרמב"ם** (הלכות סנהדרין פרק כג סעיף ו) - אין לחלק בין דרגות האהבה והשנאה, ותמיד יש לאסור. אם כי האיסור הוא רק לכתחילה, ובדיעבד הדין קיים, (גם באוהב ושונא גמור, בניגוד לדברי הרא"ש).

ג. **שיטת הב"ח** (בס"ק יא) **והתומים** (בס"ק ט) **בדעת הרמב"ם** - גם בדיעבד אם דן - הדין פסול. כך משמע מדברי הרמב"ם בפירוש המשניות (מסכת נדה פרק ו משנה ד), ואין הכרע מדברי הרמב"ם (הלכות סנהדרין פרק כג סעיף ו) מה יהיה הדין בדיעבד.
בשו"ת משפטי עוזיאל (כרך ד סימן ט) מובא: יש פוסקים הסבורים בדעת הרמב"ם, שאם אוהב או שונא, דן - גם בדיעבד הדין בטל. "מהר"א בן ששון הוכיח מדברי הרמב"ם שכתב (בה' עדות פ' י"ג): האוהב והשונא כשר לעדות אעפ"י שהוא **פסול לדון**, ועוד שבדבר שפסולו מדאורייתא אין לחלק בין לכתחלה לדיעבד". (תשובות תורת אמת למהר"א בן ששון סימן צ"ז ועין בלח"מ ה' סנהדרין שם).

המחבר בסימן ז סעיף ז פסק כרמב"ם. והרמ"א פסק כרא"ש.

הרמב"ם (הלכות סנהדרין פרק כג הלכה ו) הדגיש: לא רק שושבין פסול לעדות אלא כל חבר טוב (ריעו אשר כנפשו) - פסול לעדות גם אם לא היה השושבין שלו. הרמב"ם סיים: "אלא צריך שיהיו שני בעלי דינים שוין בעיני הדיינים ובלבם, ואם לא היה מכיר את אחד מהם ולא מעשיו - אין לך דיין צדק כמוהו".

---

[165] ר"י מיגאש סיים: "אם היה זה במי שקבל הנאה מבשר ודם - כל שכן וק"ו באלוה יתברך שממנו נשפע הטוב הגמור שראוי להודות לו הודאה גמורה ולא יעשה מה שיקניטנו ולא מה שהוא שנוי לו".

מהרי"ק (שורש כא ענף ד) על סמך דברי התוס' הנ"ל כתב: כל הפסול המובא במסכת כתובות לדון אוהב ושונא שאינו גמור - אינו אלא רק ממידת חסידות, "אבל **במקום שהחומרא גורם שום הפסד לתובע או לנתבע - חלילה שיחמיר עליו שלא לדונם**".

במשפטי עוזיאל (שם) עוד מובא: "ועין עוד למרן החיד"א, שהביא כמה מרבוותא דסברי בדעת הרמב"ם, שאוהב ושונא גמור - פסולין לדון, ואם דנו - אין דיניהם דין, והיינו משום שדעתם נוטה לאהוב להם ולא חזו ליה חובה, או שאינם מהפכים בזכות מי שכנגדם. וכן למי ששנוא להם לא חזו ליה זכות, ולעומת זאת אינם רואים חובה למי שכנגדו, **ולא מפני שחשודים לעוות הדין, אלא שכן הוא הדבר בטבעו של אדם**, **שהזכות והחובה מבצבצים מאליהם לפי נטיותיו**, והוא הדין כששמע טענות צד אחד".

החזון איש (אמונה ובטחון פרק ג סעיף ל) כתב: "חובת התלמיד להאמין כי אין נגיעה בעולם בעלת כח להטות לב חכם לעות משפט, כי מגמת החכם לזכות נפשו, ולתגאל באיזה אשמה - יכאב לנפשו יותרמכל מכה ופצע, ואיך ייתכן כי בשביל בצע כסף או לעגי חנף, יחבל נפשו לעות משפט. נוסף לזה כי תכונת האמת היא אצל חכם תכונת נפשו ושרש מציאותה וכל אבקת שקר ממנו והלאה".

"...והנה אין הזהרת השוחד מכלל המשפטים אלא מכלל חוקים, שהרי לא אסרה תורה הוראה לעצמו ואדם רואה טריפה לעצמו, אף אם הוא דל וכל חייו תלויים בו, והוא מורה בחמץ שעבר עליו הפסח אף ברכוש גדול... ואנו בטוחים בחכמים שהנם מורמים מפחיתויות כאלה, ולא יחשדו בם אלא קטני הדעת נעדרי בינה אשר לא ידעו ולא יבינו נפש משכיל. ואף במשפט בין איש לרעהו, לא פסלה תורה רק בשוחד שבזמן המשפט, אבל לא אסרה תורה לשפוט את אהובו ואת שנואו, רק שושבינו ושונאו שלא דיבר עמו ג' ימים לדעת י"א בחו"מ סימן זסעיף ז בהגה, ואף שנטיה הטבעית יש במוחלט להטבת אהובו ולרעת שנואו - אך כח טומאת השוחד אין כאן, והתורה האמינה בבטחה גמורה את הדיין כי יראה נכוחות, ולא יטה ליבו לשאיפת טבעו כהרגל שנעשה טבע שני אצל חכם, והאמת תמיד נר לרגלו ואור לנתיבתו, וצדקו ישוב משפט".

הסמ"ע בס"ק כב כתב בשם תרומת הדשן (פסקים וכתבים סימן רנח): "יש מנהג במדינתינו שלא לפסול שום ב"ד לסדר הב"ד, וכל המנהג עוד היום בגבולינו... ואף על גב דיש להתיר אחר המנהג - ידע מר דגדולי עולם ישבו בארץ מי ישנה את מנהגם".

הפתחי תשובה בס"ק יא כתב בשם הברכי יוסף (בס"ק כ): יש ספק האם ניתן לדון כאשר שני הצדדים הם אוהביו או שני הצדדים שונאיו, ניתן לומר שהאיסור לדון אוהב ושונא שייך רק כאשר אחד מהצדדים אוהב ושונא, ונמצא שהוא קרוב לאחד מהם יותר מאשר לשני, אך כאשר שני הצדדים קרובים אליו במידה שווה - מותר לדון, אך יש לפסוק שאסור לו לדונם, כי האהבה או השנאה לשני הצדדים היא לא במידה שווה, תמיד יש פער באהבה או בשנאה שבין שני אנשים שונים, ומדברי הרא"ש (סימן כג) אנו למדים "דמעט אהבה או שנאה מטה את לבו".

הפתחי תשובה בס"ק יג כתב: השושבין - פסול לעדות בכל שבעת ימי המשתה, כך כתב הסמ"ע בס"ק יח בשם **רש"י** (מס' סנהדרין דף כז: ד"ה שושבינו), אבל **רבנו ירוחם** (נ"א ח"א) כתב: שהפסול חל רק

ביום הראשון, וכן כתב האורים בס"ק יז: "ונראה דבזמן הזה אשר בעו"ה ערבה כל שמחה, ואין נוהגים לעשות כל ז' ימי המשתה - לכו"ע מיום ראשון ואילך מותר לו לדון, ואח"כ אין כאן אהבה וחיבה כלל ונפרדו איש מעל רעהו".

הפתחי תשובה בס"ק יד כתב בשם שו"ת שבות יעקב (חלק א סימן קמא): דיין שגר בשכנות של אחד הצדדים (בשכוני גוואי באותה דירה), אם הם חברים טובים ("ריעו אשר כנפשו") - אסור לו לדונו, אבל אם לא חברים טובים - מעיקר הדין מותר לו לדונו אך ראוי שלא ידונו.

הפתחי תשובה בס"ק יז כתב בשם הזוהר הקדוש (פרשת בלק ר"ה ע"ב) "על פסוק אבינו מת במדבר כו' - מבואר להדיא שגם **הדיין צריך להשמט שלא לדון מי שחושדו בשנאה**, אם לא כשאין דיין אחר בעיר, דאז ודאי לאו כל כמיניה למיפסל דייני רק בבירור גמור".

הפתחי תשובה בס"ק יט כתב בשם שו"ת בית יעקב (סימן סז): דיין שפסול לדון בגלל שהוא אוהב או שונא - **מותר לו לשבת בדין עם שני דיינים כשרים בתנאי שישתוק ולא יצטרף לדיון**. (כגון שחסר דיין שלישי להרכב - ניתן לצרף את הדיין הפסול). אבל שני דיינים ששונאים זה את זה - אסור להם לשבת באותו הרכב גם אם ישתקו.

**ב- דיין הדן את תלמידו**

הגמ' במסכת שבועות דף ל עמוד ב כותבת: "ואמר רבה בר רב הונא: האי צורבא מרבנן ועם הארץ דאית להו דינא בהדי הדדי, לא ליקדום צורבא מרבנן וליתיב, משום דמיחזי כמאן דסדר ליה לדיניה. (אסור לת"ח להקדים ולשבת ליד הדיין, שלא תהיה מראית העין של שמיעת צד אחד ללא נוכחות הבעל דין השני), ולא אמרן אלא דלא קביע ליה עידניה, (הוא לא תלמיד של הדיין), אבל קביע ליה עידניה - לית לן בה, מימר אמר: בעידניה טריד".

הריטב"א (שם) כתב: "ואגב אורחין שמעינן מהכא, שהרב דן לתלמידו, ואף על פי שחשוב עליו כבנו כדאיתא בירושלמי". וכ"פ הרמ"א.

מספר טעמים נאמרו מדוע מותר לדיין לדון את תלמידו:

א. מהרי"ק (סימן טז) כתב: מותר לרב לדון את תלמידו, למרות שהתלמיד או אביו משלמים לו שכר מותר לדונם, **אין השכר נחשב כשוחד כי השכר הוא עבור טרחת המלמד**.
ב. הלבוש (סעיף ט) הסביר: "הרב יכול להיות דיין לתלמידו, **שאינו אוהבו יותר מחמת שהוא תלמידו**".
ג. ערוך השולחן (סעיף יב) הסביר: "הרב יכול להיות דיין לתלמידו אף לכתחלה, ואין השני יכול לפוסלו, **דחלילה לומר שמתוך אהבתו לו בתורה יטה לבו אחריו**, אא"כ יודע הרב בעצמו שמצד תורתו הוא אוהבו ממש דאין לו לישב בדינו".

ד. מהריב"ל (חלק ג סימן צז) הסביר: אין צורך להחמיר ממידת חסידות ולא לדון, כי לא מצאנו בתלמוד שום רמז לכך ששוכר יהיה פסול לדון, וגם **לא יתכן לומר שרב קהילה יהיה פסול מלדון את אחד מבני הקהילה** בגלל שהם שומעים שיעורים ולומדים ממנו תורה.

הש"ך בס"ק יב הוסיף: מותר לאורח לדון את המארח שלו, וכן מותר לפועל או לשכיר לדון את המעסיק שלו.

**מותר לתלמיד לדון את רבו** - בשו"ת צמח צדק (חושן משפט סימן נ) מובא: "וה"ה אפי' תלמיד לרב, דמאי שנא מרב לתלמיד שהכשיר מהרי"ק ש' י"ו, דאדרבא אהבת רב לתלמיד גדולה יותר מתלמיד לרב, שהרי התלמידים קרואים בנים, כמ"ש התוי"ט בהקדמה למס' אבות בשם הרמב"ם והכתובים, וא"כ הרי אהבת האב לבן גדולה יותר מאהבת בן לאב, ומדהכשירו רב לתלמיד - כ"ש תלמיד לרב".

# נזקי עובש בבית שכור

**המקרה:**

התובעים שכרו דירה בת שלושה חדרים ב- 1450 ₪ בחודש. התובעים התלוננו בתחילת החורף על עובש בחדר השינה, עובש שנגרם בגלל בעיית בידוד בבית, (מדובר בבית בבנייה טרומית). כתוצאה מהעובש נגרם נזק למיטה, למזרן, לשמיכות ולתיקים של התובעים.

**טענות התובעים**

השוכרים התלוננו בפני המשכיר על עובש שיש בתקרה, המשכיר שלח איש מקצוע שבדק את הבית והמליץ על אוורור הבית. התובעים הצהירו שהם אכן אווררו את הבית אך הבעיה לא נפתרה אלא אף התגברה: העובש הגיע גם למטה ולמזרן.

לאחר תלונות נוספת, המשכיר שלח איש מקצוע שני שהמליץ להוסיף בידוד בגג, אך דבר זה לא בוצע.

לטענת התובעים, במשך ארבעה חודשים לא יכלו לגור בחדר בגלל אוויר דחוס, ותחושה שהעובש נכנס לנשימה.

התובעים דורשים לקבל בחזרה את החפצים שניזוקו כתוצאה מהעובש:

1. מיטה ומזרן שנאלצו לזרוק לאשפה עקב עובש מאסיבי שחדר לתוך המיטה והמזרן - בסך 8,555 ₪
2. שתי שמיכות פוך - (קיבלו במתנה ולא יודעים להעריך את העלות).
3. שני תיקים שנדבק אליהם עובש (טרם נזרקו).
4. פיצוי על כך שהם לא השתמשו בחדר עם העובש במשך ארבעה חודשים.

**טענות הנתבעים**

הנתבעים גרו בבית זה במשך שנים רבות ולא הייתה להם כל בעיה של עובש, זאת מכיוון שהם אווררו את הבית היטב.

הנתבע שלח שני אנשי מקצוע לבחון את הבעיה, האיש מקצוע הראשון בדק שאין שום בעיית נזילה, והמליץ רק לאוורר את הבית בצורה משמעותית. האיש מקצוע השני המליץ להוסיף לוחות קלקר, אבל המשכיר לא הוסיף בגלל שכבר קיים ריצוף בגג, כך שלטענתו אין עוד צורך בלוחות הקלקר.

הנתבעים דורשים מהתובעים לשלם 4,500 ₪ עבור עלות צביעת הבית כפי שהם התחייבו בחוזה.

**השאלות לבירור:**

א. האם המשכיר מחויב לתקן ליקויים שהתגלו בבית שכור.

ב. תשלום שכר דירה במציאות בה השוכר לא יכול לגור בבית.

ג. מה הגורם לעובש.

ד. השוואת נזקי עובש לבור.

ה. השוואת נזקי עובש לאש.

ו. ניזק שיכל למנוע את הנזק.

ז. תביעת המשכירים לטפל בעובש.

**א- תיקונים בבית שכור**

במשנה במסכת בבא מציעא דף קא עמוד ב מובא: המשכיר מחויב להתקין בבית כל דבר הנצרך לבית, בתנאי שצריך להביא בעל מקצוע עבור התיקון, אבל תיקון שלא מצדיק הבאת בעל מקצוע, אלא כל אדם מתקן בצורה עצמאית לביתו - השוכר יתקן ולא המשכיר.

בגמ' מבואר שעל המשכיר מוטל החיוב לתקן כל דבר **המונע מהשוכר לגור בבית בצורה רגילה**. אבל דברים שאינם קשורים למגורים בדירה (למשל סולם) - השוכר צריך לשלם.

הרמב"ם (הלכות שכירות פרק ו הלכה ג) כתב: "כל כיוצא באלו מדברים שהן **מעשה אומן**, והם **עיקר גדול בישיבת הבתים** והחצרות". וכך גם פסק השו"ע בסימן שיד בסעיף א.

כלומר, ישנם שני כללים מתי אנו מחייבים את המשכיר לשלם:

ה. כל דבר המונע מהשוכר **לגור בבית בצורה רגילה**, כדרך שבני אדם רגילים לדור בביתם.

ו. המשכיר חייב לתקן כל דבר **שמצריך תיקון של בעל מקצוע**.

ישנו דיון בין הפוסקים בחיוב תיקון קלקול באמצע תקופת השכירות[166], אך למעשה הרמב"ם (הלכות שכירות פרק ו הלכה א) פסק: "ובכל אלו הדברים - הולכין אחר מנהג המדינה והשמות הידועין להם, כדרך

[166] **הרא"ש** (כלל לה סימן ו, מובא בשלט"ג דף ס. ס"ק ד) כתב: משכיר שהתחייב לבית זה, רק אם כל הבית ייפול ולא יהיה ראוי למגורים, רק אז המשכיר לא יהיה חייב להעמיד דירה חלופית, אבל **במקרה שהבית קיים, אלא שמסוכן לגור בו - המשכיר מחויב לתקן את כל הלקויים, גם במקרה שאמר לו 'בית זה'**. דהיינו, אפ' אם הבית מסוכן שעלול ליפול, בכ"ז יש לו שם של בית וצריך המשכיר לתקן, ק"ו בליקויים שלא מסכנים את הבית, שהמשכיר חייב לתקן מכיוון שיש שם של בית. נמצא אפוא, לדעת הרא"ש, המשכיר תמיד חייב לתקן ליקויים בבית, בין בתחילת השכירות ובין באמצע תקופת השכירות.

שאמרנו בענין מקח וממכר". וכ"פ הרמ"א בסימן שיד סעיף ב. לאור דברי הרמב"ם והרמ"א הללו, ניתן היום לחייב את המשכיר לשלם את הוצאות התיקון ע"פ מנהג מדינה. הנוהג היום הוא שהמשכיר משלם את כל התיקונים הנצרכים לבית שצריך בעל מקצוע בכדי לתקן.

בשו"ת חקרי לב (חו"מ ג עמוד קיא טור א) מובא: "ומיהו רואה אני, שאע"ג דרובא דרבוותא סברי בהשכיר בית זה ונתקלקל דבר מהבית - שאינו חייב לתקן... עם כל זה לבי מהסס לחייבו, שהרי **מנהג העולם** שהמשכיר מתקן כל צרכי הבית שנתקלקלו, גם בהשכיר בית ידוע (בית זה)... וכבר ידוע שכל שנתפשט המנהג בכל פלוגתא דרבוותא, כאחד מן הסברות - מוציאין מיד המוחזק, **וכל שכן בדיני שכירות שרובם תלויים במנהג המדינה**".

ערוך השולחן בסימן שיד סעיף ד למעשה פסק, שיש חיוב על המשכיר לתקן כפי הנהוג באותה מדינה. "**והמנהג אצלנו** שאם נתקלקלו דברים כאלו במשך **ימי השכירות** - מ**תקנם המשכיר** אם לא **שהיה בפשיעת השוכר או אחד מבני ביתו, דאז אין על המשכיר לתקן**".

חוק השכירות והשאילה (תשל"א סעיף 7) קובע: "המשכיר חייב, תוך זמן סביר לאחר שקיבל דרישה לכך מאת השוכר, לתקן במושכר, או בנכס שברשותו המשמש את המושכר, כל דבר השולל או המגביל הגבלה של ממש את השימוש במושכר לפי ההסכם או לפי המקובל בנסיבות (להלן - פגם), בין שהפגם היה בזמן מסירת המושכר לשוכר ובין שהתהווה לאחר מכן, זולת פגם שהשוכר אחראי לו לפי חוק השומרים, תשכ"ז–1967, או שתיקונו, לפי ההסכם או לפי המקובל בנסיבות, אינו חל על המשכיר".

---

אומנם לדעת **הריטב"א** (דף קא: ד"ה המשכיר), במידה והבית לא נפל אלא רק נגרם קלקול - המשכיר אינו צריך לתקן את הבית. (מובא בנימוקי יוסף בדף נט. ד"ה גמ').

המחבר בסימן שיב סעיף יז פסק כדעת הרא"ש (המחבר הביאו בשם ויש מי שאומר), והרמ"א שם שתק ולא חלק על המחבר, משמע שהוא סבור כדברי המחבר, שגם בבית זה יש חיוב על המשכיר לתקן ליקויים כאשר לא כל הבית נפל. אך הרמ"א בסימן שיד סעיף א, פסק כדברי הריטב"א, שבבית זה אין חיוב על המשכיר לתקן.

לאור זאת הקשה הקצות בס"ק א: כאן פסק הרמ"א כדעת הריטב"א, שאם המשכיר אמר 'בית זה' - אין המשכיר חייב בתיקונים שיקרו בתקופת השכירות, אך בסימן שיב המחבר פסק כדעת הרא"ש שאם הבית לא ייפול כולו, הרי שגם 'בבית זה', המשכיר חייב לתקן את כל הליקויים. הקצות נשאר בצ"ע.

ערוך השולחן (סימן שיב סעיף לג) כתב: יש ספק בדין זה והמוציא מחברו עליו הראייה, לכן אם השוכר כבר שילם - לא יוכל להוציא מהמשכיר, אך אם נשארו מעות ביד השוכר, הוא רשאי לתקן את התקלות שיש בבית ולהפחית מתשלום דמי השכירות.

הנתיבות בסימן שיב ס"ק יא הסביר באופן אחר את החילוק בין בית זה לבית סתם: השוכר בית סתם - המשכיר חייב לתקן את הקלקולים שיש בבית ולא משנה העלות כנ"ל, אומנם השוכר בית זה - המשכיר חייב לתקן רק קלקולים שעלות תיקונם לא עולה על עלות תשלום השכר דירה. דהיינו רק שכר הדירה משועבד לתיקון בית זה, והמשכיר לא צריך להוסיף מכספו עבור תיקונים בבית זה.

ע"פ הסבר הנתיבות אין כל סתירה בין פסקי הרמ"א, בסימן שיב מדובר בקלקול בבית זה שעלות תיקונו לא עוברת את דמי השכירות, לכן המשכיר מחויב לשלם, אומנם בסימן שיד מדובר בקלקול גדול שעלותו עולה על תשלום דמי השכירות - אין המשכיר מחויב לשלם מעבר לדמי השכירות שמשועבדים לשוכר בית זה.

כסף הקדשים (על סעיף א) כתב: "השוכר בית מחבירו ונתקלקל התנור ודכוותיה - נכון לו (לשוכר) להראות לבקיאים ולתקן עפ"י בד"צ. ואם לא הראה לבקיאים, ולא לבד"צ, **והוציא (השוכר ממון) ותיקן**, וטוען שכן הוא הכרחי להדירה, גם אם אין בקיאים יודעים שכן הוא טענתו טענה, **אך מוטל עליו להישבע** שכן הוא, גם כשהמשכיר אינו טוען נגדו ברי, וכבסימן צג במוציא הוצאות ברשות, (עיין גם בסימן צא סעיף ג בדברי הרמ"א), **ויכול לנכות מהשכירות שבידו**".

בסעיף 6 ג בחוזה השכירות נאמר: "המשכיר מתחייב לבצע כל תיקון במבנה אם יתעורר הצורך לכך בתקופת השכירות".

ובסעיף 11: "צד שיפר חוזה זה, או לא ימלא אחר הוראותיו, או יאחר למלא אחריהן, ישלם לצד האחר את מלוא הנזקים, ההפסדים, ההוצאות ואובדן הרווחים שנגרמו בשל ההפרה".

**ב- תשלום שכר דירה במציאות בה השוכר לא יכול לגור בבית**

הנתיבות בסימן שי ס"ק ב כתב: "ונראה דהוא הדין בשוכר בית ונלקח לאנשי חיל, דאם אפשר לדור עמם - הוי כראוי עדיין למלאכה ומשלם הכל, אבל אם נלקח כל הבית שאי אפשר לדור עמהם - אינו חייב רק כפי מה שדר בו[167]".

הנתיבות בסימן שכא בס"ק א חילק בין נזק בשימוש לבין נזק בגוף הבית: נזק **בשימוש** (פירות) - לא גורם לביטול השכירות כדין מקח טעות, ולפיכך על השוכר לשלם עבור הזמן שהיה בבית למרות הנזק, במצב זה אנו אומרים מזלו של השוכר גרם לנזק, אך אם מדובר בנזק **בגוף** הבית - השוכר לא צריך לשלם על השכירות, כאן אנו נאמר מזלו של המשכיר גרם להפסד.

ע"פ דברי הנתיבות בסימן שי יש לומר שכל נזק שגורם לכך שהשוכר לא יוכל לגור בבית יש להחשיבו כנזק בגוף הבית, כך שהשוכר לא מחויב לשלם עבור זמן השכירות בכל התקופה בה קיים הנזק.

יש לסייג זאת למקרים בהם אין שום אפשרות לגור בבית בגלל נזק משמעותי הנעשה בגוף הבית. בכדי להפחית מתשלום דמי השכירות יש להוכיח מעל לכל ספק שלא הייתה שום אפשרות לגור בבית. במקרה כאן היה ניתן כלל לגור בבית רק לא היה ניתן לגור בחדר, לכן ניתן להפחית מתשלום השכירות רק את הסכום היחסי של אי הנאה מחדר אחד.

הסברא לכך היא, שהמשכיר מחויב לתת לשוכר בית עם אפשרות ליהנות בצורה מלאה מכל חדרי הבית, אך במקרה כאן בגלל ליקוי שהתגלה - התובעים לא יכלו לגור בחדר במשך ארבעה חודשים, כך שהמשכיר לא מילא את חובתו כלפי השוכרים.

---

[167] הנתיבות למד דין זה מדברי המחבר בסימן שי סעיף א: "השוכר את הבהמה וחלתה, **ועדיין ראוי למלאכה**... ונותן לו שכרו משלם".

**ג- הגורם לעובש**

לטענת הנתבעים בעיית העובש אירעה בגלל חוסר באוורור. הנתבעים הסבירו זאת בהבדלי מנטליות בהבנת רמת האוורור הנדרשת לבית. אך ע"פ טענתם היה אמור להיות עובש בכל הבית ולא רק בחדר אחד, מכך שהעובש היה רק בחדר אחד בלבד - ניתן להסיק שאכן הייתה בעיית בידוד באותו חדר.

הנתבע שלח איש מקצוע שני (הנדסאי בנייה בהשכלתו) בכדי לבחון את בעיית העובש, והוא המליץ להוסיף לוחות קלקר בכדי לפתור את בעיית הבידוד שגורמת לקונדסציה, אך הנתבע החליט לא ליישם את ההמלצה של איש המקצוע שהוא הביא. יצוין שמדובר במנהל חברה הנדסאית, שפיקח על בניית בתים טרומיים כדוגמת ביתו של המשכיר, כך שיש לו ניסיון רב בבתים אלו.

סימוכין לכך ניתן להביא ממכתבו של אחד השוכרים הקודמים שגרר בבית במשך למעלה משנתיים, וכך הוא מציין במכתב: "מיטת השינה שלנו הייתה מתחת לחלון, ואכן היה שם מעט עובש, באופן כזה שאחת לכמה חודשים היינו מנקים. העובש היה ניכר בגב המיטה, ומידי פעם העובש הורגש גם במצעים... בארון זה אכן היה עובש, כך שאחת לחודשיים שלושה היינו מוציאים את הדברים ומנקים". במכתב הם ציינו שלא טרחו לספר זאת למשכירים, בגלל שלא חשבו שזו בעיה שמצריכה לערב את בעל הדירה.

צריך לציין ששוכר זה הינו בעל מנטליות דומה למשכירים, כך שטענתם זו לא מתקבלת.

**ד- השוואת נזקי עובש לבור**

ישנן שתי אפשרויות כיצד להגדיר את נזקי העובש: בור או אש[168]. יש לכך נ"מ גדולה להלכה, אם נגדיר את הנזק ע"פ דיני **בור** - לא יהיה ניתן לחייב את המשכירים על היזק הרכוש, שהרי אין חיוב בנזקי בור על כלים, אך אם נגדיר את העובש כנזק **אש**, היה ניתן לחייב על נזקי הרכוש.

---

[168] הש"ך בסימן א ס"ק ב כתב בשם **מהרש"ל** (סימן ה): היום לא דנים; דיני אש ובור, זאת מכיוון שנזקים אלו אינם שכיחים, וכן יש בדינם ספק, שכן מהרי"ח הסתפק האם ניתן היום לדון באש ובור, ובמקום שיש ספק - אנו פוסקים לקולא לנתבע, שלא יהיה אפשר לדונו. (דברי המהרש"ל מובאים בפתחי תשובה בס"ק ב).

אבל **הקצות** בס"ק ב כתב: דיין שאינו מוסמך, יכול לדון באש ובור, והוכיח זאת מדברי התוס' (מס' ב"ק דף יד: ד"ה פרט). וכן פסק השבות יעקב (מובא בפתחי תשובה בס"ק ב), והוכיח זאת מדברי המרדכי (מס' ב"ק סימן פ) שכתבו בצורה פשוטה שהיום דנים דיני אש ובור, וכן מוכח מדברי השותי"ם שדנים היום בדיני בור ובדיני אש. גם החוות יאיר (סימן קסט) דן בדיני אש.

הפתחי תשובה בס"ק ב הביא עוד פוסקים שדנים היום בדיני בור ואש: "גם בספר קצוה"ח (ס"ק ב) ובספר שער משפט (ס"ק ב) הסכימו דלא כמהרש"ל, אלא דאף בזה"ז דנין דיני אש ובור, וכן נראה מדברי הטור והמחבר (לקמן סימן תי, טור סעיף

**השוואה לבור** - במסכת בבא קמא דף מח עמוד ב מובא: "לשמואל, דאמר: כל תקלה - בור הוא". וכך כתב הרמב"ם (הלכות נזקי ממון פרק יג הלכה ט): "וכל תקלה - תולדת בור היא". וכן כתב הפלפולא חריפתא (מסכת בבא קמא פרק א בס"ק א): "דסברא בעלמא הוא **לדמות כל תקלות לבור**, בשיש להתקלה שום דמיון לבור, אף על גב שיש לה דמיון ג"כ לשאר נזיקין".

במסכת בבא קמא דף נב עמוד א מובא: האחריות על נזקי בור חלה ברגע שבעל הבור מודע לנזק, והיה לו זמן לקרוא לאנשי מקצוע שיבואו לתקן את הנזק. וכ"פ השולחן ערוך בסימן תי סעיף כו.

הסמ"ע בס"ק מא הוסיף: "**דאחר שנודע לו**, והיה לו שהות זמן לשכור פועלים ולא שכרם - **מאז גם הוא יש לו חלק בתשלומי נזקין**".

ע"פ גזירת הכתוב אין חיוב בתשלומים על רכוש שניזוק בבור, כך שאם נגדיר את העובש כבור - לא יהיה ניתן לחייב את הנתבעים לשלם על נזקי הרכוש. וכך מובא במסכת בבא קמא דף כח עמוד ב (וכן בדף ה עמוד ב, ובדף מח עמוד ב): "מכדי אבנו וסכינו ומשאו - מבורו למדנו, וכולן אני קורא בהן: שור - ולא אדם, חמור - ולא כלים. והני מילי לענין קטלא, אבל לענין נזקין - אדם חייב, וכלים פטורין". כלומר, מהפסוק אנו למדים שחיוב בור הוא רק על בהמה שניזוקה מהבור, או על אדם שניזוק בבור, אבל לא על כלים שנשברו בבור[169], ולא על אדם שמת בבור. וכ"פ המחבר בסימן תי סעיף כא.

נחלקו האחרונים, האם יש חיוב בתשלומים בידי שמים על רכוש שניזוק מבור: **החזון איש** (ב"ק סימן ב בס"ק ז) כתב: במקרים בהם התורה פטרה את המזיק מלשלם, כגון בנזקי כלים בבור, או בנזקי טמון באש - גם בדיני שמים פטור מלשלם. אבל הג"ר ברוך בער ליבוביץ' בספרו **ברכת שמואל** (ב"ק סימן ב בס"ק א-ב) סבור, שיש חיוב בידי שמים לשלם על נזקי כלים בבור.

יש לדחות את ההשוואה לבור, כי אחד המאפיינים המרכזיים של בור הוא תקלה שנמצאת במקום מסוים ללא תנועה, כמבואר במסכת בבא קמא דף ו עמוד א: "בתר דנייחי... היינו בור". וכך גם פסק השולחן ערוך בסימן תי סעיף א: "בור הוא מאבות נזיקין... **שאינו זז ממקומו** אלא עומד במקומו והעובר עליו ניזוק. **לפיכך כל הדומה לו, שהוא ממונו ומונח במקומו ומזיק**... **חייב**".

**ה- השוואת נזקי עובש לאש**

אחד המאפיינים של היזק האש הוא בכך שהאש נמצאת בתנועה, היא מגיעה לרכוש ומזיקה אותו, כמבואר במסכת בבא קמא דף ו עמוד א: "מה לאש שכן דרכו לילך ולהזיק". בנזק האש ישנו כח אחר

---

כ"ט, ומחבר סעיף לז), וכ"נ מדברי הרא"ה בספר החינוך (מצוה נג-נו) ע"ש, וכ"נ מדברי תשובת פני יהושע (ח"ב סימן קו) ע"ש".

[169] התוספות במסכת בבא קמא (דף י. ד"ה שייר בטמון) - "דכל מילי דלאו בעלי חיים - ממעטים". דהיינו הפטור של כלים בבור הוא לאו דווקא כלים, אלא **כל דבר שלא בהמה - נחשב לכלי ופטור בהיזק בור**.

מעורב וזה הרוח, גם בעובש יש גורם נוסף שמעורב וזהו הלחות, נבגי העובש גדלים במקומות שיש בהם לחות.

וכך פסק השולחן ערוך בסימן תיח סעיף א: "אש הוא אב... והוא ממונו שהולך למרחוק ומזיק ע"י הרוח שמוליכו. לפיכך **כל הדומה לו, שהוא ממונו והולך ומזיק**, הוא תולדתו ויש לו דין אש".

לנזק העובש ישנן את התכונות של אש, בכך שהעובש מתפשט ומגיע לרכוש, וכן ישנו כח נוסף מעורב שמגביר את הנזק דהיינו הלחות שמעורבת בעובש ומגדילה את היקף הנזק[170]. בנזקי אש יש חיוב על רכוש שנפגע (למעט רכוש טמון), לאחר שהבית דין קבע שנזקי העובש לא נגרמו בגלל בעיית אוורור, אלא בגלל בעיית בידוד שלא תוקנה למרות המלצת המהנדס שהביא הנתבע עצמו - יש לחייב בנזקי עובש על הרכוש שנפגע.

התוספות (מסכת ב"ק דף כב. ד"ה אשו משום ממונו) כתבו: "כלומר חיוב ממונו יש בו, **ולא שיהא האש שלו**, דאפילו הדליק באש של אחר חייב... ועוד דאין לך אדם שיתחייב בדליקה, שיפקיר הגחלים וידליק גדיש של חבירו[171]".

מכאן שגם אם בעל האש יאמר שהוא הפקיר את האש, והאש לא בבעלותו, כך שאין לו אחריות על הנזק, עדיין יישאר החיוב על כל הנזקים שייגרמו כתוצאה מהאש. (למעט טמון, כמבואר במסכת בבא קמא דף סא עמוד ב, ונפסק להלכה בשולחן ערוך סימן תיח סעיף יג).

הפתחי חושן (נזיקין פרק ה הערה ג) כתב: "ולכן אם **המים מזיקים בשעת הליכה - נראה דחייב כדין אש** דממונו, ולאחר שנחו - מדין בור, ואף על פי שהמים הנשפכים מסתמא נעשים הפקר, נראה שלאחר שנודע לו הוי כמפקיר לאחר נפילת פשיעה שאינו נפטר".

ניתן לערער על החיוב על בסיס נזקי אש מכיוון שהמשכיר לא עשה פעולה של הבערה, והרי התורה (שמות פרק כב פסוק ה) אמרה: "שַׁלֵּם יְשַׁלֵּם **הַמַּבְעֵר** אֶת הַבְּעֵרָה". כלומר החיוב בתשלום חל רק כאשר יש מעשה בידיים, אך אם הנזק אירע בגרמא - אין חיוב בנזק אש. וכך כתב במפורש הג"ר ברוך בער ליבוביץ' בספרו **ברכת שמואל** (ב״ק סימן י בס"ק ב), שיש לחלק בין נזק בור לנזק אש: בנזק **בור** יש חיוב על כל תקלה שבבעלותו של אדם גם אם לא עשה מעשה, אך בנזקי **אש** אין חיוב אוטומטי בגלל בעלות על הנזק, אלא החיוב חל רק לאחר שיתבצע מעשה.

אבל הג"ר איסר זלמן מלצר בספרו **אבן האזל** (הלכות נזקי ממון פרק יג הלכה יט) חייב בנזקי אש גם ללא מעשה מצד בעלי האש: "ואיברא דהוי אפשר לומר דתרי דיני איכא, יש חיוב אש **לעושה אש** אף שאין האש שלו, והיכי **דהאש שלו חייב אף שלא עשה האש**... אבל באמת יש להוכיח, דאפי' היכי שלא

---

[170] יש לדון את הלחות כמו רוח מצויה, (כמבואר בתוספות מסכת בבא קמא דף נט עמוד ב ד"ה לבתה). כלומר היזק העובש מצוי ושכיח בתנאים שהבית היה נתון בו ע"פ הצהרת המהנדס והשמאי.

[171] יסוד זה מובא עוד בתוספות (מסכת ב"ק דף ג: ד"ה וממונך): וממונך - לאו דוקא גבי בור דלאו ממונא הוא, **וכן גבי אש**".

עשה האש, רק שהאש שלו - חייב, דבדף כ"ג ע"א איתא כגון שנפלה דליקה לאותו חצר ונפל גדר שלא מתוך דליקה, ומשמע דנפלה דליקה ולא שהוא הדליק".

בהגהות מיימוניות (הלכות נזקי ממון פרק יד הלכה טו) מובא: "פר"י **לא שיבעיר הוא בעצמו האש אלא כ"מ שפשע** ולא שימר גחלתו דמטי ליה ברוח מצויה - חציו הן[172]". (עיין תוספות מסכת ב"ק דף כב. ד"ה ואי).

ערוך השולחן (חושן משפט סימן תיח סעיף ג) כתב: "אמנם **אם לא הדליק בעצמו** אלא שלא שימר גחלתו - אינו חייב אלא על ממונו שהגחלת תהיה שלו[173]". כלומר הבית של המשכיר נחשב לממונו, וישנו חיוב שמירה על הבית שלא ייגרם מממונו נזק אש, לכן גם אם בעל הבית לא הדליק בעצמו את האש, אלא לא שמר על ממונו בכך שלא תיקן את הבידוד כפי המלצת המהנדס - יש חיוב ממוני על הנזקים שייגרמו כתוצאה מחוסר השמירה על ממונו.

חשבתי לומר שניתן בצורה פשוטה לחבר בין דברי הברכת שמואל לדברי אבן האזל: הגמ' בדף כג עמוד א הסיקה: לדעת רבי יוחנן ישנן שני דינים: א)- אשו משום חציו בכח הראשון. ב)- אשו משום ממונו בכח כוחו, (כלו חציו). כלומר החיוב בנזק אש משום חץ יחול רק בכוח הראשון של האש, החיוב יהיה בחמישה דברים כדין אדם המזיק, אבל לאחר שכלה כוחו של האש, החיוב לא יהיה משום חציו אלא משום ממונו שהזיק, כך שהמזיק יתחייב רק בתשלום על הנזק ולא בכל החמישה דברים. וכ"פ המחבר בסימן תיח סעיף יז.

ובכן, דינו של הברכת שמואל שייך בכח הראשון של האש, (אשו משום חציו), שאז יש חיוב של אדם המזיק, ואכן יש צורך בעשיית פעולה ומעשה מצד המזיק, ואם אין מעשה - אין חיוב, אבל לאחר שכלו חציו, יש להגדיר את הנזק שמגיע מכח כוחו רק מדין ממונו שהזיק, ואז שייך חיוב גם מצד ממונו שהזיק ללא מעשה, (או מעשה הדלקה ללא בעלות ממונית).

במקרה כאן, מדובר על היזק שבא מכוח כוחו, העובש מתפשט מהתקרה לקיר ומשם למיטה ולמזרן, כלומר החיוב הוא משום ממונו שהזיק, ואז יש מקום לחיוב למרות שאין הבערה ומעשה של בעל הדירה.

---

[172] הגמ' במסכת בבא קמא בדף כב עמוד א כתבה: לדעת **רבי יוחנן**, גדר החיוב על אש, הוא משום אדם המזיק, שכן האש נוצרת מכוחו, וחייב עליו כמו שחייב אילו היה יורה חץ ("אשו משום חציו"). אבל לדעת **ריש לקיש**, גדר החיוב באש, הוא משום ממונו שהזיק, כשם שחייב אם בהמתו הזיקה כך גם חייב אם האש שלו הזיק, (אשו משום ממונו"). צריך לציין, אם הנזק לא נעשה באופן ישיר - החיוב לא יהיה מדין חציו אלא מדין ממונו, כי הנזק לא נגרם מכוחו אלא רק מכוח כוחו. (חזון איש ב"ק סימן ב בס"ק ב).

[173] ערוך השולחן בסעיף ה הוסיף: "זה שבארנו בסעיף ג' דאפילו לא הדליק בעצמו אלא שלא שימר גחלתו הוה ג"כ חיובו משום חציו - זהו לדעת רוב רבותינו, אבל לדעת הרמב"ם בארנו שם דאשו משום חציו אינו אלא כשהבעיר האש בידים ממש, **אבל כשלא שימר גחלתו ועשה היזק אין חיובו משום חציו אלא משום ממונו המזיק**".

**ו- ניזק שיכל למנוע את הנזק**

במסכת בבא קמא דף כז עמוד א מובא: המניח גחלת על בגדו של חברו והבגד ניזוק מהגחלת - מניח הגחלת חייב לשלם את שווי הבגד, אנו לא אומרים שהמזיק פטור מלשלם בגלל שהניזק יכל להוציא את הגחלת ולמנוע את הנזק[174]. וכ"פ השולחן ערוך בסימן תיח סעיף יח.

התוס' (ד"ה קרע) הדגישו: המשנה בדף צב עמוד א חייבה את המזיק לשלם אפ' במקרה בו הניזק מבקש מהמזיק לקרוע את בגדו, בכ"ז אם המזיק ישמע לו ויקרע את הבגד יהיה חייב לשלם, וק"ו כאן שבעל הבגד שותק ולא מסיר את הנזק שיש חיוב על המזיק לשלם.

מכאן ניתן ללמוד, שגם אם השוכרים היו יכולים למנוע את הנזק ע"י העברת המזרן וכד', והם לא מנעו את הנזק - עדיין קיים החיוב על המזיק לשלם עבור הנזק.

במסכת בבא קמא דף מח עמוד ב מובא: שור שנכנס לחצר אדם ללא רשותו, והשור נפל לבור, ולאחר נפילתו השור הבאיש את המים - בעל השור לא צריך לשלם על הנזק שנגרם למים, כי הנזק שגרם השור (הבאשת המים) נחשב לבור, ואין חיוב על כלים (המים הבאושים) בנזקי בור. וכ"פ השולחן ערוך בסימן שצח סעיף ד.

הסמ"ע בסימן שצח ס"ק ה (וכן מובא בפרישה בס"ק ד) כתב: אלמלא הפטור שיש לכלים בנזקי בור - היה המזיק (בעל השור) חייב לשלם את הנזק. כלומר, אילו לא היה מדובר בנזק המוגדר כבור (שפטור על נזקי רכוש), אלא על נזק אחר (כגון אדם המזיק, או אש) - היה חיוב בתשלום על שווי ההיזק, למרות שהניזק יכל למנוע את ההיזק, שהרי בעל הבור יכל להוציא את השור לפני שהשור יסריח את המים, אך בעל הבור לא עשה שום פעולה בכדי למנוע את הנזק הצפוי (מים באושים כתוצאה משור מת), ובכ"ז המזיק חייב לשלם לניזק את שווי המים הבאושים. (אא"כ המזיק מוגדר כבור שאז יש פטור על כלים)[175].

---

[174] אומנם המניח גחלת על חברו והוא מת מהגחלת - מניח הגחלת לא נחשב לרוצח, כי היה על החבר להוציא את הגחלת ולא להשאירה עד למותו.

[175] הסמ"ע הקשה על דבריו משתי הלכות שונות: **הדין הראשון** מובא בגמ' במסכת בבא קמא דף מח עמוד א: אדם שהכניס את שורו לחצר חברו ללא רשות, השור חפר בור בחצר, ואדם או בהמה נפלו וניזוקו מהבור - בעל השור צריך לשלם רק את תיקון החצר, (כיסוי הבור ויישור השטח), ואילו בעל החצר חייב לשלם על כל הנזקים שנגרמו כתוצאה מהנפילה לבור. וכ"פ השולחן ערוך בסימן שצח סעיף ג, וכן בסימן תי סעיף ד.

הסמ"ע בסימן תי ס"ק ה הסביר: יש אחריות לבעל החצר למנוע שממונו לא יזיק. הסמ"ע הדגיש: מדובר במקרה בו בעל החצר הפקיר את החצר אך לא הפקיר את הבור, (אילו בעל החצר לא היה מפקיר את החצר - לא היה מתחייב על נזקי הבור, כי היה יכול לומר לניזק מדוע נכנס לחצרי ללא רשות).

ובכן, מהלכה זו מוכח שיש לניזק חובה למנוע היזק נוסף, שהרי כאן מדובר בשור של אדם שחפר בור בחצר חברו, בעל החצר לא יכול להתנער מהנזק ולהפילו על בעל השור, אלא מוטלת עליו חובה לתקן את הבור, ואם ייגרם נזק בבור הוא יהיה חייב לשלם?

הפתחי חושן (נזיקין פרק א הערה מה) כתב: "וגם בסמ"ע סימן שצח סק"ה - אפשר לדייק שבממון המזיק - לא אמרינן שאינו חושש להסיר הנזק". דברי הפתחי חושן מוקשים, מכיוון שהסמ"ע אמר ממש הפוך, שיש חיוב בתשלום גם אם הניזק לא מנע את ההיזק.

ערוך השולחן (סימן תיח סעיף לה) כתב: "ואמנם אם **בשגגה** נפל מראובן אש או גחלת על בגדו של שמעון, והיה שמעון יכול לסלקה ולא סילקה - פטור ראובן אף אם גם הוא היה יכול ליטלו, **ולמה יש לו לחוש יותר מבעל הבגד**, כיון שבשגגה עשה, ואינו חייב אא"כ לא היה בעל הבגד בכאן, ואפילו היו בכאן אשתו ובניו של בעל הבגד ולא סילקו מ"מ אין ראובן יכול לפטור את עצמו בזה". (אומנם מדברי הסמ"ע ניתן לדייק, שגם בשגגה יש חיוב על המזיק).

במקרה כאן, העובש היה משמעותי, וגם לאחר שהתובעים הבחינו בעובש שפגע במזרן - כבר לא היה ניתן עוד להציל את המזרן.

**ז- תביעת המשכירים לשלם על הטיפול בעובש**

לעיל קבענו שנזק העובש לא נגרם כתוצאה ממחדל של התובעים, לפיכך תביעת המשכירים לחייב את השוכרים לשלם עלות של צבע אנטי עובש בסך 4,500 ₪ נדחית.

ע"פ החוזה, השוכרים צריכים להחזיר את הבית לקדמותו. מקובל היום שהשוכר צובע את הבית בעצמו, לפיכך יש לחייב עלות נמוכה של צבע חובב, להערכת בית הדין, עד 1,000 ₪.

---

הסמ"ע הסביר: מכיוון שבעל השור מחויב לשלם לבעל החצר את הסכום הנדרש בכדי לתקן את החצר ולכסות את הבור, לכן מרגע זה האחריות עוברת לבעל החצר, הבור נחשב ברשותו, ולכן הוא מתחייב בכל נזקי הבור.

**הדין השני** מובא בגמ' במסכת בבא קמא דף יא עמוד א: פחת הנבלה לניזק. למשל, שור ששווה מאתיים שהומת, כעת נבלת השור שווה מאה - המזיק יצטרך לשלם לניזק מאה, והנבלה ששווה מאה שייכת לניזק. ואם שווי הנבלה הופחת בין שעת המיתה לבין שעת התשלום והנבלה שווה רק שמונים - הניזק יפסיד את הפחת, והמזיק צריך לשלם לניזק רק את הפער שיש בין שווי הבהמה כאשר הייתה בחיים לבין שוויה בשעת המיתה, כלומר המזיק ישלם רק מאה ולא מאה עשרים. הסברא לכך, היה על הניזק לטפל בנבלה ולמוכרה מידית לפני שתפחת, ואם הניזק לא מכר את הנבלה מיד לאחר הנזק אלא חיכה ושווי הנבלה הופחת - הניזק יספוג את ההפסד. (אומנם המזיק יצטרך לשלם לניזק על הוצאות הטרחה בטיפול בנבלה). וכ"פ השולחן ערוך בסימן תג סעיף ב.

הסמ"ע הקשה על דבריו: אמרנו שהניזק לא צריך לנקוט בצעדים בכדי למנוע את החמרת הנזק, א"כ מדוע בדין פחת נבלה נפסק שעל הניזק למכור את הנבלה, ואם לא יעשה כך הוא יספוג את הנזקים?

הסמ"ע הסביר: לעולם הניזק לא צריך למנוע את הנזק שלא יחמיר, אך בפחת נבלה לא מדובר על מניעת החמרת הנזק אלא מדובר בתשלום לניזק, כלומר ע"פ הדין יש קולא למזיק שהוא יכול לשלם לניזק לא רק כסף אלא גם שווי כסף, כך שהמזיק יכול לשלם לניזק גם את שווי הנבלה, נמצא שמיד לאחר הנזק - המזיק משלם על הנזק באמצעות הנבלה, ולכן הנבלה באופן מידי שייכת לניזק, ואם תפחת - הניזק יספוג את ההפסד, כי הנבלה שייכת לו. נמצא אפוא, ישנם שני דינים שונים: א)- הניזק לא מחויב למנוע את ההיזק, כפי שנלמד מדין גחלת על בגדו של חברו, וכן מדין שור שהסריח מים. ב)- ניתן לשלם לניזק גם באמצעות שווי נבלת בהמה שהומתה, לכן אם הנבלה תופחת - הניזק יספוג את ההפסדים.

כל סכום נוסף שהמשכירים יתבעו מעבר לאלף ש"ח - מקוזז בסכום שהשוכרים הוציאו עבור הטיפול בעובש בהסכמת המשכיר.

**מסקנות**

א. המשכיר חייב לשלם את הוצאות התיקון ע"פ מנהג מדינה. הנוהג היום הוא שהמשכיר משלם את כל התיקונים הנצרכים לבית שצריך בעל מקצוע בכדי לתקן.

ב. כאשר קיים נזק בגוף הבית - השוכר לא מחויב לשלם עבור זמן השכירות בכל התקופה בה הנזק לא תוקן.

ג. נזקי העובש לא נגרמו בגלל בעיית אוורור, אלא בגלל בעיית בידוד שלא תוקנה למרות המלצת המהנדס שהביא הנתבע עצמו. לפיכך יש לחייב בנזקי עובש על הרכוש שנפגע.

ד. לנזק העובש ישנן את התכונות של אש בכך שהעובש מתפשט ומגיע לרכוש, וכן ישנו כח נוסף מעורב שמגביר את הנזק דהיינו הלחות שמעורבת בעובש ומגדילה את היקף הנזק. בנזקי אש יש חיוב על רכוש שנפגע (למעט רכוש טמון).

ה. העובש התפשט מהתקרה לקיר ומשם למיטה ולמזרן, כלומר החיוב הוא משום ממונו שהזיק, ואז יש מקום לחיוב למרות שאין מעשה של בעל הדירה.

ו. גם אם הניזק היה יכול למנוע את הנזק - עדיין קיים החיוב על המזיק לשלם עבור הנזק. (אומנם יש פוטרים במצב של היזק בשגגה).

ז. לסיכומו של דבר, ניתן לחייב את הנתבעים בגלל מספר סיבות: א)- הנתבעים לא יכלו לגור בחדר במשך ארבעה חודשים. ב)- יש לעובש דין של היזק אש. ג)- ישנה התחייבות בחוזה בסעיף 6 לתקן את כל הנדרש, ובסעיף 11 נאמר שצד שלא ימלא אחר ההוראות והנחיות שבחוזה - "ישלם לצד האחר את מלוא הנזקים, ההפסדים, ההוצאות ואובדן הרווחים שנגרמו בשל ההפרה". ד)- הצדדים הסמיכו את בית הדין להחליט על פי שיקול דעתו. בית הדין מחייב בשני שליש מהנזקים גם בנזקי גרמא כאשר מצטרף מימד של רשלנות (אי ביצוע המלצת המהנדס שהוזמן ע"י הנתבעים).

**החלטות**

א. הנתבעים ישלמו לתובעים שני שליש מהוצאות המיטה והמזרן - בסך 4,703 ש"ח.

ב. הנתבעים ישלמו לתובעים שני שליש משווי השמיכות - בסך 133.3 ש"ח.

## שומר שיצא להפסקה ארוכה

**שאלה א':**

לפי נהלי השמירה ישנה הפסקה של חצי שעה לאחר שבע שעות עבודה. אבל בפועל השומרים בזמנים בהם אין אנשים (למשל באמצע הלילה), מרשים לעצמם לצאת להפסקה ארוכה יותר (לשתות קפה וכו'), האם זה מותר?

**שאלה ב':**

האם מותר לשומר להגיע לבית כנסת שנמצא סמוך למקום השמירה בכדי להתפלל?

**תשובה:**

א. שומר מחויב לעשות את עבודתו נאמנה ובמקצועיות, כלומר לשמור בצורה הטובה ביותר. עליו להקפיד על נהלי השמירה, (ערנות בשמירה, סיורים וכו').

ב. בדיעבד אם השומר עשה הפסקה גדולה יותר מהמותר או שנרדם, אם לא נגרם נזק למעסיק - לדעת המאירי ולדעת החזון איש - השומר זכאי לקבל את שכרו, אבל לדעת הגר"ע אייגר והמשנה ברורה השומר לא זכאי לקבל את שכרו.

ג. אם אירע נזק לחפץ במקרים בהם השומר פטור מלשלם (כגון בשטרות, בקרקעות ובהקדש), השומר אומנם פטור מלשלם על החפץ, אך לא זכאי לקבל את שכרו.

ד. אם אירע נזק לחפץ באונס - השומר זכאי לקבל את שכרו.

ה. ניתן להתפלל על חשבון זמן העבודה, אבל המעסיק לא חייב לשלם על זמן זה.

ו. יש לברר אצל המעסיק האם הם מקפידים על הפחתת התשלום מזמן התפילה, אם ישנה הקפדה - הפועל לא יכול לקבל שכר על הזמן בו הוא התפלל.

ז. ניתן להתפלל את כל השמונה עשרה ואין צורך לומר הביננו. אך אסור להאריך בתפילה על חשבון זמנו של המעסיק).

**השאלות לבירור:**

א. הגדרת מעמדו של מאבטח.

ב. דין השכר של שומר שכר במקרים שהשומר חייב לשלם.

ג. דין שכרו של השומר שכר כאשר הוא פטור מלשלם.

ד. דין שכרו של השומר שכר כאשר אירע אונס לחפץ.

ה. להתפלל על חשבון זמן העבודה.

ו. מנהג מדינה בשמירה.

**א- הגדרת מעמדו של מאבטח**

המשנה במסכת בבא מציעא דף צג עמוד א כותבת: "ארבע שומרים הן: שומר חנם והשואל, נושא שכר והשוכר. **שומר חנם** - נשבע על הכל, **והשואל** - משלם את הכל, **ונושא שכר והשוכר** - נשבעים על השבורה ועל השבויה ועל המתה, ומשלמין את האבידה ואת הגניבה". הש"ך בס"ק א כתב: שומר שכר נחשב רק כאשר השומר מקבל לכל הפחות שכר השווה פרוטה.

שומר שכר צריך לשמור בשמירה יתרה, לא ניתן להסתפק בשמירה רגילה. וכך מובא בגמ' במסכת בבא מציעא דף צג עמוד ב: "להכי יהבי לך אגרא לנטורי לי נטירותא יתירתא". כלומר, המפקיד יכול לומר לשומר שכר: שילמנו לך כסף בכדי שתשמור לנו בשמירה מעולה יותר מדרך העולם. וכ"פ המחבר בסימן שג סעיף יא.

ישנן שלוש שיטות בראשונים, בדין **גניבת אונס** משומר שכר:

א. **שיטת התוס'** (מס' ב"ק דף נז עמוד א ד"ה כגון) - שומר שכר חייב בכל סוגי הגניבה שיהיו לפיקדון, גם אם הגניבה אירעה ע"י **אונס גדול - חייב**. שכן כל גניבה נחשבת קצת כאונס, ולכך גם אם הטמין את המעות מאה אמות מתחת לאדמה, ובאו גנבים וחפרו מחילות מתחת לקרקע וגנבום - חייב[176], או שקפצה עליו חולי ונטרפה דעתו, כך שלא יכל לשמור - בכ"ז חייב. ורק באונס של ליסטים מזויין - פטרו הכתוב.

ב. **שיטת הרשב"א** (מס' ב"מ דף מב. ד"ה ויש) - שומר שכר חייב בכל הגניבה, אך יש לחלק בין אונס שאירע לשומר, ובין אונס שאירע לפיקדון. **אונס שאירע לשומר**, כגון פיקדון שנגנב בגלל שהשומר נרדם וכד' - השומר חייב, אבל **אונס שאירע לפיקדון,** כגון שבויה, דהיינו ליסטים מזויין גנבו, או שבורה - השומר פטור.

הרשב"א ביאר: "אלמא **לעולם אינו פטור אלא ביושב ומשמר**". כלומר רק אם השומר שכר שמר ואירע אונס הוא פטור, אבל אם לא שמר למרות שהוא לא שמר בגלל אונס - חייב לשלם. (מובא בנ"י מס' ב"מ דף נג: ד"ה גמ').

ג. **שיטת הנימוקי יוסף** (שם) - גם באונס שאירע לשומר בגופו, כגון שאנסתו שינה - פטור, שלא היה לו מה לעשות כנגד זה ונחשב אנוס ופטור. וכן דעת הרמב"ן (מס' ב"מ דף מב. ד"ה כספים) שאם קפץ עליו חולי או אירעו אונס בגופו - פטור. (מסתבר לומר שמדובר באונס שלא אפשר לשומר שכר להשיג שומר חלופי).

---

[176] אומנם התוספות במסכת בבא מציעא (דף מב. ד"ה אמר) כתבו שנחשב לאונס: "אך תמהון גדול הוא, למה לא יהא אונס אם העמיק בקרקע ק' אמות, דמאי ה"ל תו למיעבד? או אם תקפתו שינה או חולי גדול, ואיך יתכן ששום גניבה לא נמצא שתהא אונס גמור כליסטין מזויין". כך שיש מחלוקת בין התוס' במסכת ב"מ לבין התוס' במס' ב"ק.

**המחבר** בסימן שג סעיף ב כתב את דברי התוס' בשם ויש אומרים, ששומר שכר חייב גם על אונס גמור, אך **הש"ך** בס"ק ד פסק: "העיקר כהפוסקים דגניבה באונס גמור - פטור שומר שכר". וכ"פ הגר"א בס"ק ד. ערוך השולחן (סעיף ז) כתב: "נראה דהוי ספיקא דדינא".

הסמ"ע בס"ק ב כתב: "הטעם, דכל גניבה קרובה לאונס הוא, וחייבה עליה התורה, הלכך אין חילוק בין אונס קטן לאונס גדול. והכלל: **ששומר צריך שיהיו עניו פקוחות על הדבר לשמור בידו תמיד, ושוב, אם נאנס מידו - מה היה עליו לעשות, דהוה ליה דומיא דשבורה ומתה דפטריה רחמנא**".

הנתיבות (סימן רצא בס"ק כד) כתב: "**שומר שכר דצריך להיות תמיד יושב ומשמר**, ואז פטור כשנאנס מתחת ידו, אבל כשאינו יושב ומשמר - חייב".

**ב- דין השכר של שומר שכר במקרים שהשומר חייב לשלם**

הגאון רבי עקיבא אייגר (חידושי הגרע"א על התורה פרשת משפטים), הביא חקירה לגבי גדר השכר של שומר שכר, האם השכר הוא על **האחריות** שהשומר שכר קיבל על עצמו, דהיינו השומר שכר לקח על עצמו אחריות גדולה יותר משומר חינם, ועל כך מגיע לו שכר. או שנאמר שהשכר הוא על **רמת שמירה** טובה שהשומר צריך לשמור בפועל, והשכר הוא על כך ששמר ברמת שמירה גבוהה יותר מרמת השמירה של שומר חינם.

השלכה מעשית תהיה, במקרה בו השומר שכר זלזל ברמת השמירה, שלא שמר ברמה גבוהה, אך בפועל החפץ לא נגנב ולא נאבד. אם אנו אומרים שהשכר הוא על **האחריות**, הרי שבכל מקרה השומר קיבל על עצמו אחריות, ולכך הוא צריך לקבל את שכרו. אבל אם נאמר, שהשכר הוא עבור הגדלת **רמת השמירה**, הרי שהשומר לא עשה את מלאכתו ולא מגיע לו שכר על כך.

במילים אחרות: השאלה היא, האם שומר שכר, מקבל עליו **אחריות** כמו חברת ביטוח, ועל אותה אחריות הוא מקבל שכר, למרות שאין שמירה בפועל, או שהשומר שכר צריך **לשמור ברמה גבוהה,** כמו חברת אבטחה, ואם לא שמר בפועל ברמה גבוהה - אינו מקבל שכר.

הגר"ע הסיק מדברי **המשנה ברורה** (סימן שו ס"ק יח), שהשומר לא זכאי לקבל שכר אם לא שמר כראוי: "ונראה, דאפילו אם לא אירע בו הפסד, (למרות שלא נגרם הפסד לחפץ), אך שלא שמר ביום השבת - יכול לנכות לו משכרו, (השומר לא זכאי לקבל את שכרו), מידי דהוי אם לא שמר יום אחר".

אבל **החזון איש** (ב"ק סימן ז בס"ק יח) כתב: שומר שכר זכאי לקבל את שכרו גם אם לא שמר כראוי, כי חלה עליו אחריות לשלם, ועל אחריות זו מגיע לו שכר. "ואפשר, דדוקא בשומר הקדש וקרקעות - מפסיד שכרו בזמן שלא שמר כראוי, אבל שומר שכר שמתחייב לשלם - אינו מפסיד שכרו, כיון שמתחייב מכח שכרו".

וכך נראה מדברי המאירי (מסכת בבא מציעא דף פג.) שיש חיוב תשלום לשומר שכר שמשלם על החפץ: "שמאחר שנתחייבו לו לשלם, והפקיעו מן התשלומין - דיו בכך... אם נתחייבו לשלם ושלמו - מנכין שכרן מן התשלומין".

לסיכום פרק זה, על פי משמעות דברי המאירי והחזון איש ישנו חיוב תשלום שכר לשומר על אחריותו במקרים בהם השומר אכן חייב לשלם.

**ג- דין שכרו של השומר שכר כאשר הוא פטור מלשלם**

הקצות בסימן שה ס"ק ב כתב בשם **התשב"ץ** (סימן כד): שומר שכר שפשע בשמירתו, אבל בעליו היו עמו - פטור מלשלם, וגם הבעלים צריכים לשלם לו את שכר שמירתו. כלומר בכל מקרה בו השומר לא מחויב לשלם על ההיזק שנגרם, יש לשלם לו עבור שכר עבודתו.

אבל לדעת **הקצות**, השומר אומנם פטור מלשלם על פשיעה כאשר בעליו עמו, אבל את שכרו הוא הפסיד. כמבואר בסימן שא, גבי עבדים שטרות[177] והקדשות, שאומנם אין להם דין שומרים, ופטורים מלשלם, ורק אם אירע אונס, הם נשבעים ונוטלים את שכרם, כמבואר במסכת בבא מציעא בדף נח עמוד א, אך אם לא אירע אונס - הם לא זכאים לקבל את שכרם.

הקצות כתב: יש לחלק בין שומר ובעליו עמו, לבין אומן ובעליו עמו. **בשומר** אנו אומרים שהאחריות מוטלת על השומר לשמור, וכל שלא שמר כראוי - הפסיד את שכרו, אפילו בשמירה בבעלים. שהרי השומר לא עשה את מלאכתו, ששכרו לכך לשומרו כתורת שומר שכר. מה שאין כן **באומן** הנוטל שכר עבור עבודתו, ובדרך אגב האומן גם נעשה שומר שכר על העבודה, שהרי הוא נהנה, כמבואר בסימן שו, לכן אנו פוסקים באומן שאם בעליו עמו, והעבודה אבדה, שהאומן פטור וגם מקבל את שכרו, שכן האומן עשה את מלאכתו מלאכת האומן בצורה טובה ואין סיבה לגרוע את שכרו. כלומר, לדעת הקצות אם השומר לא שמר כראוי, והחפץ אבד או נגנב לפני שהחזירה לבעליה - השומר לא זכאי לקבל את שכרו.

הנתיבות בס"ק א העיר: אין כל ספק שהשומר מפסיד את שכרו (אם נגנב החפץ משומר שכר והוא פטור מלשלם), כפי שמוכח מדברי הגמ' במסכת בבא מציעא דף נז עמוד ב: בני עיר ששלחו את מחצית השקל ע"י שליח, והכסף נגנב או אבד - השליח לא מקבל שכר על עבודתו. הנתיבות הוסיף: מכיוון שבשכירות אנו אומרים ששכירות משתלמת רק בסוף, לכן יש לבחון אם בסופו של דבר השומר לא עשה את עבודתו, הוא לא יהיה זכאי לקבל את שכרו.

[177] וכך פסק השולחן ערוך בסימן סו סעיף מ: "אם היה שומר שכר עליהם (שטרות), ונגנבו או אבדו, אפילו בפשיעה - פטור מלשלם, אבל **מפסיד שכרו** עד שישבע ששמר כראוי". (כלומר שאירע אונס לשטר).

**ד- דין שכרו של השומר שכר כאשר אירע אונס לחפץ**

המאירי (מסכת בבא מציעא דף פג.) כתב: "שומר שכר שנאנס...ואף שכרו אינו מפקיעו, שהרי **אם יודע שנאנס - בודאי נוטל שכרו**... ומאחר שאף הוא טוען כן - ראוי להאמינו מתורת חסידות".

הש"ך בסימן שג ס"ק ה כתב בשם המגיד משנה (הלכות שכירות פרק ב הלכה ב): בגמ' במסכת בבא מציעא דף נז עמוד מובא שאם אירע אונס והשומר פטור מלשלם על האונס הוא לא מאבד את שכרו, והוא נשבע ונוטל שכרו. הש"ך כתב: דבריו נכונים, וכן ג"כ מוכח מסימן סו סעיף ח.

הנתיבות בס"ק ג כתב: צריך לשלם לשומר את שכרו, רק עד הזמן בו אירע האונס, אבל לא צריך לשלם לשומר את השכר שנקבע משעת האונס עד סוף זמן השמירה שקבעו בניהם. שכן באונס שלא היה על שניהם לעלות על הדעת שיתכן שיבוא - הבעלים פטורים מלשלם את השכר מרגע האונס והלאה.

עוד כתב הנתיבות: מדובר שהאונס אירע לחפץ, אבל אם האונס אירע לשומר, כגון שחלה וכד' - לא צריך לשלם לשומר גם לא את השכר עד לזמן האונס.

**לא אירע שום נזק** - אם השומר לא שמר כראוי, אך לא אירע כל נזק כמו המקרה המובא בשאלה - השומר יהיה זכאי לקבל את שכרו. כך משמע מדברי הקצות בסימן רכז ס"ק יא: "כל שומרי שכר, אם שמרו כראוי - נוטל שכרו, ואם נגנב או נאבד ולא שמרו כראוי - משלמין דמי החפץ ומפסידין שכרן".

**ה- להתפלל על חשבון זמן העבודה**

במסכת ברכות דף טז עמוד א מובא: "תנו רבנן: הפועלים שהיו עושין מלאכה אצל בעל הבית - קורין קריאת שמע ומברכין לפניה ולאחריה, ואוכלין פתן ומברכין לפניה ולאחריה, ומתפללין **תפלה של שמונה עשרה** אבל אין יורדין לפני התיבה ואין נושאין כפיהם. והתניא: **מעין שמונה עשרה**! ...כאן - בעושין בשכרן, כאן - בעושין בסעודתן". (פועל שמקבל שכר על מלאכתו - מתפלל רק מעין שמונה עשרה, אבל פועל שלא מקבל שכר על עבודתו אלא מקבל רק אוכל - יכול להתפלל שמונה עשרה).

"והתניא (בניחותא): הפועלים שהיו עושים מלאכה אצל בעל - הבית קורין קריאת שמע ומתפללין, ואוכלין פתן ואין מברכים לפניה, אבל מברכין לאחריה שתים, כיצד - ברכה ראשונה כתקונה, שניה - פותח בברכת הארץ וכוללין בונה ירושלים בברכת הארץ; במה דברים אמורים? בעושין בשכרן, אבל עושין בסעודתן או שהיה בעל הבית מיסב עמהן (אם המעסיק נמצא איתם ומתפלל איתם משמע שהוא מוחל על כך) - מברכין כתיקונה".

הגהות מיימוניות (הלכות ברכות פרק א בס"ק ט) כתב: בזמנינו המעסיק לא מקפיד על זמן התפילה של הפועל, לכן גם פועל שמקבל שכר על עבודתו - רשאי להתפלל את כל תפילת שמונה עשרה.

וכך פסק השולחן ערוך באורח חיים סימן קי סעיף ב: פועל שמקבל שכר על עבודתו - לא יכול להתפלל שמונה עשרה אלא רק תפילת הביננו. אומנם בזמנינו שהמעסיקים לא מקפידים על זמן תפילה של העובדים - ניתן להתפלל שמונה עשרה.

השולחן ערוך בסימן קצא סעיף ב הוסיף: כך גם הדין היום בברכת המזון שאין קפידא, כך שעל הפועל לברך את כל ארבע ברכות.

המגן אברהם (סימן קי ס"ק ז) כתב: "וה"ה שילכו לבה"כ להתפלל בעשרה, והיכא דנהוג נהוג". וכך כתב גם המשנה ברורה (סימן קי ס"ק יב): "וכתב הלחם חמודות דה"ה **שמותרים לילך לבהכ"נ להתפלל בעשרה.** ועיין במ"א **דזה דוקא במקום שאין דרך בעלי בתים להקפיד בכך**, ומ"מ אין יורדין לפני התיבה כ"כ הפמ"ג. ובפר"ח איתא: דהאידנא יורדין ג"כ לפני התיבה, ונ"ל דאין להחמיר אם עי"ז לא יתאחר הזמן יותר".

המגן אברהם הדגיש את ההיתר להתפלל במניין רק במקום שנהגו. המשנה ברורה הוסיף: מדובר במקום שהמעסיק לא מקפיד. מכאן ניתן ללמוד שיש לבקש את אישורו של המעסיק לצאת להתפלל במניין, ואם הוא לא מקפיד הדבר מותר.

ערוך השולחן (סימן קי סעיף ז) כתב: "ויש להסתפק אם האידנא עושה תנאי עם הפועל שלא יתפלל אלא הביננו אם מועיל אם לאו דלכאורה מהני, אבל י"ל דלאו כל כמיניה לאפקועיה מתפלתו נגד המנהג, **אמנם אם מותר לפועל בזמה"ז לילך לבהכ"נ להתפלל - תלוי במנהג המקום** [מג"א סק"ז] אם לא התנו בפירוש".

אומנם ערוך השולחן בסימן קצא סעיף ד כתב: "ואם **אפילו יאמר אח"כ שמקפיד - לא צייתינן ליה**, וכן הוא עכשיו בתפלה כמ"ש בסי' ק"י. ונ"ל עוד דאפילו אם ישכרם על תנאי זה שיקצרו בתפלה ובברהמ"ז - לא צייתינן ליה, דכיון דכ"ע אין נוהגין כן - והוה כקבלו עליהם לחובה - אין ביכולת היחיד להוציא עצמו מן הכלל ולבטל המצוה".

בשו"ת יחוה דעת (חלק ב סימן ח) מובא: "ולכן **כשהזמן מצומצם מאד - יכולים לדלג וידוי ונפילת אפים**. ויאמר השליח צבור חצי קדיש, ויסיים עם הקהל אשרי יושבי ביתך, ובא לציון גואל, וקדיש תתקבל, מפני שהפליגו חז"ל בשבח אמירתם, וכמבואר במסכת ברכות (דף ד:), שכל האומר תהלה לדוד ג' פעמים בכל יום - מובטח לו שהוא בן העולם הבא. (כלומר, המזמור של אשרי יושבי ביתך, פעם אחת בתוך פסוקי דזמרה, ופעם שנית לאחר תפלת י"ח בשחרית, ופעם שלישית לפני תפלת המנחה). וכן באמירת ובא לציון גואל יש קדושה דסדרא, וכבר אמרו חז"ל (סוטה מט ע"א), מיום שחרב בית המקדש אין לך יום שאין קללתו מרובה משל חבירו וכו', עלמא אמאי קאי, אקדושה דסדרא ואיהא שמיה רבה דאגדתא".

בשו"ת אגרות משה (אורח חיים חלק ד סימן צא) מובא: היום נהוג להתפלל את תפילת העמידה כתקנה גם לעובדים שמקבלים שכר, וכן לברך ברכת המזון במלואה, אבל במקרה שהעובד חושש שאם יתפלל

את כל התפילה הוא יאחר למקום עבודתו - הוא מחויב לדלג על פסוקי דזמרה[178], **בכדי לא לגזול את המעסיק**.

**ו- מנהג מדינה בהפסקה ובתפילה**

לפי החוק (חוק שעות עבודה ומנוחה תשי"א סעיף 20) העובד זכאי לקבל שלושת רבע הפסקה בעבודה של שש שעות, כאשר חצי שעה מתוכם יהיו רצופים. (סעיף 20 א).

המעסיק לא חייב לשלם לעובד על זמן ההפסקה, זאת בתנאי שההפסקה קבועה ורציפה במשך חצי שעה ובתנאי שהעובד יכול בזמן ההפסקה לצאת ממקום עבודתו לעיסוקיו הפרטיים, אך אם העובד מחויב להיות זמין גם בשעת ההפסקה - לא יהיה ניתן לנכות את זמן ההפסקה משכרו. השומר חייב להיות זמין גם בזמן ההפסקה, לכן ההפסקה נחשבת כחלק משעות העבודה של השומר. (סעיף 20 ג).

החוק מאפשר לעובד להתפלל במהלך יום עבודתו, אבל המעסיק לא חייב לשלם לעובד על זמן התפילה (סעיף 20 ד).

[178] כך סיים האגרות משה: "וא"כ לדלג פסד"ז (פסוקי דזמרה) - ודאי לא מיבעיא שרשאי, אלא שמחוייב מצד גזל מלאכתו של בעה"ב. אך בשביל מלאכת עצמו - מסתבר שלא ידלג אלא כשאיכא חשש גדול שאפשר יהיה הפסד כשיאחר זמן הקצר דאמירת כל פסד"ז דבמקום הפסד ודאי רשאי אף למלאכת עצמו".

# שכר לשיעור שבוטל

**שאלות:**

מלמד שהגיע לבית הספר, שם נאמר לו ששכחו להודיע לו, אבל התלמידים שוחררו ואין שיעור, האם הוא זכאי לקבל את שכרו? (המלמד טרח בהכנת השיעור ובהגעה לבית ספר).

**תשובה:**

מעסיק שחזר בו ללא סיבת אונס לא צפויה - צריך לשלם לעובד שכר של עובד בטל. כלומר מחצית משכרו. אומנם אם מדובר במלמד ששמח מאוד ללמד, ומפריע לו ביטול השיעור - זכאי הוא לקבל את מלוא שכרו.

**נימוקים:**

במסכת בבא מציעא דף עו עמוד ב מובא: "השוכר את האומנין והטעו את בעל הבית, או בעל הבית הטעה אותן - אין להם זה על זה אלא תרעומת. במה דברים אמורים? שלא הלכו, אבל הלכו חמרים ולא מצאו תבואה, פועלין ומצאו שדה כשהיא לחה - נותן להן שכרן משלם, אבל אינו דומה הבא טעון לבא ריקן, עושה מלאכה ליושב ובטל. במה דברים אמורים? שלא התחילו במלאכה, אבל התחילו במלאכה - שמין להן מה שעשו".

הגמ' חילקה בין פועל ובין קבלן ומעסיק. **פועל** יכול לחזור בו, גם לאחר שהתחיל את עבודתו, וידו על העליונה, שמקבל בשכרו את כל השכר על חלק העבודה שהספיק לעשות עד שהתפטר. אבל **קבלן ומעסיק** אינם יכולים לחזור בהם לאחר תחילת העבודה, אבל לפני תחילת העבודה - אם המעסיק חזר בו - אין לפועל תביעה ממונית על המעסיק אלא רק תרעומת.

הגמ' הדגישה: אם העובד **הלך** למקום העבודה - המעסיק צריך לשלם לו כפועל בטל. נחלקו הראשונים, האם החיוב של המעסיק לשלם חל רק אם העובד הלך, או גם אם לא הלך, אך העובד לא מוצא עבודה חלופית - יש חיוב על המעסיק לשלם לפועל.

**התוס'** (ד"ה אין) כתבו: לאו דווקא אם העובד הלך למלאכתו - הבעלים צריכים לשלם לו, אלא גם אם העובד עוד לא הלך - אנו פוסקים כר"מ הדן דיני דגרמי, ולכן בעה"ב חייב לשלם, שהרי הבעלים עכבו אותו, כך שעבר הזמן, והפועל כבר לא יכול למצוא עבודה חלופית. לחלופין, אם העובד הלך, אבל חזר מהר, ויכל למצוא עבודה חלופית - הבעלים אינם צריכים לשלם לו, ואין לו אלא רק תרעומת.

אבל **הרמב"ן** (דף עו: ד"ה מודה) סבור, שיש משמעות להליכה, הברייתא דווקא כתבה הליכה, **שכן הליכת הפועל לעבודה נחשבת כקניין המחייב את שני הצדדים לעבודה**. (הנ"מ תהיה אם העובד

לא הלך וגם לא עוד יכול למצוא עבודה: לפי התוס' המעסיק צריך לשלם, אבל לפי הרמב"ן, מכיוון שהעובד לא הלך - המעסיק לא חייב לשלם).

הרמב"ן (שם) והרשב"א כתבו (נימוקי יוסף דף מו: דיבור ראשון): עובד **שלא הלך** למקום עבודתו, והמעסיק חזר בו - אין לו אלא תרעומת, מדובר רק אם לא הפסיד מקום עבודה אחר בגלל התחייבות שלו למעסיק זה, כגון שהמעסיק פנה אליו בערב בהצעת תעסוקה שיעבוד עמו למחרת, ובערב לא הייתה לו שום אפשרות לקבל עבודה אחרת, אבל **אם יכל לקבל עבודה אחרת בערב** אלמלא התחייבותו למעסיק, הרי שאם המעסיק יחזור בו, גם אם הוא לא הלך לעבודה - בכ"ז בעה"ב משלם לו כפועל בטל. ואם הוא יכול למצוא עבודה עם שכר מועט - על המעסיק להשלים לו את מה שהפסיד[179]. וכ"פ המחבר בסימן שלג סעיף ב.

נמצא אפוא, מעסיק שפיטר עובד - על המעסיק לשלם לפועל שכר כפועל בטל. מספר טעמים נאמרו על כך:

א. התוס' (מסכת ב"מ דף עו: ד"ה אין) הסבירו: טעם החיוב הוא **מדינא דגרמי**.

ב. הנתיבות בס"ק ג כתב: טעם החיוב אינו מדינא דגרמי אלא מדרבנן. החכמים **תיקנו תקנה מיוחדת עבור הפועלים**.

ג. המרדכי (מס' ב"ק סימן קיד) כתב בשם רבנו יקיר: כאשר המעסיק שוכר פועל, הוא **מקבל על עצמו התחייבות לשלם כל היזק שיגרם על ידו**, שכן הפועל סומך על דברי המעסיק שיעסיקו, וסמיכות דעת זו חשובה כאילו המעסיק קיבל על עצמו לשלם כל הנזקים שיגרום.

ד. הריטב"א (דף עג: מובא בנתיבות סימן שו ס"ק ו) כתב: החיוב של המעסיק לשלם לפועלים כשחוזר בו, הוא מדין **ערב**, שהרי הפועלים סמכו על דבריו של המעסיק.

הש"ך בס"ק ד כתב: מדברי רבנו תם משמע שאם בוצע קניין - אין אפשרות לחזור בעד שום ממון שבעולם. הש"ך ביאר: "ר"ל, דאע"ג דאם התחיל במלאכה - יכול לחזור בו ויהיה ידו על התחתונה, כדאית' בש"ס ולקמן סעיף ד' - הכא לא מהני אפי' אם ירצה להיות ידו על התחתונה, דהתם לא חשיב קנין, **אבל הכא כיון שמשך הכלי או הקנה בק"ס - לא מהני שום ממון, וצריך לעשות המלאכה** אם ירצה הבע"ה, וכן משמע להדיא בדברי רבינו ברוך בספר החכמה שהביא המרדכי פ' האומנין גבי

---

[179] נמצא אפוא, שאם הפועלים הפסידו עבודה - המעסיק משלם להם כפועל בטל (גם אם לא הלכו), או שהפועלים יעבדו בעבודה עם שכר מופחת והמעסיק שפיטר ישלם להם את הפער.

נחלקו הפוסקים, האם אפשרות הבחירה, (לשלם כפועל בטל או לומר להם לעבוד ולשלם את הפער), נמצאת אצל המעסיק או אצל הפועל. **הב"ח** בס"ק א כתב: הבחירה נתונה לפועלים, הם יחליטו האם הם מעדיפים לקבל מן המעסיק שכר כפועל בטל, או שהם מעדיפים לעבוד במקום חלופי ולקבל את הפער. אך **הפרישה** בס"ק א כתב: הברירה ביד המעסיק. וכ"פ הש"ך בס"ק ט: "דהפועל מחויב לעשות המלאכה, ואינו יכול לומר: 'אשב בטל, ותשלים לי כפועל בטל', אלא הברירה ביד הבעל הבית".

שבאת חבילתו לידו, **דבמשיכת כלי האומנות - אין הפועל יכול לחזור בו אפי' רוצה להיות ידו על התחתונה**".

הרמ"א בסימן שלג סעיף א פסק כדעת רבנו תם: בעה"ב שמשך את כלי האומנות - אין הוא ואין הקבלן יכולים לחזור בהם. על כך כתב הפתחי תשובה בס"ק ב בשם הנודע ביהודה (מהדו"ק חו"מ סימן ל): חתימת הקבלן על חוזה, שווה לתחילת עבודה, ואין הצדדים יכולים לחזור בהם.

הש"ך בסימן שלג ס"ק א כתב: אם העובד יכול למצוא עבודה חלופית ללא טרחה - יכול המעסיק לפטר לפני שהעובד התחיל את עבודתו, ואין לו אפ' תרעומת. וכך כתב הקצות בס"ק יב: "וכן בעל הבית בפועל חוזר כל שיש בעל הבית אחר".

אומנם אם המעסיק חזר בו בגלל אונס שלא היה מודע לו - המעסיק לא צריך לשלם לפועל, אך אם המעסיק היה מודע לאונס והעובד לא היו מודע לאונס, אנו אומרים שהיה עליו לעלות בדעתו שהאונס יתרחש ולהתנות שהעובד יעבוד בכ"ז, ואם לא התנה, הפסיד. אבל במקרה בו שני הצדדים היו מודעים לאונס, או במקרה בו שניהם לא היו מודעים לאונס - העובד מפסיד, שכן העובד הוא נחשב למוציא מהמעסיק, והמוציא מחברו עליו הראיה. דינים אלו מבוארים במסכת בבא מציעא דף עז עמוד א (ע"פ הסבר הרא"ש סימן ג), וכפי שנפסק להלכה בסימן שלד סעיף א.

הגמ' דנה **במקרה בו העבודה לא נעשתה מחמת אונס, האם בעה"ב צריך לשלם לפועל את שכרו או לא**? הדין הוא שבעה"ב אינו חייב לשלם לפועלים. אומנם במקרה בו בעה"ב

**שיעור השכר של פועל בטל**

הט"ז (על סעיף א) כתב: בקובץ ישן מובא: בכל מקום שאמרו חכמים שנוטל כפועל בטל - השיעור הוא חצי השכר.

בשו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן (סימן א) מובא: לימוד תורה אינו כלימוד שאר המקצועות, שכן הרב שמח ללמד את תלמידיו **ומצטער כאשר הלימוד מתבטל**, (הסמ"ע בסימן שלה ס"ק ד ביאר: "דפקודי ה' ישרים משמחי לב. גם משום דסתם מלמדים רגילים לעסוק במלאכת לימוד הנערים כל היום, ואי לא מיעסקי - ה"ל כשינוי וחלשי"), כך שיש לדמותו לאכלושי דמחוזא[180] (כמבואר בהערה).

[180] במסכת בבא מציעא דף עז עמוד א מובא: "אמאי, וליתיב להו כפועל בטל? כי קאמר רבא באכלושי דמחוזא, דאי לא עבדי חלשי". (מדובר בסוג עבודה הדומה לעבודת הסבלים במחוזא, שאם לא היו עובדים, היו נעשים חלשים, והם נהנים לעבוד, ולא היו מוכנים לקבל כסף בכדי להוריד את רמת הקושי של העבודה ולקבל כפועל בטל, אדרבה הם אוהבים עבודה קשה, ורוצים את מלוא השכר, לכן הם מקבלים את כל שכרם, אבל לעולם בפועל שמוכן ששכרו ירד במקצת, בכדי להקל מקושי העבודה - אינו מקבל שכר מלא אלא רק שכר כפועל בטל).

הרדב"ז (חלק ב סימן תשנ) הסביר מדוע מלמד נחשב כמו אכלושי דמחוזא: "וקשיא לי: דאדרבא אמרינן למה נקרא שמה תושיה, שמתשת כחו של אדם? וליכא למימר דלא אמרינן הכי אלא בדברים הצריכין עיון, דאנא חזינא מלמדי תינוקות טורחים הרבה ויגעים? ותו דלהכל נקרא תושיה"?

"ולפיכך נ"ל דעיקר הטעם הוא, דבזמן שהמלמד יושב ובטל - נחלש כח הלימוד ודרכו, וכשירצה לחזור ללמודו - קשה עליו, כי בהרגל הדבר לא יקשה עליו טרחו, ולאו דחלשי גופייהו ממש, אלא חלשי ממלאכתם, וניחא להו להיות עוסק במלאכתו תדיר, ולפיכך נותן לו שכרו משלם".

כך פסק הרמ"א בסימן שלה סעף א: "מלמד שחלה התלמיד - נתבאר בסוף סימן של"ד (טור ריש סי' של"ד ורמב"ן בתשובה סי' א'), מקום שהוא פסידא דבעל הבית - צריך ליתן לו שכרו משלם ולא כפועל בטל, דאי לא עבדי חלשי. ואפילו יש לו תלמידים אחרים שלומד עמהם, דדבורא לאחד דבור למאה. (ב"י בשם הרשב"א ורבי ירוחם נכ"ט ח"ג). ואין בעל הבית יכול ליתן לו נער אחר ללמוד עמו". (תשובת רמב"ן סימן א').

**מסקנות:**

א. מעסיק שחזר בו לפני שהעובד התחיל ללכת למקום עבודתו - המעסיק לא חייב לשלם לעובד את שכרו ואין לו אלא תרעומת.

ב. אם כתוצאה מחזרת המעסיק - נגרם לעובד הפסד (כגון שהפסיד עבודה אחרת שיכל לקבל) - המעסיק חייב לשלם על ההפסד שנגרם לו.

ג. אם המעסיק חוזר בו לאחר שבוצע קניין - גם אם לא נגרם נזק לעובד - הוא זכאי לקבל את שכרו כמו פועל בטל.

ד. אם המעסיק חזר בו ויש מקום עבודה חלופי לעובד (רמת קושי זהה למקום העבודה הראשון) - המעסיק לא צריך לשלם את הסכום שיכל העובד לקבל במקום העבודה השני.

ה. מעסיק שחזר בו מהעסקת העובד בגלל אונס - פטור מלשלם לעובד על ההפסדים שנגרמו.

ו. אונס נחשב דבר שהמעסיק לא יכל לדעת עליו, או לחלופין שהמעסיק והעובד יכלו לדעת עליו. אבל אונס שהמעסיק יכל לדעת והעובד לא יכל לדעת - לא נחשב לאונס.

ז. שיעור השכר של פועל בטל הוא מחצית מהשכר.

ח. מלמד ששמח מאוד ללמד, ומפריע לו ביטול השיעור - זכאי הוא לקבל את מלוא שכרו.

# מונית שעוברת לפני אוטובוס

**שאלה:**

בקו אוטובוס מסוים מירושלים לדרום הארץ - ישנו לעיתים עומס בשעות הערב, וקורה שיש נוסעים שמחכים ולא מצליחים לעלות לאוטובוס. נהג מיניבוס לקח יוזמה, והוא מגיע מדי פעם דקות ספורות לפני האוטובוס, מציע הסעה במחיר נמוך יותר מהאוטובוס, ונסיעה יותר נוחה ומהירה.

א. האם מותר לו לעשות זאת למרות שייתכן והא "לוקח" לאגד נוסעים?

ב. במידה והוא לא נוהג כשורה, האם זה אומר שאסור לי לעלות מצד לפני עוור או שותף לעבירה?

**תשובה:**

א. מותר לעלות על מונית שמגיעה לתחנת אוטובוסים, ומקדימה את הגעת האוטובוס, בתנאי שמדובר בנהג הגר באותה עיר.

ב. מותר לנהג מונית הגר בעיר אחרת להתחרות עם נהגים בני העיר, בתנאי שהוא מציע לנוסעים שירות יותר איכותי וזול.

ג. במקום בו נהגי האוטובוס מאחרים בפשיעה - מותר לעבור לנהג אחר שעומד בזמנים, ואין בכך משום יורד לאומנותו של חברו.

ד. חל איסור לנהגי מוניות להיכנס לתחנה מרכזית. לפיכך גם לנוסעים אסור לעלות על מוניות שעוברות על איסור זה ונכנסות לתחנה המרכזית.

**האם לפי ההלכה תחרות עסקית מותרת**

במסכת בבא בתרא דף כא עמוד ב מובאת מחלוקת, האם יכול תושב העיר לפתוח עסק מתחרה. הרי"ף (דף יא.), הרמב"ם (הלכות שכנים פרק ו הלכה ח) והרא"ש (סימן יב) פסקו שמותר **לאדם הגר באותה עיר לפתוח עסק מתחרה לעסק שכבר קיים**, ואין בעיה של יורד לאומנותו של חברו, אומנם אם הוא יורד שלא ברשות, דהיינו בן עיר אחרת - יש בעיה של יורד לאומנתו של חברו, ואסור לו לפתוח בעיר אחרת עסק מתחרה לעסק שכבר קיים. וכך פסק השולחן ערוך בסימן קנו סעיף ה.

גם בתחום ההסעות יכולים נהגי העיר להקים תחנת מוניות לצד תחנה מרכזית, וכדברי הגמ': "**עושה אדם חנות בצד חנותו של חברו**, ומרחץ בצד מרחצו של חברו, ואינו יכול למחות בידו, מפני שיכול לומר לו: אתה עושה בתוך שלך ואני עושה בתוך שלי".

הגר"מ פיינשטיין בספרו דברות משה (מס' ב"ב סימן כ הערה ל) כתב: לדעת רב הונא בריה דרב יהושע, **כל בני העיר נחשבים לשותפים בעיר**, (כלומר כל בני העיר הם שותפים והבעלים על **הרווחים שיכולים להיווצר בעיר**), לכן הם יכולים לעכב אדם מעיר אחרת שרוצה לפתוח עסק מתחרה.

אומנם המרדכי (סימן תקט"ז) כתב בשם **ראבי"ה**: בן מבוי הבא לפתוח חנות על פתח המבוי, כאשר יש כבר חנות בתוך המבוי, וכעת רוצה לפתוח בפתח המבוי, כך שכל קונה שייכנס למבוי, יהיה חייב לעבור דרכו - יכול בעל החנות הפנימית לעכב בעדו לפתוח חנות על פתח המבוי. **הבית יוסף** העיר: ראבי"ה סבור כדעת רב הונא, ומכיוון שאין הלכה כרב הונא, (אלא ההלכה כמו רב הונא בריה דרב יהושע), לכן גם אין לפסוק כראבי"ה במקרה זה.

הדרכי משה בס"ק ד כתב: ייתכן ודברי ראבי"ה נכונים להלכה גם ע"פ רב הונא בריה דרב יהושע, שכן הוא מעמיד את חנותו בצורה כזו שכולם חייבים לעבור דרכו, והורס את פרנסתו בוודאות, אך ראבי"ה יודה, שאם פתח את החנות בתוך המבוי לצד החנות הוותיקה - שאין איסור בכך.

וכך כתב הרמ"א (שו"ת סימן י): "צריכין אנו לחלק, **דבדבר דברי היזקא** כגון הכא גבי מבוי שבודאי יזיק לו - **כ"ע מודו דהלכתא כרב הונא**". וכ"פ מהרי"ק (סימן קלב), והגינת ורדים (חו"מ כלל ג סימן כ).

הפתחי תשובה בס"ק ג כתב בשם החתם סופר (סימן סא): לכו"ע במידה והתחרות תגרום לקריסת העסק הקודם - הדבר אסור, וזהו יורד לשדה חברו, וכך צריך להבין את שיטת אביאסף. במצב של פוסק חיות, אנו אומרים שאסור גם לבן מבוי חברו, אומנם במידה והמתחרה רק מפחית מהרווחים ולא גורם לקריסת העסק, הוא נקרא מפחית חיות, ומותר לבן מבוי לפתוח עסק שיפחית מרווחי העסק הקדם, אך גם במפחית חיות, אסור לבן מבוי אחר להקים עסק במבוי, ואם פתח עסק במבוי, הב"ד יכולים לכפות עליו שיסגור את העסק שבמבוי.

וכך פסק המשאת בנימין (סימן כז): "ונראה לי, דע"כ לא פליג רב הונא בריה דרב יהושע ארב הונא - אלא כה"ג דרחיא דאינו מבטל לראשון לגמרי, שהרי הראשון עומד ברחים שלו, אלא שהשני אוקי עוד רחים אחד, **ומחסר** לראשון ממחייתו, שלא יהיה ריוח הרבה לראשון כבראשונה, אבל מ"מ יש לראשון ריוח פחות מבראשונה, אבל היכא דבא השני לדחות את הראשון לגמרי **ולבטל אותו ממחיתו** בענין החנות והאורנדות, (זיכיון למכור יי"ש), שאין רשות רק לאחד בכל העיר ובא השני והשיג גבול הראשון ודוחה אותו לגמרי - כ"ע מודו דמצי מעכב אפי' אבר מבואה דידיה דהא ודאי פסק לחיותא לגמרי".

**האם מותר לקחת נוסעים שכבר עומדים בתחנה**

במסכת בבא בתרא דף כא עמוד ב מובא: "אמר רב הונא: האי בר מבואה דאוקי ריחיא, ואתא בר מבואה חבריה וקמוקי גביה - דינא הוא דמעכב עילויה, דא"ל: קא פסקת ליה לחיותי. לימא מסייע ליה: מרחיקים מצודת הדג מן הדג כמלא ריצת הדג; וכמה? אמר רבה בר רב הונא: עד פרסה! שאני דגים, דיהבי סייארא".

החתם סופר הביא שלושה פירושים שכתבו הראשונים בביאור דברי הגמ': "דיהבי סייארא":

א. רש"י הסביר: יש **סמיכות דעת לדייג הראשון** בכך שהוא הראשון שמצא את המקום בו נמצאים הדגים, והניח שם את מזונם. הדגים מסתכלים על מקום בו יש מזון ולהגיע לשם, כך שיש **וודאות** שהדגים ייכנסו דווקא לרשת של הדייג הראשון. (אומנם אין כאן גזל גמור ולא בעיה של יורד לאומנותו של חברו, אלא יש תקנת חכמים עבור הדייג הראשון).

ב. הרמב"ן (דף כא:) הסביר: יש בעיה של גזל. בגלל טרחת הדייג הראשון אנו מחשיבים את הדייג הראשון כאילו כבר דג את הדגים, והם נמצאים ברשותו, ואם יבואו דייגים אחרים למקום בו הוא צד, הם **יגזלו** את הדגים השייכים לו, (משא"כ בבן מבוי הפותח עסק, שאין וודאות שהלקוחות יבואו דווקא אליו, לכן יכול בן מבוי אחר לפתוח עסק מתחרה). החתם סופר העיר: אין כאן גזל גמור אלא רק גזל מדרבנן, שהרי הדגים יצאו מעצמם והם הפקר.

ג. ר"י מיגאש (מס' ב"ב דף כא:) הסביר: יש כאן בעיה של **יורד לאומנותו של חברו**, שכן הדייג רצה לצוד דג גדול, ובמידה והדייגים ישימו עוד מצודות, הדגים הקטנים יזהירו את הדג הגדול. נמצא אפוא שלדייג הראשון פסיק אומנותיה, שהרי הוא לא יוכל לצוד דגים גדולים, ובזה אומרים דהוי יורד לאומנותו של חברו. (אומנם אם רק פחית חיותיה - אין בעיה של יורד לאומנותו של חברו).

ד. הסבר נוסף כתב רבנו מאיר (אביו של ר"ת, מובא בתוס' במסכת קידושין דף נט. ד"ה עני): **הדייגים טרחו והניחו דג מת** בכדי שהדגים יתאספו סביבו וכך יוכל בקלות לצודם. מהרשד"ם (סימן רנט) העיר: צריך שהראשון יעשה מעשה ויטרח בכדי שנאסור על אחרים להתחרות עמו.

לכאורה ניתן לומר, שתחנת האוטובוס חשובה כמו מצודת דגים, ואסור להתחרות עם הבעל מקצוע הראשון שכבר פרס את מצודתו על הנוסעים.

אבל יותר נראה שאין להשוות בין מצודת דגים ובין הקמת תחנות. דין מצודת דגים שייך כאשר קיים וודאות שהדגים ייכנסו למצודה, ואז יש איסור להתחרות, כי סמכא דעתו של הדייג שהניח את המצוד. אבל בנוסעים אין וודאות שהם יעלו דווקא לאוטובוס ולא למונית.

לדייג יש שליטה על הדגים נמצאים בתחום מצודתו, אך לנהג אוטובוס אין שליטה על הנוסעים, הם יכולים לבחור היכן לנסוע. הבחירה תהיה רק ע"פ שיקולים של מהירות הנסיעה, מחיר הנסיעה, נוחות, זמינות וכד'. נהגי האוטובוס מודעים לכך וודאי שלא סמכא דעתם כאשר יש נהגי מוניות שמצליחים לתת שירות יותר יעיל נוח וזול.

במקרים בהם יש מחויבות בין הצדדים לעשות עסקים רק בניהם, כך **שיש וודאות שהפרנסה תבוא לידו** - אסור לאחרים להיכנס בניהם, אבל בין נוסע ובין נהג אוטובוס אין מחויבות בלעדית, לכן מותר לעלות על מונית מתחרה.

**כניסה לתחנה מרכזית**

אסור מבחינה חוקית לנהגי מוניות להיכנס לתחנה מרכזית, לכן וודאי יש סמיכות דעת בתחנה מרכזית, ואסור לנהגי מוניות להיכנס לתחנה וגם אם נכנסו – אסור לעלות על המונית.

החתם סופר (חושן משפט סימן עט) כתב: לקוח שנכנס כבר לחנות בכדי לרכוש מוצר, "וגמר הפסוק ולא חסר כלום באופן שהיה בטוח שיקחו ממנו, ובא זה ומוליכם לחוץ - ה"ל גזל". וכ"פ ערוך השולחן (סימן רכח סעיף יד): "אבל מחנותו של אחר - אין לקרות שום קונה, ועובר בלא תסיג גבול".

כניסה לתחנה מרכזית נחשבת מבחינה הלכתית כמו מוכר שנכנס לחנות חברו, ומשכנע את הלקוחות לעבור לחנות אחרת שזה וודאי אסור.

**מתחרה מעיר אחרת שנותן שירות איכותי וזול**

הרא"ש (סימן יב) כתב בשם **רבי יוסף הלוי**: בני העיר יכולים לעכב בני עיר אחרת מלמכור בעירם - רק כאשר הם מוכרים במחיר ובאיכות של בני העיר, כך שאין הפסד לתושבי העיר ממניעת בני עיר אחרת למכור בעירם, אבל אם בני עיר אחרת מוכרים יותר בזול, או מביאים סחורה איכותית יותר - יכולים למכור, שכן חכמים לא עשו תקנה למוכרים בכדי להפסיד את הלקוחות.

וכ"פ הרמ"א בסימן קנו סעיף ז: יש ללכת אחר טובת הלקוחות, למרות שנגרם הפסד למוכר. (עיין לקמן שערוך השולחן סייג זאת, שלא הולכים לטובת הלקוח, במידה והמתחרה רק מקלקל את המסחר ע"י הוזלת מחירים בצורה לא הגיונית).

אומנם לדעת **הרמב"ן** (דף כב. ד"ה זילו), אם הסחורה יותר **זולה** - יכולים הסוחרים בני העיר לעכב את הסוחרים בני עיר אחרת מלמכור בעירם, שכן אין סיבה להעדיף את הקונים על פני המוכרים, אבל אם הסחורה אינה **איכותית** - יכולים בני עיר אחרת למכור בעיר, דהוי דינה כדין סחורה שאינה נמכרת בעיר - שיכולים בני עיר אחרת למכור.

**הנימוקי יוסף** (דף יא.) כתב: רבי יוסף הלוי התיר רק כאשר פער המחירים הינו משמעותי, אך אם בני עיר אחרת מוכרים רק מעט יותר זול - ניתן לעכבם מלמכור[181]. אבל **הפתחי תשובה** בס"ק יא כתב: גם אם הסוחרים מוזילים רק במעט - יכולים הם למכור.

הכסף קדושים כתב: מכיוון דהוי ספיקא דדינא, יש לפסוק דכל דאלים גבר, לכן אם הסוחרים בני העיר הם רבים ועומדים כנגד הסוחרים מעיר אחרת שרוצים להוזיל רק במעט - הם יכולים לכוף את הסוחרים שלא ימכרו בעירם, וגם אם אח"כ יביאו הקונים הרבה חתימות והם יהיו הרבים, בכ"ז לא נתיר להם למכור, שכן בדין כל דאלים גבר, אין השני יכול להתגבר לאחר שהראשון כבר התגבר.

[181] הנימוקי יוסף כתב שכך היא דעת הרמב"ן, אך הב"י כתב שאין זו דעת הרמב"ן, אלא לדעת הרמב"ן גם כאשר ההוזלה היא משמעותית - אסור להם למכור.

ערוך השולחן (סעיף יא) כתב: דברי ר"י הלוי, שיכול בן עיר אחרת למכור במחיר מוזל יותר, נכונים רק כאשר הסוחרים בעיר מוכרים ביוקר, ויש להם ג"כ אפשרות למכור בזול, אך הם מעדיפים למכור ביוקר, במקרה זה ניתן לבן עיר אחרת למכור בזול, אבל אם בני העיר מוכרים במחיר סביר, ובא בן עיר אחרת ורוצה לשבור את השוק בהוזלה מתחת לשער בשוק - אין מניחים להם, וגם יש לגעור בהם שמקלקלים את דרכי המסחר. העיקרון הוא שיש לשמור על חיי מסחר תקינים והגונים.

**נהג שאיחר**

במקום בו נהגי האוטובוס מאחרים - מותר לקחת נהג אחר שעומד בזמנים, ואין בכך משום יורד לאומנותו של חברו, ואף ניתן להטיל סנקציות על הנהג המאחר בגלל פשיעה.

כך כתב הפתחי תשובה (יורה דעה סימן רמה ס"ק יב) בדין רב מסדר קידושין שאיחר לבוא לחופה: "כיון שהמתינו עד בא השמש ולא בא - אין להשגיח על כבוד הרב בזה, במקום שהוא עשה שלא כהוגן שלא בא בזמנו, וגם לא שלח אחר בחריקו, והרב שרוצה לענוש החכם אכסנאי שסידר קדושין אחר שהמתינו עליו ולא בא - ראוי הוא לעונש על שרוצה לענוש שלא כדת".

# נהג שדורש תוספת על שינוי בנסיעה

**רקע ועובדות מוסכמות**

התובע הינו נהג הסעות במקצועו, הנתבע הינו מדריך טיולים, כאשר רוב עבודתו הוא מקבל דרך סוכן, אך ישנן מספר הזמנות שהוא מקבל באופן ישיר, ובאותן עבודות הוא משמש כסוכן טיולים.

אחת מההזמנות הישירות שיש לנתבע - זו הזמנה קבועה של משפחה שמגיעה בכל חול המועד לארץ. במשך מספר שנים העסיק הנתבע את התובע כנהג עבור הסיורים של אותה משפחה בחול המועד.

הנתבע יצר קשר עם התובע, הזמין את האוטובוס ליומיים שלמים בחול המועד לסיורים באזור בית שמש. וסוכם שעבור כל יום עבודה יקבל התובע סכום של 500$.

**טענות התובע**

ביום הראשון של הטיול, הנתבע ביקש מהתובע לשנות את הטיול למחרת מאזור בית שמש לאזור שילה. התובע ביקש תוספת תשלום בגלל השינוי, אבל בגלל שהוא ראה שהנתבע כועס הוא אמר לו אני לא רוצה שתכעס אני אסע.

במהלך היום התובע בירר שמשרדי החברה ונאמר לו שעל שינוי כזה יש לשלם תוספת של אלף ש"ח. בשלב זה התובע אמר לנתבע, שהוא לא עובד בחינם, ישנם מחירים קבועים לפי ק"מ, ולכן על הנתבע לשלם את התוספת כפי שנאמר לו במשרד.

מדובר בשינוי מנסיעה לאור בית שמש לנסיעה מעבר לקו הירוק, בד"כ לוקחים אוטובוס ממוגן ירי, הנתבע לקח סיכון בהסכמתו לנסוע לשילה, ומעבר לכך מדובר ב-20 ק"מ יותר ממה שסוכם, לכן על הנתבע לשלם את התוספת.

**טענות הנתבע**

מספר ימים לפני הנסיעה סגרתי עם התובע על סכום קבוע. זהו הסכום שכבר אמרתי לתיירים מחו"ל, התיירים כבר שילמו את הסכום שהתובע אמר (500$ ליום), אני לא יכול כעת לבוא ולבקש סכום נוסף, זה לא מקצועי, ואם אעשה כך הם יעברו למדריך טיולים אחר.

במהלך היומיים ראיתי שהתובע מאוד עצבני, כועס על התיירים, לכן מיוזמתי החלטתי להוסיף לו מכיסי עוד 200$, בנוסף לכך גם התיירים נתנו לו עוד טיפ בסך 200 ש"ח.

**תגובת התובע:**

ה-200$ שהנתבע נתן זהו טיפ ולא מכספי הנתבע אלא מכספי התיירים. וה- 200 ש"ח שהתובע קיבל מהתיירים - נקראים בשפת הנהגים אקסטרה וזה מעבר לטיפ.

התובע במהלך היום וויתר על התוספת, אך לטענתו בהתחלה הוא וויתר כי לא היה מודע למחיר, ולאחר מכן וויתר בכדי שהנתבע לא יכעס.

**השאלות לבירור:**

א. הגדרת שינוי הנסיעה.

ב. דין מחילה.

ג. מחילה בטעות.

ד. מחילה בכעס.

ה. הטיפ לנהג.

**הגדרת שינוי הנסיעה**

מחיר הנסיעות של נהגי אוטובוס ונהגי מוניות נקבעים בעיקר ע"פ ק"מ. כך שיש לראות טעות זו - כמו טעות במידה במשקל ובמניין. הנתבע הזמין אוטובוס למקום מסוים וקבעו על כך מחיר, אך לאחר מכן הנתבע ביקש לשנות ליעד אחר. שינוי היעד כרוך בתוספת, בגלל שעל כל ק"מ קבוע יש מחיר ידוע, נמצא שיש כן הונאה בדבר שבמידה ובמניין, ויש לחייב את המזמין ע"פ התעריף הקבוע.

במסכת בבא בתרא בדף צ עמוד א מובא: "והאמר רבא: כל דבר שבמדה ושבמשקל ושבמנין - אפילו פחות מכדי אונאה נמי חוזר". (גם בפחות משתות - המקח מתבטל. רש"י במסכת קידושין דף מב עמוד ב הסביר: "שאין זה כשאר אונאות דקי"ל בהזהב {ב"מ דף מט:} פחות משתות מחיל אינש, דהתם אין כל אדם יכול לצמצם הדמים, אבל טועה במדה - טעות הוא, ואדעתא דהכי לא עביד").

כלומר, דיני הונאה נאמרו רק כאשר הטעות היא על **סכום המקח**, שאז ניתן לומר שבפחות משתות הוי מחילה, אבל אם הטעות היא **במידה במניין או במשקל** של המוצר - המקח מתבטל גם בהונאה הפחותה משתות. הרשב"ם (ד"ה כל) הסביר: כאשר יש טעות במידה אנו אומרים שזהו מקח טעות, וכאילו קיבל מוצר אחר, כך שגם המוכר וגם הלקוח יכולים לחזור בהם.

הסמ"ע בס"ק א הסביר: יש לחלק בין אונאה רגילה ובין אונאה במידה ובמשקל. **באונאה רגילה** אנו אומרים שאם ההונאה היא עד שתות - ישנה מחילה והמקח קיים, (כפי הסברו של הרא"ש פרק ד סימן כ), **כי** המוכר והקונה לא יכולים לצמצם את שווי המקח עד לשתות, אבל **בדבר שבמשקל ובמניין** - ניתן לצמצם ולקבוע בצורה ברורה מה המחיר, לכן גם בפחות משתות - המקח בטל.

נחלקו הראשונים, במקרים בהם ההונאה היא בדבר שבמידה משקל ומניין, האם המקח מתבטל לגמרי, או שהמקח קיים ויוסיף את מה שחסר. כיצד יש לפרש את דברי רבא: "כל דבר שבמדה ושבמשקל ושבמנין... **חוזר**" - האם חוזר משמעותו ביטול המקח או השלמת החיסרון?

א. **שיטת רש"י** (מסכת ב"מ דף נו: ד"ה חוזר) **והתוס'** (ד"ה כל) - כאשר ההונאה בדבר שבמשקל ובמניין - **המקח בטל**[182]. ולא אומרים שהמקח קיים אלא שיחזיר את ההפרש בין המחיר האמתי שהקרקע שווה ובין המחיר ששולם בפועל. (וכן משמע מדברי התוס' (דף קד. ד"ה פחות), שאם מדדו והמוכר הטעה את הלקוח במידות - המקח בטל לגמרי, גם בטעות שהיא פחות משתות).

ב. **שיטת הרשב"ם** (ד"ה פיחת) - יש לחלק בין קרקע ובין מטלטלים. **בקרקע** המקח קיים וישלים את החיסרון, אבל **במטלטלים** - המקח בטל לגמרי כדין מקח טעות.

ג. **שיטת הרשב"א** (מס' קידושין דף מב: הובא בר"ן דף יז:) - דברי רבא מעיקרם שכל דבר שבמניין חוזר, כלל אין כוונתו שהמקח בטל, אלא צריך לבדוק במידה וניתן להוסיף מעות או להחסיר מעות - הרי שהמקח קיים, **ורק צריך להוסיף או להחסיר מעות**. לדעת הרשב"א, גם בדבר שלא ניתן להשלים את החיסרון, כגון בקרקע - המקח קיים, כי יש קניין לחצאין, אלא שיש להחזיר את הפער בסכום הכסף.

ד. **שיטת הרמב"ם** (הלכות מכירה פרק טו הלכות א-ב) **הרמב"ן** (מס' ב"ב דף קג:) **והר"ן** (שם) - דברי רבא שהמקח בטל שייכים רק כאשר **כלל לא ניתן להשלים את החיסרון**, כגון בקרקעות שאין אפשרות להגדיל את שטח הקרקע, (אנו לא אומרים שהמוכר יפחית מהתשלום, בניגוד לדברי הרשב"א), במציאות זו יוצא שכלל לא הייתה מכירה, הלקוח שילם עבור דבר שלם אך קיבל רק חצי ממה שקנה, ואין אפשרות להשלים, לכן אנו אומרים שהמכירה כלל לא חלה והמקח בטל מעיקרו, אבל **כאשר ניתן להשלים את החיסרון** - המקח קיים אלא שעל המוכר להשלים את החיסרון, כי המתאנה יוכל לומר: שילמתי על דבר מאוד ברור ומוגדר, אך לא קיבלתי את מה שסוכם, אלא קיבלתי פחות מכך, לכן אני תובע את השלמת המקח והשלמת העסקה כפי שנסגרה. כגון אם הקונה ביקש מידה מסוימת של פירות ונמצא חסר - המוכר יוסיף פירות והמקח קיים. (בניגוד לשיטת רש"י, שתמיד אומרים שהמקח בטל).

זהו ההבדל בין הונאה רגילה ובין הונאה בדבר הקצוב, **בהונאה רגילה** המתאנה קיבל בצורה מלאה את מה שסוכם, והבעיה היא במחיר המקח, אך **בהונאה בדבר קצוב**, המתאנה כלל לא קיבל את מה שהזמין, לכן אם המוכר משלים את החיסרון - ייצא שאין כל פגם במקח ולכן המקח קיים, ואם המוכר לא יכול להשלים, נמצא שהוא לא קיבל את מה שהזמין ולכן המקח בטל מעיקרו. וכ"פ השולחן ערוך בסעיף א.

הגר"ח הלוי סולובייצ'יק (חידושי ר' חיים הלוי הלכות מכירה פרק טו הלכה א) ביאר: יש לחלק בין טעות טכנית במדידה ובין טעות מהותית בעצם העסקה. אם **המוכר והלקוח מסכימים באופן עקרוני**

---

[182] כך כתב רש"י: "דמקח טעות הוא, **דהא בהדיא פירש בחזקת כן, ואינו כן**". וכך כתב רש"י גם במסכת מנחות דף סט עמוד א (ד"ה כל): כל דבר שבמדה - **כיון דקפיד - לא מחיל** ואפילו בפחות משתות, ולא שייכא בה דין אונאה שיהא מקח קיים ויחזיר אונאה, **אלא כל המקח בטל וחוזר**".

**על המקח**, רק שנפלה טעות במדידה - המכירה קיימת ויש להשלים את הטעות, אבל אם יתברר **שלא הייתה הסכמה על חישוב המדידה**, משמע שנפל פגם מהותי בעצם העסקה, לכן המקח כולו בטל.

וכך נראה מדברי הרא"ש (מסכת ב"ב פרק ז סימן א), שחילק בין דבר שניתן להשלמה שאז המקח תקף רק שישלים, ובין דבר שלא ניתן להשלמה שאז המקח בטל, כי יכול הלקוח לומר למוכר: אני רכשתי רק מקח מלא, ונחשב כאילו התנה עמו שרק אם המוכר יביא מקח שלם - המכר תקף, אך אם הלקוח יביא מקח חלקי, וגם לא ניתן להשלימו, אנו אומדים שלא גמר בדעתו לרכוש מקח חלקי, ולכן המקח מתבטל.

ה. **שיטת הראב"ד** (שם) - יש לחלק בין לקוח שידע שחסר מהשיעור ובין לקוח שלא ידע שחסר מהשיעור. אם **הלקוח ידע** שיתכן והשיעור חסר ובכ"ז קנה - המקח קיים ויש להשלים את מה שחסר, אך **הלקוח לא היה מודע** לכך שחסר מהשיעור - המקח בטל.

הראב"ד הביא דוגמא: המוכר אמר ללקוח בשקית זו יש מאה סאה אגוזים בסכום מסוים, והתברר אח"כ שיש פחות ממאה סאה, אם הלקוח לא ידע בשעת הקנייה שחסר - המקח מתבטל למרות שניתן להשלים והמוכר רוצה להשלים, אבל אם הלקוח היה מודע שיתכן והשיעור חסר - המקח קיים ועל המוכר להשלים את השיעור.

נחלקו המגיד משנה והבית יוסף, האם הראב"ד חולק על הרמב"ם או מוסיף על הרמב"ם: **המגיד משנה** סבור שיש מחלוקת בניהם, והלכה כרמב"ם, אבל **הבית יוסף** סבור שהראב"ד מוסיף על הרמב"ם ולא חולק עליו: "ותמיהני (על המגיד משנה), שנראה שהראב"ד אינו חולק על דברי הרמב"ם ורבו, אלא שחידש לנו דין אחר שלא נזכר בדבריהם, ודברי טעם הם, ואפשר שגם הם יודו בו". וכ"פ גם הסמ"ע בס"ק ד וערוך השולחן בסעיף א.

צריך לציין, השולחן ערוך לא הביא את דברי הראב"ד. הסמ"ע בס"ק ד תמה: "ולא ידעתי למה", הרי הבית יוסף כתב שאין מחלוקת בין הראב"ד לרמב"ם.

נחלקו האחרונים בהסבר דברי הראב"ד:

**הפרישה** בס"ק ג הבין כך: יש לחלק בין מוכר שק זה למוכר שק סתם. **המוכר שק זה** - יש לחלק בין קונה שידע לבין קונה שלא ידע כנ"ל בדברי הראב"ד, כי יכול הקונה לומר אני חפץ רק בשק זה, כפי שסוכם שבשק זה יש סאה, ומכיוון שלא קיבלתי זאת - איני מוכן לקבל השלמה, אלא רק שק זה ולא משהו אחר. אבל המוכר **שק סתם** - המקח תמיד קיים והמוכר ישלים את מה שחסר.

אבל **הב"ח** בס"ק ג הבין כך: המוכר **שק סתם** - יש לחלק בין קונה שידע לבין קונה שלא ידע כנ"ל בדברי הראב"ד, אבל **המוכר שק זה** - תמיד המקח מתבטל, גם אם הלקוח ידע, כי הייתה דעתו לקנות רק שק זה עם הכמות שסוכמה, ולא על דעת כך שישלים לו.

הרמב"ם עוד כתב: "המוכר לחבירו במדה במשקל או במניין, וטעה בכל שהוא - **חוזר לעולם**, שאין הונייה אלא בדמים אבל בחשבון - חוזר.

הסמ"ע בס"ק ג הסביר מדוע יכול לחזור לעולם: רק בדין הונאה חכמים קבעו שיעור זמן לתביעת ההונאה, אבל בטעות במידה, במשקל ובמניין - טעותו ידועה, **כך שיש להשוות טעות זו לגזלן**, וכשם שגזלן מחויב להחזיר את גזלתו ללא הגבלת זמן - כך גם באונאה זו יש להחזירה ללא הגבלת זמן.

הפתחי חושן (אונאה פרק יא הערה מט) כתב בשם דברי גאונים (כלל ו סימן י): במקרים בהם המקח בטל לגמרי - אכן אם הוא ממשיך להשתמש נחשב מחילה, אבל במקרים בהם המקח קיים אלא שיש צורך להשלים את החיסרון - אנו לא אומרים שהמשך השימוש נחשב למחילה, כי המקח קיים אלא שצריך להשלים את מה שחסר.

**דין מחילה**

הרמב"ם (שם הלכה ב) כתב: "מחל לחבירו חוב שיש לו עליו, או נתן לו הפקדון שהיה מופקד אצלו - הרי זו **מתנה הנקנית בדברים בלבד**, ואין צריך דבר אחר כמו שביארנו".

המקור לדין מחילה, הוא מדברי התוס' במסכת סנהדרין (דף ו. ד"ה צריכא), שרק במחילה הנעשית בדרך פשרה, צריך לעשות קניין, אבל במחילה סתמית, אין צורך בקניין.

בדיני ממונות צריך לבצע קניין בכדי שהמעשה יחול, אבל מחילה תקפה ללא קניין. הסמ"ע בסימן יב ס"ק כא הסביר: מחילה אינה צריכה קניין, שכן מיד ברגע שמחל - **הסתלק** ממנו המוחל. (כך מבואר בדברי הרשב"א תשובה אלף לג).

**מחילה בטעות**

נחלקו הראשונים, האם מחילה בטעות תקפה:

א. **שיטת רש"י** (מסכת בבא מציעא דף סו עמוד ב ד"ה הכא) - מחילה בטעות אכן תקפה, ורק בהלוואה שיש חשש שנראה כמו ריבית, אנו אומרים שהמחילה לא תקפה. וכ"פ ריב"ש (סימן שלה).

ב. **שיטת התוס'** (ד"ה התם) - התוס' הקשו על רש"י: במספר מקומות בש"ס אנו רואים שמחילה בטעות - לא תקפה. וכך כתב רבנו תם (ספר הישר חלק החידושים סימן תקצ"ב): "פשיטא דמחילה בטעות בעלמא - לא הויא מחילה, **דכל דבר שהוא בטעות - לאו כלום הוא**". אומנם מוכר פירות שלא באו לעולם - המחילה של הפירות תקפה, בגלל שיש אומדנה שהמוכר אכן מוחל על הפירות, זאת מכיוון שהמוכר מעוניין שאמינותו לא תיפגע, והמוכר הרי רצה למכור. ("כי היכי דליקו בהימנותיה").

ג. **שיטת הגהות אשרי** (מסכת בבא מציעא פרק ה סימן לב) - יש לחלק בין מחילה בטעות ובין קניין בטעות: **קניין** בטעות לא תקף, כי הממון עדיין ברשותו, אבל **מחילה** בטעות אכן תקפה, זאת מכיוון שממון המוחל כבר נמצא ברשות חברו, והמוחל כבר התייאש מהממון שמחל עליו, לכן

חברו זכה וקנה, כי **ייאוש מועיל גם אם נעשה בטעות**[183]. הקצות (סימן קמב בס"ק א) ביאר: באבידה מועיל ייאוש למרות שהייאוש הוא בטעות, שהרי אילו המאבד היה יודע היכן מונח החפץ וודאי הוא לא היה מתייאש.

הרמ"א בסימן רמא סעיף ב פסק כפי שיטת התוס', שמחילה בטעות לא נחשבת כמחילה ויכול המוחל לחזור בו.

הדרכי משה בס"ק ד כתב בשם המרדכי (מס' סנהדרין סימן תרפ): מחילה בטעות מתבטלת אפ' אם נעשה קניין, כי קניין בטעות מתבטל כשם שמחילה בטעות מתבטלת.

במקרה כאן, נהג האוטובוס לא ידע שיש פער גדול במחיר בין נסיעה לבית שמש ובין נסיעה לשילה, רק לאחר שבירר במשרד הבין שמגיע לו תוספת על השינוי. הנהג לא חשב למחול על סכום התוספת שמגיעה לו, לפיכך יש להחשיב את השיחה שלפני הבירור במשרד כאל מחילה בטעות שלא תקפה.

**מחילה בכעס**

רבנו ירוחם כתב: יש אומרים, כי במידה והמעסיק פיטר את הפועל בכעס - הפיטורין לא תקפים. שכן המעסיק לא באמת מחל על השעבוד. הרמ"א בסימן שלג סעיף ח הביא דעה זו בשם וי"א.

לכן, פועל או נותן שירות (למשל נהג האוטובוס) שאמר ללקוח בכעס: "אל תשלם לי" - המחילה לא תקפה, וצריך הלקוח לשלם לו.

**לא נריב על כך** - בקובץ הישר והטוב (חלק יא עמוד סח) מובא: "מחילה אינה חלה אלא כשיאמר בפירוש **לשון מחילה**, שמורה על גמירות דעת למחול, אבל לשונות אחרות כדוגמת **לא נריב על כך - פטומי מילי בעלמא הוא**, ואינו לשון מחילה".

במקרה כאן לא התובע לא אמר לשון מחילה המורה על גמירות דעת למחול, אלא דבריו נאמרו בכעס, לכן אין לראות בכך מחילה.

**הטיפ לנהג**

הטיפ הוא מתנה לנותן שירות עבור תוספת בשירות של העובד, אם ביעילות, במהירות, בסבלנות וכו'. הטיפ איינו חלק מהשכר והוא שייך לנותן השירות ולא למעסיק של נותן השירות.

---

[183] הקובץ שיעורים (מס' בבא בתרא סימן קעא) הסביר: ההבדל בין מחילה ובין קניין, **שבמחילה** אין הוצאה מנכסי הנותן, אלא המלווה מחל על ההלוואה ועל הממון שכבר נמצא ברשות חברו, אך **בקניין** יש הוצאה מרשות הנותן לרשות המקבל, ולא ניתן להוציא כאשר הקניין היה בטעות.

הפתחי חושן (פקדון ושאלה פרק יא הערה לב) כתב: "ונראה שבזמננו שנהוג במקומות שונים לתת לפועלים או משרתים מתנה (טיפ) בנוסף על מה שמשלמים לבעלים - דלכו"ע אין לבעלים חלק בזה, שמקובל הוא לתת לפועל ומשרת דוקא, אלא שיש להעיר שאסור לפועל להעדיף לקוח שנותן טיפ על חשבון לקוח אחר או על חשבון הבעלים, אא"כ עושה מאמץ יתר שאינו צריך לעשות בשכרו הרגיל".

מנהג העולם שמקבל השירות הוא זה שנותן את הטיפ ולא המעסיק, לפיכך התיירים נוסעי האוטובוס שנתנו לנהג 200 ש"ח - זהו טיפ ומתנה השייכים לנהג ולא למעסיקו הנתבע. אומנם סכום ה-$200 ניתן ע"י המעסיק כלומר הנתבע ולא ע"י התיירים, לפיכך יש לקבל את דברי הנתבע, שנתן לו תוספת זו בכדי לפצותו.

**החלטות:**

בסופו של דיון, המרא דאתרא הציע הצעת פשרה, שהתקבלה ע"י הצדדים. להלן נוסחו:

הוסכם שבשנה הבאה עלינו לטובה תשע"ט - הנתבע יזמין את התובע להיות הנהג שיסיע את המשפחה שהנתבע מביא לארץ בסוכות. התובע יהיה הנהג בטיולים ובסיורים ברחבי הארץ.

מוסכם שהחוזה בניהם יהיה בכתב, הצדדים יחתמו על חוזה, בו יהיה כתוב מסלול הנסיעה בכל יום והסכום המדויק, בנוסף, יודגש בחוזה, האם סכום זה כולל טיפים, או שסכום זה אינו כולל את הטיפים.

כמו כן, הנתבע יבליע בתוך ההצעה לטיול בשנה הבאה - עוד סכום של 150 דולר בכדי לפצות את התובע על טענותיו בבית הדין.

להסכם פשרה זה יש תוקף של פסק דין.

בזאת באנו על החתום

| | | |
|---|---|---|
| _____ | _____ | _____ |
| הרב ברוך פז | הרב יהודה קרויזר, המרא דאתרא | הרב ישועה רטבי |

# קניית דירה מכונס נכסים

**שאלה:**

האם מותר לרכוש דירה מכונס נכסים שגבה דירה מידי אדם שלא עמד בתשלומי המשכנתא?

**תשובה:**

א. ברכישה מהוצאה לפועל ישנן מספר בעיות כמבואר לקמן, לכן יש איסור לרכוש מההוצאה לפועל חפץ שנגבה בגלל **חובות פרטיים,** או חפץ שנגבה בגלל **חובות שנוצרו בגלל נזקים** וכד'.

ב. מותר לקנות דירה מכונס נכסים, במקרה בו בעל הדירה לא עמד בהתחייבות הכספית שלו כלפי הבנק, ולא שילם את תשלומי **המשכנתא**. אומנם יש פוסקים האוסרים לרכוש מכונס נכסים, אא"כ הכונס מונה בהסכמת הצדדים (כגון כונס נכסים שמוכר נכסי בני זוג שמתגרשים).

ג. מותר לקנות מכונס נכסים או מהוצאה לפועל חפצים שנגבו בגלל אי תשלום **מס או מכס**.

ד. מומלץ לקונה להתפשר עם בעל הדירה הקודם, **ולשלם סכום מסוים של כסף בכדי שיתרצה** וימחל על המכירה. (למשל אדם שרכש דירה מהכונס נכסים עם חמישה עשר אחוזים הנחה - מומלץ שישלם לבעל הדירה הקודם חלק מהאחוזים שחסך).

ה. גם לשיטות שאוסרות לרכוש מידי כונס נכסים, (או במקרים שלכו"ע אסור לרכוש המוצאה לפועל), **בדיעבד אם רכש - הקנייה תקפה**.

**הקדמה**

ע"פ החוק, אדם שלא יכול לשלם את חובותיו - מגיש בקשה לבית המשפט המחוזי שיוכרז כפושט רגל. בית המשפט ממנה כונס נכסים שאוסף את כל נכסי החייב ומחלקם לנושים, לאחר שבית המשפט השתכנע שהלווה נהג בתום לב, ולא ניסה להבריח נכסים, ואכן אין לו מספיק נכסים בכדי לכסות את חובותיו, בית המשפט יוציא צו הפטר, לאמור: כל החובות של הלווה (שאין מהיכן לגבותם) נמחקים.

הליך הגבייה של כונס נכסים לא נעשה ע"פ דין תורה, כך שיש לדון האם רכישה מהוצאה לפועל או מכונס נכסים מותרת או אסורה.

בגביית חובות ע"פ בית המשפט ישנן מספר בעיות:

א. ע"פ ההלכה, לווה שלא יכול לשלם את חובותיו - יש לגבות את חובו ע"פ דין **סידור נכסים** כמבואר לקמן, בתי המשפט אינם פועלים ע"פ דין סידור נכסים.

ב. ע"פ ההלכה, יש לפרוע את חובו של הלווה רק **ע"פ שומא** (צריך שיהיו שלושה שמאים), אך הכונס נכסים (או הוצאה לפועל) לא גובה ע"פ שומא. כמו כן אם אין קונה שמסכים לשלם את המחיר שקבעו שלושת השמאים - צריך לאפשר ללווה לקנות בחזרה את הדירה במחיר שנקבע ע"י השמאים.

ג. לפעמים החוב תופח בגלל **הריביות**, כך שחלק מהחוב נוצר באיסור.

ד. לפעמים החוב מורכב **מהוצאות משפט**, הוצאות אלו אינן ניתנות לגבייה ע"פ ההלכה.

ה. גביית חובות ללא **אישור מהבית דין**.

**דין סידור לבעל חוב**

המשנה במסכת ערכין דף כג עמוד ב הביאה את הסידור שעושים ללווה שלא יכול לפרוע את חובותיו. יש להשאיר ללווה דברים מינימאליים הנחוצים לצורך מחייתו: מזון למשך שלשים יום, בגדים למשך שנים עשר חודשים, מיטה[184], נעליים, תפילין שנחשב ללבוש, וכלי אומנותו הנדרשים לו לצורך פרנסתו, הלווה יכול להחזיק רק כלים ייעודיים שמיוחדים למעשה האומנות, ולא ניתן להשתמש בהם לדברים אחרים, הלווה לא יכול להחזיק בידו נכס, דהיינו דבר שניתן להפיק ממנו רווח נוסף.

הגמ' במסכת בבא מציעא דף קיג עמוד ב הביאה מחלוקת אמוראים, האם יש סידור בבעל חוב או לא. לדעת רבי יעקב משמיה **דבר פדא**, ולדעת רבי ירמיה משמיה **דאילפא** - לא מסדרים לבעל חוב, אלא ניתן להוציא ממנו את כל הנכסים, אבל **רבי יוחנן** סבור, שמסדרים לבעל חוב. עוד מובא בגמ', שאליהו הנביא אמר לרבה, שיש לעשות סידור נכסים לבעל חוב, כפי שעושים בערכין.

נחלקו הראשונים בפסיקת ההלכה. **הרי"ף** (דף סט:) **והרמב"ם** (הלכות מלוה ולוה פרק א הלכה ז) פסקו, שמסדרים לבעל חוב, "דמי לנו גדול מאליהו". (מובא בנ"י). אבל התוס' (ד"ה מהו) כתבו: **רבנו תם** גרס שרבה שאל רק אליבא דמ"ד מסדרים, אך אליהו לא בא לפסוק הלכה. הנימוקי יוסף דוחה את ראיות ר"ת.

הנימוקי יוסף (דף סט: בסופו) כתב: כאשר גובים את החוב מהלווה, אומרים לו **שיביא את כל נכסיו, ולא ישאיר כלום**, ואפ' כלי אוכל נפש גובים ממנו, והב"ד מסדרים ומשאירים לו מזון לשלושים יום, ובגד לשנה. כן משאירים בידו תפילין ונעליים, ומיטה לאכול ועוד מיטה עם מצעים שיישן בה. ולאומן משאירים שני כלי אומנות בידו.

[184] ערוך השולחן (סעיף כו) כתב: "ולפי מנהג זמנינו, נותנים לו כסא ושולחן, ומיטה לישן, וכרים וכסתות, ומצעות כפי ערכו". (בגמ' מובא שהיו נותנים שתי מיטות: מיטה לישון ומיטה לאכול, היום במקום מיטה לאכול -נותנים שולחן).

הש"ך בס"ק יד כתב בשם מהר"א ששון (סי' רטז): בסידור בעל חוב, ניתן לגבות את החוב גם **מהבית שהבעל חוב גר בו**. (וכדברי המשנה שם: "אע"פ שאמרו חייבי ערכין - ממשכנין אותו"). וכ"פ ערוך השולחן בסעיף כו.

הגר"ע איגר (על סעיף כג) כתב בשם מהרי"ט (חלק א סימן קיג): **ניתן להוציא את הלווה מהבית רק לאחר י"ב חודשים**, כשם שמשאירים ברשותו כסות למשך שנים עשר חדשים, כך גם משאירים ברשות הלווה מקום מגורים למשך שנה.

רבינו ירוחם (נתיב ו' ח"ב) כתב: "וכן נראה לי **ממקומות בית הכנסת** שהם בכלל נכסים, וגובה מהם, ומעשים בכל יום שמוכרים אותם וקונים אותם וכן כתב ה"ר דוד כהן". וכ"פ המחבר. האורים בס"ק נח כתב: אם ניתן למכור את מקומו בבית כנסת - ק"ו שניתן להוציאו מביתו ולמכור את הבית.

ערוך השולחן (סעיף כו) סייג: "מיהו **אם יהיה לו בזיון גדול** כאשר יסור ממקומו שבבהכ"נ - יראה לי **דאין לכופו למכור אותו**, וה"ה כל כי האי גוונא שהבזיון יוגדל מאד - אין לכופו למכור ובתים וקרקעות".

הגמ' הביאה מחלוקת תנאים, מה הדין אם ללווה היו בגדים יקרים. לדעת **ת"ק** (חכמים), לוקחים ממנו את הבגדים היקרים ונותנים לו בגדים שמתאימים למעמדו, אך לדעת **רבי ישמעאל** ו**רבי עקיבא**, לא ניתן להוציא ממנו את הבגדים היקרים, שכן כל ישראל בני מלכים.

הרמב"ם (הלכות מלוה ולוה פרק א הלכה ז) פסק כדעת חכמים: לווה שהיה לו בגדים יקרים, ("בגדי משי או מצנפת זהובה") - לוקחים ממנו את הבגדים ומוכרים אותם בכדי לכסות את החוב, ובמקום זאת נותנים לו בגדים שמתאימים למעמדו.

הסמ"ע בסימן צז ס"ק מח כתב (לגבי מזון): "א"צ להרעיב נפשו בשביל המלוה, (אם **הלווה היה רגיל לאכול בצמצום** בכדי שיישאר אוכל למשפחתו, וכעת בסידור לא משאירים לבני המשפחה - הלווה לא מחויב להמשיך להצטמצם). וה"ה איפכא: אם **היה (הלווה) אוכל תחילה כעושר** - ממעטין עכשיו ממה שרגיל בו". הסמ"ע סיים: **צריך להשאיר ללווה "כמו (אדם) בינוני**, (כפי שכתב הנימוקי יוסף במסכת ב"מ דף סט: בשם הרא"ה), שהוא דרך המיצוע וראוי לבני אדם לנהוג בו ע"פ דרכם והנהגתם".

הנימוקי יוסף (שם) כתב בשם הראב"ד: הלווה מקבל **מיטה וכל כלי המיטה**, כגון כרית וסדינים וכו'. אך אם היה לו סדין ממשי - מוכרים אותה ונותנים לו סדין כפי הראוי לו, (אדם בינוני).

**ר"י ברצלוני** (מובא בנימוקי יוסף) כתב: אין להשאיר **ספרים** לת"ח, למרות שתורתו אומנותו, דהוי כשאר נכסים, ורק **תפילין** משאירים, שזו דרך מלבוש ומצווה המיוחדת לגופו, וכשם שנותנים לו כסותו - כך נותנים לו תפילין. אומנם **י"א** שמשאירים לת"ח ספרים.

הפתחי תשובה בס"ק ח כתב בשם שו"ת רשמי שאלה (סימן נג): לא נותנים ללווה **טלית**, רק תפילין נותנים לו שכן זו חובת גברא, אבל לא נותנים לו טלית שאין חובה ללבוש בגד עם ארבע כנפות. ובפרט טלית גדול לא נותנים לו אם יש לו טלית קטן.

היום ע"פ החוק, הגבייה מהלווה בד"כ היא קטנה יותר מאשר דין מסדרים, (למשל לפי דין מסדרים אסור להשאיר אוכל לאשתו, אך החוק מתיר להשאיר אוכל למשפחת הלווה שגרה עמו, לפי דין מסדרים ניתן לגבות ספר תורה או גביע לקידוש וכד', אך החוק מתיר להשאיר ללווה כל תשמישי קדושה), כך שאין לחוש שמא ההוצאה לפועל גבתה דבר שאסור לגבות ע"פ דין מסדרים.

כך נאמר בחוק הוצאה לפועל (סעיף 22 א): "ואלה מיטלטלין שאין מעקלים אותם: 1)- צרכי אוכל כדי מחיית החייב ובני משפחתו הגרים עמו, לתקופה של שלושים יום; 2)- מערכות בגדים, מיטות, כלי מיטה, ציוד רפואי, תרופות, כלי אוכל, כלי מטבח וכלי בית אחרים, והכל אם הם צרכים חיוניים לחייב ולבני משפחתו הגרים עמו; 3)- דברים הדרושים כתשמישי קדושה לחייב ולבני משפחתו הגרים עמו; לעניין זה, "תשמישי קדושה" - לרבות מיטלטלין בבית תפילה שנועדו לאפשר את קיום התפילה באופן סביר. 4)- כלים, מכשירים, מכונות ומיטלטלין אחרים, לרבות רכב, וכן בעלי חיים, שבלעדיהם אין החייב יכול לקיים מקצועו, מלאכתו, משלח ידו או עבודתו שהם מקור פרנסתו ופרנסת בני משפחתו".

הגאון רבי עקיבא איגר (סימן יב סעיף יג) כתב בשם מהרש"ך (חלק ב סימן קיג): כאשר לווה חייב הרבה כסף ואם נלך לפי דין מסדרים ייצא שכל מלווה יקבל סכום קטן, לכן רוב המלווים מסכימים להתפשר בניהם, אך אם יש מלווה אחד שלא מוכן להתפשר - ניתן לכוף אותו לפשרה מדין סיטומתא, שהרי מנהג הסוחרים שרוב המלווים כופים את המיעוט לפשרה בסידור החוב.

ע"פ דברי מהרש"ך נראה שיש תוקף למנהג מדינה מדין סיטומתא, התנאי ואכן קיים מנהג סוחרים מצוי לגבות את החוב ע"פ כונס נכסים.

**לקנות חפץ שנלקח שלא כדין**

כאמור לעיל, ישנן מספר איסורים בגבייה שלא נעשית ע"פ ההלכה, כך שיש לדון האם ניתן לרכוש מכונס נכסים, האם קנייה מכונס נכסים חשובה כמו קניית דבר גזול?

במשנה במסכת בבא קמא דף קיח עמוד ב מובא: אסור לקנות דבר שיש בו ספק שמא הוא גזול. הקונה דבר גנוב מחזק את הגנב, וגורם בעקיפין שהגנב ימשיך לגנוב. כן גם מובא בגמ' במסכת קידושין דף נו עמוד ב: "לאו עכברא גנב, אלא חורא גנב".

מרן בעל השולחן ערוך בשלושה סימנים ציין את האיסור לקנות מגנב וגזלן:

א. **בסימן שנו סעיף א** - "אסור לקנות מהגנב החפץ שגנב, ועון גדול הוא, שהרי מחזיק ידי עוברי עבירה, וגורם לו לגנוב גנבות אחרות; שאם לא ימצא לוקח - אינו גונב. וכן אסור לסייע לגנוב **בשום דבר כדי שיגנוב**". (ב"י בשם ריב"ש סימן ק"ח).

ב. **בסימן שנח סעיף א** - "כל דבר שחזקתו שהוא גנוב - אסור ליקח אותו. וכן אם רוב אותו דבר שהוא גנוב - אין לוקחין אותו".

ג. **בסימן שסט סעיף א -** "אסור לקנות דבר הגזול מהגזלן, ואסור לסעדו על שינויו כדי שיקנהו, שכל העושה דברים אלו וכיוצא בהם - מחזיק ידי עוברי עבירה, ועובר על ולפני עור לא תתן מכשול".

הגמ' במסכת בבא קמא דף קיט עמוד א הביאה מחלוקת בין רב לשמואל, האם מותר לרכוש מגזלן. לדעת **רב**, רק אם רוב המוצרים של המוכר הגזלן שייכים לו - ניתן לרכוש ממנו, (למרות שמיעוט המוצרים הם גזולים בכ"ז אנו הולכים אחר רוב המוצרים), אך לדעת **שמואל** גם אם רק מיעוט המוצרים שייכים לגזלן, ורוב המוצרים גזולים, ניתן לרכוש מהגזלן, הקונה יכול לתלות שהמוצר שקנה מהגזלן הוא מהמיעוט ששייך לגזלן).

נחלקו הראשונים בפסיקת ההלכה. **רבינו חננאל** (ד"ה איתמר) כתב שיש קבלה מרבותיו שהלכה כדעת רב, כך שצריך שרוב המוצרים יהיו שייכים למוכר ולא גזולים בידו. הבית יוסף העיר: "איני יודע טעמו". הרשב"א (דף קיט. ד"ה גירסת) ביאר: הלכה כשמואל רק בדיני ממונות, אך כאן מדובר באיסורים, וקיי"ל (מס' בכורות דף מט:) שהלכה כרב באיסורים.

**הרמב"ם בהלכות גזלה** (פרק ה הלכה ח) פסק כדעת שמואל, שאם מיעוט מהמוצרים שייכים למוכר, למרות שרוב המוצרים גזולים - ניתן לרכוש ממנו, (אא"כ יודע בוודאות שהמוצר גזול בידו)[185]. המגיד משנה הקשה: הרי **הרמב"ם בהלכות גניבה** (פרק ו הלכה א) פסק, שאם רוב המוצרים גזולים - אסור לקנות ממנו, למרות שיש מיעוט מוצרים ששייכים למוכר, בכ"ז בגלל שרוב המוצרים גזולים - אסור לקנות מהמוכר[186]?

א. המגיד משנה ענה: יש לחלק בין גנב לבין גזלן. **מגנב** אסור לקנות אם רק מיעוט המוצרים אינם גזולים, אבל **מגזלן** ניתן לקנות גם אם רק מיעוט המוצרים אינם גזולים.

ב. המגיד משנה עוד ענה: יש לחלק בין הגנב לבין הלקוח. אם הלקוח רוצה לקנות מוצרים גנובים, (**רוב הדברים שהלקוח מעוניין לקנות הם גנובים**) - אסור לו לקנות, אבל אם רוב המוצרים של המוכר הם גנובים, והלקוח קונה מהמיעוט שלא גנוב, כאשר **רוב הקנייה היא מותרת ומיעוטה דברים גנובים** - מותר לקנות באופן זה מגנב.

ג. הסמ"ע בסימן שנח ס"ק ב הקשה: בסימן שנו יש איסור לקנות מגנב בכל מצב, אבל בסימן שנח יש היתר לקנות מגנב למרות שרוב המוצרים שברשותו גנובים? הסמ"ע ביאר: אם **מסתבר שיש לגנב נכסים משלו** - מותר לרכוש ממנו, כי ניתן לתלות שקונה את המוצרים ששייכים לגנב, מוצרים שאינם גנובים, אבל בסימן שנו מדובר על **מקרים בהם אין ממון עצמי לגנב**, (כגון רועה שאין לו נכסים משלו, או במציאות בה אדם ידוע שמוכר מוצרים שאינם

[185] המחבר בסימן שסט סעיף ג פסק כדעת הרמב"ם בהלכות גזילה.

[186] המחבר בסימן שנח סעיף א פסק כדעת הרמב"ם בהלכות גניבה.

שייכים לו), ולא מסתבר שהמוצרים שייכים לו, אלא הם גנובים, לכן אסור לקנות. (הסמ"ע בדרישה בס"ק א כתב: ביאור זה הוא ההסבר לדברי המגיד משנה בתירוץ השני).

ד. הט"ז (סימן שסט סעיף ג) **תירץ: התוס'** (מס' חולין דף צה. ד"ה ספקו) **כתבו: כאשר האיסור ניכר וידוע** - אנו אומרים שאם יש ספק במקום קבוע - כל הקבוע כמחצה על מחצה דמי. בהלכות גזילה מדובר **שידוע לנו שיש ביד המוכר חפצים לא גזולים**, כך שהמעיטו ממון הזה נחשב כעומד בפ"ע, גם אם ידוע לנו שרוב החפצים גזולים - אנו אומרים שיש ספק במקום **קבוע**, וכל הקבוע כמחצה על מחצה, נמצא שאין רוב איסור אלא רק מחצה ולכן מותר לרכוש ממנו, אבל בהלכות גניבה מדובר **שלא ידוע** שיש בידו חפצים מותרים, אלא רק ידוע לנו שיש לו רוב חפצים אסורים, כך שאין ספק במקום קבוע, אלא אומרים **כל דפריש מרובא פריש**, והרוב גנוב לכן אסור לקנות ממנו. (תירוץ זה הובא ע"י מהרש"ל ביש"ש {מס' ב"ק פרק י סימן נח}, מהרש"ל דחה תירוץ זה, אך הט"ז קיבלו).

ה. המחנה אפרים (הלכות גניבה פרק ו) ענה: יש לחלק בין קונה ובין נהנה. הרמב"ם בהלכות גניבה אסר ללקוח **לקנות** מגזלן, (כאשר רוב המוצרים גנובים), אבל בהלכות גזילה לא מדובר בלקוח, אלא מדובר **בהנאה מגזלן**, ליהנות מגזלן מותר אם מיעוט המוצרים שייכים לגזלן, כי ליהנות יותר קל מאשר לרכוש.

ובכן, יש לבחון ע"פ כל התירוצים הנ"ל, האם מותר לרכוש דירה מכונס נכסים, (למי שסבור שמכירת הכונס מוגדרת כגזילה):

א. ע"פ **התירוץ הראשון** של המגיד משנה, ניתן לקנות מגזלן, וודאי שיהיה ניתן לרכוש מכונס נכסים.

ב. גם ע"פ **התירוץ השני** של המגיד משנה, אם יתכן ורוב הקנייה איננה מדבר גזול - הקנייה מותרת. בקונה מכונס נכסים תתכן מציאות בה אין גזל ברוב הקנייה, שהרי במקרים מסוימים עביד אינש דינא לנפשיה, כך שיתכן וע"פ הדין היה ניתן לתפוס את הדירה של מי שחייב מעות, לפיכך קניית דירה זו יתכן ורובה בהיתר.

ג. גם ע"פ **הסבר הסמ"ע** יש מקום להתיר רכישה מכונס נכסים, שכן יש למוכר ממון עצמי שאינו גזול.

ד. גם ע"פ **הסבר הט"ז** יש מקום להתיר רכישה מכונס נכסים, שכן יש ידיעה ברורה שלפחות מיעוט הנכסים אינו גזול.

ה. אומנם ע"פ הסבר **המחנה אפרים**, במידה וגביית הכונס תוגדר כגילה, לא יהיה ניתן לרכוש דירה מכונס, אלא יהיה ניתן רק ליהנות מהדירה בלי לרוכשה.

נראה לומר, שאין בגביית הכונס נכסים משום גזילה, הכונס נכסים פועל ע"פ דינא דמלכותא. ובכלל כל הטעמים בגמ' לאיסור קנייה מגזלן, לא שייכים בקונה מכונס נכסים. האיסור לקנות מגנב הוא

משום שיש בכך חיזוק לגנב, ובכך גורם בעקיפין שהגנב ימשיך לגנוב, טעמים אלו כמובן לא שייכים בכונס נכסים שעובד ע"פ חוק וע"פ נהלים מסודרים וקבועים.

**קניית דירה מכונס נכסים**

מדברי הגמ' במסכת גיטין דף נח עמוד ב מבואר, אדם שקונה קרקע מגזלן - יכולים הבעלים להוציא את הקרקע מיד הלקוח, אבל במקום בו בתי המשפט מצויים {כמבואר בר"ן דף כז. ד"ה אחולי}, ובעל הקרקע לא תבע את הגזלן - אין בעל הקרקע יכול להוציא את הקרקע מיד הלקוח.

הרמב"ם (הלכות גזלה ואבדה פרק י הלכות א-ב) ביאר אחרת את הגמ': יהודי היה חייב מעות לגוי, ובגלל החוב הגוי לקח את הקרקע של היהודי ומכרה לאדם אחר - הלווה בעל הקרקע לא יכול להוציא את הקרקע מיד הקונה, אך כ"ז בתנאי שהיהודי מודה שאכן הוא חייב מעות לגוי, או שהגוי מביא הוכחה שהיהודי חייב לו מעות. אומנם במקום בו הבתי משפט מצויים ונגישים - הגוי נאמן גם ללא הוכחה, לפיכך אין בעל הקרקע יכול להוציא את הקרקע מיד הלקוח. הראב"ד השיג על הרמב"ם ("זה המחבר היפך וערבב"), וביאר כפי הסבר רש"י המבואר לעיל.

א. הנתיבות בס"ק ו כתב בשם הש"ך: הטעם לשיטת הרמב"ם מדוע בעל הקרקע לא יכול להוציא את הקרקע מהלקוח, בגלל דין ייאוש, כי **הבעלים התייאשו מהקרקע**. על הסבר זה קשה: הרי אין ייאוש בקרקע, כמבואר בגמ' במסכת בבא קמא דף קיז עמוד ב, וכ"פ הרמב"ם (הלכות גזלה ואבידה פרק ח הלכה יד) והמחבר בסימן שעא סעיף א.

ב. הנתיבות ביאר את שיטת הרמב"ם: מדובר בגוי שלקח קרקע מהיהודי בגלל שהיהודי היה חייב לו מעות (כגון שהיהודי לווה ממנו, או שהיהודי הזיק לו), הגוי תפס את הקרקע בלי פסיקה של בית משפט, ובכ"ז ע"פ דיניהם הקרקע נשארת ביד הגוי, כי היהודי חייב לו מעות. כעת הגוי מכר את הקרקע ללקוח יהודי, **והלקוח קנה את כל הזכויות שהיו לגוי**, (כפי שכתב המשנה למלך {הלכות טוען ונטען פרק טו הלכה יא} בשם מהרי"ט {חלק ב' חו"מ סימן לח} והרדב"ז {ח"א סימן תק}), **וכשם** שבעל הקרקע לא יכל לסלק את הגוי, כך גם לא יכול לסלק את הלקוח.

הנתיבות סייג: רק בגזלן גוי שמכר ללקוח יהודי אנו אומרים שהלקוח קונה את הזכויות שהיו לגוי ע"פ הערכאות, אבל אם מדובר בגזלן יהודי אלם שמכר את הקרקע ללקוח יהודי אחר שציית דינא - לא אומרים שהלקוח יזכה בזכויות שיש בערכאות, כי היהודי מחויב לפסוק ע"פ דין תורה ולהחזיר את הקרקע לבעליה, כמבואר בסימן שעא שאין ייאוש מועיל בקרקע, ושם מדובר בגזלן ישראל, לפיכך יכול בעל הקרקע להוציא את הקרקע מיד הלקוח.

**המחבר** בסימן רלו סעיף ז כתב כביאור הרמב"ם, שאין בעל הקרקע יכול להוציא את הקרקע מיד הלקוח (גם כאשר אין בית משפט נגיש, בתנאי שהגוי הוכיח שהיהודי חייב לו), אבל **הסמ"ע** בס"ק טו פסק כדעת התוס' והרא"ש, שיכול בעל הקרקע להוציא את הקרקע מהלקוח, אלא שעליו לשלם ללקוח מה שהוציא עבור הקרקע. הסמ"ע סיים: "ודברי טעם הן, ובתראי נינהו, ולא ידעתי למה לא הביאן מור"ם ז"ל".

הנתיבות בס"ק ו כתב: מדובר בלקוח ששילם את שווי הקרקע לגזלן, רק אז הבעלים לא יכולים להוציא מיד הלקוח, אבל אם הלקוח שילם סכום קטן יותר, השדה נחשבת כאילו הייתה ממושכנת לגזלן, וכשם שבשדה ממושכנת אם המלווה מכר בפחות משוויה - המקח מתבטל והקרקע חוזרת לבעליה, כך גם בקונה מגזלן.

מחיר דירה מכונס נכסים מתומחר באופן זול יותר מהמחיר הרגיל בשוק (בערך חמישה עשר אחוזים ואף יותר), כך שע"פ דברי הנתיבות הללו המקח מתבטל, ולא ניתן לרכוש דירה מכונס נכסים, כאשר המחיר נמוך משוויו הריאלי של הדירה.

אלא שהנתיבות עוד כתב בשם התומים (סימן קד ס"ק ב-ג): כל לווה מגוי שמשתעבד לגוי, **נחשב כאילו גם השתעבד לכל דיני הערכאות**. לכן אם הגוי יגבה את הקרקע מיד הישראל ע"פ צו מבית משפט - לא ניתן להוציא את הקרקע מיד הלקוח, למרות שהדירה נמכרה במחיר קטן יותר משוויו הריאלי.

מכאן ניתן ללמוד, שאם אדם לקח משכנתא מבנק, הוא מרצונו משתעבד לבנק ולכן הוא גם משתעבד לדיני הערכאות, (כל אדם שלוקח משכנתא מהבנק, לוקח על דעת הכי שהבנק שיתנהל ע"פ הערכאות), לפיכך אם בית משפט יורה למנות כונס נכסים שימכור את הבית - ניתן לרכוש מהבנק ואין הלקוח צריך להחזיר את הדירה לבעלים הראשונים.

ניתן להקשות על השוואה זו: הנתיבות דיבר על **מלווה גוי**, בהלוואה זו אכן אין איסור לפנייה לערכאות, אך כאן מדובר על **מלווה יהודי** (**הבנק**), כך שיש איסור בפנייה לערכאות?

הבנק גובה את הדירה (מאדם שלא עמד בתשלומי המשכנתא) ע"פ חוקי הערכאות ולא מתחשב בבתי דין. כאשר יש אומדנה ברורה שהמלווה לא יבוא לבית הדין, יש היתר לתבוע בערכאות. וכך כתב כסף הקדשים (סימן כו סעיף ב): "מי שידוע עליו... שיש אומדנא שלא תועיל התביעה בבד"צ דעב"י, והוא אומדנא ידועה לרבים... י"ל ששייך בזה מעין מה שאמרו חז"ל: חבר - אי"צ התראה, והגם שלא קיי"ל שם כן, מ"מ לגבי התראה לגבי משפט - י"ל דמועיל אומדנא כנ"ל".

צריך לציין, בקנייה מכונס נכסים שגבה דירה מאדם שלא עמד בתשלומי המשכנתא - **אין לחוש לאיסור ריבית בגלל שהמקובל בבנקים לבצע היתר עסקה**.

וכ"פ **האגרות משה** (חושן משפט חלק ב סימן סב): יש תוקף לחוק פשיטת רגל בגלל דינא דמלכותא. בנוסף, יש תוקף לחוק בפשיטת רגל של חברה בע"מ בגלל שזהו מנהג הסוחרים. "ובעצם מסתבר שגם מעצם הדין לא משתעבדין הקרקעות במדינות שעושין עניני מכירת קרקעות **רק כדיניהם**, **משום ששעבוד תלוי בסמיכות דעת של המלוה ובודאי ליכא סמיכות דעת כשערכאות המדינה לא יסכימו לזה**, ופשוט שאף במכירת קרקעות ובתים לא נקנו במדינתנו וכדומה לא בכסף ולא בשטר כל זמן שלא עשה לו כדיני המדינה דשום אדם לא סמך דעתו אלא על דיני המדינה בזה".

אבל בשו"ת **חלקת יעקב** (חושן משפט סימן לב) מובא: חוק פשיטת רגל אינו תקף בגלל דינא דמלכותא, כי חוק זה נוגד את דין תורה, שהרי ע"פ ההלכה מסדרין לבעל חוב ולא מוחלים לו על חובותיו.

**הגר"י זילברשטיין** (חשוקי חמד על מס' ר"ה דף יב:) התיר לרכוש דירה מכונס נכסים, למרות שהמכירה לא נעשית ע"פ דין סידור חוב. הגר"י זילברשטיין סיים: "אולם העצה היעוצה לו ולכל מי שקונה את

הדירה, ללכת לפייס את בעל הדירה בכסף נוסף שהרוויח, ואז בעל הדירה ישמח בקונה זה, כי הדירה ממילא הייתה נמכרת, ויודה להקב"ה שזיכהו בקונה שהוסיף לו קצת כסף וגם פייסו".

בספר סדר הדין (פרק טו הערה רכג) מובא: **הגר"נ נוסבוים** אסר לרכוש מכונס נכסים, אא"כ הכונס מונה בהסכמת הצדדים. וכן בפסקי דין ירושלים (חלק ו עמ' יט), אסרו לקנות מהוצאה לפועל כאשר עיקר החוב נעשה באיסור.

**לגבי שומת הנכס** - הגרי"א הרצוג (אוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לארץ ישראל פס"ד בעמוד נה) כתב: "לא היינו יכולים לחייב אותו לתשלום בעד הנזק שנעשה ללווה, כי גם מצד דיני דגרמי נראה, שאין יסוד מספיק לחייב את הבנק בהפסד התובע, כיוון שאין כאן ברי היזקא, כי החפצים המעוקלים יכולים היו להמכר בשווים כי הרי המכירה היתה פומבית, ואם לא נמכרו בשווים, זה לא בא באשמת הבנק, כי אם מסיבות חצוניות, שאין לבנק השפעה עליהן".

"מאידך גיסא, צריך להביא בחשבון, שהתובע בעצמו בהרבה גרם להפסדו בהזנחתו". דהיינו המלווה עצמו גרם לכך שנאלצו למכור את נכסיו ע"י כונס נכסים במכירה פומבית, אילו היה המלווה דואג לפרוע את חובותיו בזמן, הוא היה מצליח למכור את נכסיו במחיר טוב יותר ולהצליח לקבל סכום גבוה יותר עבור פריעת החוב.

צריך לציין, במכירת קרקעות ע"י כונס נכסים ישנה בערכת קרקע ע"י שמאי, ולאחר מכן ישנה התמחרות, דהיינו המעוניינים מציעים הצעות מחיר עבור הנכס, כך שהמחיר שנגבה בסופו של דבר מהקונה אינו רחוק ממחירו הריאלי. (אומנם בהוצאה לפועל קיימת בעיה, בגלל מכירת מוצרים במחיר זול באופן משמעותי).

**לגבות ללא אישור הב"ד**

הרא"ש (כלל סח סימן יג) כתב: שטר שכתוב בו שהמלווה יכול לגבות מנכסי הלווה גם שלא בפניו, ובלי רשות מהבית דין, בלי שומא ובלי הכרזה - התנאי לא תקף ואסור לו לרדת לנכסי הלווה ללא אישור מהב"ד. אומנם אם לא מצא דיין שיכול למשכנו - רשאי המלווה לעשות דין לעצמו ולגבות מנכסי הלווה. (כך יש לפרש את האמור בשטר, שיכול המלווה לגבות גם ללא ב"ד). וכ"פ המחבר.

הרא"ש עוד כתב: שטר שכתוב בו שהמלווה יכול לדון גם בערכאות - התנאי לא תקף, שהוא נוגד את דין תורה.

הסמ"ע בסימן סא ס"ק יד כתב: הרא"ש דיבר על **מקום שאין בו מנהג ברור**, שאז המלווה לא יכול לגבות בלי אישור הב"ד, למרות שכך כתוב בשטר, אבל **מקום שיש בו מנהג ברור** לגבות מנכסי הלווה גם בלי אישור מהב"ד - יכול המלווה לגבות מנכסי הלווה ללא אישור מהב"ד, כפי שכתוב בשטר.

וכן משמע מהמשך דברי הרא"ש (שם): **מקום שנהגו לא לגבות** בלי שומא והכרזה מב"ד - לא יגבו ללא שומא והכרזה, למרות שבשטר כתוב שאפשר לגבות בלי שומא, שכן מדובר במקום שלא נהגו לגבות. וכ"פ המחבר בסימן קג סעיף ז. מכאן ניתן לדייק: במקום **שנהגו לגבות** בלי שומא והכרזה, וכתבו כך בשטר - יכולים לגבות ללא שומא והכרזה.

וכך כתב הסמ"ע בסימן קג ס"ק יא: "היכא דנהגו לעשות כפשוטו לישנא דשטר - הולכין אחריו אף שהוא כנגד הדין, משום כל תנאי שבממון קיים, וסבר וקיבל כך עליו".

הקצות בסימן קג ס"ק ד כתב: יש לחלק בין לקיחת משכון ובין גבייה ופריעת החוב. בסימן קג מדובר על **גביית חוב**, והנימוקי יוסף (מס' ב"מ דף סט.) כתב בשם ר"ת: ניתן לגבות מהלווה גם ללא אישור וללא שליח ב"ד, לכן מותר למלווה לגבות במידה ועשו על כך תנאי בשטר שיוכל לגבות בלי אישור הב"ד, אומנם אם לא התנו על כך - המלווה לא יוכל למכור בלי אישור הב"ד, כך שאין זו גבייה בכדי לפרוע חוב אלא גבייה לצורך **משכון**, וזה אסור בלי אישור מהב"ד.

**הסמ"ע** (שם) מכאן הוכיח את דבריו בסימן כו ס"ק יא, שאם כתוב בשטר שידונו בערכאות, מכיוון שיש יותר זכות בערכאות מאשר בדיני ישראל - יכולים לדון בערכאות, (כגון להוציא חוב לאחר שנת שמיטה).

**הט"ז** (על סעיף ו) כתב: "וכבר כתבתי סימן כו סעיף ג, דדברים תמוהים מאד כתב בזה. ומכאן אין ראיה, דודאי כל שאין כאן איסור אם עושין מדעת שניהם, כגון שלא תשמטני בשביעית - ע"ז חל הקנין כל ששניהם מסכימים על זה בפירוש, משא"כ בלילך לפני הדיינים עכו"ם, שיש איסור אפילו אם שניהם מסכימים ע"ז בפירוש - ודאי הקנין בטל בזה אפילו יש תנאי בפירוש".

כל לווה שלוקח משכנתא חותם על מסמך בו הוא מתחייב לשלם את תשלומי המשכנתא בזמן, ואם לא ישלם בזמן - הבנק ימכור את ביתו. ע"פ דברי הסמ"ע לעיל ניתן לומר שיש תוקף לתנאי שנחתם בשטר, ככל תנאי שבממון שהוא תקף.

**ייאוש ושינוי רשות במטלטלים**

הגמ' במסכת בבא קמא דף סח עמוד א כתבה: שינוי רשות קונה רק בצירוף עם ייאוש. דהיינו במידה והגזלן מכר את החפץ, או נתן את החפץ במתנה לאחר, כך שהחפץ שינה רשות - החפץ נקנה, בתנאי שהבעלים התייאשו ממנו. וכך מובא בגמ': "דשינוי רשות בלא יאוש - לא קני".

ערוך השולחן בסימן שנג סעיף ה הסביר: "**שינוי רשות** אינו קונה רק עם יאוש, וגרע משינוי מעשה ושינוי השם. והטעם: דהרי **לא נשתנה בעצם כלל**, ואף לא בשמו, רק שנשתנה מרשות זה לרשות אחר. ועם יאוש - קונה, דטעמא דיאוש אינו קונה בגנבה וגזלה, אף דבאבדה יאוש קונה, משום דאבדה - בהתירא אתי לידיה, אבל גנבה - באיסורא אתי לידיה. ולכן **בשינוי רשות עם יאוש - הוי דומיא דאבדה, דהא להאחר באה בהיתר,** דהוא לא גנבה ולא גזלה".

בסימן שנו (סעיפים ב-ה), מובאת מחלוקת ראשונים, האם הייאוש צריך להיות רק לאחר שינוי מקום. לדעת **הרמב"ם** (הלכות גניבה פרק ה הלכה ג), לא משנה מתי היה הייאוש, גם אם הבעלים התייאשו רק לאחר השינוי מקום - קונה. אך לדעת **הרא"ש** (פרק י סימן יח), צריך שהייאוש יהיה לפני שינוי מקום. ולא מועיל שינוי שלאחר השינוי מקום.

ערוך השולחן (שם) הסביר את **שיטת הרא"ש**: "ויש להסביר הטעם: דהא גם באבדה, אם מצאה קודם יאוש לא קנה, דקיי"ל יאוש שלא מדעת - לא הוי יאוש, ולכן זה שהגנבה באה לרשותו קודם יאוש בעלים - דומה לאבדה שמצאה קודם יאוש. ורבינו הרמ"א פסק כדעה זו. ולפ"ז אם הבעה"ב אינו יודע שנגנבה ממנו - אינו קונה, אפילו אם יתודע אח"כ, משום דקדמה השינוי רשות להיאוש".

ניתן לומר, **שהרמב"ם** יסביר כך: הטעם שקונה גם אם הייאוש נעשה לאחר השינוי מקום, הוא משום שהחפץ בא לידו בהיתרא, שהרי הוא לא גנב, וגם באבידה כאשר החפץ בא לידו בהיתרא - קונה.

מסתבר לומר שכל חפץ שמגיע לידי הכונס בגלל הוראת בית המשפט - בעליו מתייאשים, כך שיש ייאוש עוד קודם העברת רשות, כך שגם לשיטות שאוסרות לרכוש מטלטלים מידי כונס נכסים, (או במקרים שלכו"ע אסור לרכוש המוצאה לפועל וכד'), בדיעבד אם רכש - הקנייה תקפה.

נחלקו הראשונים, האם ע"י ייאוש ושינוי רשות קונה לגמרי, או רק קונה את החפץ אך צריך להחזיר את הדמים. **הרמב"ם** (הלכות גניבה פרק ה הלכה ג) כתב: ייאוש ושינוי רשות קונים לגזלן רק בכדי שלא יצטרך להחזיר את החפץ עצמו, אבל עליו לשלם לבעלים את שווי החפץ. אבל **ר"י** (תוס' בדף סז: סוף דיבור ראשון) כתב: ייאוש ושינוי רשות - הגזלן קונה לגמרי, ואינו צריך לתת גם את הדמים.

גם לדעת הרמב"ם, אם מדובר בגנב לא מפורסם - לא צריך לשלם ולא להחזיר את החפץ בגלל תקנת השוק כמבואר בסימן שנו סעיף ג. בקונה מכונס נכסים ניתן לומר שהכונס לא נחשב לגנב מפורסם בגלל שרוב הציבור בטוח שהוא מוכר כדין, ובכל מקרה יש לומר שלא יחזיר בגלל תקנת השוק.

**האם יש ייאוש בקרקע**

הגמ' במסכת בבא קמא דף קיז עמוד ב הביאה מחלוקת תנאים האם קרקע נגזלת: לדעת **חכמים** קרקע אינה נגזלת, לכן הגוזל קרקע מחברו, ובעל הקרקע התייאש, וגם לאחר מכן הקרקע נמכרה לאדם אחר, כך שיש ייאוש ושינוי רשות (ואפ' אם הקרקע נמכרה מספר פעמים למספר לקוחות) - הקרקע עוד שייכת לבעליה המקוריים. אומנם לדעת **ר"א** קרקע נגזלת כמו שמטלטלים נגזלים, לכן אם אדם גזל קרקע ולאחר מכן אירע הקרקע נהרסה (כגון ששטפה נהר) - הגזלן צריך לשלם את שוויה.

נחלקו הראשונים, האם קרקע נגזלת. **שיטת התוספות** (מסכת ב"ב דף מד. ד"ה דוקא) והרא"ש (מסכת ב"ב פרק ג סימן מא) - קרקע נגזלת, וכך מוכח מדברי הירושלמי (מסכת כלאים פרק ז הלכה ד), "ויש קרקע נגזל". התוס' הוכיחו זאת גם מדברי הגמ' במסכת גיטין דף לט עמוד ב, שיש דין ייאוש בעבדים, ועבדים

הוקשו לקרקע, וכן משמע מדברי הגמ' במסכת גיטין דף נח עמוד ב בדין סיקריקון, מכאן שיש יאוש בקרקע, וכשם שמטלטלים נגזלים כך גם קרקע נגזלת.

**שיטת הרמב"ם** (הלכות גזלה ואבידה פרק ח הלכה יד), **רש"י** (מסכת סוכה דף ל: ד"ה וקרקע), **התוספות במסכת סוכה** (שם ד"ה וקרקע) **והרשב"ם** (מסכת ב"ב דף מד. ד"ה ופרקינן) - **קרקע אינה נגזלת**[187]. **וכ"פ הטור**[188] והמחבר בסימן שעא סעיף א.

הסמ"ע בסימן שעא ס"ק א כתב: רק **במטלטלים** חכמים עשו את תקנת השוק, שהמטלטלים יישארו ביד הלקוח והוא ישלם לבעלים את שווי החפץ, כי לא ניתן לקיים מסחר תקין במטלטלים ללא התקנה, אבל **בקרקע** ניתן לברר בקלות למי שייכת הקרקע, לכן אין את תקנת השבים.

רבינו יונה (מסכת ב"ב דף מה עמוד א) ענה על שאלת התוס': **מטלטלים יש בהם דין ייאוש כי ניתן להצניעם, אבל קרקע לא ניתן להצניעה**, לכן הבעלים לא מתייאשים ממנה. בעבדים יש ייאוש כי ניתן להצניעם, לכן בדין ייאוש דינם כמו מטלטלים.

הפני יהושע (מסכת סוכה דף ל עמוד ב) הסביר: "כיון דקרקע אינה נגזלת, והארץ לעולם עומדת, א"כ גוף הגזל הוי כמו דמי הגזל, ואנן סהדי שלא מחל לו גוף הקרקע, דלעולם יוכל להוציאה מידו בכל עת שירצה". (**בקרקע** תמיד ניתן לתבוע בבית דין את הגזלן ולהוציא את הקרקע, לכן אין דין ייאוש בקרקע, אבל **מטלטלים** לא ניתן להוציאם בבית דין מיד המחזיק לכן יש בהם ייאוש).

הנתיבות בס"ק א הסביר מדוע אין ייאוש מועיל בקרקע: יאוש מועיל רק בדבר שיצא מרשות הבעלים, כמו אבידה או מטלטלים שנגזלו, אך **ייאוש לא מועיל בדבר שנמצא ברשות הבעלים**, (קרקע), וכפי שהסביר הרמב"ן (מלחמות מס' ב"מ דף יד: ד"ה אמר רבא), בדין מגביה אבידה בכדי להחזירה לבעליה, אך לאחר מכן ולאחר מכן התחרט ורצה לגזול את החפץ - הייאוש של הבעלים לא מועיל להקנות לו את החפץ, שכן ייאוש מועיל רק בחפץ שאבד מהבעלים ואינו ברשותם, אך כאן ברגע ההגבהה המוצא נחשב לשומר, ובכל פיקדון אנו אומרים שהפיקדון נחשב כעומד ברשות הבעלים, ואין ייאוש מועיל כאשר החפץ ברשות הבעלים, שכן יש חיבור בין החפץ לבעליו, כך שאין מעשה הייאוש תקף.

הנתיבות (בסימן שעא ס"ק א, וכן בסימן שסג ס"ק א) הוסיף: **קרקע שבעליה לא יכולים להוציאה מיד הגזלן בבית דין**, כגון שאין לו עדים - הקרקע נחשבת שאינה ברשותו ומועיל בה ייאוש, "כמבואר בב"מ דף ז

---

[187] כך כתב הרמב"ם: "הקרקע - אינה נקנית לגזלן לעולם, אלא ברשות בעליה קיימת, ואפילו נמכרה לאלף זה אחר זה, ונתיאשו הבעלים - הרי זה חוזרת לנגזל בלא דמים, וכל מי שיצאה מתחת ידו - חוזר על זה שמכרה לו, וחוזר המוכר השני על המוכר הראשון, עד שיחזור הלוקח מן הגזלן על הגזלן ויטול ממנו".

הגהות מיימוניות (הלכות גזלה ואבדה פרק ח הלכה יד) העיר: "ודלא כירושלמי... ותלמוד שלנו עיקר".

[188] הש"ך בסימן שעא ס"ק ב כתב: למרות שהתוס' והרא"ש במסכת בבא בתרא פסקו שיאוש מועיל בקרקע, בכ"ז הטור פסק כרמב"ם בגלל שגם רש"י, הרשב"ם והתוס' במסכת סוכה פסקו שאין גזלה בקרקע.

ע"א, דכל ממון שאין יכול להוציאו בדיינין - הקדישו אינו קדוש, וכיון דחשיב שאינו ברשותו - שוב מועיל יאוש גבי קרקע".

הנתיבות בסימן שעא הסביר בכך את דברי הירושלמי: **אם לא ידוע מי הבעלים של הקרקע** (השתקע שם בעלים) - הגזלן קנאו מדאורייתא, כי אין אפשרות להוציא את הקרקע מיד הגזלן. במציאות זו, הקרקע נקנית ביאוש גם ללא שינוי רשות, כי רק בדבר שבא לידו באיסור צריך שינוי רשות, (כגון במטלטלים), אבל קרקע שלא בא לידו באיסור, שהרי קרקע לא נגזלת, לאחר שיש ייאוש כגון שהשתקע השם - מועיל לקנותו גם ללא שינוי רשות. (ובזה "עדיף קרקע ממטלטלין").

הכפות תמרים (מסכת סוכה דף ל: ד"ה כתבו) הסביר: "אבל **כשנשתקע שם בעליה מעליה - זה מורה דנתייאש לגמרי ועשאה הפקר**, ואף על גב דהוא אומר בפיו דלא נתייאש - אנן סהדי דנתייאש לגמרי והפקירה, ונעשה כצווח על ספינתו שאבדה בים".

הדרישה בסימן לז ס"ק יא כתב: מתי אנו אומרים שאין ייאוש מועיל בקרקע? רק בייאוש רגיל, כגון שהבעלים אמרו ווי לחסרון כיס, אבל **אם יש הוכחה גמורה (אומדנה דמוכח) שהבעלים התייאשו (כגון בסיקריקון) - יש ייאוש בקרקע**.

הקובץ שעורים (ב"ב בס"ק קפה) הביא את דברי רבנו יונה הנ"ל: "דהא דלא מהני יאוש בקרקעות הטעם הוא מפני שהארץ לעולם עומדת, וא"א להצניעה ולאבדה, אבל עבדים אף דאין בהן דין גזילה מגזירת הכתוב - מ"מ אפשר לאבדן כמו כל מטלטלין, והיינו דליכא קנין יאוש אלא אם החפץ אבוד מן הבעלים, ובגזילת קרקע אין זו אבידה מבעליה, דסופן של בעלי זרוע ליפול".

הקובץ שיעורים הוסיף: רק קרקע שניתן להוציאה ע"י בית דין נחשבת ברשות בעליה ואין בה ייאוש, אבל במקום בו לא ניתן להוציא את הקרקע מיד הגזלן - יש ייאוש גם בקרקע, כי הקרקע נקראת אבודה מבעליה.

על פי האמור לעיל ניתן לומר שהמכירה של כונס נכסים חלה בגלל הסיבות הבאות:

א. דירה שנמכרת ע"י כונס נכסים - **לא ניתן להוציאה בבית דין**, לפיכך חל בה ייאוש בעלים. (נתיבות בסימן שעא ס"ק א, וכן בסימן שסג ס"ק א).

ב. דירה שנמכרת ע"י כונס נכסים נחשבת כמו דירה שנתשקע שם בעליה מעליה, **כך שיש ייאוש גמור וכאילו בעליה הפקירוה**. (כפות תמרים מסכת סוכה דף ל: ד"ה כתבו).

ג. במכירה ע"י כונס נכסים יש **אומדנה דמוכח שהבעלים התייאשו,** כאן לכו"ע אנו אומרים שיש ייאוש בקרקע. (דרישה סימן לז ס"ק יא).

ד. קרקע שלא ניתן להוציא את הקרקע מיד הגזלן - יש ייאוש גם בקרקע, כי **הקרקע נקראת אבודה מבעליה**. (קובץ שעורים ב"ב בס"ק קפה).

**על מה חל דינא דמלכותא**

הבית יוסף הביא מחלוקת ראשונים, על אלו נושאים חל הכלל דינא דמלכותא דינא. **שיטת הרא"ש** (מס' נדרים דף כח.), הר"ן (מס' גיטין דף י.), הרמב"ן (מס' ב"ב סימן נה), המרדכי (מס' ב"ק סימן קנד) והרשב"א (חלק ג סימן סד) - דינא דמלכותא לא חל רק על דינים הקשורים ישירות למלכות כגון מיסים, אלא גם בכל תחום ציבורי יכול המלך לדון, בכדי שלא יהיה מריבות וקטטות, ואם המלך לא יוכל לדון בזה, "לא תעמוד הארץ ותיהרס". וכ"פ הרמ"א בסימן סח סעיף א.

**שיטת הרמב"ם** (הלכות מלווה ולווה פרק כז הלכה א, ע"פ הסבר הרב המגיד, שהוסיף שכך גם שיטת רוב הגאונים) והרי"ף (מובא ברשב"א מס' גיטין דף י:) - דינא דמלכותא חל רק על תחומים הקשורים למלכות בצורה ישירה, כגון מכס קרקעות, בכספים ובמיסים. וכ"פ המחבר בסימן סח סעיף א. וכן נראה מדברי המחבר כאן בסימן שסט שכתב דוגמאות לכלל של דינא דמלכותא, רק בתחום המיסים[189].

הש"ך (סימן עג ס"ק לט) כתב תנאי יסודי, שלא שייך דינא דמלכותא בדבר **הנוגד את דין התורה**. "ונראה בעיני שלא נאמר דינא דמלכותא דינא אלא בדברים שהמלך גוזר להנאתו, כגון המכסים והמסיות וכיוצא בהן, אבל בדברים שבין אדם לחבירו - אין לנו לדון אלא על פי תורתנו... אלא אפילו לשאר פוסקים דסוברים דאמרינן דינא דמלכותא בכל דבר, היינו דוקא מה שאינו נגד דין תורתינו אלא שאינו מפורש אצלינו, אבל לדון בדיני הגוים בכל דבר נגד תורתינו, חלילה, ודאי לא יעשה כן בישראל... ואפילו למאן דאמר דינא דמלכותא דינא בכל דברים, היינו דוקא לענין ארנוניות ומנהגות של משפטי המלכים, אבל דין שבין אדם לחבירו - פשיטא ופשיטא דלא, דא"כ בטלת כל דיני תורה ח"ו... וכן תיקן וביאר בעיר שושן להדיא לקמן סוף סימן שס"ט וז"ל: לא אמרינן דינא דמלכותא אלא בדבר שיש לו הנאה למלך או שהוא לתיקון בני מדינתו בעניני משא ומתן שביניהם, אבל שאר דינים

---

[189] הרמ"א במספר מקומות פסק שיש דינא דמלכותא גם בסכסוכים בין אישיים:

א. הרמ"א בסימן שסט סעיף ח הביא את שיטת הרמב"ם בשם י"א, ולאחר מכן את שיטת הרא"ש כך: "ויש חולקין וסבירא להו דאמרינן **בכל דבר** דינא דמלכותא דינא". אומנם הרמ"א בסעיף יא כתב בשם מהרי"ק (שורש קפז): "לא אמרינן דינא דמלכותא אלא בדבר שיש בו **הנאה למלך** או שהוא **לתקנת בני המדינה**, אבל לא שידונו בדיני עובדי כוכבים, דאם כן בטלו כל דיני ישראל".

הסמ"ע בס"ק כא הסביר: דברי הרמ"א בסעיף ח: "בכל דבר", כוונתו בכל דבר שיש הנאה למלך או תקנה לבני המדינה, אך לא באמת בכל דבר, שאם כך "בטלו כל דיני ישראל". ומה שהרמ"א כתב כל דבר, כוונתו לרבות גם תחומים שהם לא מיסים.

ב. הרמ"א בסימן קנד סעיף יח פסק בסכסוך שכנים לגבי פתיחת חלונות: "וכן נ"ל להורות. וכ"ש במקום דאיכא דינא דמלכותא - דאזלינן בתרה".

ג. הרמ"א בסימן רנט סעיף ז פסק בדין מוצא אבידה בזוטו של ים במקום בו יש בה דינא דמלכותא: "ואף על גב דמדינא אין חייבין להחזיר באבידות אלו, אם גזר המלך או ב"ד - חייב להחזיר מכח דינא דמלכותא".

ד. הרמ"א בסימן שנו סעיף ז פסק בדין גניבה לאחר יאוש ושינוי רשות: "דהכי נהיגי עכשיו להחזיר כל גניבה אפילו לאחר יאוש ושינוי רשות מכח דינא דמלכותא".

דיני תורה המפורסמים בינינו, כגון שהם מכשירים עד אחד ואפילו הוא קרוב או פסול, וכיוצא בדברים אלו דינים פרטיים שבין ישראל לחבירו - פשיטא שלא נדין בהם כמותם, דאל"כ בטלו ח"ו כל דיני תורה מישראל, וכן הנושא אשה במקום שדנין דיני גוים ומתה, אין יכולים יורשיה לומר כל הנושא אשה על דעת המנהג הוא נושא, דהא פשוט בינינו דהבעל יורש את אשתו".

**הפקעת רכוש לטובת בני המדינה**

בגמ' במסכת בבא קמא דף קיג עמוד ב מובא: "גופא, אמר שמואל: דינא דמלכותא דינא. אמר רבא: תדע, דקטלי דיקלי וגשרי גישרי ועברינן עלפיהו". (המלכות מפקיעה דקלים מחקלאים לצורך בניית גשרים, ואנו משתמשים בגשרים, ואילו הדקלים היה דינם כדין דקל גזול, היה אסור לנו לעבור על הגשרים, ומכאן מוכח שהדקלים אינם גזל ביד המלכות, שכן דינא דמלכותא דינא).

"א"ל אביי: ודלמא משום דאייאוש להו מינייהו מרייהו"? (ניתן להסביר את הטעם לכך שמותר להשתמש בגשרים, לפי שהבעלים התייאשו מן הדקלים, ולא בגלל שדינא דמלכותא דינא).

"אמר ליה: אי לא דינא דמלכותא דינא - היכי מייאשי". (רבה ענה: ייאוש לבדו אינו קונה. כאן הדקלים נמצאים ברה"ר, כך שיש ייאוש ללא שינוי רשות. מעבר לכך, אין כאן שינוי, שכן שם הדקלים עליהם גם כאשר הדקלים בנויים כגשר, ומכיוון שייאוש גרידא אינו קונה, כיצד אנו משתמשים בגשר, אלא וודאי שדינא דמלכותא דינא).

מדברי הגמ' מבואר, ייאוש לבדו אינו קונה, ורק מדינא דמלכותא קונה, לאור זאת פסק הרמב"ם שאסור ליהנות מדבר הגזול, גם לאחר ייאוש.

הרמב"ם (הלכות גזלה ואבדה פרק ה הלכה יב) כתב: מלך שגזר על מי שלא ישלם את המיסים שיקחו את נכסיו לבית המלך, או "כיוצא בדברים אלו - אינו גזל, וישראל שגבה אותן למלך אינו בחזקת גזלן והרי הוא כשר, והוא שלא יוסיף ולא ישנה כלום ולא יקח לעצמו כלום". וכ"פ המחבר בסעיף ז. וכ"פ הרמ"א בסעיף יא: "דלא אמרינן דינא דמלכותא אלא בדבר שיש בו הנאה למלך **או שהוא לתקנת בני המדינה**".

מהרש"ל (ים של שלמה מסכת גיטין פרק א בס"ק כב) כתב: "דה"ה לכל החוקים והנימוסים שעושים לקיום המדינה שלא תהרס, הכל הוא בכלל דינא דמלכותא דינא".

הש"ך בסימן עג ס"ק לט כתב: יש לומר דינא דמלכותא דינא, כאשר מדובר בתקנה שנועדה לטובת בני המדינה. דין זה נלמד מדברי הגמ' לעיל, שהמלכות יכולה להפקיע דקלים מחקלאים עבור בניית גשרים, שכן ההפקעה היא לתועלת ולטובת בני המדינה.

החתם סופר (חושן משפט סימן מד) כתב: חוקים ותקנות שהשלטונות קבעו **לצורך הסדרת סדרי עבודה תקינים**, מכיוון שמדובר בטובת הציבור - יש חובה לפסוק כפי הדינא דמלכותא. הר"ן יודה שיש

בחוקים אלו דינא דמלכותא גם במלכי ישראל, "דהטעם משום דניחא להו, ואין לחלק בין מלכי ישראל לאומות העולם.

מטרת החוק של פשיטת רגל היא טובת הציבור, דהיינו לדאוג שהלווה יוכל להשתקם, לשלם את החובות שהוא מסוגל לשלם, ובעתיד יתכן וישלים את החזר מלוא החבות לכל נושיו. מכיוון שמטרת החוק היא טובת הציבור - יש לו תוקף לגבי כך שלא נראה במעשה המכירה של כונס הנכסים משום גזל.

**מנהג מדינה**

מנהג הסוחרים הוא ע"פ חוקי פשיטת רגל, כך שיש למכירה של כונס נכסים תוקף בגלל מנהג מדינה. הרי"ף (מסכת ב"מ דף נב.) והרא"ש (מסכת ב"מ פרק ז סימן א) הביאו את דברי הירושלמי (מסכת ב"מ פרק ז הלכה א): אמר רב הושעיה, זאת אומרת המנהג מבטל את ההלכה". וכן פסק המחבר בסימן רלב סעיף יט: "ומנהג מבטל הלכה".

הריב"ש (סימן תעה) כתב: מנהג מדינה נחשב רק **למנהג מצוי ונפוץ שנעשה הרבה פעמים**, אבל מנהג שנעשה רק פעם אחת או שתיים - לא נקרא מנהג מדינה ולא מחייב את המעסיקים. וכ"פ הרמ"א בסימן שלא סעיף א: "ואינו קרוי מנהג אלא דבר השכיח ונעשה הרבה פעמים, אבל דבר שאינו נעשה רק פעם אחת או שני פעמים - אינו קרוי מנהג"[190].

גם מנהג שנקבע ע"י תקנות הקהל (כגון חוקים[191] וכד'), עדיין צריך שיהיה **נהוג בפועל בכל מקום**, ורק אז ניתן להחיל עליו שם של מנהג מדינה.

וכך ניתן להוכיח מדברי הרי"ף (סימן יג) בדין תוספת כתובה: "עיקר המנהג שעושין על פיו והוא **שרוב הקהל יתייעצו עם זקני הקהל,** ויתקנו תקנה כמה שיתקנו, **ויקיימו אותה**, זהו המנהג". הרי"ף לא הכריח שרק חכמי הקהל יקבעו את התקנות, אלא יש צורך **להתייעץ** עם החכמים, וגם לאחר מכן התקנות יחשבו כמנהג רק לאחר שהם יקיימו אותן, ז"א לאחר שהתקנות יתפשטו בקרב הציבור ויהיו נהוגות בפועל.

החוות יאיר (סימן קו) כתב: "ודאי אם המנהג פשוט מנהג עוקר הלכה". לדעתו גם מנהג מקומי נחשב למנהג שעוקר הלכה, אלא שצריך שרוב מוחלט של אנשי העיר ינהגו כך (לא מספיק רוב רגיל, אלא שכמעט כל אנשי העיר נוהגים כך), ואם יש מיעוט של מיעוט שלא נוהג כך בזה אומרים בטלה דעתם

[190] וכ"פ הציץ אליעזר (חלק ז סימן מח - קונ' אורחות המשפטים פרק י): "הא כל שנעשה יותר מפעם אחת או פעמיים, ועל אחת כמה כשידענו שנעשה כבר הרבה פעמים, דשפיר קרוי מנהג והולכין אחריו".

[191] איסור ערכאות שייך כאשר הערכאות מציבים מערכת משפט סדירה מול דיני התורה, אבל ניתן לפסוק ע"פ **חוק נקודתי** שאינו סותר דין תורה. בכל הקשור למנהג יש לבחון שאכן **המנהג נפוץ במדינה,** ושהמנהג אינו **מנהג גרוע** (כמבואר לקמן).

ביחס לרוב המוחלט[192]. וכך כתב הנימוקי יוסף (מסכת ב"ב דף א.), שגם מנהג של אנשי עיר נחשב כמנהג מדינה באותה העיר.

צריך לציין, **יש תוקף למנהג גם אם הוא לא הונהג ע"י חכמי ישראל ולא ע"י ב"ד**, ברגע שרוב מוחלט של אנשי העיר נוהגים כך - המנהג מחייב.

התרומות (שער מט חלק ה) כתב בשם הראב"ד: "במקום שאין מנהג - הולכים אחר **מנהג הגוים**... וכן אני אומר בכל דבר שאין דינו מפורש אצלנו, ואין לנו בו מנהג ידוע - שהולכין בו אחר מנהגות שלהם, שקרוב דבר זה לדינא דמלכותא דינא, והם דנין על פי המנהגות". (מובא בש"ך בסימן עג ס"ק לו).

וכך פסק האגרות משה (חושן משפט חלק א סימן עב): "והגע עצמך, דהא ברור ופשוט שכל אלו הדינים התלויין במנהג המדינה[193], כגון בב"מ דף פ"ג (**בדיני פועלים**) מקום שנהגו שלא להשכים ושלא להעריב אינו רשאי לכופן... - א"צ שיעשה המנהג ע"פ חכמי תורה, וגם אף לא ע"פ יהודים דוקא, **דאף שהנהיגו זה הנכרים**, כגון שהם רוב תושבי העיר נמי הוא מדין התורה בסתמא כפי המנהג דאדעתא דמנהג העיר נחשב כהתנו בסתמא".

"וכן הוא **בעניני מכירה** מה הוא בכלל המכר, שאף שאיכא דינים קבועים בפרקי המכירה בב"ב מה הוא בכלל המכירה... דהוא רק במקום שאין מנהג, אבל במקום שיש מנהג - הולכין אחר המנהג. **והטעם שבסתמא הוא כהתנו שהוא כהמנהג**, ולכן אין חלוק מי הם שהנהיגו, דאף אם הנכרים שהם רוב תושבי העיר הנהיגו - נידון בדין התורה בסתמא כהמנהג".

---

[192] וכן כתב הנחל יצחק (סימן סא בס"ק ה): למרות שלא בדקנו ולא שאלנו את כל אנשי המדינה, בכ"ז אם אנו יודעים שרוב מוחלט של אנשי העיר כך נוהגים - נחשב למנהג מדינה, אך לא מספיק רוב רגיל, כי לא הולכים בדיני ממונות אחר הרוב.

[193] האגרות משה דן ע"פ מנהג מדינה ולא רצה לדון ע"פ דינא דמלכותא כפי שכתב השואל האדמו"ר מציעשינאוו. האגרות משה הסביר: "הנה מה שהאריך כתר"ה בענין דינא דמלכותא - קשה לכתוב בענינים אלו משני טעמים: **חדא** מטעם שכתב בשו"ת השיב משה שהביא כתר"ה, שיש מבוכה רבה בין הפוסקים וסתירות רבות, וצריך לזה עיון וזמן רב אולי יעזור ה' להבין לאסוקי להלכה, וכ"ש לקטני ערך כמוני. **ועוד** מטעם שבל יתראה ח"ו שאנו מקטינים כבוד המלוכה דמדינתנו בפה אשר אנחנו מחוייבים להכיר להם טובה על החסד שעושין עמנו ועם כל אחבנ"י שבמדינה הזאת, ואנחנו מברכים אותם ומתפללים להשי"ת בכל עת ושעה לשלום המדינה ונשיאיה ושריה כאשר נצטוינו. ולכן אין רצוני לכתוב ולדון בזה".

**הגדרת מעמדו של בחור ישיבה**

הגדרת בחור ישיבה איננה כמו שוכר (למרות שמשלם שכר לימוד), אלא הגדרתו כמקבל זכות השתמשות בישיבה במספר תנאים. דהיינו הבעלות שייכת לגמרי לישיבה, והיא נותנת **חזקת תשמישים** אפשרות להשתמש בחדרי הישיבה **בשיתוף** עוד בחורים. חזקת ההשתמשות ניתנת במספר תנאים: יר"ש, לימוד, התנהגות, לבוש, תנאי תשלום וכו'.

במסכת עירובין דף סה עמוד ב מובא: "כל היכא דלא מצי מסליק ליה - לא תיבעי לך דלא אגרינא. כי תיבעי - היכא דמצי מסליק לי". מכאן ניתן להוכיח, שאם המשכיר לא יכול לפנות את השוכר בתוך זמן השכירות - יש לו גדר של שוכר, אך אם יכול לפנותו - לא נחשב כשוכר. (דין זה מבואר באורח חיים סימן שפב סעיף יח).

לאור זאת, ניתן לומר שבחור הישיבה אין דינו כשוכר, שהרי יש לישיבה זכות להעביר לחדר אחר, אלא יש לומר שהגדרת מעמדו של בחור ישיבה כזכות להשתמש בתנאי, דהיינו רק זכות לגור באחד מחדרי הפנימייה לפי הכללים שנקבעו בישיבה.

סימוכין לדברים אלו ניתן למצוא בדברי הרא"ש (מסכת עבודה זרה פרק א סימן כב), וכן בדברי החיד"א (שו"ת חיים שאל חלק ב סימן כב).

**לקנוס תלמידים**

בגמ' במסכת בבא קמא דף כז עמוד ב מובא: רב חסדא שאל את רב נחמן איזה סכום ניתן לקנוס אדם שהיכה עם הברזל של המעדר? רב נחמן תמה על רב חסדא על כוונתו לדון בדיני קנסות: "שלח ליה: חסדא, חסדא, קנסא קא מגבית בבבל"?!

הרמב"ם (הלכות סנהדרין פרק ה הלכה ח) כתב: "דיני קנסות... - אין דנין אותם אלא שלשה מומחים, והם הסמוכין בארץ ישראל".

בימינו, שאין לנו דיינים סמוכים, אי אפשר לדון דיני קנסות. בחו"מ (סימן א סעיף א) מבואר, ששדיני קנסות נדונים רק ע"י דיינים סמוכים. היום אין דיינים סמוכים, כך שלא ניתן לגבות קנסות[194].

הפוסקים הביאו מספר אפשרויות עוקפות לדיני קנסות:

[194] הגמ' במסכת בבא קמא בדף פד עמוד ב כתבה: הסמכות היום לדיינים שאינם סמוכים לדון ניתנת, מכיוון שהדיינים היום נחשבים כשליחים של דייני ארץ ישראל הסמוכים. צריך לציין שהגמ' הגבילה סמכות זו, כך שהדיינים כלל אינם יכולים לדון, אלא רק כאשר מתמלאים שני תנאים: א)- עניין מצוי. ב)- יש בו חסרון כיס. אבל במקרים בהם שני התנאים אינם מתקיימים - אין לדיינים שאינם סמוכים אפשרות לדון, שאין אומרים בהם שליחותייהו קא עבדינן.

א. **קבלת הצדדים - הר"ן** (מס' סנהדרין דף ב: ד"ה ובדין הוא) כתב: לא מועילה קבלה גם בדברים לא מצויים ויש בהם חסרון כיס. אך מדברי **הרמב"ן** (ספר שמות פרק כא פסוק א) משמע שמועילה קבלה. השער משפט (סימן א ס"ק א) נשאר בצ"ע לדינא. אבל ערוך השולחן בסעיף יג פסק כדעת הרמב"ן, שמועילה הקבלה גם בכדי לדון דיני קנסות.

ב. **תפיסה** - הניזק יכול לתפוס מנכסי המזיק בשווי הקנס. המקור לכך הוא מדברי הגמ' במסכת בבא קמא דף טו עמוד ב[195].

ג. **נידוי** - וכך מובא ברי"ף (מס' ב"ק דף ל:): מנהג שתי ישיבות, אע"פ שלא גובים קנס - בכ"ז מנדים את המזיק עד שיפייס, ולאחר שייתן לניזק סכום כסף ויפייסנו - יתירו את הנידוי. וכן כתב הרמב"ם (הלכות סנהדרין פרק ה הלכה יז).

הפרישה בס"ק י ביאר: לדעת **הרי"ף**, על המזיק לשלם סכום שקרוב לשיעור הנזק, אך אין המזיק צריך לפייס בכל הסכום. אומנם מדברי **הראב"ד** משמע, שצריך המזיק לתת את כל הסכום, במקרה שזהו קנס עם קצבה, כגון חמישים דאונס ומפתה - על המזיק לשלם הכל.

ד. **תקנות** - יש סמכות ביד רב הקהילה לתקן תקנות. האפשרות העיקרית היום לדון מעבר לגבולות ההלכה הוא על סמך התקנות, כפי שיבואר בהרחבה בפסקות הבאות.

**תקנות**

במסכת בבא בתרא דף ח עמוד ב מובא: "ורשאין בני העיר להתנות על המדות, ועל השערים, ועל שכר פועלים, ולהסיע על קיצתן". הגמ' בדף ט עמוד א הוסיפה: רשאים גם בעלי אומניות לתקן תקנות בעניין מלאכתם, ולקנוס את מי שעובר על תקנתם כאשר תקנתם נעשית בפני חכם ומנהיג[196].

---

[195] נחלקו הראשונים בדיני התפיסה: **ר"ת** (תוס' מס' ב"ק שם ד"ה ואי) הביא שני תנאים בכדי שהניזק יוכל לתפוס: א)- הניזק יכול לתפוס רק את החפץ או את הבהמה שבצעו את הנזק, אבל לא ניתן לתפוס מנכסי המזיק נכסים אחרים. ב)- התפיסה מועילה רק בשעת הנזק ולא אח"כ, שכן בשעת הנזק הוא שעת חימום, וחכמים הקלו בו שתפיסתו תקפה. אומנם יש קולא בשיטתו, שהניזק יכול לתפוס את החפץ המזיק בשעת ההיזק, למרות שהחפץ שווה יותר מכדי הנזק אבל אם החפץ או הבהמה הגיע לידי המזיק לפני שהניזק תפס - שוב לא יוכל לתפוס.

**הרא"ש** (מס' ב"ק פרק א סימן כ) סבור שניתן לתפוס מכל נכסי המזיק, ולאו דווקא את החפץ שהזיק. בנוסף, ניתן לתפוס בכל זמן. אומנם יש חומרא בשיטתו, שהניזק אינו יכול לתפוס יותר משווי הנזק, ואם תפס יותר מכדי נזקו - הב"ד יוציאו מידו את הסכום העודף על הנזק. הסמ"ע בס"ק יח כתב: מכך שהמחבר והרמ"א כתבו בפשיטות שמועילה תפיסה, משמע שהם פסקו כדברי הרא"ש, שכן אילו היו פוסקים כר"ת, היו צריכים להביא את חילוקיו. (וכך כתב הדרכי משה בס"ק ה במפורש).

הדרכי משה בס"ק ה כתב בשם המרדכי (מס' ב"ק סימן יד): בנזקי קרן - יש לפסוק כמו ר"ת, שכן על חצי נזק תם משלמים רק מגופו ולא מהעלייה, אבל בשאר קנסות ניתן לפסוק כמו הרא"ש.

המרדכי (מסכת גיטין סימן שפד) כתב: "**ודיני קנסות** שפירש שאין דנין בזמן הזה - שמעתי בשם הר"י מאייור"א, **שיש לדונם ע"פ שבעה טובי העיר**. וכן הוא מקובל מרבותיו".

הרא"ש (כלל ו סימן יט) הוסיף: "מה **שטובי הקהל מסכימים לעשות - שריר וקיים הוא בלא קנין**". החזון איש (ב"ב סימן ד בס"ק כב) כתב: תקנת הקהל תקפה גם ללא קניין כשם שהחלטות הבית דין תקפות ללא קניין. ומשכך יש לומר **שהתקנה מחייבת רק כאשר היא נתקנה ע"י שלושה כמו הרכב של ב"ד**.

המחבר והרמ"א בסימן ב סעיף א, ובסימן קסג סעיף א, ובסימן רלא סעיף כח פסקו בפשטות שיש סמכות ביד קהילה לתקן תקנות.

למרות שמבחינה הלכתית לא ניתן היום לקנוס, אך יש סמכות ביד הישיבה לתקן תקנות. הראשונים הביאו מספר הסברים למקור הסמכות של בני העיר לתקן תקנות:

א. המרדכי (סימן תפ) כתב: כשם שהבית דין יכול לתקן תקנות, מדין **הפקר ב"ד הפקר**[197], כך גם טובי העיר הם כמו גדול הדור והפקרם הפקר. ומכאן הסמכות שיש לטובי העיר לתקן תקנות.

ב. הרא"ש (סימן לג) הוסיף: **כל בעלי האומנות נחשבים כבני עיר לעצמם**, וכשם שבני עיר יכולים לתקן תקנות - כך גם בעלי מלאכה.

ג. ריב"ש (סימן שה) כתב: הסמכות של הקהל לתקן תקנות היא ככל **תנאי שבממון**, שהתנאי תקף.

ד. החתם סופר (או"ח סימן קצג) כתב: "בני הקהילה - דין **שותפים** להם".

התלמידים שבאים ללמוד בישיבה מודעים לכללים שהישיבה תיקנה, בתחום הרוחני, (לבוש, פלפון, גודל כיפה וכו'), בתחום ניקיון החדרים (סידור מיטות, ניקיון חדרים), ובשמירה על ציוד הישיבה. כל

---

[196] הר"ן (מסכת בבא בתרא דף ט עמוד א) כתב בשם ר"י מיגאש: "אדם חשוב הממונה על הצבור". וכך כתב ערוך השולחן (סימן רלא סעיף כח): "בד"א? בעיר שאין בה חכם חשוב ממונה על הציבור **כמו רב העיר**, אבל אם ישנו - אין התנאי של האומנים או של בני העיר מועיל בלא דעת החכם, דכיון שיש בהתקנה איזה הפסד ליחידים - **צריך בזה הסכם חכם העיר, שיבין שראוי לעשות כן לטובת הכלל**".

הרמ"א בסימן לז סעיף כב כתב בשם תרומת הדשן (פסקים וכתבים סימן ריד): "טובי הקהל הממונים לעסוק בצרכי רבים או יחידים - הרי הן כדיינים, ואסורים להושיב ביניהם מי שפסול לדון משום רשעה".

[197] הרשב"א (מסכת גיטין דף לו עמוד ב) במפורש כתב שיש בסמכות החכמים גם להפקיר וגם להעביר לאדם אחר למרות שהוא עוד לא זכה בחפץ: "ומינה שמעי', **דכח ב"ד יפה להפקיר ממון מזה ולזכותו לזה אפי' קודם שבא לידו**, וכן מוכח מקרא דאלה הנחלות אשר נחלו, דמה אבות מנחילין ואומרים שדה פלוני לפלוני, וזכה בו מיד ואף קודם שבא לידו - אף ראשים מנחילין לכל מי שירצו, ואומרין ממון ראובן יהא לשמעון וזוכה בו שמעון מעתה".

הגר"ע איגר (מהדורא קמא סימן רכא בס"ק ו) כתב בשם בנו האברך הרב רבי שלמה נ"י מוואורשא": התורה נתנה כוח לחכמים רק להפקיר ממון, דהיינו "לסלק רשות בעלים ממנו, כמו שם (בפסוק) דעשאוהו חרם, אבל שיהיה כח בידם לומר שיהא קנוי לאחר - לא מצינו". הגר"ע איגר (סימן רכב בס"ק כא) כתב בתשובה לבנו: "יפה כוונת, וגם אנכי עמדתי בזה". הגר"ע הביא את דברי הרשב"א מהם משמע שהפקר ב"ד גם מקנה לאדם אחר.

תלמיד שנרשם לישיבה נרשם על דעת כך שהוא מתחייב לשמור על הכללים ועל התקנות שקבע ראש הישיבה.

הרשב"א (חלק א סימן תשס"ט) כתב: "שאין רשות ביד אדם להסתלק ולפטור עצמו מתקנת הקהל, ולומר לא אכנס בתקנות וכיוצא בהן, לפי שהיחידים משועבדים לרוב. וכמו שכל הקהלות משועבדות לבית דין הגדול או לנשיא - **כך כל יחיד ויחיד משועבד לצבור שבעירו**". אפשר להוסיף: כך כל תלמיד ותלמיד משועבד לתקנות ישיבתו.

הרשב"א (חלק ג סימן תיא) עוד הוסיף: "לפי שכל צבור וצבור היחידי' - כנתונין תחת יד הרבים, על פיהם הם צריכין להתנהג בכל עניניהם, **והם לאנשי עירם ככל ישראל לב"ד הגדול או למלך**".

הבאר היטב בסימן רלא ס"ק כז הביא מספר כללים, בכדי שיהיה ניתן לתקן תקנות לציבור. אחד מהכללים הוא: במקרה שהתקנה נועדה **בכדי למנוע איסורים**, **או למנוע נזק, עוולה או כל סכנה** (מגדר מילתא) - לכו"ע יכולים הרוב לכוף את המיעוט.

הרמב"ם (הלכות ממרים פרק ב הלכה ה) סייג את האפשרות לתקן תקנות רק לתקנות **שרוב הציבור יכול לעמוד בהן**, וכן צריך **שהתקנה תתקבל בפועל** על רוב הציבור, אך אם התברר שהתקנה לא התקבלה על רוב הציבור - ניתן לבטלה[198].

[198] כך כתב הרמב"ם: "בית דין שנראה להן לגזור גזירה או לתקן תקנה או להנהיג מנהג - צריכין להתיישב בדבר **ולידע תחלה אם רוב הצבור יכולין לעמוד בהן** או אם אין יכולין לעמוד, ולעולם אין גוזרין גזירה על הצבור אלא אם כן רוב הצבור יכולין לעמוד בה".

ובהלכה ו: "הרי שגזרו בית דין גזירה, ודימו שרוב הקהל יכולין לעמוד בה, ואחר שגזרוה פקפקו העם בה ולא פשטה ברוב הקהל - הרי זו בטלה, ואינן רשאין לכוף את העם ללכת בה".

**חיוב תשלום על נזקים**[199]

המשנה במסכת בבא קמא דף כו עמוד א כתבה: "אדם מועד לעולם, בין שוגג בין מזיד, בין ער בין ישן". בגמ' מובא: "מנא הני מילי? אמר חזקיה, וכן תנא דבי חזקיה, אמר קרא: פצע תחת פצע, לחייבו על השוגג כמזיד, ועל האונס כרצון". וכ"פ המחבר בסימן תכא בסוף סעיף ג.

לכן, נזק שנעשה **בפשיעה וברשלנות וק"ו אם הנזק נעשה במזיד** - התלמיד ישלם מחיר מלא.

נחלקו הראשונים, האם מזיק חייב לשלם **באונס** (כמבואר בהערה[200]), וכן נחלקו האחרונים מה היא שיטת הרמב"ם והמחבר בדין מזיק באונס (כמבואר בהערה[201]), כך שהמוחזק יוכל לומר קים לי כדעת הפוטרים במזיק באונס. וכך פסק מהרש"ם (חלק ד סימן כז).

---

[199] רש"י (מסכת ב"ק דף ד: ד"ה תנא אדם) כתב: המקור מהתורה **לחיוב מזיק לשלם** על היזק ממון הוא מהפסוק (ויקרא פרק כד פסוק כא): "וּמַכֵּה בְהֵמָה יְשַׁלְּמֶנָּה".

הטור (סימן שעח סעיף א) כתב: יסוד **האיסור להזיק** את חברו הוא מדין **גזלה**, "כשם שאסור לגנוב ולגזול ממון חבירו - כך אסור להזיק ממון שלו, אפילו אם אינו נהנה, כיון שמזיקו בין במזיד בין בשוגג - חייב לשלם".

היד רמ"ה (מס' ב"ב דף כו.) כתב: יסוד האיסור להזיק אדם גם בגרמא, הוא משום **לפני עוור** לא תתן מכשול, וכן מדין **ואהבת לרעך** כמוך. "דאסיר למגרם מידי דאתי מיניה היזקא לאינשי, אי משום לפני עור לא תתן מכשול, ואי משום ואהבת לרעך כמוך".

הרש"ש (מסכת כתובות דף יח:) כתב: אדם מחויב **בהשבת אבידה**, ובכך למנוע מחברו היזק, ק"ו שמחויב לא להזיק את חברו.

בשו"ת חתם סופר (חלק ב יו"ד סימן רמא) מובא: "אמנם בניזקין מילתא אחריתי היא, דעיקור ענין נזיקים היא גדר למ"ע **ושמרתם מאוד לנפשותיכם, ואל תעמוד על דם ריעך** וכתיב והיה עליך דמים".

[200] **שיטת התוס'** (דף כז: ד"ה ושמואל, ובמסכת בבא מציעא דף פב עמוד ב ד"ה וסבר, ובתוספות במסכת בבא בתרא דף צג עמוד ב ד"ה חייב) - לא רק באונס גמור - המזיק פטור, אלא גם באונס הקרוב לאונס גמור - המזיק פטור. ורק באונס הקרוב לפשיעה - המזיק חייב. התוס' נתנו כלל מתי אנו מחייבים באונס ומתי פוטרים באונס: במקרה בו האונס דומה לגניבה - המזיק פטור, אבל במקרה בו האונס דומה לאבידה - חייב, שכן זהו אונס הקרוב לפשיעה, דהיינו מעשה הנזק אכן היה באונס, אבל קדמה לכך פשיעה שגרמה לאונס. (כלל זה מקורו בדברי הגמ' במסכת בבא מציעא דף צד עמוד ב).

**שיטת הרמב"ן** (מס' ב"מ דף פב:) - אין לחלק בין אונס לאונס, ובכל האונסים יש לחייב. וכדברי הגמ' כאן שגם ברוח שאינה מצויה, חייב. הרמב"ן סיים: "וסוף דבר, כיון שהזכירו חכמים באונס נזקין - אבן מונחת בחיקו ולא הכיר בה מעולם (ב"ק כ"ו ב'), ונפל מן הגג ברוח שאינה מצויה (שם כ"ז א') - הרי הזכירו סוף האונסין כולם, דרוח שאינה מצויה אפילו כאותה של אליהו במשמע".

[201] **המגיד משנה** (הלכות חובל ומזיק פרק ו הלכה א) הבין שהרמב"ם מחייב באונס גמור כפי שיטת הרמב"ן. הש"ך בס"ק א כתב: המחבר פסק כדעת הרמב"ם, שיש חיוב גם באונס גמור. אומנם הרמ"א כתב: "דווקא שאינו אנוס גמור". הש"ך העיר: "הלשון מגומגם", כי הרמ"א חולק על המחבר וסובר כתוס' שאין חיוב באונס גמור, כך שהיה על הרמ"א לכתוב זאת בשם י"א.

לכן, נזק שנעשה **באונס** - התלמיד יהיה פטור מלשלם.

**חיוב תשלום על נזקי גרמא**

הגמ' במסכת בבא בתרא דף כב עמוד ב כותבת: "א"ר טובי בר מתנה, זאת אומרת: גרמא בניזקין אסור". וכן מבואר במסכת בבא קמא בדף ס עמוד א שגרמא בנזיקין - פטור רק מדיני אדם, אבל חייב בדיני שמיים, דהיינו הבית דין אינם יכולים לחייבו לשלם, אבל הוא **חייב לשלם** בכדי לצאת ידי חובת שמים.

בירושלמי (מסכת בבא קמא פרק ו הלכה א) מובא: "ואין השמים מוחלין לו עד שישלם". דהיינו הבית דין אינם יכולים לחייבו לשלם, אבל הוא **חייב לשלם בכדי לצאת ידי חובת שמים**[202].

הרמ"א בסעיף ג כתב בשם הרשב"א (סימן צט): במקרה בו הנזק מצוי, יש לנדות בדיני גרמא עד שיסלק את הנזק. דהיינו, מעבר לאיסור שיש בנזק גרמא, יש גם חיוב לסלק את הנזק. הטעם לכך הוא שהמזיק בגרמא פטור רק מדיני אדם, אבל חייב בדיני שמים, דהיינו על המזיק לפצות את הניזק בכדי שיסלח לו ולא יתחייב בידי שמיים[203].

---

אבל **הכסף משנה** (שם) הבין, שהרמב"ם פסק כדעת התוס' לפטור באונס גמור. הכסף משנה הוכיח זאת מכך שהרמב"ם (שם הלכה ד) פסק: אדם שעלה בסולם, והשליבות היו מהודקות בצורה חזקה, ובכ"ז אחת השליבות נפלה והזיקה - פטור מלשלם על ההיזק - "משמע בהדיא שהוא **פטור באונסים גמורים.** וכ"כ שם הרב המגיד עצמו לדעת רבינו".

ע"פ דברי הגר"א בס"ק ג ניתן לומר שהמחבר פסק כדבריו בכסף משנה, שיש לפטור באונס גמור, המחבר בסעיף ג הביא את הפטור של נשמטה שליבה מתחתיו, שזהו הפטור לאונס גמור. הרמ"א מוסיף ומבאר את דברי המחבר ולא חולק עליהם. (בניגוד להבנת הש"ך).

הסמ"ע בסימן תכא ס"ק ח כתב: הטור והמחבר פסקו כדעת התוס' שיש לפטור באונס גדול. הדרישה (סימן שעח ס"ק א) חידש: גם המגיד משנה סבור בדעת הרמב"ם שאדם המזיק פטור באונס גדול. ומה שכתב המגיד משנה "וכבר כתבתי פ' ראשון דאונס גמור שכתבו ז"ל שהוא פטור **והרב לא חילק**" - צריך לגרוס: **"והרב לא חולק"**, דהיינו גם הרמב"ם לא חולק אלא מסכים שבאונס גמור יש לפטור.

[202] המאירי (מס' ב"ק דף נו.) כתב: יש על המזיק חיוב ממוני לשלם, ואם אינו משלם - נקרא גזלן ופסול לעדות. היד רמ"ה כתב: יש איסור מהתורה להזיק ע"י גרמא, ונלמד ממצוות ואהבת לרעך כמוך, או מלפני עוור לא תתן מכשול.

רש"י (מסכת בבא קמא דף קד. ד"ה שכבר) כתב: אדם שחייב בידי שמים מגיע לו עונש בידי שמים, "ואף על גב דבי דינא לא מצו מחייבי ליה, אלא מניח לפניהם, **מיהו ידי עונש אין יוצא עד שישלם לשניהם**". וכך כתב הקצות בסימן לב: "אבל עונש בדיני שמים - ודאי אית ליה".

החזון איש (ב"ק סימן ה בס"ק ד) כתב: "והאי חייב בדיני שמים - אינו ר"ל דאסור לעשות כן, והעושה כן - עבירה היא בידו, וכדמשמע לכאורה מלשון רש"י בגיטין נג א, אלא ר"ל **דאינו יוצא יד"ש עד שישלם**".

[203] כנסת הגדולה (הגהות הטור סימן כח ס"ק כג) כתב: "כל מי שהוא חייב בדיני שמים - אין כופין לו לשלם כדי לצאת ידי שמים, אמנם **צריך להודיעו דרך תוכחה ומוסר ועצה טובה** בינו לבינו שיצא ידי חובה. אם יקבל - מוטב, ואם לא - יאמר

מכיוון שיש חיוב כלפי שמיא במזיק בגרמא, נראה שיש מקום לחייב **תלמיד שהזיק בגרמא בפשיעה** (דהיינו ברשלנות) עד כדי שני שליש מסכום החיוב[204].

ניתן לחזק את חיוב התשלום בנזקי גרמא ע"י **כתיבת חוזה מראש** על חיוב ברשלנות גם כאשר ההיזק נעשה בגרמא.

**בהיזק מצוי בישיבה** - ניתן לחייב ע"פ **שיטת הריצב"א** (תוס' במסכת ב"ב בדף כב: ד"ה זאת אומרת) - הריצב"א הגדיל את טווח החיוב, שגם בנזקי גרמא (דהיינו נזק עקיף) - הריצב"א יחייב במידה והנזק הוא מצוי ושכיח. הטעם שגרמי חייב, הוא מכיוון שהחכמים קנסו בהיזק המצוי ורגיל לבוא, בכדי 'שלא יהא כל אחד הולך ומזיק לחבירו בעין'. (אם כי יש לציין, שבשיטת הריצב"א יש קולא, בכך שלדעתו החיוב אינו מהתורה אלא רק קנס מדרבנן). וכ"פ **הרמ"א** בסימן שפו סעיף ג[205].

**כיצד מתבצע השומא**

המזיק חפץ מסוים - צריך לשום כמה החפץ היה שווה **בשעה שנעשה הנזק**, (צריך לשים לב שאם מדובר בחפץ משומש - לא שמים את שווי החפץ כפי מחיר חפץ חדש, אלא כפי מחיר חפץ משומש), וכמה החפץ שווה **לאחר הנזק** ואת ההפרש יש לשלם.

בכדי לבצע את השומא, צריך שיהיו שלושה שישומו את החפץ הניזוק. ואם השמאים חלוקים בניהם - הולכים אחר הרוב כמו בבית דין, ואם כל אחד מהשמאים אומר סכום אחר - הולכים אחר הסכום הממוצע שבניהם[206]. (כמבואר בסימן קג סעיפים א-ב).

ישנן מספר דרכים כיצד לשום חפץ משומש (מחיר החפץ בשעה שנעשה הנזק):

---

הדיין איך שרוצים עליו להכריז בבית הכנסת על ידי שליח ציבור בלשון זה: 'שמעוני רבותי, האי גברא פלוני - חייב בידי שמים, מחמת שגרם הפסד ממון לפלוני, לכן צריך לפלוני שיסיר מעליו חיוב זה ועונש מדיני שמים וירצה לפלוני מחמת שגרם לו היזק'. ובס"ק כד כתב: "מי שחייב בדיני שמים ולא פרע - מותר לקרותו רשע".

[204] הקצות בסימן לב ס"ק א כתב: "וכמה מיני גרמא איכא שנפטר מתשלומין אפילו בדיני שמים - ואילו עונש ודאי אית ליה אפילו בגורם דגורם והוא פשוט".

[205] מכאן שניתן לחייב בכל נזק מצוי, גם במקרים שאינם מובאים בגמ', וכך גם משמע מדברי הסמ"ע בס"ק ח. אבל **הש"ך** בס"ק כד חלק על דברי הרמ"א וכתב: אין להוסיף בשיטת הריצב"א מעבר לדוגמאות המובאות בש"ס, או בדימוי מילתא למילתא, כך שהקנס יהיה מעין הדוגמאות המובאות בש"ס, כגון במראה דינר לשולחני, שהיסוד הוא: נזק הכרחי הנגרם לאדם בעקבות הסתמכות על חוות דעת חברו.

[206] בכדי לחשב את הסכום הממוצע, צריך לקחת את סכום הגבוה ואת הסכום הנמוך, והפער שיש בניהם לחלקו לשניים ולהוסיף לסכום הנמוך. לדוגמא: שמאי אחד העריך את שווי המוצר בחמישים ש"ח, ושמאי שני העריך בשישים ש"ח, ושמאי שלישי העריך בשבעים ש"ח. נמצא שהפער בין הסכום הגדול לסכום הקטן הוא עשרים ש"ח, מחצית מסכום זה יוצא עשרה ש"ח, אנו נוסיף את מחצית הפער (עשרה ש"ח) לסכום המינימאלי (חמישים ש"ח) וזה יהיה הסכום הממוצע. במקרה כאן שומת החפץ תהיה שישים ש"ח.

ג. **יש דיינים ששמים בדרך הבאה** (כך שמים בבית דין של הגר"נ קרליץ): המזיק מוצר ולא ניתן לתקנו (או שלא שווה לתקן) והמוצר כעת לאחר ההיזק לא שווה כלום, צריך לבדוק את שוויו כמוצר משומש במועד שלפני ההיזק. לצורך כך יש לבחון כמה המוצר עלה, וכן צריך לבדוק כמה זמן בממוצע מחזיק אותו מוצר, המזיק ישלם את מחיר המוצר פחות זמן השימוש. (למשל מוצר ששווה מאה שקלים, ומחזיק מעמד במשך עשר שנים, יוצא ששווי המוצר יורד בכל שנה בעשרה שקלים, ואם לאחר שלוש שנים המוצר הוזק בצורה בה לא ניתן לתקנו והמוצר גם לא שווה כלום - המזיק ישלם שבעים שקלים).

ד. **יש דיינים** הסבורים שיש להוריד עוד עשרים אחוזים, שכן יש לניזק הנאה מחפץ חדש יותר מאשר החפץ הישן שכעת ניזוק. (בדוגמא הנ"ל, המזיק ישלם חמישים ושישה שקלים, דהיינו עוד עשרים אחוזים פחות משבעים שקלים).

ה. **יש דיינים ששמים כך:** יש לשאול את הניזק, איזה סכום היית מוכן לשלם בשביל שיחליפו לך לחפץ חדש, ואת הסכום הזה יש להפחית מהמחיר של החפץ החדש[207].

ו. **יש דיינים ששמים כך:** יש לשאול את הניזק, אילו למשל ההוצאה לפועל הייתה מעקלת לך את החפץ שניזוק - איזה סכום היית מוכן לשלם בכדי לפדות את החפץ[208]. (יתכן ומגיעים לאותה תוצאה ע"פ שתי השיטות האחרונות).

כמובן שבמידה והמוצר לאחר ההיזק שווה סכום מסוים - יש להפחית גם סכום זה מתשלום המזיק. (למשל המזיק גביע מכסף בצורה בה לא ניתן לתקנו, עדיין יש שוויות לגביע, והמזיק ישלם את שוויי הגביע לפני ההיזק פחות סכום המעות ששווה הגביע).

לפעמים שומת המוצר קשה, צריך להביא אנשי מקצוע (שמקבלים תשלום על הערכתם), ונוצרים חילוקי דעות בין הצדדים לגבי זהות השמאי וכו', במצבים אלו עדיף לעשות פשרה הקרובה לדין, כך שהדיינים לאחר בירור פשוט יוכלו להעריך את המוצר ולקבוע סכום שקרוב לשומת החפץ.

**הענשת תלמידים**

הגמ' במסכת סנהדרין דף מו עמוד א כותבת: "תניא רבי אליעזר בן יעקב אומר: שמעתי שבית דין מכין ועונשין שלא מן התורה. ולא לעבור על דברי תורה, אלא כדי לעשות סייג לתורה".

---

[207] בספר הישר והטוב (חלק ד עמוד קצג) מובא בשם הגר"מ שפרן: המזיק חפץ - צריך לשלם כפי שוויו של חפץ משומש. למשל המזיק כוס שעלתה עשרה שקלים, ישלם שווי של כוס משומשת, אך לא מעריכים את שווי הכוס ביחס לשאר העולם, (אם נחשיב שווי של כוס יד שנייה המזיק יצטרך לשלם אולי שני שקלים), אלא יש לומר שהשוק של הכוס זהו הבעלים של הכוס, "ואם החפץ נמצא במצב טוב ששווה לו לכל הפחות שמונים אחוזים מהמחיר בכדי להשיבו אליו, (שווה לבעלים לשלם שמונה שקלים בשביל הכוס) - א"כ אם נבוא לחייבו מדין אדם המזיק - עליו לשלם כשמונים אחוזים ממחיר כוס כזו חדשה".

[208] שתי השיטות הללו שוללים את השיטה הראשונה, בגלל שלא ניתן להשוות את ההנאה שיש בתקופה הראשונה שהחפץ היה עוד חדש לתקופה שלאחר מכן.

המשנה במסכת מכות דף ח עמוד א כותבת: "אבא שאול אומר: מה חטבת עצים רשות אף כל רשות, יצא האב המכה את בנו, והרב הרודה את תלמידו, ושליח ב"ד".

הגמ' במסכת מכות דף י עמוד א כותבת: "מכאן שלא ישנה אדם לתלמיד שאינו הגון"[209]. ובמסכת חולין דף קלג עמוד א מובא: "דאמר רב יהודה אמר רב: כל השונה לתלמיד שאינו הגון - נופל בגיהנם".

הפתחי תשובה בסימן תכד ס"ק ד כתב בשם שבות יעקב (חלק ג סימן קמ): מלמד שכעס על תלמידו והיכהו עד שגרם לו נזק - המלמד פטור מכל תשלום, וכדברי המשנה במסכת מכות (שם).

השבות יעקב הוסיף: אין לומר כי האב והמלמד פטורים רק מגלות, אך חייבים בתשלומי הנזק, שכן הגמ' כתבה שהם פטורים מכיוון שעשו מצווה, וא"כ יש לפטור אותם גם מכל תשלומי הנזק.

עוד כתב השבות יעקב: המשנה דימתה את האב והמלמד לשליח ב"ד, ששלושתם הושוו זה לזה, ובשליח ב"ד, המחבר בסימן ח פסק, שפטור אם הזיק. וכן מובא בתרומת הדשן (סימן ריח), שיש לפטור לא רק אב ומלמד, אלא יש לפטור כל אדם שכפוף תחת ידו, שיכול הוא להכות ולהפרישו מן העבירה.

למרות ששליח ב"ד שהיכה בזעם - חייב, כמובא בתשובות ראנ"ח (חלק א סימן קיא), בכ"ז מלמד שהיכה בזעם - פטור, שכן אורייתא מרתחא ליה, "בפרט שהוא בצער גדול, כשלומד עם תלמיד ואינו משים לב על תלמודו, יש לפוטרו מכל, אבל מ"מ בכדי שלא יהא רגיל לעשות כן, ולמגדר מילתא פסקתי שישלם שכר הרופא".

שולחן ערוך הרב (יורה דעה הלכות תלמוד תורה פרק א סעיף ו) כתב: מגיל שש עשרה עד גיל עשרים וארבע, מוטל על האב "לכופו לעסוק בתורה, וכן להדריכו בדרך מוסר ויראת שמים בכל דרכיו והנהגותיו, בעוד ידו תקיפה על בנו".

האגרות משה (יורה דעה חלק ב סימן קג) הביא מספר כללים לענישת תלמידים:

א. ניתן להעניש רק כאשר יש **ידיעה ברורה** ולא על חשד.

ב. לא ניתן להסתמך על **אומדנה** בכדי להעניש.

ג. הסמכות למלמד להעניש היא **כמו הסמכות לב"ד** לחייב, לכן לא ניתן להעניש ללא הוכחות ברורות.

ד. ניתן להעניש תלמיד **שמתעצל** ולא מממש את כל כוחותיו[210].

---

[209] וכך פסק המחבר (יורה דעה סימן רמו סעיף ז): "אין מלמדין תורה לתלמיד שאינו הגון, אלא מחזירין אותו למוטב, ומנהיגין אותו בדרך ישרה, ובודקין אותו, ואח"כ מכניסין אותו לבית המדרש ומלמדין אותו". מהרש"ל (ים של שלמה מסכת חולין פרק י בס"ק יג) כתב: "דאיסור גדול הוא ללמוד תורה לתלמיד שאינו הגון".

[210] הרמב"ם (הלכות תלמוד תורה פרק ד הלכה ה) כתב: "אם ניכר לרב שהם מתרשלין בדברי תורה ומתרפין עליהן ולפיכך לא הבינו - חייב לרגוז עליהן ולהכלימן בדברים כדי לחדדם, וכענין זה אמרו חכמים זרוק מרה בתלמידים, לפיכך אין ראוי

ה. **למלמד יש נאמנות** בנתונים שאומר על תלמידיו, ולא צריך להביא עדים או הוכחות. נאמנות זו דומה לאמור בסימן לה סעיף יד.

ו. כאשר יש למלמד **חשד** כנגד תלמיד - לא יעניש אותו, אלא "צריך לדבר בדברי מוסר ודברים המקרבים לתורה ומרחקים מהדבר שחושד".

ז. גם כאשר צריך להעניש יש להעניש **"בישוב הדעת, ולא בכעס ורוגזה"**.

ח. אין להעניש תלמידים על **ביטול תורה** בסדר, "שהקלקול הוא ודאי, והתועלת מזה הוא רק ספק, ולפעמים הוא רק ספק רחוק, ולכן יש לבקש עונשים אחרים ולא בבטול תורה".

ט. האגרות משה (יורה דעה חלק ד סימן ל) הוסיף: אם יש **הפרעה לאחרים** - ניתן להוציא מהכיתה, "אבל לא שילך ויסתובב בחוץ, אלא או שילך הביתה, או שישב בחדר המנהל וכדומה".

י. אסור **לאיים על תלמידים** בענישה כללית (כמבואר במסכת שמחות פרק ב הלכות ד-ו). איסור זה חל גם על תלמידים מעל גיל שלוש עשרה ולא רק על קטנים.

יא. מותר **לקבוע גבולות** לענישה ספציפית שאין בה סכנה וחשש.

יב. מומלץ **לוותר לתלמיד על ענישה בפעם הראשונה**, בתנאי שהתלמיד יבטיח שלא יחזור על מעשהו.

יג. שבט הלוי (חלק י סימן קסב) כתב: "בתחלה מעוררים אותן באהבה, ואם רואים שאינו מועיל - מותר לכעוס... כמובן שכעס הזה באופן שהמוכיח או המחנכת **יש לו פקוח על עצמו,** ולא יאבד יושר הדעת, שלא יכנס בגדר כעס בעלמא".

יד. נסיים בדברי החזון איש (או"ח סימן נו בס"ק ד): "ההכרח להשתמש בעונשים (הוא בכדי) להקים גדרי עולם, שלא יהיה העולם טרף לשיני בריאי הגוף וחלושי השכל, אבל **העונש צריך להעשות מתוך יגון עמוק**".

**נזיפה בתלמידים**

בגמרא במסכת בבא מציעא דף נח עמוד ב מובא: "תנו רבנן: (ויקרא פרק כה פסוק יז) לֹא תוֹנוּ אִישׁ אֶת עֲמִיתוֹ - באונאת דברים הכתוב מדבר. אתה אומר באונאת דברים, או אינו אלא באונאת ממון? כשהוא אומר (שם פסוק יד): וְכִי תִמְכְּרוּ מִמְכָּר לַעֲמִיתֶךָ אוֹ קָנֹה מִיַּד עֲמִיתֶךָ (אַל תּוֹנוּ אִישׁ אֶת **אָחִיו**) - הרי אונאת ממון אמור, הא מה אני מקיים לא תונו איש את **עמיתו** - באונאת דברים".

"הא כיצד? אם היה בעל תשובה - אל יאמר לו: 'זכור מעשיך הראשונים', אם היה בן גרים - אל יאמר לו: 'זכור מעשה אבותיך', אם היה גר ובא ללמוד תורה - אל יאמר לו: 'פה שאכל נבילות וטריפות שקצים ורמשים - בא ללמוד תורה שנאמרה מפי הגבורה'. אם היו יסורין באין עליו, אם היו חלאים באין עליו, או שהיה מקבר את בניו - אל יאמר לו כדרך שאמרו לו חביריו לאיוב (פרק ד פסוקים ו-ז): הֲלֹא

---

לרב לנהוג קלות ראש לפני התלמידים, ולא לשחוק בפניהם, ולא לאכול ולשתות עמהם, כדי שתהא אימתו עליהן וילמדו ממנו במהרה". וכ"פ המחבר ביורה דעה סימן רמו סעיף יא.

יִרְאָתְךָ כִּסְלָתֶךָ תִּקְוָתְךָ וְתֹם דְּרָכֶיךָ, זְכָר נָא מִי הוּא נָקִי אָבָד". (אילו היית באמת ירא שמים - ה' לא היה מביא עליך רעות).

כמובן, כאשר יש צורך חינוכי מובהק, וודאי שצריך להזכיר לתלמידים את מעשיו הראשונים, אך לעשות זאת מתוך זהירות ושמירה על כבודו, כדי שחלילה לא להגיע לידי איסור הונאת דברים.

**מבחן מול כל התלמידים**

אסור לבחון תלמיד בכיתה (מול כל התלמידים), כאשר ברור שהוא לא יודע את התשובה, ובכך תגרם בושה לתלמיד. וכך מובא במסכת בבא בתרא בסוף דף פא עמוד א: ר"ש בן אליקים שאל את רבי אלעזר שאלה, ר"א ענה לו: "דבר שהראשונים לא אמרו בו טעם - תשאלני בבית המדרש כדי לביישני"?

וכך פסק הרמב"ם (הלכות מכירה פרק יד הלכה יד): "נשאלה שאלה על דבר חכמה, לא יאמר למי שאינו יודע אותה חכמה: מה תשיב בדבר זה, או מה דעתך בדבר זה". וכ"פ המחבר בחושן משפט סימן רכח סעיף ד.

המחנך רשאי וצריך לבחון ולשאול כאשר כוונתו לחדד את תלמידיו, כמבואר במסכת ברכות דף לג עמוד ב: "ורבה נמי - לחדודי לאביי הוא דבעי". כך פסק הרמב"ם (הלכות תלמוד תורה פרק ד הלכה ו): "ויש לרב להטעות את התלמידים בשאלותיו ובמעשים שעושה בפניהם כדי לחדדן, וכדי שידע אם זוכרים הם מה שלמדם או אינם זוכרים, ואין צריך לומר שיש לו רשות לשאול אותם בענין אחר שאין עוסקין בו כדי לזרזם". וכ"פ המחבר ביורה דעה סימן רמו סעיף יב.

**החרמת חפצים**

המחבר ביורה דעה סימן רמה סעיף י כתב (ע"פ דברי הגמ' במסכת בבא בתרא דף כא עמוד א): "לא יכה אותו המלמד מכת אויב, מוסר אכזרי, לא בשוטים ולא במקל, אלא ברצועה קטנה".

הרמב"ם (הלכות גניבה פרק א הלכה י) כתב: "ראוי לבית דין להכות את הקטנים על הגנבה כפי כח הקטן, כדי שלא יהיו רגילין בה, וכן אם הזיקו שאר נזקין". וכ"פ המחבר בסימן שמט סעיף ה.

הר"ן (מסכת כתובות דף נ עמוד א) כתב: "ואפשר דמתורת כפייה נמי יורדין לנכסיו, **דעד שאתה כופהו בגופו - כופהו בממונו".** וכן כתב הריטב"א (מסכת כתובות דף פו עמוד א).

הרמב"ם (הלכות דעות פרק ו הלכה י) כתב: "חייב אדם להזהר ביתומים ואלמנות... ויחוס על ממונם יותר מממון עצמו, כל המקניטן או מכעיסן או הכאיב להן או רדה בהן או אבד **ממונן** - הרי זה עובר בלא תעשה, **וכל שכן המכה אותם**". מכאן שהכאה חמורה מאיבוד ממון, ואם התירו הכאה - וודאי שהתירו החרמת ממון ע"פ ההגבלות שיובאו לקמן.

הרמב"ם (הלכות שכירות פרק ז הלכה ז) כתב: אדם שהכניס חפצים לבית חברו ללא רשות, או שהטעה את חברו ובגלל ההטעיה קיבל רשות להכניס חפצים לרשות חברו (ע"פ דברי הגמ' במסכת בבא מציעא דף קא עמוד ב) - יכול בעל הבית לסלק את חפציו, ואף לשכור על חשבונו פועלים "שמוציאין אותן ומשליכין אותם לשוק". הרמב"ם הוסיף: ממידת חסידות ליידע את השוכר או את הנכנס ללא רשות שהוא עומד להוציא את חפציו לרשות הרבים, זאת משום השבת אבידה לבעליה. וכ"פ המחבר בסימן שיט סעיף א. אומנם לדעת **הרא"ש** (סימן כו) יש חיוב להודיע לפני הפינוי ולא רק ממידת חסידות כדברי הרמב"ם[211]. וכ"פ הרמ"א.

מכאן ניתן ללמוד על תלמיד שמכניס חפצים שהישיבה אוסרת, שניתן לאחר יידוע לקחת את החפצים. (אם ניתן להפקירם - ק"ו שניתן לקחתם ולהחזירם במועד מאוחר יותר).

החרמת חפץ מותרת רק מדין חינוך, לכן יש **לקצוב את הזמן שבו החפץ יהיה ביד המחנך**. התלמיד צריך לדעת מתי החפץ יחזור אליו.

**חפץ שהוחרם ואבד**

מחנך שהחרים חפץ והחפץ אבד, האם נחשב לשומר חינם, או בגלל שהוא מקבל משכורת על עבודתו נחשב לשומר שכר וחייב על גניבה ואבידה? (בכדי להיעשות שומר, צריך לבצע קניין, כפי שפסק המחבר בסימן רצא סעיף ה[212]).

הפתחי תשובה בסימן שג ס"ק א כתב בשם **המחנה אפרים** (סימן לא): דין משרת בבית, כדין שומר חינם, למרות שהוא מקבל שכר, שכן שכרו אינו על השמירה אלא על שירות הבית. אבל מדברי **הקצות** בס"ק ו משמע, שאם המשרת נוטל שכר - דינו כשומר שכר.

הקצות כתב בשם **מהרש"ך** (חלק ב סימן פה): דין משרת כדין שומר חינם, וכפי שכתב המחנה אפרים, השכר שנוטל המשרת אינו עבור השמירה, אלא עבור העבודה[213]. על כך כתב **הקצות:** דין המשרת

---

[211] הפתחי תשובה בס"ק א כתב בשם החוות יאיר (סימן קסה): לא ניתן לפנות את החפצים למקום לא משומר בלי להתרות בנוכחות עדים. ואם סילק את החפצים לרשות הרבים ללא התראה - חייב לשלם.

[212] בסימן שז סעיף ב מובאת מחלוקת בין הרמב"ם ובין הרא"ש, מהו השלב בו השומר מתחייב באחריות על הפיקדון. לדעת **הרא"ש** (מס' ב"מ פרק ו סימן טז), מיד כאשר השומר קיבל עליו לשמור, או שאמר 'הנח לפני' - השומר חייב באחריות על החפץ שלא יפשע בשמירתו גם אם לא משך. (מדין ערב או מדין פועל, שמתחייב ברגע שמתחיל את עבודתו). אבל לדעת **הרמב"ם** (הלכות שכירות פרק ב הלכה ח), השומר חייב רק לאחר שימשוך.

המחבר בסימן רצא סעיף ה הביא את שיטת הרא"ש בשם וי"א קמא, ואת שיטת הרמב"ם בשם וי"א בתרא. ובסימן שז סעיף ב, המחבר הביא את שיטת הרמב"ם בסתם ואת שיטת הרא"ש בשם ויש אומרים. וכן פסק הש"ך בס"ק יג כשיטת הרמב"ם.

[213] מהרש"ך דן במקרה בו אדם נתן לחברו סחורה, ואותו חבר קיבל תשלום על כך שהוא טרח בסחורתו, והחבר קיבל הסחורה, העביר את הסחורה למשרתו, ונגנב או אבד, (החבר יכל למסור את הסחורה למשרת, שכן המשרת נכלל בגדר בני

כדין שומר שכר, ולמרות שהשכר הוא על העבודה ולא על השמירה, בכ"ז מכיוון שהמשרת מקבל שכר על עבודתו, וחלק מעבודתו זה לעזור בסחורה, חלים עליו דיני שומר שכר.

המחנך יכול לומר קים לי כדעת המחנה אפרים ומהרש"ך, כך שדינו כמו שומר חינם ופטור על גניבה ואבידה.

מחנך **שהניח את החפץ במקום שאינו שמור**, למרות שלא ניתן לחייבו מדיני **שומרים** - ניתן לחייבו מדיני **אדם המזיק**, במידה ויגרום לנזק לחפץ הנשמר, (בתנאי שהמחנך עשה מעשה בגוף החפץ), כמבואר בדברי הנתיבות בס"ק ז.

הנתיבות בס"ק יד כתב: **אדם שלקח חפץ של חברו ושכח היכן הניחו** - יש לדונו כדין **אדם המזיק** ולא בדיני שומרים. לכן גם אם הייתה שמירה בבעלים - חייב לשלם. או ששמר על דברים שאין עליהם דיני שמירה, (כגון שטרות, צ'יק) - חייב לשלם. וכן גם במקרה בו לא חל עליו דיני שומר, (כגון שלא משך), בכ"ז ניתן לחייבו. שכן החיוב הוא לכל אדם ולא רק לשומרים. (אומנם הב"ח בסימן סו ס"ק לט חולק. ואכמ"ל).

הסמ"ע (שם) כתב בשם תרומת הדשן (סימן שלג): שומר שלא יודע אם החפץ נגנב בפשיעה או שלא בפשיעה - מתוך שאינו יכול להישבע משלם.

בשו"ת שבות יעקב (חלק ב סימן קמח) מובא: רק בשומר אנו אומרים ששכחה נחשבת לפשיעה, אבל בשאר הדינים, יש לומר ששכחה נחשבת לאונס[214].

**פטור שאלה בבעלים במחנך ותלמידים**

התורה (שמות פרק כב פסוק יג) כותבת: "וְכִי יִשְׁאַל אִישׁ מֵעִם רֵעֵהוּ, וְנִשְׁבַּר אוֹ מֵת, בְּעָלָיו אֵין עִמּוֹ - שַׁלֵּם יְשַׁלֵּם". ע"פ גזירת הכתוב שואל פטור כאשר בעליו עמו, דהיינו אם בתחילת ההשאלה המשאיל עבד עבור השואל (בחינם או בתשלום, ואפ' פעולה פשוטה של הבאת כוס מים) - השואל פטור מלשלם אפ' על פשיעה בשמירה על החפץ. (להלכה נפסק כמ"ד שבעליו עמו **פטור גם כאשר השומר פשע בשמירה** על החפץ). אומנם אם בנקודת ההתחלה המשאיל לא עבד עבור השואל - לא נחשב כבעליו

---

ביתו, וכל המפקיד, על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד) - המשרת פטור מגניבה ואבידה, שכן הוא מוגדר כשומר חינם, והחיוב חוזר לחבר שדינו כשומר שכר, שכן הוא קיבל שכר על טרחתו.

[214] "וכן משמעות הש"ס הזהר בזקן **ששכח** תלמודו מחמת **אונסו**, כלומר לא מחמת **עצלותו** שלא למד, וכדעת מהרש"ל, ומה שהביא שם בתשובת שער אפרים סי' הנ"ל ראיה, מהא דאי' בש"ס דב"מ בעובדא דהאי גברא כל לא ידענא היכן הנחתי - פשיעותא היא, וכן הסכמת כל הפוסקים, א"כ ה"ה שכח' דמיקרי פשיעה, אי משום הא לא תברא, דשאני התם שהפקידו אצלו, וראוי ליזהר בפקדונות מאוד, כאשר הזהירו חז"ל להניח אצל אוצרו ותכשיטו **בענין שיהא מופקד שפיר**, ולכתוב בפנקסו, וזה (**השומר**) שלא עשה כן להניחו במקום שפגע לו עד שלא ידע מקומו - לכך הוי **פשיעה גמורה**, **משא"כ בשאר כל הדברים - שכחה הוי אונס או עכ"פ שוגג ולא פשיעה**".

עמו, למרות שבשעה שבה נגרם הנזק המשאיל עבד לשואל - השואל חייב באונסים ואין פטור של בעליו עמו. (הפטור של בעליו עמו שייך בכל השומרים ולא רק בשואל).

דין בעליו עמו מאוד קשה להבנה בשכל, זו גזרת הכתוב שהשואל פטור למרות שבעצם זה לא הגיוני שהמשאיל עשה לשואל טובה (למשל, הביא כוס מים[215]) ובגלל אותה טובה השואל פטור מלשלם אפ' על פשיעה[216].

הגמ' במסכת בבא מציעא דף צז עמוד א כותבת: "אמר רבא: מקרי דרדקי, (מלמד של ילדי העיר) - ...כולהון בעידן עבידתייהו כשאילה בבעלים דמו". (אם מלמד ישאיל חפץ לאחד מתושבי העיר, יש לשואל פטור של בעליו עמו, שכן בשעת תחילת ההשאלה המחנך עבד עבור בני העיר, לכן כל שואל הגר בעיר פטור מלשלם על שמירת החפצים).

הרא"ש (סימן ז) ע"פ מסקנת הגמ' הביא שלוש הלכות (וכ"פ המחבר בסימן שמו סעיף יג):

א. **רב שיכול לקבוע** איזו מסכת התלמידים ילמדו, ואף יכול גם באמצע המסכת לשנות את הלימוד למסכת אחרת - התלמידים משועבדים לרב ואם הרב ישאיל מהם הוא ייפטר מדין בעליו עמו.
ב. **רב שלא יכול להחליף מסכת** משמע שהוא משועבד לתלמידים, לכן אם הם ישאילו ממנו הם ייפטרו מדין בעליו עמו.
ג. אם צריך את **הסכמת שניהם**, דהיינו הרב לא יכול להחליף ללא הסכמת התלמידים וגם התלמידים לא יכולים לשנות ללא הסכמת הרב - אין אף אחד מהם משועבד לשני וכלל אין פטור של שאלה בבעלים.

ע"פ דברי הרא"ש נראה לומר, שאם המחנך שאל חפץ מתלמידים, הוא פטור גם על פשיעה שהרי יש בסמכותה של הישיבה להחליף את המסכת הנלמדת כך שהתלמידים משועבדים לישיבה ויש פטור של בעליו עמו.

---

[215] הגמ' במסכת בבא מציעא בדף צז עמוד א כתבה: "אמר רבא: האי מאן דבעי למישאל מידי מחבריה וליפטר, (שואל שרוצה להיפטר מתשלום), נימא ליה: אשקיין מיא, דהוי שאילה בבעלים. (השואל יבקש מהמשאיל בתחילת ההשאלה שייתן לו כוס מים, כך שיהיה פטור של בעליו עמו), ואי פקח הוא, נימא ליה: שאיל ברישא, והדר אשקייך". (קודם נסיים את ההשאלה, ורק לאחר מכן אתן לך כוס מים).

[216] כך הקשה החוות יאיר (סימן רכג): "והנה בגוף הדין תמהתי כל ימי, אחר שפיקודי ה' ישרים, וכלם נכוחים בטוב טעם, וישרים למוצאי דעת, והאריך בהם הרמב"ם במ"נ חלק ג' בי"ד כללים, וממנו ינקו ולקחו כל הבאים אחריו בטעמי מצות בנגלה, ומי יתן ואדע לקרב הדבר הזה אל השכל, ודמיא למ"ש פלוני (עי' מס' כתובות נ"ג ע"א) אלו הוינא התם אמינא: משיב רעה תחת טובה וגו', וכי משום שהמשאיל במלאכתו של שואל - ילקה באבדון ממונו ביד שואל".

וכבר כתבו התוספות (מסכת בבא מציעא דף צו. ד"ה ונשאל) שאין טעם וסברא לפטור של שאלה בבעלים: "שאילה בבעלים - אין סברא לפטור, והוי כחדוש, ואין לך בו אלא חדושו". החינוך (מצוה ס) הסביר: התורה לא חייבה את השואל כאשר הבעלים נמצאים עמו, שכן השואל סמך על כך שהבעלים ישמרו על החפץ.

לפטור של בעליו עמו יש נ"מ בכל דיני שומרים (ולא רק בשואל), לכן גם אם נאמר כדברי הקצות שיש למחנך דין של שומר שכר בחפץ שהוחרם, בכ"ז יש פטור אפ' על פשיעה בשמירה מדין בעליו עמו.

אומנם למעשה יש להסתפק בגלל דברי הנתיבות בס"ק ד, הנתיבות צמצם את הפטור של בעליו עמו רק למחנך שעובד בחינם, אבל מחנך שעובד בתשלום הוא תמיד משועבד לתלמידים[217], כך שהדין מתהפך, ואם הוא ישאיל חפץ לתלמידים, גם אם הם יפשעו בשמירת החפץ, הם יהיו פטורים מלשלם מדין בעליו עמו.

וכך כתב הנתיבות בספרו מקור חיים (ביאורים סימן תכט ס"ק א): "אבל רב שהוא שכור לתלמיד לעולם - הרב מיקרי שאיל להתלמיד".

**לבקש מתלמיד שילשין**

נחלקו הפוסקים, האם ראוי למלמד לומר לתלמיד שילשין על חברו.

**האגרות משה** (יורה דעה חלק ב סימן קג) כתב: מכוער לבקש מתלמיד שילשין על חברו. "ובדבר אם רשאי המלמד לומר לתלמידים שאם יודעין מי עשה את דבר הגנאי יודיע לו - **הוא דבר מכוער לעשות כן** דזה יגרום שיקילו בלשון הרע".

אומנם "הא שייך זה כשמתעורר מעצמו לספר להרב כדי שיוכיחו, ולא כשהרב יגזור על תלמידיו שיספרו לו אם יודעים דבר מגונה אף כשהתלמידים הם גדולי עולם, ואצלינו לא שייך להחשיב בכלל שהוא לשמה אף בגדולים וכ"ש שלא שייך זה בקטנים".

אבל בספר **תשובות והנהגות** (כרך א סימן תתל"ט) מובא: מותר לבקש זאת מהתלמיד בתנאי שהמלמד הדגיש את חומרת איסור לשון הרע וציין שמותר לדבר לשון הרע לתועלת. (חפץ חיים כלל י הפרט החמישי).

**רעש בלילה**

המשנה במסכת בבא בתרא דף כ עמוד ב כתבה: שכנים יכולים להתנגד שלא יוכל אדם להכניס קונים לביתו, בגלל קול הנכנסים והיוצאים, ("**יכול למחות** בידו ולומר לו: איני יכול לישן **מקול הנכנסין ומקול היוצאין**"), אך אדם יכול לעבוד בתוך ביתו ולמכור בשוק, כך שאין קונים הנכנסים ויוצאים בתוך ביתו, אלא נשאר רק הרעש שיש תוך כדי עבודה. ("**ואינו יכול למחות** בידו ולומר לו: איני יכול לישן לא **מקול הפטיש ולא מקול הריחים**").

[217] הטור כתב: מלמד שלא יכול לשנות את המסכת נחשב כמשועבד לתלמידים גם שלא בשעת הלימוד. הסמ"ע בס"ק כ כתב: "דברב וש"ץ העושים פעולת הלימוד והנגינה דתפילה - **נראה בהן הפעולה יותר**, ומשו"ה מחשבין פועלים ועמהן במלאכתן יותר".

הראשונים התקשו בהסבר המשנה: מה ההבדל בין הרישא ובין הסיפא, מדוע ניתן למחות כנגד קול של אנשים הנכנסים ויוצאים, אך לא ניתן למחות כנגד קול פטיש ורחיים, הרי הם מרעישים יותר?

א. **שיטת הרשב"א** (דף כ: ד"ה חנות) - לא ניתן להתנגד לעבודה מהבית, **לא ניתן להתנגד בגלל רעש**, ורק ניתן להתנגד שלא יכנסו קונים. ניתן להתנגד לפגיעה בפרטיות ולא לרעש, שכן מותר לאדם להשתמש בתוך רשותו, ועל הניזק להרחיק את עצמו. נמצא אפוא, הרישא והסיפא של המשנה עוסקים בסוגי היזק שונים: הסיפא מדברת על הזכות שיש לאדם להשתמש בתוך ביתו, אבל הרישא מדברת על היזק ראייה **ופגיעה בפרטיות**, (לעולם לא ניתן למחות בגלל רעש, ולא משנה אם זה רעש הבא מן הנכנסים והיוצאים או רעש הבא מפטיש, אלא רק ניתן למחות על היזק ראייה). הבית יוסף כתב שדברי התוס' (ד"ה וגרדי) מטין לדעת הרשב"א.

ב. **שיטת הרמב"ם** (הלכות שכנים פרק ו הלכה יב) - הרמב"ם הסביר אחרת את המשנה, לדעתו המשנה לא התייחסה לשני סוגי היזק שונים, אלא היא התייחסה לדיני חזקה בהלכות שכנים: המשנה התירה לעבוד מתוך הבית ולמכור בשוק - רק למי שכבר הוחזק בכך[218], אך מי שלא הוחזק בכך - השכנים יכולים להתנגד שיעבוד, בגלל הרעש. דהיינו המשנה כתבה שאין חזקה להכניס קונים לבית, שבזה תמיד ניתן להתנגד, אך יש חזקה לעבוד מתוך הבית.

המחבר בסעיף ב פסק כדעת הרמב"ם. הנתיבות בס"ק א ביאר: יש לחלק בין רעש משתנה ובין רעש קבוע. ניתן למחות כנגד קול של אנשים הנכנסים ויוצאים, כי **בכל יום יש אנשים אחרים**, כך שאין חזקה על רעש של אנשים שונים שנכנסים ויוצאים, שכן יש לדמות זאת לקוטרא שאין חזקה כנגדו, (תמיד ניתן לומר חשבתי שאוכל לסבול את העשן אך אני רואה שאיני יכול לסבול וכעת אני מוחה). אבל יש חזקה כנגד **רעש אחיד של קול פטיש**.

ג. **שיטת התוס'** (דף כא. ד"ה גרדי) ע"פ ביאור הסמ"ע בס"ק י - המשנה גם ברישא וגם בסיפא מדברת על רעש, אלא יש לחלק בין רעש הנעשה בבית ובין רעש הנעשה בחצר. ברישא מדובר על **רעש הנעשה בחצר השותפים**, לכן ניתן למחות, כי גם לשותף השני יש בעלות על החצר, אבל בסיפא מדובר על **רעש הנעשה בביתו או בחנותו**, ולא ניתן למחות על רעש הנעשה ברשותו.

ד. מהרלב"ח (סימן צז) הסביר: המשנה דיברה על מציאות בה לא ברי היזקא. החילוק הוא האם ניתן לתקן ולמנוע את ההיזק. לגבי **המכירה** יש אפשרות למכור בשוק, לכן המשנה ברישא אסרה למכור בביתו, אך לגבי **הכנת העבודה**, (הייצור), יכול האומן לעבוד בביתו והשכנים לא יכולים למחות כנגדו, שכן אין אפשרות לתקן באופן אחר.

הדרכי משה בס"ק ב כתב בשם ריב"ש (סימן קצו): אדם חולה - יכול להתנגד לרעש, (לשיטת הרשב"א), והמשנה דיברה רק על אדם בריא, שאינו יכול להתנגד לרעש.

---

[218] צריך לציין, לדעת הרמב"ם חזקת תשמישים לא צריכה שלוש שנים, שאם השכנים לא מחו בידו, הרי שהוא קיבל חזקה להשתמש בביתו עם אותם כלי עבודה.

לסיכום פרק זה, לדעת **המחבר**, אם אדם הוחזק לעשות רעש - שוב אין השכנים יכולים להתנגד. לדעת **הרמ"א**, גם לכתחילה ניתן להרעיש ואין השכנים יכולים למחות, אא"כ מדובר בשכן חולה[219]. אומנם צריך להדגיש, גם למחבר מדובר רק על רעש שלא מגיע משימוש יומיומי בבית, כגון הכאת פטיש וכד', אבל וודאי שלא ניתן להתלונן על רעש נורמאלי שיש לאדם בתוך ביתו, כגון רעש מילדים, או רעש ממכשירי אפייה, או רעש של מזגן ממוצע.

וכך כתב החזון איש (ב"ב סימן יג אות יא): "אם עושה דברים שרוב בני אדם עושים, ולפעמים תשמישם ודיבורם משמיע קול שמפריע את החולה - אינו יכול למחות אף אם החולה קדם, ורשאי אדם לבנות בית אצל חבירו ולהכניס את העוללים והיונקים שצועקים בלילה, ואין החולה יכול לעכב עליו, דהרי אינו חייב לצאת מדירתו".

אבל אם נגרם לשכנים צער וכאב נפשי כתוצאה הרעש ומההפרעה בשינה, יש בכך משום איסור לא תונו. במשנה ובגמ' במסכת בבא מציעא דף נח עמוד ב מובא: אדם **שגורם צער וכאב נפשי לחברו** - עובר על הונאת דברים. הונאת דברים חמורה מהונאה ממונית בגלל שלושה דברים: א)- באונאת דברים מוזכר ויראת מאלקיך. ב)- אונאת דברים גורמת צער בגוף האדם ולא רק בממונו. ג)- אונאת דברים לא ניתנת לתיקון. (ניתן לפצות על הונאה ממונית, אך קשה לפצות על כאב נפשי).

**למחות כנגד ישיבה**

שכנים לא יכולים למחות כנגד ישיבה או תלמוד תורה. וכך מבואר בדברי המחבר (יורה דעה בסימן רמה סעיף כב, ע"פ דברי הרמב"ם הלכות ת"ת פרק ב הלכה ז): "אחד מבני החצר או מבני מבוי שביקש ליעשות מלמד תינוקות - אין שכניו יכולים למחות בידו. וכן מלמד תינוקות שבא חברו ופתח בית ללמד תינוקות בצדו, כדי שיביאו לו תינוקות אחרים או כדי שיבואו התינוקות שאצל זה לזה - אין יכולים למחות בידו, שנאמר: ה' חפץ למען צדקו יגדיל תורה ויאדיר (ישעיהו מב כא)".

החזון איש (אמונה וביטחון פרק ג ס"ק א) הסביר: "ההלכה הכריעה דקנאת סופרים תרבה חוכמה, **ויסוד הזה נעלה מחיותא דאנשים פרטיים**".

הפתחי תשובה בס"ק ב בשם הלבוש סייג: ההיתר לפתוח תלמוד תורה הוא רק אם נגרם רעש סביר בבניין משותף, אבל אם נגרם רעש "שאין דעת רוב העולם סובלתו" - יכול כל שותף למנוע הקמת תלמוד תורה. (הלבוש התייחס למקומות בהם גרים ביחד בחורף, שאז יש רעש בלתי נסבל לשותפים,

---

[219] הפתחי תשובה בס"ק א כתב בשם החתם סופר (חו"מ סימן צב): לא רק שאסור להפריע לשינה בלילה, אלא גם אסור לעשות רעש שיפריע לשינה ביום. שכן יש תינוקות שישנים ביום, או אנשים שעבדו בלילה או מוקדם בבוקר וישנים ביום. (בניגוד לדעת מחותנו הגאון רבי בונם אב"ד מטרסדורף שסבר שרק בלילה ניתן למחות כנגד רעש).

וכן פסק הכסף הקדשים (על סעיף ב): ניתן למחות כנגד קול הנכנסים גם בחנות שעובדת רק בשעות היום, "כי כמה אנשים ישנים שינת צהרים גם בחול בקבע".

ואם לא התנו מלכתחילה - ניתן למנוע. מכאן ניתן ללמוד בכל בנין משותף, שכל דייר לא השתתף על דעת הכי שיהיה רעש בלתי נסבל).

הישיבה מחמירה על עצמה ומקפידה שלא יהיה רעש בשעות הערב. - צריך להרחיב על כללי הישיבה בנושא רעש.

**אחריות הישיבה על חפצים שנגנבו לתלמידים**

הרשב"א (חלק ה סימן קסו) כתב: אין למלמד דין שומר כלל בספרים שנמצאים בכיתתו, שהרי לא קיבל על עצמו להיות שומר, וגם לא עשה קניין. הרשב"א הביא לכך מספר טעמים. כך שכלל אין כל אחריות לישיבה על חפצים שנגנבו מתלמידים.

מעבר לכך, ע"פ הנחיות ראש הישיבה על כל חדר לנעול את החדר. אי נעילת הדלת נחשבת כרשלנות, וההשלכות על כך הן על חברי החדר שלא נעלו.

להנחיה זו יש מקור הלכתי מדברי תרומת הדשן (סימן שלג, מובא בדרכי משה סימן רצא ס"ק יג): שומר שמניח את הפיקדון בחדר פתוח שכל אחד יכול להיכנס לחדר (כגון חדר בפנימייה), למרות שמי שנכנס לחדר אינו בחזקת גנב - נחשב לפשיעה וחייב אם הפיקדון נגנב. וכ"פ הרמ"א בסעיף כא.

**דיני מחנך**

על אישיותו של רב ומחנך נאמר בגמ' במסכת חגיגה דף טו עמוד ב: "והאמר רבה בר בר חנה אמר רבי יוחנן: מאי דכתיב כי שפתי כהן ישמרו דעת ותורה יבקשו מפיהו כי מלאך ה' צבאות הוא, אם דומה הרב למלאך ה' צבאות - יבקשו תורה מפיהו. ואם לאו - אל יבקשו תורה מפיהו".

המחנך צריך להתייחס לתלמידיו כאילו הם ילדיו, וכדברי הגמ' במסכת סנהדרין דף יט עמוד ב: "אמר רבי שמואל בר נחמני אמר רבי יונתן: **כל המלמד בן חבירו תורה - מעלה עליו הכתוב כאילו ילדו,** שנאמר ואלה תולדת אהרן ומשה, וכתיב ואלה שמות בני אהרן, לומר לך: אהרן ילד ומשה לימד, לפיכך נקראו על שמו".

על המחנך לחשוב על תלמידיו גם מעבר לשעות העבודה, וכך נלמד מדברי הגמ' במסכת בבא בתרא דף ח עמוד ב: "ומצדיקי הרבים ככוכבים לעולם ועד - אלו מלמדי תינוקות". הגמ' הביאה דוגמא לרב שמואל בר שילת, שחשב על תלמידיו גם כאשר עבד בגינתו.

הרמב"ם (הלכות שכירות פרק יג הלכה ז) כתב: "כדרך שמוזהר בעה"ב שלא יגזול שכר עני ולא יעכבנו - כך העני מוזהר שלא יגזול מלאכת בעה"ב ויבטל מעט בכאן ומעט בכאן, ומוציא כל היום במרמה, אלא חייב לדקדק על עצמו בזמן, שהרי הקפידו על ברכה רביעית של ברכת המזון שלא יברך אותה, **וכן**

**חייב לעבוד בכל כחו**, שהרי יעקב הצדיק אמר כי בכל כחי עבדתי את אביכן, לפיכך נטל שכר זאת אף בעולם הזה, שנאמר ויפרץ האיש מאד מאד". וכ"פ המחבר בסימן שלז סעיף כ[220].

הדרכי משה (סימן שלג סק"ג**) כתב בשם המרדכי (שם): **אסור למלמד לעבוד בעוד עבודה** מעבר ללימודו. בירושלמי (מס' דמאי פרק ז הלכה ג) מובא, **שאסור למלמד להיות ניעור הרבה בלילה**, וכן **אסור למלמד לסגף את עצמו** במאכל ומשתה. וכ"פ הרמ"א בסעיף ה.

**פיטורי מלמד**

הסמ"ע בס"ק טז כתב בשם **הרא"ש** (כלל קד סימן ד): "ששאלת: מי ששכר מלמד לבנו ללמדו שנה אחת, ובתוך השנה מצא טוב ממנו, אם יש להוציא מן הראשון לתת לו? דע, כי כיון ששכרו לזמן קצוב והתחיל במלאכתו - **אינו יכול להוציאו מתחת ידו תוך זמנו**, אם אינו פושע במלאכתו".

מדברי הרא"ש מבואר, מעסיק לא יכול לפטר מלמד בתוך זמנו. בספר שורת הדין (חלק א עמ' רפז) מובא: היום מנהג המדינה הוא שניתן לפטר מורים, רק עד שלושים ואחת במאי. כך שלאחר זמן זה, המורה נחשב כמועסק לשנה הבאה, ולא ניתן לפטרו, שזהו תוך זמנו. (אא"כ פשע במלאכתו).

בפסקי דין רבניים (חלק ח פס"ד בעמוד 129) מבואר, כי במידה ופיטרו מלמד בתוך זמנו - צריך לשלם לו את כל שכרו, דהיינו כל שכר העבודה עד סיום השנה.

וכן כתב החזון איש (ב"ק סימן כג אות ב): "אם איכא מנהג - הולכין אחר המנהג, דסתמא הוי הפסיקה כמנהג המדינה. וכן אם יש דינא דמלכותא, י"ל דסתמא סמכו כפי דינא דמלכותא".

"...עוד נראה, דאם לפי הנהוג במקום, יש צורך למצוא מקום לעבודה - סתמא שכרו לאותן הימים המצטרכים להשתדלות. ומיום שהודיעו שהוא חוזר - צריך לקבוע ימים לחיפוש עבודה לפי ראות עיני הדיין".

וכן פסק הרדב"ז (סימן רפה): לא ניתן לפטר מלמד, גם כאשר מצא מלמד טוב ממנו.

המחבר (יורה דעה סימן רמה סעיף יח) כתב: "אם יש כאן מלמד שמלמד לתינוקות, ובא אחר טוב ממנו - מסלקין הראשון מפני השני". (ע"פ דברי רב דימי במס' ב"ב בדף כא עמוד א. וכ"פ הרא"ש פ"ב סימן ט).

בספר שורת הדין (שם) מובא: המחבר ביורה דעה, לא נכנס לפרטי דיני פועל, אלא דיבר על דיני מלמדים, שניתן לפטר מלמד ואין לחשוש לחשש של רבא (במס' ב"ב בדף כא.) שאסר לפטר, כדי שלא תזוח דעתו של המלמד החדש, שיחשוב שהוא המורה הטוב יותר, אלא ניתן לפטר מלמד, משום שקנאת סופרים תרבה חוכמה. (כדברי רב דימי). אומנם ביורה דעה כלל לא נכנסו לדיני פועלים

[220] הרמב"ם (הלכות שכירות פרק יב הלכה ב) עוד כתב: "אמרו חכמים, שיהיו הפועלין **אוכלין בהליכתן** מאומן לאומן, ובחזירתן מן הגת, **כדי שלא יבטלו ממלאכתן וישבו לאכול אלא אוכלין בתוך המלאכה כשהן מהלכין ואינן מבטלין**". וכ"פ המחבר בסימן שלז סעיף יא: "אין רשאי לאכול אלא בשעת עשיית מלאכה".

המובאים בחושן משפט. כך שניתן לפטר מלמד רק כפוף להלכות פועלים. דהיינו רק בסיום זמן השכירות ולא בתוך זמנו[221].

האגרות משה (חושן משפט חלק א סימן עז) כתב: לא ניתן פטר מלמד ללא טענה. במידה והמלמד עבד מספר שנים במוסד - יש לו ראיה שהוא מלמד טוב, כך שעל המעסיק להביא ראיה ברורה מדוע כעת אין הוא ראוי להיות מלמד. האגרות משה חידש: אפ' אם המעסיק התנה עם המלמד שיוכל לפטרו - התנאי אינו תקף, כל עוד שהמלמד עושה את עבודתו נאמנה. (בניגוד לדיני פועלים שכל תנאי שבממון תקף).

החקרי לב (חלק א סימן מז) כתב: לא ניתן לפטר מלמד בגלל שיצא עליו לעז. שכן יש מחלוקת הפוסקים האם ניתן לפטרו, ובכל מקום שיש מחלוקת - המלמד נחשב למוחזק, והמעסיק אינו יכול לטעון קים לי כשיטה שניתן לפטרו.

החקרי לב הוסיף: "ובכל אלו העניינים, צריך דרישה וחקירה ומיתון רב ליראי ה' וחושבי שמו, לחוש הרבה מאוד שלא למהר ולעשות מעשה להוריד אדם מאומנותו. כי יש חשש עוון שפיכות דמים ממנו, מחמת צערו ובזיונו. וגם עוון שפיכות דמים ממש, ממנו ומאנשי ביתו מקיפוח פרנסתו. ולכן כל דיין ושופט בבא אליו דינים כאלו וכיוצא באלו, יש לו לעמוד בו, ולבקש כל טצדקי להבין הדברים על אמיתותן, לדון דין אמת לאמיתו, אולי יש שנאה וקנאה ונטירה ואויבים".

מעבר לכך, יש לדון בפיטורי ר"מ, האם יש לדונו כעובד של שררה, שלא ניתן לפטרו. כך מובא בפסקי דין רבניים (חלק ח עמוד 129): "הדעת נוטה ומסתבר כי ר"מ מגיד שיעור - דינו כמחזיק בשררה, ושמו מעיד עליו כי בשם ר"מ יכונה. ואף שבראש המוסד עומד ראש ישיבה ומנהל, שעל פיו מתנהלים כל העניינים, וכאילו עומד על גביו של הר"מ, אך כבודו של ראש הישיבה במקומו, ועם כל זאת אינו מוריד את שררותו של הר"מ, שגם לו שררה במידה מסוימת על מספר התלמידים בכתה שלו, שמחויבים בכבודו כדין תלמיד לרב, וזאת היא בבחינת אין מלכות נוגעת בחברתה, לראש הישיבה השררה והסמכות במידה רחבה ולר"מ שררה במידה מצומצמת"[222].

**מורה שלא שומע להנהלה בנושאים חינוכיים** - בשו"ת מנחת יצחק (חלק ד סימן עה) מובא: ניתן לפטר מורה שלא שומע להנהלה בנושאים חינוכיים. "אמנם בכל זה, מה שכתב כבוד תורתו ביפוי כח

---

[221] ערוך השולחן (יורה סימן רמה סעיף יט) הקשה: כיצד המחבר פסק ביורה דעה, שניתן לפטר מלמד בתוך זמנו, ומדוע נגרע דין מלמד מדין פועל, שלא ניתן לפטרו בתוך זמן השכירות? לאור זאת חידש **ערוך השולחן**: למלמד יש דין של פועל, כך שיכול בעה"ב לחזור בו כאשר התלמידים מרוויחים מכך. נמצא שיש מחלוקת בין הרא"ש שאסר לפטר מלמד, גם כאשר נמצא מלמד טוב ממנו, ובין ערוך השולחן שהתיר לפטר מלמד, כאשר נמצא מלמד טוב ממנו.

[222] וכך כתב האגרות משה (חושן משפט חלק ב סימן לד): "הנה ברור ופשוט שמי שנתקבל לרב באיזה בהמ"ד, וכן ללמד בביהמ"ד איזה שיעורים, בין במקרא בין במשניות בין בגמרא בין בהלכה - **אי אפשר לסלקו לעולם כשליכא עליו טענה ברורה שיסכימו ב"ד של רבנים מומחים**, בין מדין שררה בין מדין פועל... ואף כשנתנו לו כתב מינוי וכתוב שם שהוא רק על משך איזה זמן - אינו כלום. וכמדומני שבזמן שאני נמצא באמעריקא זה יותר מארבעים שנה - לא אירע אף במדינה זו שהמנהלים (הדירעקטארס) יסלקו בעצמם רב ומורה".

המלמד, שאין כאן טענות שהוא פושע בלימודיו, רק **שיש למנהל שיטה חינוכית אחרת**, מן המורה, ואינו נוח באופן שיטת הלימוד של המורה - לדעתי תקנתו זה קלקלתו, דלא הוי בזה יפוי כח להמורה, אלא אדרבה **גרע כחו בזה**, דזה הוי כמו דאיתא ברשב"א הנ"ל שם, בטענה שיעשה מלאכתו כראוי, דאם האמת כן - הדין עם הבעה"ב, כן הכא בודאי, **כל מורה נכנס למשמרתו, אדעתא דהכי, לציית להמנהל**, **בעניני חינוך**, ואף אם לא התנה בפירוש סתמא כפירושו (אם לא שיש להמנהל שיטה שלא כהלכה) בכה"ג, ועי' ש"ע ונו"כ (או"ח סי' נ"ג), דאל"כ בטל כח השלטון, ויוכל לבוא לידי הפקרות בכל המוסד, ואם שיטה חנוכית של המנהל, לא הוי שיטה דחויה, ושלא כהלכה, בודאי מחויב המורה לשנות שיטתו - שזה בידו - לשיטת המנהל, אבל בודאי אין לעשות דינא לנפשיה".

**התפטרות של מלמד**

הדרכי משה (סימן שלג סק"ג**) הביא מחלוקת ראשונים, האם התפטרות מלמד, חשובה כדבר האבד או לא. **המרדכי** (סימן שמג) כתב בשם ספר צפנת פענח: מלמד החוזר בו - נקרא דבר האבד, שכן **הילדים מתבטלים** כהבנת התוס' (מסכת ב"מ דף קט: ד"ה וספר) . וכ"פ הרמ"א בסעיף ה.

אך לדעת **רבנו יואל**, מלמד יכול לחזור בו, שכן דבר האבד אצל מלמד, זהו רק במלמד **שמסביר בצורה מוטעית**, וכפירושו של רש"י[223] (מסכת ב"מ דף קט. ד"ה מקרי).

הש"ך בס"ק כו כתב: הטעם מדוע מלמד לא יכול לחזור בו, בכל רגע שהילדים מתבטלים ולא לומדים תורה, נחשב כדבר האבוד. לאור זאת כתב הש"ך: אם ניתן למצוא מלמד מחליף - הרי שהראשון יכול לחזור בו. וכן גם יכול המלמד להתפטר בתקופת החופשה שהילדים ממילא בטלים. אומנם כתב הדרכי משה (מובא בהגהות אשרי סוף סימן ו): אם המושל גזר לא ללמוד - בעה"ב הפסיד.

[223] הגמ' במסכת בבא מציעא דף קט עמוד א דנה מתי ניתן לפטר ללא התראה. אחד המקרים הוא "מקרי דרדקי". יש שלושה ביאורים מה נחשב למקרי דרדקי שניתן לפטרו: א)- **שיטת רש"י**: מלמד **שמסביר בצורה מוטעית. ב)- שיטת התוס'**: מלמד שגורם לבטלת זמן לתלמידים. ג)- **שיטת הנימוקי יוסף** (דף סו. ד"ה פסידא): מלמד **שמעניש יותר מדי**.

# כופים על מידת סדום

**כופים על מידת סדום כאשר אין הפסד**

ממקורות רבים בדברי חז"ל אנו למדים, כי אל לו לאדם למנוע טובה מחברו, כאשר לא נגרם לו כל הפסד או חיסרון כתוצאה מאותה טובה.

וכך מובא במשנה במסכת אבות (פרק ה משנה י): "האומר שלי שלי ושלך שלך - זו מדה בינונית, ויש אומרים זו מדת סדום".

במסכת בבא קמא דף פא עמוד ב מובא: "הרי שכלו פירותיו מן השדה, ואינו מניח בני אדם ליכנס בתוך שדהו, מה הבריות אומרות עליו? מה הנאה יש לפלוני, ומה הבריות מזיקות לו! עליו הכתוב אומר: מהיות טוב אל תקרי רע[224]". המאירי (שם) כתב: "למדת, **שכל שאין הזק לאדם בו, ויש הנאה לאחרים - ראוי לו שלא למנוע**". ובגמ' במסכת יבמות דף יא עמוד ב מובא: "כאן שנה רבי: לא ישפוך אדם מי בורו ואחרים צריכים להם".

רש"י (מסכת ב"ב דף יב: ד"ה על) כתב: "(כופים) על מדת סדום - (כגון במקרה בו) זה נהנה וזה לא חסר". דהיינו, רש"י השווה את מקרה זה נהנה וזה לא חסר לכופים על מידת סדום, שדין אחד להם.

הגמ' במסכת בבא קמא דף כ עמוד א הביאה מחלוקת האמוראים בדין זה נהנה וזה לא חסר[225]. לדעת **רמי בר חמא** - חייב לשלם. וכן נראה שהסכים עמו רב חסדא. וכך הבין רבי אבהו בדעת רבי יוחנן. אבל לדעת **רב** - לא חייב לשלם. וכך הבין רב כהנא בדעת רבי יוחנן. שיטת שלישית - **רבי חייא בר אבא** הסתפק בדין זה.

**הרי"ף** (דף ח:), הרמב"ם (הלכות גזלה ואבדה פרק ג הלכה ט) והמחבר בסעיף ו פסקו: זה נהנה וזה לא חסר - פטור מלשלם. אומנם **רבנו יונה** (מס' ב"ב דף ה:) פסק: זה נהנה וזה אינו חסר - חייב לשלם, שכן הגמ' נתנה טעם מדוע פטור רק בגלל שמונע היזק מהשדים, משמע שבלא סיבה זו - הנהנה חייב לשלם.

רבינו יונה (מסכת ב"ב דף יב:) כתב: כופים על מידת סדום מדין **ועשית הישר והטוב** (דברים פרק ו פסוק יח). כסף הקדשים (סימן רלז סעיף א) כתב: בדין זה נהנה וזה לא חסר אנו כופים על מידת סדום, בגלל שיש בכך מצווה של **ואהבת לרעך כמוך**. (אומנם אם יש חיסרון למהנה - לא כופים בגלל שחייו קודמים לחיי חברו).

---

[224] המהרש"א (חידושי אגדות מסכת בבא קמא דף פא:) כתב: הדין במסכת בבא קמא שזה נהנה וזה לא חסר פטור מלשלם - מקורו מדברי הגמ' הללו. הנצי"ב בספרו משיב דבר (חלק ב סימן צב) הביא גמ' זו כמקור לכך שכופים על מידת סדום.

[225] כגון הגר בחצר חברו נהנה, שכן אין לו דירה משלו, נמצא שהוא נהנה מבחינה ממונית, מכך שגר בחצר חברו. כמו כן החצר לא מיועדת להשכרה, כך שבעל החצר לא הפסיד שכר.

בשו"ת הרשב"ש (סימן סז) מובא: "לפי שאנחנו קהל עדת ישראל, אנו גומלי חסדים, ואין אנחנו כמדת סדום קפדנים, וכל דבר שזה נהנה וזה אינו חסר, כל מי שמקפיד בו - הוא ממדת סדום, וראוי עלינו שלא להקפיד בזה".

התוס' במסכת בבא בתרא דף יב עמוד א (ד"ה כגון) כתבו: דין כפייה על מידת סדום היא מהתורה. גם לדעת ריצב"א בתוס' משמע, שכאשר אין הפסד - הכפייה היא מהתורה.

הרמב"ם (הלכות שכנים פרק ז הלכה ח) כתב: "לפיכך אם לא היה שם טורח כלל, ואין צריך לפנות - אינו יכול לעכב עליו... שזו מדת סדום, **וכן כל דבר שזה נהנה בו, ואין חבירו מפסיד ואין חסר כלום - כופין עליו**". עוד כתב הרמב"ם (הלכות שכנים פרק יב הלכה ג): "כללו של דבר, **כל דבר שהוא טוב לזה ואין על חבירו הפסד כלל** - כופין אותו לעשות".

בספר יד מלאכי (כללי הדינים כלל שלב) מובא: "**כופין על מדת סדום, אפילו במקום דאיכא טורח וגם אפשר שיבוא לידי הפסד**". (מהרי"ק שורש קיב).

הגר"י אייבשיץ (בני אהובה הלכות אישות פרק ט הלכה טז) כתב: "דמחויב מעצמו מטעם אל תמנע טוב מבעליו, וכגון זו שזה נהנה וזה לא חסר - כופין על מדת סדום". דהיינו כאשר כופים על מידת סדום - יש חובה על האדם לעשות את הטובה לחבירו.

**לא כופים על מידת סדום כאשר יש הפסד**

הפני יהושע (מסכת ב"ק דף כ. על דברי התוס') כתב (בדעת התוס') בדין זה נהנה וזה לא חסר: לא ניתן לחייב על מה שהחסיר, שכן הוי גרמא בעלמא, אומנם ניתן לחייב כאשר יש הנאה, שהנהנה ממון חברו - חייב לשלם. לכן במקרה בו **זה נהנה וזה חסר** - חייב לשלם שהרי נהנה. ואם נשאל מדוע הגמ' הסתפקה **בזה נהנה וזה לא חסר**, הרי אמרנו שמחייבים כאשר יש הנאה? באמת מעיקר הדין היה מקום לחייבו בגלל ההנאה, אבל הגמ' הסתפקה וגם נפסק להלכה שהוא פטור מלשלם (זה נהנה וזה פטור) בגלל שכופים על מידת סדום, דהיינו מכיוון שבעל החצר לא מפסיד אין לו חיסרון בשימוש, לכן אנו אומרים למרות שהיה ניתן לחייב את המשתמש מממון - לא נחייב משום שבעל החצר אינו מפסיד, וכופים על מידת סדום. אומנם כאשר **זה נהנה וזה חסר** - וודאי שלא שייך לומר שבעל החצר מתנהג כמנהג אנשי סדום, שהרי נגרם לו נזק, לכך ניתן לחייב את מי שגר בחצר.

הגר"ש שקאפ (מס' ב"ק סימן יט ס"ק ג) הביא הסבר אחר לדברי התוס': יש להבחין בין נהנה וחסר ובין נהנה ולא חסר. כאשר נהנה ולא חסר - אנו אומרים שאין כל היזק לבעל החפץ, למרות שחברו נהנה. אבל הנהנה ומחסיר - יש הזק מידי לבעל החפץ. נמצא אפוא, שבזה נהנה וזה חסר - יש **היזק ממוני** לכן הוא חייב לשלם, אבל זה נהנה וזה לא חסר - אין הזק ממוני לבעל החפץ לכן הוא פטור מלשלם.

מדברי התוספות במסכת כתובות (דף ל: ד"ה הואיל) ניתן להוכיח שבכל הפסד גם קטן ביותר אנו אומרים שדינו כזה נהנה וזה חסר ולא כופים על מידת סדום. וכך כתב הרשב"א (חלק ג סימן צא): "אם ראובן חושש שמא יגיענו שום הפסד בדבר זה - אין כאן משום מדת סדום".

וכך כתב הנתיבות בסימן שסג ס"ק ט: "וטעם, דהוי זה נהנה וזה חסר מעט דחייב לשלם כל מה שנהנה". וכן כתב הקצות בסימן קנד ס"ק א: "אף על גב דאינו היזק ממש, כל שחסר קצת ומיעוטא דמיעוטא נמי - תו לא הוי ממדת סדום".

מהרש"ם (חלק ג סימן קעא) כתב: "אם יש איזו סברא שיחסר זה **אפי' על צד איזה ספק בעלמא** - אין כופין על מדת סדום".

כאמור, כאשר יש חיסרון (גם קטן), אנו לא אומרים שיש לכוף על מידת סדום, לפיכך יש לבחון האם יש הפסד לבעל הרכב שמסיע שתי בנות. אם יש רכב בגלל עודף משקל שמחסיר מהדלק - יכול בעל הרכב לדרוש תשלום הפסד זה מאבי שתי הבנות.

וכך ניתן להוכיח מדברי הרא"ש (מס' ב"ק פרק י סימן טז) כמבואר בהערה[226]. כן גם ניתן להוכיח זאת מדברי הנתיבות בסימן קנד ס"ק ו: "ואם אחד חסר מעט ואחד הרבה, נראה **דאם זה משלים לו החסרון המועט - דכופין אותו על מידת סדום**".

**כפייה על מידת סדום בחלוקת ירושה** (סימן קעד סעיף א)

מדברי הגמ' במסכת בבא בתרא דף יב עמוד ב מבוארים שלושה מקרים:

א. אב שהוריש שדה לבניו, ואחד מהבנים היה מצרן לשדה אביו, (דהיינו הבן רכש שדה ליד שדה אביו) - לדעת רבה, אם כל חלקי השדה שווים - הבן המצרן יזכה בשדה, כי כופים על מידת סדום, אבל לדעת רב יוסף, לא כופים על מידת סדום, כי האחים יכולים לטעון שיש להם הפסד, כי שם יש יותר גשם. הגמ' פסקה כדעת רב יוסף.

ב. לאב שנפטר היו שתי שדות, כאשר לכל שדה יש תעלת השקיה, כך ששתי השדות שוות - לדעת רבה, הבן המצרן יזכה בשדה, אבל לדעת רב יוסף, לא כופים על מידת סדום, כי האחים יכולים לטעון שיש להם הפסד, כי יתכן והתעלה תתייבש. הגמ' פסקה כדעת רב יוסף.

---

[226] הגמ' במסכת בבא קמא דף פא עמוד ב כתבה: רבי ישמעאל הביא עוד תקנה שתוקנה ע"י יהושע בכניסה לארץ ישראל: אדם שיש לו כוורת דבורים, והדבורה עם הדבורים עברה מהכוורת לענף עץ בשדה חבירו - רשאי בעל הכוורת לחתוך את הענף ולהחזיר את הדבורים לכוורת, ולפייס את בעל העץ בשווי ענף, כי שווי ענף הוא נמוך, אך שווי נחיל דבורים הוא גבוה. לדעת **הרא"ש** (מס' ב"ק פרק י סימן טז), יש לפסוק להלכה דעת רבי ישמעאל, שכן זה נהנה וזה לא חסר, שהרי הוא משלם על הענף, לכך כופים על מידת סדום. אבל **הרי"ף** (מס' ב"ק דף מא:) פסק כדעת כחכמים. הרמ"א הביא את שיטת הרא"ש בשם י"א ואת שיטת הרי"ף בשם יש חולקים.

ג. אב שהוריש לשני בניו שתי שדות ליד תעלת מים אחת - גם לדעת רב יוסף כופים על מידת סדום, והבן המצרן יזכה בחלק הצמוד לשדהו.

נחלקו הראשונים בהסבר הגמ' ובפסיקת ההלכה:

א. **שיטת רש"י** (ד"ה אמרו) - הגמ' במקרה הראשון דיברה על **שדה בעל**, כך שיתכן וחלק השדה של האב הצמוד לשדה שהבן רכש הוא חלק טוב יותר, כי שם יש יותר גשם מאשר בחלקים אחרים של השדה, לפיכך יש חיסרון לשאר האחים בוויתור על אותו חלק, לכך לא כופים על מידת סדום, (כדעת רב יוסף), והאחים יחלקו ביניהם את השדה ע"פ הגרלה. אומנם בשדה **בית השלחין**, דהיינו שדה שיש לה מערכת השקיה אחידה, (כגון שתי שדות עם תעלת מים אחת כמבואר במקרה השלישי), כך שכל חלקי השדה שווים - **האח המצרן שרכש שדה זוכה** בחלק הקרוב לשדה שרכש.

אך אם זו שדה בית שלחין עם שתי מערכות השקיה (שתי תעלות כמבואר במקרה השני) - כאן לא כופים, כי יש **חשש להפסד עתידי** אם תעלת מים אחת תתייבש, גם בחשש להפסד עתידי לא כופים על מידת סדום, לכן במקרה זה יערכו הגרלה.

ב. **שיטת רבנו תם** (תוס' ד"ה מעלינן) **והרא"ש** (סימנים מו-מז) - הגמ' במקרה הראשון דיברה על **כל סוגי שדה.** תמיד האחים יכולים לדרוש **הגרלה**, (לדעת רש"י, רק בשדה בעל או בשדה שלחין עם שתי תעלות מים - ניתן לדרוש הגרלה, אך בשאר השדות - **האח המצרן זוכה**), למרות שאין חשש להפסד עתידי ולמרות שכל השדות שווים - לא כופים על מידת סדום, **כי במציאות בה יש לאדם זכות - הוא לא חייב לוותר על זכותו, ולא כופים על מידת סדום שיוותר על זכותו** (כדעת רב יוסף). כאן לכל האחים יש זכות באותו חלק שדה (שקרוב לשדה שהבן רכש), יתכן שכל אח יזכה בהגרלה באותו חלק, ויוכל למכור בסכום כסף גדול לבן המצרן שרכש שדה בצמידות לשדה זו, כל אח יוכל לומר שיש לו זכות לזכות בשדה זו ולמוכרה בסכום גבוה לבן המצרן, כי בשבילו שווה לשלם יותר בכדי לזכות בחלק הסמוך לשדהו[227]. (בני מריון היו עשירים ומכרו את שדותיהם במחיר גבוה).

התוס' עוד כתבו: במקרה השני והשלישי, לא מדובר באח מצרן, (אילו היה מדובר באח מצרן - תמיד האחים צודקים ועושים הגרלה והאח המצרן לא זוכה), אלא מדובר במקרה אחר לגמרי (לא קשור למקרה הראשון): במקרה השני מדובר על אב שהוריש שתי שדות עם שתי תעלות, ויש וויכוח בין האחים כיצד לחלוק את השדות, האם לחלק כל שדה לשתיים, כך שכל אח יקבל חצי מהשדה הראשונה וחצי מהשדה השנייה, (כך פסק רב יוסף כי יש חשש שתעלת מים אחת תתייבש), או שכל אח יקבל שדה אחת, (כך פסק רבה, כי שתי השדות שוות). וכך גם מבואר המקרה השלישי בוויכוח בין שני האחים, כיצד לחלוק שתי שדות עם תעלה אחת, כאן גם רב יוסף פסק שיש

227 אילו השדה הייתה שייכת לאדם אחר - וודאי שהמצרן לא היה יכול לכופו למוכרה לו, אותו אדם היה יכול למכור את שדהו למצרן במחיר יקר, וכשם שכל אדם יכול למכור למצרן את הקרקע שלו במחיר יקר, כך גם לאחים יש זכות זו למכור לאח המצרן במחיר יקר יותר, ואין כל אפשרות להכריח אדם לוותר על זכויותיו.

לחלוק שדה לכל אח ולא יחלקו כל שדה לשניים, כי אם נחלק כל שדה לשני חלקים, לא יהיה לכל אח את כל החלק שלו באותו מקום. וכ"פ הנתיבות בסימן קנד ס"ק ו.

ג. **שיטת הרמב"ם** (הלכות שכנים פרק יב הלכה א) - כופים על האחים לתת לבן המצרן את חלקו צמוד לשדה שרכש. כפייה זו קיימת גם בשדה בעל, כל זאת בתנאי ששווי השדה בכל המקומות הוא שווה, אבל אם יש פער במחיר והשדה לא שווה באותה מידה, (כגון שהחלק שנמצא ליד הבן המצרן זהו עידית, ושאר השדה זיבורית) - לא כופים על מידת סדום.

הבית יוסף הקשה: הרמב"ם פסק כדעת רבה שכופים על מידת סדום במקרים אלו, אך הגמ' במפורש פסקה כדעת רב יוסף? הבית יוסף ענה: לרמב"ם הייתה גירסא שונה בה לא היה כתוב בשני המקרים הראשונים שיש מחלוקת. ובמקרה השלישי בו רב יוסף פסק שכופים על מידת סדום מובא שהלכה כרב יוסף.

ד. **שיטת המרדכי** (סימן תקז) - יש ספק האם הלכה כדעת רש"י או כדעת רבינו תם, לכן צריך לעשות הגרלה, אם הבן המצרן יזכה בהגרלה בשטח שליד השדה שקנה - הוא אכן יזכה בשטח זה, אך אם אח אחר יזכה בחלק זה - הוא לא יזכה באופן מיידי בשטח זה, שכן יתכן והלכה כדעת רש"י, שבכל סוגי השדות (חוץ משדה בעל) - האח המצרן זוכה מידית, לכן יש לפסוק כל דאלים גבר, ואם האח המצרן יצליח להחזיק בכוח - זכה. למעשה, לדעת המרדכי, או שהאח המצרן יזכה בהגרלה, או שנאמר כל דאלים גבר וגם אז יוכל האח המצרן לזכות בשדה.

המחבר פסק כדעת הרמב"ם, והרמ"א הביא את דעת רבנו תם בשם וי"א קמא, ואת דעת המרדכי בשם וי"א בתרא.

הפתחי תשובה בס"ק א כתב בשם שו"ת שבות יעקב (חלק ב סימן קסז): מעשה בשני שותפים שהיה להם מרתף שרצו לחלקו, אחד השותפים ביקש לקבל את חלקו במחסן בצמידות לבית שלו, אך השותף השני רוצה לערוך הגרלה. השבות יעקב פסק מעיקר הדין כמרדכי, אך הוסיף: "ומ"מ לבי אומר לי, דבזמנים הללו בגולה יש כמה חששות אם יפסוק כל דאלים גבר, וגם לפי הטעם דכל מי שהאמת אתו ימסור נפשו על דבר זה, ג"כ לא שייך בדורות הללו, שרבו האלמים שמוסרים נפשם ג"כ על ממון שאינו שלהם... **על כן יחלקו ע"פ הגורל**. ואף על פי שהוא דבר חדש, מ"מ לפי צורך שעה יש לפסוק כן, ובודאי יסכימו על זה חבירי ורבותי לפי דורות הללו".

רבינו יונה (מסכת ב"ב דף יב:) כתב: במקרים בהם האחים יכולים לדרוש לערוך הגרלה, יכולים האחים להציע לאח המצרן: אם אתה לא רוצה שנעשה הגרלה, אלא אתה רוצה לזכות בחלק שליד שדך - תשלם לנו סכום מסוים שהיה שווה לך לשלם אילו היית רוכש את החלק מאדם זר, ואין בכך מידת סדום, כי עבור האח המצרן שווה לשלם יותר עבור החלק שקרוב לשדהו.

**כפייה על מידת סדום בירושת בכור** (סימן קעד סעיף ב)

הגמ' במסכת בבא בתרא דף קכד עמוד א למדה מהפסוק: "פי שנים", שיש לתת לבכור את חלק הבכורה ליד החלק הרגיל, (בכור יקבל פי שניים באותו מקום).

התוספות (מסכת ב"ב דף יב: ד"ה כגון) הקשו: מדוע הגמ' נזקקה לפסוק ללמד שהבכור יקבל את שני חלקיו בצמידות, הרי ניתן ללמוד דין זה מכך שכופים על מידת סדום כאשר אין הפסד (מדובר שכל חלק השדה של האב שווים)? התוס' ענו שלוש תשובות:

א. ר"י ענה: התורה נתנה לבכור כוח כמו שני אחים, וכשם ששני אחים שונים לא יכולים לדרוש משאר האחים שחלקם יהיה בצמידות, כך גם הבכור לא יכול לדרוש ששני חלקיו יהיו בצמידות, בשני אחים לא אומרים כופים על מידת סדום, ואף שני חלקי הבכור נחשבים כמו שני אחים ולא כופים על מידת סדום, לכך צריך לימוד מיוחד שהבכור יקבל את שני חלקיו בצמידות.

ב. ר"י עוד ענה: החלק השני שהבכור מקבל נחשב למתנה (כפי שכתוב: "**לתת** לו פי שנים"), במתנה לא ניתן לכוף את נותן המתנה שייתן שני חלקים בצמידות, אלא נותן המתנה נותן ע"פ רצונו גם אם שני החלקים אינם צמודים, וודאי שלא אומרים במתנה שיש כאן מידת סדום כלפי נותן המתנה, כך גם בבכור לא ניתן לכפות על מידת סדום שיקבל את שני החלקים בצמידות, לכך צריך לימוד מיוחד שהבכור יקבל את שני חלקיו בצמידות.

ג. הריצב"א ענה: דין כופים על מידת סדום אצל בכור שיש הפסד הוא מדרבנן. מהתורה לא כופים בגלל שתי סיבות: א)- יתכן ויש חיסרון לכל צד, כגון שהאחים יעדיפו דווקא את חלק השדה הצמוד, מבחינתם יש הפסד לא לקבל חלק זה שנמצא ברוח זו (כגון בצד מזרח וכד'). ב)- כפייה על מידת סדום שייכת רק בדיעבד לאחר השימוש, אך לכתחילה ניתן למנוע שימוש ברשותו של אדם. לכך צריך לימוד מיוחד שהבכור יקבל את שני חלקיו בצמידות.

ד. הרשב"א (מסכת ב"ב דף יב: ד"ה וא"ת) ענה: כפייה על מידת סדום שייכת רק כאשר קדמה רכישת השדה של המצרן לחלוקה, כגון בן שרכש שדה ליד שדה אביו לפני שאביו נפטר (לפני חלוקת הירושה), אבל כאשר האדם נעשה מצרן בזמן החלוקה, כגון בכור - לא אומרים כופים על מידת סדום, אלא ניתן להצמיד את שני החלקים רק בגלל הלימוד מהפסוק, ולא בגלל דין כופים על מידת סדום.

נחלקו הראשונים, האם בכור נוטל את שני החלקים שלו גם אם יש פערים בשווי. לדעת **ר"י מיגאש והרמב"ם** (דף יב: ד"ה תרתי) (הלכות שכנים פרק יב הלכה ב), בכור תמיד נוטל את שני החלקים שלו בצמידות. המגיד משנה הבין מדבריו שגם אם השדה של האב אינה שווה בכל מקום, כגון חלק אחד בינונית, והחלק הכפול של הבכור הוא עידית - הבכור יקבל את שני החלקים הטובים.

הבית יוסף תמה על דברי הרמב"ם ור"י מיגאש: "ודברים תמוהים הם בעיני, דהיאך איפשר שנייפה כחו שיטול אחד מצרא, כדי להרע לזה שלא יטול חלק בעידית? ונראה דסבירא להו, דכיון דגזירת הכתוב היא שיטול שני חלקין אחד מצרא - לעולם יש לנו לקיים כן".

אבל **הרא"ש** (סימן מו) כתב: מדובר שכל חלקי השדה של האב שווים, אבל אם החלקים היו שונים - הבכור לא נוטל פי שניים מהחלקים הטובים, אלא הוא נוטל בצורה שווה למרות שלא יקבל את שני החלקים בצמידות. וכ"פ הרמ"א בסעיף ב.

**שימוש ברשות חברו כאשר אין חיסרון** (סימן שסג סעיף ו)

נחלקו הראשונים, האם ניתן לכתחילה לכפות על שימוש ברשות חבירו כאשר אין חיסרון (זה נהנה וזה לא חסר):

א. שיטת **התוס'** (דף כ: ד"ה הא) - כל דין זה נהנה וזה לא חסר שפטור מלשלם, הוא רק בדיעבד, שאם נהנה ולא החסיר - פטור מלשלם, שכן כופים על מידת סדום, אבל לכתחילה יכול בעל הנכס למנוע מן הנהנה מלהיכנס וליהנות. (כדברי הריצב"א בתוספות במסכת ב"ב דף יב: ד"ה כגון).

וכן כתב הנימוקי יוסף (דף ט. דיבור ראשון) בשם **הרא"ה**: "אבל להשתמש בשלו - כלל לא אמרו (כופים על מידת סדום), שאם אי אתה אומר כן - אין לך אדם שלא יכוף את חברו על כרחו".

הגהות אשרי (מסכת בבא קמא פרק ב סימן ו) כתב: "וגם מתחלה יכול לעכב על ידו שלא יכנס בביתו אף על פי שאינו חסר כלום, ואין בזה משום מדת סדום, אלא במה שכבר דר - אין צריך להעלות לו שכר אף על פי שדר שם בע"כ".

הנתיבות בסימן רנ ס"ק טז כתב: לכתחילה יכול בעל הדירה לעכב אותו שלא יכנס, אך כל עוד שלא מחה - יכול הנהנה להיכנס גם לכתחילה ולגור בתנאי שלא מחסיר מבעל הדירה. (ז"א לשניהם יש זכות לכתחילה, בעל הדירה **לכתחילה** יכול למנוע כניסה, וכל עוד שלא מחה בפועל, יש זכות **לכתחילה** לגור ברשותו).

ב. **שיטת ראבי"ה** (מובא במרדכי מסכת ב"ק סימן טז) - במקרה בו זה נהנה וזה לא חסר, ניתן גם לכתחילה לכפות שישתמש ברשות שלו, כי כופים על מידת סדום גם ברשות חבירו כל עוד ולא נגרם הפסד.

ג. **שיטת יש מפרשים** (מובא במרדכי שם) - אם בעל הדירה יכל להרוויח משכירות המקום, ובגלל השימוש של חבירו הוא יכול להפסיד רווח זה - יכול בעל הדירה למנוע ממנו להיכנס, אבל אם בכל מקרה אין לו רווח עתידי מהמקום - כופים על מידת סדום כל עוד שאין שום חיסרון. וכ"פ הרמ"א בסעיף ו. הפתחי תשובה בס"ק ג העיר: "משמע שדבר שאינו יכול להרויח בו - יכול זה לכופו אף לכתחילה".

הפתחי תשובה כתב בשם שו"ת בית אפרים (חו"מ סימן מט): צ"ע על פסק הרמ"א שפסק כמו היש מפרשים במרדכי, שהרי יש הרבה פוסקים שחלקו על השיטה הזו, התוס' (שם), הרא"ה (שם), הריצב"א (תוס' מס' ב"ק דף יב: ד"ה כגון), ורבנו ישעיה (שיטה מקובצת מס' ב"ק דף כ. ד"ה לא צריכא).

הפתחי תשובה כתב בשם הנודע ביהודה (מהדורא תניינא - חו"מ סימן כד): בסימן קעב סעיף א מבואר, שלדעת **הרמב"ם** (הלכות שכנים פרק יב הלכה א), כופים על האחים לתת לבן המצרן את חלקו בירושת

אביו צמוד לשדה שרכש. כל זאת בתנאי ששווי השדה בכל המקומות הוא שווה, ואין חיסרון לאחים, וכ"פ המחבר, משמע שהם סבורים שניתן לכפות לכתחילה כאשר אין כל הפסד לצד השני, (כדעת ראבי"ה), אבל לדעת **רבנו תם** (מס' ב"ב דף יב: תוס' ד"ה מעלינן) **והרא"ש** (סימנים מו-מז), בכל מקרה בו יש לאדם זכות ממונית - לא ניתן לכתחילה לומר לו לוותר על זכותו, ואין בכך מידת סדום. וכ"פ הרמ"א שם.

לאור זאת קשה על הרמ"א שכן פסק כדעת היש מפרשים במרדכי שכופים לכתחילה על מידת סדום אם אין הפסד כלכלי, לעומת דבריו בסימן קעב, שלא כופים על אדם לוותר על זכותו?

נראה לתרץ את קושיית הנודע ביהודה: לעולם הרמ"א פסק כשיטת היש מפרשים במרדכי כפי שמבואר כאן, לכן אם אין הפסד כלכלי - כופים לכתחילה על מידת סדום, אך בסימן קעב מדובר שיתכן ויהיה הפסד כלכלי, (לכן לא כופים על מידת סדום), שהרי יתכן שכל אח יזכה בהגרלה באותו חלק שדה, ויוכל למכור בסכום כסף גדול לבן המצרן שרכש שדה בצמידות לשדה זו, כך שכל אח יוכל לומר שיש לו זכות לזכות בשדה זו ולמוכרה בסכום גבוה לבן המצרן, כי בשבילו שווה לשלם יותר בכדי לזכות בחלק הסמוך לשדהו.

**וויתור על זכויות בבניין מגורים** - שבט הלוי (חלק ח סימן רצט) כתב: גם לדעת ראבי"ה שניתן לכתחילה על שימוש ברשות חבירו, או לדעת היש מפרשים במרדכי, שאם אין לו רווח עתידי ניתן לכפות על שימוש - מדובר רק בשימוש ברשות חבירו, אבל לא בהפקעת רכוש חבירו, לכן לא ניתן לבנות בשטח חברו ללא אישור בעל הבית גם אם הוא כלל לא חסר.

וכך כתב שבט הלוי: "אולם בדבר הספק האם שייך בכה"ג לכפות מדין כפי' על מדת סדום - לדידי פשיטא לי דלא שייך כופין על מדת סדום שיוותר אדם על מה ששייך לו, ואינו דומה לסוגית ב"ק כ' ושו"ע חו"מ סי' שס"ג, ואינו דומה להאי דב"ב י"א ע"ב שהפנימי יסתום המבוי, כאשר הרגיש הכותב בעצמו דבמבוי אינם בעלים גמורים. וכן אינו דומה כלל להאי דב"ב י"ב ע"ב, דבמקום שכ"א יש לו ומקבל רק האחד רוצה שיתנו לו קרוב למים או לשאר נכסיו - **אבל אין שום טעם שיוותר אדם על שלו ממש מטעם כופין על מדת סדום**, וכי אדם עשיר ענקי שגם הרבה דינרי כסף לא נחשבים אצלו כלל, ושכנו האביון שחסר לו גם פרוטה, וכי אנחנו נכוף ליתן לו מכספו בלי שורת הדין רק מטעם כופין על מדת סדום אי לאו משום דין כפי' על הצדקה, וה"נ יאמר זה שהחצר משועבד לו".

**מקרים מהשו"ע** (חו"מ) **שכופים על מידת סדום**

ישנם מספר מקרים בשו"ע שכופים על מידת סדום:

א. **סימן טז סעיף ד** - הטוען כלפי חבירו שיראה לבית הדין שטר מסוים שיש בו ראייה שיכולה לעזור לו - כופים אותו להראות את השטר (אם מודה בכך).

ב. **סימן קנג סעיף ד - זיז קטן פחות מטפח** - הטור כתב בשם **רבי יהודה ברצלוני**: זיז קטן פחות מטפח - לא שייכת בו חזקה, כמו כמו כן, מותר לאדם לקבוע זיז קטן לגג חבירו גם ללא

הסכמתו. וכ"פ הב"ח בס"ק י: "דטעמא משום דכופין על מדת סדום... ולפי שהטעם מפני שזה נהנה וזה אינו חסר... ולפע"ד דהכי נקטינן כסברת ה"ר יהודה ברצלוני".

אבל **הטור** הקשה עליו: לא יתכן שאדם ישתמש ברשות חבירו בניגוד לרצונו, אין כפייה על מידת סדום כאשר מדובר בשימוש ברשות חבירו. וכ"פ הרמ"א בסימן קנג סעיף ד.

ג. **סימן קנג סעיף ח - מרזב** - במשנה במסכת בבא בתרא דף נח עמוד ב מובא: מרזב שנמצא בחצר חבירו, (צינור קטן שלא מחובר לקרקע, ותפקידו להזרים את מי הגשמים שיצאו קדימה לחצר ולא יפעו בבית) - אין לו חזקה, כי בעל החצר יכול תמיד לשנות את מיקום המרזב, לכן לא מקפיד למחות כנגד המרזב.

בגמ' הובאו שלושה הסברים כיצד להסביר את דברי המשנה שאין חזקה למרזב: שמואל ביאר: בעל החצר יכול להזיז את המרזב מצד לצד שירצה, אך לא יכול להוציא את המרזב. רבי חנינא ביאר: בעל החצר יכול לחתוך מרזב ארוך ולקצרו, אך לא יכול להוציא את המרזב. רב ירמיה בר אבא ביאר: בעל החצר יכול לבנות מתחת למרזב שנמצא בגג, לא יכול להוציא את המרזב.

הרא"ש (סימן עב) כתב: יש מחלוקת בין שלושת ההסברים, ומכיוון שהגמ' לא פסקה הלכה יש לנו ספק בדין, לכן יש ללכת לקולא ולומר שאסור לבעל החצר לגעת במרזב, רק מותר לו לבנות מתחת למרזב. אבל כ"ז בתנאי שיש לבעל המרז טענה טובה מדוע בעל החצר לא יגע במרזב, כגון שטוען שאם בעל החצר יזיז את המרזב מצד לצד, או אם יקצר את המרזב - המים לא יקלחו בצורה טובה, **אבל אם אין טענה לבעל המרזב - יכול בעל החצר להזיז את המרזב מצד לצד או לקצרו, כי כופים על מידת סדום**. וכ"פ הרמ"א בסימן קנג סעיף ח.

צריך לציין, הרמב"ם (הלכות שכנים פרק ח הלכה ה) והנמוקי יוסף (דף לא:) הבינו שאין מחלוקת בין שלושת ההסברים בגמ', וכל ההסברים נפסקו להלכה.

ד. **סימן קנג סעיף יג - סולם קטן** - במשנה במסכת בבא בתרא דף נח עמוד ב מובא: אדם שהניח בחצר חבירו **סולם קטן** (סולם המצרי שיש לו רק שלושה שלבים) - אין לו חזקה למרות שהוא הניח את הסולם כבר שלוש שנים, כי בעל החצר לא מקפיד על סולם קטן לפיכך לא מחה.

**הרמב"ם** (הלכות שכנים פרק ח הלכה ד) הסביר את המשנה כפי הסבר ר"ש: יכול אדם להניח סולם קטן בתוך חצר חבירו, ואין בעל החצר יכול למחות בידו, "שהרי אומרין לו: אין עליך הפסד בזה, כל זמן שתרצה תטלנו". וכ"פ המחבר בסימן קנג סעיף יג.

המגיד משנה ביאר: "(דין) זה לא נזכר בגמרא בביאור, אבל נזכר בגמרא בהרבה דינין, שכל שזה נהנה וזה אינו חסר - כופין אותו על מדת סדום".

**הטור** חלק על הרמב"ם, לא יתכן שאדם ישתמש ברשות חבירו בניגוד לרצונו, אין כפייה על מידת סדום כאשר מדובר בשימוש ברשות חבירו.

המגיד משנה עוד כתב: אין להשוות בין המקרה הראשון של זיז לבין המקרה של סולם. **בזיז** נפסק שניתן למחות, כי יתכן ותהיה בעיה של היזק ראייה, אבל **בסולם קטן** אין בעיה של היזק ראייה. כמו כן בעל החצר תמיד בשליטה על הסולם ויכול למנוע מהחבר להיכנס לחצר ולהשתמש בסולם, לכן לא ניתן למחות כנגד סולם, אך ניתן למחות כנגד זיז קטן.

וכך כתב הסמ"ע בס"ק ל: רק בדבר **שהוא שימוש ארעי, ויש שליטה כך שיכול לפנותו באופן מידי** - שייך לכפות על מידת סדום, אבל בשימוש קבוע ובדבר שקשה לפנותו - לא כופים על מידת סדום.

ה. **סימן קנד סעיף ג - פתיחת חלון** - הנימוקי יוסף (דף לב. ד"ה מתני' פתח) כתב: שני שכנים שרוצים לפתוח חלון אחד מול השני - יעשו פשרה בניהם, ובמקום ששכן אחד אינו חסר - כופים על מידת סדום. וכ"פ הרמ"א בסימן קנד סעיף ג.

הנתיבות בס"ק ו כתב: אם אחד מהם יפסיד הרבה כסף בכדי להזיז את החלון, והשני יפסיד מעט - כופים על מידת סדום ומחייבים את מי שיפסיד מעט להזיז ולהפסיד מעט, והשני ישלום לו על המעט כסף שהפסיד.

ו. **סימן קנד סעיף יג** - אדם שהייתה לו חזקה לפתוח חלונות כנגד חצר חברו, ובעל החצר רוצה לבנות מול החלון ומוכן לפתוח חלונות במיקום אחר, בעל החלונות יכול להתנגד רק אם יש סיבה טובה (כגון שחושש שפתיחת חלונות תרעיד את הקיר), אך אם אין לו סיבה - כופים אותו על כך. הרמב"ם (הלכות שכנים פרק ז הלכה ח) ביאר: "שזו מדת סדום, וכן כל דבר שזה נהנה בו ואין חבירו מפסיד ואין חסר כלום - כופין עליו". וכן כתב הסמ"ע בס"ק כט.

ז. **סימן קנד סעיף טז - פתיחת חלון למקום שיזיק בעתיד** - לדעת הרא"ש (מס' ב"ב פרק ב סימנים ב-ג) - מותר לו לפתוח חלון במקום בו אינו מזיקו, ואין חברו יכול למחות בידו, שהרי בשעת פתיחת החלון אינו מזיקו, וזה נהנה וזה אינו חסר, וכופים על מידת סדום, אבל הרשב"א חולק. המחבר הביא את דעת הרא"ש ולאחר מכן פסק כדעת הרשב"א.

ח. **סימן קעד סעיף א** - כפייה על מידת סדום בחלוקת ירושה - מבואר לעיל.

ט. **סימן קעד סעיף ב** - כפייה על מידת סדום בחלוקת בכור - מבואר לעיל.

י. **סימן רעד סעיף א** - הגמ' במסכת בבא קמא דף פא עמוד ב כתבה: רבי ישמעאל הביא עוד תקנה שתוקנה ע"י יהושע בכניסה לארץ ישראל: אדם שיש לו כוורת דבורים, והדבורה עם הדבורים עברה מהכוורת לענף עץ בשדה חבירו - רשאי בעל הכוורת לחתוך את הענף ולהחזיר את הדבורים לכוורת, ולפייס את בעל העץ בשווי ענף, כי שווי ענף הוא נמוך, אך שווי נחיל דבורים הוא גבוה. לדעת **הרא"ש** (מס' ב"ק פרק י סימן טז), יש לפסוק להלכה דעת רבי ישמעאל, שכן זה נהנה וזה לא חסר, שהרי הוא משלם על הענף, לכך כופים על מידת סדום. אבל **הרי"ף** (מס' ב"ק דף מא:) פסק כדעת כחכמים. הרמ"א הביא את שיטת הרא"ש בשם י"א ואת שיטת הרי"ף בשם יש חולקים.

יא. **סימן שיח סעיף א** - אדם שהשכיר רחיים לחברו, השוכר לא משלם מעות למשכיר אלא משלם בכך שטוחן חיטים עבור המשכיר. לאחר זמן המשכיר התעשר ורכש לעצמו ריחיים עם חמור ואל היה זקוק עוד לחיטים של השוכר, לכך המשכיר מבקש מהשוכר שכעת ישלם לו כסף על שכירות הריחיים, כי הוא כבר לא צריך חיטים טחונות.

הגמ' במסכת כתובות דף קג עמוד א פסקה: אם יש לשוכר לקוחות שיכול למכור להם את החיטים, אנו אומרים שימכור את החיטים שטוחן לאחרים, וישלם מעות למשכיר, **כי כופים על**

**מידת סדום**, השוכר יכול בקלות למכור לאחרים ולשלם מעות כרצון המשכיר, אומנם אם אין לו לקוחות למכור להם, הוא ימשיך לשלם למשכיר באמצעות טחינת חיטים. וכ"פ המחבר.

יב. **סימן שסג סעיף ו** - מחלוקת ראשונים האם ניתן לכפות על שימוש כאשר לא נגרם כל חיסרון - מבואר לעיל.

# מנהג מדינה

**המקורות למנהג מדינה**

הרי"ף (מסכת ב"מ דף נב.) והרא"ש (מסכת ב"מ פרק ז סימן א) **הביאו את דברי הירושלמי** (מסכת ב"מ פרק ז הלכה א): אמר רב הושעיה, זאת אומרת המנהג מבטל את ההלכה". וכן כתב המחבר בסימן רלב סעיף יט: "ומנהג מבטל הלכה".

צריך להדגיש, מנהג שמבטל הלכה אין הכוונה לאיסורים, אלא רק לדיני ממונות, כגון הלכה שבדין תורה פטור והמנהג לחייבו - חייב לשלם.

ישנן מספר הלכות בהן יש תוקף למנהג מדינה:

א. בדיני **שותפים** - כמבואר במסכת בבא בתרא בדף ב עמוד א: "הכל כמנהג המדינה". (יש נ"מ להרבה הלכות בדין בניין משותף וועד בית וכו'). וכ"פ המחבר בסימן קנז סעיף ד, וכן בסימן קסא סעיף א.

ב. **בעניינים של הרבים** (החל מקביעת מיסים ועד החלטות של וועד הבית) - תרומת הדשן (סימן שמב) כתב: "**וכל דבר שרבים מצורפים יחד - צריכים למיזל בתר מנהגא דידהו**, וכפי הסדר שעושים לעצמן לפי צרכיהם לפי עניינם, דאי מצרכתא להו למיזל בתר דין תורה בכל דבר לעולם - תהא מריבה ביניהם, מש"ה **מעיקרא מחלו אהדדי לוותר על דין תורה, וגמרי ומקני למיזל בתר סדר מנהג דידהו**. וכעין זה כתב מהר"ם, דשותפים קונים ומקנים ומתני בהדדי באמירה בעלמא בלא קניין, משום דבההיא הנאה דצייתי אהדדי גמרי ומקני". וכ"פ הרמ"א בקצרה בסימן קסג סעיף ג: "והכל לפי המנהג".

ג. **במועד התשלום לשדכן ולמתווך** - כמבואר ברמ"א בסימן קפה סעיף י', שזמן חיוב התשלום תלוי במנהג מדינה.

ד. קניין **סיטומתא** - כמבואר במסכת בבא מציעא דף עד עמוד א. החתם סופר (יו"ד סימן שיד ד"ה נמצא) כתב: קניין סיטומתא קונה מהתורה ככל תנאי שבממון שהתנאי קיים מהתורה. זאת מכיוון שכך נהגו הסוחרים **מרצונם הטוב וללא כפייה**[228]. וכ"פ המחבר בסימן רא סעיף א.

ה. **במשא ומתן** כמבואר בדברי הרמב"ם (הלכות מכירה פרק כו הלכה ז): "אף במוכר ולוקח אין כל אלו הדברים וכיוצא בהן מענינים אמורים אלא במקום שאין שם מנהג, ולא שמות ידועים לכל דבר ודבר בפני עצמו, אבל במקום שנהגו שהמוכר כך מכר כך - הרי זה מכור וסומכין על המנהג". וכ"פ המחבר בסימן רטו סעיף ח.

[228] אומנם **הנתיבות** בס"ק א כתב בשם שו"ת הרמ"א (סימן פז): סיטומתא קונה רק מדרבנן, ככל מנהג שנהגו הסוחרים שאינו קונה אלא מדרבנן, ונ"מ לעניין קידושי אישה שאם קידש בסיטומתא - מקודשת מדרבנן.

הרמב"ם (בהלכה ח) הוסיף: "**וזה עיקר גדול בכל דברי משא ומתן הולכין אחר לשון בני אדם באותו המקום ואחר המנהג,** אבל מקום שאין ידוע בו מנהג ולא שמות מיוחדין אלא יש קורין כך ויש שקורין כך - עושים כמו שפירשו חכמים בפרקים אלו".

הרמב"ם (הלכות מכירה פרק כז הלכה יא) חזר והדגיש: "אל ילוז מעיניך **העיקר הגדול בדברים אלו שהוא מנהג המדינה** והשמות הידועים ביחוד לכל דבר ודבר, ובמקום שאין מנהג ולא שם שהכל אומרים לו ביחוד ולא שיתוף הולכין אחר אלו הכללות שביארו חכמים כמו שביארנו". וכ"פ המחבר בסימן רכ סעיף טו. (וכן עוד כתב הרמב"ם בהלכות מכירה פרק יז הלכה ו, ונפסק ע"י המחבר בסימן רל סעיף י, וכן בפרק יח הלכה יב, ונפסק ע"י המחבר בסימן רכט סעיף ב, ובפרק כח הלכה טו).

ו. **במקח טעות** - הרמב"ם (הלכות מכירה פרק טו הלכה ה) כתב: "כל שהסכימו עליו בני המדינה שהוא מום שמחזיר בו מקח זה - מחזירין, וכל שהסכימו עליו שאינו מום - הרי זה אינו מחזיר בו". וכ"פ המחבר בסימן רלב סעיף ו.

ז. **ברמת שמירה** - הדרכי משה בסימן רצא ס"ק ח כתב בשם המרדכי (מסכת ב"מ סימן רפ): "כתב רבינו אבי העזרי, **דהכל תלוי לפי מנהג המקום,** כדאמר תלמודא והאידנא דאיכא טפוחאי". וכ"פ הרמ"א בסעיף יח.

ח. בדיני **שכירות** - השולחן ערוך בסימן שח סעיף ג כתב: "ובמקום שאין מנהג ידוע; אבל במקום שיש מנהג - הכל לפי מנהג". וכן בסימן שיג סעיף א. וכן הרמ"א בסימן שיד סעיף ב: "ובכל אלו העניינים הולכים אחר מנהג המדינה".

ט. בהעסקת **פועלים** - כמבואר במשנה במסכת בבא מציעא דף פג עמוד א: "הכל כמנהג המדינה". וכ"פ המחבר בסימן שלא סעיף ב, ובסימן שלב סעיף א.

י. **בכתיבת כתובה** - כמבואר במסכת כתובות בדף סו עמוד ב, ונפסק באבן העזר סימן סו סעיף יא.

**קביעת מנהג מדינה**

הרמב"ם (הלכות אישות פרק כג הלכה יב) כתב: "ובכל הדברים האלו וכיוצא בהן - מנהג המדינה עיקר גדול הוא ועל פיו דנין, **והוא שיהיה אותו מנהג פשוט בכל המדינה**".

הריב"ש (סימן תעה) כתב: מנהג מדינה נחשב רק **למנהג מצוי ונפוץ שנעשה הרבה פעמים**, אבל מנהג שנעשה רק פעם אחת או שתיים - לא נקרא מנהג מדינה ולא מחייב את המעסיקים. וכ"פ תרומת הדשן (סימן שמב): "אמנם נראה דצריכים לידע, דמנהג קבוע ופשוט הוא **שנתנו כך בני העיר לכל הפחות תלתא זימנין**".

וכך כתב הרמ"א בסימן שלא סעיף א: "ואינו קרוי מנהג אלא דבר השכיח ונעשה הרבה פעמים, אבל דבר שאינו נעשה רק פעם אחת או שני פעמים - אינו קרוי מנהג"[229].

[229] וכ"פ הציץ אליעזר (חלק ז סימן מח - קונ' אורחות המשפטים פרק י): "הא כל שנעשה יותר מפעם אחת או פעמיים, ועל אחת כמה כשידענו שנעשה כבר הרבה פעמים, דשפיר קרוי מנהג והולכין אחריו".

החזון איש (ב"ב סימן ה בס"ק ד) כתב: מנהג מדינה תקף בגלל שתי סיבות: א)- כל אדם שבא לגור באותה מדינה **נכנס לגור על דעת כל המנהגים של אותה מדינה**. ב)- "מפני שהסכמת הציבור הוי **ככח בית דין**".

לכאורה ניתן לומר, שיש מחלוקת בין הראשונים, כיצד מנהג מדינה נוצר, האם ע"פ המנהג בפועל, או ע"פ תקנות הרבנים, או ע"פ תקנות הקהל (כגון חברי כנסת או חברי מועצת עירייה וכד').

א. לדעת הרמב"ם (כמבואר לעיל בהרחבה), מנהג נקבע ע"פ **המציאות בפועל**. וכן כתב הרשב"א (חלק ב סימן רסח): במנהג מדינה לא צריך שיתכנסו אנשי המדינה ויקבעו תקנון, אלא כיוון **שנהגו כך בפועל** נחשב למנהג מדינה. "והמנהג בעניני דיני הממונות, כל מנהג שהנהיגו ביניהם בני המדינה בהסכמת גדוליהם היא הסכמה ודנין עליה כשל תורה".

ב. לדעת האור זרוע (חלק ג פסקי ב"מ סימן רפ), מנהג נקבע ע"פ החכמים: "מיהו נראה בעיני וכגון שהוא **מנהג קבוע על פי חכמי המקום**... וזהו שאמרו מנהג מבטל הלכה - מנהג וותיקין. אבל מנהג שאין לו ראיה מן התורה - אינו אלא כטועה בשיקול הדעת. הא למדת **שאין מנהג חשוב אלא א"כ הנהיגוהו וותיקים וחכמי הדור**. וכן כתב הגהות אשרי (מסכת בבא מציעא פרק ז סימן א), "מנהג קבוע (זהו מנהג שנקבע) על פי **חכמי המקום**".

ג. לדעת הנימוקי יוסף (מסכת ב"ב דף סה.), רק מנהג מדינה שהונהג בעקבות **תקנות הקהל** מבטל הלכה. וכך כתב הנימוקי יוסף: "אמר המחבר גבי הא דקי"ל (ב"מ דף עד. ע"ש) מנהג מבטל הלכה כתבו שהנכון שכל מנהג שהוא **בתנאי בני העיר** מבטל הלכה גמורה ככל תנאי שבממון שהוא קיים, אבל מנהג שהוא סתם - אינו מבטל דין גמור אלא בדבר שהוא רופף ואין דינו מחוור יפה".

ד. לדעת רבנו תם (מובא בתשובות מיימוניות נשים סימן יז) צריך שיהיו שני תנאים: א)- המנהג יתפשט ויהיה **נהוג בפועל** אצל כל אנשי העיר. ב)- המנהג נקבע ע"י **טובי העיר**. וכך כתב רבנו תם: "וכל האומר אחר מנהג יש לי לילך - שוטה גמור הוא אם לא **קיימו בני העיר ביניהן** לומר כל הנושא בתולה יוסיף כך וכך ולאלמנה כך וכך, **ובחבר עיר** כדמוכחא שמעתא דרשאין בני העיר להסיע על קיצתן (ב"ב ח ב) וצריך דעת כולן, אבל ממילא - לא. וכל האומר - טועה וגועה פועה ורוח רעה". לדעת רבנו תם

יותר נראה לומר, שלדעת רוב הראשונים, המנהג נקבע ע"פ המציאות בפועל כדברי הרמב"ם, אלא שבמקום בו מנהג מבטל הלכה (בדיני ממונות כמבואר בירושלמי לעיל), בזה יש לומר שרק מנהג שנוסד ע"פ החכמים או ע"פ תקנות הקהל תקף, אבל מנהג שאינו נוגד את ההלכה - תקף למרות שלא נקבע ע"י חכמי הקהל.

וכך נראה מדברי הרמב"ן (מסכת ב"ב דף קמד: ד"ה הא דאמרינן) שכתב בשם יש אומרים: מתי אנו אומרים שמנהג מבטל הלכה? רק כאשר המנהג נקבע ע"י אנשי העיר **או** שבעה טובי העיר (חברי מועצת העיר), "אבל שאר מנהגי - לא מבטלינן בהו הלכה אלא בהלכה רופפת". ז"א גם אם המנהג לא נוסד ע"י טובי העיר, אם המנהג לא מבטל הלכה - יש לו תוקף. גם הנימוקי יוסף (שם) הצריך תקנות הקהל רק בכדי לבטל הלכה (כמבואר לעיל), אך מנהג שלא מבטל הלכה תקף גם ללא קביעה של תקנות הקהל.

מעבר לכך, גם מנהג שנקבע ע"י תקנות הקהל (כגון חוקים[230] וכד'), עדיין צריך שיהיה **נהוג בפועל בכל מקום**, ורק אז ניתן להחיל עליו שם של מנהג מדינה.

וכך ניתן להוכיח מדברי הרי"ף (סימן יג) בדין תוספת כתובה: "עיקר המנהג שעושין על פיו והוא **שרוב הקהל יתייעצו עם זקני הקהל,** ויתקנו תקנה כמה שיתקנו, **ויקיימו אותה**, זהו המנהג". הרי"ף לא הכריח שרק חכמי הקהל יקבעו את התקנות, אלא יש צורך **להתייעץ** עם החכמים, וגם לאחר מכן התקנות יחשבו כמנהג רק לאחר שהם יקיימו אותן, ז"א לאחר שהתקנות יתפשטו בקרב הציבור ויהיו נהוגות בפועל.

ערוך השולחן (סימן שלא סעיף ה) חיבר בין דברי הגהות אשרי ובין דברי הנימוקי יוסף: "צריך שיהא המנהג קבוע ע**"פ חכמי המקום או ע"פ הסכמת אנשי העיר**".

החוות יאיר (סימן קו) כתב: "ודאי אם המנהג פשוט מנהג עוקר הלכה". לדעתו גם מנהג מקומי נחשב למנהג שעוקר הלכה, אלא שצריך שרוב מוחלט של אנשי העיר ינהגו כך (לא מספיק רוב רגיל, אלא שכמעט כל אנשי העיר נוהגים כך), ואם יש מיעוט של מיעוט שלא נוהג כך בזה אומרים בטלה דעתם ביחס לרוב המוחלט[231]. וכך כתב הנימוקי יוסף (מסכת ב"ב דף א.), שגם מנהג של אנשי עיר נחשב כמנהג מדינה באותה העיר.

צריך לציין, **יש תוקף למנהג גם אם הוא לא הונהג ע"י חכמי ישראל ולא ע"י ב"ד**, ברגע שרוב מוחלט של אנשי העיר נוהגים כך - המנהג מחייב.

הגהות אשרי (שם) כתב: "דהולכין אחר המנהג בדיני ממונות, **והבא לשנות המנהג** וטוען שהתנה בע"א ולא כמו שהמנהג נוהג - **עליו להביא ראיה**". לכן אם המעסיק טוען שהתנה עם הפועל שלא יקבל את התנאים הסוציאליים המקובלים ע"פ מנהג מדינה - המעסיק נחשב למוציא ועליו להביא ראייה לדבריו.

התרומות (שער מט חלק ה) כתב בשם הראב"ד: "במקום שאין מנהג - הולכים אחר **מנהג הגוים**... וכן אני אומר בכל דבר שאין דינו מפורש אצלנו, ואין לנו בו מנהג ידוע - שהולכין בו אחר מנהגות שלהם, שקרוב דבר זה לדינא דמלכותא דינא, והם דנין על פי המנהגות". (מובא בש"ך בסימן עג ס"ק לו).

וכך פסק האגרות משה (חושן משפט חלק א סימן עב): "והגע עצמך, דהא ברור ופשוט שכל אלו הדינים התלויין במנהג המדינה[232], כגון בב"מ דף פ"ג (**בדיני פועלים**) מקום שנהגו שלא להשכים ושלא

---

[230] איסור ערכאות שייך כאשר הערכאות מציבים מערכת משפט סדירה מול דיני התורה, אבל ניתן לפסוק ע"פ **חוק נקודתי** שאינו סותר דין תורה. בכל הקשור למנהג יש לבחון שאכן **המנהג נפוץ במדינה,** ושהמנהג אינו **מנהג גרוע** (כמבואר לקמן).

[231] וכן כתב הנחל יצחק (סימן סא בס"ק ה): למרות שלא בדקנו ולא שאלנו את כל אנשי המדינה, בכ"ז אם אנו יודעים שרוב מוחלט של אנשי העיר כך נוהגים - נחשב למנהג מדינה, אך לא מספיק רוב רגיל, כי לא הולכים בדיני ממונות אחר הרוב.

[232] האגרות משה דן ע"פ מנהג מדינה ולא רצה לדון ע"פ דינא דמלכותא כפי שכתב השואל האדמו"ר מציעשינאוו. האגרות משה הסביר: "הנה מה שהאריך כתר"ה בענין דינא דמלכותא - קשה לכתוב בענינים אלו משני טעמים: **חדא** מטעם שכתב

להעריב אינו רשאי לכופן... - א"צ שיעשה המנהג ע"פ חכמי תורה, וגם אף לא ע"פ יהודים דוקא, **דאף שהנהיגו זה הנכרים**, כגון שהם רוב תושבי העיר נמי הוא מדין התורה בסתמא כפי המנהג דאדעתא דמנהג העיר נחשב כהתנו בסתמא".

"וכן הוא **בעניני מכירה** מה הוא בכלל המכר, שאף שאיכא דינים קבועים בפרקי המכירה בב"ב מה הוא בכלל המכירה... דהוא רק במקום שאין מנהג, אבל במקום שיש מנהג - הולכין אחר המנהג. **והטעם שבסתמא הוא כהתנו שהוא כהמנהג**, ולכן אין חלוק מי הם שהנהיגו, דאף אם הנכרים שהם רוב תושבי העיר הנהיגו - נידון בדין התורה בסתמא כהמנהג".

**מנהג מקומי**

האגרות משה (חושן משפט חלק א סימן עה, וכן בחלק ג סימן כו) חידש, שגם מנהג מקומי נחשב למנהג מדינה ויש לו תוקף: "והנה כ"ז הוא אף בלא ידוע מנהג המקום שאין מסלקין בלא טענה אלא לעצם הדין, **אבל בידוע מנהג המקום,** או אף רק מנהג בית החרשת, או אף רק מנהג האיש הזה שכששוכרין פועלים - אין מסלקין אותם בלא טענה... ואין חלוק בין אם נעשה המנהג ע"פ חכמי העיר או נהגו מעצמן... **מנהגים כאלו שאם היו מתנים היה מהני מעצם הדין - גם המנהג הוא עצם הדין ממש דהוי כהתנו**".

ניתן להוכיח כדברי האגרות משה, שמדינה הכוונה למחוז או לעיר גדולה, מדברי המשנה במסכת בבא בתרא דף לח עמוד א: "שלש **ארצות** לחזקה: יהודה, ועבר הירדן, והגליל... אינה חזקה עד שיהא עמו **במדינה** אחת". (וכן מובא במשנה במסכת כתובות דף קי עמוד א: "שלש **ארצות** לנשואין: יהודה, ועבר הירדן, והגליל"). וכך כתב רש"י (מסכת גיטין דף ב: ד"ה אי נמי): "ממדינה למדינה בארץ ישראל - כגון יהודה וגליל".

הרמב"ם (הלכות מגילה וחנוכה פרק א הלכה ד) כתב: "איזה הוא זמן קריאתה? ...כל **מדינה** שהיתה מוקפת חומה בימי יהושע בן נון". וכן נראה מדברי הדרכי משה באבן העזר סימן קכח ס"ק ה: "אין לכתוב **מדינה** אלא כשכל **הפלך** נקרא על שם אותה העיר".

**דמים מודיעים מול מנהג**

**תרומת הדשן** (סימן שכג) כתב: מעסיק ששילם לפועל סכום גבוה יותר מהרגיל, המעסיק טוען שנתן שכר גבוה בכדי לא לשלם בכדי להיפטר מתשלום שאר ההוצאות (כגון הוצאות הדרך), שהרי הדמים מודיעים, דהיינו סכום הכסף הגדול שקיבל הפועל מהווים הוכחה לכך שהמעסיק פטור מלשלם על

---

בשו"ת השיב משה שהביא כתר"ה, שיש מבוכה רבה בין הפוסקים וסתירות רבות, וצריך לזה עיון וזמן רב אולי יעזור ה' להבין לאסוקי להלכה, וכ"ש לקטני ערך כמוני. **ועוד** מטעם שבל יתראה ח"ו שאנו מקטינים כבוד המלוכה דמדינתנו בפה אשר אנחנו מחוייבים להכיר להם טובה על החסד שעושין עמנו ועם כל אחבנ"י שבמדינה הזאת, ואנחנו מברכים אותם ומתפללים להשי"ת בכל עת ושעה לשלום המדינה ונשיאיה ושריה כאשר נצטוינו. ולכן אין רצוני לכתוב ולדון בזה".

שאר ההוצאות הנלוות. למרות שהגמ' במסכת בבא בתרא דף עז עמוד ב כתבה שאין הדמים מודיעים, בכ"ז כאשר אין מכחישין עיקר הלשון - הדמים מודיעים[233]. (מובא בבית יוסף סימן שלא, וכן בסמ"ע בסימן שלב ס"ק ח).

אבל **הקצות** בסימן שלא ס"ק א כתב: לא אומרים הדמים מודיעים מול מנהג מדינה, ולכן הגמ' במסכת בבא מציעא בדף פג עמוד א כתבה: גם אם המעסיק נתן שכר גבוה, עדיין הוא לא יכול לומר שהעלה את השכר בכדי שהם יוסיפו לעבוד לפני הזריחה או אחרי צאת הכוכבים, אל אסור לשנות ממנהג המקום. נמצא אפוא, גם כאשר המעסיק שילם שכר גבוה לא אומרים שהדמים מודיעים למרות שאין בעיה בניסוח. הקצות סיים בצ"ע.

הנתיבות בסימן שלב ס"ק א כתב: גם תרומת הדשן מסכים שלא אומרים הדמים מודיעים כנגד מנהג, אבל **כאשר יש שינוי מהמנהג - ניתן לומר שהדמים מודיעים**. במקרה המובא בתרומת הדשן היה שינוי מהמנהג, שכן בד"כ הפועלים מבקשים את ההוצאות לפני תחילת ההעסקה, וכאן הפועל לא תבע לפני ההעסקה אלא רק לאחר מכן, ובגלל שינוי זה ניתן לומר שהדמים מודיעים.

**מנהג גרוע**

במסכת סופרים (פרק יד הלכה טז) מובא: "נהגו כן העם, שאין הלכה נקבעת עד שיהא מנהג, וזה שאמרו מנהג מבטל הלכה, מנהג וותיקין, אבל מנהג שאין לו ראייה מן התורה, אינו אלא כטועה בשיקול הדעת". וכן כתב המרדכי (מסכת בבא מציעא סימן שסו).

התוספות מסכת בבא בתרא (דף ב. ד"ה בגויל) כתבו בשם רבנו תם: שותפים צריכים לבנות גדר באמצע החצר, בכדי שלא יהיה היזק ראיה. ניתן לבנות גדר מינימום בהוצא ודפנא, אבל לא בפחות מכך, וגם אם המנהג פחות מכך - מנהג הדיוט הוא. "ומוכיח מכאן, דיש מנהגים שאין לסמוך עליהם, אפילו היכא דתנן הכל כמנהג המדינה". וכך כתב הרא"ש (סימן א): "ואם נהגו בפחות - **מנהג גרוע הוא ולא אזלינן בתריה**"[234]. וכ"פ הרמ"א בסימן קנז סעיף ד.

מהר"ם מינץ (סימן סו ד) כתב: "שאלה חמישית, שמנהג הלועזים **שלא ליתן חלק בכורה לבכור**, אם לילך אחר המנהג? ע"ז א"צ להשיב, **דלא אתי מנהג גרוע ומבטל הלכה**, דכמה מנהגים גרועי' דלא אזלי' בתרייהו".

הריב"ש (סימן תעז) כתב: "גם זה המנהג חוץ מכבוד אותם שהנהיגוהו הוא מנהג מעוקל. ועם כל זה בענייני המס אפשר שהולכים אחריו. ומ"מ מאחר שאין זה מן הדין ולא מתקנת הקהל אלא מצד

---

[233] הגמ' התייחסה למקרה בו רוב אנשי העיר קוראים לכל דבר בשמו, לעול קוראים עול, ולבקר קוראים בקר. לכן הדמים לא מודיעים, אומנם אילו כל אנשי העיר היו קוראים בשם אחד לשני המוצרים - הדמים היו מודיעים. אבל במקרה בו כל אנשי העיר קוראים בשם אחד לשני המוצרים, כגון שכולם קוראים שור גם לשור חרישה וגם לשור שחיטה - הדמים מודיעים.

[234] אבל **הרמב"ן** (דף ב. ד"ה מתני') כתב: ניתן לכפות על פחות מכך - במידה וזהו מנהג המדינה. וכן פסק ההגהות אשרי (מס' ב"ב פרק א סימן ה): "אלא נ"ל דאפילו פחות מכאן - הוי מנהג, דהולכין בממון אחר המנהג".

המנהג לבד, וגם **המנהג אינו בנוי על קו היושר אין לדון בו** אלא בדומה ממש למה שנהגו. וכל שיש קצת התחלפות מן הנדון אל המנהג - אין הולכין אחריו".

החזון איש (ב"ב סימן ה בס"ק ד) כתב: אין ללכת אחר מנהג גרוע גם אם הסכימו עליו כל הצבור, **"דאדם זוכה בדבר שהוא זכות לו, אבל אינו זוכה בדבר שהוא חובה לו"**.

הדרכי משה בסימן קסג ס"ק ז כתב בשם תרומת הדשן (סימן שמב): למרות שבד"כ נפסק שלא הולכים אחר מנהג גרוע, אבל **במיסים יש תוקף גם למנהג גרוע**, בתנאי שהמנהג נקבע שלוש פעמים. וכ"פ הרמ"א בסימן קסג סעיף ג: "וכל ענייני מסים הולכין אחר מנהג הקבוע בעיר שעשו כן שלשה פעמים, אף על פי שהוא מנהג גרוע - אין מדקדקים בענייני המסים".

החזון איש (שם) הוסיף: יש כוח ביד רוב הציבור (כמו כוח ב"ד) לכוף את מיעוט הציבור בענייני מיסים, שנחשב כמו מיגדר מילתא.

# תקנות הקהל

**תקנות הקהל**

הגמרא במסכת בבא בתרא דף ח עמוד ב כותבת: "ורשאין בני העיר להתנות על המדות, (בני העיר יכולים לקבוע לעצמם את מידות המשקל, כגון כמה היא סאה וכד'). ועל השערים, (בני העיר יכולים לקבוע שער אחיד בו ימכרו כל הסוחרים את התבואה והיין). ועל שכר פועלים, (לקבוע מהו שכר המינימום עבור הפועלים, או לקבוע מהו השכר המקסימאלי עבור הפועלים), ולהסיע על קיצתן". (לקנוס את מי שהעובר על מה שהם קצבו).

הגמ' בדף ט עמוד א כתבה: רשאים גם בעלי אומניות לתקן תקנות בעניין מלאכתם, ולקנוס את מי שעובר על תקנתם כאשר תקנתם נעשית בפני חכם ומנהיג.

כך מובא בגמ': "הנהו בי תרי טבחי דעבדי עניינא בהדי הדדי, (שני שוחטים שעשו הסכם בו הם מחלקים את ימות השבוע, כך שכל שוחט ישחט לבדו), דכל מאן דעביד ביומא דחבריה - נקרעוה למשכיה (שוחט שישחט ביום השייך לחברו, יקנס בכך שיקרעו את עורות הבהמה ששחט באותו יום). אזל חד מנייהו עבד ביומא דחבריה, קרעו למשכיה; אתו לקמיה דרבא, חייבינהו רבא לשלומי".

"איתיביה רב יימר בר שלמיא לרבא: ולהסיע על קיצתם? לא אהדר ליה רבא, (רבא לא התייחס לטענתו). אמר רב פפא: שפיר עבד דלא אהדר ליה מידי, ה"מ היכא דליכא אדם חשוב, אבל היכא דאיכא אדם חשוב - לאו כל כמינייהו דמתנו". (כאשר יש אדם חשוב בעיר - רק הוא יכול לתקן תקנות, אך אם אין אדם חשוב - יכולים הם לתקן תקנות בניהם).

הר"ן (ד"ה אבל) כתב בשם ר"י מיגאש: מתי אנו אומרים שאין רשות לאומנים לתקן תקנות ללא אישור גדול העיר? רק כאשר התנאים גורמים להפסד לאחרים, כגון במקרה הנוכחי, שההסכם גורם לכך שאין תחרות בין הסוחרים, דבר המביא לפגיעה מידית בצרכנים, שכן ללא תחרות, המחירים מתייקרים, במצב כזה שההסכם גורם לנזק עבור הצרכנים - צריך אישור של רב העיר או אישור של אדם חשוב הממונה ופרנס על הציבור, אבל אם האומנים עושים בניהם הסכם שאינו גורם להפסד לתושבי העיר - התנאים תקפים גם ללא אישור גדול העיר.

וכן כתב ערוך השולחן (סימן רלא סעיף כח): "בד"א? בעיר שאין בה חכם חשוב ממונה על הציבור, כמו רב העיר, אבל אם ישנו - אין התנאי של האומנים או של בני העיר מועיל בלא דעת החכם, דכיוון שיש בתקנה **איזה הפסד ליחידים** - צריך בזה הסכם חכם העיר, שיבין שראוי לעשות כן לטובת הכלל"[235].

הרמב"ן סייג את האפשרות לתקן תקנות: בכדי לתקן תקנה, צריך שכל בני אותה אומנות יסכימו לתנאים ולקנסות, אבל תנאים שנעשו ללא ידיעת כל בני אותה אומנות - אין להם תוקף. לפיכך יש

[235] הרמ"א בסימן לז סעיף כב כתב בשם תרומת הדשן (פסקים וכתבים סימן ריד): "טובי הקהל הממונים לעסוק בצרכי רבים או יחידים - הרי הן כדיינים, ואסורים להושיב ביניהם מי שפסול לדון משום רשעה".

לבאר, שהגמ' דיברה על מציאות בה שני הטבחים, היו הטבחים היחידים בעיר, לכן היו יכולים לתקן תקנה, אילו לא היה אדם חשוב בעיר.

הראשונים כתבו מספר הסברים למקור הסמכות של בני העיר לתקן תקנות:

א. המרדכי (סימן תפ) כתב: כשם שהבית דין יכול לתקן תקנות, מדין **הפקר ב"ד הפקר**, כך גם טובי העיר הם כמו גדול הדור והפקרם הפקר. ומכאן הסמכות שיש לטובי העיר לתקן תקנות.
ב. הרא"ש (סימן לג) הוסיף: **כל בעלי האומנות נחשבים כבני עיר לעצמם**, וכשם שבני עיר יכולים לתקן תקנות - כך גם בעלי מלאכה.
ג. ריב"ש (סימן שה) כתב: הסמכות של הקהל לתקן תקנות היא ככל **תנאי שבממון**, שהתנאי תקף.
ד. החתם סופר (או"ח סימן קצג) כתב: "בני הקהילה - דין **שותפים** להם".

המרדכי (סימן תפא) עוד כתב: תקנות הקהל תקפות גם ללא קניין. וכן כתב הרא"ש (כלל ו סימן יט): "ועל שהוספת לשאול אם יוכלו (הקהל) לחזור בהם? מנהג פשוט הוא, מה **שטובי הקהל מסכימים לעשות - שריר וקיים הוא בלא קנין**. ובכל תקנות הקהל, שמתקנין על יחידים ועל רבים ומסיעין על קיצותם, כל דבריהם ככתובין וכמסורין דמו".

החזון איש (ב"ב סימן ד בס"ק כב) כתב: תקנת הקהל תקפה גם ללא קניין כשם שהחלטות הבית דין תקפות ללא קניין. ומשכך יש לומר שהתקנה מחייבת רק כאשר היא נתקנה ע"י שלושה כמו הרכב של ב"ד.

המרדכי (מסכת גיטין סימן שפד) הוסיף: "**ודיני קנסות** שפירש שאין דנין בזמן הזה - שמעתי בשם הר"י מאייור"א, **שיש לדונם ע"פ שבעה טובי העיר**. וכן הוא מקובל מרבותיו".

המקור לסמכותם של הבית דין להפקיר, הוא מדברי הגמרא במסכת מועד קטן דף טז עמוד א: "ומנלן דמפקרינן נכסיה? דכתיב וכל אשר לא יבוא לשלשת הימים, כעצת השרים והזקנים - יחרם כל רכושו, והוא יבדל מקהל הגולה. ומנלן דנצינן ולייטינן ומחינן ותלשינן שיער ומשבעינן? דכתיב ואריב עמם ואקללם ואכה מהם אנשים ואמרטם ואשביעם. ומנלן דכפתינן ואסרינן ועבדינן הרדפה? דכתיב הן למות הן לשרושי הן לענש נכסין ולאסורין".

הפתחי תשובה בסימן ב ס"ק ב, הביא מחלוקת הפוסקים, האם הב"ד רשאים רק להפקיע נכסים מבעליהם, או שיכולים גם להעביר את הנכסים לרשות אחר. **הברכי יוסף** (קו"א אות ג) סבור שהב"ד יכולים רק להפקיע ממון, אך לא להעביר את הממון לאחרים. וכך כתב החתם סופר (חלק א אורח חיים סימן קיז): "משום דהפקר בית דין אינו אלא להפקירו מיד המקנה, ולא להקנותו להקונה". אך **הדברי אמת** (דברי סופרים סי' ו) סבור, שיש בכוח הב"ד גם להעביר את הנכסים לרשות אחר.

הרשב"א (מסכת גיטין דף לו עמוד ב) במפורש כתב שיש בסמכות החכמים גם להפקיר וגם להעביר לאדם אחר למרות שהוא עוד לא זכה בחפץ: "ומינה שמעי', **דכח ב"ד יפה להפקיר ממון מזה ולזכותו לזה אפי' קודם שבא לידו**, וכן מוכח מקרא דאלה הנחלות אשר נחלו, דמה אבות מנחילין ואומרים שדה

פלוני לפלוני, וזכה בו מיד ואף קודם שבא לידו - אף ראשים מנחילין לכל מי שירצו, ואומרין ממון ראובן יהא לשמעון וזוכה בו שמעון מעתה".

הגר"ע איגר (מהדורא קמא סימן רכא בס"ק ו) כתב בשם בנו האברך הרב רבי שלמה נ"י מווארשא": התורה נתנה כוח לחכמים רק להפקיר ממון, דהיינו "לסלק רשות בעלים ממנו, כמו שם (בפסוק) דעשאוהו חרם, אבל שיהיה כח בידם לומר שיהא קנוי לאחר - לא מצינו". הגר"ע איגר (סימן רכב בס"ק כא) כתב בתשובה לבנו[236]: "יפה כוונת, וגם אנכי עמדתי בזה". הגר"ע הביא את דברי הרשב"א מהם משמע שהפקר ב"ד גם מקנה לאדם אחר.

הסמ"ע בס"ק מה הביא מחלוקת ראשונים, האם הסייג לבקש אישור מגדול העיר - מדובר רק על בעלי אומנויות, או גם על תקנות של אנשי העיר שלא ניתן לעשותם ללא אישור גדול העיר.

**הרא"ש** (סימן לג), **המרדכי והטור** כתבו: גם תקנות הנוגעות לבני העיר - צריכות לקבל אישור מגדול העיר. וכך כתב הרא"ש: "מכאן דכל בעלי אומנות יכולין להתנות ביניהם, והם הנקראין בני העיר בענין מלאכה, ואדם חשוב דהיינו דוקא כגון רבא, שהיה ראש ומנהיג בעיר, ואפילו כל בני העיר לאו כל כמיניהו להתנות אם לא מדעת אדם חשוב".

אבל **מהר"ם אלשקר** כתב בשם הרמב"ם והרמב"ן: הגמ' דיברה רק על בני אומנויות ולא על בני העיר, שכן רק האומנים יכולים לפגוע באנשי העיר ע"י הקמת מונופולים, משא"כ בתקנות אנשי העיר, ניתן להתנות ללא אישור גדול העיר. הרמ"א פסק כשיטת הרא"ש, ונראה שהמחבר פסק כרמב"ם.

הרשב"א (חלק א סימן תשס"ט) כתב: "שאין רשות ביד אדם להסתלק ולפטור עצמו מתקנת הקהל, ולומר לא אכנס בתקנות וכיוצא בהן, לפי שהיחידים משועבדים לרוב. וכמו שכל הקהלות משועבדות לבית דין הגדול או לנשיא - **כך כל יחיד ויחיד משועבד לצבור שבעירו**".

הרשב"א (חלק ג סימן תיא) עוד הוסיף: "לפי שכל צבור וצבור היחידי' - כנתונין תחת יד הרבים, על פיהם הם צריכין להתנהג בכל ענייניהם, **והם לאנשי עירם ככל ישראל לב"ד הגדול או למלך**".

בחידושי הגרע"א מובאת מחלוקת ראשונים, במקרה בו התקנה אינה למגדר מילתא, אלא תקנה שגורמת לרווחים לאדם מסוים ולהפסדים לאחר, האם צריך שכל האומנים יסכימו או מספיק שרובם יסכימו.

**ר"ת** (מובא במרדכי סימן תפא) **והרמב"ם** סבורים, שצריך את הסכמת כל האומנים, והרוב אינו יכול במקרה זה לכוף על המיעוט, ומתי אנו אומרים אחר רבים להטות? רק בדבר שנועד לגדר את קיום

[236] הגר"ע הקדים וכתב: "בן יקר לי מפנינים, אב בחכמה ורך בשנים הרב רבי שלמה נ"י. חדאי נפשי בדבריך הנעימים בפלפול ישר ובסברא אשר הגיעוני בכורי פרי תנובתך הם אשר הקרבת אלי מאז יצאת מלפני. ולמה זה נחבאת בני בדבריך עד היום, הלא שמח תשמחני כראותי אותך הולך בשביל השכל הישר בדברי ראשונים נ"ע, כה תחזק במעוזך, ומובטחני שלאילנא רבא תתעבד, והנני כיום להשיבך על סדר קונטריסך אחת לאחת".

התורה והמצוות, בזה יכול הרוב להכריח את המיעוט, אבל בדברי חולין הנוגעים לסדר חברתי - אין הרוב יכול להכריח את היחיד.

וכ"פ להלכה החתם סופר (סימן קיז), שאין ביכולת שבעה טובי העיר לתקן תקנה עבור הציבור, בדבר שאינו של מצווה, כאשר התקנה גורמת להפסדים לחלק מהציבור, (אא"כ כל הציבור יאשר פה אחד, דבר שהוא כמעט בלתי אפשרי).

אבל **ראבי"ה** (מדרכי סימן תפג), **הרשב"א והרמב"ן** כתבו: הרוב יכולים לכוף את המיעוט גם במידי דפסידא להאי ורווחא להאי, זאת בתנאי שהיית נוכחות מלאה של כל בני העיר, שאז הולכים ע"פ החלטת הרוב. ערוך השולחן בסימן רלא סעיף כז העיר: "ומי שלא בא לאסיפה - בטלה דעתו, ובמקום שיש תקנת המלכות דינא דמלכותא דינא".

וכ"פ הרא"ש (כלל ו סימן ה): ניתן לומר אחר רבים להטות גם בכל צורכי הציבור, שאם לא נאמר כך, לא תתכן שום קבלת החלטות. אומנם מהריב"ל אמר שגם פוסקים אלו יסכימו שלא ניתן לכוף את הרבים שלא היו באותה העיר בשעת ההסכמה. הרמ"א בסימן ב סעיף א הביא את שיטת ר"ת, אך פסק כשיטת ראבי"ה.

הרמב"ם (הלכות ממרים פרק ב הלכה ה) סייג את האפשרות לתקן תקנות רק לתקנות **שרוב הציבור יכול לעמוד בהן**, וכן צריך **שהתקנה תתקבל בפועל** על רוב הציבור, אך אם התברר שהתקנה לא התקבלה על רוב הציבור - ניתן לבטלה[237].

הרמ"א בסימן קסג סעיף א כתב: "כל צרכי צבור שאינן יכולין להשוות עצמו - יש להושיב כל בעלי בתים הנותנים מס, ויקבלו עליהם שכל אחד יאמר דעתו לשם שמים, **וילכו אחר הרוב**. ואם המעוט ימאנו - הרוב יכולין לכוף אותן אפילו בדיני גוים, ולהוציא ממון על זה, והם צריכין לתת חלקם. והמסרב מלומר דעתו על פי החרם - בטלה דעתו ואזלינן בתר רוב הנשארים האומרים דעתן".

הגר"א בס"ק ט כתב: "**שכל השותפין בעניני שותפתן הן כב"ד הגדול**, כמ"ש הר"ח שם". (מכאן גם ניתן ללמוד על כל החלטות שותפים, כולל החלטות חברי וועד בית משותף, שניתן ללכת אחר הרוב, כפי החלטת ב"ד הגדול).

בשו"ת מהר"י מינץ (סימן ז) מובא: "ואפשר, שבאילו דברים שהוזכרו במשנה ובריייתא ותוספתא - כופין אפי' שלא ע"י הרוב, מדנקט בלשון כופין זה את זה, ולא נקט כופין אילו את אילו, אבל שאר דברים - הולכין על פי הרוב".

---

[237] כך כתב הרמב"ם: "בית דין שנראה להן לגזור גזירה או לתקן תקנה או להנהיג מנהג - צריכין להתיישב בדבר **ולידע תחלה אם רוב הצבור יכולין לעמוד בהן** או אם אין יכולין לעמוד, ולעולם אין גוזרין גזירה על הצבור אלא אם כן רוב הצבור יכולין לעמוד בה".

ובהלכה ו: "הרי שגזרו בית דין גזירה, ודימו שרוב הקהל יכולין לעמוד בה, ואחר שגזרוה פקפקו העם בה ולא פשטה ברוב הקהל - הרי זו בטלה, ואינן רשאין לכוף את העם ללכת בה".

ע"פ מהר"י מינץ, יש לחלק בין הדברים **המרכזיים** עבור כל עיר, (שהם מוזכרים במשנה ובברייתא), כגון בניית בית כנסת ובניית מקווה, שבהם יכול המיעוט לכפות על הרבים, ובין דברים חשובים, אך **לא הכרחיים** עבור כל העיר, כגון בניית אולם (בית חתנות), מאפייה (בית אופים), או שיפוץ בית כנסת או בניית מקווה נוסף בעיר - המיעוט אינו יכול לכפות על הרוב, אך במידה ורוב העיר מעוניין לבנותם - יכול הרוב לכפות על המיעוט. וכ"פ הרמ"א.

הסמ"ע בס"ק לב הקשה: בסימן קסג סעיף ג הרמ"א פסק: "כל צרכי העיר, **אף על פי שמקצתן אינן צריכין**, כגון בית חתנות או מקוה וכדומה, אפילו הכי **צריכין ליתן חלקן**". (מהר"י מינץ). אבל בסעיף ו הרמ"א פסק: "יש אומרים, שאם הוצרכו להוציא הוצאות שיעזור להם השר עם שטרי חובותיהן, **אותם שאינם נושאין ונותנין בשטרות - אין חייבין ליתן לזה**". (הרא"ש כלל ו סימן ט).

הסמ"ע הסביר: יש לחלק **בין דברים כללים ובין דברים פרטיים**. בסעיף ג מדובר על דבר הנצרך לכלל, כגון בניית מקווה - ניתן לכפות את כל העיר שישתתפו בהוצאות, (גם מי שאינו זקוק למקווה, כגון מחמת זקנה). אך בסעיף ו מדובר על דברים שלא נצרכים לכלל הציבור, אלא רק צורך פרטי של חלק מאנשי העיר - לא ניתן לחייב את מי שלא נזקק לכך. (לכן לא ניתן לחייב את מי שלא התעסק עם שטרי חוב ולא הלווה לגויים לשלם לשר גוי בכדי שיעזור להם בגביית החובות). וכן כתב הפתחי תשובה בס"ק כג: "משמע שאם הוא דבר שהרוב אינן צריכין לו - אין חייבין הרוב ליתן סיוע לזה".

הפתחי תשובה בס"ק כח סייג: דברי כללי נחשב רק לדבר שהוא כללי בכל הקהילות, כגון בניית מקווה, (כל קהילה חייבת לבנות מקווה, ורוב הקהילה משתמשים במקווה), אבל דבר שאינו צורך הכלל בכל הקהילות, למרות שיש קהילה שרוב האנשים כן נהנים - לא ניתן לחייב את המיעוט להשתתף בהוצאות. כגון אם יש קהילה שרוב אנשי העיר צריכים את עזרת השר בגביית חובות, עדיין אין זה נחשב לדבר כללי ולא ניתן לחייב את כל אנשי הקהילה להשתתף בהוצאות.

החתם סופר (חלק א אורח חיים סימן קצג) נשאל, על ישוב בו חלק מחבריו מתפלל בבית הכנסת רק שלושה ימים בשנה, בר"ה וביוה"כ, והם אינם מוכנים לשלם מיסים לקהילה, שכן הם אינם נהנים מהרב, מהשוחט, מהמקווה ומכל צורכי הקהילה.

החתם סופר כתב בשם מהר"ם אלשיך (סימן נב): תלמיד חכם שבעיר, לא צריך להשתתף בהוצאות רב העיר, שכן הוא אינו זקוק למורה הוראה, "ואפילו מי שאינו ת"ח ואינו צריך לאותו דבר שהוציאו עליו הוצאות - אינו צריך ליתן".

החתם סופר הוסיף: יש לחלק בין אם **יהיה לאדם הנאה, ואפ' אחת לשבע שנים** - חייב להשתתף בתשלום ההוצאות, (ניתן לחייב להשתתף בהוצאות גם כאשר יש הנאה מועטה לאחד מהמשתתפים), אבל אם **כלל לא תהיה לו שום הנאה**, ואפ' לא הנאה מועטת - אינו חייב להשתתף בתשלום. ומכיוון שאותם בני קהילה נהנים מהקהילה במשך שלושה ימים בשנה - עליהם להשתתף בהוצאות.

אומנם, כתב החתם סופר: מי שאינו נהנה מהקהילה ואינו משתתף בתשלום - אסור לו ליהנות בכל אופן. "אך התושבים הגרים עמכם מגלילות רחוקים, ואין להם יד ושם בקהלה ולא שום שותפות - לא ידעתי שום מקום להטיל עליהם שום דבר גדול או קטן מעולי הקהלה, ולעומת זה אין להם שום זכות ולא יש שום רשות לשום אחד מבני הקהלה להרשות להם להנות מהשותפים, לא מבהכ"נ ומקוה ואפילו מחצר קברות, כי כל זה שייך להשותפים, והרי זה גוזל מהשותפים, זולת אם ירצה להתפשר עם ז' טובי העיר ליתן להם רשות לדבר מהדברים הנ"ל, וההתפשרות נופל להשותפות להקל ממשא כולם, אבל בלי התפשרות, אין להם יד ושם בשום אופן דבר מהקהלה, אבל להעמיס עליהם שום מס אי אפשר".

הבאר היטב בס"ק כז הביא מספר כללים, בכדי שיהיה ניתן לתקן תקנות לציבור:

א. המשפט צדק (חלק ב סימן ד) כתב: גם למ"ד שהרוב יכולים לכוף את המיעוט, צריך שזה יהיה **במעמד כולם**.
ב. אם בני העיר **כבר נהגו באותם תקנות** - החכם אינו יכול לבטלם.
ג. במקרה שהתקנה **מונעת נזק, עוולה או כל סכנה** (מגדר מילתא) - יכולים הרוב לכוף את המיעוט, גם למ"ד שלא ניתן לכוף את המיעוט.
ד. מהרי"ק כתב: כל מה שהסכימו בניהם האומנים - תקף גם **ללא קניין**.

הפתחי תשובה בס"ק ג כתב בשם שו"ת חוות יאיר (סימן פא), להשוות את המחלוקת, האם צריך את הסכמת כולם או מספיק הסכמת הרוב: בתקנות שכלל לא שייכות לדין תורה, כגון מנהגי הסעודות והזיווגים - הולכים אחר הרוב, ואין ביד היחיד לעכב את החלטת הרוב. אבל **בתקנה הנוגדת את דין תורה**, כגון הוספת מיסים על מי שאינם תושבי העיר וכד', תקנות שאינן על פי דין תורה - יכול היחיד לעכבם.

המחבר והרמ"א בסימן ב סעיף א, ובסימן קסג סעיף א, ובסימן רלא סעיף כח פסקו בפשטות שיש סמכות ביד קהילה לתקן תקנות.

**איסור לשמוע במעמד צד אחד**

הדרכי משה בס"ק ד כתב בשם המרדכי: ר"ח מווין תיקן בתקנות הקהילות, שהדיין לא יענה תשובה לשאלה שצד אחד שואל ללא נוכחות שני הצדדים. לכאורה ע"פ דבריו, לא ניתן לענות על שאלות שצד אחד שאל ללא אישור הצד השני על ניסוח השאלה.

דין זה נלמד מדברי הגמ' במסכת סנהדרין דף ז עמוד ב: "שמע בין אחיכם ושפטתם - אמר רבי חנינא: אזהרה לבית דין שלא ישמע דברי בעל דין קודם שיבא בעל דין חבירו. (רש"י - "שמע דבריך בין אחיכם, כשתהיו שניכם יחד משמע"). ואזהרה לבעל דין שלא יטעים דבריו לדיין קודם שיבא בעל דין חבירו, קרי ביה נמי שמע בין אחיכם".

מדברי הגמ' מבואר, חל איסור על הדיין לשמוע את טענות אחד מהבעלי הדין, הפונה אליו ביחידות, ומבקש להרצות את טענותיו. הסמ"ע בסימן יז ס"ק י ביאר: "דכשישמע דברי האחד שלא בפני שני - לא יבוש מלטעון שקר ושוא".

מהר"ם פדואה (סימן מ) כתב: "ומכל מקום הנני משיב מפני הכבוד למעלתך דרך משא ומתן, ולא מגלה הכרעתי כלל, כי זה ימים מה נמניתי והייתי עם חבירי לגדור עלינו גדר ולקבל עלינו שלא לענות על דברי ריבות בדינו ממונות, אם לא נהיה נדרשים משני הבעלי דינין או מן הדיינין הנבחרים משניהם, באשר ראינו קלקלות רבות יצאו בארצינו ממדה זו, שכל אחד מבעלי דינין הסתיר עצה במעמקים לשאול שאלה בהחבא, וגנב דעת הבריות, וקנה לו רב ואילן גדול לפי דעתו להתלות בה בהראותו פסק דין מרב מה, ואמר קים לי כפלוני, ורבו המחלוקת בישראל בין הרבנים ובין הבעלי בתים, ולזה הסכמתי לגדור מילתא ולא יהיה דבר חדתא למעלת' כי כן כתב מהרר"א בעל תרומת הדשן בכתביו סימן ס"ב, שלא ענה על דיני ממונות אפילו דרך תשובה ושאלה בעלמא[238]".

[238] וכך כתב מהרלב"ח (סימן קכח): "ואחרי שידעת ממני כמה קשה בעיני להשיב על דבר שכבר נפסק הדין - היה ראוי לך שלא להכריחני לשנות מדותי, וכן חליתי פניך שיכנסו דברי באזניך מכאן והלאה, ואל תבקש ממני להשיב **ולדבר אחר גמר דין**. ולא ח"ו מפני שאני קץ בשאלותיך אדרבה הנני משתעשע ושמח בהם כמוצא שלל, אבל הסבה היא **שלא ימשך אחר גמר דין מחלקת**. אמנם קודם פסק הדין הנני הנני לכל אשר תבקש לתעודה ותורה כיד דעתי הקצרה, ואם עוד תוסיף לשמור תנאי אחר עם זה והוא **שתבא השאלה בהסכמת ב' בעלי הריב** או מיושב על המשפט אם באולי אם ירצה לעמוד על דעתי תעשה עמי חסד גדול, כי לפי האמת אינו מן הראוי להשיב לא' מבעלי הריב זולתי לשניהם או ליושב על המשפט. וכעת הנני משיב מפני הכבוד ועל התנאי הנזכ' מכאן ולהבא".

**מתי ניתן לענות לשאלות שצד אחד שואל**

אומנם ישנם מקרים, בהם דנו הפוסקים, האם ניתן לדיין לשמוע את אחד הצדדים שלא בפני בעל דינו:

א. הדרכי משה בס"ק ד כתב בשם מהרי"ל (סימן קצה): האיסור לשמוע את אחד הצדדים לפני הדיון, הוא רק כאשר הדיין יודע שהוא יהיה דיין באותו תיק, אבל אם **לא ידע שיהיה דיין** - יכול לשמוע כמבואר לעיל.

ב. כנסת הגדולה (הגהות טור סימן יז בס"ק יט) כתב: **האיסור שייך רק לדיין שידון בין שני הצדדים**, אבל אם הוא לא ידון את הצדדים, אלא נשאל כמו כל חכם ששואלים אותו שאלה - אין איסור לענות.

ג. **הבנימין זאב** (סימן קכו) כתב: יש גדולים שהתירו לדיין לכתוב **'בדרך אם כן'**. דהיינו שהדיין אינו פוסק בצורה חד משמעית, אלא כותב מספר אפשרויות: אם כן הוא המקרה - הדין כך, ואם כן הוא המקרה - הדין כך. וכך כתב בשו"ת הרשב"ש (סימן רל) כמבואר בהערה[239].

אומנם הדרכי משה בס"ק ד כתב בשם **תרומת הדשן** (סימן רסז): אין לפסוק בדרך אם כן, שבכך הצדדים לומדים לשקר.

הריב"ש (סימן קעט) כתב שני טעמים מדוע אסור לפסוק בדרך אם כן: א)- יתכן וצד אחד יאמר את טענותיו בצורה טובה והרב יפסוק כמותו, אך לאחר מכן יגיע הצד השני והרב יצטרך לשנות את פסיקתו, וכך יש זילותא לדיין. ב)- ע"פ תשובת הדיין ילמד מה לטעון וכיצד לשקר[240]. וכ"פ הרמ"א.

ד. מדברי הריב"ש (שם) משמע, שאם **צד שלישי שואל את השאלה** ולא אחד מהצדדים - ניתן להשיב תשובה. וכך כתב הריב"ש: "בריב זה כבר שאלני עליו ר' מכלוף בן חנין, **ולו ידעתי שהוא בעל דבר - לא הייתי משיב לו**... אבל רבי מכלוף הנזכר עשה בערמה, וסדר השאלה כאלו הריב הוא בין שני אנשים אחרים, ובהיות הוא ממונה לזקן על הקהל ההוא, חשבתי שהדין הזה בא לפניו, ושמע כל טענות שתי הכתות ושישאלני כדי לדון הוא ביניהם ע"פ התורה".

---

[239] הרשב"ש כתב: "עמדתי על כל מה שהעתקת לנו מלשון ספר המצות הגדול (בסי' ר"ח במצות לא תעשה), שאסור לדיין לשמוע דברי בעל דין... ואנחנו לא עברנו על דברי רז"ל, שכבר ידענו אזהרתם, ראינוה חשבנוה ועטרות לראשינו ענדנוה, ואינה ענין לזה **שהאזהרה אינה אלא לדיין. אבל א"א הרשב"ץ ז"ל וזולתו מהרבנים ז"ל אשר קדמוהו במקום הזה ובזולתו כלם נדרשים לשואל להשיבו כפי שאלתו**, **והם אינם גוזרים שהדין כך הוא, אבל אומרים אם הענין כך הדין הוא כך וכך**, ודייני המקום יראו אם השאלה אמת ידינו כפי התשובה אי לא משכחי בה פרכא, ואי משכחי בה פרכא חוזרים ושואלים עד שיצא הדין לאמתו, כך נהגו דייני ישראל הכשרים שכוונתם להוציא הדין לאמתו... ואלו עמדת על תשובת הרמב"ם ז"ל לר' פנחס הדיין, שהיה בנוא אמון, היה מתברר לך **איך היו היחידים שואלים לו והוא משיב להם**, **ומי לנו גדול ממנו. וכן נהגו גאוני עולם ורבנים וחכמים ז"ל. והמעלים עיניו מהם - הוא מכלל אוטם אזנו מזעקת דל, כדאיתא בפרק במה אשה, והמשיב להם - קיים מצות ולהורות את בני ישראל"**.

[240] הגר"א בס"ק יא הפנה לדברי המשנה במסכת אבות (פרק א משנה ט): "שמעון בן שטח אומר: הוי מרבה לחקור את העדים, **והוי זהיר בדבריך, שמא מתוכם ילמדו לשקר**".

ה. הפתחי תשובה בס"ק ט כתב בשם תשובות זכרון יוסף (חו"מ סי' ב אות ו): מותר לדיין לשמוע את אחד הצדדים "**בדרך קובלנא**, היולי וחומר אופן התביעה, אך אסור לשמוע את צורתה, איכותה ומהותה על גדר מרכז הווייתה".

ו. הפתחי תשובה בס"ק יא כתב בשם שו"ת הרמ"א (סימן קיב): מותר להשיב לאחד הצדדים **בדיני ירושות,** שכן דיני ירושה אינם תלויים בטענות הצדדים. בשו"ת שבות יעקב (חלק א סימן סד) מובא: "דהמקרא מסייע קצת, שנאמר ותקרבנה בנות צלפחד לאמור אבינו מת במדבר וגו', תנו לנו אחוזת נחלה, ולא נזכר שאחי אביהם טענו נגדם, ואעפ"כ שמע משה ואהרן והזקנים דבריהם לפסוק להם הדין ע"פ שאלתם".

ז. הפתחי תשובה עוד כתב בשם השבות יעקב (חלק א סימן סד), שענה לאחד מהצדדים, בדין שהיה על מי **שביזה ת"ח**, שכן לא ניתן לשתוק על זלזול בת"ח, וראוי להפך בזכותם של צורבא מרבנן.

ח. השבות יעקב (שם) עוד כתב בשם שו"ת **באר עשק** (סימן ק): מותר לומר לאחד מהבעלי דין **תשובה קצרה בע"פ**. וכך מוכח מדברי הגמ' במסכת כתובות דף נב עמוד ב, שרבי יוחנן ייעץ לקרוביו. "אף על גב דגם שם נתחרט ר' יוחנן אח"כ ואמר: עשינו עצמינו כעורכי הדיינים - היינו להיות להם ליועץ ממש ואדם חשוב שאני וגדולה מזו".

אבל **השבות יעקב** סיים: "כ"ש בדורות הללו שאין ידינו תקיפה לכוף לדון בדיני ישראל, יש לחוש דאם יאמר לו הדין אפי' בעל פה, ויראה שלא יזכה בדינינו - ישמט עצמו מד"ת, לכן הירא וחרד ימנע עצמו שלא להשיב כלל לשואל לבדו, ודומיה לו תהלה".

ט. עוד כתב הפתחי תשובה בשם מהרש"ל (סימן כד): ניתן **להפך בזכותה של אלמנה**, אם לא יהיה דיין בדבר.

י. בתשובות מהרשד"ם (יו"ד סימן קנג) מובא: **באפרושי מאיסורא** (שהשואל לא יעבור על איסור גזל או על איסור ריבית וכד') - ניתן לשמוע צד אחד.

יא. בספר עבודת הגרשוני (סימן קכד) התיר לדיין **להראות לצד אחד באיזה נושא בשו"ע** הוא צריך להכין את עצמו וטענותיו.

יב. מהר"ם פדוואה (סימן מ) כתב: במקום דררא **דמצווה** - ניתן לשמוע צד אחד.

יג. מהר"ם פדוואה (שם) עוד כתב: "אמנם **דרך משא ומתן** - אדון לפני מעלתך, כדן לפני רבותיו בקרקע, להקשות קושיות, ולשדות נרגא בראיות מעלתך כמתלהלה[241], ושערי התרוצין לא ננעלו ממ"כ לתרץ ולדון מאז כחפצך".

יד. מהרשד"ם (חו"מ סימן כג) כתב: "דבר קשה מאד להשיב על דין שבין אדם לחברו אם לא נשאל משני הכתות, ומ"**מ בעיני דבר תמוה מאד מי הוא שיחלוק בדין זה,** דזיל קרי בי רב הוא,

---

[241] במשלי פרק כו פסוק יח מובא: "כְּמִתְלַהְלֵהַּ הַיֹּרֶה זִקִּים חִצִּים וָמָוֶת". המצודת דוד ביאר: "כמו המתייגע לזרוק ניצוצים של אש הנכבים טרם יבואו אל מי שזרקם ולא יזיקו אותו, הנה עכ"ז לא יגע לריק, כי כוונתו לאמן ידו לזרוק בו חצים ודברים הממיתים". המלבי"ם ביאר: "כמהתל בחברו, ותחלה מורה זקים של אש ששורפים הבגדים, ואחר כך חצים שעושים פצעים, ואחר כך חצים משוחים בסם המות שממיתים".

והאמת כי רואה אני יש בדין זה שתי חלוקות א' לחיוב וא' לפטור **ושתיהן פשוטות מאד**". מכאן שבהלכה פשוטה וברורה - ניתן להשיב.

טו. מהרשד"ם (חו"מ סימן תלו) עוד כתב: **בהלכה יסודית וכללית** - ניתן לענות.

טז. הריב"ש (סימן ה) כתב: כאשר שואל השאלה **גר במקום רחוק** מהדיין שעונה - ניתן לענות בקצרה בלי לכתוב את השאלה.

יז. מהרלב"ח (סימן קכח) כתב: אם **השאלה נוסחה בהסכמת שני הצדדים** - ניתן לענות עליה.

יח. ערוך השולחן (סעיף ח) כתב: "אם החכם רואה **שבהעדר תשובתו יתהוה קילקול** מזה, כגון שהשואל רוצה לנתק קישורי תנאים, ואם לא ישיב לו לאיסור - ינתק הקישורי תנאים וכיוצא בזה, או **אם לא ישיב יצמח מזה מחלוקת או שבתשובתו יציל עשוק מיד עושקו** - מצוה להשיב כיון שכוונתו לשמים". מכאן שמותר לענות תשובה באחד מהמקרים הבאים: א)- למנוע תקלה. ב)- למנוע מחלוקת. ג)- להציל את הצד העשוק.

**אין לשאול שאלות במקרים הבאים:**

א. נושא שנמצע **באמצע בירור** באחד מבתי הדין.

ב. אין לשאול שאלה בדיני ממונות **לדיין שעתיד לדונו.**

# הגדרת מעמדו של בית ביהודה ושומרון

**המקרה:**

עו"ד של התובעים (דיירים בבניין בישוב ביהודה שומרון) טען, שביהודה ושומרון חוק המקרקעין לא חל, לפיכך כל החובות/זכויות שיש בחוק המקרקעין - לא ניתן להחילם בבתים הללו.

**השאלות לבירור:**

א. הגדרת מעמדו של בית ביהודה ושומרון?

ב. תוקפה של מכירת דירה שלא נרשמה בטאבו?

ג. האם חוק המקרקעין תקף ביישובי יהודה ושומרון?

ד. האם יש חיוב בגלל מנהג מדינה?

**א- הגדרת מעמדו של בית ביהודה ושומרון**

מדינת ישראל החליטה לשמור על הסטטוס-קוו בקרקעות שביהודה ושומרון כפי שהיה עד מלחמת ששת הימים. לאור זאת לכאורה, דיני הקרקעות ביהודה ושומרון - יהיו מורכבים מהתקופה העות'מאנית, (עד מלחמת העולם הראשונה), מהחוק האנגלי (עד קום המדינה), ומהחוק הירדני (ממלחמת העצמאות ועד מלחמת ששת הימים), וכן מצווים שנחקקו ע"י מפקד האזור (החל ממלחמת ששת הימים).

במציאות היום, הקרקעות ביהודה ושומרון שייכות למנהל האזרחי (שאחראי מטעם המדינה על הפעילות האזרחית ביהודה ושומרון). המנהל העביר להסתדרות הציונית העולמית את זכות השימוש בקרקעות, והחטיבה להתיישבות (בהסתדרות) מאשרת לאגודה השיתופית של הישוב לתת לתושב זכות לבנות בקרקע מסוימת.

לדייר יש זכות בנכס כמו בר-רשות, דהיינו אין לדייר זכות בגוף הקרקע, ואין בעלות על גוף הקרקע, אלא רק זכות בנייה, אישור מבעלי הקרקע להחזיק ולגור בדירה.

לכאורה, ע"פ ההגדרה הנ"ל ניתן לומר, שהמעמד של קונה דירה הוא כמו קונה זכות לאכילת **פירות,** ללא בעלות על **גוף** הנכס, כך שאין זכות קניינית לדיירים.

דין זה מבואר במסכת בבא מציעא בדף צו עמוד א: "דאיתמר: המוכר שדהו לחבירו לפירות (הקונה רק יכול **להשתמש** בנכס {=פירות}, אך אין לו בעלות על **גוף** הנכס): **רבי יוחנן** אומר: מביא וקורא, (הקונה מביא ביכורים מפירות השדה, ויכול לקרוא בפרשת הביכורים: "את האדמה אשר נתת לי",

שכן קניין פירות כמו קניין הגוף, והוא נחשב לבעל השדה באותה תקופה). **ריש לקיש** אומר: מביא ואינו קורא. **רבי יוחנן** אומר: מביא וקורא, קנין פירות כקנין הגוף דמי. **וריש לקיש** אומר: מביא ואינו קורא, קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי".

הרי"ף (דף נה.) כתב ע"פ דברי הגמ' במסכת יבמות דף לו עמוד א: זהו אחד מתוך שלוש הלכות שנפסק בהם הלכה כר"ל שקניין פירות אינו חשוב כמו קניין הגוף. וכך גם נפסק להלכה בסימן רנז סעיף ה: "וקנין פירות - אינו כקנין הגוף". ע"פ הגדרה זו אין לבעלי הדירות ביהודה ושומרון זכות קניינית על הדירה שברשותם.

אבל יותר נראה לומר, שיש בדירות הנבנות ביהודה ושומרון - קניין גוף וזכות קניינית מלאה, כפי שנוכיח לקמן.

הרמב"ם (הלכות מכירה פרק כג) בהלכה ה כתב: "המוכר גוף הקרקע **לזמן קצוב** - הרי זה מכירה, ומשתמש הלוקח בגוף כחפצו, ואוכל הפירות כל זמן המכירה, ובסוף תחזור לבעליה".

ובהלכה ו מובא: "ומה הפרש יש בין המוכר קרקע לזמן קצוב, ובין המקנה אותה לפירותיה? **שהקונה לפירות -** אינו יכול לשנות צורת הקרקע ולא יבנה ולא יהרוס. אבל **הקונה לזמן קצוב** - הוא בונה והורס ועושה בכל זמנו הקצוב כמו שעושה הקונה קניין עולם לעולם".

לדעת **הרמב"ם**, אדם שקונה את גוף הנכס, גם אם קונה לזמן קצוב - רשאי הקונה לבנות או להרוס את הקרקע[242], אבל מי שקנה קניין לפירות - אינו רשאי לבנות או להרוס את גוף הקרקע. בזמן הקצוב שהנכס ברשותו יש לו בעלות מוחלטת על הנכס, וכאשר יגיע הזמן להחזיר את הנכס לבעליו הראשונים, יש כעין העברת בעלות בחזרה לבעליה הקודמים. אך **הראב"ד** סבור, שהקונה לזמן קצוב - אינו יכול לבנות ולהרוס, אא"כ קנה שדה לשישים או חמישים או ארבעים שנה, שנראה כמוכר בזמן היובל.

המגיד משנה כתב: לדעת הרמב"ם, המוכר לזמן קצוב - נחשב כמו מוכר בזמן שהיובל נוהג, ובזמן שהיובל נהג, היה ניתן לקנות נכס בין לזמן קרוב ובין לזמן רחוק, ולעשות בגוף הנכס כרצונו, כך גם הקונה לזמן קצוב - יכול לבנות ולהרוס. המגיד משנה סיים: "ודברי ההשגות אינם ברורים, ויתר דברי המחבר והמפרשים שכתב - כולן ברורים ופשוטים הן".

---

[242] המשנה למלך (הלכות שמיטה ויובל פרק יא הלכה א) הקשה: מדברי הירושלמי (מסכת גיטין פרק ד הלכה ט) משמע, שאסור להזיק לקרקע, כי "התורה אמרה ושב לאחוזתו בעינו"?

החזון איש (אבן העזר סימן עד בס"ק טו) כתב: הרמב"ם לא התכוון לומר שיכול הקונה לכלות את גוף הקרקע, שא"כ היה על הרמב"ם לומר שמותר לו למכור או להקדיש את הקרקע, לכן צריך להסביר בדעת הרמב"ם שיש לו זכות לשימוש רגיל של כל קונה שיכול לבנות או להרוס אך לא לכלות את גוף הנכס.

הכתב סופר (חושן משפט סימן יג) ביאר: הרמב"ם למד הלכה זו מדברי הירושלמי הללו, כי הירושלמי התייחס לזמן בו היובל נוהג שאז אכן יש גזירת הכתוב להשיב את הקרקע לבעליה כפי שהייתה, לכן קיים איסור להזיק לקרקע, אך במציאות של קונה ומוכר לאורך זמן - יש זכות קניינית על גוף הנכס, כך שהוא נחשב הבעלים של הקרקע.

נמצא אפוא, ההבדל בין קניין גוף לקניין פירות הוא באפשרות לבנות ולהרוס בקרקע. **בקניין גוף** - הקונה יכול לבנות ולהרוס, אך הקונה **קניין פירות** אינו יכול לבנות או להרוס, כי יש לו זכות רק להשתמש בפירות שגדלים חיצונית לקרקע, ולא זכות בנייה והריסה בגוף הקרקע.

תושב ביהודה ושומרון שמקבל אישור "בר-רשות" - יכול לבנות או להרוס בשטח עליו יש לו זכות בר-רשות, ע"פ דברי הרמב"ם יש לראות בכך משום קניין גוף ולא קניין פירות. גם ע"פ דברי הראב"ד, הזכות לבר-רשות חשובה כמו קניין הגוף, מכיוון שזכות זו תקפה ליותר מחמישים שנים, כך שניתן להשוות זכות זו לקונה בזמן שהיובל נהג.

וכך כתב הקצות בסימן רנז ס"ק ג: מתי אנו אומרים שקניין פירות אינו כקניין הגוף? רק כאשר הוא יכול להחזיק בפירות בלבד ואין לו כל זכות בגוף הקרקע, אבל אם יכול לחפור בורות, לבנות או להרוס - קניין פירות נחשב לקניין הגוף, כמו שבזמן שהיובל נוהג הקרקע מכורה לפירות, כי גוף הנכס חוזר ביובל, ובכ"ז נחשב לקניין גוף, מכיוון שיכול לבנות בגוף הקרקע.

**שיטת הר"ן** (מס' נדרים דף כט. ד"ה אמר ליה אביי) - כל נכס שלא קנוי עולמית - נחשב כמו קניין פירות. וכך כתב הר"ן: "דכל קנין שאינו עולמית - קנין פירות בלחוד מיקרי". וכן גם כתב הרא"ש (מס' סוכה פרק ג סימן ל): קניין גוף לזמן מוגבל, אינו קניין מוחלט, אלא נחשב לקניין פירות, כי הוא יכול להשתמש רק בפרי (בחפץ), אבל גוף הפרי אינו שייך לו[243].

**הקצות** (סימן רמא ס"ק ד) כתב: קניין לזמן מוגבל, נחשב כקניין הגוף, קניין מוחלט. הקצות הביא הוכחה לכך מדברי הגמ' במסכת בבא בתרא בדף קלז עמוד ב (כמבואר בהערה[244]).

---

[243] לכן מי שנתן אתרוג לחברו ביו"ט ראשון של סוכות במתנה על מנת להחזיר - אינו יוצא ידי חובתו, שכן האתרוג אינו שלו ממש, ובארבעת המינים כתוב 'ולקחתם לכם' שיהא משלכם, והוא לא נתן לו את האתרוג במתנה גמורה, אלא נתן לו את האתרוג רק עד שיסיים לנענע ולצאת ידי חובת המצווה, ודומה למשאיל אתרוג, שרק הפרי שלו ואין הגוף שייך למשאיל.

מי שרוצה לתת האתרוג לחברו ע"מ שיחזירהו, עליו לתת את האתרוג במתנה גמורה, (ולא במתנה עד שיצא ידי חובתו), עליו לומר לו שהמתנה (הגמורה) היא על מנת שיחזיר את האתרוג, ומכיוון שהמתנה היא גמורה, הרי שצריך המקבל להקנות בחזרה את האתרוג, שכן האתרוג אינו חוזר מאליו לבעלים, שהרי כעת האתרוג נתון למקבל.

וכך הסביר הרא"ש, את דברי הגמ' במסכת סוכה בדף מו עמוד א: אסור לתת את הלולב לבן קטן ביום הראשון של חג סוכות, שכן התינוק לא יכול להקנות בחזרה, ואם נאמר שהמתנה חוזרת מעצמה, א"כ שוב לא תהיה כל בעיה לתת את לולבו לתינוק עד שיסיים את המצווה, והלולב יחזור מאליו לבעליו הראשונים. מכאן שהמקבל צריך להקנות את האתרוג בחזרה לבעליו הראשונים, דבר שתינוק אינו יכול לעשותו. וכ"פ ערוך השולחן בסעיף יא והנתיבות בס"ק ה.

[244] בגמ' מובא (אליבא דרשב"ג), אדם האומר לחברו: 'האתרוג נתון לך במתנה, ואחריך לפלוני' - יצא י"ח, שכן האתרוג קנוי לו לחלוטין ונחשב 'לכם'. מכאן אנו רואים, שגם במתנה הקנויה רק לזמן מוגבל, כמו כאן שהאתרוג קנוי לראשון רק לזמן מוגבל, שהרי הבעלים אמרו לו: 'ואחריך לפלוני', ז"א האתרוג קנוי לראשון רק עד שיסיים את המצווה, ובכ"ז יצא י"ח.

למרות שהבעלים אמרו לו: 'ואחריך לפלוני' - אין זה דומה לשאול, שכן בשאול אין הגוף קנוי לו אלא למשאיל יש רק פירות, אך כאן שהקניין מוחלט נחשב שקנה את גוף האתרוג. והשני קונה אח"כ את האתרוג ללא צורך בקניין נוסף, שהקניין של הראשון יפסק מאליו, ויעבור לשני, וכן בכל מתנה ע"מ להחזיר, שאין צורך בחזרה בקניין.

הקצות הוסיף: גם הר"ן לא חולק עקרונית על יסוד זה, דברי הר"ן מתייחסים רק **לקידושין**, שבקידושי אישה אכן יש צורך בקניין לעולם ולא בקניין לזמן מוגבל, לא ניתן לקדש אישה רק לזמן מוגבל, אלא הקידושין צריכים להיות מוחלטים ולעולם, אבל **בדיני ממונות**, גם לדעת הר"ן - קניין גוף לזמן מוגבל נחשב כמו קניין הגוף.

אומנם **הנתיבות** בסימן רמא ס"ק ה כתב: מדברי הר"ן מבואר שגם בדיני ממונות צריך שהקניין יהיה לעולם, ואם הקניין הוא לזמן מוגבל נחשב לקניין פירות ולא לקניין גוף[245].

נראה לומר, שגם אם נסביר את דברי הר"ן כדעת הנתיבות ולא כדעת הקצות - עדיין יש לראות בבנייה ביהודה ושומרון כקניין גוף ולא כקניין פירות, שהרי בעל הנכס יכול להוריש את דירתו לבניו. הר"ן (מסכת נדרים דף מז עמוד א) במפורש כתב: אדם שמחזיק נכס ויכול להורישו לבניו - נחשב לקניין גוף, למרות שעליו לשלם בכל שנה סכום מסוים לבעל הנכס, בכ"ז "כי האי גוונא קנין הגוף מיקרי, ולא שעבוד בלבד".

לסיכום פרק זה, לדעת הרמב"ם, היכולת לבנות או להרוס - חשובה כקניין גוף, לדעת הראב"ד, הזכות להישאר בקרקע במשך עשרות שנים - חשובה כקניין גוף כמו שהיה ביובל, ולדעת הר"ן, היכולת להוריש את הנכס ליורשיו - חשובה כקניין גוף. לפיכך, תושב שבנה את דירתו ביהודה ושומרון, וקיבל זכות בר-רשות, יש לבעל הדירה זכות קניינית מלאה כדין קניין גוף.

**ב- רישום בטאבו**

ע"פ החוק (חוק המקרקעין סעיף 7 ב) יש חובה לרשום את מכירת הנכס בטאבו: "עסקה שלא נגמרה ברישום - רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה".

---

אין לפרש, שהתנאי שעשו הבעלים ('על מנת שתחזירהו לי'), גרע מתוקף הקניין, שכן לעולם המתנה היא מוחלטת לאותו זמן, והבעלים שעשו את הקניין, בכדי לא להגיע למצב שיהיה מובן שרק מה שיישאר מהאתרוג יחזור אלי, שהרי באמירה 'ואחריך לפלוני', אנו אומרים שמה שיישאר ילך לפלוני, ואם למשל אכלה ולא נשאר כלום, הרי שאין צורך להחזיר, לכן בכדי למנוע בעיה זו, הבעלים אומרים שהם רוצים את האתרוג בחזרה.

[245][245] המחבר בסימן שמו סעיף יח כתב ע"פ דברי התוס' (מס' ב"מ דף צו: ד"ה בעל): לקוח שקנה חפץ לזמן מוגבל (שלושים יום) - נחשב לשומר חינם.

הקצות בסימן שמו ס"ק ה הקשה: ע"פ דברי הרמב"ם המובאים לעיל, הקונה חפץ לזמן מוגבל נחשב כמו קניין הגוף, ויכול אפ' להרוס בידיים, ואם מותר לו להזיק - ק"ו שלא ניתן לחייבו על פשיעה כדין שומר חינם.

הקצות הוסיף: התוס' סבורים כדעת הראב"ד שקניין לזמן מוגבל לא נחשב לקניין גוף, ולכן התוס' חייבו את הקונה כדין שומר חינם, "ולכן תמה אני לא אדע דרכי השו"ע שבסימן רי"ב סעיף ד כתב כדברי הרמב"ם הנזכר, וכן הרמ"א שם אינו חולק, וכיון דקונה לזמן רשאי לקלקל, השתא אזוקי מזיק ליה ופטור - ומכל שכן בפשיעה? וצ"ע".

השאלה היא, האם החיוב ע"פ החוק לרשום את העברת הבעלות בטאבו - יוצר גמירות דעת שהעסקה תסתיים רק ברישום בטאבו ולא לפני כן[246], או שנאמר מכיוון שלא מצאנו בהלכה חיוב לרשום בטאבו בכדי להחיל קניין, אלא כל העברת בעלות בקרקע תסתיים בכסף, בשטר, בחזקה ובקניין סודר.

**מהר"י באסן** (סימן צא) כתב: למרות שע"פ ההלכה קניין חזקה מועיל ואין צורך ברישום נוסף, בכ"ז מכיוון שע"פ החוק יש חובה לרשום בפנקס המותיבילי (=טאבו), לכן לא סמכא דעתו לקנות עד שיסתיים הרישום בטאבו. וכך כתבו כנסת הגדולה (הגהות טור חושן משפט סימן קצ בס"ק לב), הדברי אמת (סימן יב), הפני משה (חלק ב סימן עז), החתם סופר (חו"מ סימן קמב), ועוד פוסקים.

כנסת הגדולה (הגהות טור חושן משפט סימן קצ בס"ק ח) עוד כתב: גם אם אין דינא דמלכותא, בכ"ז יש תוקף לרישום בטאבו בגלל שכך הוא מנהג הסוחרים.

ע"פ דברי החתם סופר (חושן משפט סימן מד) המפורסמים, שיש חובה לפסוק כפי הדינא דמלכותא בכל חוק שנועד **לצורך הסדרת חיים תקינים** לטובת הציבור - ניתן לומר שיש תוקף לדינא דמלכותא בכל הנוגע לחיוב הרישום בטאבו, כי הרישום בטאבו נועד להגן על הקונים, בכדי שלא תהיה מכירה כפולה של בתים, כעין תקנת השוק, כך שיש תוקף לחוק זה[247].

ערוך השולחן (סימן קצ סעיף כה) כתב: "ולכן במקום שהמנהג שכל זמן שלא בא קיום מערכאות לא נגמרה המכירה - **אין הקניין נגמר עד שיתקיים בהערכאות**, וכשנגמר קונה למפרע משעת הקניין בלא זה הכל לפי תנאם".

הגרי"ש אלישיב (פסקי דין רבניים חלק ו פס"ד בעמוד 376) כתב: "לפי הנוהג כאן בארץ שעל עניני העברות בין איש לרעהו, אם הוא מוכר או נותן מתנה, הכל לאשר לכל מעבירים ע"י רישום בספרי האחוזה, **א"כ יש לראות בזה קנין מדין סיטומתא**". דהיינו רישום הבעלות בטאבו נחשב לקניין סיטומתא.

הציץ אליעזר (חלק ח סימן מ) פסק, שלא מועיל קניין כסף ושטר ללא רישום בטאבו[248]. וכ"פ האגרות משה (חושן משפט חלק ב סימן סב): "ופשוט שאף במכירת קרקעות ובתים - לא נקנו במדינתנו וכדומה -

---

[246] וכפי שנפסק במכירת קרקע בכסף שלא קונה במקום שמוכרים קרקעות בשטר, אלא צריך שיכתוב שטר בנוסף לכסף. זאת מכיוון שאין גמירות דעת לקנייה ללא שטר, והלקוח לא סמכא דעתו עד שיהיה בידו שטר מכירה. א"כ גם כאן נאמר שאין גמירות דעת בתשלום הכסף ובכתיבת השטר עד שירשום את הבעלות בטאבו.

[247] גם הר"ן יודה שיש בחוקים אלו דינא דמלכותא גם במלכי ישראל, "דהטעם משום דניחא להו, ואין לחלק בין מלכי ישראל לאומות העולם.

[248] וכך כתב הציץ אליעזר: "והרי ידוע הדבר, דבזמנינו ובמקומינו כאן בארץ, הדרך הוא לכתוב שטר בקניית קרקע, ולא רק שטר-חוזה, כי אם שטר בדרך העברה בטאבו, ואפילו כתיבת שטר-חוזה משמש עדנו רק כשטר התחייבות בלבד, אבל גמר המכירה, כו"ע ידעי שלא נעשה כי אם בהעברת הרכוש בטאבו מידי המוכר לידי הקונה. וראיה לכך, דבהחוזה כותבים קנס על החוזר בו, סימן שביכולת עוד לחזור מהמכירה במציאות, ואם כן פשוט הדבר, שכל שחסר עדנה דבר העברת הטאבו, ועל אחת כמה כשחסר אפילו כתיבת חוזה המכירה והחתמתו ע"י שני הצדדים, דבכסף בלבד אינו קונה בזה".

לא בכסף ולא בשטר - כל זמן שלא עשה לו כדיני המדינה, **דשום אדם לא סמך דעתו אלא על דיני המדינה בזה**".

**החזון איש** בהלכות שביעית סבר, שהקנייה לא תקפה ללא הרישום בטאבו, ומכאן הקשה על היתר מכירה שאינו תקף, מכיוון שהקרקעות לא נרשמות בטאבו על שם הגוי. אבל לאחר מכן, החזון איש (חו"מ לקוטים סימן טז) חזר בו ופסק, שהרישום בטאבו אינו מעכב את הקניין.

וכך כתב החזון איש: "והנה בארצנו, אין המלכות מקפדת על עשיית שטרות זולתה[249], ולא על דיון בבי"ד של ישראל, ואדרבא כשבעלי הדין חותמין הצהרה שהם מקבלים פלוני לדיין ביניהם - הממשלה מאשרת אח"כ בדיניהם את פסה"ד שקיבלו עליהם, והלכך כל קנינים שנעשו בין איש לרעהו - צריכים לדון עפ"י דין תורה, אע"ג דדיניהם דלא ליכול ארעא אלא באגרתא דטאבו, מ"מ אין דיניהם על דין שבין ישראל לחבירו... והלכך אם קנה בכסף והתנה שיקנו לו בלא שטר או שקנה בחזקה או בקנין סודר - **קנה אע"ג שלא כתבו בטאבו**, **ולא המוכר ולא הלוקח יכולים לחזור**". וכ"פ המנחת יצחק (חלק ו סימן קע).

בספר שורת הדין (חלק יג עמ' צב) מובא: "והטעם ע"פ המבואר ברשב"א, (מס' קידושין דף כו עמוד א), כי דברי הגמ' שאין קניין חל עד שלא כתב שטר, אינם מדין תורה, אלא חכמים הם שקבעו שהקניין לא יחול, משום שהקונה לא גמר בדעתו, לכן דווקא כתיבת אותו שטר שאליו כוונו חכמים, שהוא השטר שמועיל מדין תורה לקנות קרקע, היא המעכבת את הקניין. אולם אין באפשרות הסדרים שונים שנהגו ע"י חוקות המדינות לעכב את חלותו של הקניין מן התורה".

וכך פסק שבט הלוי (חלק ט סימן שו), שאין העברת הטאבו מעכבת את הקניין: "ולענ"ד דאעפ"י דודאי כסף הוא קנין קרקע ובית, ומהני תחילת כסף כמבואר במשנתינו, ובשו"ע חו"מ סי' ק"צ, לדידן ודאי בעינן עוד שני דברים, דהיינו **שטר או חוזה**, כמבואר שם ס"ו, וגם **קיום כל התנאים של התשלומים בזמנם הנזכרים כתנאי בחוזה**, וכל זמן שלא שילם כולם או נתן לו בטיחות ע"ז שנתקבלו ע"ד המוכר - אין גמירת דעת גמורה להקנות, וע"כ כיון שנהוג שנותן לו המפתח רק אחרי קיום התנאים אז שעת הקנין, ואם מסר לו מפתחות לפני גמר תאריכי תשלומין - ה"ז מודיע שהקנה לו בחלק מן הכסף

---

"וגדולה מזו, בהיות שחוק המדינה הוא על כך, שלא יקנו כי אם ע"י דרך העברה בטאבו, אם כן לא רק קנין כסף אינו מועיל בזה, כי אם גם שום קנין אחר לא מהני בזה, מלבד ע"י הרישום והעברה בטאבו, כדמצינו שבירר והעלה עפ"י דברי גדולי הפוסקים, בשו"ת דברי אמת (בכר) בחלק השו"ת סי' י"ב עיי"ש באריכות".

"והכי מצינו בספר שו"ת תועפות ראם (טויבש חחו"מ סי' י"ג), שהעלה להלכה, דדבר ההצרכה להעביר בטאבו, הו"ל כמקום שכותבין את השטר, דלא קני בכסף וגם לא בקנין עד שיסדרו דבר ההעברה כפי החק עיי"ש. וכך ס"ל בפשיטות גם בשו"ת חתם סופר (חחו"מ סי' קמ"ב), דמכיון דחוק המדינה הוא לסדר העברה בטאבו - אין קרקע נקנית לא בשטר ולא בקנין אחר".

[249] אומנם צריך לציין, שהיום החוק מקפיד על רישום בטאבו. אי רישום בטאבו מעב את העברת הבעלות. וכך מובא בפסקי דין רבניים (חלק ה פס"ד בעמוד 120) בהרכב מרנן הגר"ע יוסף, הגרא"י ולדנברג והגר"י קאפח: "ובגדולה מזו, בהיות שחוק המדינה הוא על כך שלא יקנו כי אם ע"י העברה בטאבו, אם כן לא רק קנין כסף אינו מועיל בזה, כי אם גם שום קנין אחר לא מהני, מלבד ע"י הרישום והעברה בטאבו".

ושטר, והשאר הלואה, ואם לא מסר המפתח בטענה שלא קיים תנאי התשלומין, כנראה עדין אין גמירת דעת לקנות, אם לא שמפורש אחרת בחוזה".

**"ובענין הטאבו** - ודאי נראה כדעת הסוברים, שאינו מעכב הקנייה, אם הלקוח קיים התנאים והמוכר הרשה להלוקח להשתמש בבית כבתוך שלו. ומעשים בכל יום יוכיחו, זה הנראה עיקר הקנין היום, אעפ"י שבהלכה משכחת לה שקונה גם בלי זה, כמבואר לכל מעיין בש"ס ופוסקים, ממילא תיקון הדוד וכיו"ב שייך להמוכר, עד גמר התנאים ומסירת מפתח". וכ"פ הגרש"ז אויערבך (מעדני ארץ, שביעית, סימן יח).

כל החיוב לרשום בטאבו נובע מאי סמיכות דעת שיש במכירה ללא רישום בטאבו, לאור זאת, בקרקעות הנמצאות ביהודה ושומרון, בהן לא קיים רישום בטאבו - יש סמיכות דעת בין המוכר לקונה שהמכירה תהיה תקפה גם ללא הרישום בטאבו.

במקומות בהם אין אפשרות לרשום בטאבו - יש לחזור לדיני חזקת קרקעות המבוארים בשו"ע (החל מסימן קצ), כך שכל העברת בעלות תעשה בדרך של כסף, שטר, חזקה, קניין סודר. במידה ובע"ה יסופחו שטחי יהודה ושומרון, ויתאפשר רישום בטאבו - יהיה מוטל על המוכר לרשום את העברת הבעלות בטאבו, אך אי הרישום אינו מעכב את הזכות הקניינית שיש לרוכש.

וכך כתב הגר"ח פלאג'י בספרו חוקות החיים (סימן מח): "כי זה שלא העביר בפנקס המוטובילי (=טאבו) - אין זה מעלה ומוריד לבטל המכירה, **אחר שהמנהג פשוט בעיר אנדריפולי יע"א - לקנותה גם בלי העברה בפנקס המוטובילי**".

וכך משמע מדברי המנחת יצחק (חלק ו סימן קע): "דמחמת שעדיין לא אפשר לרשום בטבו, הרי מוכח שמכר כל זכותו להקונה שלא בהקפדה לרשום בטבו לעת עתה, רק שקיבל עליו שבעת שאפשר יהי' לרשום מוטל עליו לרשום בטבו, וכן מוכח בשטר המכירה[250]".

לסיכום פרק זה, ע"פ החוק (חוק המקרקעין סעיף 7 ב) יש חובה לרשום את מכירת הנכס בטאבו. חיוב זה תקף ע"פ הלכה בגלל דינא דמלכותא, בגלל מנהג הסוחרים ובגלל תקנת השוק. אומנם במקומות בהם אין אפשרות לרשום בטאבו - העברת בעלות תעשה ללא הרישום בטאבו.

**ג- חוק המקרקעין ביישובי יהודה ושומרון**

בתקנון המועצות המקומיות (יהודה והשומרון, תשמ"א-1981, נספח מס' 8 סעיף 1) מבואר: "דיני בתים משותפים" - פרק ו'1 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן – "חוק המקרקעין"), חוק המקרקעין

[250] וכן משמע בשו"ת דברי מלכיאל (חלק ד סימן קמג), שבמקום בו הלקוח הסכים שהמכירה תחול ע"י קניין כסף - אין הרישום בטאבו מעכב את המכירה והמוכר לא יכול לחזור בו.

(החלפת ספק גז בבית משותף), התשנ"א-1991, התוספת לחוק המקרקעין וכל תחיקת משנה מכחם כפי תקפם בישראל מעת לעת ובשינויים כפי שיפורטו בנספח זה".

ובסעיף 2: "בכפוף לאמור בסעיף 3 לנספח זה - **מוסמכים לפעול לפי דיני בתים משותפים** כל מי שמוקנות לו בישראל סמכויות לפי דיני בתים משותפים".

העו"ד של התובעים פלפל וחילק בין מועצה אזורית ובין מועצה מקומית. במועצה **אזורית** - חוק המקרקעין לא חל, ורק במועצה **מקומית** חוק המקרקעין חל. ומכיוון שהישוב נכלל בתוך מועצה איזורית מטה בנימין, הרי שחוק המקרקעין לא תקף.

אך דבריו לא נראים כלל, ישנן הפניות רבות מתקנון המועצה האזורית למקומית ולהיפך, כך שהדברים המפורשים הנוגעים לחוק מקרקעין בפרק ו1 הכתובים בתקנון המועצות המקומיות - חלות גם על המועצות האזוריות.

מר יעקב ערן הוסיף: לפי סעיף 121 א(א), הנספחים לתקנון המועצות המקומיות הוחלו במפורש במועצות האזוריות.

מעבר לכך, בחוזה שנחתם בין הדיירים ובין ההסתדרות (סעיף 16 בחוזה בר-רשות בישוב קהילתי במגרש למגורים ביו"ש) נאמר: "על חוזה זה וכל הנובע ממנו - יחול הדין הישראלי".

בשו"ת ישיב משה (עמוד רכו) כתב בשם הגרי"ש אלישיב: "יש אצלנו בין בא"י ובין בחו"ל עירייה שיש לה חוקים, **ועל דעת אלו חוקים כל אחד קונה ובונה**". ע"פ דבריו אלו יש לומר כך גם על המועצה אזורית מטה בנימין: למועצה יש תקנון - "ועל דעת אלו חוקים - כל אחד קונה ובונה".

### ד- מנהג מדינה[251]

גם אם נאמר (כדברי העו"ד), שחוק המקרקעין לא חל ביהודה ושומרון - עדיין יש תוקף לסעיפי החוק מכוחה של מנהג מדינה.

הרי"ף (מסכת ב"מ דף נב.) והרא"ש (מסכת ב"מ פרק ז סימן א) הביאו את דברי הירושלמי (מסכת ב"מ פרק ז הלכה א): אמר רב הושעיה, זאת אומרת המנהג מבטל את ההלכה". וכן פסק המחבר בסימן רלב סעיף יט: "ומנהג מבטל הלכה".

---

[251] נראה שמדינה הכוונה למחוז או לעיר גדולה, וכדברי המשנה במסכת בבא בתרא דף לח עמוד א: "שלש **ארצות** לחזקה: יהודה, ועבר הירדן, והגליל... אינה חזקה עד שיהא עמו **במדינה** אחת". (וכן מובא במשנה במסכת כתובות דף קי עמוד א: "שלש **ארצות** לנשואין: יהודה, ועבר הירדן, והגליל"). וכך כתב רש"י (מסכת גיטין דף ב: ד"ה אי נמי): "ממדינה למדינה בארץ ישראל - כגון יהודה וגליל".

הרמב"ם (הלכות מגילה וחנוכה פרק א הלכה ד) כתב: "איזה הוא זמן קריאתה? ...כל **מדינה** שהיתה מוקפת חומה בימי יהושע בן נון". וכן נראה מדברי הדרכי משה באבן העזר סימן קכח ס"ק ה: "אין לכתוב **מדינה** אלא כשכל **הפלך** נקרא על שם אותה העיר".

הרמב"ם (הלכות מכירה פרק כו הלכה ז) כתב: "אף במוכר ולוקח אין כל אלו הדברים וכיוצא בהן מענינים אמורים אלא במקום שאין שם מנהג, ולא שמות ידועים לכל דבר ודבר בפני עצמו, אבל במקום שנהגו שהמוכר כך מכר כך - הרי זה מכור וסומכין על המנהג". וכ"פ המחבר בסימן רטו סעיף ח.

הרמב"ם (בהלכה ח) הוסיף: "**וזה עיקר גדול בכל דברי משא ומתן הולכין אחר לשון בני אדם באותו המקום ואחר המנהג,** אבל מקום שאין ידוע בו מנהג ולא שמות מיוחדין אלא יש קורין כך ויש שקורין כך - עושים כמו שפירשו חכמים בפרקים אלו".

הרמב"ם (הלכות מכירה פרק כז הלכה יא) חזר והדגיש: "אל ילוז מעיניך **העיקר הגדול בדברים אלו שהוא מנהג המדינה** והשמות הידועים ביחוד לכל דבר ודבר, ובמקום שאין מנהג ולא שם שהכל אומרים לו ביחוד ולא שיתוף הולכין אחר אלו הכללות שביארו חכמים כמו שביארנו". וכ"פ המחבר בסימן רכ סעיף טו. (וכן עוד כתב הרמב"ם בהלכות מכירה פרק יז הלכה ו, ונפסק ע"י המחבר בסימן רל סעיף י, וכן בפרק יח הלכה יב, ונפסק ע"י המחבר בסימן רכט סעיף ב, ובפרק כח הלכה טו).

הרשב"א (חלק ב סימן רסח) כתב: "והמנהג בעניני דיני הממונות כל מנהג שהנהיגו ביניהם בני המדינה בהסכמת גדוליהם היא הסכמה ודנין עליה כשל תורה".

התרומות (שער מט חלק ה) כתב בשם הראב"ד: "במקום שאין מנהג - הולכים אחר **מנהג הגוים**... וכן אני אומר בכל דבר שאין דינו מפורש אצלנו, ואין לנו בו מנהג ידוע - שהולכין בו אחר מנהגות שלהם, שקרוב דבר זה לדינא דמלכותא דינא, והם דנין על פי המנהגות". (מובא בש"ך בסימן עג ס"ק לו).

החזון איש (ב"ב סימן ה בס"ק ד) כתב: מנהג מדינה תקף בגלל שתי סיבות: א)- כל אדם שבא לגור באותה מדינה **נכנס לגור על דעת כל המנהגים של אותה מדינה.** ב)- "מפני שהסכמת הציבור הוי **ככח בית דין**".

לעיל הובאו דברי כנסת הגדולה (הגהות טור חושן משפט סימן קצ בס"ק ח), שגם במקום בו אין דינא דמלכותא, בכ"ז יש תוקף לחוק ע"פ מנהג מדינה ומנהג הסוחרים.

וכן משמע מדברי האגרות משה (חושן משפט חלק ב סימן סב): "ופשוט שאף **במכירת קרקעות** ובתים... **דשום אדם לא סמך דעתו אלא על דיני המדינה בזה**".

בשו"ת מנחת יצחק (חלק ז סימן קכו) מובא: בבניין משותף בו רבים מצטרפים לגור ביחד, גם אם ע"פ דין תורה אין זכות לאחד הדיירים, בכ"ז בכדי שלא יהיו מריבות בניהם יש אומדנה דמוכח שהם מחלו זה לזה על הדין תורה וקיבלו על עצמם את המנהג, כי התנהלות ע"פ הנוהג המקובל גורם לשלום ומונע מריבות.

לסיכום פרק זה, חוק המקרקעין חל גם על שטחי יהודה ושומרון, ע"פ חיוב הנוצר מכוחו של מנהג מדינה, וכן מכוח גמירות הדעת שיש בין הצדדים בשעת רכישת הדירות.

**מסקנות**

א. תושב שבנה את דירתו ביהודה ושומרון, וקיבל זכות בר-רשות, יש לבעל הדירה זכות קניינית מלאה כדין קניין גוף.

ב. ע"פ החוק (חוק המקרקעין סעיף 7 ב) יש חובה לרשום את מכירת הנכס בטאבו. חיוב זה תקף ע"פ הלכה בגלל דינא דמלכותא, בגלל מנהג הסוחרים ובגלל תקנת השוק. אומנם במקומות בהם אין אפשרות לרשום בטאבו - העברת בעלות תעשה ללא הרישום בטאבו.

ג. ישנם מספר טעמים מדוע יש תוקף לחוק המקרקעין גם ביהודה ושומרון:

א. בנספח 8 לתקנון המועצות המקומיות מבואר, **שפרק ו1 בחוק המקרקעין חל במועצות שביהודה ושומרון**. כמו כן, לפי סעיף 121 א (א), הנספחים לתקנון המועצות המקומיות הוחלו במפורש במועצות האזוריות.

ב. **יש מנהג מדינה** ברור לבנות ע"פ חוקי המדינה ותקנותיה.

ג. דיירי הבניין חתמו על חוזה שנותן **תוקף לדין הישראלי וכן לתקנון המצוי.**

ד. היום יש **גמירות דעת ברכישת דירות**, שכל אדם שרוכש דירה בבניין משותף, קונה על דעת כך שדיירי הבניין ינהגו ע"פ החוק.

# מעמדו של הצ'ק בהלכה

**מבוא**

הצ'ק הוא שטר ללא תנאים, בו ניתנת פקודה לבנק לשלם סכום מסוים בתאריך נתון. (חוק פקודת השטרות סעיף 3 א). הפוסקים נחלקו בהגדרת מעמדו ההלכתי, במאמר זה נביא את ההלכות הקשורות לצי'ק, ומתבררות בדיני חושן המשפט.

לפי החוק, ישנם מספר ההבדלים בין שטר חוב לחוזה:

א. **בשטר** אין שום תנאי, (בצ'ק מצוין רק שמות, תאריך ופקודה לחייב סכום מסוים), אבל אם מתווסף תנאי כתוב - השטר נהפך **לחוזה**.

ב. על מי חל נטל הראייה: **בשטר** - נטל הראייה יהיה על החייב, (אא"כ החייב טוען שהצ'ק מזויף, שאז נטל הראייה עובר למחזיק, כי טענת זיוף פוגמת את גוף השטר), אך **בחוזה** נטל הראייה יהיה על בעל החוזה.

ג. שטר חוב ניתן להעבירו לצד שלישי (נקרא הנסב), אבל חוזה לא ניתן להעבירו.

**מעמדו ההלכתי של צ'יק**

נחלקו הפוסקים, כיצד להתייחס להמחאה. שלוש שיטות מרכזיות יש ביחס לצ'ק:

א. **שיטת רוב הפוסקים** - דין צ'ק כדין **שטר חוב**. וכך פסק הגר"מ שטרנבוך[252] (תשובות והנהגות כרך ג סימן תע), הגרי"י פישר (אבן ישראל חלק ח סימן צא), הפתחי חושן[253] (דיני הלוואה פרק י הערה כא), וכך מובא בפסקי דין-ירושלים (חלק ב פס"ד בעמוד כא): "דצ'יק לעולם הוי שט"ח, ואין לו דין כסף, דהא אם נשרף הצ'יק ויש עדים שנשרף - ודאי יצטרך נותן השיק לשלם לבעל השיק, ומכאן דשיק אינו כסף, דאם אחד נותן שטרי כסף ונשרף אצלו - ודאי לא יצטרך לשלם, משא"כ בשיק אין זה גופו ממון ויצטרך נותן השיק לשלם למקבל השיק כשיש עדים שנשרף. ולפי"ז איך יוכל שמעון לתת את השיק למלוה בלי נתינה ומסירה".

---

[252] "והא דשיק אינו נחשב ככסף - היינו כשצריך גופו ממון, **בזה שיק אינו אלא כשטר חוב,** אבל לתשלום שכיר מצוי שנחשב היום ככסף ואינו יכול לדרוש מזומן, כיון שכך הוא צורת התשלום במקום שצריך לשלם כסף, ולכן אם משלם שיק ביומו עבור שכר חדשי - נחשב לכסף ממש, ומקיימין היום בזה המצוות עשה.". (ביומו תתן שכרו).

[253] כך כתב הפתחי חושן: "ומכל מקום יש למצוא צדדי זכות וקנין שיש למקבל השיק, מצד מנהג המדינה, וכמ"ש לעיל בדין שטרות, שעל פי מנהג המדינה המחזיק בשיק **דינו כמחזיק בשט"ח** (ואפשר לדחות שאינו אלא כהוכחת חוב, אבל למעשה אפשר לגבות בו), ונמצא כאילו התחייב כותב השיק לשלם למוטב הסכום הנקוב בשיק, **וממילא יש לדון בו כדין שטר חוב**".

ב. **שיטת הגר"מ פיינשטיין**[254] **והגרי"ש אלישיב** (מובא בספר מכירת חמץ כהלכתו פרק ח הערה יט) - הצ'ק נחשב כמו תשלום **בכסף מזומן**[255]. לצ'ק יש תוקף מדין קנין **סיטומתא**, שכן היום, ההשתמשות בהמחאה כמו כסף מזומן, נחשב למנהג הנפוץ בין הסוחרים, וכדברי מהרשד"ם המפורסמים (סימן שפ): "אע"פ שכפי דין תורתינו אין במו"מ זה ממש, מ"מ כיון שנהגו התגרים לקנות באופן כזה - הקנין קיים". להרחבה בדין סיטומתא עיין בשו"ת בסימן רא. וכ"פ המנחת יצחק (חלק ה סימן קכ).

המנחת יצחק הוסיף: הצ'יק תקף לא רק מדין סיטומתא, אלא גם **מדינא דמלכותא**. כך כתב המנחת יצחק: "אמנם כהיום הזה, כיון דפסקינן בזה דדינא דמלכותא דינא, הרי נודע כעת הדינא דמלכותא, דמחויב הלוה לשלם לכל המוציאו כל הסכום הנכתב בתוכו, ואינו מועיל שום טענה שיש לו".

ג. **שיטת שבט הלוי**[256] (חלק ז סימן רכב) ו**הגרז"נ גולדברג** (מובא בתחומין כרך יב עמוד 295) - דין המחאה כדין **כתב הרשאה**, שהבנק ישלם למוציא ההמחאה את הסכום הכתוב בו. דיני הרשאה מובאים בהרחבה בסימנים קכב-קכג. צריך לשים לב שלפי שיטת המחבר ניתן לבטל את ההרשאה, כך גם ניתן לבטל המחאה.

המנחת יצחק (חלק ה סימן עו) כתב: מכיוון שתוקפו של הצ'יק הוא ע"פ מנהג הסוחרים (סיטומתא) ועל פי דינא דמלכותא, הרי שיש להקפיד על נהלי הבנקים, שרק אז יש דינא דמלכותא ומנהג סוחרים. לאור זאת, צ'יק שהועבר לאדם אחר ללא **חתימה על גב הצ'יק** - אין לו תוקף.

---

[254] התשובה מובאת בספר מילי דנזיקין (הרב אפרים ברנשטיין, ח"א עמ' קכב). הגר"מ פינשטיין נשאל, האם ניתן לשלם לפועל בצ'ק, או שצ'ק נחשב לשווה כסף והמעסיק עובר בבל תלין?

הגר"מ פינשטיין ענה: "אם המחאה צ"ק בלע"ז חשוב כסף לגבי בל תלין - תלוי באופן כללי בכל מקרה ומקרה בפני עצמו, אם בקל יכול הפועל להוציאו או להחליפו במעות, דהיינו לקנות מה שצריך, או לפרוע חובותיו ואין צריך להחליפו בבנק וכדומה - אז **הוי כממון**, ואם לאו - חשוב רק שוה כסף... **אמנם במדינתנו, נוהגים על פי רוב לשלם בהמחאה**, **ולכן במקרים שכך נהוג - צריך הפועל לקבלו, דהוה כמאן דאתני בהדיה**, רק אם הפועל מתחילה מתנה שרוצה כסף".

ניתן להוסיף ולומר, המשלם בצ'ק - לא עובר על בל תלין, שכן ההמחאה ניתנה על דעת כך שהתשלום יתקבל מהבנק במועד מאוחר יותר, כך שיש לדמות זאת לפועל בשוק שבסורא, (כמבואר במסכת בבא מציעא דף קיא עמוד א). הסברא לכך: רק במציאות בה הפועל מצפה לקבל את שכרו מידית, והוא סמוך ובטוח שהמעסיק ישלם לו את שכרו, רק אז חלים דברי הפסוק: 'ואליו הוא נושא את נפשו'. אבל כאשר הפועל מקבל צ'ק, הוא לא נושא את נפשו אל המעסיק, הוא מודע לכך שהתשלום יגיע רק בעת הפקדת הצ'ק בבנק. (יש מסבירים ע"פ סברא זו גם את הדין, מדוע אין איסור הלנת שכר בשליח, שהרי הפועל אינו בטוח שיקבל את שכרו מהשליח).

[255] וכך מובא בפסקי דין-ירושלים (חלק יא עמוד שפא): "מרן הגרי"ש אלישיב שליט"א השיב (ביום ד תשרי תשס"ז), **שצ'ק נחשב ככסף מזומן**, וכשם שבכסף מזומן ששילם למוכר נחשב ששילם אף על פי שהמוכר לא השתמש בכסף - כך בצ'ק".

[256] התשובה נכתבה ע"י בנו. שבט הלוי כתב בסוף התשובה: "הרני מסכים לכל דברי בני הגאון רבי חיים מאיר הלוי שליט"א, וכדבריו כן יעשה".

המנחת יצחק (חלק ה סימנים קיט-קכ) עוד כתב: קונה הנותן צ'יק לסוחר, ולאחר מכן טוען שלא קיבל את הסחורה - אינו נאמן, שכן הקונה נחשב כלווה שנתן את הצ'יק, והמוכר נחשב כמלווה שקיבל את השטר (הצ'יק), כך שאין נאמנות ללווה מול המלווה המחזיק בשטר, וכל הקונה לשלם כפי שכתוב בשטר, דהיינו אסור לו לבטל את הצ'יק.

**כיצד ניתן לקיים צ'קים**

ערוך השולחן (סימן מו סעיף א) כתב: **מדין תורה** כל שטר שיש עדים החתומים בו - השטר כשר וניתן לגבות בו ללא חשש שהשטר מזויף, (הרשב"ם {מסכת בבא בתרא דף קע. ד"ה 'אין'} כתב: "שלא נחשדו ישראל לעשות שטרות מזויפים"), לכן גם כאשר הצד השני טוען שהשטר מזויף - אינו נאמן עד שיוכיח את דבריו.

אומנם **חכמים תיקנו** לקיים כל שטר, (בסעיף ז מבוארות חמש דרכים לקיום השטרות), וכל שטר שאינו מקוים, הרי הוא כחרס, ולא ניתן לגבות בו, וכ"ש אם הצד השני טוען שהשטר מזויף, שלא ניתן לגבות ממנו, ואפ' אם הלווה מודה שכתב את השטר, אלא טוען שכבר פרע את החוב, או טוען שזהו שטר אמנה - נאמן, שכן יש ללווה טענת מיגו, שיכל לטעון שהשטר מזויף והיה נאמן, לפיכך נאמן גם בטענת פרעתי. אומנם אם לאחר מכן בעל השטר יקיים את שטרו - יוכל לגבות ממנו.

הצ'ק נכתב ונחתם בכתב ידו של המתחייב, והשאלה לדיון היא, כיצד יש לקיים שטר הכתוב בכתב יד?

**הש"ך** בסימן מו ס"ק י כתב: **שטר הכתוב בכתב יד הלווה** - צריך קיום מדין תורה, וצריך לקיים בנוכחות הלווה המתחייב, שכן עדי הקיום מעידים על עצם החוב, שהרי העדות היא על חתימת הלווה ולא על חתימת העדים. נמצא, ע"פ שיטת הרשב"א (חלק ב סימן שעו), שניתן לקיים שלא בנוכחות הלווה, בגלל שלא מעידים על עצם החוב, אלא הם מעידים רק על חתימת העדים - מדובר רק כאשר העדות היא על חתימות העדים, ולא כאשר מעידים על הסכום הכתוב בשטר. וכן ע"פ שיטת התוס' (מס' ב"ק דף קיב: ד"ה מקיימין), שניתן לקיים שלא בנוכחות הלווה, בגלל שקיום שטרות מדרבנן, שהרי אנו מתייחסים לחתימת העדים, כאילו זו עדות שנחקרה בב"ד - מדובר כמובן רק כאשר יש עדים החתומים בשטר, אבל בכתב וחתימת ידו, אין חתימה של עדים שחשובה כמו חקירת ב"ד.

אומנם, הש"ך כתב בסוף: "מיהו, כמדומה שנהגו להקל לקיים אף כתב יד לוה שלא בפני בעל דין, ואפשר לומר בזה מנהג מבטל הלכה, כמו שמקיים הרב שטרות ביחידי (וכמו שכתבתי לעיל ס"ק ח), דהיינו נמי מטעם מנהג מבטל הלכה, אבל היכא דלא נהוג - אין להקל נהגו להקל".

**הקצות** בס"ק ה חלק על הש"ך וכתב: גם כאשר מקיימים את חתימת יד הלווה, הקיום הוא מדרבנן, שכן חזקה שבני אדם לא יתחצפו לזייף שטרות, וטעם זה שייך גם בכתב יד הלווה, כך שגם בכתב ידו אנו אומרים שהקיום הוא מדרבנן.

הנתיבות בס"ק ח כתב: ניתן לקיים שטר הכתוב בכתב יד ע"י השוואת החתימות. כי יש לראות בכך משום סימן מובהק שמועיל גם בכדי להוציא ממון.

במציאות היום הבנק בודק ומשווה את החתימות, ובמקרה כאן חלק מהצ'קים נשלחו לבדיקת גרפולוג, כך שיש לומר שאם הגרפולוג יאשר את חתימת המתחייב - קביעתו תחשב לקיום שטר.

**ביטול צ'ק**

הגריא"ה הרצוג (פסקים וכתבים, חו"מ סי' לא) כתב: "והנה היה רצוי לברר דינו של שיק כזה, שאין עליו כיסוי בבנק, לפי דינא דמלכותא, מה דינו. אם יש לו דין של **שט"ח גמור** והוא משמש כראיה ביד המוציאו שפלוני חייב לו כסף, או **אין לזה דין שט"ח**, כי הוא יכול לומר אינני חייב לך כלום ומתנה נתתי לך, ועליך להוכיח אם אני חייב לך כסף. אם נניח ששיק שלא שולם, דינו כשט"ח, המחייב את הצד השני לשלם, וא"כ כל זמן שלא גבה ממנו את הכסף אין עליו חיוב שבועה... כל זה אמרנו כשיש לצד השני שט"ח, אבל אם נאמר ששיק לא חשוב כשט"ח - על המוציאו להוכיח את טענותיו".

שבט הלוי (שם) סבור, שדין המחאה כדין **הרשאה**. כותב ההמחאה נותן הנחייה לבנק להעביר כספים עבור המוטב. ומכיוון שזו רק נתינת הוראה, הרי שמקבל ההמחאה כלל לא זכה במעות, ויכול הנותן לבטל את ההמחאה.

אומנם לפי הפוסקים שמגדירים את ההמחאה כדין **שטר**, הרי שהנותן שטר לחברו, מתחייב בסכום הכתוב בשטר, ואם ההמחאה נמצאת ללא כיסוי - צריך נותן ההמחאה לכתוב המחאה חלופית.

בפסקי דין-ירושלים (חלק יא עמוד שלז) מובא: "ואמנם, גם אם צ'ק אינו אלא **הוראת תשלום,** (כפי שיטת שבט הלוי והגרז"ן), כיון שכבר מסרו למוכר או לנותן השירות - **אסור לו לבטל אותו בבנק**, שהרי זה כאילו חזר ונטלו ממנו, אלא א"כ המוכר נטל את הצ'ק ולא סיפק לקונה את המקח, אבל אם סיפק לו את המקח, אלא שיש לקונה על המוכר טענות ותביעות - אינו רשאי לבטל את הצ'ק, ואם עשה כן **- חייב לשלם לו את ההוצאות שנגרמו לו בבנק בגלל ביטול הצ'ק**".

המחבר בסימן שפו סעיף ב כתב: **השורף שטר חוב של חבירו** - חייב לשלם כל החוב שהיה בשטר. מכאן ניתן ללמוד על כל מי שעושה מעשה שכתוצאה מכך לא ניתן לפדות את הצ'ק, כגון המבטל את הצ'ק, או הקורע צ'יק של חברו - חייב לשלם.

לפי החוק (חוק העונשין סעיף 432 א), אדם שנותן צ'ק מתוך ידיעה שהצ'ק יחזור - יש בכך עבירה פלילית, "דינו - מאסר שנה, או קנס[257] כאמור בסעיף 61, או פי ארבעה מהסכום הנקוב בשיק". אדם שמבטל צ'ק שנתן, הוא נחשב למותן צ'ק ללא כיסוי דבר האסור לפי החוק.

[257] בסעיף 61 נאמר: "אם קבוע לעבירה עונש מאסר למעלה מששה חדשים ולא יותר משנה - **קנס עד 29,200** שקלים חדשים".

ניתן לבטל צ'ק רק במציאות של "כישלון תמורה", כלומר הקונה נתן צ'ק עבור מוצר ולא קיבלו, הוא רשאי לבטל את הצ'ק.

צריך לציין, לצ'ק ישנם שני דינים: א)- סכום החוב הכתוב בשטר ככל **שטר חוב**. ב)- **שליחות** והוראה לבנק לשלם את הסכום הכתוב בצ'ק. בעל הצ'ק יכול להורות לבנק לבטל את הצ'ק, והבנק מחויב לבטל את הצ'ק כי **שליחותו** התבטלה, אך החוב שכתוב **בשטר** עדיין קיים, (למרות הביטול), לכן יש באפשרות המחזיק בצ'ק לגבות את הצ'ק דרך ההוצאה לפועל.

**צ'יק פתוח**

לרוב הפוסקים, דין המחאה כדין שטר ממרני. נחלקו הפוסקים, במלווה המוציא שטר ממרני עם חתימת הלווה, אך לא כתוב את סכום החוב שחייב הלווה. כגון מלווה המחזיק בידו צ'יק פתוח של הלווה, האם נאמן המלווה לומר מהו סכום החיוב.

א. **שיטת העיר שושן** (מובא בסמ"ע בסימן מח ס"ק א) **-** הלווה יכול להגן על עצמו ע"י שתי טענות: א)- הלווה יכול לטעון שהצ'ק נפל ממנו, והמלווה מצאו. אך באמת הוא לא לווה. זאת מכיוון שיש אומדנא שהלווה צודק, שכן אין דרך העולם לתת צ'ק למלווה בלי לכתוב את סכום החיוב, כך שיש בסיס להאמין ללווה, שבאמת לא לווה, אלא הצ'ק נפל ממנו. ב)- הלווה יכול לטעון שכבר פרע את החוב, שכן יש לו טענת מיגו, שיכל לטעון שכלל לא לווה, אלא ההמחאה נפלה ממנו.

צריך לציין, במידה והלווה מודה שהוא אכן לווה מעות מן המלווה, וכן הוא מודה שלא פרע את החוב, (לא טוען פרעתי) - נאמן המלווה לחייב את הלווה בכל סכום שיחפוץ.

הט"ז כתב כדברי העיר שושן, שהמלווה אינו נאמן: "ובענין ממרנ"י שלא נכתב עליה שום משמעות, רק החתימות לחוד - נ"ל שאינו גובה כלל בה, כיון שהובאה כך לפני ב"ד בפסול, דהא יכול לעשות זיוף ולכתוב עליה כפי מה שירצה. ואף אם הלוה מאמינו, מ"מ לאו כל כמיניה, שמא חייב גם לאחרים בממרנו"ת ואין לו לשלם, ומפסיד עי"ז. ואע"ג דהיה יכול לתקנו קודם בואו לב"ד - מ"מ אינו מועיל כאן כיון שבא לב"ד בפסול".

הקצות בס"ק ה העיר: הש"ך (סימן סט ס"ק יז) פסק כדעת העיר שושן, לדעת הש"ך המחאה חלקה, ללא סכום החיוב - אינה תקפה. הש"ך הוסיף: "דבמה יתבע אותו, הלא אין כתוב דבר, ומשום מיגו דאי בעי הוה כתב עליה מאי דבעי - אין לחייב החתום, דהוי **מיגו להוציא** ממון מהחתום".

ב. **שיטת הסמ"ע** - המלווה נאמן לדרוש מהלווה כל סכום שיבקש, ואין הלווה נאמן בשתי הטענות הנ"ל, דהיינו הלווה לא נאמן לומר פרעתי או נפל ממני ולא לוויתי, וכפי שהגמ' במסכת בבא בתרא בדף קעב עמוד ב כתבה: לנפילה לא חיישינן.

הסמ"ע הסביר: "דכשאדם צריך למעות, ואין חבירו רוצה להלוות לו, כי אם באופן זה, שיתן לו סתם ממר"ם, כדי שיוכל לכתוב עליו סך הזיקותיו או שאר ענייניו שיארע לו שאינו יכול למפרט

עתה - עביד הוא דמאמין הלוה למלוה ומשתעבד ליה מרצונו לזה, וגם זה הוא בכלל אמרם עבד לוה לאיש מלוה, לעת דחקו הגדול".

ג. **שיטת הקצות** (בס"ק ה) - יש לבדוק מתי הלווה נתן את ההמחאה למלווה, אם הלווה נתן את ההמחאה למלווה בשעה שהמלווה נתן לו את מעות ההלוואה - נאמן המלווה, שכן בשעת ההלוואה לא צריך קניין, אבל אם לא ידוע לנו על הלוואה שנערכה בין התובע ובין הנתבע, רק כעת בא התובע עם שטר המחה פתוח - השטר אינו תקף.

צריך לציין לדעת **הקצות**, רק בשעת ההלוואה ניתן לכתוב את הסכום בצ'ק, אבל אם הצ'ק נחתם ללא סכום החיוב - המלווה לא יכול לאחר מכן לכתוב את סכום ההלוואה בהמחאה, שכן אז השטר יהיה פסול בכך שהחתימה קדמה לכתיבה. כמבואר בתוס' (מס' גיטין דף ד. ד"ה מודה): "וליכא למימר דאי שרינן בחתמו שלא לשמה יבוא להכשיר זימנין דיחתמו תחילה ויכתבו גט ע"ג חתימתן, **והתם ליכא עדות כלל**"[258].

בספר משפטיך ליעקב (חלק א סימן כב) מובא: "ובהסבר דברי הקצוה"ח נראה שסובר, דכל היכא שחתם קודם הכתיבה באופן שעל החתימה ליצור התחייבות וכד' - הוי השטר פסול מעצם יסודו, והרי זה כפסול בגופה של ההתחייבות וממילא פסול בגופו של שטר. ולכן כאשר מוציא אדם שטר שלטענת המתחייב ולהודאת המוציא נכתב בפסול זה, הרי הוא בטל ומבוטל".

אבל **התומים** בסימן סט ס"ק ט כתב: "אם קודם שבא לב"ד כתבו ע"ג כתב חוב, אעפ"י שידוע שכתב לאחר זמן חיתום ידו - מכל מקום כשר, דהא מגו להוציא - לא מקרי, כיון שעכשיו כתב בו, ולוה האמינו שיכתוב עליו כראוי וכן עשה".

התומים הסביר: יש לחלק בין חתימת עדים ובין התחייבות אדם בכתב ידו. התוס' (שם) שפסלו שטר שנכתב לאחר החתימה, דיברו על **עדות**, אכן בעדות לא יכולים העדים להעיד על מה שנכתב לאחר שהם כבר חתמו, כי הם לא יודעים מה יהיה כתוב בעתיד, אבל כאן מדובר על **לווה שמתחייב בכתב ידו**, הלווה יכול להתחייב על כל סכום שהמלווה יכתוב בצ'ק. (ההתחייבות תקפה ככל הודאת בעל דין שיש לה תוקף בדיני ממונות).

הב"ח (סימן מח ס"ק א) פסק כדעת העיר שושן, אבל למעשה פסק שניתן לגבות מהצ'ק בגלל תקנת ראשי המדינות: "אלא לפי תקנת ראשי המדינות משום תקנת השוק - גובין בו, **ויש לממרמ"י זו כל יפוי כח של כל שטר חוב**". גם הש"ך הסכים למעשה לדברי הב"ח, ורק במקום שאין מנהג כתב לפסוק כמו העיר שושן.

הב"ח בסימן סט בס"ק ט עוד כתב: "אם עשו ז' טובי העיר תקנה, שיהא לו דין כתב יד גמור בנאמנות, ובכל יפויים בעולם - גובין בו, וכך נהגו במדינות אלו על פי תקנת מנהיגי כל המדינות והארצות".

---

[258] הקצות כתב כך גם בסימן מה ס"ק א: עדים שחתמו על שטר חלק, ורק לאחר מכן כתבו את השטר - השטר פסול, שכן צריך שהעדים יחתמו על הכתיבה. דין זה נלמד מדברי התוס' (מס' גיטין דף ד. ד"ה מודה), שצריך שהכתיבה תהיה לפני החתימה. ואם הקדימו את החתימה לכתיבה - "לאו כלום הוא, דבשעה שחתמו, על נייר חלק חתמו, ואחר שכתבו השטר - אין החתימה חוזר וניעור".

בחוק פקודת השטרות (סעיף 19 א) נאמר: "היה השטר חסר פרט מהותי - האדם המחזיק בו יש לו רשות לכאורה להשלים את החסר ככל שנראה לו".

לאור דברי הב"ח, הש"ך והקצות, שניתן להתחייב כאשר יש תקנת הארצות, הרי שיכול המלווה למלא צ'ק פתוח, הלווה יהיה חייב לשלם את הסכום הרשום בצ'ק.

**צ'ק שבוטל לאחר שעבר לצד שלישי**

רבנו ירוחם (נתיב ו ח"ה) כתב בשם הרשב"א: במידה וכתוב בשטר את שם הלווה, שהוא חייב למלווה או לכל מי שמוציאו - חייב הלווה לשלם לכל מי שמוציא את השטר, למרות שמוציא השטר אינו המלווה. במקרה זה לא צריך כתיבה ומסירה, שכן הלווה השתעבד לכל מי שיוציא את השטר. וכ"פ המחבר בסימן סא סעיף י[259], והרמ"א בסימן נ סעיף א.

הפוסקים קוראים לשטר זה: ממרני. הבית יוסף הביא בשם רבנו ירוחם שתי אפשרויות לשטר ממרני:

א. שטר שכתוב בו: 'כל המוצאו יכול לגבות בו'. בנוסח זה לא כתוב את שם המלווה, אלא כתוב בצורה סתמית את שם הלווה שהוא משועבד לכל מי שיוציא את השטר. הדין במקרה זה: הלווה משועבד, וחייב לשלם לכל מי שיוציא את הממרני.

ב. שטר שכתוב בו: 'אני הלווה השתעבדתי למלווה ולכל המוציאו'. בנוסח זה מוזכר גם שם המלווה. הדין במקרה זה: כל מי שמוציא את השטר, צריך לקבל הרשאה מהמלווה שבאמת הוא בא מכוחו ויכול לגבות את השטר.

את דברי רבנו ירוחם ניתן לתרגם, שהשטר מהסוג הראשון בו כתוב בצורה סתמית, שהלווה משועבד לכל מי שמוציאו - מדובר בהמחאה ללא כתיבת: 'לפקודת פלוני' עם קרוס, כך שכל מי שמוציא את המחאה יכול לגבותו. והשטר מהסוג השני שכתוב את שם המלווה וכל מי שמוציאו - מדובר בהמחאה עם פקודה מפורשת לתשלום עבור הנמען בלבד, במצב זה צריך המוציא להביא הוכחה שהוא בא מכוחו של הנמען בהמחאה. (עיין מנחת יצחק חלק ה סימן קיט).

הנימוקי יוסף (מסכת ב"ב דף פ. ד"ה אמר) כתב: "אמר המחבר: ושטר שכתוב בו שנתחייב לכל מוציא אותו בב"ד - כשר וגובה בו המוציא, (לווה שהתחייב בשטר בכתב ידו לשלם לכל אדם שיחזיק בשטר - הלווה אכן חייב לשלם לכל מי שיחזיק בשטר), דהא **לנפילה - לא חיישינן**, ואי משום שלא נתברר כשכתבו למי נתחייב, וקי"ל (ביצה דף לח א) דאין ברירה בדאורייתא? שאני הכא דכיון **שהוא ראוי להתחייב בו לכל אדם** - אין כאן דין ברירה".

[259] כך כתב המחבר בסימן סא סעיף י בשם הרא"ש (כלל סח סימן ט): "שטר שלא נכתב בו (שם המלוה), אלא שיעבד עצמו הלוה לכל מי שמוציא עליו שטר זה שיגבה ממנו, כל המוציאו יגבה בו, אעפ"י שידוע שהוא לא הלוה זה הממון, והוא שיהיה נולד בשעת כתיבת השטר".

הנימוקי יוסף (שם) עוד כתב: לווה ששילם למי שמחזיק בשטר הממרני, והמחזיק בשטר כתב ללווה שובר - לא ניתן עוד לגבות משטר זה, לכן אדם המחזיק בשטר שכתוב בו שהלווה מתחייב למי שמחזיק בשטר, אך הלווה הוציא שובר כנגדו - השעבוד שהיה בשטר חוב נמחל, ולא ניתן יותר לגבות ממנו.

וכ"פ הרמ"א (שם): "ואם נכתב שובר **משום אדם** על שטר זה - אחר כך שום אדם לא יוכל לגבות בו".

הסמ"ע בס"ק ד הסביר: מדובר רק בשטר שלא כתוב בו שם המלווה, (לכן מועיל שובר שנכתב "משום אדם", כלומר כל אדם שמחזיק בשטר יכול לכתוב שובר שמבטל את החיוב הכתוב בממרני), אבל אם כתוב בשטר ממרני שם המלווה והשעבוד לכל המוציאו - השובר שברשות הלווה לא מועיל, ועליו לשלם למחזיק השטר. למרות שהלווה כבר פרע את החוב הכתוב בממרני, בכ"ז אם אדם אחר יחזיק בשטר הממרני ויבקש לגבות ממנו - על הלווה שהתחייב בשטר לשלם בשנית את הסכום הכתוב בממרני למי שמחזיק בממרני

**הש"ך** בס"ק ז הסביר באופן אחר: הנימוקי יוסף דיבר על מחזיק שידע שהלווה פרע את החוב, הלווה שילם את הסכום שכתוב בממרני למלווה, אך הלווה השאיר את שטר הממרני ביד המלווה, (כגון שבטח בו שיקרע את השטר), והמלווה כתב לו שובר. לאחר מכן המלווה מכר את הממרני לאדם אחר שכעת מחזיק בשטר, במידה **והקונה ידע בשעת הקנייה שהלווה כבר פרע את שטר הממרני** - אין הוא יכול לגבות את החוב פעם נוספת, (למרות שבממרני כתוב שהלווה משתעבד לכל מי שמחזיק ומוציא את השטר).

אומנם **אם קנה את שטר הממרני בתום לב**, הקונה שכעת מחזיק בשטר הממרני לא ידע בשעת הקנייה שהחוב נפרע - הלווה צריך לשלם פעם שנייה על שטר הממרני. הש"ך הביא לכך שני נימוקים:

א. מכיוון **שהלווה התחייב לשלם לכל מי שמוציא את השטר** - עליו לשלם למחזיק השטר, למרות שיוצא שהלווה משלם פעמיים על החוב שבשטר הממרני - **הוא הפסיד לעצמו** בכך שהשאיר את הממרני ברשות המלווה[260]. (הש"ך סייג: אם המלווה כתב שובר בנוכחות עדים - יוצא קול, כך שהלווה לא צריך לשלם פעם שנייה, והלקוח שמחזיק בשטר הפסיד שקנה שטר פרוע).

ב. הש"ך הוסיף: הלווה צריך לשלם למחזיק השטר, מדין **תקנת השוק**[261], דהיינו הקונה מגזלן - צריך הנגזל לשלם ללקוח ולאחר מכן מקבל את המוצר חזרה. כאן המחזיק בשטר קנה את שטר הממרני מיד המלווה, לכן על הלווה לשלם ללקוח.

---

[260] הש"ך הוסיף: "וכן המנהג בזמנינו שקונין ממרנו"ת זה מזה, ואילו היה הממרנ"י בטלה בזה - לא היה שום אדם קונה שום ממרנ"י, דהיה חושש שמא פרע לו בעדים, או שמא נתן כתב ידו בעדים שפרע לו".

[261] תקנת השוק מבוארת במשנה במסכת בבא קמא דף קיד עמוד ב: אילו ההלכה הייתה שהקונה חפץ גזול - צריך להחזיר לבעלים את החפץ הגנוב, היו האנשים נמנעים מלשאת ולתת בשוק, מחשש שמא החפץ הנקנה - גנוב הוא, לכן חכמים

צריך לציין, המחבר בסימן ס סעיף א פסק ע"פ דברי הרא"ש (כלל עט סימן ה), שתקנת השוק לא קיימת בכל השטרות הרגילים, שכן מכירת שטרי חוב לא שכיחה, אבל מכירת שטרי ממרנות כן מצויה, לפיכך יש בה תקנת השוק. (ע"פ תקנת השוק הלווה יצטרך לשלם רק את הסכום שהמחזיק שילם עבור שטר הממרני, ולא את כל הסכום שכתוב בשטר).

**הקצות** בס"ק ב כתב: "וכל דבריו - סברות חדשות, ולא כן לבי ידמה". הקצות הביא מספר השגות על דברי הש"ך, ולאחר מכן כתב: במכירת שטר ממרנות אין תקנת שוק, (כך שהלווה לא צריך לשלם פעם שנייה ללקוח שמחזיק בשטר, למרות שהלקוח לא ידע שהלווה פרע את החוב), שכן מבואר בשו"ת מהר"ם אלשיך (סימן קכד), שאין תקנת השוק כאשר החפץ כבר נמצא ברשות הבעלים, (הנגזל), כל תקנת השוק שייכת רק כאשר החפץ נמצא ביד הלקוח, והנגזל רוצה להוציא מידו, עליו לשלם ללקוח, אך כאשר החפץ ביד הנגזל - הוא לא צריך לשלם ללקוח, כאן מכיוון שהלווה שילם את החוב, ונכסיו כמובן ברשותו - אין תקנת השוק.

הקצות הוסיף: למרות ששטר ממרני נחשב כגבוי ועומד[262], כך שניתן לומר שסכום החוב כביכול כבר ברשות המלווה, כ"ז רק בתנאי שבאמת הלווה לא פרע את החוב, אך כאן שהלווה כבר פרע את החוב - לא אומרים שהחוב נחשב לגבוי, אלא כל הנכסים ברשות הלווה, ואין תקנת השוק.

מכאן שגם לדעת הקצות, אם הצ'ק הגיע לצד שלישי, והצ'ק טרם נפרע, הצ'ק נחשב לגבוי ועומד, כך שהוא נחשב למוחזק בצ'ק ויכול לפדות את הצ'ק. ז"א למעשה גם לדעת הקצות במקרה זה תהיה תקנת השוק.

בשו"ת צמח צדק הקדמון[263] (סימן י) מובא: "ממרמ"י - והיינו שהלוה חותם חתימת ידו... ויש לשטר חתימת ידו זה כל תוקף שטרות שבעולם, רק שאין לו דין שטר גמור לטרוף ממשעבדי, אבל מבני חורין גבי, ואפילו מיורשים, **ואינו יכול לטעון פרעתי** אם יכולים לקיים חתימת יד הלוה החתום בשטר זה, ויכול אדם ליתן לחבירו שטר זה אפילו בלא כתיבה ומסירה, ואפילו בלא כח והרשאה, וכל המוציא גובה בו, **והכל ממנהג התגרים שקבעו מנהג זה עיקר משום תקנת השוק על פי מנהיגי ארצות וגאוני עולם**".

---

תיקנו, שהקונה חפץ גזול אומנם יחזיר את החפץ הגנוב לבעליו, אך יקבל מהבעלים את סכום הכסף ששילם למוכר. וכ"פ המחבר בסימן שנו סעיף ב.

[262] וכך גם כתב הבית שמואל (אבן העזר סימן נג בס"ק יג): "בט"ז פסק, אם נתן ממרנ"י כנהוג במדינות פולין, דאין כותבים מי הוא המלוה, יש לפסוק כש"ג, **משום תכף שיצא הממרנ"י מידו חייב הוא לשלם לכל מי שמוציא הממרנ"י**".

[263] את הספר צמח צדק הקדמון כתב רבי מנחם מנדל קרוכמל תלמידו של הב"ח שהיה דיין בעיר קראקוב. בכדי להבחין בין ספר זה לבין שו"ת צמח צדק שכתבו האדמו"ר מחב"ד שגם נקרא רבי מנחם מנדל - הספר נקרא בשם צמח צדק הקדמון, כי רבי קרוכמל נולד כמעט מאתיים שנה לפני האדמו"ר הצמח צדק.

התומים בס"ק ו הקשה על שני הטעמים של הש"ך: על הטעם הראשון קשה: לא ניתן לגבות משטר שכבר נפרע, שכן נמחל שעבודו, כך שהשטר נחשב לחספא ואין לו כל תוקף והקונה לא יכול לגבות ממנו למרות שקנה את הממרני בתום לב (הקונה לא ידע שהלווה כבר פרע).

על הטעם השני קשה: "אמנם הש"ך רוצה לומר מחמת תקנות השוק, דסדר ונהוג כעת לסחור בממרנות כאלו. גם בזו נראה דצריך עיון לדינא להפקיע ממון, רק הרשות ביד בית דין שבישראל, בהסכמת טובי העיר לתקן כן לטובת המשא ומתן, אבל שיהיה הדין כך - צריך עיון, כי אין לו על מה שיסמוך".

הנתיבות (חידושים בס"ק ו) פסק להלכה כמו הטעם השני שהביא הש"ך, שעל הלווה לשלם למחזיק שטר הממרני בגלל תקנת השוק.

בשו"ת מנחת יצחק (חלק ה סימן קכ) מובא: "אמנם כהיום הזה, כיון דפסקינן בזה דדינא דמלכותא דינא - הרי נודע כעת הדינא דמלכותא, **דמחויב הלוה לשלם לכל המוציאו כל הסכום הנכתב בתוכו**, ואינו מועיל שום טענה שיש לו מי שנתן לו הממרני. ובדברי מרן הדברי חיים שם, מוכח להדיא דאם היה חייב מדינא דמלכותא - היה פוסק בזה דינא דמלכותא דינא".

לסיכום פרק זה, אדם ששילם צ'ק לפי החוק (פקודת השטרות סעיף 37 {2}), צד שלישי שאוחז בצ'ק בתום לב - יכול לגבות את הצ'ק. למשל, קונה מוצר שנתן למוכר צ'ק עבור מוצר שאמור לקבל, והמוכר העביר את הצ'ק הלאה לספק, הספק נחשב לאוחז כשורה בצ'ק, (הנסב). כעת גם אם הקונה יבטל את הצ'ק בגלל שלא קיבל את המוצר, (כישלון תמורה), בכ"ז הספק יוכל לתבוע מהקונה את הסכום שכתוב בצ'ק. (אא"כ בצ'ק כתוב למוטב בלבד ומצוין שמו של המוכר).

**צ'יק פתוח שאבד**

הפתחי תשובה בס"ק א כתב בשם שו"ת צמח צדק (סימן י): אדם שהלווה לחברו מעות, והלווה נתן למלווה שטר ממרני, אך המלווה איבד את השטר ומבקש מהלווה שיכתוב לו שטר חלופי. הלווה חושש שמא אחר ימצא את השטר ויגבה ממנו, ולכן לא מוכן לכתוב שטר נוסף. (דומה לצ'יק סחיר {פתוח} שאבד).

שואל השאלה ציין, שנהגו במקומם במקרה זה, שהדיינים מכריזים: שטר ממרני בסך מסוים אבד, וניתן רק תוך שלושים יום לגבות מהלווה, לאחר מכן השטר מתבטל. ולאחר שיעברו שלושים יום הב"ד כותבים ללווה אישור על כך שהשטר מרמני מבוטל, וכעת על הלווה לשלם למלווה את הסכום הכתוב בשטר המרמני.

אך במקרה כאן, הלווה סירב לשלם למלווה, הוא חושש להפסד, שמא יטען מוציא השטר שלא שמע על הכרזת הב"ד, ויגבו ממנו פעמיים.

הפתחי תשובה הביא מחלוקת הפוסקים בדין זה, (הפת"ש סיים: "וצ"ע בכל זה"):

א. **הצמח צדק** השיב: הנימוקי יוסף (מס' ב"ב דף פ.) כתב: הלווה צריך לשלם למלווה, והמלווה יכתוב שובר על שטר ממרני, בתנאי שהיה ידוע ומפורסם שהטר ממרני היה שייך למלווה, רק אז יש למלווה סמכות לכתוב שובר ולבטל את שטר המרמני ולגבות מהלווה מעות ללא חשש שיגבו מהלווה פעמיים, אך אם לא היה ידוע שהשטר שייך למלווה - לא ניתן לכתוב שובר.

צריך לציין, בד"כ אנשים אינם מודעים לכך שהשטר הממרני שייך למלווה, לכן הוא לא יכול לכתוב שובר, כך שהלווה צודק, והוא לא חייב לכתוב שטר ממרני חלופי, אא"כ הלווה יקבל בטחונות שלא יגבו ממנו פעמיים, לכך על המלווה לכתוב שהוא מתחייב לשלם ללווה במידה וייגרם לו נזק, (אם יבוא אדם אחר עם השטר הראשון ויגבה ממנו - המלווה ישלם על כך ללווה).

וכ"פ הרדב"ז (חלק א סימן קצג). וכך נראה שפסק הפתחי תשובה: "כעת ראיתי בספר שער משפט סק"ב שהזכיר דברי הצמח צדק והרדב"ז הנ"ל בקצרה, וכתב: ואף שאין דבריהם מוכרחים כ"כ - מ"מ **כבר הורו זקנים ולהם שומעין**. גם בתשובת נאות דשא (סי' כא)... ומסיק **שדברי הצמח צדק הנזכר - מחוורים לדינא בלי פקפוק**".

ב. הפתחי תשובה כתב בשם שו"ת **גבעת שאול** (סימן כה): תמיד על הלווה לשלם למלווה, והמלווה יכתוב לו שובר. הפגיעה של המלווה היא מידית וברורה, אך ללווה החשש הוא עתידי ומסופק[264].

הגבעת שאול הוסיף: גם אם יבוא אדם אחר ללווה וינסה לגבות מהלווה מאותו שטר פעם שנייה - הלווה יוכל לטעון שאכן הוא כבר פרע (טענת פרעתי), והמחזיק בשטר יצטרך להישבע, כאן יתכן שהמחזיק לא ישבע ולא תהיה גבייה כפולה. (גם אם יש בשטר נאמנות של הלווה, עדיין יוכל הלווה לחייב את המחזיק להישבע שבועת היסת לאחר התשלום), "וכיון דהיזקו של המלוה הוא ברי, ושל הלוה אינו ברי - א"כ אמאי יאכל הלוה וחדי כדקאמר בש"ס".

הפתחי תשובה בסוף דבריו כתב בשם שו"ת חמדת שלמה (חו"מ סימן א): הלווה מחויב לשלם למלווה, שהרי הוא מודה שהוא חייב למלווה, ורק חושש מנזק, וזה פחות מגרמא. מתי אנו אומרים שיש לכתוב שובר? רק כאשר יש חשש שהמלווה עצמו יגבה פעמיים, אך לא חוששים

---

[264] הגמ' במסכת בבא בתרא דף קעא עמוד ב פסקה כדעת רבי יוחנן ור"ל, שאם המלווה איבד את השטר חוב - הלווה מחויב לפרוע את החוב, והמלווה יכתוב שובר קבלה, בה הוא מאשר את החזר החוב.

הרשב"א (מסכת כתובות דף טז: ד"ה ופרקינן) הסביר: עיקר הטעם לחיוב התשלום אינו משום עבד לווה, "אלא מילתא בעלמא הוא דקאמרינן התם, **ועיקרה משום דלא יאכל הלה וחדי**". לא יעלה על הדעת שהבעל חוב ינצל את איבוד השטר, לכן עליו לשלם.

הרשב"א הוסיף: אם משווים את הפגיעה בזכויות של שני הצדדים, הרי שלמוכר או למלווה יש פגיעה ממשית ומידית באי גביית החוב, אך ללווה או לקונה הפגיעה מוטלת בספק, רק אם הם יאבדו את השובר או את הקבלה, והמוכר או המלווה ידעו שהם איבדו את השובר ויגבה פעם שנייה, וזהו "מילתא רחיקתא היא". הרשב"א סיים: "ועוד יש לי לומר, **דלא פלוג**, דכיון שהיה להם לתקן בשאר שטרות משום עבד לוה - אף במקום שאין שם טעמא דעבד לוה - נמי, כדי שלא תחלוק".

שאחר יגבה ממנו, לדעת החמדת שלמה, המלווה כלל לא אחראי על נזק עתידי שעלול לבוא לידי הלווה. וכך גם הסיק הגר"ע אייגר.

ג. הפתחי תשובה כתב בשם **הנתיבות** (סימן נ ס"ק ה): הלווה כלל לא צריך לשלם שנית למלווה, שכן יתכן ויגרם לו נזק והמלווה לא יקיים את התחייבותו ולא ישלם ללווה על הנזקים שיגרמו לו, רק אם המלווה שאיבד את ההמחאה יביא עדים ש שבשעה שכתב את השובר ההמחאה הייתה ברשותו - יוכל לכתוב שובר ולגבות מהלווה, אך אם אין עדים שבשעת כתיבת השובר - שטר המרמני אכן היה ברשות המלווה - אנו חוששים שמא המלווה כבר מכר את השטר לאדם אחר, ואין בסמכותו לגבות ולכתוב שובר.

המנחת יצחק (חלק ז סימן קלא) כתב: קונה שילם עם צ'ק למוכר, והמוכר העביר את הצ'ק לסוחר אחר, ולאחר שנה הצ'ק לא נפדה - הקונה לא צריך לשלם שוב למוכר, כי המוכר קיבל את הצ'ק והשתמש בו לפרוע את חובותיו.

המנחת יצחק הוסיף: "דעד כאן לא דנו הפוסקים הרדב"ז והצמח צדק... אלא **בנאבד** הממרני מהמלוה, ורצה להתפרע מהלוה, וטוען הלוה שירא שמא ימצאנו אחר ויגבה בו ממנו, וחזרו אחרי עצה להבטיח את הלוה שלא יפסיד, ואז ישלם להמלוה שלו... אבל אם **בודאי מכרו לאחר** כמו בנד"ד דהוציאו לשוק בפרעון חובו - בודאי אין ספק שא"צ לשלם עוד הפעם להסוחר, והסוחר יקבל ב' פעמים בעד סחורתו, והוא ישאר חייב למי שיוציא אח"כ הטשעק".

לסיכום פרק זה, ע"פ פסק הצמח צדק, הרדב"ז, שו"ת נאות דשא (וכן גם הגבעת שאול והחמדת שלמה), אדם שנתן לחברו צ'יק סחיר (פתוח), והצ'ק אבד - צריך לתת צ'יק חלופי, זאת לאחר שמקבל הצ'ק יחתום על שטר בו הוא מתחייב לשלם במידה ויגרם נזק לנותן הצ'ק, כגון שמוצא הצ'ק יתבע אותו בהוצאה לפועל וכד'[265].

הוראת החוק (פקודת השטרות סעיף 69) מתאימה לפסק הצמח צדק: "שטר שאבד לפני שעבר זמנו - יכול האדם שהיה אוחזו לבקש את המושך שיתן לו שטר אחר ככתבו, אגב מתן ערובה למושך, אם ידרוש זאת, לשפותו כלפי כל אדם במקרה שיימצא השטר שאבד לפי דבריו; מושך שנתבקש כאמור וסירב ליתן כפל השטר - אפשר לכוף אותו שיתן".

[265] וכ"פ הפתחי חושן (חלק א הלואה פרק ב - הערה צג): "ואם אין אחריות המלוה מספקת לו - יכול לדרוש ממנו ערב או בטחונות אחרים, באופן שיהא בטוח שלא יגיע לו שום הפסד בכך... ובזמננו הדבר מצוי כשנותן לו שיק ואבד, שאף אם יבטל השיק בבנק עלול לבוא לידי גוביינא - שבודאי צריך המלוה לתת לו בטחונות מספיקים שלא יבא לידי הפסד, אבל לאחר שנתן לו בטחונות סבירים - אינו יכול לעכב הפרעון".

**לגבות צ'ק שנמצא ביד אדם שלא כדין**

**הש"ך** בסימן סד ס"ק ג כתב: ניתן להעביר שטרי ממרני ללא צורך בכתיבה ומסירה[266], לכן אדם שהיו בידו שטרי ממרני של חברו (שומר על צ'ק השייך לחברו) - יכול הוא לתופסם כמשכון עד שחברו יחזיר לו חוב ישן יותר. שכן יש לו טענת מיגו שיכל השומר לטעון לקוחים הם בידי, כלומר קניתי את הצ'ק כדין. מכאן ניתן ללמוד שהנותן צ'ק לחברו - הוא יכול לתפוס את הצ'ק כמשכון, עד שחברו יפרע את החוב.

**הקצות** בס"ק א העיר: השומר יוכל רק **להחזיק** בידו את הממרני כמשכון, כפי שכתב הש"ך, אך לא יוכל **לפדות** את ההמחאה, שכן בשטרות ממרני אומנם לא צריך כתיבה, אבל צריך מסירה מיד ליד, דהיינו שתהיה דעת אחרת מקנה את הממרני, ומכיוון שאין דעת אחרת המקנה - לא יכול לגבות את הממרני.

יסוד המחלוקת בין הש"ך לקצות הוא, **האם ניתן לגבות צ'ק שנמצא ביד אדם לא כשורה**. כגון במקרה כאן השומר בתום מועד ההפקדה ממשיך לתפוס בצ'ק. לדעת **הש"ך,** כל מי שמחזיק בצ'ק - יכול לגבות ממנו, למרות שתפס את הצ'ק שלא כהלכה, שהרי זהו היסוד של שטר ממרני שכל מי שאוחז בו - יכול לגבות ממנו.

אומנם לדעת **הקצות**, מי שאוחז שלא כשורה בצ'ק - לא יכול לגבות מהצ'ק. לכן אדם שתפס צ'ק שלא כדין - לא יכול לגבות ממנו. בכדי לקנות שטר ממרני יש צורה במסירה, דהיינו יש צורך שתהיה דעת אחרת מקנה שתמסור את הצ'ק למוטב, אך אם תפס את הצ'ק שלא כדין - אין מסירה, ולכן הוא לא נחשב הבעלים על הצ'ק ואסור לו לגבות מהצ'ק.

וכך כתב הקצות בסימן סו ס"ק יג: "בממרנ"י שלנו, נהי דכתיבה לא בעי - **מסירה בעי** (רמ"א סעיף א'), **וכיון דלא הוי דעת אחרת מקנה - הזוכה בממרנ"י דהפקר - לא מהני**[267]".

---

[266] בגמ' במסכת בבא בתרא דף עו עמוד א מובא: שטר חוב נקנה במסירה ובכתיבת שטר. כלומר, המוכר צריך למסור את השטר חוב לקונה, וכן צריך שיכתוב שטר מכירה. הרשב"ם (ד"ה כתב) הסביר: הקניין המרכזי הוא המסירה, שמוסר המוכר לקונה את השטר חוב, אבל עדיין צריך המוכר לכתוב שטר מכירה, שכן אם המוכר אינו כותב שטר מכירה, יכול המוכר לומר שמכר נייר בלבד, וכאשר המוכר כותב שטר מכירה, שוב אינו יכול לטעון שרק מכר נייר. הרשב"ם הוסיף: המוכר אינו יכול רק לכתוב שטר מכירה ללא מסירת השטר חוב. לא ניתן להקנות שטר חוב בשטר, שכן קניין שטר תקף רק בקרקע או בעבדים, וכל מטרת השטר מכירה היא רק בכדי שהמוכר לא יוכל לטעון מכרתי נייר, אך עיקר הקניין מתבצע במסירת השטר חוב

[267] כך גם כתב הקצות בסימן קד ס"ק ז: "וא"כ בממרנ"י שלנו, נראה דמהני תפיסה, דהא אינו צריך כתיבה ומסירה, וגם לא מהני מחילה, אבל אם תפס הבע"ח בעצמו - לא מהני תפיסתו, כיון דכבר כתבנו בסימן ס"ד סק"א דממרנ"י שלנו נהי דכתיבה לא בעי - **הא מסירה בעי, כיון דאין גופן ממון**, **ובמסירה בעינן דעת אחרת מקנה אותו**, וכמבואר בסימן ס"ו סעיף ט', וא"כ כשתפס המלוה מעצמו - לא מהני ליה תפיסתו, כיון דליכא דעת אחרת מקנה אותו, **אלא א"כ מסר לו הלוה בעצמו - אז מהני ליה בלא כתיבה בממרני שלנו**. וזה נראה ברור".

**הנתיבות** בס"ק א הקשה על דברי הקצות: ניתן לגבות משטר ממרני, שכתוב בו שהלווה משתעבד לכל מי שיוציא את השטר. (למשל, המחאה שלא כתוב בה שם המוטב), שכן בשטר שכתוב בו שהלווה משתעבד לכל המוציאו - לא צריך מסירה, וכל מי שמוציא את השטר - יכול לגבות בו מהלווה.

הקצות בספרו משובב נתיבות בס"ק א הקשה: הנתיבות בסימן קד הסכים לדברי הקצות, כך שיש סתירה בדבריו[268]. הקצות סיים: "**הרי שהודה לדברינו**, והרואה יראה דדא ודא אחת היא".

הוראת החוק תואמת את דברי הקצות, לפי החוק (פקודת השטרות סעיף 28), לא ניתן לגבות מצ'ק שנתפס שלא כדין: "אוחז כשורה הוא אוחז שנטל את השטר כשהוא שלם ותקין לפי מראהו ובתנאים אלה: נעשה אוחז השטר לפני שעבר זמנו, ולא היתה לו כל ידיעה שהשטר חולל לפני כן, אם אמנם חולל...נטל את השטר בתום לב, ובעד ערך, ובשעה שסיחרו לו את השטר - לא היתה לו כל ידיעה שזכות קנינו של המסחר **פגומה".**

"...שטר **פגומה** כמשמעותו בפקודה זו - אם השיג את השטר, או את הקיבול, על ידי רמאות, כפיה, או אלימות ופחד, או באמצעים אחרים שאינם כדין, או בתמורה אי-חוקית, או כשהוא מסחר את השטר אגב מעילה באמון, או בנסיבות העולות כדי רמאות".

**פנייה להוצאה לפועל לצורך גביית צ'יק ללא כיסוי**

נחלקו הפוסקים, האם ניתן לתבוע בבית משפט במסגרת הדין עביד אינש דינא לנפשיה. הדרכי משה בסימן ד ס"ק א כתב בשם **תרומת הדשן** (סימן שד): גם כאשר אומרים עביד אינש דינא לנפשיה - לא אומרים שניתן לעשות דין לעצמו באמצעות גויים, לכן אין היתר לפנייה לערכאות בגלל דין עביד אינש דינא לנפשיה. וכ"פ הרמ"א בסימן ד סעיף א. אבל מדברי **מהרי"ק** (סימן קסא) משמע, שבמקרים בהם ניתן לאדם לעשות דין לעצמו - אין כל הבדל בין אם עושה את הדין בעצמו, או אם עושה את הדין לעצמו באמצעות הגוי.

האורים בס"ק ה כתב: יש לחלק בין חפץ שנשאר בידי גוי, ובין גוי שמסייע להעביר את החפץ ליהודי. אם **החפץ יישאר ביד הגוי -** יש בכך איסור, כי אח"כ כמעט ואין דרך חזרה, יהיה מאוד קשה להוציא את החפץ מיד הגוי, אבל אם הגוי רק מסייע להוציא את החפץ, ובסופו של דבר **החפץ יגיע לידי היהודי** - מותר להסתייע ע"י גוי.

כסף הקדשים (על סימן ד סעיף א) חידש (אך השאיר זאת בצ"ע): **ניתן לפנות לערכאות גם ללא אישור מהב"ד בכדי להציל את ממונו**. וכך כתב כסף הקדשים: "י"ל דלגבי **להציל את עצמו לעתיד שלא**

[268] כך כתב הנתיבות בסימן קד ס"ק ד: "עיין קצוה"ח (סק"ז) שכתב דאפילו בממרמו"ת שמהני מסירה בלא כתיבה - מ"מ **תפיסה לא הוי אפילו כמסירה, ונכון**".

**יגזלו ממנו - רשאי להציל גם ע"י ערכאות של גויים**, גם בלי רשות בדה"צ, גם אם אין נחוץ. וצריך לעיין עוד כעת היטב".

בשו"ת **שבט הלוי** (חלק י סימן רסג) מובא: "בנדון השאלה, אם מותר לפנות להוצאה לפועל בעניין שק שהנתבע אינו רוצה לשלם, יראה דאם אינו רוצה לשלם והחוב ברור, **ואין ברירה למצות הדין כהלכה** - מותר להתיר לו לפנות להוצאה לפועל בתנאי שלא יסתר ע"י הוצאה לפועל דין המבואר בחו"מ סי' צ"ז סכ"ג, דהיינו פרטי דינים של סדור בע"ח כשכבר הגיע זמן הפרעון, ואם אי אפשר לעמוד ע"ז וכבר לקחו ממנו ע"י הוצאה לפועל - מחויב המלוה להחזיר, לפי הפרטים המבוארים בשו"ע שם, ובשו"ע חו"מ סי' צ"ט ס"א השייך ג"כ לענינינו".

**הגר"מ שטרנבוך** בספרו תשובות והנהגות (חלק ג סימן תמב) כתב: "ובדין גביה ע"י הוצאה לפועל - לא ראיתי בפוסקים שיבארו היטב פרטי דין זה, ונראה שעל בית דין לעיין בדבר, ואם יחליטו שיש סבירות שיש לו וגם **יש חשש שישתמט** - אזי מתירין לו לגבות דרך הוצאה לפועל, ויודיע ללוה שהוא ממנה אותם לגובייא ברשות בית דין, אבל **אם אין לו מה לשלם**, ולוקחים הם ממנו דברים חיוניים כדרכם, ודוחקים אותו שלא כדין - בית דין חייבין לאסור עליו לתפוס דרך הוצאה לפועל, וכשאין לו והלך מעצמו בלי רשות בית דין ותפס - חייבין להוציא מידו, ולא ניתן לפעול ע"י הוצאה לפועל נגד תורתה"ק, אבל **אם יש ללוה דירה משלו** - על בית דין לדון אם על חוב זה חייב למוכרו, ואם מקבל ע"ע לנהוג כפסק בית דין - לא ניתן לדוחקו שלא כדין בתפיסת דברים חיוניים".

וכ"פ **הגר"ע בצרי** בספרו שערי עזרא (חלק א חו"מ סימן קיז): "נמצא שאין הפרש באיסור זה בין הולך לדון ובין הולך להצאה לפועל, **ובפרט שיש כיום בכל ארץ ישראל בתי דינים קבועים הדנים כפי דין התורה. והיה לנתבעים לתבוע בפניהם**, והם היו נותנים רשות לפנות להוצאה לפועל, אם היה יוצא זכאי, ובפרט שהתובע אינו סרבן וציית דינא".

אבל בספר משפטיך ליעקב (חלק ב סימן ו) מובא: "לענ"ד נראה, שאין בגביית השיק ע"י ההוצאה לפועל משום איסור גבייה ע"י ערכאות. שהרי כל הטעם לאסור גביה ע"י כותים או ערכאות, הוא מפני כיעור הדבר לעשויי ע"י נכרים או ערכאות, וכמש"כ בתרומת הדשן, דהוי אלימות טפי מאשר הוא עצמו יעשה דין. האיסור אינו עקב הפניה לערכאות אלא בגלל אופי הגבייה ע"י כותים או ערכאות, או הנזק שעלול להיות עקב כך (עלילה וכו', וכמש"כ במרדכי)".

"במה דברים אמורים? במקום שהגבייה באמצעות נכרים או ערכות הוי אלימות טפי מאשר גבייה ע"י עצמו, אך בנידון ההוצאה לפועל, כל הפרוצדורה של גבייה באמצעות ההוצאה לפועל נועדה למנוע מצב של כל דאלים גבר, ולאפשר לחייב להתגונן מפני מחזיק השיק".

"יצוין שאין ההליך בהוצאה לפועל **משום דין אלא משום סדר תקין,** שלא יהיה כל אחד הולך ומאלם את חברו, (בנקודת הנחה שאין החייב טוען על גוף החוב, כגון ששיק זה נגזל ממנו או שלא סיפק את הסחורה, דבכגון זה ברור שהדבר צריך להעשות בבית-דין). זאת ועוד - החייב כשהוא נותן שיק, אף לסוברים שדין השיק כשטר חוב, הרי הוא מרשה למקבל השיק או לאוחז בו כדין, לגבות ישירות מחשבונו בבנק. כאשר השיק חזר ללא כיסוי, זכותו של אוחז השיק, במקום שמותר לעשות דין לעצמו,

לגבות את השיק מבעל החשבון. הפניה להוצאה לפועל נצרכת לגובה על מנת שלא יפעל בדרכים לא חוקיות ויסתבך בפלילים. הוא מנוע (חוקית) מלהכנס לבית החייב, והוא חייב לעשות את הגבייה בהליך מסוים, שהוא פחות אלים ומכוער מגבייה שיעשה אוחז השיק בעצמו".

"יצוין שההגדרה שאין בהוצאה לפועל משום דין אלא משום הליך גביה, נכונה אך ורק לגבי **הסכום המקורי** של השיק. כל מה שיפסקו בערכאות, **הוצאות גביה** וריבית והצמדה - נראה ברור שיש להגדירו כדין, ועל התובע לתבוע סכומים אלה בבית-דין".

"על-מנת לברר שאכן אין לחייב טענה על גופו של החוב, **ראוי להזמין תחילה את החייב לבית-דין**, על-מנת לברר את עמדתו בענין. בדרך זו, במידה והנתבע יסרב לבא לבית הדין, יותר לתובע לגבות את ההוצאות שיפסקו לו בערכאות. אך כדי שלא ליצור עיוות דין וסחבת, כפי שנוהגים חייבים רבים, הונהג בבית הדין בר"ג הליך הזמנה מקוצר. במידה ומוגשת לפנינו תביעה על שיק שחזר, אנו שולחים הזמנה אחת ויחידה לנתבע (ומוודאים שהזמנה זו הגיעה לידי הנתבע), מציינים בהזמנה שאם לא יופיע או לא יודיע לבית הדין על עמדתו בענין התביעה, נתיר לתובע לפנות להוצאה לפועל ולגבות אף את ההוצאות הכרוכות בכך, וכל זאת כדי שלא יהיה חוטא נשכר".

**טענת פרעתי כנגד הצ'ק**

במשנה במסכת בבא בתרא דף קעה עמוד ב מובא: לווה שכתב בכתב ידו שהוא חייב למלווה מעות, ולא חתמו עדים על השטר, או אם הלווה חתם את שמו על טופס שכתוב בו שהוא חייב מעות למלווה - המלווה יכול לגבות משטר זה רק מנכסים בני חורין ולא מנכסים משועבדים, שכן לא יוצא קול לשטר ללא עדים, לכן לגבי גבייה מנכסים בני חורין, דין המלווה כדין מלווה בע"פ ולא כדין מלווה בשטר.

בעל התרומות (שער יג ח"א סי' א-ב) כתב: ישנן שתי אפשרויות להסביר מהו 'כתב ידו'. אפשרות ראשונה: הלווה כתב את **כל** השטר בכתב ידו, גם אם לא חתם על השטר. אפשרות שנייה: הלווה חתם את שמו **בסוף** השטר חוב. אבל אם שם הלווה כתוב רק בתחילת השטר - יש לחוש לזיוף. (וכ"כ הנ"י דף עז. ד"ה דתנן). הצ'ק נחתם בכתב ידו של המתחייב, כך שיש לדונו כדין לווה המתחייב בכתב ידו.

נחלקו הראשונים, האם יכול הלווה לטעון טענת פרעתי, כאשר המלווה מוציא כנגדו שטר בכתב ידו. אם נאמר שדין המלווה **כמלווה בע"פ** - נאמן הלווה לטעון טענת פרעתי, שכן יכול הלווה לפרוע את החוב ללא נוכחות עדים, אך אם דין המלווה כדין **מלווה בשטר** - אין הלווה נאמן לטעון פרעתי, שכן כנגד טענתו עומד השטר, ויכול המלווה לומר ללווה מה השטר עושה בידי.

**שיטת הגאונים והרי"ף** (דף פג.) - דין כתב ידו כדין מלווה ע"פ וגובה רק מבני חורין, וכן נאמן הלווה לטעון פרעתי. וכ"פ המחבר בסימן סט סעיף א, והש"ך בס"ק יד. אמנם הש"ך העיר: "אבל כשדיין רואה איזה אומדנא, שלא היה (הלווה) מניח הכתיבת יד בידו (של המלווה), אם היה פורע - הכל לפי ראות עיני הדיין". (יש לפסוק כשיטת הרשב"א, שהלווה לא יהיה נאמן לטעון פרעתי).

**שיטת הרמ"ה** (מס' ב"ב דף קעו. סי' קמט) **והרשב"א** (הובא בנ"י מס' ב"ב דף לז:) - הלווה אינו נאמן לומר פרעתי, שכן למלווה יש שטר הכתוב בכתב ידו, אילו באמת היה הלווה פורע, לא היה השטר נשאר ברשות המלווה. למרות שאמרנו שבכתב ידו גובה רק מבני חורין, צריך להסתכל בכל הלכה על הטעם שבה, לגבי גבייה מבני חורין, אנו אומרים שיש לכתב ידו דין של מלווה ע"פ, שכן לא יצא הקול, אבל לגבי טענת פרעתי, יש לכתב ידו דין של שטר, שכן כנגד טענת פרעתי של הלווה, עומדת החזקה שכל לווה הפורע את חובו, לוקח את השטר בחזרה, ויכול המלווה לומר ללווה, שטרך בידי מאי בעי. וכ"פ הרמ"א והסמ"ע בס"ק ח.

התומים בס"ק ה חידש: שטר שנכתב כתיקון המדינה, (ע"י עו"ד וכד'), ויש לו תוקף בבתי משפט ע"פ דינא דמלכותא - גם בבית הדין הלווה לא יוכל לטעון שהשטר פרוע.

התומים הדגיש: הטעם לכך, אינו בגלל הדין של דינא דמלכותא, אלא בגלל הסברא שהלווה לא היה מסכים להשאיר שטר כזה ביד המלווה, שהרי הלווה יודע שלא יהיה נאמן לטעון 'פרעתי' בבתי משפט הפוסקים על פי דינא דמלכותא.

כאמור, הש"ך בסימן נ ס"ק ז פסק, שאם הצד שלישי שמחזיק בצ'ק, **לא ידע** שהלווה (כלומר המתחייב בצ'ק) כבר פרע את הצ'ק - עליו לשלם למחזיק בשנית. הלווה החתום על הצ'ק לא יכול לטעון טענת פרעתי: "וכן אפילו (הלווה המתחייב בצ'ק) פרע בעדים - יכול (מחזיק בצ'ק) לטעון לא ידעתי, ואנכי כיון שקניתי השטר ונתחייבת לכל מי שמוציאו, והרי אני מוציאו עכשיו - וה"ל כאילו נתחייבת לי מתחילה".

**מי משלם את העמלה בצ'ק שחזר**

הרמב"ם (הלכות זכייה פרק ו הלכה כד) כתב: "הורו רבותי שאם היה מנהג המדינה שיעשה כל אדם סעודה ויאכיל לרעיו, או יחלק מעות לשמשין ולחזנין, וכיוצא בהן, ועשה כדרך שעושין כל העם, וחזרה בה - משלמת הכל, שהרי גרמה לו לאבד ממון, וכל הגורם לאבד ממון חבירו - משלם, והוא שיהיו לו עדים כמה הוציא שאין זה נשבע ונוטל. השגת הראב"ד: הורו רבותי שאם היה מנהג וכו' עד נשבע ונוטל. א"א איני משוה עם רבותיו בזה, וזאת הגרמה דומה לזרעוני גנה ולא צמחו, שאינו משלם לו (אלא) ההוצאה (מסכת בבא בתרא דף צג עמוד ב), וכללו של דבר: אבוד ממון שבעל הממון עושה אותו, אע"פ שגרם לו זה - פטור. עכ"ל.

מבואר א"כ, שיש מחלוקת בין הרמב"ם לראב"ד, במקרה בו החתן הוציא הוצאות עבור כלתו, והיא ביטלה את החתונה: **הרמב"ם** סבור, שהיא חייבת לשלם לו עבור ההוצאות, שכן כל הגורם לאבד

ממון חברו - משלם. אבל **הראב"ד** סבור, שהכלה אינה משלמת עבור ההוצאות שגרמה לחתן, שכן זהו רק גרמא. המחבר באבן העזר סימן נ סעיף ג פסק כדעת הרמב"ם[269].

החלקת מחוקק (אבן העזר סימן נ בס"ק י) הסביר מדוע לדעת הרמב"ם והמחבר יש חיוב תשלום: "מדמה זה לדיני **דגרמי**. וגם **גרמא בנזקין - אם הוא דבר השכיח** ורגיל - חייב לשלם משום **קנס**[270]. הגר"א (אבן העזר סימן נ בס"ק ט) כתב: החיוב לדעת הרמב"ם הוא **מדינא דגרמי**.

הפתחי חושן (חלק ו נזיקין, פרק ג הערה סג) כתב: "דנתי במי שנתן לחבירו שיק, והפקידו המקבל בבנק והוחזר השיק, אם צריך בעל השיק להחזיר לו הוצאות הבנק בהחזרת השיק, ועתה נראה לי דלכו"ע **חייב**... וה"נ כיון שנמצא פגם בשיק - צריך להחזיר לו כל ההוצאות שבאו לו מחמתו... וכן מנהג המדינה, שמפקידים שיק בבנק, ועל דעת כן נתנו לו, ולא גרע מסעודת אירוסין שמחייב הרמב"ם". הפתחי תשובה חייב את בעל הצ'ק גם אם היה שוגג.

מסתבר שהחיוב הוא רק כאשר **המתחייב (מי שחתם על הצ'ק) אשם** בכך שהצ'ק היה ללא כיסוי, אך אם **המוטב אשם**, כגון שהפקיד את הצ'ק לפני התאריך הכתוב בשטר - בעל הצ'ק יהיה פטור מלשלם עלן הנזק.

**דיני שומרים בצ'ק**

המשנה במסכת שבועות דף מב עמוד ב כתבה, שאין דין שבועה בשומרים על שטרות. בגמרא למדים דין זה מהפסוקים: "שומר חנם - אינו נשבע. מנא הני מילי? דתנו רבנן: 'כי יתן איש אל רעהו' - כלל, 'כסף או כלים' - פרט, 'לשמור' - חזר וכלל, כלל ופרט וכלל, אי אתה דן אלא כעין הפרט, מה הפרט מפורש דבר המטלטל וגופו ממון, אף כל דבר המטלטל וגופו ממון... יצאו שטרות - שאף על פי שמטלטלין, אין גופן ממון".

---

[269] רבי עקיבא איגר (מהדורה קמא, סימן קלד) כתב: לכאורה המחלוקת המובאת בסימן לט, קשורה למחלוקת הרמב"ם והראב"ד באבן העזר. הרמב"ם באבן העזר סבור, שאדם חייב להחזיר הוצאות שגרם לחברו, והראב"ד סבור, דהוי גרמא. א"כ הרמב"ן בסימן לט סבור כדעת הרמב"ם, ויש לומר דהוי ספיקא דדינא.

אומנם, כתב הגרע"א, ניתן לחלק בין המקרים ולומר, שבמקרה המובא בסימן לט, גם הראב"ד יודה לרמב"ם ולרמב"ן שחייב, שכן המלווה **אמר לו באופן מפורש** ללכת לסופר ולכתוב שטר חוב, ובאמירתו גרם לו להפסד. אבל במקרה המובא באבן העזר, הכלה **לא אמרה כלום** לחתן, אלא החתן מעצמו הוציא הוצאות בעבורה, לכן סבור הראב"ד דהוי גרמא, בדיוק כמו במקרה המובא בגמ' בקונה זירעונים, **המוכר לא אמר לקונה** שילך ויזרע את הזירעונים, והקונה עשה זאת מעצמו, לכן במקרה זה המוכר אינו חייב להחזיר לקונה את כל ההוצאות שנגרמו לו.

[270] שיטת הריצב"א המובאת במסכת בבא בתרא בדף כב עמוד ב תוס' ד"ה זאת אומרת. וכ"פ **הרמ"א** בסימן שפו סעיף ג.

הגמ' במסכת בבא מציעא בדף נח עמוד א כתבה: השומרים אומנם אינם משלמים, אבל על כל פנים גם לא משלמים להם, **ושומר שכר מפסיד את שכרו, עד שישבע** ששמר כראוי. וכן כתב הרא"ש (פרק ד סימן כא).

הרי"ף (מסכת שבועות דף כג:) כתב: ניתן ג"כ להשביע שומרים אלו ע"י **גלגול שבועה**, וכדברי המשנה במסכת קידושין דף כו עמוד א: "נכסים שאין להם אחריות - זוקקין את הנכסים שיש להן אחריות להישבע עליהן". (למרות שלא נשבעים על קרקעות, בכל זאת אם השומר שמר גם על מיטלטלין וגם על קרקע, מכיוון שהשומר כבר מתחייב להישבע על המיטלטלין, אנו מגלגלים עליו ג"כ שישבע אף על הקרקע).

הרי"ף עוד כתב: רק שבועה דאורייתא השומרים לא נשבעים, אבל **שבועה מדרבנן** הם נשבעים. למדים זאת מדברי הגמ' במסכת כתובות בדף פז עמוד ב, בדין פוגמת כתובתה שצריכה שבועה. רבא אמר שזהו שבועה מדרבנן, שכן שבועה דאורייתא היא שבועה על מנת להיפטר, וכאן היא נשבעת ונוטלת. בנוסף, לא נשבעים מדאורייתא על שעבוד קרקעות, לכן שבועה זו היא מדרבנן בכדי לפייס את דעתו של הבעל.

**הרמב"ם** בהלכות שכירות (פרק ב הלכה ג) כתב: רק בגניבה ואבידה ובאונסים - השומר פטור משבועה, אבל אם פשע, והצ'ק אבד בגלל פשיעתו - חייב לשלם, שכן **פושע הרי הוא כמזיק בידיים**. והמשנה שכתבה ששומר חינם אינו נשבע, הכוונה שנאמין לו שלא פשע, אבל אם אנו יודעים שהוא פשע - צריך לשלם. המחבר בסימן שא סעיף א כתב את שיטת הרמב"ם בשם ויש מחייבים.

**הרא"ש** (מס' ב"מ פרק ד סימן כא) חלק וכתב: גם אם השומר פשע בשמירתו - פטור מלשלם, ופשיעה אינה דומה למזיק בידיים, שהרי פשיעה בבעלים פטור, ולעומת זאת מזיק בבעלים - חייב, ומכאן שאין להשוות בין פושע לבין מזיק בידיים.

הש"ך בסימן סו ס"ק קכו פסק כשיטת הרמב"ם וכתב: למרות שבאמת דעת הרבה מהפוסקים כדברי הרא"ש, בכ"ז ישנן ראיות מהגמ' לפסוק כרמב"ם. "ופשיטא דאין הולכים אחר רוב הפוסקים, במקום שנראה לעינים בש"ס, שהדין עם המועטים, ובפרט כי הפוסקים לא פסקו כן אלא מכח ראיותיהם, וכיון שנסתר הענין, נפל הבנין".

הפתחי תשובה בס"ק ד כתב: הפני יהושע (חלק ב סימן קו) פסק הלכה למעשה כדברי המחבר והרמ"א, ולא כדברי הש"ך שפסק כרמב"ם. הפתחי תשובה סיים: "דודאי המוחזק יכול לומר קים לי כרמ"א ורוב גדולי הראשונים, דאף בפשיעה פטור".

הב"ח בסימן סו ס"ק לט הקשה: הרמב"ם בהלכות טוען ונטען (פרק ה הלכה ו) כתב: שומר שפשע בשטר - **פטור** משבועה. אך יש סתירה בין דברי הרמב"ם בהלכות טוען ונטען שפטר שומר בפשיעה, ובין דבריו בהלכות שכירות (הנ"ל) **שחייב** שומר בפשיעה?

הב"ח תירץ: יש לחלק בין נגנב או אבד ובין נפסד לגמרי. הרמב"ם בהלכות שכירות חייב את השומר בפשיעה, רק במידה **והשטר נהרס לגמרי**, שכן יש לפשיעתו דין אדם המזיק. ולכן מחייבים אדם ששרף שטרותיו של חברו, שהפסידם לגמרי ויש חיוב באדם המזיק. אומנם אם **השטר שלם אלא שנגנב או אבד** - השומר אינו חייב גם אם נגנב או אבד בפשיעה, שכן הוא לא מזיק בידיים.

**הב"ח** הוסיף: כך גם הדין בחפץ שהשומר לא יודע היכן הניח - לא נקרא אדם המזיק, שכן החפץ שלם, אלא שכעת אינו יודע היכן הניחו. אך כאמור לעיל, הנתיבות בסימן רצא ס"ק יד הבין בדעת הרמב"ם, שיש לחייב כאשר האדם לא יודע היכן הניח את הפיקדון.

עוד כתב הדרכי משה בשם **הרא"ש** (כלל לט סימן ב): למרות שהשומר על שטר חוב - פטור משבועה, במידה **ושומר ימסור לשומר - חייב שבועה**, שנחשב כאלו השליכו לנהר, כך שמסירה לשומר אחר גרועה יותר מפשיעה. אבל **מהרי"ק** (שורש ו) פטר גם בשומר שמסר לשומר. הרמ"א בסעיף א הביא את דברי הרא"ש בסתם, ואת דברי מהרי"ק בשם ויש חולקים.

הש"ך בס"ק ד כתב: אין מחלוקת בין הרא"ש למהרי"ק, גם הרא"ש מסכים ששומר פטור מפשיעה, ואם מסר את השמירה על השטר לשומר אחר, יש להחשיב זאת כמו כל פשיעה אחרת ולפטור, (כפי שמהרי"ק פטר), הרא"ש דיבר על מקרה בו שומר נתן את השטר **במתנה** גמורה לאדם אחר, שאז הוא חייב, אבל לעולם אילו היה מוסר את השטר בתורת **שמירה**, (שומר שמסר לשומר) - פטור.

לסיכום פרק זה, לרוב הפוסקים דין צ'ק כדין שטר חוב, נמצא שהשומר על צ'ק, ואבד או נגנב ממנו - אין בו דיני שמירה, ואפ' אם הצ'יק אבד בגלל פשיעת השומר - לדעת הרא"ש, המחבר והרמ"א השומר פטור. (אך לדעת הרמב"ם והש"ך השומר חייב). אומנם בסימן רצא סעיף ז כתב הנתיבות, כי במידה והשומר לא זוכר היכן מונח הפיקדון - נדון כאדם המזיק ויש לחייבו.

**צ'ק שנמצא**

במשנה במסכת בבא מציעא דף יב עמוד ב מובא: לדעת חכמים, אסור למוצא שטר חוב להחזיר את השטר למלווה או ללווה. גם אם הלווה מודה שלא פרע את החוב - לא יחזיר, שמא הלווה כבר פרע את החוב, והשטר נפל מהלווה, וכעת הם עושים בניהם קנוניה, שהמלווה יגבה קרקע מהלקוחות והם יתחלקו בניהם. חשש זה קיים גם בשטר חוב ללא אחריות, שכן אחריות טעות סופר, ותמיד יכול המלווה לגבות מלקוחות הלווה.

כאמור, לפי רוב הפוסקים צ'ק מוגדר כשטר, כך שהמוצא צ'ק - אסור לו להחזיר את ההמחאה לא לבעל הצ'ק ולא למוטב. אומנם כדאי ליידע את בעל הצ'ק שההמחאה נמצאת ולבקש רשות לקרוע את הצ'ק.

וכ"פ ערוך השולחן (סימן סה סעיף ט), המוצא שטר שאדם מתחייב לשלם לכל מי שמוציאו (כמו צ'ק פתוח) - המוצא לא יכול לגבות את הצ'ק, שהרי המוצא לא קיבל את הצ'ק כדין, החוב שיש בצ'ק לא ניתן עבור המוצא לכך אסור לו לגבות.

הפתחי חושן (חלק ב - אבידה ומציאה פרק ז הערה מ) כתב: המוצא צ'ק למוטב - אין לחשוש שמא הצ'ק כבר נפרע, כי אם היה נפרע - הייתה עליו חותמת הבנק, לכן יש להחזירו למוטב, אומנם אם יש חתימה מאחורי הצ'ק, או אם הצ'ק ללא שם מוטב - יש לחוש שמא הצ'ק כבר נמסר לאדם מסוים בתורת פירעון חוב, לפיכך אין להחזירו לא למוטב ולא למתחייב ולא למוסב.

הפתחי חושן עוד כתב: "ונראה פשוט **שסכום השיק** - אינו סימן, אבל **מספר השיק** - מסתבר דהוי סימן מובהק לגבי מקבל השיק... ופשוט שכל זה כשמצא שיק בודד, אבל **כשמצא כמה שיקים ביחד** - ודאי דבר שיש בו סימן הוא, כמ"ש להלן בדין מצא כמה שטרות".

לעיל הובאה מחלוקת הפוסקים, האם ניתן לגבות מצ'ק שנלקח ללא דעת מקנה. לדעת הקצות - צריך מסירה ע"י דעת מקנה, כך שלא ניתן לגבות מצ'ק הפקר, אך לדעת הש"ך - ניתן לגבות מצ'ק פתוח.

לפי החוק (פקודת השטרות סעיף 26), לא ניתן לפדות צ'ק שניתן ללא תמורה. במציאת צ'ק אין תמורה, לפיכך גביית הצ'ק אסורה.

**חלוקת צ'קים בעת פירוק השותפות**

הרמב"ם (הלכות שלוחין ושותפין פרק ד הלכה ד) כתב: שותפים לזמן קצוב, שיש להם שטרי חוב שנגבים לאחר שהגיע הזמן שנקבע לחלוקת השותפות - יכול כל שותף לדרוש את חלוקת השותפות (בזמן הקצוב), וכשיגיע מועד פירעון השטר חוב, יחלקו את השטר חוב. וכ"פ המחבר.

למשל, שותפים במפעל לזמן קצוב, והגיע זמן חלוקת השותפות, אך יש בידיהם עוד צ'קים שזמן פירעונם הוא יותר מאוחר, (לפי רוב הפוסקים, צ'יק מוגדר כשטר חוב), יכול כל שותף לפרק את השותפות במועד שנקבע, ואין באפשרות אחד מהשותפים לעכב את חלוקת השותפות ולטעון: נחלק את השותפות בהגיע מועד פירעון הצ'קים, אלא את השותפות יחלקו מיד בהגיע הזמן הקצוב, ולאחר מכן כאשר יהיה ניתן לפרוע את הצ'קים - יחלקו את ההמחאות בניהם.

אומנם הרא"ש (כלל צח סימן ז) כתב: לא רק את חלוקת השותפות יעשו מיד בהגיע מועד חלוקת השותפות, אלא גם את חלוקת השטרי חוב יעשו מיד בהגיע המועד הקצוב לחלוקת השותפות. השותפים ישומו בבית דין כל שטר לפי שוויו, יש שטר שניתן לפרעו רק מאוחר יותר, ויש שטר שיש בו סיכון שהלווה לא יפרע, (הצ'ק יחזור), ולאחר ששמים את כל השטרי חוב, מחלקים בהגרלה את השטרי חוב בין השותפים. במידה ולא ניתן לחלק את השטרות, עושים חלוקה ע"י גוד או אגוד. לאחר חלוקת השטרות הסופית, אם אחד מהלווים לא יפרע את השטר חוב, אותו לווה שקיבל את השטר חוב הפסיד. וכ"פ הרמ"א.

הבית יוסף בהתחלה כתב: יש מחלוקת בין הרמב"ם ובין הרא"ש, האם מחלקים את הצ'קים מיד בחלוקת השותפות, (כך סבור הרא"ש), או שחלוקת הצ'קים תהיה מאוחר יותר בהגיע מועד פירעון הצ'קים, (כך סבור הרמב"ם).

אך הבית יוסף לאחר מכן כתב בבדק הבית: יתכן ואין מחלוקת בניהם, הרמב"ם מסכים לדברי הרא"ש, שניתן גם לחלוק את הצ'קים מיד, אלא הרמב"ם רק בא לחדד שאין אפשרות לאחד מהשותפים לעכב את חלוקת השותפות בגלל שלא הגיע מועד פירעון הצ'קים, אלא השותפות תתפרק בזמן הקצוב, ולגבי חלוקת הצ'קים, לא דקדק הרמב"ם, ואין הכי נמי שאם ירצו לחלק מיד את הצ'קים - יכולים לעשות כן כדברי הרא"ש.

**הנתיבות** בס"ק מ כתב: המחבר דיבר על שטר חוב שהגיע מועד הפירעון אלא שהשותפים לא גבו את החוב. אך אם עדיין לא הגיע מועד הפירעון, (כגון צ'יק עם תאריך דחוי), יכול כל שותף **לעכב את חלוקת השותפות** עד שיגיע מועד פירעון שטרי החוב, וכפי שפסק המחבר בסעיף יז: "היה זמן ידוע למכירת אותה סחורה - יש לכל אחד מהם לעכב שלא יחלקו עד שתמכר בזמן הידוע למכירתה"[271].

[271] צ"ע כיצד להסביר את דברי הנתיבות, הרי וודאי שהשותפים נעשו שותפים בגלל הסחורה, המפעל, וכו', ולא בגלל אותן המחאות. קשה לומר שבגלל הצ'יקים דחויים, השותפות ממשיכה.