



# מאורות תורת המשפט

אבישי נתן מייטליס

דיני ממונות אקטואליים

חלק ב

גליונות מו-ע

קיץ תשעח

## תוכן העניינים

מו.	הסכם יששכר וזבולון .....	ג
מז.	מלגת אברך – תרומה או משכורת .....	ד
מח.	רופא מנתח שהזיק במהלך טיפול .....	ח
מט.	תשלום מע"מ – אם כלול במחיר .....	כט
נ.	אם יכול לגבות חוב שכבר מחל בליבו .....	לג
נא.	התפרץ לכביש - מי חייב על נזקי תאונת שרשרת .....	לט
נב.	וועד הבית זרק אופניים שחנו ברחבת הבניין .....	מז
נג.	שוכר עשה שיפוץ והתקין מזגן .....	נא
נד.	האם מותר לקטוף מפירות שעברו לחצר שכנו .....	נו
נה.	להעלות שכר דירה באמצע שנה, כשלא חידשו את החוזה .....	ס
נו.	אם מותר לגבות הוצאות משפט שנקבעו בבית משפט .....	סד
נז.	קנה לחבירו מצלמה ואבדה, האם חייב המשלח לשלם לו .....	עב
נח.	הכיצד אישה מפרישה חלה ומעשרות בלא מינוי מבעלה .....	עו
נט.	לפתוח עסק מתחרה בישוב .....	פא
ס.	לנכות מדמי השכירות בשל רטיבות .....	פו
סא.	חיוב האב והאם במזונות ילדיהם .....	צב
סב.	'האותיות הקטנות' – האם מחייבות .....	ק"ב
סג.	שלחו ילד לקנות, והפריט ניזוק, האם ההורים זכאים להחזר .....	ק"ח
סד.	הניח מאכל של חבירו תחת המיטה, אם חייב תמורתו .....	קכב
סה.	חלוקת רכוש ומתנות בעת גירושין .....	קכו
סו.	הסכם ממון טרום נישואין .....	קלז
סז.	הפעלת רחפן הכולל מצלמה בחצר ומעל שכן .....	קמד
סח.	לעבור בחדר מדריגות ובמעלית בניין של שכנים .....	קנב
סט.	נזק הנעשה באמצעות חיישנים .....	קנט
ע.	למי שייכות מתנות הבר מצווה .....	קסו

# מאורות תורת המשפט

## תשובות אקטואליות בדיני ממונות

אבישי נתן מייטליס

ז' בטבת תשע"ז נשלח ח"נ מדי שבועיים, להצטרפות: [meorothamishpat@gmail.com](mailto:meorothamishpat@gmail.com) גליון מספר 46

## הסכם יששכר וזבולון

### המקרה:

אברך ערך הסכם יששכר וזבולון עם בעל בית אחד על סכום 700 ₪, מלבד קצבתו מהכולל. לימים הזדמן לידו אפשרות לערוך הסכם נוסף עם יהודי נוסף, וכך עשה. לאחר תקופה, שמע השני, שכבר יש לו הסכם עם אחר, ותהה על העיסקה שעשה.

**טענת התורם:** אומנם ישמח להעניק תרומה לאברך אף שמקבל תמיכה כלשהיא, שכן אין בהם כדי לכלכל משפחתו. אך תמה, הכיצד עורך עימו האברך הסכם נוסף משכבר מכר האברך את זכויותיו לשותפו הראשון שעימו ערך הסכם, ולא נותר בידו כלום. וביקש לברר אם יכול לחזור בו מהתחייבותו לאברך זה, בכדי שיוכל לעשות הסכם עם אברך אחר.

**האברך מנגד טען:** שמאחר וערכו וחתמו הסכם ביניהם, לא יכול לחזור בו התורם מהבטחתו.

### תשובה

מעלות גדולות נאמרו על התומך בלומדי התורה ומחזיקים כלכלית, ומחוייב הוא לעמוד בהתחייבותו גם אם הלומד אינו בגדר 'עני', ואף שלא עוגנה התחייבות זו בשטר.

העורך הסכם יששכר וזבולון בין בעל פה בין בכתב נעשה שותף ללימוד העתידי, ומקבל שכר הלימוד שהתאפשר על ידי תרומתו, ולדעת האגרות משה מחוייב ליתן חצי מרווחיו בדווקא, ולדעת החיד"א וסיעתו די בכל תרומה שהיא. ומחוייב לכל אורך הזמן הקצוב בשטר, או לפחות למשך שנה. ולפיכך לא יוכל אחד הצדדים לחזור בו שלא בהסכמת הצד השני.

האברך שקיבל סכום מסויים, יכול לערוך הסכם נוסף עם נדיב אחר, וכל תורם יקבל שכר לימודו לפי ערך תרומתו שאיפשרה ללומד לשקוד על תלמודו. אלא שלדעת האבקות רוכל מי שיש לו כדי פרנסתו ועורך הסכם זה הינו בכלל בוזא ה', ולדעת האגר"מ אין מניעה שאף עשיר יערוך הסכם שיאפשר לו ללמוד ללא כל טירדה.

### נמוקי הדין

#### תמיכה בלומדי התורה

מדרשים רבים כתבו על מעלת התורם ותומך בלומדי התורה, שזוכה במעלת לימודם בכך שאפשר להם ללמוד ונעשה שותף ללימודו. איתא במדבר רבה בפרשת נשא פרשה יג: 'שניהם מלאים סלת וגו', זבולון ויששכר שניהם היו נוטלין שכר תורה ביחד, ושניהם היו מתפרנסין ביחד... ד"א שזבולון ויששכר שניהם היו מקריבים ביחד זבחי צדק היו הקרבנות שכשם שהיה לזבולון חלק בשכר תורתו, כך היה ליששכר חלק בממונו של זבולון'. וכן נאמר בילקוט שמעוני בפרשת ויצא רמז קט: 'ומבני יששכר יודעי בינה לעתים... מאתים ראשי סנהדראות היה שבת יששכר מעמיד, וכל אחיהם על פיהם מסכימים הלכה על פיהם... וכל השבח הזה מנין לו, מזבולון, שהיה עוסק בפרקמטיא ומאכיל את יששכר שהוא בן תורה... וכשבא משה לברך את ישראל הקדים ברכת זבולון ליששכר הה"ד שמח זבולון בצאתך ויששכר באהליך'. וכן הובא בזוהר בפרשת בהעלותך: 'ולזבולון אמר שמח זבולון בצאתך ויששכר באהליך, מלמד דאשתתפו כחדא. דא נפיק ואגח קרבא ודא יתיב ולעי באורייתא, ודא יהיב חולקא לדא, ודא יהיב חולקא לדא... יששכר חולקיה באורייתא ויהיב לזבולון חולקא דאורייתא. ודאי ועל דא אשתתפו כחדא לאתברא זבולון מיששכר דברכתא דאורייתא היא ברכתא דכלא'. וכן הוא בירושלמי בסוטה פ"ז ה"ד: 'עתידי הקדוש ברוך הוא לעשות צל לבעלי מצות בצילה של בעלי תורה'. ובאר הקרבן העדה שם בד"ה 'בצילה של בעלי תורה': 'כלומר שכר המחזיקים שוה לשכר העוסקים בתורה'. 'לבעלי המצות. היינו המחזיקים ביד ת"ח שילמד'. כמש"כ רבינו בחי' דברים לג, יח: 'ראוי הוא שינחל שמחה וכבוד בשמחתה של תורה לעוה"ב'. וכן כתב הגר"א בדברי אליהו על פרשת חוקת.

רבי חיים פלאג' בספר תוכחת חיים פרשת ויגש עמ' קעג באר עפ"י הגמ' בב"ב בדף ט. שגדול המעשה יותר מהעושה, ולפיכך שכרו של זבולון גדול, שמאפשר ללומד להגות בלימודו ללא הפרעה<sup>1</sup>. וכן כתב רבינו בחי' דברים לג, יח: 'הקדים זבולן ליששכר לפי שהוא הסבה לתורתו של יששכר, וכן הקדימו יעקב בברכת השבטים, לפי שהוא המחזיק תורתו של יששכר'. כן באר בפרשת דרכים דרך צדיקים, דרוש ארבעה ועשרים שבטיהם עוסק הת"ח בתלמוד תורה, ולכן זוכה להצטרף עימו במחיצת ת"ח. וכן החיד"א בראש דוד פרשת משפטים והמהרש"ק בטוב טעם ודעת ח"א ס' ריז. וידוע שהמהרש"א, רבי שמואל אידלש, היה קרוי על שם חמותו אידל, שהיתה מחזיקה ותומכת בו.

החפץ חיים באהבת חסד פרק עשרים סעי' ד באר את דברי השטמ"ק בכתובות בדף נ. שיש להוציא אף יותר מחומש לצורך מצוות תלמוד תורה, שהכוונה למחזיק תורה, שיש לו חלק בתורה וכיששכר זבולון, ושהוא הוא ללימוד של עצמו, וכי חייב להוציא למען כך יותר מחומש. וכן במנחת שלמה ח"ב ס' צז אות יא.

ובמדרש בבראשית רבה בפרשת ויחי פרשה ק נאמר שאף זוכה להזכר לפני יששכר בחשיבות בשל הסיוע ללומדי התורה: 'זבולון לחוף ימים ישכון. קדם זבולון ליששכר. והרי היה יששכר גדול מזבולון... ולמה כן. אלא שהיה זבולון עוסק בפרקמטיא, ויששכר עוסק בתורה, וזבולון בא ומאכילו, לפיכך קדמו עליו עץ חיים היא למחזיקים בה, יששכר כונס וזבולון מביא באניות ומוכר ומביא לו כל צרכו, וכן משה אומ' שמח זבולון בצאתך, למה, שיששכר באוהליך שלך הן, שאת מסייעו לישב בהן'. והמאירי בסוטה בדף כא. כתב שהלומד נעשה בכך טפל לתומך בו: 'וכל שלא למד תורה ומשתדל להיות אחרים לומדים על ידו חולק בשכר, ולא עוד אלא שהתורה נקראת על שמו כמו שאמרו בשמעון אחי עזריה שמתוך שהיה אחיו מתפרנס ממנו בשעה שהיה לומד, הוזכר אחיו בהלכותיו ונעשה הוא טפל לו. וכן יוחנן דבי נשיאה על שם שהיה מתפרנס מן הנשיא'. וכן מבואר בביאור הגר"א במשלי יח, טו על הפסוק: 'מתן אדם ירחיב לו ולפני גדולים ינחנו', שהתורם ונותן צדקה מרחיב לעצמו חלק בגן עדן. ולפני הגדולים ינחנו, המספיק ונותן ללומדי התורה ינוח בגן עדן לפני הלומדים עצמם. וכן מבואר בש"ך בס' שיש להשיב אבידה למחזיק את הלומד קודם לרבו.

מעלה גדולה נאמר על המהנה תלמיד חכם מנכסיו, שבכך מדבק בשכינה כמבואר בגמ' בכתובות בדף קיא: 'ואתם הדבקים בה' אלהיכם חיים כולכם היום, וכי אפשר לדבוקי בשכינה... אלא, כל המשיא בתו לתלמיד חכם, והעושה פרקמטיא לתלמידי חכמים, והמהנה תלמידי חכמים מנכסיו, מעלה עליו הכתוב כאילו מדבק בשכינה. כיוצא בדבר אתה אומר לאהבה את ה' אלהיך ולדבקה בו, וכי אפשר לאדם לידבק בשכינה. אלא, כל המשיא בתו לתלמיד חכם, והעושה פרקמטיא לתלמידי חכמים, והמהנה תלמידי חכמים מנכסיו, מעלה עליו הכתוב כאילו מדבק בשכינה'. ומעין זה איתא במסכת פסחים בדף נג: 'דאמר רבי יוחנן כל המטיל מלאי לכיס תלמידי חכמים, זוכה ויושב בישיבה של מעלה'.

מצוה זו להנות תלמיד חכם מנכסיו, נחשבת לתורם כאילו עובד בבית המקדש ומקריב קורבנות, כמובא במסכת ברכות בדף י: 'אמר רבי יוסי ברבי חנינא משום רבי אליעזר בן יעקב, כל המארח תלמיד חכם בתוך ביתו ומהנהו מנכסיו, מעלה עליו הכתוב כאילו מקריב תמיד'. וכן נאמר במסכת יומא בדף עא: 'ואמר רבי ברכיה, הרוצה לנסך יין על גבי המזבח ימלא גרונו של תלמידי חכמים יין'. ובמסכת כתובות בדף קה: אמרו: 'כל המביא דורון לתלמיד חכם, כאילו מקריב בכורים'. והתוס' שם בד"ה 'וכי אלישע' הביאו את דברי אליהו זוטא פרשה ב: 'כל זמן שבית המקדש קיים, מזבח שבו הוא כפרה לישראל בכל מקומות מושבותיהם, ובחוצה לארץ, חכמים ותלמידי חכמים הם כפרה לישראל בכל מקומות מושבותיהם, שנאמר ואם תקריב מנחת ביכורים לה'... מיכן אמרו, כל הניזקק לחכמים ולתלמידיהם, מעלה עליו הכתוב כאילו הקריב ביכורים ועשה רצון אביו שבשמים'. ובמחנה אפרים הלכות שלוחין ס' ד כתב שמעלה זו נאמרה גם אם מהנה תלמיד חכם עשיר, וכן נביא לקמן מדברי האג"מ יו"ד ח"ד ס' לז שזבולון קיבל שכר שפרנס את יששכר, אף שיששכר קיבל נחלה בארץ ולא היה עני. ובספר תוכחת חיים לרבי חיים פלאג' פרשת ויגש עמ' קעז דרש נוטריקון, על הפסוק 'ועניים ומרודים תביא בית', שתיבת 'בית', הינה ראשי תיבות של מעלות 'ביכורים' יין' 'תמיד'ן' שבדרשות חז"ל דלעיל שמקיים התורם ותומך שמהנה את לומדי התורה בביתו.

עוד אמרו על סגולת התמיכה בלומדי התורה, כי בכך זוכה לברכת הבית ולילדים<sup>2</sup>, כן כתב האלשיך הק' בבראשית מט, יג: 'ועם כל זה שהוא (זבולון) תמיד בדרכים וארחות ימים, והדרך ממעטת פריה ורביה, עם כל זה יפרה וירבה עד יהיה ירכתו על צידו מרוב עם. והטעם על כי יששכר כו' רובץ בין המשפטים שזכותו מטיב לזבולון המפרנסו לתורה'. נראה שברכה זו מבוססת על דברי הגמ' בב"ב בדף ט: 'רבי יהושע בן לוי אמר, כל הרגיל לעשות צדקה, זוכה הויין לו בנים בעלי חכמה בעלי עושר בעלי אגדה'. וכן כתב החפץ חיים בשמירת הלשון שער התורה פרק ה.

<sup>1</sup> וכן נאמר במדרש רבה פרשה יג: 'למה זכה זבולון להקריב שלישי, לפי שחיבב את התורה והרחיב ידיו לפזר ממונו ליששכר, כדי שלא יצטרך שבת יששכר לפרנסה, ולא יתבטל מלעסוק בתורה. לפיכך זכה זבולון להיות שותף לתורה, והיה חבירו של יששכר, ולכך הקריב אחריו ואחר יהודה לקיים מה שנאמר מתן אדם ירחיב לו ולפני גדולים ינחנו. קרבנו קערת כסף אחת בא נשיא זבולון והקריב קרבנו על השותפות שהיה לו עם יששכר אחיו, לפי שהיו זבולון ויששכר שותפים יששכר היה עוסק בתורה וזבולון היה עוסק בפרקמטיא והיה טורח זבולון ונותן לתוך פיו של יששכר. ועל זה היה קרבנו קערת כסף, כנגד הים שהוא עשוי כקערה שהיה חלק זבולון'.

<sup>2</sup> באוצר המדרשים עשרת הדברות עמוד 456 הובא מעשה מופלא, על סגולת התמיכה בלומדי התורה ומחבב: 'ומעשה בחסיד אחד, זקן בן שבעים שנה, שלא היה לו בן והיה לו ממון הרבה. ובכל יום יום היה הולך לבית הכנסת, וכשהיו הנערים יוצאים מבית רבן היה מחבק ומנשק והיה אומר להם אמרו לי פסוקים... מה עשה אותו חסיד, עמד ופיזר נכסיו לת"ח, אמר שמא יש לי חלק לעוה"ב עמכם. מיד נתגלגלו רחמיו של הקדוש ברוך הוא ונתן לו בן לשבעים שנה'.

מלבד מעלות רוחניות נעלות שזוכה התומך בלומדי התורה, הינו זוכה גם לברכה כלכלית, כפי שכתבה הגמ' בברכות בדף מב': 'תכף לתלמידי חכמים ברכה, שנאמר ויברכני ה' בגלגלך'. ובאר רש"י שם: 'תכף לתלמיד חכם - המקריבו אליו ומאחרו בביתו. זוכה לברכה - בביתו'. ובמסכת סנהדרין בדף צב. נאמר: 'ואמר רבי אלעזר כל שאינו מהנה תלמידי חכמים מנכסיו, אינו רואה סימן ברכה לעולם'. וכן איתא במדרש שיר השירים רבה בפרשה ו': 'אל גנת אגוז ירדתי, אמר ר' יהושע בן לוי נמשלו ישראל באגוז, מה האגוז נגזזת ונחלפת, לטובתה היא נגזזת... כך כל מה שישראל נגזזין מעמלן ונותנין לעמלי תורה בעולם הזה, לטובתן הן נגזזין ונחלפין להם, ומרבין להם עושר בעולם הזה ושכר טוב לעולם הבא'. כן סבר האגר"מ שם שיש לתורם: 'גם השכר דאיכא מלימוד תורה גם בעוה"ז לעניין שאוכלין פירותיהן בעוה"ז, שאיתא ברפ"א דפאה. ולעניין שתורה מגנא ומצלא, דאיתא בסוטה דף כ"א ע"א היה ג"כ שכר זה לזבולון'. מיוחד הוא ביאורו של המלבי"ם בתהלים פרק קלג שבאר שכל הפרק שעוסק בהסכם של יששכר וזבולון, וכתב על הפסוק: 'כטל חרמון שיורד על הררי ציון', שזבולון מקבל שפע כלכלי עבור יששכר: 'ולפעמים תגיע השפע על המוכן לה ע"י אמצעי, באופן שתגיע תחלה אל מקום בלתי מכוון בעצם וראשונה, כדי שתריק על מקום הראוי. כטל חרמון, שאינו מכוון לצורך הר חרמון, רק שיורד על הררי ציון, כי שם צוה ה' את הברכה, שעקר הברכה יורד בשביל הר ציון והולך דרך הר חרמון... כן שפע העושר והקנינים שהגיע אל זבולון, לא הגיעו אליו רק לצורך יששכר, שימצא ריוח לעסוק בתורה ולקנות על ידם ח"י עד. והגיעו ליששכר באמצעות זבולון, ובזה היה זבולון דומה כהר חרמון שמקבל הטל בשביל הר ציון'.

מעלה זו של סיוע ללומדי התורה עומדת לתומך בת"ח להנצל ואף לנצל במלחמה, כמבואר בויקרא רבה בפרשה כה: 'א"ר תנחומא כל מי שיוצא לדרך ואינו מכוין לבו למלחמה, סוף שהוא נופל במלחמה. אבל שבטו של זבולן בין מתכוין בין שאינו מתכוין, יוצאין למלחמה ונוצחין הה"ד מזבולן יוצאי צבא עורכי מלחמה ולעדור בלא לב... בין מתכווין בין שאינו מתכווין, הם יוצאים ומנצחין'. וכן מגנה עליו שלא ינדוהו, כדבאר בפרשת דרכים דרך צדיקים, דרוש ארבעה ועשרים.

יסוד זה שהמסייע לימוד נעשה שותף לזכות הלומד, מצאנו במסכת סוטה בדף כא. בדיון על שכרן של הנשים: 'נהי דפקודי לא מפקדא, באגרא דמקרין ומתניין בנייהו ונטרן להו לגבריהו עד דאתו מבי מדרשא, מי לא פלגאן בהדיהו'. וכך באר רש"י שם את מפעלן של הנשים: 'שטורחות על בניהן להביאן לבית הספר לקרוא מקרא ולשנות משנה'. 'וממתינות לבעליהן שיוצאין לעיר אחרת ללמוד תורה'. ואמרה הגמ' שם שבשכר זה ניצולת האישה וזכות זו תולה לה, כפי שמועילה ללומד תורה. ומכן למד ביערות דבש דרוש א, דרשה לאלול שיש לכל מי שאינו לומד לסייע לת"ח, בכדי להנצל מיצר הרע.

החינוך במצוה תלד הבין שחיוב זה נלמד מהפסוק 'ובו תדבק': 'ומהנו מנכסיו כאלו נדבק בשכינה... ועובר על זה ואינו מתחבר עמהם וקובע בלבו אהבתם ומשתדל בטובם ותועלתם בעתים שיש סיפק בידו לעשות כן, מבטל עשה זה, וענשו גדול מאד, כי הם קיום התורה ויסוד חזק לתשועת הנפשות'.

מקור נוסף כתב החינוך במצוה תנ לחובה זו מהמצווה ליתן מתנות ללווים ולהחזיקם ברגלים: 'ובמצוה הזאת יש ללמוד לכל מבין לסעוד ולהטיב אל כל המשתדלים תמיד בחכמת התורה, כי הם המעמידים דת האמת ומחזקים האמונה, מרבים שלום בעולם... על כן המרחמם ומבקש תועלתם ירוחם מן השמים וחלק כחלק יאכל עמהם לעולם הבא'.

כן פסקו הטור והשו"ע בהלכות תלמוד תורה בס' רמז: 'ומי שא"א לו ללמוד, מפני שאינו יודע כלל ללמוד או מפני הטרדות שיש לו, יספיק לאחרים הלומדים'. והרמ"א הביא את דברי הטור שחידש וכתב שבכך: 'תחשב לו כאילו לומד בעצמו'. והוכיח הלבוש שם חידוש זה: 'דהא גבי הלומד בעצמו כתיב כי היא חי"ך וגו', וגבי המספיק לאחרים כתיב עץ חיים היא למחזיקים בה'. וכן פסקו הטור והשו"ע בחו"מ בס' ט סעי' ג: 'חובה הוא על כל ישראל לפרנס דייניהם וחכמיהם'. ויסוד חיוב זה מבוסס על דברי רבי יוחנן בגמ' בשבת בדף קיד: 'ואמר רבי יוחנן, איזהו תלמיד חכם שבני עירו מצווין לעשות לו מלאכתו - זה שמניח חפצו ועוסק בחפצי שמים, והני מילי למיטרח בריפתיה'. חובה זו למד רבי יוחנן מסתירה בפסוקים כמבואר במסכת יומא בדף עב: 'רבי יוחנן רמי, כתיב ועשית לך ארון עץ (ציווי וחובה על משה), וכתבי ועשו (הציבור) ארון עצי שטים. מכאן לתלמיד חכם שבני עירו מצווין לעשות לו מלאכתו'. והאריכו הרשב"ץ ח"א מסימן קמב ובמגן אבות ד, ה והיש"ש בחולין פ"ג סי' ט והביאור הלכה בס' רלא בחובה זו לפרנס ת"ח, דאם לא כן תורה משתכח ח"ו.

חיוב זה לסייע ללומדים נאמר לכל, אף אם לומד ויש בידו לסייע ולספק ללומדים נוספים ללמוד ונמנע ולא סיפק בידם, נענש על כך. וכך נאמר בירושלמי בסוטה פ"ז ה"ד, הביאו הרמב"ן בדברים כז, כו על הפסוק 'אשר לא יקים את דברי התורה הזאת' וכן הוא בויקרא רבה בפרשת קדושים פרשה כה: 'רבי אחא בשם רבי תנחום ברבי חייה למד ולימד ושמר ועשה והיתה ספיקה בידו להחזיק ולא החזיק, הרי זה בכלל ארור. רבי ירמיה בעי רבי חייה בר בא לא למד ולא לימד ולא שמר ולא עשה ולא היתה ספיקה בידו להחזיק והחזיק, הרי זה בכלל ברוך'. ובספר תוכחת חיים לרבי חיים פלאג'י פרשת ויגש עמל קעה הוכיח זאת מכך שמשה רבנו נשא תרומה ונדב למשכן.

כמובן שחובה זו ושותפותו של זבולון להחזיק את לומדי התורה, לא פוטרת את זבולון מהחובה האישית וממצוות תלמוד תורה המחוייבת ע"י כל יהודי, כמבואר ברמב"ם והשו"ע בריש הלכות תלמוד תורה, וכ"כ השל"ה הק' מס' שבועות דף צא, שו"ע הרב בהל' ת"ת פ"ג ה"ו והאגר"מ שם ס"ק יח. וראה בנפש החיים שער ד פרק ח שאף שמפסיק ממשנתו לעסוק לפרנסתו כפי הצורך, מחוייב להיות שקוע ולחשוב בדברי תורה.

יש לציין את דברי רבי חיים בן עטר בספרו ראשון לציון על שו"ע בסי' רמו אות כה, שבאר שהאוסרים ליטול צדקה בכדי ללמוד תורה, לא דיברו על מצב שהתורם פונה ומבקש להחזיק את העוסק בלימוד: 'דכל זה לא מיירי אלא במי שהוא מטיל פרנסתו על הזולת, שיושב ולומד ובהכרח על הצבור לפרנסו. אבל אם הצבור או היחיד מבקשים ממנו ללמוד בעדם או לזכות, לאו איסורא עביד, דכן מצינו היתר בהדיא שמח זבולון... דבזה לא מיירי כלל'. וכן הוא בביאור הלכה ס' קנ: 'ובפרט אם כבר נמצאו אנשים שרוצים להספיק לו צרכיו כדי שיעסוק בתורה, בודאי לא שייך זה'.

מצאנו א"כ שמעלת התורם ומבקש להיות שותף ללימוד הינה גדולה ורבה, ואפשר לסווג את התורמים לשני מניעים שונים, על פי דברי הגר"ח מוולוז'ין ברוח חיים פ"ו מ"ז. ישנו תורם שנוכח שהעולם כמו גלי ים זועף וגליו סוערים להטביע במצולות התאוות, ובכדי להנצל מהם, יאחז בעץ החיים היא התורה והיא התבלין ליצר הרע ותאוותיו, והפורש ממנה כפורש מהחיים. והוא חפץ את תועלתו מהקירבה לתורה, ועליו נאמר, שעץ חיים למחזיקים בה. אך ישנו מי שמבין את ערך סגולתה ומעלתה של התורה, וחפץ להיות שייך לדרגתה הנעלה, וגדוש בהכרה בחיוביות של העמדת תלמידי החכמים בקרב האומה, ולא דאגת עצמו הניע אותו, ועליו נאמר 'ותומכיה מאושר'<sup>3</sup> (הגר"ח שם באר שנסב הפסוק על הלומד, שאף הטועה לחשוב שהוא עושה טובה לתורה שעוסק בה, שלא תהיה מונחת בקרן זיית, בכו"ז הינו מאושר. ולדבריו, התורם שביקש להגדיל את התורה מתוך ההכרה בעניינה, זוכה לדרגה זו).

## אם מעלת המסייע שווה למעלת הלומד

הרמ"א בסי' רמו אומנם כתב שנחשב שהתורם כאילו למד בעצמו, וכ"כ בפרשת דרכים דרוש ארבעה ועשרים: 'דכיון שהיה מטיל מלאי כו' הרי הוא כת"ח עצמו, שכל מה שלומד הת"ח, חשיב כאילו הוא בעצמו חידש אותם ההלכות'. והאגר"מ שם סק"י העלה שהרמב"ם ומרן השו"ע שלא הזכירו זאת, חולקים על כך, ולא סברו שיחשב התורם כאילו למד בעצמו. ובאפרקטא דעניא ח"א ס' נז הבין שהרמ"א הוסיף שנעשו שותפים ביניהם כדיני חו"מ ויכול הלומד לתובעו בבי"ד (ולא יוכל לתרום לכל שחפץ בלא דעת שותפו), בעוד לשו"ע אינו שותף אלא רק תורם, ואין יכול לתובעו בדיון על תרומתו זו אליו, וכ"ש שיוכל התורם לתרום לאחרים כרצונו. אך הציץ אליעזר טו ס' לה סבר שאין לחלק כן, ולכו"ע מהני להתנות ולהחשב בכך כאילו למד בעצמו. ובחבלים בנעימים ח"ג ס' צח תמה על יסוד דין זה, וסבר שכלל לא יתכן להחשיבו כאילו למד בשל תרומתו.

אולם מצאנו חידוש גדול שאמרו במעלת המחזיק תורה, שלא רק שהיו נמצא במעלה גדולה כלומד עצמו, אלא הוא נעשה כידוע את התורה בשל תמיכתו בלומדים<sup>4</sup>.

כן נאמר בשם הרוקח בסודי רי: 'מי שנתן בחייו ללומדי תורה וגמל חסד עמהם, אף על פי שהוא עם הארץ, לאחר שמת מלמדין אותו. כן כתב החת"ס בתורת משה פרשת עקב שנעשה התומך – ת"ח. וכ"כ בפרשת דרכים דרך צדיקים, דרוש ארבעה ועשרים: 'המהנה ת"ח מנכסיו שזוכה לכל הכבוד הזה, שיושב במחיצה שת"ח יושבים בה, שהוא מקום איום ונורא... משום דכיון שהוא מהנה אותו, נמצא דבסיבתו עוסק הת"ח בתלמוד תורה, וכיון שהוא סיבה ללימוד התורה, חשיב כאילו איהו גופיה צורבא מדרבנן'. כן כתב החפץ חיים בשמירת הלשון שער ג פ"ו: 'ודע עוד שנמצא בספרים הקדושים, שהאדם המחזיק לומדי תורה אע"פ שהיה עם הארץ בעוה"ז, זוכה שלעתידי ידע גם הוא את התורה. ובאמת דבר פשוט הוא, כיון שיש לו חלק בעצם שכל תורתו, וידוע דהתענוגים הגדולים שבגן עדן מתהווים מעצם רוחניות התורה, ממילא צריך לידע את התורה וא"כ יחשוב כל אדם בעצמו איך שצריך'. ומעין זה כתב גם החפץ חיים בספר שם עולם ב שער ההתחזקות פ"ו ד"ה 'אופן השני', וכן בשער החזקת התורה פט"ו. כן הובא גם בספר תורת יעקב עמו' תתי"ח בשם רבי חיים בן עטר שאמר, שראה בספרן של צדיקים ראשונים כי כל מי שנתן בחייו ללומדי תורה וגמל עמם חסד אף על פי שהוא עם הארץ זוכה שלאחר מיתתו מלמדים אותו תורה. שכן נאמר שטל תורה מחייהו, היינו שטל התורה שלו בעצמו מחייהו, ולא של יששכר הלומד מחמתו. וראה כן בהרחב דבר לנצי"ב במדבר כא, יח. הבן איש חי בספרו בניו סוף מסכת עוקצין דף רכב כתב: 'אמרו רז"ל, בצל החכמה בצל הכסף. שהעשיר המחזיק ביד ת"ח יש לו חלק בתורה שלומד הת"ח. שבעולם הבא אומרים לו, טול שכר מסכתא פלונית ושכר מסכתא פלונית

<sup>3</sup> הנה כמה פוסקים התנבאו בסגנונות שונים, שגם אם יששכר אינו לומד כדבעי, אין מעלתו ושכרו של זבולון נגרעת, ומקבל שכרו.

החיד"א בראש דוד פרשת קדושים כתב שכשם שאם הבעל מתעצל בלימודו, אין האישה מפסידה שכרה, כן התורם לא מפסיד שכר גם אם הלומד התבטל. בשו"ת בית שלמה ח"ב יו"ד סוס"י צד כתב: 'אם אין היששכר מנצל כהוגן זמנו ללימוד התורה ומדבר שיחות בטלה וכדו', אין נגרע כלל חלקו של זבולון, ומבחינתו הרי זה כאילו יששכר עושה כל זמנו בתורה לשמה, אלא יששכר עתיד ליתן הדין על כך'. ובשו"ת מנחת יצחק ח"ו ס' ק כתב לבאר לשון רבנו האי גאון: 'הלומד, פעמים יש לו שכר ופעמים אין לו שכר', שהכוונה שאף אם החכם לומד שלא לשמה, ותורתו הוא נעשה לו סם המות, התורם לא הפסיד: 'דהוא נתן מעותיו על דעת שהחכם ילמוד לשמה, ואם הוא למד שלא לשמה, לגרמיה הוא דעבד, והעשיר לא הפסיד'.

ודברי טעם הם. שכן שכר מעשה האדם נמדד לפום צערו וטרחתו ומלחמת היצד שלו, ואם זבולון נאבק עם יצרו לשאת את התמיכה שהבטיח, יאה שכרו בהתאם, ויתכן והוא יאה גדול יותר משכר הלומד שבלות רבה וללא התמודדות ישב על תלמודו. ויש, שהתורם נשא תרומה זניחה עפ"י עולמו והתנהלותו ואפשרויותיו וכלל לא התמודד עם גובה התמיכה שהעניק, ובוודאי שכרו לא ישווה ללומד שיעג ומתמודד מידי שעה עם עצמו להשקיע עצמו בלימוד.

<sup>4</sup> בספר דברי ישעיהו מהג"ר ישעיהו חשין עמו' קט הובאה שמועה משמיה דהגר"ח מוולאזין שאמרו בשם החפץ חיים שסיפר מעשה זה. מעשה היה שנשאלה שאלה קשה בענין כלאים לפני הגאון ר' חיים מוולוז'ין. ובא אליו בחלום חייט אחד שהיה בחייו איש פשוט, שלא היה למדן כל כך, ולמד עם ר' חיים את הסוגיא זו עד שבירר לו ההלכה על בוריו. וכך הובא שם: 'שאל אותו ר' חיים בחלום, הלא אתה הוא אותו החייט שלא היית בחיים למדן, מנין לך ללמוד כל כך יותר טוב ממני. השיב לו החייט, שבביל שבח"י היה לי תיבה מחולקת באמצע, וכל מה שהרוחתי הייתי מחלק, וחציו נתתי בתיבה עבור לומדי תורה וחציו עבורי. ועבור זה, זכיתי ואני יושב ביישיבה של מעלה, ומבין כל הלימודים שלומדים שם. ומן השמים שלחוני לברר לך ההלכה על בוריה'.

וכו'. והוא משיב ואומר, מעולם לא למדתי מסכתא זו וזו. אומרים לו אתה החזקת ביד ת"ח פלוני, והוא למד זה זה, ולכך יש לך גם דברי תורה אלו, וגם אתה חכם תתקרי, רבי תתקרי, בעל תורה תתקרי'. וכ"כ בבן יהוידע פסחים בדף נ. והחיד"א בפני דוד יחי' ובנחל קדומים במדבר י'. וכן הבין הגר"א מ"ש שך במכתבים ומאמרים ס' עה שהתענוגים הגדולים לעתיד לבוא, הינם בלימוד התורה וידיעתה, וברור שאם מושיבים את התומך במחיצה זו, שמתעלה לדרגה זו.

ברם מצאנו סתירה לכך במסכת ברכות בדף לד', שהביאה הגמ' דרשה: 'אמר רבי חייא בר אבא אמר רבי יוחנן, כל הנביאים כולן לא נתנבאו אלא... ולמהנה תלמיד חכם מנכסין, אבל תלמידי חכמים עצמן - עין לא ראתה אלהים זולתך'. הרי שיש הבדל בין הלומד שעין לא ראתה במעלתו, לבין המחזיקו והמפרנסו. כן הקשה בתשו' בית שלמה להרה"ק מסקאלה י"ד ח"ב סוס' צד. ואין ליישב כדבריו שהיו מחלוקת סוגיות, שכן שתיהן נאמרו מפי רבי יוחנן.

ואכן הנצי"ב בשו"ת משיב דבר ח"ג ס' יד באר שיש הבדל בין שכר העוסקים בשאר מצוות לבין המסייע לתלמוד תורה: 'משא"כ שכר תורה הוא יושב בישיבה של מעלה, ומי שאינו ראוי לכך, אינו אפשר לקבל זה העונג הרוחני. ומה הקדוש ברוך הוא עושה, מאציל עליו עוד בחייו איזה כח למוד, עד שלא ישבע קלון בהיותו לאחר מותו יושב בישיבה של מעלה... ומזה למדנו במשכ"כ שכר מסייע לעושי מצוה שיהא שכרו שוה לעושה מצוה. משא"כ מסייע לת"ח שילמדו, אף על גב שזוכה ויושב בישיבה של מעלה, מכ"מ אינו שוה לת"ח עצמו... והדעת נותן ע"ז שהמסובין ויושבי עם המלך לא ישיבתו של זה דומה לישיבתו של זה'. הרי שהבין שהגם שנאמר על המפרנס ת"ח שנחשב כאילו שלמד בעצמו, לא כלול בכך שדרגתו של המסייע כמעלת הלומד, אלא רק נאמר שהוא שייך לדרגת התורה שלשמה תרם. וקשה, שהרי נאמר שגדול המעשה יותר מהעושה, ואין לומר שמירי בכבוד בלבד ולא במעלה ובשכר באמת.

האגר"מ י"ד ח"ד ס' לז ס"ק טז יישב שכאשר עורך הסכם יששכר זבולון אכן זוכה להיות כלומד עצמו וכמעלתו, ש'עין לא ראתה', ובלא עריכת הסכם שכזה, אינו שותף עימו ואינו מתעלה למעלה זו.

היפה תואר על המדרש רבה פר' ויצא פרשה עב ס' ו עמ' תיט בתחילה הביא ששמע ליישב ולחלק בין תרומות שונות וסיוע לת"ח. הגמ' בברכות לא עסקה בתרומה שנחסר בה התורם, ובין כה היתה ביתו נשאת, והוא השיאה לת"ח, ומהנה ת"ח בלא שנחסר דבר, על כך אמרין שדרגת הלומד נעלה שעין לא ראתה, לעומת דרגת התורם. אולם אם זה נהנה וזה חסר, אז שווים הם במעלתם ובשכרם. רק אם לימודו של הלומד התאפשרה בזכות תרומתו של השותף, כמו שמעון שהתגדל מקטנותו שעדיין לא היה בן תורה, בזכות פרנסת אחיו עזריה, אז גדולה מעלתו של המעשה יותר מהעושה. עוד חילק בין מהנה את הת"ח באקראי לממפרנס דרך קבע.

ובסיום דבריו, סבר היפה תואר, שאין ליישב כן: 'אלו החילוקים רחקו ממני', אלא סבר שלעולם אין להשוות את התומך בלומדים לת"ח: 'שהם דבקים מאוד בשכינה, וכל שכן לדעת הרב שעוה"ב הוא התעצמות השכל במושכליו. שלא יתכן שמי שאינו ת"ח ישיג כמוהו, אמנם מ"ש כי בצל החכמה כו' לא אמר שהם שוים, אלא שהם אצלם כלומר מדרגה קרובה להם. והכוונה, שאף שאינם בעלי השכלה שמזה הצד הדבקות כנמנע בחקם. ה' יחנם השכלה קצת להדבק בו והוא מ"ש בשלהי כתובות 'ובו תדבק' זהו המשיא בתו לת"ח'. וכן באר בשו"ת האמרי בינה ס' יג, כפי שיובא לקמן.

## הסכם יששכר זבולון

כפי שנהגו זבולון ויששכר, כן מבקשים רבים לעגן את תרומתם ללומד תורה ע"י הסכם כתוב בשטר.

הגמ' בסוטה בדף כא. בארה שישנם שני סוגי שותפות עם הלומד תורה, שאחד מבורך ואחד מבוזע ומגונה: 'מאי בוז יבזו לו. אמר עולא, לא כשמעון אחי עזריה, ולא כר' יוחנן דבי נשיאה, אלא כהלל ושבנא. דכי אתא רב דימי אמר: הלל ושבנא אחי הוו, הלל עסק בתורה, שבנא עבד עיסקא, לסוף א"ל תא נערוב וליפלו, יצתה בת קול ואמרה, אם יתן איש את כל הון ביתו וגו' '. ונאמרו כמה ביאורים להבדלים בין ההסכמים;

א. על פי רבנו ירוחם והרמ"א דלעיל יש לבאר, שהלל סרב למכור לשבנה את חלק תורתו משום שביקש שבנה לקנות אף את זכויות לימודו שכבר למד בעבר, וזהו ביזיון וגנאי גדול לסחור בתורה שלמד. אך לעשות הסכם שיאפשר ללימוד, זהו מעלה גדולה ורבה. להבנה זו, הסכם השותפות יהא מבורך גם אם כלול בהסכם רווח ממוני גדול ללומד, כל עוד נעשה ההסכם לפני הלימוד. אך לא התבאר, אם רשאי הלומד ליטול ממון ולעשות הסכם, אם יש בידו לפרנס עצמו מכבר.

ב. הפסוק בוז יבזו נאמר על הסכם שהלומד עושה עיסקה שמניבה לו תועלת מלימודו, וביזיון הוא ללומד שחולק את מעלת הלימוד תמורת ערך כלכלי. ומציית הגמ', שאין פגם בהסכם שערכו שמעון ור' יוחנן עם שותף שנועד לסייע להם בלימודם, וכן באר רש"י שם בד"ה 'שמעון אחי עזריה' ששמעון למד תורה על ידי אחיו שהיה עוסק בפרקמטיא: 'כדי שיחלוק בזכות לימודו של שמעון, לכך הוא נקרא על שם עזריה אחיו, וכן ר' יוחנן למד ע"י הנשיא שהי' מפרנסו'. שכן לא עשה הלומד עיסקה עם הלימוד שלו, אלא ביקש להתקיים בסיוע השותף. אולם הסכם שבין הלל ושבנה, שבו ביקש שבנה מאחיו לחלוק את רווחיו תמורת חלקו ושכרו של אחיו הלל בשווה, יש בו ביזיון בכך שעושה עיסקא מתלמודו, ומוכרה עבור עיסקת ממון.

כן עולה מדברי רבי יוסף קארו באבקת רוכל' ב שדקדק בלשון גמ' זו, וסבר שמותר לערוך הסכם וליטול מהתורם רק כדי צורך פרנסתו, ולא יותר מכך, שאז יהא כביזיון: 'דמהיא דהלל ושבנא משמע, דאי קודם שעסק זה בתורה

התנו לחלק זה במה שיריח זה וזה בעסק התורה של זה שרי ואף על פי שהיה בריוח יותר מכדי פרנסתו, איכא למימר, דהיינו דוקא כשהתנו לחלוק זה בריוח זה וזה בעסק תורתו של זה. אבל היכא שלא התנו כן, אלא שזה נותן לו הכי לזכות בשכר עסק תורתו, נראה שאם הוא מרויח כדי פרנסתו אסור לו לקבל, דגריעא מקורדו לחפור בהן. ובעיני גדול עונו מנשוא שנראה שהוא בזה שכר עסק התורה שהוא מוכרו בלא צורך פרנסתו. ומטעם זה נראה לי, שאפי' במתנים מעיקרא לא הותר אלא למי שאינו מרויח כדי פרנסתו (כמו הלל שהיה עני), ואם לא יתנה עם זה, יצטרך לחזור אחר פרנסתו ויתבטל מדברי תורה לגמרי, ולכן הותר לו לתת חצי חלק שכר עסק תורתו לחבירו, כדי שיתן לו חצי מה שהוא מרויח'.

ג. הנצי"ב בשו"ת משיב דבר ח"ג סי' יד באר שבמכירת השכר של הלימוד נפסד הלומד, ואין למכור בשאט נפש כבוד אלהים להתענג על ה' בעוה"ב, עבור עונג הגוף בעוה"ז'. והותר רק אם דאגת הפרנסה תטריד ותפריע את לימודו: 'הלל היה שקידתו כ"כ עד שלא היה עניו הגדול מפריע אותו מתורתו... מש"ה לא נתרצה. משא"כ שמעון ויוחנן הנ"ל ידעו בעצמם כי אם יהיו בדאגת הפרנסה יפריע אותם מלימודם, וכדאי בעירובין בדף סה דאמרי אביי ורבא דאי היה להם טרדה קלה לא היו שונים כ"כ. מש"ה נתרצו לוותר על עונג רוחני בעוה"ב כדי שיתעסקו בתורה בשקידה ואשרי חלקם'.

ד. בשו"ת אגרות משה יו"ד ח"ד סי' לו הראה כי הסכם זה אינו כלול במצוות צדקה, שהרי יששכר קיבל חלק ונחלה בארץ, ואין לומר כי כל השבט היה עני, ובכל זאת קיבל זבולון שכר על תמיכתו ביששכר. שכן אם עשיר יבקש לקבל מצדקה על מנת ללמוד, לא יתנו לו, אלא ימכור מנכסיו מכדי להתקיים, אך רק מצד שביקשו זבולון לסייע ולהיות שותף ליששכר, ערכו את ההסכם עימם ו'קנו' את זכות מעלת חצי לימודם של שבט יששכר, ולא נפטרו ממצות צדקה, שיצטרכו ליתן מלבד מה שחלקו עם יששכר. ולפיכך לא הוזכר הסכם זה בהלכות צדקה, אלא בהלכות תלמוד תורה. ומשום כן סבר שם בסיכום דבריו סק"ח שרק אם המניע למעשה זבולון הינו ההכרה בכבוד ת"ח ודאגה לקיום התורה, מהני לערוך הסכם זה: 'משום שהוא רוצה לקיים מצוות לימוד התורה, והיה עושה שותפות זו גם עם ת"ח אחר, ומה שבחר לעשות השותפות עם ישכר זה שהוא קרובו ושכנו ואוהבו' (כן מבאר בדברי רבי חיים פלאג' בספרו תוכחת חיים עמ' קעט: 'תהיה כל מגמתו וכוונתו לשם כבוד תורה וחיבוב התורה מצד עצמה, ולא מחמת אהבת אחים ורעים'). ואין תוקף להסכם שהמניע שלו הוא קירבה ואהבה אישית של התורם ללומד.

ובאר האג"מ שההסכם בין זבולון ליששכר היה שזבולון יעבד את נכסיו ואת נכסי יששכר ויפיק מהם את הרווחים, ויחלקו ביניהם את הרווחים ואת שכר הלימוד של יששכר. אבל באר שזבולון נטל יותר מיששכר, שכן קיבל על עבודתו בחלק יששכר שכר כאריס וקבלן, והיתר חילקו ביניהם. ובשכר שזבולון חילק את הרווחים שהפיק מנחלתו, שהיו גדולים יותר מיתר השבטים, שכן כללו את המסחר הימי, לשבט יששכר שעסק בתורה, נתן הקב"ה לזבולון שכר לעוה"ב ופירותיהן בעוה"ז. ועזריה נתן לשמעון אחיו מנכסיו, אף שלשמעון לא היה מדיליה כלל, ונהג בנדיבות יותר מזבולון, וכן נותנים התורמים ללומדים, הגם שלא מקבלים מהלומד כל תמורה כלכלית.

ונצרכו לכך, מכיון שמחויב כל איש מישראל ללמוד את כל התורה כולה ולידע אותה (ומציין האג"מ שדרישה זו אינה מציאותית אצל רבים, מלבד יחידים ובדורות ראשונים, מצד כישוריהם ומסוגלותם. אך כל אחד משתדל לעסוק את שבידו ובכוחו), חיוב שלא יוכל להתקיים מלבד בדור המדבר, בשל האונס המוטל על הכל להתקיים ולהתפרנס. וביקשו זבולון לפטור את יששכר מלהתעסק לפרנסתו מנכסיו ויכולו ללמוד בכל עת ולהתמסר ללימוד כל התורה, בשכר שיקבלו את שכר תלמודם של הלומדים משבט יששכר. וסבר שם סק"ד, שהסכם זה דורש משני הצדדים ליתן חצי שווה מפועלם בדווקא. ואין לזלזל ולמכור מתורתו, בעד פחות מחצי רווחי זבולון: 'דהא הוא לזלזל בחשיבות התורה... אינו ראוי לזלזל בחשיבות התורה'. וגם לא יוכל לבקש יותר מחצי רווחי זבולון: 'וגם אין לו להוסיף וליתן לשכר יותר ממחצה... שלא יאמרו אינשי שלא אפשר להשיג שכר תורה', וגם אסור לבזבז יותר מחומש למצוות ולת"ת הותר עד מחצה. ואם אינו נותן ליששכר חצי משכרו ומרווחיו, אינו זכאי ליטול משכר לימודו של יששכר. וכן סבר בתשובות והנהגות ח"ה סי' רפו. זאת בניגוד לדעת החיד"א בחיים שאל ח"ב סי' לח אות מד שמהני לעשות הסכם עם לומד, אף אם לא נתן לו חצי רווחיו. וכ"כ אפרקסטא דעניא ח"א סי' נז. וכ"כ במנחת יצחק ח"ה סי' פז. שבט הלוי ח"י או"ח סי' יג. וכן כתב הגר"א שטיינמן שליט"א באילת השחר דברים עמ' רלא שסבר החזו"א, ודקדק כן ברש"י דברים לג, יח שכתב שנותן לתוך פיו של יששכר, הרי די שנתן לו את קצבת פרנסתו ואין צורך בהענקת חצי מרווחיו.

וסבר האג"מ שם סק"ק יט שאחד הבסיסים המרכזים של הסכם זה, הינו הסרת הדאגה והעול מעל הלומד, ולכן סבר שלא יוכלו לערוך הסכם כזה על תקופות קצרות, שכן הלומד יהא טרוד בלימודו בשל דאגתו לתקופה שלאחר סיום החוזה ביניהם. ורק הסכם שמבטיח ללומד תקופה ארוכה, יהיה לו משמעות. ובסיכום דבריו סק"ז סבר שההסכם יארך לתקופה של ב' או ג' שנים, שבזמן זה יוכל להתגדל בלימוד (וכן בכתובות בדף סב. נאמר שיכולים התלמידים לצאת מביתם ללמוד תקופה כזו). ובסיום דבריו הסיק, שאם קשה לו, אפשר שאף אם התחייב התורם לשנה בלבד, מהני. וכן מצאנו בהסכם שכתב החזו"א, אגרות חזו"א אגרת מז שקצב זאת לשנה.

פוסקים רבים צידדו בעריכת הסכם זה; החזון איש באגרת מט כתב: 'ואין ראוי לנהוג צרות עין שלא ליהנות מעזריה וזבולון'. המנחת יצחק ח"ה סי' ק כתב: 'והנה הלכה למעשה, הרי לפנינו פסק דברי הרמ"א הנ"ל, דשפיר טוב ויפה לעשות כן לכתחלה, לעשות עסק בתנאי כיששכר וזבולון'. וכ"כ ביביע אומר ח"ה סי' יז ובחליכות עולם ח עמ' שמ. וכן



עודד הגרא"מ שך במכתבים ומאמרים ח"ג ס' עה. וכן אמר לי מו"ר הגאון הר"ד כהן שליט"א שיש לנהוג. וכן הנהיג מו"ר הג"ר הרב עמיאל שטרנברג שליט"א.

ויש שהתנגדו לעריכת הסכם זה שמתנה לקבל ממון על לימודו: הפלא יועץ ערך חיזוק, וכן הובא מעשה ביעב"ץ במגלת ספר דף יב שדחה מלקבל שכר על שותפות בלימודו<sup>5</sup>.

### כיצד נעשה ההסכם, והאם דרוש שיעשה בשטר

מצאנו כמה טעמים לקיים התחייבות בין הצדדים, אף בלא שחתמו על שטר הסכם ביניהם.

א. באבקת רוכל בס' ב הרחיב לבאר שכיוון שאין בהסכם זה משא ומתן, ואין מקח שנעשה בין הצדדים, ואין צריך לערוך שטר להחלת ההסכם: 'ואף על גב דהכא אין הנותן מתנה עם המקבלים שיתנו לו חלק מזכות', מכל מקום כיון שהוא אינו נותן להם אלא כדי לזכות בשכר עסק תורתם, אם הנותן יודע שנותנים ממעותיו גם לאלו שיש להם ואינו מוחה, לפי שרוצה לזכות עסק תורתם'. וחייב זבולון לקיים תנאו ובהתחייבותו אף בלא השטר. אלא שלדבריו, החיוב נוצר בשל ההתניה מראש שקבעו ביניהם.

וכן כתב באגר"מ יו"ד ח"ד ס' לז שאין צריך שטר לקיים הסכם בין יששכר ולזבולון, שכן לא נועדו עדים אלא למנוע הכחשה ושקר, ולא לעצם ההתחייבות. וכיון שאין ההסכם נעשה אלא כלפי שמים, ויש בו כדי לחייב אף בלא שטר. והכריח שיטתו, שכן הקשה שהכיצד אפשר להתחייב בשטר על דבר שאינו בעולם? והכיצד הותר לפועל לשעבד עצמו ליותר משלוש שנים (אומנם החוות יאיר בס' קמ כתב שהמשרתים לדבר ה' מותר להשכיר עצמם ליותר מג' שנים. אך הקצוה"ח בס' שלג סק"ז השיג עליו, ונקט שאומנם מלמד הינו עבד ה' ולא עבד עבדים מפאת העיסוק, אך המחוייבות שלו לקהילה מסוימת ולאנשים אלו, הינה כעבד לעבדים, ואסור ליותר מג' שנים). אלא שיש כאן שכר מצוה משמים, שהקב"ה מעניק שכר מעלת התורה לזבולון, ולא צריך שטר מדינא (האגר"מ שם סק"ז דייק שלא נזכר במדרש שזבולון ערך הסכם עם אחיו ולא התנה כן, אלא הזדרז והתנדב ליתן לאחיו. אולם ברש"י נזכר להדיא שעזריה התנה עם שמעון). אך וודאי שיוכל יששכר לתבוע את זבולון על סמך השטר על הזמן שנקוב בו. וכן בהמשך דבריו סק"ה כתב, שאסור למכור שכר תורתו שכבר למד, שהוא ביזוי לתורה, אך אם ימכור, חלה מכירתו, אף שלא תועיל מכירה מעין זו לגבי העוסק בסחורה. הרי שאין כאן מערכת של קנייני חושן משפט, אלא מעלה סגולית שמוכר ומזכה לאחר.

וגם הנצי"ב בשו"ת משיב דבר ח"ג ס' יד הקשה שגם למ"ד שמקנה דבר שלא בעולם, חל המכר רק כשיבוא לעולם, ובשעה שמגיע לאדם השכר כשהולך לבית עולמו, כבר אינו יכול למוכרו. ועוד, שהיו קניי דברים שאין בו ממשות, ולא קנה כלום. וסבר שמכירת חלק בעולם הבא הוי דברים בטלים ולא מהני. ועל עצם מכירת שכר לימודו תמה, שגם אי נימא שניתן למכור שכר מצווה, הרי אין אפשרות למכור מעלת לימודו: 'שהרי אם יבא (התורם) על שכרו ישבע קלון מכבוד בישיבה של מעלה. ותו וזי אפשר לעלות על הדעת, שאם יכבד המלך לעשות אותו איש שהראה גבורה ועצה במלחמה לשר הצבא. והוא ימכור אותו זכות לאחר. הלא המלך אינו חפץ ביקרו של הקונה כלל. ואינו חפץ שיהא יושב באסיפת השרים. וכמו כן אי אפשר בשום אופן להעלות עה"ד, למכור שכר מלחמתה של תורה. וממילא בנ"ד שמכר מחצה של כל שכרו ואותו שכר תורתו לא נמכר ממילא בטל כל המקח'. ונקט שההתניה עם הלומד מועילה רק לפי הלימוד, בשל כך שמאפשרת ללומד להתפנות וללמוד. אך לא הזכיר צורך בעריכת שטר מעבר להסכמה על התנאי ושיחלקו בשווה ביניהם. כן נראה שהבין בספר חבליים בנעימים ח"ג ס' צח, שאין כאן הסכם מדיני חו"מ, ואינו שותף בתלמודו, אלא רק בשכר שסייע לו ללמוד.

כן מבואר בתשובת רב האי גאון שבתשובת מהר"ם אלשקר, שאין שכרו של התורם בשל הסכם השותפות, אלא מכח פועלו החשוב: 'והשכר שיש לו על פעלתו הוא', וכן הבין מהר"י אלגאזי בספר שמע יעקב פרשת וירא. הנה בניגוד לדעת האבקת רוכל והאגר"מ ששכרו מכח ההתניה ולימודו של יששכר, סבר מהר"ם אלשקר ששכרו הינו על התנדבותו ותרומתו לסייע לעוסקים במצוות ולומדים תורה.

ה. נודר על דבר מצווה. יש לחייב את המתחייב להחזיק את האברך, גם בלא שעשה שטר. שכן השו"ע ביו"ד

בס' ריג סעיף ב פסק שכל שהתחייב על דבר מצווה הוי כנדר ואינו יכול לחזור בו. וכן הביא המנחת יצחק ח"ז ס' פז.

אלא שיש לשדות נרגא ביסוד חיוב זה. שכן השו"ע בס' ריא סעי' ב הביא שתי שיטות אם לא הזכיר את התנאי בעת קיום הנדר אם מהני תנאו. והחכמת אדם בכלל צד סעי' ו נקט שכל שלא הזכיר בעת הנדר, לא מחוייב בו. כן מבואר בסבר המשנ"ב בס' רח סק"ה, שכתב על פסקו הש"ע שם שאם יש לו קביעות ללמוד ביום ולא למד, ישלים מיד בלילה: 'והוי נדר... וטוב שיתנה בתחלה שלא יהיה עליו דבר זה בנדר, פן יזדמן איזה פעם שלא יוכל להשלים'.

אך אם היה היה האברך 'עני', לא יוכל לחזור בו, מאחר שאמירתו לעני כנדר, ואינו יכול בו מכך, כמבואר בשו"ע ביו"ד בס' רנח סעי' יב, ובחו"מ בס' רמב סעי' ב.

<sup>5</sup> כן הובא שם: 'פעם אחת נזדמן שבא לאלטונא הקצין הנדיב... שהיה עשיר עצום מאד מכמה מאה אלפים ר"ט כידוע, ועם זה היה נדיב לב גדול ותרן בממונו בשפע רב ואוהב לומדי תורה... בא לבקר את אמ"ה ה"ה החכם צבי ז"ל בביתו, לשמוע גדולתו תורתו... סוף דבר, בקש ממנו שיתרצה ללמוד בשבילו שעה אחת בכל יום והוא יתן שכרו... אך ישמע נא דבר התשובה, כה דבר אליו, חלילה לי מעשות זאת ללמוד בשביל בני אדם להרבות שכר ח"ו איני לומד תורה אלא לאהבת הבורא, לידע התורה לשמור ולעשות ולקיים'. ואפשר, שהיה לו כדי סיפוקו מכבר ולכן דחה את הנדיב.

**ב.** מחוסרי אמנה. הגמ' בב"מ בדף מט. הביאה מחלוקת אמוראים: 'איתמר. דברים, רב אמר אין בהן משום מחוסרי אמנה, ורבי יוחנן אמר יש בהם משום מחוסרי אמנה'. ונפסק כרבי יוחנן. והגמ' בהמשך שם אמרה שאין חיוב על הנותן מתנה ליתן לחבירו, אך 'מודה רבי יוחנן במתנה מועטת, דסמכא דעתייהו' ומחייב ליתן את שהתחייב. וכן פסק השו"ע בס' רד"ס נח: 'וכן מי שאומר לחבירו ליתן לו מתנה, ולא נתן, הרי זה ממחוסרי אמנה. במה דברים אמורים, במתנה מועטת, שהרי סמכה דעתו של מקבל כשהבטיחו. אבל במתנה מרובה אין בה חסרון אמנה'.

ובחומרת העובר על מחוסרי אמנה כתבה הגמ' בב"מ בדף מח. 'הנושא ונותן בדברים בלבד, הרי זה ראוי לו לעמוד בדבורו אף על פי שלא לקח מהדמים כלום, ולא רשם ולא הניח משכון. וכל החוזר בו, בין לוקח בין מוכר, אע"פ שאינו חייב לקבל מי שפרע ה"ז ממחוסרי אמנה ואין רוח חכמים נוחה הימנו'. ורש"י שם באר: 'אין נחת רוח לחכמי ישראל במעשיו של זה, אין דעתם נוחה עליהם... ואין לנו קללה אחרת, אלא אינו הגון בעיני חכמים'. ובפירוש הר"ש במשנה שביעית פ"י מ"ט כתב שאין במעשה זה איסור, אלא שאין רוח חכמים נוחה הימנו. ובשטמ"ק בב"מ מט. ד"ה עוד כתב בשם הראב"ד שאינו נעשה רשע בכך. אך הט"ז ביו"ד בס' רס"ד סק"ה הביא את דברי הר"ב שם בשם הריב"ם: 'משום שארית ישראל לא יעשו עולה ולא ידברו כזב, ומותר לקרותו רשע'. ובמשפטי שלום הביא משמיה דהראב"ח שיש לבי"ד למנוע חזרה זו ולקרותו עבריינא, ויתרו בו ויבשוהו ברבים. ומדינא סבר שמכים אותו עד שתצא נפשו, אלא שבזה"ז אין כח בי"ד יפה, ודלא כעין יצחק תניינא אה"ע ר"ס ס"ק כז שאין כופין על כך אף במילי.

הנה התורם מתנדב ליתן סכום כלשהו לאברך הלומד, בדרך כלל מדובר בסכום שנחשב כמתנה מועטת, ולכן מחייב לעמוד בדברו. ואף לו היה נחשבת התרומה שהתחייב בה כמתנה מרובה, יש לחוש לדעת רבנו חננאל והאור זרוע שהביאו בשם הירושלמי שאם אמר על מתנה מרובה שנותן לו בדעת גמורה, הרי מחייב בו. וכל שכן אם ערכו הסכם ביניהם, שסמכא דעתן של יששכר ושל זבולון ולא יוכלו לחזור בהם מהתחייבותם<sup>6</sup>.

בשו"ת אגרות משה יו"ד ח"ד סי' לו באר שהיו זבולון ויששכר צריכים לערוך הסכם, רק מכיון שלא היה בתרומת זבולון כדי להוות צדקה, שכן ליששכר היה חלק ונחלה בארץ והיה עשיר. אלא שכיון שביקשו לחלק את רווחיהם בשווה, היו צריכים לעגן זאת בהסכם. מכאן יש ללמוד, שרק בשל אופי חלוקה מיוחדת יש לערוך הסכם, אך תרומה שמאפשרת ללומד לשבת על תלמודו ברווח, לא מצריכה הסכם ושטר לחייבם. וכן כתב במנחת יצחק חלק ח סי' פא בשם החפץ חיים.

## אם מגרע בשכר לימוד

מצאנו שתי שיטות בדברי רבותינו לגבי מהות ההסכם, האם שכרו של יששכר נרגע בשל ההסכם עם זבולון, או ששכר הלימוד עליו יגע לא נגרע ממנו.

## הסוברים ששכרו של יששכר נגרע

כתב רבינו ירוחם הובא בב"י בס' רמז: 'העוסק בתורה. קודם שיעסוק, יכול להתנות שיעסוק חבירו בסחורה, ויטול חלק מלימודו, כמו יששכר וזבולון. אבל אחר שעסק כבר, ונותן לו חלק בשביל ממון, אינו כלום, כדכתיב אם יתן איש את כל הון ביתו'. וכן פסק הרמ"א ביו"ד שם סעי' א. הש"ך שם סק"ב באר שהכוונה באומרם שמתנה לחלוק עימו: 'כלומר שכר תורה ושכר מה שיריח, זה יהיה בין שניהם ביחד'. הרי מבואר להדיא שההסכם מחייב ומחלק את פועל מעשה שני הצדדים באופן שווה. הרי, שאף שכר הלימוד של יששכר מתחלק ביניהם. נמצא, שיששכר מפסיד חלק משכרו. כן מבואר מפסקם של רבנו ירוחם והרמ"א שרק קודם הלימוד יכולים לעשות חלוקה, אך לאחר שלמד, אין יכולת לחלוק. שכן אחר שכבר זכה בלימודו, והכיצד יעביר לחבירו את זכות זו, אך קודם הלימוד, הוא מעביר מראש את זכות תלמודו, לזבולון.

כן מבואר בדברי האבקת רוכל בס' ב, שכתב: 'הותר לו לתת חצי חלק שכר עסק תורתו לחבירו, כדי שיתן לו חצי מה שהוא מרויח, והרי זה דומה לעוסק בתורה חצי היום ועוסק במלאכה חצי היום. אבל אם הוא מרויח כדי פרנסתו אסור להתנות, ואם התנה הרי הוא בכלל בזה דבר ה'... ואם לא יתנה עם זה, יצטרך לחזור אחר פרנסתו ויתבטל מדברי תורה לגמרי, ולכן הותר לו לתת חצי חלק שכר עסק תורתו לחבירו, כדי שיתן לו חצי מה שהוא מרויח'. כלומר, אין למכור זכות תורתו אם יש בידו להתפרנס, ורק אם בסיוע התרומה יוכל להוסיף בלימודו, רשאי למכור חצי מאשר יתווסף לו בלימודו, אך לא חצי מכל לימודו. הרי שיששכר מפריש לזבולון חצי משכר עסק תורתו, ולא הותר לו לזלזל בשכר לימודו, אלא יוכל למכור רק חצי מהלימוד שהתאפשר לו בזכות התרומה שקיבל.

כן מפורש בדברי רש"י בזבחים בדף ב. בד"ה 'שמעון אחי עזריה': 'על שם שעזריה עסק בפרקמטיא וסיפק צורכי שמעון אחיו, בשעה שהיה עוסק בתורה, והתנו ביניהן שיהא חלק לעזריה בשכר תלמודו של שמעון... לפיכך נקרא על שמו שלמד על ידו'.

<sup>6</sup> וכ"כ האג"מ שם סק"ד: 'מסתבר דמצד החביבות שיש לזבולון שיהיה לו חלק בלימוד התורה ושכרו, גמר ומקניא לישכר חלק במה שירויח, וישכר שיש לו חשק גדול ללימוד התורה גמר ומקניא חלק בשכר לימודו, שלכן אין להו צורך לקניין... שלכן בתנאי דישכר וזבולון שודאי יש לנו לומר בזבולון שרוצה לזכות במצוות לימוד התורה עושה זה בשמחה וברצון גמור - משעבד עצמו לגמרי, וכן ישכר שחשקה נפשו בתורה וא"א לו בלא זה שיעשה השותפות עם זבולון נמי משעבד עצמו לגמרי... כיון שרוצים כן ממש ברצון גמור'.

האור החיים הק' בספרו 'חפץ ה' על מסכת ברכות בדף ח. בביאור מדרש הגמ' כי גדול הנהנה מיגיע כפיו יותר מירא שמים כתב: 'כי הירא שמים הוא צריך לתת להזולת המפרנסו מחלק הנוגע לו בעולם הבא על דרך כי בצל החכמה בצל הכסף, מה שאין כן הנהנה מיגיעו, כל הטוב של עולם הבא הגנוז לו לבדו. ולזה דקדק ואמר ואילו גבי ירא שמים לא כתיב וטוב לך... בא לומר כי הגרעון שביניהם הוא לעולם הבא'.

כן מבואר בחיד"א בספרו 'ראש דוד' פרשת קדושים בשם הרי"ש פרימו, ששכרו של הלומד נגרע בשל השותפות שערך.

המשך חכמה על הפסוק 'ויהי למס עובד' כתב: 'פירוש, כי עבודתו בתורה נותן ממנה מס לזבולון, וכמו שדרשו ז"ל על הפסוק שמח זבולון בצאתך ויששכר באהליך'. הרי שאף יששכר משלם מס לזבולון, בלימודו.

וכ"כ בפלא יועץ ערך חיזוק: 'והנה הת"ח שיש לו אפי' מועט משלו ראוי לו להיות מצטמק ויפה לו, ולא יתרצה ליטול פרס ולמכור חלק מתורתו, כי כל חפצים לא ישוו בה... ובודאי שאם יגרע החצי מחלקו לעוה"ב, וינתן להעשיר נמצא שהת"ח עושה חליפין רעים, כי יפה שעה אחת של קורת רוח בעוה"ב מכל חיי העוה"ז'. ושלל אפשרות לומר שדומה למדליק נר מנר, שלא נגרע נר הראשון: 'שאם כן, יהי' שוה הלומד תורה מתוך הדחק ללומד מתוך הרוחה, והלב מהסס'.

וכן סבר הנצי"ב מוולוז'ין שו"ת משיב דבר ח"א י"ד: 'ובאמת מורידין מעט את כבוד העוסק בתורה ומגביהין כבוד המסייע לו עד שישוב יחדיו בישיבה של מעלה ויתענגו מזיו השכינה. וכבר מצינו דוגמא לדבר בעוה"ז בתענית בדף כב דמיעטו בכבוד רבא מעונג שלמא ממתיתבא דרקיעא כראוי למעלת רבא, משום דמיגן אכולי כרכא. ה"נ בשביל שהתנה עם המסייעו והעלהו יותר מן הראוי לו, משפילין לו בכדי שיהי' שוין בישיבתם'.

משמיה דהגר"א הובא בספר 'הלכות הגר"א ומנהגיו' ששכר יששכר נגרע. כן הובא שם מכתב של רבי זונדל מסלנט בשם הגר"ח מוולוז'ין שלא יערוך הסכם על כל יומו ותורתו, וישייר לעצמו ו' שעות.

ובקונטרס כתר ראש אות טו הביא בשם הגאון הגר"ח מוואלאזין, ששאלוהו על קבלת פרס מלימודו לחלק כיששכר וזבולון, שנראה בהשקפה ראשונה שלימודו רק בשכר. והשיב: 'שמותר. ואדרבה, אם עינו צר ליתן חלק מלימודו לאחר, נראה מזה שרצונו לקבל שכר לעצמו, ולמעט רצון בוראו מפני רצונו, אבל צריך שיהיה מטרת חפצו ומגמתו רק שיעשה רצון הבורא ית"ש ומיניה יתקלס עילאה, שאם לא יקבל פרס ילמד רק חצי היום, וכשיקבל פרס ילמוד כל היום ויהיה נחת רוח להקב"ה על ידו מיום שלם'.

ומאידך, בקונטרס קדיש לעלם להרב גראייסקי סיפר בשם רבי שמואל סלאנט כי בימי עלומיו אירע מקרה כי בעיר סלאנט היו שני אחים ואחד מהם היה עשיר. והעני ישב ועסק בתורה, והעשיר נתן לאחיו השני שלשה רובל כסף לשבוע למחייתו: 'לימים נתיישב האח העשיר ויאמר לאחיו העני, לא אתן לך השלשה רובל כ"א באופן שתתן לי מחצה מלמודך. והוא סירב בדבר, עד אשר ישאל את פי הגאון הגדול ר"ח מוואלאזין וישמע מה בפיו, וכפי דבריו כן יקום. והשיב לו ר' חיים כי יוכל לעשות זאת ליתן לו חלק מתורתו, אך זאת יגיד לאחיו, למה לו לבקש חלק מתורתו ולגרוע לו מחלקו הלא בלא זה היה לו שכר גדול כי הוא לא גרע מנשים, דאמרו חז"ל הני נשי במאי זכייא וכו' וגם לא נגרע שום חלק מהאיש הלומד. אך זאת תגיד לאחריך, כי מזה השכר שאתה לומד תורה מתוך הדחק, בזאת לא יהיה לו חלק'. נמצא שהגר"ח סבר שיש להמנע מהסכם זה. וסתירה בשמועות מפיו, לכאורה.

ובשו"ת ציצ' אליעזר חלק טו ס"א ג' יישב שחשש הגר"ח לסוברים שלא ניתן למכור כלל את שכר מצוות, ולכן ייעץ לומר לאחיו, שבלאו הכי שכרו גדול. ורק אם לא יסכים האח, סבר לסמוך על הרמ"א שימכור חלקו. אך בידו למכור את עצם הלימוד בלבד, ולא את מעלת הלימוד מתוך דוחק.

בתשובות ונהגות ח"ה ס"א רפ"ז כתב שאף לסוברים כדעיה זו אין להמנע באופן מוחלט מלערוך הסכם זה: 'ולא ימהר להיות צדיק ולהסתפק במועט, כי אפילו אם הוא ואשתו מסכימים לחיות כך, מ"מ חייב במזונות בניו ובנותיו הקטנים וצריך לתת להם כפי המקובל, שאינם בני מחילה'. וכן מבואר בדברי הפלא יועץ הנ"ל: 'אך אמנם אם אינו מוצא להתפרנס באופן אחר, ואם אין קמח אין תורה וסופו בטלה וגוררת עון, ראוי לו לקבל. לא בלבד כשנותן חצי חלקו לעוה"ב, אלא אפי' אם יצטרך ליתן כל חלקו... ויפה לי שעה א' של תורה ומע"ס בעוה"ז בישוב, כדי שאוכל לעבוד עבודה שלימה כדת מה לעשות מכל חיי העוה"ב. ומה חשוב בעיני כל העוה"ב, נגד כל דהוא שאוכל לעשות יותר נחת רוח ליוצרי, ודורשי ה' לא יחסרו כל טוב'.

יש לציין, שהאגר"מ שם ס"ק טז כתב שלא חולקים את כל שכר לימודו של יששכר, אלא רק את מה שנתווסף ליששכר בזכות ההסכם ואיפשר לו ללמוד.

### הסוברים ששכרו של יששכר לא נגרע

מאידך, מצאנו גדולי הדורות שסברו שלא נחסר הלומד במשהו כתוצאה בקבלת התומך בו שכר לימודו. כן מבואר באור החיים הק' שמות ל, יג: 'כל העובר על הפקודים... לומר תיקון למי שאינו בן תורה, במה יתן כופר נפשו, כי הוא בור ריק אין בו מים... יתן מחצית השקל כיששכר וזבולון ושמעון אחי עזריה... אשר יחצון כספם לעמלי תורה. ואומרו בשקל הקדש... ובא להודיע כי מה שיטול מהקודש בעד מחצית כספו, לא שיתנכה מחלק הלומד ונמצא כל אחד אין בידו אלא מחצית שכר. לא כן הוא, כי שקל הקודש כפול היה, ונמצא כל אחד בידו שקל'. וסותר לדבריו שהובאו לעיל מספרו חפץ ה'.

כן הוא במלבי"ם תהלים פרק קלג שבאר את כל הפרק שעוסק בהסכם של יששכר וזבולון, וכתב על הפסוק 'כשמן הטוב על הראש': 'כשמן, הנה ההשפעה האלהית... תרד בשפע רב כ"כ, עד שישופע ממנה גם הבלתי מוכן לה... היה בא השפעת החכמה על יששכר שהוא במשל הראש, שהוא היה מוכן לקבל החכמה, וקבל ממנה חלק גדול ושפע רב, עד ששמן החכמה הושפעה ממנו גם על שבט זבולון, שגם הם קבלו משפע ההוא'.

כן מבואר ברב החיד"א בספרו ראש דוד פרשת משפטים שכתב שמקבל שכרו בשלימות ולא נגרע. וכן הביא בספרו מדבר קדמות מערכה מ אות לו מההקדמה לספר דרשות למהר"ש מולכו, שהגאון רבי משה גלאנטי היה מצטער ואומר, אוי ואבוי לתלמידי חכמים שבזמן הזה הנהנים מעמי הארץ לפרנסתם, שנמצא שבעת שנפטרים מן העוה"ז מאומה אין בידם, לפי שמחצית שכרם נוטלות נשותיהם, (כמ"ש בסוטה דפולגן בהדייהו), ומחצית הנשאר לוקח המחזיק בידם, ותם לריק כחם. וכתב ע"ז החיד"א: 'אולם אני מצאתי בספרי המפרשים, שהקב"ה נותן מאוצרו הטוב לאשת תלמיד חכם שכר שיעור החצי מזכות תורתו, ולא ינוכה מן הת"ח מאומה, וכן הדין במחזיק ביד הת"ח, ובכן יעלו חסידים בכבוד התורה'. וכן כתב הגאון מהר"א פלומבו בספר יד המלך בדרשותיו פרשת וישלח דף י': בשם הגאון מהרי"ם ט, על הפסוק מפרי פי איש ישבע טוב וגמול ידי אדם ישיב לו, כלומר, מה שהחכם לומד ופריו מתוק לחנו ישבע טוב גם בעוה"ב, ומה שגמלו לו בני אדם להחזיק בידו, אין מנכים לו משכרו כלל, אלא גמול בני אדם ישיב לו הקב"ה למחזיק בפני עצמו.

וכן סבר ההפלאה בפיתחא זעירא לכתובות מג שאין גורעים משכר הלומד, לזכות תומכו: 'יש שחושבים שעל ידי החזקתם בתלמיד חכם, הם קונים ממנו חלק מתורתו, כדרך שאר משא ומתן, אולם חלילה מחשוב כן, וכי ימכור ת"ח אפי' שעה אחת מחיי עוה"ב, אשר היא יפה מכל חיי עוה"ז... אלא הענין הוא שכל אחד מהם מקבל שכר משלם, משל למי שמדליק נר מנר שאין מחסור לאורו, כן המחזיק בת"ח נוטל שכרו מאת השי"ת, ואינו נוגע ח"ו בחלקו של הת"ח'. וכן בחידושי הרי"ם יו"ד ס' רמח סבר שלא נחסר כלום מחלק יששכר. וכ"כ בספר פרי האדמה הלכות ת"ת פ"ג ה", וכ"כ במנחת שלמה ח"ב ס' צז אות יא.

וכן סבר הגרא"מ שך במכתבים ומאמרים ח"ג עמ' עו וכתב שנהגו בכך גדולים וגאונים לעשות כמו יששכר וזבולון עם אנשים נדיבים שהיכולת בידם להחזיק למי שתורתו אומנתו, ונותנים לו כדי פרנסתו שיהא יכול ללמוד בלי דאגת פרנסה. והעיד שגם דודו הגאון מרן רבי איסר זלמן מלצר ערך הסכם כזה: 'ואין ספק שלא יחסר להלומד כלום, רק יתוסף שכר להמחזיק אותו'. וכן מובא באילת השחר זבח"ס ב. בשם החזו"א שאין הלומד מפסיד כלום מחלקו.

הגר"ר אשר וייס שליט"א כתב עיצה להתנות בשטר שאם ההסכם מגרע מזכות הלומד, אז ההסכם מבוטל והכסף הינו כצדקה בעלמא.

## אם יש מסחר במצוות

בשו"ת מהר"ם אלשקר ס' קא נשאל: 'אם יש ממש באותן שמוכרין זכויותיהן זה לזה, אם זכה הקונה או הפסיד המוכר, ואם פעולה זו יש לה עיקר'. והשיב עפ"י תשובת רב האי גאון ששאלוהו: 'מי שהוא נוהג להתענות שני וחמישי, ובסוף אותו הזמן אמר, קבול שכר התענית הזו יהיה לפלוני מתנה. וכן אם יאמר, מכרתי תענית זו השנה בכך וכך לפלוני, וקנו קנין על זה. היש מזה כל הנאה לאותו שניתן לו כלום... תשובה, כך ראינו, כי דברים אלו דברי הבל, שאין לסמוך עליהן. ואיך יעלה על לב כי שכרו של זה של מעשים טובים שעשה זה לזה, והלא הכתוב אומר, צדקת הצדיק עליו תהיה. וכן אמר ורשעת הרשע עליו תהיה. כשם שאין אדם נתפס בעון זולתו, כך אין אדם זוכה בזכות זולתו'. וכתב שאין שכר מצוות נסחרות, וכיצד יהנה הקונה מזיו השכינה אם לא יגע על דרגה זו ולא עידן את חייו.

אך בהמשך תשובת רב האי גאון שם התייחס גם לשכר המחזיק את לומדי התורה: 'אבל ודאי מי שנותן שכר למלמד ללמד מה שהן צריכין ומלמדין, יש לו שכר גדול בכך. והמלמד עצמו פעמים יש לו שכר פעמים אין לו שכר... וכן המסעד מקיימי מצות כדי שיוכלו לקיים, יש לו שכר על כך. ולהם וביותר מי שעוזר עסוקין בתורה ובמצוות להפנות לבותם לעסוק בה, יש לו שכר, והשכר שיש לו על פעלתו הוא'. וסיים מהר"ם אלשקר: 'וכל דבריו דברי קבלה הן, ואין להוסיף ולא לגרוע'.

כן נראה שסבר גם בדברי מלכיאל ח"ד ס' פא והביא תשו' רבינו האי הג"ל וכתב בכוונת רש"י בריש זבחים שעזריה התנה וחשב שמועילה התנייתו, אבל באמת אינו מועיל. וסבר שלא טוב עשו שמעון ועזריה שהתנו שיהא לו חלק בתורתו.

נראה שהדברים עומדים בניגוד לדעת רבנו ירוחם והרמ"א שניתן להתנות עם תורם, ובכך נעשה שותף ללימוד מכח ההסכם שביניהם.

ובשו"ת אמרי בינה ס' יג ביקש להשוות את הדיעות, ולבאר שאין מחלוקת בין הצדדים. ובאר הקדמה קצרה. ישנם שני מיני שכר ועונש, ישנו שכר ועונש סגולי: 'כי כל המצוות המה אך עצות הראויות לאדם באשר הוא אדם ויש בו חלק אלקי ממעל... פועל בעליונים עיקרו, שמושך על עצמו שפע אלקי וחיות רוחני חיי עולם בעשיות המצוה לשמן לשם פועל, והן קישוטין דנפש הישראלי, ולבושי יקר דנשמתא'. המצוות מחיות ומאירות את הלומד ודבק בהם בשכינה. ובעוונותיו נלכד הרשע. תמותת רשע רעה: 'פוגם בנפשו פעולת הרע ממש, כמו מי ששותה סם המות הממית ומשחית גופו, כן משחית נפשו הרוחנית בפעולות המגונות בעשותו הרע מדברים אשר לא תעשה, כפי גזירת הקדוש ברוך הוא ועצת התורה'. ומלבד זאת, ישנו שכר ועונש גמולי, על כך שקיים דבר מלך או עבר על גזירתו יתברך והשחית נפשו. וכשם שהשב וחוזר בתשובה, הקב"ה מקבלו וחותר חתירה תחת כסא הכבוד לקבלו

ומוחל לו על העונש הגמולי שעבר על דברו, אולם על העונש הסגולי שטמא נפשו, נדרש החוטא לעבור תשובת המשקל להבריא את נפשו הפגועה. וכן מרובה מדה טובה, הגמול והשכר על פעולת המצוה: 'המקיים חוקי ה' ותורתו, מלבד מה שמתעלה עי"ז שכר מצוה מצוה, והוא שכר סגולי הדבק בפועל אשר אין קץ, ועין לא ראתה אלהים זולתיך. יש גם שכר מצוה גמולי, אשר הקדוש ברוך הוא משלם שכרו'.

ובכך מיישב את הדברים, שאפשר להשתתף ולערוך הסכם רק לגבי השכר הגמולי אך אין אפשרות להיות במעלת השכר הסגולי: 'ודאי עצם שכר התורה והמצוה הדבק בהפעולה, בלתי באפשרות להשתתף בהן, כי עין לא ראתה. ואין מי שיראה, רק הפועל והעושה. ואם אחד ישתה לרוות צמאנו ויאכל להשביע נפשו הכי יוכל חבירו השתדל בזה להביא לחמו ומימיו לפניו לשתות לשבר בזה רעבונו ולרוות צמאנו אם גופו ריק ולא בא אל גופו מהלחם אשר הוא אוכל. כ"כ המחזיק בידו ת"ח, אף כי שכרו הרבה מאד זה הדבק בפעולתו, אולם העושה באשר עושה, אין בכחו להשביע נפש המחזיקו, רק שכרו רב כמרז"ל עתיד הקדוש ברוך הוא לעשות צל לבעלי מצות בצלן של בעלי תורה'. וצ"ת, האם כל אלו שסברו שמלמדים את התורה ומחזיקים את התורה, סברו שאין לתורם מעלה ודרגה הסגולית.

## שותפות עם שני תורמים

כלכלת ופרנסת משפחה כרוכה בהוצאה ממונית לא מבוטלת, וברור שיכול כל המתפרנס מהצדקה לקבל תמיכה כפי צורכו מכמה תורמים וגופים, ובכלל זה גם אברך המתקיים מתמיכות. ברם, השאלה במקרה דנן, אם יוכל לערוך הסכם יששכר וזבולון עם כמה נדיבים.

האגר"מ שם ס"ק יב, טו חזר כמה פעמים על היסוד, שעל מנת להיות כלול בהסכם זה, נדרשים שני הצדדים לחלוק בשווה את רווחיהם, כלומר, שהתורם יתן חצי מרווחיו ללומד (ואף הלומד נדרש ליתן לשותפות רווחים ממוניים אם יש לו, מעבר לשכר הרוחני של הלימוד שלו). ואם לא נוהג התורם כך, אלא נותן רק קיצבה כלשהי, אף שתהיה גדולה ככל שתהיה, אינו כלול בכלל הסכם זה, וכן סבר בתשובות והנהגות ח"ה סי' רפו. ודן האגר"מ שם ס"ק אם שכרו ורווחיו של זבולון לא מספיקים לכלכל את משפחת הלומד, כיצד יעשה הסכם כזה. והסיק, שיתנה עם הלומד לתקופה יותר קצרה, שבה יתן לו כל מחסורו, ואז יתקיים ההסכם ויהנו ממנו שני הצדדים.

והציע האגר"מ שם ס"ק טו שיפרנס את משפחת הלומד עם שותף נוסף, וכך יוכל הלומד לשקוע בלימוד ללא כל טירדה, והתורמים יקבלו שכר לפי חשבון השקעתם: 'אלא אם איכא תרי אינשי שביחד יוכלו ליתן לישכר כל צרכו... יכולין לעשות עמו שותפות, זה שחצי שכרו של ישכר בתורתו יהיה בשווה לשניהם, וכן אם אחד יכול ליתן רק בעד ארבעה חדשים ואחד בעד שמונה חדשים יהיה לפי החשבון'.

על פי דרך זו, כתב האגר"מ שם ס"ק יט שאם יבקש תורם לחלק חצי מנכסיו לשני לומדים שצריכים סיוע בכלכלתם, יהא לכל אחד מהצדדים שליש משכר הלומד (מהלימוד שהתאפשר לו בשל הסיוע). נמצא שלתורם יהא שני שליש לימוד, ולא רק חצי של לומד אחד. וכן מבואר להדיא בחפץ חיים בספרו שם עולם פ"ו בהגהה: 'ומ"מ אם מך ערכו להחזיק את הת"ח עם כל צרכי ביתו משלו, ישתתף בזה עם אחד או עם שנים, ובודאי כל מה שיקח יותר חלק בהחזקתו, ככה יקח חלק בתורתו'.

אומנם אחרונים רבים סברו שזבולון יכול לתת תרומה כפי חפץ ליבו וזוכה בלימודו של הלומד לפי ערך תרומתו, כן כתב החיד"א בחיים שאל ח"ב סי' לח אות מד ואפרקסתא דעניא ח"א סי' נז, המנחת יצחק ח"ז סי' פז ושבט הלוי ח"י או"ח סי' יג, ואילת השחר דברים עמ' רלא בשם החזו"א שניתן לערוך הסכם אף על סכום קצוב, ואין צריך ליתן חצי מרווחיו. וממילא ברור שיכול לערוך הסכם ולקבל תרומה מתורם נוסף, וכל אחד זוכה במעלת הלימוד לפי משקל תרומתו.

ובאפרקסתא דעניא ח"א סי' נח כתב שכיון שנעשה שותף עם אחד, לא יוכל התורם ליתן ללומד אחר בלא הסכמת הראשון, שהרי הכל שייך בשותפות עם אחר. ולכאורה, אף הלומד לא יוכל לערוך הסכם עם תורם נוסף, מבלי ליתן חלק לתורם השותף הראשון.

והמהרש"ק בספר טוב טעם ודעת ח"א סי' ריז כתב שאין יכולת לחזור מהסכם שנעשה, אלא א"כ נעשה על הלימוד שכבר למד בעבר, ואזי ההסכם בטל מעיקרו. וכן פסק המנחת יצחק ח"ז סי' פז, אך כתב שאם ניכר שיששכר אינו ממלא חלקו ולא לומד, בטלה השותפות מעיקרא.

# מאורות תורת המשפט

## תשובות אקטואליות בדיני ממונות

אבישי נתן מייטלס

כא בטבת תשע"ו | נשלח ח' ניסן | להצטרפות: [meorothamishpat@gmail.com](mailto:meorothamishpat@gmail.com) | גליון מספר 47

## מלגת אברך – תרומה או משכורת

### המקרה:

כולל אברכים שהיה בקשיים כלכליים לא שילם מלגה לאברכים מספר חודשים. אחד האברכים שעבר בינתיים לכולל אחר, תבע את ראש הכולל שישלם לו את מלגות החודשים שלא קיבל.

**ראש הכולל טוען:** האברכים אינם שכירים שלי. אני אחראי לקבץ תמיכות עבור הלומדים בכולל ולהעביר להם, ובתקופה שלא קיבלתי תמיכות להעביר, נבצר ממני לשלם מלגות. אין לראות בכך חוב שלי ולא של הכולל כלפי הלומד.

**האברך טוען:** בעת שהתקבלת לכולל התחייבתי לעמוד בתנאי הכולל, ומנגד ראש הכולל התחייב לשלם לי מלגה בסכום מסוים, ועליו לדאוג למילגה עליה התחייב ללומדים.

### תשובה:

האברך צודק בתביעתו, והינו מוגדר כשכיר של ראש הכולל מפאת אופי ההסכם שהיה בין הצדדים.

אומנם, תמיכה שמקבל אברך מבלי מחויבות כל שהיא מעבר לחובתו ללמוד, מוגדרת כתרומה, והוא לא יוכל לתבוע את הנהלת הכולל, מספק.

### נמוקי הדין

#### על מהות התביעה

מעלה גדולה וחשובה נטלו על עצמם היושבים ועוסקים בלימוד התורה, והמבקשים לזכות בכתר של תורה כלשון הרמב"ם בהלכות תלמוד תורה פ"ג, ולשם זה אמורה להיות מגמתם ומחשבתם, כפי שכתב הרא"ש בפירושו במסכת נדרים דף סו: 'עשה דברים לשם פעלם. לשמו של הקדוש ברוך הוא שפעל הכל למענהו. ודבר בהן לשמן. כל דבורך ומשאך בדברי תורה יהיה לשם התורה כגון לידע ולהבין ולהוסיף לקח ופלפול'. וכן הוא לשון הרמב"ם שם ה"ו: 'ומי שנשאו לבו לקיים מצוה זו כראוי ולהיות מוכתר בכתר תורה, לא יסיח דעתו לדברים אחרים, ולא ישים על לבו שיקנה תורה עם העושר והכבוד כאחת', וכן הוא לשון הרמ"א ב"ד בס' רמז סע' כא: 'לא יחשוב האדם לעסוק בתורה ולקנות עושר וכבוד עם הלמוד, כי מי שמעלה מחשבה זו בלבו אינו זוכה לכתרה של תורה'.

בז' יבזו לו ללומד שמוכר את מעלת תלמודו בעבור כל הון שבעולם. אומנם נוטלים הלומדים תמיכות לצורך קיומם, אך אל לו למקבל את התמיכה והסיוע שיאפשר לו ללמוד לסבור שחייבים לו את התמיכה, ובוודאי לא להרהיב עוז ולתבוע את המכתת רגליו ומתאמץ להשיג למענו את המילגה.

אומנם ישנם כוללים, שאף שמגמתם היא להגדיל תורה ולאפשר ללומד להגות בתלמודו ללא הפרעה, קשרו את הלומד למסגרת בו לומד עם התקשרות מסויימת בעלת אופי הסכמי ממון. עובדה המחייבת את שני הצדדים לעמוד במחויבות שלהם, ועל בסיס זה נסובה התביעה שלפנינו.

#### מעמד האברך – שכיר או עצמאי

בראשית הדברים, יש לדון במעמדם של אברכים הלומדים בכוללים, ועל פי זה לדון בדיון שלפנינו.

יש לברר כיצד יש להגדיר את מצב האברכים שלומדים בכוללים ובישיבות. ישנה אפשרות להגדיר שהאברכים התאגדו בכולל לצורך לימודם, ואף התארגנו והעמידו מישהו שיאסוף עבורם תרומות בכדי

לאפשר להם לשקוד על לימודם. ואז תחשב המלגה בגדר תרומה שהבטיחה להם הנהלת הכולל, ותקרא 'חלוקת' מלגות, אם השיגו תרומות, ואז יקבלו האברכים את קצבתם, ואם לא השיגו תמיכות, אין לאברכים להלין על הנהלת הכולל ולתבוע ממנה דבר. אך ניתן להגדיר שהאברכים הינם שכירים של הנהלת הכולל, ומלגת האברכים הינה משכורת שמחויב הכולל לשלם בזמן שקצבו לשלם, וככל פועל יהא חייב כל אברך לדקדק במלאכתו, ואסור לו להתרשל בשכירותו, ואם חלילה שוחח עם חברו מעבר לנהוג יחשב גזלן ויהא מחויב להשיב את דמי הזמן שגרע והתבטל. כמו כן, החורג מהמסגרת שנקבעה ע"י ראשי הכולל יחשב גזלן, ואם יחזור בו האברך מלהמשיך לקבוע את לימודו בכולל זה בניגוד לסיכום עם הנהלת הכולל תהא להם עליו תרעומת. מצד הנהלת הכולל המשמעות היא, שיהא חייב ראש הכולל לתת שכרו ביומו (ע"פ גדרי המצוה, כשדיבר המשלם ישירות עם הלומד) ולהזהר מלעבור על בל תלין<sup>7</sup>, ולא יוכל לחזור בו באמצע הזמן ולסלק לומד שכבר לומד אצלו, ככל בעל בית שלא רשאי לחזור בו.

ישנו הבדל וחילוק מהותי בין אברך לשאר הפועלים, שכן לפועל אין צורך בפעולה שהוא מפיק מצד עצמה אלא הוא חפץ בשכר שמשתכר במלאכתו, אך אברך הלומד אינו עסוק במלאכת בעל הבית אלא הוא מעוניין בעצם הלימוד, וטובתו עצמו הוא מבקש, ורק משום שתורה נקנית בחבורה התאגד בכולל (אמנם לא יוכל ראש הכולל להפטר מתשלום ולומר שהאברך בקש לעשות מצווה, והסיכום עימו על תשלום אינו מחייב ונעשה רק בכדי לזרזו, כדין המובא ברמ"א בריש סי' פא ובריש סי' שלו: 'אחד שאמר לחתנו תלמוד עם בנך ואני אשלם לך, פטור מלשלם לו', שכן אומר לו שיטיתי בך כשהתחייבתי בתשלום על חיוב שאתה חייב בו (ולש"ך סק"ו) אינו חייב אף אם לא היה מקום לשטות בו, שכן לא היה קניין ביניהם. ולקצו"ח חייב אם לא היה מקום לטעון השטאה, שכן חייב לשלם לפועל אף בלא מעשה קניין. ובנתי"מ בס' פא סק"ב דחה את דברי הקצו"ח וכתב שלעולם אין לראות בו כשכירו, דכיון שהוא מחויב בדבר לית ביה משום שכירות, דהוי כמו שאמר עשה לך סוכה או תפילין לעצמך דלית ביה משום שכירות). שכן הרמ"א ביו"ד סי' שלג סע' ג פסק שאף שישינה חובה ומצוה לרפא חולים בחינם, אם התנה מראש וביקש שכר על מלאכתו, חייבים לשלם לו, ועל כן יש לשלם ללומד את שהתנה עימו, מה גם שהתשלום הינו על זמן שהתבטל ממלאכה, וזהו חיוב גמור לשלם אם התנה לשלם על שכר בטלה, כמבואר בב"מ ל: שיש לשלם על שכר בטלה).

אומנם ישנם שני סוגי מסגרות של לומדים כמבואר בב"מ בדף תז, ישנו אופן שהלימוד בכולל נועד לאפשר ללומדים להתקדם בלימודים, והרב בהם משועבד לתלמידים. וישנן מסגרות שבהן התלמידים משועבדים לרב, כלומר הכולל נועד לאפשר לרב או לראשי הכולל להפיק עניין בתלמוד של הלומדים (כמכון הוצאת ספרים, או חשיבות חברתית מהמעמד). לכאורה היה ניתן לומר שהבדל זה בין הכוללים הוא נקודת המבחן אם הלומדים הינם שכירים של הנהלת הכולל. אלא שצריך להבהיר שישנו הבדל מהותי בין השיעבוד האישי של ראש הכולל ללומדים, לבין היחש הממוני ששורר ביניהם, ואפשר שאף שהרב אינו משועבד ללומדים מ"מ הוא מחויב לשלם להם שכר על הסכם ממוני שקיים ביניהם, ואפשר שהרב משועבד ללומדים אך לא מחויב להם מבחינה ממונית. ומאידך, הנתי"מ בס' שמו סק"ד הביא מספר מקור החיים שחילוקים אלו נאמרו רק אם המלמד פועל בחינם, אולם אם מלמד בשכר וודאי שהרב משועבד לתלמידים. ולנידון דין נאמר שאם משלם ללומדים, וודאי משועבדים לו, ואזי גם מחויב בשכרם.

## מלגת אברך – משכורת או תרומה

הנה על בונוסים הניתנים על שמירה על זמני הכולל או על מבחנים, בוודאי יש לשלם עליהם כדין פועל (אא"כ הובטחו ב'אם' 'אתן' ואז ישנה בעיה של אסמכתא). שכן האברך עמד במשימות השונות על פי הבטחת שכר.

מאידך, כספים שמועברים על ידי תורמים דרך הכולל, אם מכספי המדינה (אומנם יש הסוברים שהתמיכה ממשרד הדתות, אינה מיועדת לאברך ישירות, ואזי אינו כלול בהגדרה זו כלל), או קרנות ומוסדות, ואם מכספי תורמים מוסימים שבחרו לתרום באופן זה מוגדרים כתרומה, שהנהלת הכולל חייבת לשלם אותם לקיים את השליחות שנטלו, ולפעמים התחייבו על כך כערבות. כל השאלה היא על המלגה שהתחייבו ראשי הכולל לשלם

<sup>7</sup> המשנה בב"מ ק"א. אומרת שעוברים על איסור תורה של 'בל תלין' רק אם הפועל תובע את תשלום שכרו. ניתן להבין זאת בשני אופנים; או שתלתה התורה חיוב זה בתביעת הפועל, ואם לא תבע את שכרו, אין מצות התורה חלה, אך ייתכן וחייב בכך מדרבנן. או לראות בשתיקת הפועל שלא תבע את שכרו כמחילה על זכותו לקבל את תשלום השכר בזמן, ואזי אף מדרבנן אין לחייבו.

החפץ חיים נתיב החסד ט, כט הכריע כפירוש השני, כלומר, שפועל שלא תבע את שכרו מחל על זכותו לקבל את השכר בזמן. לאור הכרעה זו, פוסק החפץ חיים ט, לב שאם פועל אינו יכול, מכל סיבה, לתבוע את שכרו, אזי מצוות התורה של תשלום שכר עומדת בעינה, שכן העדר התביעה לא נובע ממחילתו אלא מחוסר יכולתו לתבוע את השכר. באותה מידה, הוא פוסק שאם הפועל אינו תובע את שכרו מפני שהוא מתבייש, ולא מפני שהוא מוחל, עדיין תחול מצוות התורה. ומסתבר שהאברכים לא תבעו עד היום מפני שהבינו את המצב שנקלע אליו ראש הכולל, ויש לראות בכך כמחילה על חיוב זה, אך לא מחלו על עצם החיוב הממוני.

אולם כידוע אין האברך מקבל שכר על לימודו, אלא שכר בטלה בלבד, ועל כגון זה, פסקו בית הדין הרבני בירושלים פסקי דין ח"ז, סי' מ שאין חיוב דאורייתא של תשלום שכר בזמנו ביחס למורה פרטי לתורה.

לאברך, אם הלומד יוכל לתבוע את דמי המלגה מן הדין. ויש נפק"מ לשאלה זו אם האברך הינו בעל חוב של משהו, אם מחויב ראש הכולל לשלם לאברך את התמיכה שהבטיח לו, או שמוגדרת המלגה כשכר ומדין שיעבודא דרבי נתן ישלם ראש הכולל את המלגה לזה שתובע את האברך.

יש לציין שאם הלומד מוגדר כ'עני', לא יוכל ראש הכולל לחזור בו מחיובו כלפיו בכל מקרה, שכן הבטחה לעני הוי צדקה, ומוגדר כנדר, ולא יוכל לחזור בו מהתחייבותו. אך אם התבססה הבטחתו על סמך ידיעה כלכלית מסוימת, ואחר כך התבדה, הרי הוא כלול בכלל נדר בטעות, ואינו חייב בו.

הפתי"ש בס' רנ"ג ס"ק י"ג הביא את תשובת החת"ס בס' קלה לגבי הבטחת אלמנה לשלם ללומדים לעילוי נשמתה, ששכר הלומד הינו שכר פעולה, ולא רק תרומה: 'חילקה נכסיה מקצת ללומדי תורה שילמדו עבור נשמתה... שכר פעולת לומדי תורה הבאים בשכרם כפועל, ואם אולי הפריזה בשכרם סך רב יותר מהראוי, מ"מ הכל לשכר פעולה יחשב'.

אפשר שאין להקיש משם על הלומדים בכולל שלומדים להנאת עצמם. אך ניתן ללמוד משם על כל השוכר לומדים לטובת הכולל שלו, ודורש מהם ללמוד במקום זה בדווקא ובשעות מסוימות, ששכרם יהיה כשכר פועל, שנהנה השוכר אותם מפעולתם ולימודם שפועלים על פי הוראותיו ותנאיו. כפי שהגמ' בקידושין בדף ס"ג. אומרת שאם אשה אמרה 'שב עמי בצוותא' הוי פועל שלה, אף שלא כרוך בפעולה נוספת. כך הובא בפתחי חושן בשם הסבא קדישא מהרש"א אלפנדרי שכיון שמשעבד אותם ללמוד מה שקובע ללימוד הכולל, ושילמדו בכולל זה בדווקא, נחשבים כשכירים והמנהל שאחראי עובר בבל תלין. כן פסק בשו"ת שבט הלו' ח"ח ס' שטו: 'מעודי לבי נוטה יותר דלפי מציאות הכוללים היום דין פועל יש לו... מי שנעשה מיסד או ראש כולל, ומקבל ע"ז תמיכה ממקומות שונים וגם מחיתו ופרנסתו מזה כרגיל בזמנינו, ובוחר לו אנשי כולל הנראים לו ראויים שישבו עה"ת לפי סדר הלימוד והזמן, ועל ידם נתקיים המוסד ומיסד או ראש הכולל מרויח על ידם, ועבור זה נותן להם שכרם ודאי דדעת נטה דנדונים כפועלים שאי אפשר להפסיק משכורתם כשאין מוצאים לשכור למקום אחר'. וכ"כ בתשובות והנהגות ח"ג ס' תע, וכ"כ בשו"ת להורות נתן ח"ב ס' קא שאף שטען ראש הכולל שלא יזם ולא ביקש מהלומדים ללמוד אצלו, מחויב להם כשכר שכיר. לפי"ז יהיה אסור ללומד להתבטל בלימודו גם מצד ביטול מלאכתו של בעל הבית, שמשלם לו על פעולתו, ולא יוכל ראש הכולל להפסיק תקצוב תלמיד באמצע הזמן, אם אינו מוצא כולל אחר.

לדברים אלו יאה נכון להגדיר את שכרו של יששכר כשכר פעולה שחייב לשלם לו זבולון, ולא כתרומה גרידא.

אולם יש לשדות נרגא ביסוד זה, ולתלות דיון זה במחלוקת הפוסקים בגדרו של חזן ושליח הציבור, אם הינו פועל או עבד ה' ורשאי להשכיר עצמו מעבר לשלוש שנים. החוות יאיר בס' קמ הובא בפתחי תשובה בס' שלג סק"ד כתב שהמשרתים לדבר ה' מותר להשכיר עצמם ליותר מג' שנים, שכן נחשב עבד ופועל של הקב"ה ולא של השוכרים אותו. אך הקצוה"ח בס' שלג סק"ז השיג עליו<sup>8</sup>, ונקט שאומנם מלמד הינו עבד ה' ולא עבד עבדים מפאת העיסוק, אך המחויבות שלו לקהילה מסוימת ולאנשים אלו, הינה כעבד לעבדים, ואסור ליותר מג' שנים: 'דאע"ג דהוא עושה עבדות ה', עבד ה' מיקרי. אבל מה שהתקשר לאחרים, אינו עבד שלהם, ויכול לחזור, וא"כ ה"ה בחזן'. וכן סבר השבות יעקב ח"א ס' ו הובא בפת"ש שם סק"ד: 'כיון שהצבור או יחיד רוצה למחות שלא לעשות ש"ץ אלא בקהל שלהם, ולא לילך למקום אחרת, הרי מטעם עבדות שכיר שלהם הוא'. ואפשר לומר שגם אברך כולל, כיון שלומד לעשות נחת רוח ליוצרו, ובעת לימודו הוא מכוון לשם מצווה ולשמה, לא נחשב כשכיר הכולל לשיטת החוות יאיר, אך לקצוה"ח והשב"י, כיון שהוא מחוייב לתנאי המקום, נחשב הוא כשכירם.

אומנם בפסקי דין - ירושלים דיני ממונות וביורירי יוחסין ח בעמ' שנט כתבו בשם הג"ר שאנן בספר זכרון שלמה (לזכר הגר"ש קרליץ) עמ' תעז ובספרו עיונים במשפט ס' מ שאחד מבתי הדין בב"ב (של הג"ר ניסים קרליץ) פוסק: 'אין לאברך זכות תביעת תשלום על הכולל כיון שאין לו דין פועל. וע"כ גם אם יש פוסקים שיש לו דין פועל, בודאי אי אפשר לומר שיש בזה מנהג המדינה של הכוללים לשלם מדין פועל... ועי' ספר פעולת השכיר פ"ה סעי' יא בהערה אות יז בשם מרן הגריש"א שאין האברך נחשב לשכיר של ראש הכולל כלל, שהרי אסור אפילו ליטול שכר עבור הלימוד אלא שכר בטלה בלבד... ועיי"ש בשם פתחי חושן שלא כ"כ'.

<sup>8</sup> אומנם הקצוה"ח סתר דבריו בס' רצ סק"ה. לגבי אפטרופס שהוא עוסק במצווה ובכו"ז יכול לחזור בו.



## **הט"ז תבע את חותנו הב"ח**

מספרים מעשה, שאיני יודע מה מקורו. הב"ח היה חותנו של הט"ז והבטיח לו בנשואיו שיהיה סמוך על שולחנו והקציב לו מנת בשר למאכלו מידי יום. באחד הימים קיבל הט"ז לסעודתו ריאה במקום בשר. מכיון שהיה הט"ז לומד בהתמדה עצומה עד אפיסת כוחות ממש, באותו יום שאכל ריאה במקום בשר למד כמה דקות פחות כי היה לו פחות כח מבכל יום. הזמין הט"ז את חותנו הב"ח לדין תורה בטענה כי הבטיח לתת לו בשר מידי יום, וריאה שהיא מבני מעיים אינה ראויה להקרא בשר. בית הדין שמע את טענתו אך פסק כי הב"ח צודק, וגם בני מעיים נקראים בשר. שמח הט"ז על פסק הדין, והסביר לחותנו שראה שנתעורר קטרוג בשמים על הב"ח מפני שבגללו נחסרו מספר דקות של תורה בעולם, על כן הזמינו לדין תורה מתוך ידיעה שבית הדין יפסוק בזכותו של הב"ח, והלא כל מה שפוסקין למטה פוסקין למעלה, וממילא יוסר בזה הקטרוג מהב"ח.

אפשר שהבית דין שם לא דן בשאלה אם מחויב לו החותן, אלא אם נחשב המאכל כבשר. ואפשר שהיה הט"ז מחויב לחותנו למשהו, ונחשב כשכירו.

**לסיכום:** אם התמיכה מועברת לאברך ללא מחויבות למיקום ולתוכן הלימוד, הרי שזוהי תרומה ולא משכורת.

אם מוסדות או קרנות או תורם מסויים התחייבו לשלם לאברך, הנהלת הכולל הינה מחויבת כלפי האברך רק מדין השליחות שנטלו על עצמם (במצב זה, הנהלת הכולל או ראש הכולל לא יתחייב לאברך באופן אישי לשלם מלגה, אלא רק באם יהיה תזרים בקופת המוסד מאותם מקורות מימון), ולא יוכל ראש הכולל לעכב את התשלום בידו, אא"כ ניתן למוסד על דעת שיתנהלו האברכים לפי כללים הנהוגים בכולל.

אם מחויבים ראש הכולל והנהלה באופן אישי לתשלום המלגה, הוי המלגה כמשכורת, ומחויבים הצדדים לתנאי הפועלים. אומנם יש שהבינו שאין לאברך כלל תביעה על ראש הכולל לתשלום.

# מאורות תורת המשפט

## תשובות אקטואליות בדיני ממונות

אבישי נתן מייטלים

ו' בשבט תשע"ז נשלח ח"נ מדי שבועיים, להצטרפות: [meorothamishpat@gmail.com](mailto:meorothamishpat@gmail.com) גליון מספר 48

## רופא מנתח שהזיק במהלך טיפול

### המקרה:

מנתח בבית חולים שהיה תשוש בשל משמרת ארוכה שעבר, שגה במהלך סגירת מקום הניתוח ובמקום התפתח זיהום, שדרש טיפול ממושך.

המטופל דרש מהרופא פיצוי כספי.

### תשובה

רופא מוסמך שהזיק בשוגג הינו פטור מתשלום הנזק. על כן, אם היו השלכות לטיפול בלתי צפויות, הינו פטור מלשלם לניזק (טעות באבחון – תלויה במחלוקת האחרונים). טעה בטעות סבירה ובשגגה, חייב לפייס את הנפגע, בדיני שמים. ואם קיבל שכר כרופא פרטי, יהא חייב.

אולם אם הרופא התרשל ולא פעל על פי ההנחיות, הינו חייב לשלם למטופל על הנזק שהסב לו. על כן אם הזריק או חתך שלא במקום, או שגה במינון התרופה, יהא חייב לשלם על הנזק. בכלל זה יש לחייב את הרופא על נזק שארע בשל עייפותו. והגם שכל מטופל חותם בטרם ההליך הרפואי על וויתור מכל תביעה, לא כלול בכלל זה הליך לא תקין של רופא.

רופא המבוטח בביטוח יהא חייב לשלם בהתאם לתנאי הפוליסה.

### נמוקי הדין

#### רופא מצווה לרפא ולהציל

הרופא מקיים מצוה בהצלתו ובריפוי החולה, כפי שהתירה התורה באומרה ורפא ירפא, וחייב להציל ולרפא את החולה כמבואר ברמב"ן בב"ק פה. ובט"ז בס"י שלו סק"א ובברכי יוסף שם. ובארו התוס' בב"ק בדף פה. בד"ה 'שניתנה רשות' והרשב"א שם שהותר לרופא לרפא כל חולי, גם חולי הבא בידי שמים, ולא נחשב כסותר גזירת המלך שהטיל עליו חולי זה<sup>9</sup>. והרמב"ם בפירוש המשנה בנדרים פ"ד מ"ד למד מהנאמר: 'והשבתו לו, לרבות את גופו. שאם ראהו אובד ויכול להצילו הרי זה מצילו בגופו או בממונו או בידיעתו'. וכ"כ הרמב"ן בתורת האדם והט"ז שם סק"ב והש"ך שם סק"ד. מלבד מה שמקיים מצות 'וחי בהם', ונשמרתם מאוד לנפשותיכם. ואם מונע עצמו, הרי זה הוא כשופך דמים, כמבואר ברמב"ן שם והביאו במנורת המאור פרק ז גמילות חסדים, ולמדו זאת מהאיסור לא תעמוד על דם ריחק.

המהר"ץ חיות בב"ק שם הקשה מדוע לא הביא הרמב"ם דרשת הגמ' שיש לרפא, מהנאמר 'ורפא ירפא'. בתורה תמימה שמות כא, יט יישב שמהפסוק 'רפא ירפא' למדים שיש רשות לרפא, אך מהפסוק 'והשבות' למד הרמב"ם שיש מצווה לרפא. והשואל ומשיב והיד שאול ביו"ד כתבו, שמהפסוק 'והשבות' למדנו חיוב לרפא בחינם, ומהפסוק 'רפא ירפא' למדו שאף בשכר מותר לרפא.

בשו"ת ציצ' אליעזר ח"ה - רמת רחל סי' כ הביא מספר שבט יהודה למהר"י עייאש שכתב: 'דענין בקשת הרופא לרפאות הוא דבר מוכרח ויש לו עיקר מן התורה וכמעט שיש חיוב חזק על החולה והקורבים לחזר על הרופא המובהק, ולחזר אחר הסמננין המועילין לרפאות אותו חולי. וכל המתעצל ומתרשל בדבר זה

<sup>9</sup> אומנם האבן עזרא שמות פרק כא פסוק יט סבר שמכות פנימיות לא כלולות בהיתר להידרש ברופאים: 'שנתן רשות לרופאים לרפא המכות והפצעים שיראו בחוץ. רק כל חלי שהוא בפנים בגוף ביד השם לרפאותו'. וכ"כ רבינו בחיי שם: 'אבל חולי מבפנים אין זה תלוי ביד הרופא אלא ביד הרופא כל בשר, אשר בידו נפש כל חי'. וכן כתב הפלתי על הלכות נדה בס"י קפח: 'התורה דברה ממכות חוץ, באבר, שבר יד או פצע וחבורה, שזה מוחש והרופא יורד עד תכליתו, ובהן כמעט מופת חתוך כמופת הנדסה. משא"כ בחולי באברים פנימים, שאין עין רופא שולט בו, בזה ידונו כפי שכלם וכמדותה ובספק שקול וכדומה'.

ולא יחוש על הרפואה בדרך טבע, אלא יסמוך על דרך נס לומר, שהקב"ה ישלח דברו וירפאהו בחנם, אין זה אלא מן המתמיהין, ודעת שוטים היא זו, וקרוב הוא להיות פושע בעצמו, ועתיד ליתן את הדין. דכמו שצריך האדם לשמור עצמו מהחום ומהקור... וזה שאינו שומר עצמו... לאמר אם ה' אינו גוזר רע לבוא על האדם, לא תאונה אליו רעה, דהוא חסיד שוטה... כן הוא הדין בעיני הרפואות, שהשי"ת מסר העולם להתנהג כפי הטבע.

כן פסק השו"ע יו"ד בהלכות ביקור חולים ורפואה בס"י שלו סעי' א': 'נתנה התורה רשות לרופא לרפאות. ומצוה היא. ובכלל פיקוח נפש הוא. ואם מונע עצמו, הרי זה שופך דמים, ואפילו יש לו מי שירפאנו, שלא מן הכל אדם זוכה להתרפאות. ומיהו לא יתעסק ברפואה אלא כהוא בקי, ולא יהא שם גדול ממנו, שאם לא כן, הרי זה שופך דמים'.

הרי בד בבד עם המצוה והחויב לרפא, מחויב הרופא לוודא שאינו נוטל על עצמו אחריות גדולה מהידע והניסיון האישי שרכש, ויש לו להתייעץ עם גדולים ממנו בתחום, לפני שמבצע תהליך שיש בו כדי לקבוע את גורל המטופל שלפניו, כפי שנהג דוד המלך בתהלים קיט, מו: 'ואדברה בעדתיך נגד מלכים ולא אבוש'. בפרט שלעיתים רבות הוא תהליך אל-חזור, שכן חוט השערה מבדילה בין מצווה לרפא לבין איסור רציחה. ואם רופא תורן, זוטר, ביצע טיפול משמעותי מבלי להתייעץ לפני כן עם 'בקי... גדול ממנו', יחשב כפושע, ויהא חייב בדמי הנזק שארע תחת ידיו (כן עולה גם בדברי שו"ת רב פעלים ח"ג או"ח בס"י לו: 'דטעות זו של אותה אשה קרוב לפשיעה, דהו"ל להמתין ולהתייעץ, מאחר שידעת שיש באותו מקום שפשטה ידה בו משקה סם המות השורף'). אא"כ האיבחון שלו וההשערה הרפואית הובילה אותו להבנה שאין פנאי בידו להפנות את השאלה ולהתייעץ, בשל המצוקה המיידית שלא הותירה זמן להפנות את האירוע לגורם נוסף.

הרמב"ם בהקדמה לפירוש המשנה כתב: 'כי כל מי שיש בו טבע בשר ודם אי אפשר שלא יטעה ויחטא', ויש לנו ליתן דעתנו ופסיקתנו לגבי טעויות ונזקים של רופא במהלך טיפולו.

## אדם שהזיק אדם

המשנה בריש פרק החובל בב"ק אמרה: 'החובל בחברו חייב עליו משום חמשה דברים בנזק (נכות קבועה) בצער ברפוי בשבת (הפסד ימי עבודה עד סיום הריפוי) ובבשת'.

מדין תורה היו צריכים לדון דיני ממונות רק דיינים סמוכים<sup>10</sup>, וכיום שאין לנו סמוכים, דנים מכח דין שליחותיה של ראשונים. ואמרה הגמ' בב"ק בדף פד: שתיקנו שליחותיהו רק בדיני ממונות שכיחים ושיש בהם חסרון כיס, ועל כן הסיקה הגמ': 'אדם באדם דלא שכיחא - לא עבדין שליחותיהו', ולכן אין לדון נזקי גוף בזמן הזה. המשיכה הגמ' להקשות: 'הרי בושט ופגם דשכיח, נעביד שליחותיהו... אלא כי עבדין שליחותיהו במילתא דשכיחא ואית ביה חסרון כיס, אבל מילתא דשכיחא ולית ביה חסרון כיס, אי נמי מילתא דלא שכיחא ואית ביה חסרון כיס - לא עבדין שליחותיהו. הלכך אדם באדם, אף על גב דאית ביה חסרון כיס, כיון דלא שכיחא - לא עבדין שליחותיהו, בושט אף על גב דשכיחא, כיון דלית ביה חסרון כיס - לא עבדין שליחותיהו'.

נמצאנו למדים שאין אנו דנים האידנא בהעדר דיינים סמוכים מימי משה רבנו, לא נזקי גוף של נכות של אבר (ונחלקו הראשונים, כיצד אומדים נזק זה, אם אומדין כמה היה שווה להמכר כעבד כנעני או כעבד עברי בשל פגם זה), ולא צער, בושט ופגם. אך דמי ריפוי ושבת, דנים.

והקשו האחרונים מדוע מגבין שבת וריפוי, דאף שיש בהם חסרון כיס מ"מ לא שכיח. ותירצו באופנים שונים. הכסף משנה דייק ברמב"ם שדווקא הנישום כעבד אין גובין בבבל, משמע ששאר דברים שאינם נישומים כעבד מגבין בבבל. הרדב"ז סבר שרק ריפוי ושבת שכיחים שלא במקום נזק מגבין. והסמ"ע ס"ק יא כתב דמכל חבלה מגבין, אפילו מקטיעת ידו דאינו שכיח, דכיון שהם שייכים בשאר מכות השכיחים, ס"ל שאין לחלק, ולעולם גובין.

נחלקו הראשונים והפוסקים אם אפשר לדון דיני שבת וריפוי גם בימינו, אם נחשבים כנזקין שכיחים ויש בהם חסרון כיס. הרמב"ם בהל' סנהדרין ה' סבר שדנים אותם בזמן הזה, וכן פסק מרן השו"ע בחו"מ בס"י א סעי' ב: 'אדם שחבל בחבירו, אין מגבים דיינים שאינם סמוכים בארץ ישראל, נזק, צער ופגם ובושת וכופר, אבל שבת וריפוי מגבים'. והרא"ש ב"ק ח, ה' והנמו"י שם ל: והרמ"א חלקו וסברו: 'וי"א שאף ריפוי ושבת אין

<sup>10</sup> ראה קצוה"ח בס"י א סק"ז שדרושים דיינים סמוכים הן לדיני קנסות, להחיל את החיוב שאינו אמור לשפות את החיסרון. והן לאכופ א חיובי ממון.

דנין'. ובמשכנות יעקב חו"מ סי' א כתב דמסתברין דברי הרמב"ם, דדוקא נזק דבעינן שומא והערכה, לא דנים בזמן הזה, משא"כ שבת וריפוי שדמיו קצובים וידועים, הרי זה בבחינת חוב ולא דמי כלל לנזק.

גם על דברים שלא דנים בזמן הזה, פסק הרמ"א שכופין את המזיק לפייס את הנפגע, וזאת על פי דין המשנה בב"ק בדף צב. כן הרי"ף בב"ק בדף ל: מדפי הרי"ף כתב: 'מנהג שתי ישיבות, אף על פי שאין גובין קנס, מנדינן ליה עד דמפייס לחבריה, וכד יהיב שיעור מאי דחזי למיתב ליה, שרינן ליה לאלתר, בין דאפייס מריה בין דלא אפייס'. וכן פסק השו"ע שם בסעי' ה: 'אעפ"י שדיינים שאינם סמוכים בא"י אינן מגבין קנסות, מנדינן אותו, עד שיפייס לבעל דינו; וכיון שיתן לו שיעור הראוי לו, מתירין לו'<sup>11</sup>.

## דינו של רופא שהזיק<sup>12</sup>

למותר לציין ולהקדים שאם הרופא פשע והזיק במזיד, שיהא חייב לשלם על נזקיו, ככל דין מזיק, כפי שחייבה התוספתא המובאת להלן, וכן כתב הש"ך ביו"ד בסי' שלו סק"ב: 'אבל אם הזיק במזיד, אפי' ריפא ברשות ב"ד, חייב בדיני אדם'. וזה בניגוד לדברי המאירי בסנהדרין בדף פד: 'החובל בחבירו לרפואה כגון שחתך לו אבר או בשר לרפואה, פטור, אף על פי שפשע בו והזיק'. וכן אם חרג הרופא מהתחום עליו מופקד. והחיד"א בטוב עין סי' ט סק"ח כתב שגם אם מודה הרופא שלא הכיר חולי זה מספיק, יהא חייב על נזקיו.

מאידך גיסא, אם נהג הרופא כשורה ועל פי הידוע בספרות הרפואית, ובכל זאת ארע נזק, כתב הפרישה בסי' שלו סק"ז שפשוט שפטור אף מדיני שמים: 'שהוא לא המית אותו, אלא השם יתברך רצה במיתתו'. וכדברי הערוך השולחן שם סעי' ב: 'דאם עיין, אין לו שום חטא, שהרי מצוה לרפאות. וכבר אמר החכם, שגגת הרופא כונת הבורא'.

דין רופא שהזיק באופן יאטרוגנית בשוגג נכלל בתוספתא בב"ק פ"ט ה"א בכלל אלו שפעלו ברשות והזיקו: 'האב המכה את בנו והרב הרודה את תלמידו, וכולן שהכו ושהזיקו הרי אילו פטורין. חבול יותר מן הראוי להן, הרי אילו חייבין. שליח בית דין שהכה ברשות בית דין והזיק, פטור. יתר מן הראוי לו, הרי זה חייב. רופא אומן שריפא ברשות בית דין והזיק, פטור. חבל יתר מן הראוי לו, הרי זה חייב'.

אולם בתוספתא שם פ"ו ה"ו נאמר שפטור רק מדיני אדם, ואכתי חייב בדיני שמים. השו"ע יו"ד בהלכות ביקור חולים ורפואה בסי' שלו סעי' א פסק כן: 'אם ריפא שלא ברשות בית דין, חייב בתשלומין, אפילו אם הוא בקי. ואם ריפא ברשות ב"ד, וטעה והזיק, פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים'<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> בטעם מנהג בתי הדין לנדות את המזיק, הביא הטור בשם רב שריא גאון: 'וסמכו חכמים האחרונים וראשי ישיבות כי ראו נזק גדול משום שאין דנין דיני קנסות ועשו תקנה לחובל עד שיפייס הנחבל בקרוב'. בהמשך דברי רב שריא מפורש גם, שבית הדין אינו קובע סכום לפיוס, אלא על המזיק מוטלת החובה לפייס את חבירו, ואחר ששילם סכום שקרוב לסכום שנראה היה להם שראוי לפייס בו, מתירים את הנידוי. אולם, לשון הרמ"א היא: 'ולקנסו כפי הנראה להם'. מלשון 'ולקנסו', נראה שסבר שעל בית הדין לקבוע סכום לתשלום. יסוד זה שעל בית הדין לכפות על הפיוס מצאנו בהמשך דברי רב שריא, ונפסק השו"ע שם, סעי' ו: 'המבייש בדברים, מנדינן אותו עד שיפייסו כראוי, לפי כבודו'. הרי שמוטל על בית הדין לכפות בנידוי את המבייש חבירו, לפייסו. וכן נפסק גם בסי' תכ סעי' לח. ובראב"ד בתמים דעים ס"ו רג הפליג עוד יותר, סבר לכפות לפייס אף במקום שלא נוהג מנהג הישיבות: 'ומה ששאל אדוני המנהג, אמנם כי במקומנו לא נהגו אותו מנהג של שתי ישיבות, ובית דין חשוב הבא להחמיר לפי צורך שעה ומגדר מילתא, גם בלא מנהג נראה שהרשות בידו'.

### סמכותו של ב"ד שפועל מכח קיבלו עליהו

בעל שער משפט חו"מ סי' א סק"א נוקט בתחילה מסברא שבאותם דינים שאין דנים רק משום שאינם שכיחים, אך באופן מהותי אינם 'דיני קנסות', בוודאי שמועילה קבלת בעלי הדין.

מו"ר הגר"נ גולדברג שליט"א באר שדבריו של שער משפט מיוסדים על אותו יסוד שנוקט הקצות בסי' שנ סק"ב, שהכוונה של מודה בקנס פטור, שבי"ד בו מודה החייב, מאבד את סמכותו לדון. בדומה לכך סבר שער משפט, שבי"ד לא יכול לקבל את סמכותו לחייב בקנס מכוח בעל הדין. אך זהו טעם רק ביחס לקנס גמור, ולא ביחס לתשלומים של דברים 'דלא שכיח'. בהמשך הדברים כתב שקבלת בעלי הדין מועילה לחייב אפילו בקנסות. וכן הכריע הבית יהודה (לאנדא) חו"מ סי' א. ובמציאות שחתמו על שטר הבוררות לפסוק עפ"י שיקול שעתו של ב"ד, בוודאי יוכלו לחייב פיוס לנחבל.

<sup>12</sup> באנציקלופדיה הלכתית רפואית של הרב שטיינברגר ח"ד עמ' 248 ואילך מובאת סקירה של יחסם של התקופה העתיקה לנזקי רופאים. בחוקי חמורבי פסקו לכרות זרועו של רופא ששגה, לעומת רופאי יוון ורומא שזכו לחסינות מוחלטת. והיו מקומות שהפקירו את גורלו של הרופא ביד בני משפחת המטופל שנפגע.

אין ספק שמבחינה ציבורית-חברתית ישנה חשיבות גדולה לביקורת על מעשיו של הרופא, ואף אכיפה שיהא בה כדי לגרום הרתעה וימריץ את הרופא לדייק יותר, ולבדוק את מעשיו בדקדוק רב, ולמנוע טעויות וסבל. אך מאידך גיסא, יש בכך כדי לאיים ולמנוע מהרופאים, אחיות, מד"א לטפל ולהציל.

<sup>13</sup> חוב בדיני שמים אינו פטור גמור, ואינו התנדבות של המחוייב בו לשלם. אלא שאינו יכול להתבע בבית דין, שכן לא נמסר לבית הדין כח לדון ולפסוק תשלום על נזק הנעשה בעקיפין. אך המזיק מוגדר כחייב בפיצוי על מעשיו, ודינו מסור לשמים כמבואר בתוספתא בב"ק פ"ו, ואין השמים מוחלים לו עד שישלם - תוספתא שבועות פ"ג, הובאה בירושלמי בב"ק פ"ו ה"א.

דין זה נשנה בתוספתא בגיטין פ"ג ה"ח ובארו שם שיסוד הפטור של אלו שפועלים ברשות מבוסס על תיקון העולם: 'כהנים שפגלו במקדש שוגגין פטורין, מזידין חייבין, מפני תיקון העולם. שלוח בית דין שהכה ברשות בית דין והזיק, בשוגג פטור במזיד חייב, מפני תיקון העולם. רופא אומן שריפא ברשות בית דין והזיק, בשוגג פטור במזיד חייב, מפני תיקון העולם'. בטעם הדין, כתב התשב"ץ ח"ג ס' פב שאם יתחייב הרופא על שגגתו, ימנעו רופאים מטיפול באנשים, בהיותם חשופים לתביעות על שגגתם.

בשו"ת שבט הלוי ח"ד ס' קנא כתב: 'דסתם רופאים בזמנינו, נקרא ברשות בי"ד. דכיון דהבי"ד סומכין בענין זה על מה שהמחוס נותני רשות ובקיאים במלאכת הרפואה, גם דעת בי"ד מסכים להם'. וכן הוא בערוך השולחן יו"ד בס' שלו סעי' ב: 'והאידנא צריך להיות מוסמך מהממשלה שיש לו רשות ליתן רפואות לחולים, וגם לא יהא שם גדול ממנו'. וכ"כ החיד"א בשו"ת ברכה בס' שכת סעי' א והדברי שאול. הרי שכל רופא שיש לו דיפלומה או רשיון נחשב כעבד ברשות ופטור במקרה של שוגג.

## אם הרופא חייב גלות באם נפטר החולה

בתוספתא שלפנינו מהדורת ליבמן פטרו את הרופא על טעתו ולא נזכר שיש לו חיוב גלות, ולכאורה זהו כדעת אבא שאול בגמ' במכות בדף ח., אומנם הב"י בס' שלו הביא בשם תורת האדם להרמב"ן תוספתא בב"ק ט, ג, ולפנינו הוא בתוספתא במהדורת צוקרמאנדל במסכת מכות פ"ב ה"ה שנאמר בה שהגם שפעלו ברשות ופטורים, חייבים גלות כדין המזיק בשגגה: 'שליח בית דין שהיכה ברשות בית דין הרי זה גולה. רופא אומן שריפא ברשות בית דין, הרי זה גולה. המחתיך את העובר במעי עשה ברשות בית דין, והרג, הרי זה גולה'. הרי שאין פטור המזיק שפעל ברשות משום שאנוס גמור מכל וכל, והינו חייב גלות. וכן פסקו הטור והשו"ע יו"ד בהלכות רפואה בס' שלו סעי' א: 'ואם ריפא ברשות בי"ד, וטעה והזיק, פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים. ואם המית, ונודע לו ששגג, גולה על ידו'. ומצאנו כמה אופנים ליישב את המקורות, אם פטור מכל וכל, או חייב בדיני שמים או שחייב אף גלות;

א. הב"ח יו"ד בס' שלו הביא משמיה דהמהרש"ל שחובת הגלות על רופא נאמרה בתוספתא רק במציאות שמת מיד אחר הטיפול הרפואי של הרופא: 'דאם לא כן, איכא למימר, קירב מיתתו על ידי אכילה ושתיה או על ידי נענוע', וכ"כ הפרישה, אלא שסבר שיגלה הרופא אף בספק. כלומר, יש לתלות את המיתה בדברים חיצוניים ולא בתהליך שערך הרופא. הרי שהבין שיש לרופא חובת גלות על מעשיו אם שגה בטיפול.

ב. בתשב"ץ ח"ג ס' פב והאור שמח בהלכות רוצח פ"ה ה"ו הקשו מדוע נאמר שרופא שהזיק גולה, והרי הגמ' במכות בדף ח. הביאה דרשת אבא שאול שהרב הרודה את תלמידו והאב המכה את בנו אינן גולין, משום דהתם במצוה קא עבידי. והלא גם הרופא ב'מצוה קא עביד', דהא אבדת גופו הוא. וכן הקשה בספר מעשה רוקח על המשניות בסוף סנהדרין, הובא בברכי יוסף יו"ד ס' שלו. וכן תמה במנחת יצחק ח"ג ס' קד. ובהגהות יד אברהם לשו"ע שם סעי' א תירץ, דשאני רופא שלא עשה מצוה ברפואתו כשמת החולה, משא"כ ברב הרודה את תלמידו ובכל אלו שמנו בגמרא במכות שמת התלמיד תוך כדי שהמלמד הכה ברשות. כלומר, התברר לבסוף, שלא היה בפעולת הרופא כדי לרפא, והתברר אינו עסוק במצווה. וכ"כ הבשמים ראש בס' שפ"ו והא"ש בהלכות רוצח פ"ה. וכן הוא הלשון ברמב"ם בהלכות רוצח פ"ה ה"ו: 'יצא האב המכה... והרב הרודה... ושליח בית דין, שהרי שגגו והרגו בשעת עשיית המצוה'.

---

ברש"י מבואר שהתשלום פטרו מעונש, כן ברש"י קדושין מג א ד"ה 'דינא רבה' וב"ק קד א ד"ה 'שכבר הודה': 'ידי עונש אין יוצא עד שישלם'. וב"מ לז א ד"ה 'הכא בבא': 'ידי שמים לא יצאת, עד שתתן לשניהם'. הרי שחיוב זה הינו שחייב עונש בידי שמים. ובגיטין בדף נג. כתב רש"י בד"ה 'וחייב בדיני שמים': 'פורענות לשלם לרשעים שנתכוין להפסיד את ישראל'. הדבר אברהם ח"ב ס' לב סעי' טז בהגהה באר שחיוב הממון בידי שמים אינו חיוב ממוני, אלא תיקון האיסור ומניעת העונש. ועל כן סבר רש"י בב"מ לז א ד"ה 'הכא' שאם בא לבי"ד מאליו להימלך מה יעשה ולא יענש, אומרים לו שמידי שמים לא יצאת עד שתתן.

אולם המאירי בב"ק בדף נו. כתב שכל שלא השיב ישנו גזל בידו: 'כל שכתבנו עליו כאן שהוא חייב בדיני שמים פירושו שהוא חייב בו בהשבונו. הא לענין איסור, אף מה שהוא פטור בו מדיני שמים, איסור מיהא יש בו... ומכאן כתבו גדולי הדורות שכל שנאמר עליו חייב בדיני שמים פסול הוא לעדות, עד ששייב. והדברים נראין, שמאחר שהוא חייב להשיב, תורת גזלה חלה עליו עד ששייב'. הרי שיש גזל תחת ידו, אף שאין יכולת לחייבו להשיב. וכ"כ בספר ההשלמה לב"ק פו ס' א בשם אביו שנפסל לעדות מחמת כך. וכן נראה שהבין החזו"א בב"ק ס' ה סק"ד שיש בכך חיוב ממון בידי שמים מדינא.

היש"ש בב"ק פ"ו ס' ו וכנה"ג מהדו"ק בס' כח כתב שאף על פי שאין לבית דין לכופו לשלם, מכל מקום בדברים בלא כפייה יש לדחקו. ולפי"ז יוכלו הבי"ד רק להודיעו שחייב, כמש"כ הראב"ן בב"ק נה.

לעומת כל הנ"ל, הזית רענן (לבעל המגן אברהם) על התוספתא בב"ק פ"ו אות יד באר שאינו עניין ממוני כלל, ולא מסור לבית הדין, אלא הכוונה: 'הש"ת יודע אם היתה כוונתו להזיק, חייב בדינו. אבל אם לא נתכון להזיק, פטור מדינו לשמים'.

בש"ת להורות נתן יג ס' קמה תמה על פסקו של החתם סופר בשו"ת חו"מ ס' קפד שכתב: 'והלא חז"ל פטרו מגלות הרופא שהמית החולה', שזהו בניגוד לפסק השו"ע שגולה על ידו. ויישב דבריו, שתשובת החת"ס עסקה באשה שלקחה את בנה על ידי להניק כדרך כל הנשים הלוקחות ילדיהן חובקת בזרועותיה, ונאנסה באונס שינה, ומת תחתיה. וכיון שתחלת לקיחתו היתה לטובתו לצורכו להניק ונאנסה בשינה, הו"ל אונס ולא שוגג. ועל כך השיב החת"ס, שהלא חז"ל פטרו מגלות רופא שהמית חולה, ומכל שכן הכא. ועל פי דברי התשב"ץ הנ"ל יש ליישב, שחיוב גלות נאמר על רופא שבעת שריפא לא עסק במצווה, אולם אם היה מת החולה תוך כדי ריפוי, היה פטור אף מגלות. וכך היה המעשה של החת"ס, שכן האישה היתה עסוקה במצוה להחיות את הולד, ותוך כדי עשיית המצוה נאנסה באונס שינה, ופטורה האישה: 'ואדרבה נדון החתם סופר עדיף טפי, דהא הרב הרודה את תלמידו והאב המכה את בנו, הלא עסיק בדבר שעלול להורגו, דהא הרדייה וההכאה סכנה יש בה, ואעפ"כ פטור משום שנכנס ברשות ועשה מצוה ברדייתו, ומכל שכן בנדון החת"ס שאמו של הולד לא עסקה כלל בדבר העלול להרוג את הולד, אלא אדרבה ותחינה את הילדים על ידי שמספקת לה מזון על ידי ההנקה, והיא עשתה מצוה, אלא שנסתבבה מיתה על ידי דבר צדדי שנגרמה על ידי אונס שינה, בזה בודאי שפטור מגלות, כיון שהאם לא התכוונה כלל לעשות מעשה העלול להביא לידי מיתה'.

עוד הקשה בשו"ת להורות נתן שם מתשובה נוספת של החתם סופר ז"ל בשו"ת או"ח ס' קעז, שפטר אשה שטעתה ושפכה לפה נערה שהתעלפה רעל שהיה בסמוך לצלוחית יין שרף, כיון שהיתה עסוקה בדבר מצוה להצלת הנפש. וכבר עמדו על כך האחרונים, שלא חייב את האישה גלות. והביא תשובת הרב פעלים ח"ג או"ח ס' לו שיישב עפ"י דברי התשב"ץ ח"ג ס' פב שחילק בין רופא שטעה לשגיאה בנתינת שיקויים: 'כי פירוש רופא אומן שגולה, הוא רופא החבורות במלאכת היד, ששגגתו וזדונו היא חבלה ורציחה בברזל, שהעידה התורה שאפילו מחט אינו צריך אומד... אבל רופא חולים במשקים ובמשלשלות ובמרקחות ובמרחצאות והנחות, אינו נקרא רופא אומן, אלא רופא סתם... ואם שגג או הזיד והמית או הוסיף מכאוב על מכאובי החולי, ונתכוון לרפאות ולא התכוין להזיק פטור הוא אף מדיני שמים'. הר"ק כשהתעסק לרפא את החולה תוך כדי עשיית חבורה בסכין, שכל ברזל עלול להרוג, ושגג והרג, חייב גלות, אבל כשריפא חולים בתרופות שונות במשקים ובמרקחות, פטור מגלות, כי דברים הללו אינם הורגים בהחלט, ועל כן אף שהרופא טעה ונתן לחולה תרופות כאלו יותר מדאי או פחות מדאי וכדומה, הו"ל בזה אונס ופטור מגלות אף שמת החולה.

ובשו"ת להורות נתן דחה את היישוב של הרב פעלים, שכן בנתינת הרעל לנערה, זהו מעשה רציחה גמורה, הו"ל כאילו הביאה אש והניחה עליה ושרפה, ובוודאי דחייב גלות כמו רופא שהרג את החולה בסכין. אולם, סבר בשו"ת להורות נתן, שהחתם סופר פטר מגלות משום דהו"ל בגדר מתעסק: 'ואינו דומה לרופא ששגג והמית, דהתם מיירי שהוא התכוין לעשות את המעשה שעשה, וכגון שהתכוין לחתוך בבשר החולה אלא שחתך יותר מדאי, או שטעה בענין אחר והמית את החולה. דהתם ליכא פטור של מתעסק, כיון שהרופא התכוין לעשות מה שעשה, אלא שסבר לתקן ונמצא מקלקל. אבל בנדון החת"ס שהאשה רצתה לשפוך יין שרף ושפכה פעטריאהאל דהו"ל בגדר מתעסק לגבי שפיכת הפעטריאהאל, ולכן פטור החת"ס מחיוב גלות'<sup>14</sup>.

נמצא שרופא שהזיק ומת החולה תוך כדי פעולת הצלה 'טובות ומועילות', אינו חייב גלות ופטור אף בדיני שמים כפי שהאב והאב שהיכו והזיקו פטורים. וכן אם היתה טעות בנתינת שיקויים, בלא פעולה אקטיבית של הרופא שנתן בידיו לפי החולה, הינו פטור אף מגלות.

ג. הברכ"י שם הביא ליישב שדורשים מהרופא להתבונן ולדייק יותר, שכן עפ"י האומדן שלו נחרץ גורל הנפשות, משא"כ האב והאב שהכו ברשות ובתום לב כדרך המחנכים: 'האף אמנם שנתכוון למצוה, עבר עבירה וחב בדמו של זה בשוגג, והו"ל למידק ולהתבונן יפה, כי נפש הוא חובל ומזיק. אמנם הרב והאב מאי עבוד ומאי הו"ל למעבד, ששם עלו שבט"ם ליסר בן ותלמיד כראוי וכדרך העולם, ולא יצאו מההקש להיות להם למוקש, ולא טעו, ואמטו להכי פטירי'. מעין זה יישב בישועות ישראל בס"ה, שהתברר בטעות זו של הרופא, שאינו אומן, ונכנס לטיפול שלא ברשות ולכן הינו חייב.

ד. הגרש"ז אויערבאך בנשמת אברהם יו"ד ס' שלו עמ' רלא כתב ליישב, שגם רופא שטעה בשיקול הדעת פטור מגלות, ורק אם לא נזהר מספיק וקלקל מחוייב בגלות. לדבריו שווה דינו של הרופא

<sup>14</sup> הערת הרב חנניה שפרן: אם נרחיב את דברי החתם סופר כי כל הפועל מה שהיה נראה לו נחוץ באותו רגע פטור מגלות (כהבנת שבט הלוי חל" י"א ס' רס"א ולא כהבנת הציץ אליעזר ברמת רחל, וכ"ש לפי הבנת הגרש"ז בנשמת אברהם) נמצא כי בפועל הרופאים פטורים הרבה יותר כי במקום בו פטור מגלות ייתכן ופטור גם מלצאת ידי שמים.

לשליח ב"ד ולאב המכה ונאנסו שפטורים מגלות, כל עוד טעותם בגדר אונס. לדבריו, אם שגה הרופא ונתן תרופה אחרת, הינו פטור מפיצוי הניזק בדיני אדם. כן מבואר שבאר בערוך השולחן שם סעי' ב': 'אם ריפא ברשות וטעה והזיק, פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, אם היתה ע"י התרשלנות ולא עיין יפה. דאם עיין, אין לו שום חטא'. כן נראה שהבין בספר תשובות והנהגות ח"א בס' תתקס, ולכן פטר נהג אמבולנס שדרס, רק אם נהג בזהירות (במושגים של נסיעה מהירה מעין זו) ולא סיכן בנסיעתו.

ולענייננו, אם היה מנתח אבר אחר, היה חייב לשלם פיצוי למטופל וחייב בגלות, אולם אם ניתח את האבר ולא פעל כשורה, הוא פטור ככל אלו שכתובים שם שהזיקו בעת שעסקו בחינוך. אולם אם לא עשה את כל שנדרש בסיום הניתוח, יש לראות זאת בכלל פשיעה<sup>15</sup>, שאומנם היתה בשל העייפות המרובה שצבר ולא בכוונת זדון, אבל יש לחייבו בפיצוי הנפגע מעיקר הדין.

## אומן שהזיק

מצאנו פטור גורף לבעלי אומניות שהזיקו במהלך תיקונם ופעולתם, שיש בו כדי ללמד על פטור הרופא שהזיק. הגמ' בב"ק בדף צט: הבחינה בחיובי אומן שהזיק, אם פעל בשכר או בחינם: 'הנותן בהמה לטבח ובבילה, אומן פטור, הדיוט חייב. ואם נותן שכר, בין הדיוט ובין אומן חייב', וכן פסק הרמב"ם בהלכות שכירות פי ה"ה והשו"ע בס' שו"ע ד.

והדברים טעונים ביאור, כיון שקיי"ל כדברי המשנה בב"ק פ"ב מ"ו: 'אדם מועד לעולם בין שוגג בין מזיד בין ער בין ישן'. ומדוע פטרו את האומן שקלקל והזיק אם עשה זאת בחינם. ומדוע מחייב בתשלומים אם קיבל שכר. ומצאנו שתי שיטות ביסוד פטור זה;

א. התוס' בב"ק בדף כו: ד"ה 'ושמואל' ובב"מ בדף פב: ד"ה 'וסבר' למד מהירושלמי שפטור את הישן שהזיק תוך כדי שינה את האדם שבא לישן לצידו, שאדם המזיק פטור באונס כעין גניבה, והפסוק פצע תחת פצע שחייב על האונס כרצון מיירי דווקא באונס כעין אבידה. ומטעם זה אומן שטעה תוך כדי מהלך עבודתו והזיק פטור, הגם שמוגדר כאדם המזיק, מ"מ התורה פטרתו כיון דאנוס הוא ואנוס רחמנא פטריה. כלומר אדם שאינו אומן, פשע בכך שהתעסק בדבר שאינו בתחום מומחיותו, וכל נזק שיארע מחמת פעולתו, יחשב כמזיק בידים. לעומת אומן שניסה לתקן, לא פשע בכך שהתעסק וניסה לתקן

ב. הרמב"ן בב"מ פב: סבר שאדם המזיק חייב אף באונס גמור, ובירושלמי פטר משום שהשני הזיק את עצמו כשבא לישן שם. אלא דאומן שטעה והזיק תוך כדי מהלך העבודה, אינו נחשב כאדם המזיק, כיון שמתעסק ברשות ועליו מוטל להתעסק בדבר, ולכן לא מחייבין ליה בעושה בחינם.

פטור זה נאמר כשעשה בחינם, אולם אם קיבל שכר מלאכתו מחייב על נזקיו, ובאר הסמ"ע בס' שו"ע יג בדין זה: '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 טפיל'. כפי שבאר רש"י בב"ק שם בד"ה 'דקעביד בשכר'. אומנם אם יסוד החיוב הינו מדיני 'שומרים', צ"ע כיצד יש לחייב את הרופא, וכי הוא שומר על גוף המטופל. וראה בחלקת יואב ח"מ ס' יב שהבין כי יש כאן הרחבה של דיני נזיקין. ובש"ך שם סק"ז מבואר שצריך להיות לאומן ניסיון בכדי לפוטרו: 'מיקרי מומחה כששוחט ג' פעמים עופות קטנים'. וכן הוא בפרישה בס' שלו סק"ה שצריך להיות מנוסה מכבר בכדי להפטר, במהרש"ל יש"ש ב"ק פ"ט ס' כג.

## דין רופא דדין שטעה

לגבי דיין שטעה פסק מרן השו"ע חו"מ בס' כה סעי' א': 'כל דיין שדן דיני ממונות וטעה, אם טעה בדברים הגלויים והידועים... חוזר הדין ודנין אותו כהלכה... ואם אי אפשר לחזור... הרי זה פטור מלשלם אף על פי שגרם להזיק, לא נתכוין להזיק'. והרמ"א הביא דעת החולקין.

<sup>15</sup> הרב חנניה שפרן הקשה, מדוע אב המכה את בנו פטור מגלות, ובפשטות אף שהכה אותו מכה יתירה פטור (כי במכה פשוטה למה ימות), ואם במצב זה אמרו בתוספתא ב"ק ט, ג כי רופא דינו כרב, גם ברופא יהיה פטור. ואולי תלוי הדבר במחלוקת האחרונים בפת"ש חו"מ תכ"ד אם פטרו אב גם מזיקין.

אולם הקצוה"ח שם סק"ו כתב: 'ועכשיו שנשתררב המנהג שהדיינים לוקחים שכר על הפסק, נראה לפי שיטת בעל המאור דפטור מומחה וקבלו משום דאונס הוא. וא"כ בשכר חייב... ואפילו נוטל שכר בטלה נמי'. וכיון שהרופאים מקבלים משכורת על מלאכתם, יש לחייב אותם בדמי הנזק שהסבו.

אך האמרי בינה דיני דיינים ס"ל סבר שיש לפטור את הדיין אף שמקבל שכר, עפ"י דברי הרמ"א בס"י כה סעי' ג שכתב: 'בזמן הזה בשמכריחין הקהל הדיינים, על פי החרם, שיהיו דיינים בעל כרחם, לא ישלמו אפילו טעו, דמה להם לעשות'. והבין האמרי בינה שמדובר שדיין זה נוטל שכר מקופת הקהל לפרנסתו, ואפ"ה פטור לשלם. ובטעם הדבר, כיון שהינו בקי בתחום ומקצועי בתחום זה והיה מוכרח להכנס לעובי הקורה, אין להטיל עליו חיוב בגין טעות שארעה אצלו. והעלה לסיים: 'ואולי יש לחלק בין אם נקצב להם שכר בכללות, למקבל שכר בפרטות על דבר הבא לפניו, די"ל בזה חייב, דצריך למידק ביותר... וטעות שכיחא הרבה בפרט בשיקול הדעת די"ל דהוי כאונס. אולם הכל לפי הענין במה טעה, אם נראה שיעא א"ע כפי יכולתו וידיעתו, ובכ"ז טעה בדבר שיש מקום לטעות, בזה די"ל דהוי כאונס. אבל אם הטעות הוא בדבר הנרא' שלא שם עיניו כראוי, ול"ה מתון בדבר כפי הצורך, בזה די"ל דחייב בקבל שכר'.

הרי לנו מחלוקת בין הקצוה"ח לאמרי בינה בגדר הרופאים בימינו, לדעת הקצוה"ח הינם בגדר אומן בשכר וחייבים על נזקיהם. ולדעת האמרי בינה, יש לפוטרו, אא"כ קיבל שכר על טיפול פרטי, שאז יהא חייב אא"כ היה מקום לטעות סבירה זו.

### על אילו נזקים פטור רופא שהזיק

יש ללמוד מדברינו בפרק הקודם על דינו של רופא שהזיק. לדעת התוס', אם הנזק ארע בשל אונס כעין גניבה, שלא תלוי באשמת הרופא, יהא פטור מפיצוי הנזק, כל עוד נעשה בחינם. ולדעת הרמב"ן כיון שפעל הרופא ברשות יש לפטור רופא שהזיק שפעל בחינם<sup>16</sup>.

וישנה תמיהה רבתית. שכן יסוד דין פטור הרופא מנזקיו מצוי ברמב"ן בספרו תורת האדם שער המיחוש - ענין הסכנה, והוא כלל את פטור הרופא ממשמעות הפסוק של 'רפא ירפא', ולא רק כפי ששאר הראשונים בארו שהפסוק חידש שלא אמרין רחמנא מחי ואיהו מסי, אלא מותר לרפא את החולי, ולא הוי זה כסותר גזירת המלך: 'תנא דבי ר' ישמעאל ורפא ירפא מכאן שניתנה רשות לרופא לרפאות. פי' שמא יאמר הרופא, מה לי בצער הזה, שמא אטעה ונמצאתי הורג נפשות בשוגג, לפיכך נתנה לו תורה רשות לרפאות... הרופא כדין מצווה לדון, ואם טעה בלא הודע אין עליו עונש כלל, כדאמרין שמא יאמר הדיין מה לי בצער הזה ת"ל עמכם בדבר המשפט אין לדיין אלא מה שעיניו רואות. ואעפ"כ אם טעה ונודע לב"ד שטעה, משלם מביתו על הדרכים הידועים בו, ואף על גב דהתם אם דן ברשות ב"ד פטור, אף כאן מדיני אדם פטור מן התשלומין אלא שאינו פטור מדיני שמים עד שישלם הנזק ויגלה על המיתה, הואיל ונודע שטעה והזיק או המית בידים'. הביאו הטור ביו"ד בהלכות רפואה בס"י שלו כפי שהעיד הב"י שם וסיים הטור: 'ומ"מ א"צ לימנע מפני חשש טעות'. נמצא שהשווה דינו של הרופא לדין דיין שטעה, שפטורים, אא"כ טעו ושגו בטעות יסודית, ואז על הדיין לשלם, ועל הרופא לגלות. ומדוע לא הסתפק הרמב"ן לפוטרו ככל אומן שעשה ברשות וטעה, ומדוע נדרש לדרשה חדשה ולימוד מחודש? וכך הקשה האור שמח הלכות רוצח פ"ה על הרמב"ן והשו"ע שלא פסקו כאבא שאול, ונשאר בצ"ע.

רבי יהושע מקוטנא בספרו ישועות ישראל בס"י כה יישב, שפטור מזיק ברשות נאמר כאשר אומן התחיל לפעול ולטפל בתחום מומחיותו וטעה, אולם אם טעה בשיקול הדעת כאשר מעיקרא ביקש לשחוט, הרי הוא פושע. וכן הדין ברופא, אם עשה ניתוח ובמהלך הניתוח חלה הסתבכות, הוא פטור, שכן עשה ברשות, אולם אם טעה בהחלטתו לבצע ניתוח, יהא חייב משורת הדין לשלם, שהרי לא פועל ברשות. ובכגון זה נצרך הרמב"ן לחידושו לפטור את הרופא, מפני תיקון העולם, שלא ימנעו מלהתעסק ברפואה.

משל לכך ניתן להביא מטעם פטור של הרודף אחר הרודף, להציל את הנרדף, שהגמ' בסנהדרין בדף עז. אמרה שפטור על הכלים ששובר בעת רדיפתו: 'שאם אי אתה אומר כן, נמצא, אין לך כל אדם שמציל את חברו מיד הרודף'. ולא אמרו שפטור משום שהזיק באונס, כפי שסבר התוס' דלעיל. על כורחך, שפטור זה מבקש לפטור את המציל, אף במקום שהיה יכול להמנע מלשבור כלים לו היה משקיע מחשבה בעת הרדיפה. אלא שמפני תיקון העולם, שלא ימצא מי שיציל אם ידרש לשלם על טעות בעת הרדיפה, פטרוהו אף מכך. וכן הוא בלשון הרמב"ם בהלכות חובל ומזיק פ"ח ה"ד שביקשו לפטור מלעיין בעת הרדיפה: 'מי שרדף אחר הרודף להושיע הנרדף ושבר את הכלים... פטור, ולא מן הדין אלא תקנה היא,

<sup>16</sup> לדעת האמרי בינה ישנו חידוש ברופא, שאף שמקבל שכר, הוא פטור, ודלא ככל אומן שרק בחינם פטורים.



שלא ימנע מלהציל או יתמהמה ויעיין בעת שירדוף'. וכן התקנה פוטרת את הרופא שכשל ונכנס לטיפול שגוי בשל שיקול דעת לקוי.

נמצא שלשיטת הרמב"ן יש לפטור את הרופא גם במקום שטעה בשיקול הדעת סבירה<sup>17</sup> בדיני אדם, ולא רק בהסתבכות בשל טיפולו. אומנם ברור שכאשר הטעות נבעה מחוסר זהירות ותשומת לב מיטבית של הרופא, שהוא יהיה חייב לשלם, בשל התרשלות זו, וכן כתב החיד"א בספר טוב עין סי' ט אות ח שאם הרופא לא העמיק לחקור את טיב המחלה, ונתן סמים שהזיקו לחולה חייב.

נפק"מ בין השיטות אפשר ללמוד מפסקו של שו"ת שבט הלוי ח"ד סי' קנא שחייב רופא שניים שקדח בשן אחרת בטעות. הוא למד מדברי התשב"ץ ח"ג סי' פב שכתב שהפטור של רופא מבוסס על תקנה בפני תיקון העולם, שלא ירצו להתעסק בתחום, וההיתר נאמר רק במציאות שהרופא פעל כראוי והזיק, שאז הינו שוגג, ומפני תקון העולם פטרוהו. אולם אם עשה יותר מן הראוי לו, וחרג במעשיו מהנדרש והזיק, הוי מזיד וחייב. ודינו מסור לשמים. הרי שאם הרופא חתר במקום שלא היה צריך לחתור, או קדח בשן אחרת, הינו מוגדר כמזיד בדין תשלומין מדין אדם מועד לעולם. אולם דברים אלו מבוססים על שיטת התוס' שפטור של רופא הינו מתקנת העולם, כפי שהעיר הרב זילברשטיין, אך לשיטת הרמב"ן שיסוד פטור של הרופא הינו מעיקר הדין, שפעל ברשות, יש לפטור את הרופא בדיני אדם אף בטעות מעין זו שקדח באבר אחר, כל עוד לא היה רשלנות במאמצי הרופא לחקור אחר מהות הטיפול, כפי שכתב החיד"א בטוב עין.

התשב"ץ ח"ג סי' פב חילק בין רופא שטעה לשגיאה בנתינת שיקויים: 'כי פירוש רופא אומן שגולה, הוא רופא החבורות במלאכת היד, ששגגתו וזדונו היא חבלה ורציחה בברזל, שהעידה התורה שאפילו מחט אינו צריך אומד... אבל רופא חולים במשקים ובמשלשלות ובמרקחות ובמרחצאות והנחות, אינו נקרא רופא אומן, אלא רופא סתם... ואם שגג או הזיד והמית או הוסיף מכאוב על מכאובי החולי, ונתכוון לרפאות ולא התכוין להזיק פטור הוא אף מדיני שמים'. ניתן להבין את דבריו בשני אופנים;

טעות בשעת הביצוע והטיפול, נחשב כשגגה ומחייב גלות, לעומת אבחון מוקדם שגוי שנחשב לאונס, ופטור על טעותו.

הרופא שמטפל באופן אקטיבי, פגע בחולה והרגו בשוגג, לעומת הנותן שיקויים שהרגו בגרמא, ומעשהו אינו ישיר, ופטור בלא חיוב גלות. וכן בארו ברב פעלים סי' לו והמנחת יצחק ח"ג סי' קד, ובשו"ת להורות נתן יג סי' קמה ובשו"ת יביע אומר ח"י או"ח סי' נה.

האמרי בינה וציץ אליעזר תמהו על פסקו של התשב"ץ, דמה לי חבלה בגופו מה לי חבלה ע"י שיקויי שהגיש לחולה.

שו"ת ציץ אליעזר חלק ד סי' יג הראה שיש שלוש שיטות בחיוב הרופא;

א. שיטת הרמב"ן היא שהרופא כדיין: 'ואם טעה בלא הודע, אין עליו עונש כלל, והוא שיזהר כמו שראוי ליזהר בדיני נפשות ולא יזיק בפשיעה. ורק בנודע אח"כ שטעה, אינו פטור בדיני שמים, עד שמשלם הנזק ויגלה על המיתה'. כלומר, שאם לא ידע הרופא על טעות בפעולתו, נחשב אנוס, ופטור אפילו בידי שמים. ואם נודע לו אח"כ שטעה, עליו לשלם דמי הנזק שגרם ולעשות תשובה מתאימה על אשר גרם בשגגה.

ב. תשובת התשב"ץ ח"ג סי' פב שמבאר דהאמור בתוספתא הוא על רופא החבורות במלאכת היד ששגגתו וזדונו היא חבלה ורציחה בברזל, אבל רופא חולים במשקים ובמשלשלות ובמרקחות ובמרחצאות אינו בכלל זה, שאינו בא לידי חבלה להתחייב בניזקין, ופטור אף מדיני שמים, כיון שאין לו אלא מה שענינו ראות.

ג. השואל ומשיב בספרו דברי שאול על יו"ד בסי' שלו הוכיח מחמת הקושיא מדוע מחייב הרופא גלות, והרי הוא התכוין לעשות מצוה לרפא, שהגמ' דידן חולקת על התוספתא. והביא את דרשת הגמ' בסנהדרין בדף פד: שדרשה מכה אדם ממכה בהמה, מה מכה בהמה לרפואה פטור, אף מכה אדם לרפואה פטור. משמע דפטור לגמרי אף בדיני שמים, דא"כ לא דמי למכה בהמה.

<sup>17</sup> הרב זילברשטיין במאמרו על טעיות רפואיות עמד על הטעמים השונים של הראשונים ביסוד פטור רופא, והעלה נפק"מ ביניהם. רופא שטעה בניתוח לשם יופי, וקלקל, אם יהיה חייב לשלם. לדעת התוס', הלא התעסק ברשות ופטור, ואילו לרמב"ן פטור רק מטעם שהותר לרופא לרפא, והיתר זה לא נאמר על ניתוח לשם יופי. ואזי יש לחייב את הרופא על נזק כתוצאה מניתוח זה, ורק מפני תיקון העולם יהא פטור הדיני אדם, וחייב בדיני שמים.

והביא שכן הוא בחידושי הר"ן בסנהדרין שכותב בהדיא, דמכה אדם לרפואה פטור, ומותר<sup>18</sup>. ולפי"ז יש לפטור רופא בכל גוונא אם טעה, דאינו כשוגג אלא כאנוס.

הציץ אליעזר שם סייג את היתר זה, שהוא קיים רק בתהליכי רפואה מוכרים, שלפי כללי החכמה הידועים לנו, יש ביד הרופא לרפא את החולה, כל עוד לא יהיה תסבוכת בגוף החולה. אבל תהליך רפואי חדש או עדין מאוד, שגם חכמת הרפואה בעצמה מעידה עליה שהיא גם סם המות, ויתכן שתמית את החולה, והרופא נכנס מראש עם חכמת הרפואה שבידו לידי ספק, אסור לו לעשותה.

מו"ר הג"ר זלמן נחמיה גולדברג בתחומין יט עמ' 317 כתב מסברא, שיש לחייב את הרופא המומחה שנתן את ההוראה השגויה על הניתוח, או את הרופא שהורה על נתינת תרופה או על המינון, ולא לחייב את הרופא שניתן בפועל, ולא את האחות שנתנה את התרופה לפי החולה. וכדברים אלו כתב בבניין ציון ח"א בס' קיא, שהרופא נוטל את האחריות, והעושה על פיו, הינו אנוס.

## שאל 'מבין' שאינו מומחה

פעמים רבות מבקשים לקצר תהליכים אם מפני הבהילות והדחיפות, או שהשעה דחוקה, או לא רוצים לחלל שבת ולפנות לגורם מוסמך ומלומד, וניגשים לשאול 'מבין' בתחום. 'המבין' לפעמים מופיע כמתנדב בארגון מד"א או הצלה, או כאחות מוסמכת, או רופא בתחום אחר, והוא/ היא שגו בהבחנתם או בהנחיות לטיפול באירוע.

הפתחי תשובה ביו"ד בס' צט סק"ה הביא תשובת הצמח צדק סי' מ שכתב: 'דאם הוא מסופק בהוראה ושאל ללומדים, ולא שאל לבעלי הוראה המפורסמים, לא מקרי שוגג. ע"ש. ובזה נדחה דברי תשובת בית יעקב סי' פה שרצה לדמות את עשתה ע"פ דבורה של אשה אחרת לעשתה עפ"י חכם'. הרי הכריע כצמח צדק, שלא נכון לראות את הפועל על סמך המבין כשוגג, ויהא אחראי על נזקיו.

## נעשתה תקלה ומכשול תחת ידיו, צריך בתשובה ובכפרה

בשו"ת חתם סופר ח"א או"ח בס' קעז הצריך קצת כפרה את האישה שבטעות שפכה לפה הנערה נפטרה, אף שסבר שהיא פטורה: 'הואיל ואירע מכשול על ידה, והרי המהרי"ו בס' קכה הצריך קצת תשובה למי שהשכיר שליח ונהרג בדרך'. יסוד זה להצריך כפרה אף אם פטור מדינא על מעשהו, למדו מדברי הגמ' בסנהדרין בדף צה. שדוד המלך נענש, משום שעל ידו ובגרמא דיליה נהרגה נוב עיר כהנים ודואג. ובצמח צדק הקדמון סי' ו חילק, שלדוד המלך היה חלק בנסיבות בכך שלקח מהם לחם ונתן מכשול לפני אחימלך, לעומת השוכר שליח שעשה מצוה, ששכר עניי ישראל לפועלים, ולא יתכן להצריכו תשובה. ואפילו הכי הצריך קצת תשובה, ונמנע מלחלוק למעשה.

ובשו"ת יביע אומר ח"א או"ח בס' נה כתב שכל שיש ספק שהוא הגורם למיתה צריך כפרה, אפילו בספק שקול, אם גרם האיש למותו צריך תשובה וכפרה. ובשם הצמח צדק סי' צג הביא שסבר שאפילו למיעוט חיישין לענין תשובה.

מאידך, המהרש"ל בס' צו כתב לגבי מעשה שהגויים ביקשו לתפוס נער יהודי שפצע גוי אחד, ואמר להם יהודי אחד שהוא יתפוס אותו ויענישנו, וסבר להצילו בכך מהגויים, ורדף אחריו, ומחמת המנוסה נפל הנער הבורח לבור ומת. וכתב המהרש"ל שכל שאילו היו שם בית דין, גם הם היו אומרים לו לנהוג כפי שנהג, יש לראות את המוות כגזירה משמים ואין כל אשמה למציל. וסיים שם: 'מאחר שדעתו היה לטובה ח"ו להצריכו תשובה להכלימו, הא איכא למיחש להכשילו לעתיד לבא, שלא ימנעו ישראלים להציל אחיהם מיד גוים... ויהיו מתיראים'. ולכאורה יש לחוש גם לגבי כל הרופאים והמצילים, שאם נטיל עליהם תשובה וכפרה כלשהיא, ננעול דלת בפני המצילים שיאמרו מה לנו ולצרה זו וימנעו מלהציל. והדבר מסור ללב, אם נהגו בתום לב ובהשתדלות הראויה והמרבית.

ואפשר שהו טעמא דקרא של דרשת אבא שאול בגמ' במכות בדף נ: 'ואשר יבא את רעהו ביער לחטוב עצים... אבא שאול אומר, מה חטיבת עצים רשות, יצא האב המכה את בנו, והרב הרודה את תלמידו ושליח בית דין' שפטורים אף מהגלות. וכן פסק הרמב"ם בהלכות רוצח ושמירת הנפש פ"ה ה"ו: 'שהרי שגגו והרגו בשעת עשיית המצוה'. ובביאור האי דינא כתב הרמב"ן במסכת מכות שם: 'ושליח ב"ד משמע דלאו משום

<sup>18</sup> הרב חנניה שפרן העיר, שנקודת המוצא שהר"ן חולק על הרמב"ן צ"ע. שהרי הר"ן מדבר על רופא שעשה את הטיפול הרפואי הנדרש והחולה מת. לדוגמא: מנתח לב בניתוח מעקפים שהחולה מת במהלך הניתוח כי לא הייתה קרישת דם. הרופא המית בידיים אך לא טעה. ואילו הרמב"ן מדבר על רופא שטעה ועשה טיפול לא מתאים. וכך נלע"ד הבין שבט הלוי י"א רס"א, וכן הגרש"ז בנשמת אברהם.

מצוה פטור, אלא משום שכיון שאמדוהו, אנוס הוא'. כלומר, שלא יתכן לחייב גלות את הפועלים ברשות על פי אומדן דעת הגיוני.

כהבנה זו נראה שהבין השבות יעקב ח"ג ס' קמ' הובא בפתחי תשובה חו"מ בס' תכד, אלא שחייב תשלום את המלמד שהיכה באכזריות, שלא יהא רגיל לעשות כן. ומשום מיגדר מילתא. ונראה שיש לשקול עונש מסויים גם ביתר הפועלים ברשות, שיהווה איום כלשהו, וימנעו מהחלטות פזיזות וחפזות בהיותם נטולים כל אחריות אישית.

### **אם הרופא חייב לדווח למטופל שגרם נזק והוא זכאי לפיצוי ממנו**

מצווים מדאורייתא להשיב אבידה לבעליה, ובכלל זה גם ליידע אדם על ממונו ששכח ממנו, ולכן מחייב להודיע לבעלים חוב ממוני שנשמט מזכרוננו, כפי שכתב הכלבו בס' קכד: 'ואם יודע הוא ששכח מבעלי חובין, הרי הוא ממחר בעשה ולא תעשה להראותם אליו, בעשה השב תשיבם, ובלא תעשה לא תוכל להתעלם'.

השלטי גיבורים בסוף בב"ק כתב שאין צריך להשיב חוב כל עוד לא תבעו, ובארו הש"ך בחו"מ בס' רלב סק"ב: 'המלוה לחבירו ואינו תובע הלואתו, אין הלואה חייב לשלם לו מאיליו, הואיל ואינו תובע במתנה ביקש ליתן לו ע"כ. וצ"ע בזה'. כלומר, אנו תולים שהחליט הבעלים ליתן מתנה ללווה, לפיכך לא תבעו. אומנם, בנידון שלנו, אין להעלות על הדעת אפשרות זו, שכן מעולם לא ידע הבעלים הנפגע, כי יש בידו אפשרות לתבוע, וברור שלא נתן במתנה את שחייב לו.

אומנם קצוה"ח בס' קד סק"ב סבר שכלל לא חייב לו בהעדר תביעה: 'דאם אין המלוה תובעו אינו מצווה לפרוע חובו... דאפילו נשבע לפרוע, אינו עובר אלא כשתובעו'. וכבר הקשה עליו הנתי"מ ביאורים שם סק"א: 'והא ודאי ליתא, דודאי אף שהמלוה שוכח ואינו תובע, חייב לפרוע, ולא דמי לנשבע דאינו חייב בלא תבע, דאמדין לדעתיה שכך היתה כונתו בשעה שנשבע, משא"כ מצות פריעת בעל חוב דרחמנא חייביה לפרוע'. כלומר, שחייב שבועה לא רובץ עליו בלא שתבעו, שכן כך דעת אנשי, אבל וודאי שמחויב להשיב לו ממנו. וכן סבר המהר"ם חביב בסוכה בדף לד, וכן הוכיחו האחרונים מדברי היראים הישן ס' רעח<sup>19</sup>.

על כן, יהא חייב להודיע למטופל שהינו זכאי לקבל ממנו דמי הנזק. ואף לו יבקש הרופא מפני בושות והפגיעה בשמו ליתן לו כסף בלא להודיע לו על שעשה, הלא תשלום על הנזק זקוק לשומא ואומדן, בכדי להשית אותו על המזיק, ויצטרכו לבצע הליך זה בכדי לקבוע את גובה הפיצוי לו זכאי הנפגע. אומנם, אם יתן לו הרופא סכום גבוה, שוודאי כולל את דמי הנזק, הרי שיוכל לפצותו באופן שלא ידע מאחריותו. אומנם אכתי מחייב לפייס את הניזק ולרצותו. ולכן יהא מחייב להודיעו.

אומנם בימינו נהוג, שהחולה חותם שמודע להליך שמבקש לעבור על כל היבטיו והסכנות הכרוכות בו, ומוותר מראש על תביעה, למעט פשיעה. ולכן לא יהא הרופא מחויב לשלם ולפצות את המטופל בשל טעות שעשה בשוגג. אך אין לכלול בחתימה זו גם פשיעה ורשלנות של רופא. ועל כגון דא, מחייב לפצות את הניזק.

### **אם אפשר לתת היתר לתביעה בבית משפט**

נתבע שמסרב לבוא לבית הדין, מאפשר לו בית הדין לגבות ממנו שזכאי לו בדין באמצעות ערכאה אזרחית, לאחר שהתברר לבית הדין מהות התביעה, וכי הינה מוצדקת. ויש לעיין בנידון שלנו, אם יש לאפשר לניזק לתבוע את נזקו בבית משפט. שהרי אם ניזק בשוגג, על פי דין תורה, הרופא פטור. ולא נאפשר לו לתבוע בבית משפט שמחייב בכגון דא. שהרי הנתי"מ בס' כו חידושים סק"ח כתב: 'דדוקא שהבית דין יודעים שחייב על פי דין... אבל אם אין הבית דין יודעים שחייב לו... אין הבית דין נותנים לו רשות'. וכשבי"ד יודע שהרופא פטור מלשלם, כשפעל בשוגג, יהא אסור לו לתת רשות לפנות ולתבוע בבית משפט.

<sup>19</sup> שכן אלו דבריו שם: 'דשמיטה דקרא אינו מחילה, אלא ציוה הקדוש ברוך הוא שישמיט... הלכך הלואה לעולם מוטלת על הלואה שלא יעכב על זו חובו לעולם בתיבתו לאוצרו, ואם עשה כן הו"ל לזה רשע'. מבואר, דשמיטה אינה מחילה כלל, והחוב קיים גם אחר אמירת משמט אני. הרי שחייב לשלם אף בלא תביעה, דהא אפילו כשהמלוה אמר בהדיא משמט אני, כתב שאם אין הלואה משלם הו"ל רשע, ומכל שכן כשלא אמר בהדיא משמט אני, אלא שלא תבע דודאי דהלואה חייב לשלם.

אומנם האידנא שתובעים את הביטוח על פי סעיפיו ותנאיו, יוכל לגבות הנפגע גם בדיננו, ואין מניעה לאפשר לו לתבוע את חברת הביטוח בערכאות כשמסרבים לבוא לבית הדין (אבל לא יוכל לתבוע את הרופא. ואם הביטוח יתבע מחמת כן את הרופא, יש לדון. שכן יתבטל בכך תקנת חכמים מפני תיקון העולם, והכיצד נגרום לבטל תקנת חכמים זו), וה"ה כשידוע באומדנא ברורה שלא יבוא, כמבואר בכסף קודשים בסי' כו, ובתשובות והנהגות ח"ג ס' תמג, תמה. וראה בשו"ת משיב דבר ח"ב ס' סו שבאר ביסוד ההיתר להרשות לדון בערכאות שאכן קיים חילול ה', אלא שהינו מוטל על הנתבע: 'דבאמת אסור לילך בעש"ג (בערכאות של גויים) וגורם חה"ש (חילול השם) שאין לו טהרה ותקנה כידוע. אבל אחר שהנתבע מסרב לילך לד"ת רשאי התובע לילך בעש"ג, ולגרום חה"ש. ועונש חה"ש חלה על הנתבע, שהביא לידי כך'.

# מאורות תורת המשפט

## תשובות אקטואליות בדיני ממונות

אבישי נתן מייטליס

כ' בשבט תשע"ז נשלח ח"נ מדי שבועיים, להצטרפות: [meorothamishpat@gmail.com](mailto:meorothamishpat@gmail.com) גליון מספר 49

## תשלום מע"מ – אם כלול במחיר

### המקרה:

משפחה ביקשה להחליף את המטבח. עשו סקר שוק, והזמינו את שהתאים לצרכים ולתקציב שלהם, ושילמו מקדמה. המטבח הגיע והורכב לשביעות רצון המזמינים.

לבית הדין הגיעו הצדדים לאחר וויכוח על החשבונית שהוצגה להם, שהיתה גבוהה מהסכום עליו סיכמו בעל פה.

**טענת הנגר:** במחיר שעליו סיכמו לא היה כלול מע"מ, שעל הלקוח לשלמו. אם יאלץ לשלם את המע"מ מתוך המחיר שנקב בהצעת המחיר, יפסיד מכיסו על החומרים, עובדה שמעידה על כך שהמחיר שעליו סוכם לא כולל את המע"מ.

**טענת המזמין:** לו ידע שהסכום לא כולל את המע"מ, היה בוחר הצעה אחרת, שהיתה אומנם פחות טובה, אך התאימה למסגרת התקציב שהועיד. במחיר כזה לא היה יכול לקחת את המטבח שנעשה.

לגבי השאלה אם בהצעת מחיר כוללים את המע"מ הביא כל צד ראיות לעמדתו מבעלי מקצוע אחרים.

### תשובה

הלקוח לא חייב לשלם אלא את הסכום עליו סוכם בתחילה בלבד, ולא מעבר לכך, אלא אם כן יוכיח הנגר שכן הוא מנהג הנגריות לתת בהצעת מחיר ללקוח הפרטי מחיר שאינו כולל מע"מ.

טענת הנגר שיש אונאה לעבודתו, לא מתקבלת, אף שהוא קבלן עבודה שכן ישנו ספק אם יש בו דיני אונאה, וע"כ אזלין בתר המוחזק.

הנגר מחוייב לנהוג ביושר ולא להונות לקוחות, ואם מבין שמדובר בלקוח קצה שעליו מושת תשלום המע"מ, עליו לדווח לו את המחיר המלא שעליו לשלם כמופיע בחוק הגנת הצרכן (אומנם אם היה סבור שמגיש הצעת מחיר לחברה/ ספק – נהוג לומר מחיר שאינו כולל מע"מ, כיון שהם מזדכים על כך), ואם כן הוא לא נהג כשורה.

### נמוקי הדין

#### לא תונו איש את עמיתו

באם הנגר הבין שלפניו לקוח קצה והלוקח לא מבין שעליו לשלם מע"מ, הוא ראוי לנזיפה כיון שבהציגו מצג שוא עבר לדידו על לאו דלא תונו<sup>20</sup>, בידעו שהוא יהא מחוייב לשלם יותר ממה שסבר. חוק הגנת

<sup>20</sup> בספר אגרא דפרקא לרבי צבי אלימלך שפירא מדינוב, באות קנו הביא בשם רבי מנחם מנדלי מרימינוב דברים מבהילים בהשפעת איסורי הגזל וחוסר הגינות במסחר: 'על מה שהוא מן התימא שאנחנו רואין כמה פעמים, הילדים בקטנותם הולכים לבית רבם ומתמידים בלמוד תורתם, ומתפללים בכוונה ועונים איש"ר ואמן, ומיישרים אורחותם, ואח"כ כשמתגדלים מתהפכים ח"ו במדות גרועות ומבטלים התורה והתפלה וכיוצא, ומאין יתהווה זה. הרי התורה שלמדו בקטנותם, והוא הבל שאין בו חטא היה מהראוי שתעמוד למשען להם ויוסיפו אומץ בנפשותם, כי מצוה גוררת מצוה?' ואמר הוא ז"ל שהוא על שאבותיהם האכילו אותם ממון גזל שסיגלו ע"י מו"מ (משא ומתן) שאינו באמונה ונתפסו באיסורים, ושב להם לבשר מבשרם, וע"ז נולדים תאוות ומדות גרועות.

ובספר החינוך מצוה תכט במצות 'לא תביא תועבה אל ביתך' כתב: 'ומן הנכלל במצוה זו, שלא ידיק האדם אל ממונו שחננו האל בצדק, ממון אחר שהוא של גזל או חמס, או מרבית או מכל דבר מכוער, שכל זה בכלל משמשי עבודה זרה הוא, שיצר לב האדם רע חומד אותו ומביאו

הצרכן דורש לדווח על המחיר כולל המע"מ, וליידע את הלקוח על גובה הסופי של העיסקה שמבצע. ומשכך, רווחת התפיסה שהמחיר שעליו מדווחים הינו כולל מע"מ (הגם שהספק לא ירוויח אותו). מנהג פסול הוא של בעלי מלאכה לנסות לצוד לקוחות בהציגם מחיר נמוך כביכול, ובעת התשלום לדרוש מהם לשלם את המע"מ הנוסף. זאת פרט לספקים שעובדים עם חברות ורשויות, שנוהגים לדווח על מחיר שאינו כולל מע"מ, כיון שלא המזמין לא יספוג את ההוצאה הזו אלא הלקוח שלו הנקרא 'לקוח קצה', שהוא המשלם בפועל את היטל המע"מ.

## המוציא מחבירו עליו הראיה

ידוע הכלל שאמרה המשנה בסוף המניח בב"ק פ"ג מ"א: 'המוציא מחבירו עליו הראיה', ואמרו חכמים בב"ק בדף מו. על כך שזהו כלל גדול בדין, ואפילו אם ניזק טוען ברי והמזיק אינו יודע ומסופק, אינו יכול להוציא ממון בלא ראיה. טעם הדין זה מפורט בגמ' שם בעמ' ב, מפסוק ומסברא: 'א"ר שמואל בר נחמני מניין להמוציא מחבירו עליו הראיה. שנאמר 'מי בעל דברים יגש אליהם', יגיש ראיה אליהם. מתקיף לה רב אשי הא למה לי קרא, סברא הוא, דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא'. על כן מוטלת על בעל המלאכה להביא ראיה שהסיכום עליו הוסכם מראש לא היה כולל את תשלומי המע"מ. וכל עוד לא נכלל בהצעת המחיר פירוט ואיזכור בנושא זה, הרי ידו של הנגר על התחתונה, שכן קיימא לן בגמ' בב"ב בדף קסו. שבספקות שמתעוררים בשטרות, שיד בעל השטר על התחתונה, ואינו יכול להוציא ממון על סמך השטר מעבר לוודאי שבו. כפי שבאר בהגהות מיימוניות הלכות מלוה ולוה פרק כז אות ש: 'דלא אמר יד בעל השטר על התחתונה אלא כשבא להוציא בשטר, וכן פר"ש דיד בעל השטר על התחתונה מפני שבא להוציא'.

הדברים אמורים במציאות שהלקוח מוחזק בכסף המסופק, אבל אם כבר פרע לבעל המלאכה, הוי תפיסה ברשות ולא מפקינן מיניה וכן איתא ברי"ף ובנימוק"י בב"מ בדף נט: בדפי הרי"ף. בטעם הדבר כתב הב"י בס' מב משום דהא דאמרינן יד בעל השטר על התחתונה היינו משום דהמוציא מחבירו עליו הראיה: 'השתא דבעל השטר תפס הוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה'. וכן פסק השו"ע בס' מב סעי' ח: 'בכל הני דאמרינן לעיל שיד בעל השטר על התחתונה, אי תפס מטלטלים לא מפקינן מיניה'.

מטעם זה סברו הרב המגיד והב"י שהובאו בש"ך שם ס"ק טו שאף לו היתה תפיסתו של בעל השטר בעדים, מהני בטוען ברי. ובנידון שלנו הנגר טוען בטענת ברי שהסכום המוסכם אינו כולל את המע"מ, ועל כן לו היה כבר מוחזק בסכום, לא היו יכולים להוציא מידו. אולם אין לראות במקדמה ששולמה מכבר כאילו כבר שולם המע"מ, שכן בפועל משולם המע"מ ע"י בעל המלאכה ולא ע"י הלקוח (מבלי להכנס לדיון על מי מוטל תשלום המע"מ). אין הנגר יכול להגדיר כי המקדמה היתה עבור רכיב בתשלום, מה גם שאת המע"מ הוא משלם בסוף ביצוע העיסקה, ובזמנים מוגדרים לתשלום, ולא נכון לראות את תשלום המקדמה כתשלום המע"מ. ועל כן אף בנידון שלנו, יש לפסוק שיד הנגר שבא להמוציא על התחתונה, ואינו יכול לגבות מהלקוח מעבר למחיר שסוכם בעל פי.

## פרשנויות נקבעות לפי מנהג המקום

איתא בגמ' כתובות בדף קי: 'תנו רבנן, המוציא שטר-חוב על חבירו, כתוב בו בבל - מגבהו ממעות בבל, כתוב בו ארץ ישראל - מגבהו ממעות ארץ ישראל. כתוב בו סתם - הוציאו בבבל מגבהו ממעות בבל, הוציאו בארץ ישראל מגבהו ממעות ארץ ישראל. כתוב בו כסף סתם - מה שירצה לזה מגבהו'. וכן פסקו הרמב"ם בהלכות מלוה ולוה פרק יז הלכה ט והשו"ע בס' מב סעי' יד.

מבואר שכאשר ישנו ספק בגדרי חיוב הצדדים ולא יודעים באיזה מעות התחייב, אזלינן בתר מקום השיעבוד, ומניחים שבודאי התחייב מעות כפי מנהג מקום השיעבוד. נמצא שאם נזכר בשטר שאדם התחייב על סכום מסוים, ואין ידוע אם החיוב הוא בשקלים או בדולרים, אם החיוב היה בארץ ישראל התחייב בשקלים, ואם החיוב היה במדינה בה נוהג התשלום בדולרים, החיוב יהיה בדולרים. מדברי הגמ' משמע שרק כשכתוב בשטר היכן היה מקום ההתחייבות, אזלינן בתר מנהגי המקום שמוזכר בשטר. אך אם המקום לא מוזכר בשטר, אזלינן בתר מקום הגובינא.

---

אל הבית, והיצר הרע נקרא בשם עבודה זרה, וכמו שאמרו זכרונם לברכה שבו נאמר פן יהיה דבר עם לבבך בליעל, וכתוב בענין עבודה זרה, יצאו אנשים בני בליעל מקרבך וידיחו וגו'. ובממונות כאלו שזכרנו ובמשמשי עבודה זרה על כולן נאמר והיית חרם כמזהו. כלומר שכל הנדבק עמו הוא חרם, שאין ברכת האל מצויה בו ואבד וכלה, וכענין שיאמרו זכרונם לברכה שפרוטה של רבית מכלה כמה אוצרות של ממון, שבא זה ומאבד את זה.

יסודו של דין זה מצוי במחלוקת ראשונים כפי שהביא הב"י. הר"ן בסוף מסכת כתובות כתב: 'משמע לי דהיינו טעמא דכיון שלא פירש מקום, מסתמא נשתעבד הלואה לפרוע במטבע של מקום גוביינא אם לפחות אם להוסיף'.

אבל הרמב"ם בהלכות מלוה ולוה פרק יז ה"ט כתב: 'בא לגבות ממעות המקום שיצא בו השטר, וטען הלואה שהמעות שאני חייב לו מכסף שהוא פחות מזה המטבע, ישבע המלוה ויטול'. ובאר הכסף משנה שם: 'משמע דהיינו טעמא, משום דבמקום גוביינא היה דר מעיקרא. ולפיכך כל שאינו יכול להתברר, אם טען הלואה שאותו כסף היה פחות ישבע המלוה. ולפי זה אם הביא ראיה המלוה או הלואה שהיה דרים בשעת הלואה במקום אחר, נוטל כמקום הלואה'.

הרי שלרמב"ם החיוב הוא תמיד לפי מקום ההלואה, וכאשר אין ידוע מהו מקום ההלואה אמרינן שמקום הגוביינא הוא מן הסתם מקום ההלואה. אולם לדעת הר"ן, דעת הלואה והמלוה היתה להתחייב לפי מקום הגוביינא. ולדבריו, לא תועיל הוכחה ביחס למקום ההלואה, וכן לא יצטרך המלוה להשבע כנגד טענת הלואה שהחיוב היה במטבע קטנה ממטבע שבמקום הגוביינא.

והקשה הרב צבי יהודה בן יעקב בספרו משפטי ליעקב חלק ב סי' יז על שיטת הר"ן, מה הדין כאשר היה חיוב בעל-פה ולא הוזכר שם המקום, האם גם בכהאי גוונא אזלינן בתר מקום הגוביינא. וכתב: 'לענ"ד נראה מדברי הר"ן דדוקא בשטרות שרגילים לכתוב את מקום ההתחייבות, אי-כתיבת מקום ההתחייבות מלמדת על כוונת הצדדים לפרוע לפי מעות מקום הפרעון. אולם במקום שאין רגילות לכתוב (או לומר) את מקום ההתחייבות, ודאי כוונתם לפרוע לפי מקום ההתחייבות'. כלומר, רק אם כתבו את חיובם בשטר, אומדים דעתם שהתכוונו לפי ערך מקום הגבייה, אולם אם נעשה החיוב בעל פה, יש אומדן שביקשו שיהא ערך החיוב לפי מקום ההלוואה. ומילתא בטעמא, שכאשר יודעים שיוציאו את החוב על בסיס השטר, ובידם לגבות את החוב בבית הדין בשל השטר שביד המלוה, יודעים שנהלי וערך הגבייה יהיו כתנאי ומנהגי מקום הגבייה, כפי שכתב הדרישה בסי' מב ס"ק לז: 'דכיון שלא פירש מקום מסתמא נשתעבד הלואה לפרוע במטבע של מקום גוביינא אם לפחות אם להוסיף'. אולם חוב הנעשה בעל פה, אין שטר במקום הגבייה שיחייב אותם, וקובעים את ערך החוב ותנאיו כמקום השתעבדות החוב.

יש להסיק מכך, שכל עוד לא יוכיח הנגר שמנהג בעלי מלאכה זו הידוע והמוכר במקומם הוא לנקוב מחיר ללא מע"מ, והוא נהג כפי שנוהגים בעלי מלאכה זו ונקב בחוזה או בע"פ מחיר ללא מע"מ, לא יוכל להוציא מידי הלקוח את סכום המע"מ, ויאלץ לשלם את המע"מ מהמחיר שנקב בתחילה ושיקבל מהמזמין. לו היה הנגר מוחזק, היה הלקוח מחוייב להוכיח שמנהג המקום שמנהג נגרי המקום הוא לנקוב מחיר שכולל מע"מ, ורק על פי הוכחה זו יהא זכאי לקבל החזר על ששילם מעבר למחיר שסוכם בתחילה.

מבירור (מוגבל) שערכנו, עלה כי למעט תחומים מסויימים, נהוג לומר מחיר הכולל את תשלום המע"מ, פרט למנהג הפסול<sup>21</sup> של אלו המבקשים לשלם במזומן וללא קבלה, שבעצם מבקשים לומר בכך שהמחיר אינו כולל מע"מ. אומנם מצאנו לא פעם שמציגים בהצעת המחיר מחיר שלא כולל את תשלום המע"מ, אך תמיד מציינים במפורש כי המחיר שהציעו אינו כולל את מע"מ. לפי בדיקה זו, אף לו היה הנגר מוחזק בכסף לא יכל לדרוש תשלום מעבר למחיר שעליו סוכם בתחילה.

## דין אונאה

הנגר העלה בדיון, כי, בהנחה שהוא יצטרך לשלם את המע"מ המחיר שסוכם אינו ריאלי עבור המטבח אותו הזמין הלקוח, והציג קבלות וראיות על עלות החומרים, מספר שעות העבודה שהושקעו במטבח שהוזמן והתמחור שלהן.

שנינו במשנה בב"מ פ"ד מ"ג: 'האונאה ארבעה כסף מעשרים וארבעה כסף לסלע שתות למקח'. וכל שנעשתה אונאה יותר משתות, המקח חוזר, כפי שפסק השו"ע בסי' רכז סעי' ד. ואף על פי שלא נעשה הדבר במכוון, בטל המקח וחוזרת האונאה, כמבואר ברמב"ם הלכות מכירה פ"ב ה"א: 'ובין שהונה במזיד בין

<sup>21</sup> חיוב תשלום המס כבר נכתב בשו"ת ציץ אליעזר חלק טז סי' מט ובשו"ת יחוה דעת ח"ה סי' סד וכן פסק מספר פעמים הגרי"ש אלישיב זצ"ל.

בסיס החיוב הינו מכח השו"ע בסי' קסג סעי' א: 'כופין בני העיר זה את זה, לעשות חומה, דלתים ובריח לעיר... הגה: וה"ה לכל צרכי העיר... כל הדברים בעיר חייבים ליתן לזה'. פרט לחיוב מכח דינא דמלכותא, כפי שפסק השולחן ערוך בסי' שסט. אומנם חיוב זה הינו בין מספק השרות (במקרה שלנו – התובע) ובין המדינה, ואין הדבר נוגע כלל למקבל השרות (במקרה שלנו – הנתבע).

שלא ידע שיש במכר זה הוניה, חייב לשלם'. וכל זמן שממון האונאה תחת ידו, אין זה בכלל עשה  
השבת אונאה, אלא בלאו דאל תונו.

בנידון דידן לא יכול המקח לחזור, כיון שהמטבח כבר נעשה, ולא יוכל להחזיר לעצמו את שעשה, ובכגון  
זה כתב הסמ"ע שם סק"ד: 'המתאנה יכול להחזיר החפץ. אבל אינו יכול לתבוע אונאתו, דהמאנה יכול  
לומר לו, או חזור במקחך או יהיה בידך כמו שקניתהו'. הרי שאין דמי האונאה חוזרים לבדם, אלא רק  
על ידי ביטול המקח האונאה חוזרת. אלא שכתב הרמ"א שם סעי' לג על פי התרומת הדשן, שכל שכבר  
נעשתה המלאכה, חייב להחזיר דמי האונאה, הגם שהמלאכה לא חוזרת, וכ"כ הסמ"ע שם סק"ד.

לכאורה יכל הנגר לבוא בטענה של ביטול מקח מדין אונאה יותר משתות, שהרי מאז שנת תשע"ה  
(2015) המע"מ במקומנו הוא 17%, שהוא קצת יותר משתות (16.67%). ועל פי פסקנו דלעיל, שאין להוסיף  
מע"מ על המחיר שסוכם, נמצא שאם אכן מחיר השוק של מטבח שנעשה הינו כפי שמדווח הנגר, וכעת  
יוכח שנפחת שכרו יותר משתות, נמצא שיש כאן הפרש של יותר משתות בין המחיר בשוק למחיר  
שסוכם והוא אונאה. במידה ויוכיח הנגר כדבריו, יהא הלקוח מחוייב להחזיר את האונאה, ולשלם כדמי  
עלות מטבח שקנה כפי מחירה בשוק.

אומנם, אם ימצא בשוק נגריה שתעשה מטבח זהה במחיר קרוב למחיר עליו סיכמו בתחילה, לא תהיה  
כאן אונאת שתות, כיון שאת גובה האונאה בודקים לפי המצוי בשוק, ובדרך כלל ישנו טווח מחירים רחב.  
ואז טענת הנגד לאונאת שתות, נשמטת.

הרב צבי יהודה בן יעקב בספרו משפטי ליעקב חלק ב' ס"ז דן לגבי קבלן שיפוך שהתווכחו לגבי שכרו,  
אם יש בו אונאה, וסבר שיש ללכת אחרי המוחזק משני טעמים:

א. נחלקו הראשונים אם בקבלן<sup>22</sup> יש דין אונאה, הרמב"ם בהלכות מכירה פ"ג הי"ח פסק שיש  
בקבלן אונאה, וכן פסק השו"ע בסי' רכז סעיף לו שהקבלן יש לו אונאה, וכל אחד משניהם חוזר  
לעולם. אמנם הרמב"ם והרשב"א בב"מ בדף נ: כפי שציין רעק"א בגיליון ס"ל דאין אונאה בקבלן. וא"כ  
יוכל לטעון קים לי כדעתם, ויהא הלקוח פטור מדיני אונאה.

ב. היות ושכר פועל לעשות בקרקע, הו' דומיא דספק הגמ' בב"מ בדף נ: במי ששכרו לזרוע לו  
זרעים בקרקע, אם הו' לענין אונאה כקרקע או כמטלטלין, כפי שהביא הפת"ש בסי' רכז סעי' כו.  
ובכגון זה אזלינן בתר המוחזק.

בנידון שלנו, וודאי שייך הטעם הראשון, ועל הנימוק השני יש לדון אם תלוש שלבסוף חבירו נחשב  
כקרקע לענין זה. שכן העבודה נעשתה בתלוש, אולם אם לא יחברו לבסוף לא יהא זכאי לדמי מלאכתו.  
על כן, אף אם הנגר יוכיח שישנו פער של יותר משתות בין המחיר שסוכם לבין המחיר שרצה לקבל מן  
הלקוח (שהוא המחיר הקודם בתוספת שיעור המע"מ) שהוא המחיר המקובל בשוק, אין לחייב את הלקוח לשלם לו  
את האונאה.

<sup>22</sup> אומנם קיי"ל שאין אונאה בשכירות פועלים כמבואר בשו"ע שם סעי' לג וז"ל: 'השוכר את חבירו לעשות עמו, בין בקרקע בין במטלטלין, אין  
לו אונאה מפני שהוא כקונה אותו לזמן ועבדים אין בהם אונאה'. נחלקו רבותינו ביסוד דין זה האם משום שעבד הוקש לקרקע שאין בה אונאה,  
ואף עבד עברי בכלל וה"ה פועלים. או דילמא משום שבפרשה כתיב ממכר, ושכירות לאו ממכר היא. ונפק"מ בפועל קבלן דלא דמי לעבד מפני  
שאין זמנו משועבד, ומאידך אין לעבודתו שם ממכר.



# מאורות תורת המשפט

## תשובות אקטואליות בדיני ממונות

אבישי נתן מייטליס

ד' באדר תשע"ז נשלח ח"נ מדי שבועיים, להצטרפות: [meorothamishpat@gmail.com](mailto:meorothamishpat@gmail.com) גליון מספר 50

## אם יכול לגבות חוב שכבר מחל בליבו

### המקרה:

לאחר תקופה ארוכה שבה תבע שכיר מן המעסיק שלו לשלם לו את שכרו, הבין השכיר את גודל המצוקה הכלכלית של המעסיק וחדל מלפנות אליו.

כעבור שנה, גילה השכיר שהמעסיק שלו התאושש, וחידש את הפנייה אליו ותבע את שכרו.

**טענת המעסיק:** אכן הוא מודה לתביעה הממונית, אולם שמע שהשכיר אמר למכר משותף שהוא חס ומרחם על המעסיק בשל מצבו ואינו רואה אפשרות שהוא ישיב לו את חובו, והסיק מכך שהוא כבר מחל לו על חובו, כך שכעת אין לו שום חוב כלפיו.

**טענת השכיר:** אומנם מרוב תסכול הוא מחל למעסיק על החוב כשהבין את גודל מצוקתו, אבל עתה משהתאושש, חוזר הוא לתבוע את שחייב לו.

### תשובה

המעסיק חייב לשלם לשכיר את שחייב לו, משלושה טעמים;

מחילה בליבו אינה מחילה לרוב הפוסקים. ואף במה שאמר בשפתיו למכר שלו, אין לראות יאוש ומחילה על עצם החוב אלא יאוש מתביעת החוב. אכן, לו היה אומר למעסיק ישירות שמוחל לו, היה פטור המעסיק מלשלם בהיותו מוחזק, אף אם היתה אמירה זו בדרך כעס.

המחילה התבססה על כך שסבר שאין לו עוד אפשרות לגבות את המגיע לו בדין, ולא שיער שבעבור זמן יוכל לקבל את כספו, ולכך הוי מחילה בטעות.

פסקין שאין יאוש מחוב. אמנם ישנה מחלוקת בדבר, אבל בנידון דידן לא יוכל להחזיק מכח 'קים לי'.

אולם, אם הנושה אומר בגמירות דעת גמורה כמחילה 'איני רוצה לראות את הכסף', 'כפרת עוונות' או לשון דומה – לא יוכל לגבות את הכסף אף לו יציע לו בעל חובו, וצריך להודיע לו שחובו מחול, ורק אם החייב ירצה לתת לו, יוכל לקחת את הכסף. כמו כן, אם התברר שחייב לו סכום גדול בהרבה ממה שסבר, יוכל לחזור ולגבותו.

### נמוקי הדין

#### מחילה אם צריכה קניין

קיימא לן שלכל הקניינים וההעברות של בעלות ממונית נדרש מעשה קניין. אולם בדין מחילה על חוב שיש לו ביד חברו, מצאנו מחלוקת אם מועילה המחילה ללא כל מעשה קניין.

התוס' בב"מ בדף קיב. בד"ה 'חוזר עליו' ובסנהדרין בדף ו. בד"ה 'צריכה קניין' הביאו ארבע ראיות לכך, שמחילה לא צריכה קניין.

א. הגמ' בב"מ שם אמרה לגבי שכיר שבעל הבית המחיה אצל חנווני ואצל שולחני, שבעל הבית אינו עובר עליו על בל תלין, ונחלקו בגמ' אם יכול לחזור ולתבוע את בעל הבית בכל מקרה של

בעיה. הסיקו תוס' שוודאי מדובר שלא היה קניין על כך שהחוב עובר לחנווני, שכן לו היה קניין לפטור את בעל הבית וודאי לא יוכל לחזור אליו. על כורחך שהמחלוקת נסבה במציאות שלא היה קניין מצד הפועל שפוטר את בעל הבית מאחריותו, ובכגון זה סבר רב ששת שלא חוזר על בעל הבית.

ב. הגמ' בקידושין בדף טז. אמרה לגבי שחרור עבד עברי: 'שטר למה לי, לימא ליה באפי תרי זיל, א"נ באפי בי דינא זיל'. הרי שמהני למחול אף בלא קניין. אמנם ניתן היה לדייק מדין זה כי צריכה המחילה להאמר בפני עדים, אלא שהר"ן שם כתב שלא דרשו עדים אלא כדי שלא יכחישו את מחילתו. הרי שלעצם חלות המחילה לא דרושים אף עדים. וכן פסק להדיא הרמ"א בס' רמא סעי' ב.

אך התוס' בקידושין שם כתבו שניתן לדחות הוכחה זו, 'דכיון שהוא מוחזק בגופו, אין לך קניין גדול מזה'.

ג. הגמ' בכתובות בדף קד. אמרה שאלמנה שלא תבעה כתובה עשרים וחמש שנה, אמרין שמחלה כתובתה, אף שלא היה קניין על כך ולא דיברה כלום. הרי שמחילה בלב הוי מחילה, אף דנקיט שטרא.

אך בשו"ת יבי"א ח"ג חו"מ ס' ג' אות יב הביא לדחות ראיה זו עפ"י הנימוק"י בב"ב בדף קלב גבי המחלק נכסיו לבניו ואשתו שותקת, דאבדה כתובתה: 'ודרכים אלו קולי כתובה נינהו, דאפי' לא מחלה בהדיא אמרין דכמי שמחלה בהדיא דמי. משא"כ בבעל חוב עד דמחיל בהדיא לא הוי מחילה, משום דעבד ליה נייחא למיתן ליה מעותיו'. וא"כ ה"נ באלמנה שלא תבעה כתובתה כ"ה שנים, מקולי כתובה שנו כאן, דהוי מחילה ע"י שתיקתה, ואין בכך ללמד על כל שתיקה שתהיה כמחילה.

ד. הגמ' בב"ק בדף לה: דנה בדין טענו בחיטין והודה בשעורים, ואמרו כי בשל כך שלא תבעו שעורים הרי מחל לו עליהם, אף שלא היה כל קניין על כך.

מאידך גיסא, הקשו התוס' שם מדברי הגמ' בסנהדרין בדף ו. שפשרה צריכה קניין משני הצדדים, הרי שאף הצד שאם יפסיד יידרש למחול על זכותו בשל הפשרה צריך לעשות קניין. הרי לן, שמחילה צריכה קניין. ותירצו התוס': 'מחילה שעל ידי פשרה, אף על פי שיודע מה מוחל דומה למחילה בטעות, לפי שמוחל על פי עצתם של דיינין שהשיאו אותו למחול, לפיכך צריך לאלם הדבר ע"י קניין'. וכ"כ הנימוקי יוסף בב"מ בדף נח: שצריך קניין רק בגלל שישוד המחילה לא נעשתה מכח רצונו החופשי אלא על סמך סברת הדיינים, ובסתם מחילה אין צריך קניין.

כן פסקו הרמב"ם בהלכות מכירה פרק ה הלכה יא והשו"ע בס' יב סעי' ח: 'מחילה, אינה צריכה קניין'. וכן פסקו מרן השו"ע והרמ"א בס' רמא סעי' ב: 'מחל לחבירו חוב שיש לו עליו, או נתן לו הפקדון שהיה מופקד אצלו, הרי זה מתנה הנקנית בדברים בלבד. הגה: ויש אומרים אפילו היה לו שטר או משכון עליו, אפילו הכי הוי מחילתו מחילה בדברים בעלמא'.

נותר לנו לבאר מדוע מועילה המחילה ללא כל פעולת קניין.

## יסוד חלות המחילה – סילוק או הקנאה

המחנה אפרים הלכות זכיה מההפקר סימן יא חקר אם מחילה הינה סילוק או הקנאה, כלומר האם די שהמוחל יסתלק מהממון שהוא זכאי לו ומהזיקה המשפטית שבידו, או שהוא צריך להקנות את הזכות הממונית לזה שחייב לו. והוכיח כי זו מחלוקת ראשונים. ושתי נפק"מ נאמרו לחקירה זו;

א. האם יכול למחול בעל כורחו של הלווה. על מנת להקנות לו את הזכות הממונית, צריך לרצונו ולדעתו, שכן בתהליך ההקנאה שני הצדדים שותפים לפעולה. בחידושי הרי"מ בס' זו ובקבא דקושייתא הקשו מדוע נצרך הלל לתקן פרוזבול שלא תשמש שביעית, הלא יכול המלוה למחול בהתקרב השמיטה על מועד הפרעון, ונמצא שבידו מלוה לעשר שנים, ששמיטה אינה משמטת, ודחיית מועד זמן פרעון הינה מדיני מחילה המועילה אף בלא קניין, כפי שכתבו הש"ך בס' עג ס"ק ה והקצוה"ח ס"ק א, ואמנם הסמ"ע שם סק"ז נסתפק והשאיר בצ"ע. בכגון דא ברור שהלוה אינו מעוניין שימחל לו על מועד הפרעון, בכדי שהשביעית שתמט לו את חובו.

ב. במציאות שיש חוב המתחדש כל הזמן, לדוגמה - אדם שחייב במזונות אשתו והיא מחלה לו, האם יועיל הדבר מכאן ולהבא. אם מחילה היא הסתלקות הרי אדם יכול להסתלק רק ממה

שכבר חייבים לו, אך לא מחוב שיתחדש בעתיד. אך אם נאמר שמחילה היא הקנאה, פירושו של דבר שהיא מחזירה את השעבוד אל הבעל, והבעל קונה אותו – כך שיותר לא יהיה חייב לשלם לה.

וכתב המחנה אפרים שלפי שני הביאורים מועילה המחילה בלא דעת הלוח: 'דכל כה"ג דהויא הקנאה דממילא, אפילו בע"כ של לוח מהני'. ומעתה שפיר יובן מדוע מועילה המחילה בלא קניין, כיון שאין כאן הקנאה של ממון שעובר מיד ליד אלא של חוב וזכות ממונית גרידא, ולכך מועילה המחילה אף בלא קניין.

## לא תבעו חבירו

השלטי גיבורים בסוף בב"ק, בדף מה: בדפי הר"ף כתב שאין צריך להשיב חוב כל עוד לא תבעו, ובארו הש"ך בחו"מ בס' רלב סק"ב: 'המלוה לחבירו ואינו תובע הלואתו, אין הלוח חייב לשלם לו מאיליו, הואיל ואינו תובע, במתנה ביקש ליתן לו ע"כ. וצ"ע בזה'. כלומר, אנו תולים שהחליט הבעלים לתת מתנה ללווה, ולפיכך לא תבעו (בשער המשפט בס' צח סק"א תלה זאת בשאלה אם מהני מחילה בלב). והאמרי בינה הלכות גביית חוב ס' ב כתב שמדין הספק לא יוכל להגבותו בלא תביעה אך יגבה מהיורשים. מנגד, הערך שי' בס' שלט הבין שבכך שלא תבעו, מבקש להאריך לו את זמן הפרעון, ולהכי אינו חייב לשלם לו כעת.

אומנם קצוה"ח בס' קד סק"ב סבר שכלל לא חייב לו בהעדר תביעה: 'אם אין המלוה תובעו אינו מצווה לפרוע חובו... דאפילו נשבע לפרוע אינו עובר אלא כשתובעו'. לדבריו מצוות פריעת בעל חוב מתקיימת רק לאחר תביעת הלווה. וכבר הקשה עליו הנתיב"מ ביאורים שם סק"א: 'והא ודאי ליתא, דודאי אף שהמלוה שוכח ואינו תובע, חייב לפרוע, ולא דמי לנשבע דאינו חייב בלא תבע, דאמדין לדעתיה שכך היתה כונתו בשעה שנשבע, משא"כ מצות פריעת בעל חוב דרחמנא חייביה לפרוע'. כלומר שחוב שבועה לא רובץ עליו בלא שתבעו, שכן כך דעת אינשי, אבל וודאי שמחויב להשיב לו ממנו. וכן סבר המהר"ם חבי"ב בסוכה בדף לד, וכן הוכיחו האחרונים מדברי היראים הישן ס' רעח<sup>23</sup>.

יש לציין שאף לקצוה"ח נדרשת תביעה רק בחוב ללא כל שיעבוד (- כשאין ללווה נכסים), ומכח המצווה חייב בהשבתו. ברם חוב שיש בו שיעבוד ממון, יהא חייב גם בהעדר תביעה, שכן חייב להשיב למלוה את ממנו שהוא גזל תחת ידו. זאת לעומת דעת השלטי גיבורים והש"ך שנותר בצ"ע, שדרושה תביעה גם על חוב שיש בו שיעבוד ממון בכדי להתחייב בהשבתו.

בנידון דידן היתה תביעה מלכתחילה, ונוצר חיוב על המעסיק, אלא שבמשך תקופה ארוכה לא פנה הנושה אל המעסיק בשל הנסיבות האנושיות. הדבר אינו גורע מזכויותיו, כמבואר בשו"ע בריש סי' צח: 'אפילו שהיה כמה שנים ולא תבעו אין אומרים מחל לו כיון ששהה כל כך שנים ולא תבעו'. וכן עולה מפסקו של השו"ע בס' סא סעי' ט לגבי שטר שהאב לא גבה אותו, וכעת הבן מבקש לגבותו: 'הרוצה לפסול שטר מפני שלא הוציאו בחיי אביו... אין השטר נפסל בכך'. הרי שניתן לגבות את שחייבים לו אף לאחר תקופה ארוכה.

## מחילה בלב

ישנם מצבים שהמוחל לא הצהיר בפה מלא על כוונותיו אלא רק חשב בליבו שימחל לחייב לו, ושתי שיטות נאמרו בגדר מחילה בלב;

א. הקצוה"ח בס' יב סק"א הביא מספר מסגרת השולחן שכתב בשם מוהרש"ל בביאורו לסמ"ג עשין מח שאם אומר שבלבו היה למוחלו, ועכשיו רוצה להתנקם ממנו מאיזו סיבה ותובעו, לא מהני תביעתו 'דמחילה בלב, הוי מחילה אף דנקיט שטרא בידיה' (אמנם המהרש"ל לכאורה סותר את עצמו ביו"ש"ש בב"ק פ"ג ס' י' לג שכתב שמחילה בלב אינה מועילה. וכן העיר החיד"א בשו"ת יוסף אומץ ס' מז, הביא בשו"ת יב"א ח"ג חו"מ ס' ג אות יב).

<sup>23</sup> שכן אלו דבריו שם: 'שמיטה דקרא אינו מחילה, אלא ציוה הקדוש ברוך הוא שישמיט... הלכך הלואה לעולם מוטלת על הלוח שלא יעכב על ז' חובו לעולם בתיבתו לאוצרו, ואם עשה כן הו"ל לוח רשע'. מבואר דשמיטה אינה מחילה כלל, והחוב קיים גם אחר אמירת משמט אני. הרי שחייב לשלם אף בלא תביעה, דהא אפילו כשהמלוה אמר בהדיא משמט אני כתב שאם אין הלוח משלם הו"ל רשע, ומכל שכן כשלא אמר בהדיא משמט אני אלא שלא תבע דודאי דהלוח חייב לשלם.

ראיה לדבר הביא הסמ"ג מדין הגמ' בכתובות בדף קד. שאלמנה שלא תבעה כתובה עשרים וחמש שנה, אמרין שמחלה כתובתה, אף שלא היה קניין על כך ולא אמרה כלום. הרי שמחילה בלב הוי מחילה, אף דנקיט שטרא.

כן כתב בשו"ת שאילת יעבץ ח"ב סי' לו בנידון מי שלא תבע שכר סרסרות בשעתו, ולאחר שלוש שנים עקב שנאה ורוח אחרת תבעו, שיש לדחות תביעתו לפי שיש כאן מחילה, הגם שלא נעשה כל קניין על כך. כן סבר הב"ח בס' קמו שמהני מחילה בלב על הבונה בגבול חברו ומונע ממנו אורה.

**ב.** הקצוה"ח שם השיג על כך שכן 'לא מצינו בשום מקום דמחשבה מועיל, ואפילו הפקר והקדש ונדר בכולהו בעינן דיבור ממש'. וכתב שאמנם סילוק מזכות ממונית מועילה בלא קניין, אך סייג זאת: 'דלא מהני סילוק כי אם בדבר שעדיין לא בא לידי כלום, כמו כותב לה ועודה ארוסה, אבל בע"ח לא מהני סילוק'. והביא שהמהרי"ט ח"ב סי' מה הראה שישינה סתירת סוגיות אם מועילה מחילה בלב, והסיק: 'היכא דידוע לכל העולם מה שבלבו, כגון שלש שנים דחזקה מחיל, לא הוי דברים שבלב. אבל היכא דאינו ידוע לכל מחשבתו, הו"ל דברים שבלב ולא מהני'.

וליישב את הראיה מאלמנה שמחלה, כתב בשו"ת יבי"א ח"ג חו"מ סי' ג אות יב עפ"י הנימוק"י בב"ב בדף קלב שהובא לעיל, שאין ללמוד מדינה של האלמנה שכן מקולי כתובה שנו כאן ולכן ראו בשתיקתה כמחילה.

הנתיבות המשפט ביאורים שם סק"ה הסכים עם הקצוה"ח והמהרי"ט דלא אזלינן בתר המחשבה אלא 'רק במקום דאיכא אומדנא דמוכח לכל העולם'. וכן סברו שער המשפט בס' צח סק"א הובא בפת"ש שם סק"א, ערוך השולחן בס' רמא, עונג יו"ט בס' קנט, דברי שלום חו"מ סי' ד. ויסוד לדבריהם ניתן למצוא בריטב"א בב"ב בדף ט. שאמירה שלא בפני עדים ולא בפני הצד השני, דינו כדברים שבלב. וכן נראה שהחזיק המשנ"ב בס' רמו ס"ק טו.

אפשר שמחלוקת האחרונים בדין מחילה בלב נעוצה בחקירת המחנה אפרים - מהרש"ל סבר שהמחילה פועלת מכח דין סילוק, ודי שהסתלק בליבו, ואינו יכול לזכות בזכות זאת בשנית. ואילו הקצוה"ח סבר שיש להקנות ללווה את זכות זאת, ולכך בעי שיאמר ויפרש בפיו.

## **אמר למכר משותף מדוע לא תובע את המעסיק**

יש לברר את משקל דבריו של השכיר לחברו על כך שאינו תובע את המעסיק.

אם דבריו נאמרו כדרך מחילה וודאית וגמורה, יש לדון אם ניתן למחול שלא בנוכחות החייב. הבית מאיר סי' לח סע' לה הסתפק אם המחילה מועילה רק במציאות שהיא נעשית בפני החייב, או כל שמחל לחברו זכה בכך שכנגדו אף שלא שמע מהמחילה, ושוב אינו יכול לתובעו. והסיק שמלשון השו"ע נראה שמחילה מועילה אף שלא נעשתה בנוכחות הלוח החייב, ואזי לא יוכל לגבות שוב מבעל חובו.

אולם אם סיפר לו כדרך של סיפור דברים את המניע שלו לחדול מלתבוע את בעל חובו, אין לראות בכך מחילה גמורה, אלא חשיבה ראלית של השקעת משאבים וזמן מול יכולת גביה בנוסף לרגשות אנושיים והתחשבות במצב בעל חובו. על כן יש לראות בכך כיאוש מתביעת החוב, ולא יאוש ומחילה על עצם החוב.

## **אמר בכעס שמוחל**

בית הדין נדרש לניסוח דבריו של התובע עם המכר המשותף, אם אמר לו את הנימוקים לכך שלא תובע את מעסיקו בכעס. שכן רבנו ירוחם, הובא ברמ"א בסוס' שלג הביא שתי דעות אם מחילה שנאמרה בכעס מועילה: 'אם אמר לו בפני שנים לך מעמדי, פטור בלא מחילה. ויש אומרים אם אמר לו דרך כעס שאינו פטור'.

בתורת חיים בב"ב קס. הובא בפת"ש שם סק"ז הבין שכל שאמר לפועל דרך כעס אינו כלום ואינה מחילה, ולא דוקא כשאמר 'לך מעמדי'. ודחה דבריו מסוגית הגמ' ב"ב שם דכהנים קפדי ומגרשי, ומשמע דקניין או מתנה או מחילה שאדם עושה ע"י כעס מהני. והפת"ש שם הביא משו"ת החת"ס חו"מ סי' קל שהתורת חיים לא כ"כ אלא כשאמר כן בפני בי"ד, אבל אם אמר חוץ לבי"ד, לא הוי מחילה. ועוד ציין לשו"ת מהר"ם בריסק סי' לח שדחה קושית התורת חיים.

אמנם בשו"ת רעק"א החדש (הוצ' המאור) ח"ד חו"מ סי' א כתב דאם אמר שמחילתו היתה מתוך כעס ולא מחל לו בלב שלם, אין ממש בטענתו, כיון דכבר מחל לו ומחילה אי"צ קניין. ומה שטוען דהיה מתוך כעס אין

בזה ממש, דלא מצינו דקנין או מחילה בכעס יהא נקרא מחילה או קנין בטעות, ולכל הדברים הוי כפקח לכל דבריו, ואף שהרמ"א פסק דאם א"ל דרך כעס אינו פטור, קאי דוקא באם א"ל לפועל 'לך מעמדי' פטור בלא מחילה, וע"ז אמר דאם א"ל דרך כעס, ר"ל האי לישנא דלך מעמדי, אינו פטור, דאז לא הוי לישנא דמחילה אלא כדוחפו לחוץ לך מעמדי ולא אראה פניך, אבל במוחל לו ממש אף בדרך כעס מהני, וקצת נוטה לזה לישנא דהלבוש. ומדלא הזכיר הך דינא רק בסוף סי' שלג נראה ברור דמיירי דוקא בלישנא דלך מעמדי, משא"כ במחילה ממש'.

ובשו"ת הר"י מיגאש סי' נח, הובא באמרי בינה דיינים סי' כ אות ה כתב דאם קרע התובע את השטר והשליך אותו ואמר שפוטר את הנתבע, ואח"כ תבע את כספו וטען שבדרך כעס קרע את השטר, פסק הר"י מיגאש: 'אם כשקרע שמעון השטר אמר לו הנה מחלתי לך זה הסך, אינו יכול לחזור מזה. ואם לא אמר לו, אינו נפטר מן החוב בקריעת השטר'.

נמצינו למדים מהרעק"א שגם הרמ"א מודה לזה דמחילה מתוך כעס הינה מחילה גמורה, וכמו שכתב הר"י מיגש, ולדעת התורת חיים כן הלכה, אף שלדבריו הרמ"א לא ס"ל כן. אמנם המהר"ם בריסק דחה את דברי התו"ח וס"ל דהרמ"א מיירי גם בשאר מחילה דאם היתה דרך כעס אינה מחילה. א"כ בנידון דידן אף לו היה אומר זאת לחברו בכעס, ואח"כ חזר בו, יוכל הנתבע לומר קים לי כהר"י מיגאש והרעק"א והתורת חיים דהוי מחילה.

## טענת אסמכתא

עוד יש לדון אם יש כאן טענת אסמכתא.

אדם שמבטיח ומתחייב ליתן מתנה גדולה בלא בקניין, רואים בזאת כאסמכתא ולא מחויב בכך, כמבואר בשו"ע בס' ר. אולם אם מחל על סכום גבוה, ישנה מחלוקת ראשונים אם הוי אסמכתא גם כשהצד שכנגד כבר תפוס בכסף.

דעת הרמב"ם בהלכות מכירה פ"א ה"ו שאין דין אסמכתא, שהרי השני כבר מוחזק בכסף, ולא יתכן לאמוד את דעת המוחל שלא התכוון למחילה. אולם הר"ן בנדרים כז. חלק, וסבר שאין לראות בויתור של השכיר אלא אסמכתא. ונחלקו בכך השו"ע והרמ"א בס' ר. סעי' יא שלדעת השו"ע במחילה קניא, והרמ"א סבר שלא קניא.

אפשר לתלות יסוד מחלוקתם בחקירת המחנה אפרים הנ"ל, שלרמב"ם המחילה מבוססת על סילוק, ואין בכך אסמכתא, בעוד שלרמ"א נדרש להקנות את זכותו הממונית, וכלל הקניינים יש דין אסמכתא. ולפי"ז יכול המוחזק לטעון קים לי כדעת הרמב"ם והשו"ע שחלה המחילה, ושוב אינו חייב לשלם לו, אא"כ סכום המחילה גבוה מדאי, כמבואר בשו"ע אבהע"ז בס' קה סעי' ה: 'המוחלת כתובתה אינה צריכה לא קנין ולא עדים, והוא שיהיו דברים שהדעת סומכת עליהם ולא יהיו דברי שחוק והיתול או דברי תימה, אלא בדעת נכונה'.

## השכיר יכול לגבות את חובו

יש להכריע בדין זה, שהשכיר יכול לגבות את חובו המגיע לו בדין, על פי שלושה נימוקים שהחוב לא נמחל.

א. השכיר מעולם לא הכריז ולא אמר שהוא מוחל לו על החוב, אף שחשב בליבו כך (יש לציין שלא

התברר לנו בדיון שקיבל את מחילה זו כהחלטה גמורה, אלא בנסיבות המצב חשב שאין לו ברירה אלא למחול), ורבים מהאחרונים הבינו שלא שמה מחילה באופן זה. ולא יוכל לומר קים לי כדעת המיעוט, כמש"כ המהרי"ק. ואף אם הוציא בשפתיו למכר שלו, אין לראות בכך מחילה, אלא נימוק לכך שלא פונה אליו שוב, ולא ניגש לערכאות שיפעלו מולו. אכן לו היה אומר למעסיק ישירות שמוחל לו, היה פטור המעסיק מלשלם בהיותו מוחזק, אף אם היתה אמירה זו בדרך כעס.

ב. המחילה התבססה על כך שאין לו עוד אפשרות לגבות את המגיע לו בדין, ולא שיער שכעבור זמן יוכל לקבל את כספו, ולכך הוי מחילה בטעות. כפי שכתב המהרי"ק שורש קיאי ופסק כן הרמ"א בס' רמא סעי' ב. וכ"כ רעק"א בס' יב ס"ק טו בשם הרשב"א שאם סבר שאין בידו מעות ויש לו, אינה מחילה.

אומנם הפת"ש שם סק"ג הביא תשובת זכרון יוסף בס' ד: 'דמחילה בטעות לא שייך אלא בשנתגלה להמוחל או לשניהם עכשיו דבר שהיה בשעת המחילה נעלם מהם, משא"כ ע"י דבר הנולד אחר המחילה. דאטו

המוחל לחבירו בחזקת שהוא עני, ואח"כ נפלה לו ירושה ונתעשר, תהיה המחילה בטילה למפרע, זהו ודאי דבר שאין לו שחר כלל'. אלא שהדברים אמורים בחוב שיש לאדם מול עני שאין לו יכולת לצאת מהמעגל שלו באופן טבעי, ולכך המחילה הסתמכה על מצבו הכלכלי באותה נקודת זמן, מבלי להתחשב בעזרים חיצוניים. ברם, ביחס למעסיק, הלא ידוע לכל שישנם זמני שפל וירידה בתזרים השוטף, וישנם עליות וזמני שגשוג, ולא נכון לאמוד בעל עסק לפי מצבו בנקודת זמן נקודתית. אמנם לדברינו, המוחל לאדם פרטי על חובו בשל מצבו הכלכלי, לא יוכל לתבוע את חובו לאחר מכן. ואף אם יבוא להשיב לו, יהא מחויב ליידעו כי כבר מחל לו על החוב (אא"כ נותר החוב בעינו בשל הנימוקים הנוספים). אולם אם מתברר שחייב לו יותר ממה שסבר בתחילה, מחילתו בטעות, וחוזר וגובה את שמגיע לו.

ג. השו"ע בריש סי' צח פסק: 'אפילו שהה כמה שנים ולא תבעו, אין אומרים מחל לו... ואפילו שמענו שנתיאש מהחוב לגמרי, ואמר וי לחסרון כס, אינו יאוש'. הרי שלא מועיל יאוש מחוב.

מאידך, הרמ"א בס' קסג סעי' ג פסק על פי המהרי"ק: 'קהל שהלואו לשר, ואמר לנכות להם בענייני המסים, ואח"כ לא רצה (ומת) ונתייאשו מן החוב, ואח"כ קם בנו תחתיו וניכה להם, הקהל הוו כזוכים מן ההפקר, ואין צריכין לשלם חלק לאותן שהיו עשירים בזמן ההלוואה וירדו מנכסיהם'. הרי שניתן להתייאש אף מחוב.

הט"ז שם הביא מהחכם צבי בס' קמד שלא מועיל יאוש מחוב, כיון שישנו שיעבוד נכסים וחשיב החוב כאילו כבר ביד המלוה, ואין יאוש מממון שבידו. וכן נקט הנתיה"מ שם שאין בכח יאוש להפקיע שיעבודו של המלוה ולכן לא מהני היאוש לפוטרו לגמרי. וכן סבר החזו"א ב"ק סי' י אות יד.

הקצוה"ח בס' קסג סק"א חילק בין סוגי מניעים של יאוש מחוב: 'דהיכא דהוא מתייאש מפני שהלואה עני או אלם זה לא הוי יאוש, דכל אשראי ספק אתי, ולפעמים דהמלוה סובר שהוא עני ואין כן. אבל היכא דמתייאש בחוב בדבר שסתמו עומד ליאוש, גם בחוב מהני יאוש... ובסימן צח כתב בשו"ע ביאוש משום שהוא עני או אלם. וכאן כתבו הרמ"א ביאוש גמור'. לדבריו אין מחלוקת, ולכו"ע אין יאוש מחוב בשל כך שהלואה עני. וכן בנידון דידן, יוכל לגבות את חובו, אף לו היה יאוש בעלים.

האור שמח בהלכות מכירה שם סבר שלא מהני יאוש בחוב, ודברי הרמ"א נסבו שהיו יודעים שהגוי יגוש אותם, ולכן התייאשו, ונעשה הפקר משמת הגוי.

הרי בהצטרף לכך שנעשה היאוש בליבו ולא בדיבורו, וגם לא קיבל זאת בהחלטה מוחלטת, לא יוכל המעסיק להחזיק את הכסף בידו, וישלם את חובו לשכיר כדינו.

## אבישי נתן מייטלים

## התפרץ לכביש - מי חייב על נזקי תאונת שרשרת

רכב שלא נשמע לתמרור 'עצור' התפרץ לכביש ראשי, וכתוצאה מכך, נהג שנסע בכביש בלם מיידית את רכבו, ורכב שנסע מאחוריו נאלץ לסטות הצידה בכדי לא לפגוע בו, והתנגש ברכב חונה. כך שלשני הרכבים נגרם נזק.

**טענות הנהג שהתנגש:** בשל פשיעתו של הנהג שהתפרץ לכביש, ובשל בלימתו הפתאומית של הנהג שלפניו, הוא נאלץ לסטות בכדי שלא יארע חלילה נזקי גוף ונפש, ויש להפנות את התביעה לנהג המתפרץ שישא בתוצאות הקשות שיצר בנהיגתו הפרועה. או לנהג שלפניו.

## תשובה

הרכב שנעמד בפתאומיות, נחשב כ'בור באונס', ואף התריע ע"י אורות הבלמים על בלימתו המיידית, ולכן הינו פטור על הנזק שארע מחמת עצירתו. מה גם שהרכבים שניזוקו כלל לא נפגעו מרכב ה'בור'. שרק גרם לתאונה.

## נמוקי הדין

## בין גרמא לגרמי

מצאנו בש"ס מספר דוגמאות למזיק בגרמא;

ובהמשך הגמ' שם בדף נ. הובאו דוגמאות נוספות: 'העושה מלאכה במי חטאת ובפרת חטאת... הנותן סם המות בפני בהמת חבירו... השולח את הבערה ביד חרש שוטה וקטן... המבעית את חבירו'. וכן

בב"ק בדף נט. הובא דין המשנה: 'ליבה וליבתו הרוח'. ובב"ק בדף כג: אמרה המשנה שהמשנה את כלב פטור, מדין גרמא.

מקרים נוספים שהובאו בב"ק בדף צח: 'אמר רבה הזורק מטבע של חברו לים הגדול... ואמר רבה השך מטבע של חברו... ואמר רבה הצורם אוזן פרתו של חברו... ואמר רבה השורף שטרו של חברו – פטור'.

בכל אלו לא עשה מעשה נזק ישיר, אלא יצר בעקיפין נזק, ולכן פטור בדיני אדם.

מאידך, הגמ' בב"ק בדף ק. הביאה את דעת רבי מאיר בתוספתא בכלאים ג, ב: 'מחיצת הכרם שנפרצה – אומר לו גדור, נפרצה – אומר לו גדור, נתיאש ממנה ולא גדרה – ה"ז קידש וחייב באחריותו'. כן מצאנו מחלוקת בכתובות בדף פו. בענין מוחל ושורף שטרו של חברו, שאומרת הגמ' שיש מי שדן דינא דגרמי ומחייב ויש מי שלא דן דינא דגרמי. וכן בדין המראה דינר לשולחני. התוס' שם בב"ק ק. בד"ה 'מחיצת' הביאו שיש חולקים על כך ופוטרים גם בהכי. ברור כי השיטה הפוסטרת בדינא דגרמי, לא ראתה כל הבדל בין גרמא לגרמי, ברם לשיטת רבי מאיר, צריך לבאר מהו ההבדל בין הדינים, ומה גרם לחייב בדינא דגרמי.

בביאור נקודת ההבדל בין דין גרמא לדינא דגרמי, נחלקו הראשונים;

ר"י בתוס' בב"ק בדף נו. בד"ה 'קדם' והרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי כתבו שחייב בגרמי כיוון שהאדם עושה בעצמו את ההיזק, ואינו תלוי בדעת אחרים, לעומת גרמא שפטור, משום שאינו עושה בעצמו את ההיזק.

התוס' בתירוצו נוסף שם ובב"ב בדף כב: ד"ה 'זאת' והרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי סברו שהחילוק בין גרמא לגרמי הוא מיידיות הנזק, והוודאות שיווצר הנזק – 'ברי היזיקא', ופטור בגרמא משום שהנזק לא נעשה מיד, וכן לא בהכרח שיווצר הנזק. אך התוס' לא הצריך שיהיה מעשה ההיזק בגוף הממון.

הרשב"א בב"ק בדף נו: מבאר שצריך שיהיה המעשה בגוף הממון ומיד, אך לא הצריך שיהיה 'ברי היזיקא'.

הרא"ש בב"ב פ"ב בס"י יז כלל את כל הגדרים הללו, והצריך שהוא בעצמו יעשה ההיזק ולא תלוי באחרים, שיהא הנזק מיידית, שיהא 'ברי היזיקא' ויעשה הנזק בגוף הממון.

הרמב"ם בהלכות חובל ומזיק פ"ז ה"ז לא חילק בין גרמי וגרמא, למדו מכך הסמ"ע בס"י שפ"ק סק"א והש"ך שם סק"ד ובס"י תיח סק"ד שלדעתו כל היכא שהתכוון להזיק, חייב. ולדברים אלו, הפטור בגרמא, הוא רק לדעת חכמים ואנן כר"מ. כן מדויק גם ברמב"ם בהלכות שכירות פ"ב ה"ג שפסק שאם פשע השומר בעבדים וכדו' חייב לשלם, שכל פושע מזיק הוא, והמשובב בס"י צה בהגהה הגדיר שחייב מדיני מזיק. כן כתב להדיא הרמב"ם בתשובתו לחכמי לוניל המובאת במגדל עוז בהלכות נזקי ממון פ"ד ה"ב בביאור דין שפרצו ליסטים ולא הוציאוהו, שהינם פטורים על שהזיקה, לעומת הפורץ גדר בפני בהמת חברו שחייב על זקיה, שהפורץ גדר רצה שתצא ותזיק, והליסטים הפורצים לא ביקשו והתכוונו לכך. וכן בארו המאירי בב"ק בדף נה: והגר"א בס"י שצ"ק סק"ג ובס"י תיח ס"ק יט שכל שהתכוון להזיק חייב אף בגרמא.

הע"ש הובא בסמ"ע בס"י שפ"ק סק"א הגדיר כי בגרמא נעשה ההיזק ברפיון, ובגרמי נעשה בחוזק. והסמ"ע חלק וסבר שבגרמי נעשה ההיזק ע"י האדם המזיק, לעומת גרמא שהנזק אינו ישיר ממנו.

## **גדר החיוב בדינא דגרמי**

ישנה מחלוקת ראשונים בגדר החיוב בדינא דגרמי, האם הינו מהתורה או מדרבנן.

**א.** הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי והמגיד משנה בהלכות חובל ומזיק ריש פ"ח סברו שהחיוב הוא מדינא דאורייתא. להבנה זו, יש להבחין בין גרמא הנעשה באופן עקיף לבין גרמי שנעשה הנזק באופן ישיר, יתבאר לקמן.

**ב.** הריצב"א בתוס' בב"ב בדף כב: בד"ה 'זאת' ר"ת בתוס' בבא קמא נד. ד"ה 'חמור' והמרדכי רמז קיט סברו שגרמי חייב רק מקנס דרבנן ואינו חיוב מדינא. ולהבדיל מגרמא, ראו חכמים לנכון לקנוס רק בדינא דגרמי: 'לכך כל היזק המצוי ורגיל לבא קנסו חכמים, וטעם דקנסו שלא יהא כל אחד הולך ומזיק לחבירו בעין'. דהיינו השכיחות של הנזק, הניעה את חכמים לקנוס במצבים אלו. לשיטתם, השכיחות גרמה לשם 'דינא דגרמי'. הסמ"ע והמהרש"ל בש"ך ס"י שפ"ק סק"ד סברו שניתן לחייב בכל מקרה שכיח שימצא ויראה לחכמים, והש"ך חלק עליהם, וסבר שאין באפשרותינו לדמות ולחדש מצבים חדשים ולחייב מעבר לזכר בש"ס.



**ג. הרמב"ן** בקונטרס דגרמי ובב"ב כב: הש"ך בריש סי' שפ"ד (הש"ך בסי' תיח סק"ד - כתב שכן ס"ל לראב"ן והרמב"ם) והקצוה"ח בסי' שפ"ח סק"ח הביאו שיטה נוספת - רש"י בב"ב כב: ד"ה 'גרמא' שנראה מדבריו שאין חילוק בין גרמא לגרמי, אלא יש חילוק בין נזק ישיר לאינו ישיר, ורבי מאיר שדן דינא דגרמי סובר שגם בגרמא חייב, והחולקים פטרו הן בדינא דגרמי והן בגרמא (אמנם המהרש"ל סבר שגם רש"י הבדיל בין גרמא לגרמי).

**ד. התומים** חידש שאפשר לומר שחיובו מדרבנן והוא דינא ולא קנס, ורבנן קבעוהו לדינא (כך משמע בדרכ"מ).

השו"ע בסי' שפ"ד פסק להלכה כר"מ ודן דינא דגרמי, ובגרמא סבר שפטור, ואילו הרמ"א שם בסע' ג סבר כריצב"א, וחייב מטעם קנס. וכן נראה בביאור הגר"א שם.

נאמרו כמה נפק"מ בין השיטות בהבנת דינא דגרמי;

חיוב ארבע דברים - הקצוה"ח בסי' שלג סק"ב הביא את הרמ"ה שסבר לחייב את המזיק בגרמי רק בנזק, ולא בארבע דברים, ויהיה פטור משק"ת, ריפוי, צער ובושת. לעומת הרמב"ן שסבר שגרמי מחוייב גם בארבעה דברים, ואף למד חיוב נזק מחיוב שבת.

גורם דגורם - הרמב"ן שסבר שחיובו מדינא חייב אף בכך, לעומת הש"ך שסבר שמקור החיוב הוא מקנסא, ואין להרחיב את קנס חכמים מעבר לנאמר. ולכן הגורם דגורם פטור כדעת המהר"ם ובעל התרומות (הקצוה"ח סק"ג פטר אף למ"ד שמדינא).

מזיק בשוגג ובאונס - הרמב"ן חייב, אך הש"ך סק"ו פטרו וסבר שאין לקנוס את המזיק באונס ובשוגג. המהרי"ט ח"א סי' צה סבר שהשוגג פטור מדיני שמים שכן לא התכוון לנזק, וכ"כ המהרש"א בדף מז: תוד"ה 'אפרזתא', והחזו"א בסי' ה סק"ד. ברם החוות יאיר חייב אף בהכי. ויסוד מחלוקתם הוא, אם חיוב בדיני שמים הינו חיוב ממוני או איסורי. ואכמ"ל.

גרמי דבהמה - הש"ך סק"ה פטר משום שלא שכיח, וכ"כ הרא"ה בנימוקיו בב"ק דף כא., ואילו הרמב"ן חייב אף בהכי.

אם יורשיו מחוייבים בתשלום אם מת האב בטרם ששילם, שכן קנס אינו עובר ליורשים. ש"ך סק"ב.

אם יש לשלם ממיטב, שכן אם חיובו מקנס, אינו צריך. אולם הש"ך כתב שיתכן ובכלל הקנס שישלם מהמיטב.

הש"ך בסק"י כתב שאם חיובו רק מדרבנן, אין בו דין שבועת מודה במקצת. והקצוה"ח חלק, ונשבע אף לדידו.

## **דינא דגרמי - גם כשלא עשה בידיו**

איתא בב"ק בדף קיז: 'תניא, ישראל שאנסוהו עובדי כוכבים והראה ממון חבירו - פטור, ואם נטל ונתן ביד - חייב. אמר רבה אם הראה מעצמו, כנשא ונתן ביד דמי'. הרמב"ם בהלכות חובל ומזיק פ"ח ה"ד פסק דין זה, וכן פסק השו"ע בסי' שפ"ח סעי' ב לגבי מוסר שהמלשין על חבירו בפני הגויים, ובכך גרם לו הספד ונזק ממוני: 'חייב לשלם... כל מה שלקח האנס, אעפ"י שלא נשא המוסר ולא נתן בידו, אלא הרגיל בלבד'. הסמ"ע סק"ה, הש"ך סק"יג וביאור הגר"א סק"טו בארו שאף אם רק דיבר ואמר למוסר על המצאות הממון והראה להם אותו, יהא חייב על הלשנה ומסירה זו, הגם שלא עשה בידיו מאומה, אא"כ אנסוהו על כך.

כן מצאנו בנתי"מ בסי' שס"א סק"ב, שאם גזלן גרם שהבעלים התייאשו, עוד בטרם שגזלו, חייב בתשלומין מדין גרמא. אף שלא עשה דבר בידיו מבחינת יאוש הבעלים, הינו חייב מחמת שברי היזקא.

השו"ע בסי' שיב סעי' ו פסק ששוכר שיוצא בטרם זמנו צריך לשלם שכר לבעל הבית, ובשער המשפט הובא בפת"ש שם סק"ה הקשה שהיו מבטל כיסו של חבירו. הנחת צבי שם יישב כי כשמפסידו את שכר שכירות ביתו הוי ברי היזקא, וכן כשחזר בו משכירות פועל הוי ברי היזקא ודינא דגרמי וחייב. וכ"כ הקצוה"ח בסי' שי סק"א בשם חוות יאיר שהיכא שההפסד וודאי ומוכת, הוי ברי היזקא, וחייב מדינא דגרמי. הגם דלא עשה בידיו דבר.

## **המתפרץ לכביש - דינא דגרמי, או גרמא**

מצאנו א"כ, שבמצב שהנזק מגיע באופן מיידי ובברי היזקא יש לחייב את המזיק לשלם, הגם שלא יצר ועשה את הנזק בידיו. ומכך למד בספר משפטי התורה ח"א סי' לא, שכל נהג המתפרץ ונוהג בניגוד לכללי

התנועה וגורם בכך לתאונה, כי הינו חייב מדין דינא דגרמי. ודימה זאת למאיים עם אקדח בידו על נהג, להסיט את רכבו ולפגוע ברכב ולהזיק.

אולם, אם לדיון יש תשובה. ולכאורה יש מרחק בין הדינים. הלא האנס והמאיים עם אקדח, מעוניין ביצירת הנזק, והמראה את ממון חברו לאנס, מכון ומודע להשלכה הישירה והמיידי של פועלו. אך הנוהג בפראות ובניגוד לכללי התנועה והמתבקש בתנאי הכביש, וודאי לא העלה בדעתו כי יגרום תאונה, ובסכלותו הרבה לא חשב על האחריות והסכנה שנטל לידיו. וכי אפשר לומר כי בכך הינו מאיים על יתר הנהגים להתנגש ולהזיק. וכי כל נער וילד שהתפרץ לכביש מבלי משים, 'הא חייב באחריות תשלומין של התאונות שיקרו מחמת מעשיו. ויש להתייחס אליו כמזיק ב'גרמא', ואף שאינו חייב בדיני אדם, חייב בדיני שמים, וראוי לו לפצות את הניזוקים.

יתירה מכך, מדוע לא נאמר כי הרודף חייב על כלים ששבר הנרדף, והלא ברי היזיקא. וכן, מדוע נצרכו ליסוד פטור חדש ולתקן לפטור את המזיק במהלך הצלת הנרדף, הלא יש לחייב את הרודף על כל השלכות רדיפתו, שכן ברי היזקא (אומנם יש לחלק בין נזקים שהרדיפה ייצרה, לבין נזק שארע רק בשל נסיון ההצלה של המציל. וכן אולי לא נכון לחייב את הרודף על נסיונות הנרדף להציל עצמו, שכן אינם פעולה ישירה מרדיפתו. שכן אז נאמר, שרק תאונה ישירה עם הרכב שהתפרץ, נחשב ברי היזקא מחמתו, אך כל הנתגשות אחרת במרחב מחמתו, אינה פועל היוצא ישירות ממנו, אלא נסיונות כושלים של הנהגים להנצל מפגיעה). על כורחך, שפשיעתו רק גרמא להשלכות נזיקין מרובות, אך אין לראות בנזקים שמתרחשים כתוצאה ממעשיו ומפשיעתו כברי היזיקא ודינא דגרמי.

אם לא נימא כן, יהא עלינו לזקוף כל תאונה לחובת הגורם המפריע, ולהתעלם מיתר הגורמים השותפים לתוצאה ההרסנית. וקיי"ל, כי אין לחייב על הגורם הראשוני, הגם שהוא החל והניע את תהליך ההרס. כן מצאנו שהמבעית את חברו, פטור – הגם שמעשיו ייצרו את הנזק לנבהל. וכן מדינא פטור על נזק מכח שני, שכן הגם שהוא וודאי יקרה אינו ממש פועל היוצא של מעשיו, ואינו כחץ שפועל מכוחו. וכן יש להתייחס לנהג שמתפרץ לכביש. אכן לדברינו, אם חלילה יבקש מאן דהו ליצור נזק בהתפרצותו לכביש, ועשה זאת בכביש סואן שברי היזקא לנזקו, יהא הוא חייב בכל נזקי התאונה שיקרו מחמתו.

תימוכין לכך, ניתן לראות בדיון הקדרים שהלכו זה אחר זה וניזוקו מחמת נפילתו של הראשון, שלא חייבו את הראשון בדינא דגרמי על נזקי ההולכים אחריו. רק אם נתקלו בו, ויכל לעמוד חייבוהו.

## חיוב להציל חברו מהפסד

במשנה בב"ק בדף קט"ו: נאמר: 'זה בא בחביתו של יין וזה בא בכדו של דבש, נסדקה חבית של דבש, ושפך זה את יינו והציל את הדבש לתוכו – אין לו אלא שכרו. ואם אמר אציל את שלך ואתה נותן לי דמי שלי - חייב ליתן לו. שטף נחל חמורו וחמור חברו, שלו יפה מנה ושל חברו מאתים, והניח זה את שלו והציל את של חברו - אין לו אלא שכרו. ואם אמר לו אני אציל את שלך ואתה נותן לי את שלי - חייב ליתן לו'. למדנו מדיון זה כי אם גורם רוח ממנו לחבירו, לא יוכל לדרוש החזר הפסדים שנגרמו לו מחמת פעולתו בלא שיסכם עימו מראש על כך, אבל יקבל שכר על פעולתו.

כן פסק השו"ע בס' רס"ד סעי' ה' עפ"י הרמב"ם בהלכות גזלה ואבדה פ"ב ה"ה: 'וכן שנים שהיו באים בדרך, זה בחבית של יין וזה בכד של דבש, ונסדק הכד של דבש, וקודם שנשפך הדבש לארץ שפך זה יינו והציל הדבש לתוך החבית, אין לו אלא שכרו הראוי לו. ואם א"ל אציל את שלך ואתה נותן לי דמי שלי, או שהתנה כן בפני ב"ד, הרי זה חייב ליתן לו'. והמשיך השו"ע ופסק כרמב"ם שמחוייב להציל את ממון של חברו ולשפוך את היין, בכדי להציל את הדבש היקר של חברו, ויקבל כמובן אחר כך את דמי היין ששפך. ואילו הרמ"א פסק עפ"י תשובת הרי"ף והרא"ש שאינו מחויב להציל את הדבש של חברו.

נמצא, שאם ראה אדם שחבירו עומד להפסיד ממון רב, הוא יכול ואף מחוייב לשיטת השו"ע, להפסיד ממון ולמנוע הפסד גדול יותר לחבירו, ואם נטל רשות מבעלי הדבש שניזק או מבית הדין, הוא יכול שכר על טירחתו עפ"י הסיכום שהגיע עימם. וראה ברמ"א שם סעי' ג': 'אם אין הבעלים שם, אף על פי שלא התנה כאילו התנה דמי'.

למד מכך במשפטי התורה ח"א ס' לא שכן הוא במקרה שלנו, שבשל העצירה הפתאומית הבין הנהג שנסע מאחור שיפגע ברכב שלפניו, ויהיה כלול בנזקיו נזקי גוף, והעדיף להנמיך את היקף הפגיעה, בכך שפגע ברכב חונה. נמצא שהציל את גורם היזק התאונה מהפסד חמור יותר. וכיון שהחלטות אלו נעשו בשברירי שניות, לא היה סיפק בידו לשאול וליטול עיצה ורשות מבית הדין, אך ברור שהיו מנחים אותו לפעול כפי שעשה, ונמצא שעשה השבת אבידה למחוייב בתשלומי תאונה זאת. ולכן יהא חייב הנהג שהתפרץ לכביש, לשלם על הנזק שיצר ובכלל זאת על נזקי הרכב החונה. כל זאת כתב לשיטתו

שחייב את הנהג המתפרץ לכביש, אולם כפי שהראנו, הנהג המתפרץ פטור שכן הינו רק כגרמא, אך יחיד דין זה נכון במקרה שנהג התפרץ לכביש בכוונה במטרה להזיק, או בפיגוע, שאזי הנהג שהסיט את רכבו ומזער את הנזק, יוכל להטיל גם מטעם זה את אחריות התשלומים על הנהג המתפרץ.

## מציל עצמו בממון חבירו

יש לחייב את הנהג הפוגע לשלם על הנזק שהסב לרכב החונה, אף אם ביקש להציל עצמו מפיגוע שהתרחש כנגדו.

הגמ' בב"ק בדף ס: הביאה שדוד המלך שלח לשאול את הסנהדרין האם מותר לו לשרוף גדיש של ישראל שהסתתרו בהם פלישתים, בשל הנזק שיגרם לבעל השדה: 'קא מיבעיא ליה, מהו להציל עצמו בממון חבירו. שלחו ליה, אסור להציל עצמו בממון חבירו, אבל אתה מלך אתה, ומלך פורץ לעשות לו דרך, ואין מוחין בידו'. ושתי שיטות ראשונים נאמרו בביאור שאלתו של דוד המלך.

**א.** רש"י בדף סא. בד"ה 'לשם שמים' כתב בביאור שאלת דוד: 'איכא איסור לאיניש בעלמא', ומדבריו למד בשו"ת בניין ציון בס' קס"ז כי הספק של דוד המלך היה בדיני איסור והיתר, ופסקו הסנהדרין שיש איסור להציל עצמו בממון חבירו. וכבר הקשה המשנה למלך בספרו פרשת דרכים פרק יט: 'איך יתכן דבמקום פיקוח נפש אסור להציל עצמו בממון חבירו', עפ"י הגמ' ביומא פב ובכתובות יט: 'אין לך דבר העומד בפני פיקוח נפש, אלא ע"ז ושפיכות דמים וגילוי עריות'.

ראיה לשיטת רש"י, ניתן להביא מדעתו של רבי מאיר בכתובות בדף יט. על פי רב חסדא: 'אמר רב חסדא, קסבר ר"מ: עדים, שאמרו להם חתמו שקר ואל תהרגו - יהרגו ואל יחתמו שקר'. והקשו עליו שם בגמ': 'אמר ליה רבא השתא אילו אתו לקמן לאמלוכי, אמרינן להו זילו חתומו ולא תתקטלון, דאמר מר אין לך דבר שעומד בפני פיקוח נפש - אלא עבודת כוכבים וגילוי עריות ושפיכות דמים בלבד'. אך בחידושי הרמב"ם שם באר טעמו של ר"מ שממדת חסידות רשאי להרג ולא לחתום בשקר. ואח"כ הביא הרמב"ם שיטה נוספת: 'קסבר רבי מאיר מדינא נמי יהרגו ואל יחתמו שקר, לפי שנמצא בביריתא חיצונית שלשה דברים אין עומדים בפני פיקוח נפש ואלו הן ע"ז וג"ע וש"ד, רבי מאיר אומר אף הגזל'.

כן הוא להדיא בירושלמי בעבודה זרה פ"ב ה"ב: 'סוף דבר שאמר לו הרוג את איש פלוני, אלא אמר לו חמוס את איש פלוני'. ובאר במראה פנים שסבר כרבי מאיר, שאין התר של גזל גם במקום פיקוח נפש.

בשו"ת בניין ציון בס' קסט הוכיח כדבריו גם מדברי הגמ' ביומא בדף פג: 'רבי יהודה ורבי יוסי הוו קא אזלי באורחא, אחזיה בולמוס לרבי יהודה - קפחיה לרועה, אכליה לריפתא. אמר ליה רבי יוסי קפחת את הרועה'. הרי שרבי יהודה שנתקף בבולמוס מסוכן התיר לעצמו עפ"י חכמים לאכול מהרועה, ורבי יוסי שהטיף לו על כך סבר כרבי מאיר. ורש"י פסק עפ"י הגמ' בעירובין מז: 'רבי יהודה ורבי יוסי, הלכה כרבי יוסי', ואסר גזל גם במקום פיקוח נפש.

הגמ' בב"ק בדף פ. סיפרה על חסיד אחד שהיה חולה וגונח מליבו, ואמרו לו הרופאים שיינק מחלב עז, ולשם כך קשר לירכתי מיטתו עז, וכשבאו חכמים לבקרו תמחו והקפידו על מנהגו זה: 'לסטים מזויין בביתו של זה, ואנו נכנסין אצלו', שכן אסור לגדל בהמה דקה בארץ ישראל. המאירי שם כתב על כך: 'אע"פ שבמקום פקוח נפש הותרו האיסורין להתרפא בהם, דבר שנאסר מכח תקנה ומחשש פסידת אחרים, ראוי להחמיר בה ביותר'. ובשו"ת המהר"ם שיק י"ד בס' שמח הטעים זאת שכיון שנאמר במסכת ערכין בדף טו: שהגזל חבירו שוה פרוטה כאילו נוטל נשמתו, נחשב הגזל כאביזרייהו דשפיכות דמים, שעל כך יהרג ואל יעבור.

**ב.** התוס' שם בד"ה 'מהו' והרא"ש פ"ו ס' יב בארו שהספק של דוד המלך היה בדיני ממונות, כדברי התוס': 'אי חייב לשלם כשהציל עצמו מפני פיקוח נפש', וכמו שכתב הרא"ש: 'דמילתא דפשיטא היא דאין לך דבר שעומד בפני פיקוח נפש אלא שלש עברות, אלא הכי איבעיא להו מהו למיקלינהו אדעתא דליפטר מתשלומין, ואמרו לו אסור להציל עצמו בממון חבירו אדעתא דליפטר, אלא יציל וישלם'. וכך גם נפסק בשו"ע בס' שנת סע"ד: 'אפילו הוא בסכנת מות וצריך לגזול את חבירו כדי להציל נפשו, צריך שלא יקחנו, אלא על דעת לשלם'. וכן פסק השו"ע בס' שפ סע"ג עפ"י הגמ' בב"ק בדף ק"ז. שאם תוך כדי מנוסה וכשהוא מילט נפשו מהמבקש להורגו שבר כלים של אחרים, חייב לשלם עליהם, שכן מציל עצמו בממון חבירו.

בטעם שיטה זאת באר בשו"ת הרשב"א ח"ד ס' יז שדבריהם מבוססים על שיטת רבי עקיבא בב"מ בדף סב. בשנים שהיו מהלכין בדרך, וביד אחד מהם קיתון של מים. אם שותין שניהם, מתים. ואם

שונה אחד מהם, מגיע לשוב, שכן פטור נקט שמוטב שישנו שניהם, וימותו, ואל יראה אחד במיתת חברו. ור"ע חלק על כך משום דכתיב וחי אחריך עמך, חיך קודמין לחיי חבריך: 'הא שלא במקום חיותו, חייב'. כלומר, אף אם יש בהפסד הממון כדי נטילת חיי חברו, כיון שאינו כעת נוטל ממנו, יהא מותר להפסידו גם לשיטת ר"ע. ואם לא נשקפת סכנה לבעל הקיטון, מותר לצמא לקחת ולשתות מהקיטון גם לדעת ר"ע. מה גם, שהגמ' בסנהדרין בדף עג. דרשה שחייב אדם להושיט סיוע ועזרה לחברו בשעת מצוקה, מהדין שלא תעמוד על דם ריך, הרי שהיה חייב לסייע לנמלט על נפשו. אמנם תשלומין – חייב, כדלקמן.

### **מחלוקת הרמב"ם והראב"ד בחיוב תשלומין שהזיק באונס**

הרמב"ם בהלכות חובל ומזיק פ"ח ה"ד פסק: 'נשא ממון חברו בידו ונתנו לאנס חייב לשלם מכל מקום אע"פ שהמלך אנסו להביא'. והראב"ד השיג על פסק זה: 'א"א גם בזה על דרך הרב הוא הולך, ואין הגאון מודה לו, וכן בדין שאין לך דבר שעומד בפני פיקוח נפש, ומאין יתחייב לו זה שימות בשביל ממון חברו הואיל ויחדו לו'. הרי שהרמב"ם סבר שחייב לשלם על שהפסיד חברו בשל כך שרצה להציל עצמו, והראב"ד פטרו. באבן האזל שם באר שמחלוקתן נסיבה בגדרו של המזיק באונס, שלרמב"ם היתרו להזיק הינו בגדר 'דחוויה' מחמת פיקוח נפש, ולגבי התשלומין אינו דחוויה, וחייב לשלם. ואילו לראב"ד הותר לו להזיק, ועל כן גם נפטר מן התשלומין.

וקשה, שהלא דין מפורש הוא בגמ' ב"ק בדף קיז. שהנדרף חייב לשלם על כלים ששבר בעת מנוסתו.

הש"ך בס' שפ"ק כד באר שיש לחלק בין אם אנסוהו להביא ממון סתם כלשהו, והוא הלך והביא ממון חברו, אזי חייב לשלם על שהציל עצמו בממון חברו, כמו שהנדרף חייב. אולם אם אנסוהו להביא ממון מסויים, אזי היה אנוס על הבאת ממון זה, לא נחשב שהציל בממון חברו ועל כך פטור: 'אם אנסוהו על ממון סתם אז אף שאנסוהו להביא חייב כשנשא ונתן ביד דזה מיקרי מציל עצמו בממון חברו ודמי לנדרף ששבר הכלים... משא"כ הכא שאנסוהו להביא ממון פלוני, א"כ האונס הוא מתחלה על אותו הפלוני ואין זה נקרא מציל עצמו בממון חברו, אלא שמוכרח לעשות כמו שאומר לו האנס, ואם לא יעשה כן נמצא יציל הוא ממון חברו בנפשו ואין לך דבר שעומד בפני פיקוח נפש'. נמצא שסברו, שיש לשלם על נזקים שעושה בכדי להציל עצמו.

### **הרכב שנעמד הי בור באונס והתריע**

איתא במשנה בב"ק בדף לא: 'שני קדרין שהיו מהלכין זה אחר זה, ונתקל הראשון ונפל ונתקל השני בראשון – הראשון חייב בנזקי שני'.

רבי יוחנן בגמ' שם העמיד את משנה זו בשתי אפשרויות, לרבי מאיר שנתקל פושע, הרי יתחייב הנופל בהיותו בור. ולחכמים שנתקל אנוס, יתחייב הנופל רק אם לא קם והסיר את הבור. ברם כל עוד לא הספיק ולא יכל לקום ולהסיר את הבור, הינו בור באונס ופטור מנזקין שארעו מחמתו. ובגמ' שם בדף לב. העמידו כלל, שאם לא קם הנופל, הוא חייב על נזקים שגורם ויוצר, ואם ממלא את כל חלל הדרך 'כשלא', ולא מתאפשר לעקוף אותו, יהיה חייב גם על נזק שארע מחמת פגיעה בו.

רב נחמן בר יצחק באר שהמשנה עוסקת במציאות שיכל הראשון להתרות ולהזהיר את ההולך אחריו, ולכן חייב על היותו בור, הגם שנפל באונס ויכל לקום. ואומרת הגמ', כי מוסכם דין זה גם לדעת רבי יוחנן שצריך להזהיר ולהתרות את ההולך אחריו. ברם אם היה טרוד בפילתו ולא היה יכול להזהיר, הינו פטור.

יסוד זה שחובת ההתראה מוטלת על ההולך בראש, מצוי במשנה בב"ק שם בדף לא: 'היה בעל הקורה ראשון ובעל חבית אחרון, נשברה חבית בקורה – פטור בעל הקורה, ואם עמד בעל קורה – חייב, ואם אמר לבעל חבית עמוד – פטור. היה בעל חבית ראשון ובעל קורה אחרון... ואם אמר לבעל קורה עמוד – חייב'. ופסק כן הרמב"ם בהלכות חובל ומזיק פ"ו ה"ח, והשו"ע בס' שעט סעי' א.

### **המחוייב על נזקי תאונת שרשרת**

כך פסק השו"ע בס' תיג על פי סדר הדברים.

בסעיף א פסק, שגם אם נפל באונס, אם יכל לעמוד ולא הזהיר, הינו חייב. ואם לא יכל לעמוד, כיון טרוד ועסוק בפילתו לא הזהיר ופטור. ומטעם זה, נפסק סעי' ג שאם היה מוטל לרוחב הדרך ולא עמד, הריהו חייב, והרמ"א הוסיף את הצורך למלא את רוחב כל הדרך 'כשלא'.

בסעיף ב, הביא השו"ע את דין נזקי תאונת שרשרת עפ"י פסק הרמב"ם בהלכות נזקי ממון פ"ג ה"י: 'הקדרים והזגגים... שהיו מהלכים זה אחר זה, ונתקל הראשון ונפל, ונתקל השני בראשון, והשלישי בשני, וכל אחד מהם יש לו לעמוד ולא עמד, הראשון חייב בנזקי גופו של שני, בין שהוזק בגופו של ראשון המוטל לארץ בין שהוזק במשאו. והשני חייב בנזקי גופו של שלישי, אם הוזק בגופו של שני. אבל אם הוזק במשאו של שני שנפל, פטור, שהרי אומר לו השני בור זה שהוא משאו אין אני הכורה אותו שהרי הראשון הפיל השני עם משאו. ואם הזהירו זה את זה, כולם פטורים'.

כן הוא הדין במקרה שלנו, הרכב שנעמד נעשה בעל כורחו בור ברשות הרבים, ואף שנעמד כשילדא, הרי לא יכל לנוע משם ולהסיר את נזקו בטווח זמן זה, והוא אף התריע את הנוסע בעכוותיו ע"י אורות הבלמים, וע"כ הינו פטור על הנזקים שנגרמו מחמתו. מה גם, שבור חייב דווקא אם נפגע מהבור עצמו, ברם הכא לא נפגע כלל מהבור, אלא מ'קול כרייתו', הבור גרם לכל התאונה שהתרחשה סביבו, ואין לחייבו כלל. ואף לו היה זה בור, הלא הוא פטור על נזקי כלים, ואינו חייב על נזקים שארעו מחמתו, בהיותו עומד.

הרכב שהתנגש ברכב החונה, חייב על כל נזקי הרכב החונה. בוודאי כן הדין אם לא שמר מרחק דיו, ונסע במהירות שאינה תואמת את הנסיעה במקום זה, שכן דינו יהא כדין מי שנכנס והלך שלא ברשות, כמבואר בס'י שעט. אף אם נסע באופן סביר וזהיר ושמר מרחק הגיוני, ורק בשל העצירה הפתאומית התנגש, הרי זה כדין שנים מהלכין בדרך ושניהם הלכו ושהו במקום ברשות, והזיק את העומד (רש"י בב"ק בדף מח: כתב שחייב רק אם הזיק בידי), והכא עשה זאת המתנגש ביודעים ובכוונה תחילה (ראה רמב"ם בהלכות חובל ומזיק פ"א הט"ו וגר"א ס'י שעט סק"ז שהמהלך ברשות חייב על נזקי ממון רק כשמזיק בכוונה), שיהא המתנגש חייב.

החזו"א בס"ד כתב שכל שמתנהג כמנהגו של עולם אין צריך להזהר שלא יזקו ממנו, ברם בנידון שלנו, ברגע שהסיט את הרכב לכיוון הרכב החונה, שינה מדרך העולם, ושפיר יש לחייבו על כך.

(אם היה הנזק נגרם ע"י אונס גמור, היה מקום להתייחס למחלוקת אודות דין המזיק באונס גמור. שכן הש"ך בס'י שנח סק"א כתב שלדעת הרמב"ם והשו"ע חייב אדם אפילו באונס גמור, גם כשאין לו שום שליטה על הנסיבות (וראה במגיד משנה). אולם הרמ"א בס'י שעט סק"א ציין לדעת התוספות והרא"ש שפטור, ובוודאי שבני אשכנז יכולים לסמוך על כך כדי להיפטר מתשלום הנזיקין. ברם כיון שיש כאן תחום אפור, שכן החוק מחייב שמירת מרחק שיאפשר תגובה מהירה ומיידית במצבים מעין אלו. ועל כן, אין מקום לפטור את הנהג הפוגע).

### **התנגש ברכב החונה בכדי להציל את נוסעי הרכב שלפניו**

חז"ל הורו על פטור מיוחד למי שהוא מזיק תוך כדי מעשה הצלה, שאינו חייב על הנזקים שאירעו תוך כדי פעולתו מתוך מניע של ההצלה, כך הובא במסכת בב"ק בדף קיז: 'דאמר רבה... ורודף שהיה רודף אחר רודף להציל, ושבר כלים, בין של נרדף בין של כל אדם - פטור, ולא מן הדין, אלא שאם אי אתה אומר כן, אין לך אדם שמציל את חברו מן הרודף'. וכן פסק הרמב"ם בהלכות חובל ומזיק פ"ח ה"ד, וכן הוא לשון השו"ע בס'י שפ"ט ג: 'ואחד שרדף אחר הרודף להציל את הנרדף, ושבר כלים בין של רודף בין של כל אדם, פטור, כדי שלא יבואו מלימנע מלהציל את הנרדף'.

עפ"י יש לפסוק לגבי נהג אמבולנס או כל רכב הצלה שממהר להחיש ישועה קריטית מצילה חיים, שבמהלך נסיעתו הסבירה במצבים אלו הזיק לרכב אחר, יהא פטור מלשלם על נזקיו (ואין לפוטרו מטעם טועה בדבר מצוה או שניתן לרשות לרפא ולטעות כדאיתא ברמב"ן בתורת האדם, שכן לא פוגע בחולה אותו מציל, אלא פוגע באדם אחר, ועל כך לא נאמר פטור זה). ובמקרה שלפנינו, יש לדון אם יש לפטור את הנהג שפגע והתנגש ברכב חונה, ובכך נמנעה הפגיעה ברכב שלפניו שבו היו נוסעים, האם יש לפטור אותו בשל כך שהזיק תוך כדי הצלת נוסעי הרכב שלפניו.

הנה אם היה הרכב הפוגע חיצוני לאירוע, והתערב על מנת להציל, ברור כי היה חל עליו תקנת הפטור הזאת. ברם, כיון שהוא חלק מתרחיש האירוע, ומסתבר שניסה להציל את עצמו מלהיפגע או לפגוע בנפש, או הסיט את ההגה מתוך אינסטינקט – לא יהא נכון להחיל עליו פטור זה, ועל כן כגון זה לא חלה תקנת רבה.

ושמא יש לחלק בין תאונה רגילה, שאז אפשר לראות בנהג המתנגש שהוא ה'רודף' את הרכב שלפניו (אין צורך להתכוון לפגוע בכדי להחשב רודף, כמבואר במשנה באהלות פ"ז מ"ו ובבב"א בסנהדרין עב: וברמב"ם רוצח א, ט ובשו"ע בס'י תכה סע' ב בדין העובר שמאיים על אימו ונחשב רודף. ולכן היה מן הדין לפגוע במטוס שפגע במגדל התאומים, בטרם יתנגש בבניין ויהרגו אחרים. כן נהגה האם שהסתירה בעת הפיגוע בנהריה בשנת תשל"ט, שהתינוקת יעל בכתה במסתור ובכך היתה מגלה את יתר המסתתרים, ונחנקה תוך כדי נסיונות להשתיקה), והוא שובר כלים תוך כדי, שברור שהוא חייב לשלם על כך. לבין מסיט את רכבו בשל פיגוע, שמבקש להציל את הנוסע ברכב לפניו מהההליך של המבצע, אם עשה זאת מתוך מודעות להציל את יושבי הרכב שלפניו.

## **תביעת חברת הביטוח**

אם מבקשים לחייב את חברת הביטוח, יש לבחון את מידת חיובן על פי החוק הנהוג במקום. שכן החברות ביטוח לא התחייבו לפי הקריטריונים ההלכתיים, אלא לפי תנאי החוק. ולדידם יש להכריע את שיפוי תשלום הנזקים כפי החוקים עליהם התחייבו לשלם (וצ"ע, אם מותר לתבוע זאת, באם יודע שמחמת תביעתו את הביטוח, יתבעו את המזיק שלא כהלכה).

# מאורות תורת המשפט

## תשובות אקטואליות בדיני ממונות

אבישי נתן מייטליס

ח' באייר תשע"ז נשלח ח'ננס מיידי שבועיים, להצטרפות: [meorothamishpat@gmail.com](mailto:meorothamishpat@gmail.com) גליון מספר 52

## וועד הבית זרק אופניים שחנו ברחבת הבניין

### המקרה:

לקראת ניקוי הבניין בהתקרב חג הפסח, הוציא וועד הבית הודעה הקוראת לכולם לפנות את חפציהם מהלובי וממקלט הבניין המשותף, ולאחסנם במרחבים הפרטיים. לאחר תקופה מסוימת הורה מנהל הוועד לאחד הדיירים לחתוך את מנעולי האופניים ולזרוקם לאשפה.

**טענת בעל האופניים:** דורש מהדייר שסילק את האופניים, שישלם לו על האופניים שזרק לו.

**טענת הדייר:** הדייר התגונן, שהבין ממנהל הוועד הבית שהוא פועל כדין, והפנה את המתלונן אליו.

**טענת מנהל הוועד של הבניין:** דוחה את דרישת בעל האופניים, משום שלא פינה את האופניים במועד הנקוב שמודעה שפרסם לכל הדיירים.

### תשובה

וועד בית הפועל מכח סמכות הדיירים, מחוייב להודיע לכל הדיירים על פנוי החפצים, ובכלל זאת גם לדייר שאינו נמצא באיזור. וכן אם ידוע זהות בעל חפץ המצוי בשטח הבניין, יש להודיע לו לכתחילה אף אם אינו דייר במקום זה.

חפצים שלא פונו כנדרש, מוטב היה לפנות אותם למקום שלא יפריע לדיירים, אבל גם אם זרקו אותם לאשפה, פטורים מלשלם על כך, וכן הוא במקרה שלנו.

אם פינוי האופניים נעשה ללא התראה והודעה קודמת, חייבים לשלם לבעל האופניים (בתנאי שהוא דייר בבניין), אא"כ נצרכו לפנות מקלט מיידי. אם הטעה מנהל הוועד את הדייר שהוציא בפועל את האופניים, יהא המנהל חייב בתשלומיו. ואם לא הטעהו, היה הדייר צריך לבחון את מעשיו, והוא חייב בתשלומי נזקיו (אם היה מנהל הוועד שוכר נוכרי או קטן, יש מחלוקת אם ישנה שליחות בכך, ולא יוכל לגבות מהמנהל תשלומי האופניים בשל שליחותו).

### נמוקי הדין

#### חפצים שהוכנסו ללא רשות לרחבת הבניין

בגמ' בב"מ בדף קא: הובא מעשה זה: 'ההוא גברא דזבן ארבא דחמרא, לא אשכח דוכתא לאותוביה. אמר ליה לההיא איתתא, אית לך דוכתא לאוגרי. אמרה ליה לא. אזל קדשה, יהבה ליה דוכתא לעייליה (הכניסה את היין לביתה). אזל לביתה, כתב לה גיטא, שדר לה. אזלא איהי, אגרא שקולאי מיניה וביה, אפיקתיה ואותביה בשבילא'. הסיקו מכך הראשונים, שאין כל תוקף לסיכום שכירות שנעשה מכח טעות ואומדנא שגוייה, והרי החפצים מונחים ברשותו ללא כל היתר, והיה מותר לה להוציאם מרשותה לרשות הרבים. וזהו לשון תלמיד הרשב"א שם: 'שכירות או שאלה בטעות וברמאות אינה כלום, ויכול להוציאם בכל עת שירצה בלא הודעה'.

אומנם דין הגמ' נאמר במי שהכניס את החפצים לרשות האישה ברשותה, אלא שעשה זאת בדרך הטעייה ותרמית. אולם הרמב"ם בהלכות שכירות פ"ז ה"ז הרחיב את דין זה גם על: 'מי שהכניס פירותיו לבית חבירו שלא מדעתו'. כלומר, חל דין זה גם על חפצים שהוכנסו ללא רשות כלל מבעלי הנכס והבניין. וכן פסק השו"ע בס' שיט סעי' א.

אך הדרישה סק"א הסיק מלשון הטור והרא"ש שדווקא אם הטעה את בעל המקום, יכול הבעלים למכור חלק מהפירות ולשכור פועלים שיוציאו את החפצים מרשותו, ברם אם הכניס את החפצים שלא ברשות ובלא להטעות את בעלי הנכס, אינו יכול לסלק את החפצים כלל. ומעמדם יהיה כאבידה שברשותו.

הסמ"ע שם סק"א הביא את שיטת רבנו ירוחם שדווקא אם הטעה את בעלי המקום רשאי לסלקו, אולם לא יכול להוציא את החפצים בשטח שנועד להשכרה, אף שהכניס את החפצים ללא רשות, כיון שרואים בהכנסת החפצים לשם כתחילת שכירות הגם שלא סיכמו עליה תחילה, ולא יוכל לזרוק את החפצים החוצה ולהפסידם.

כל דייר מחוייב לנהוג בשטח המשותף כפי הנהוג והמוסכם, ומשעה שהוחלט על פי דין לנקות את המרחב המשותף, יהא מוגדר מעת זו כהכנסה למרחב ללא רשות. אומנם, מתבקש ומוטב יעשו וועד הבית של הבניין שיקצו ויאפשרו לכל הדיירים את השימוש הנאות במרחב המשותף על פי הצרכים שלהם, במידת האפשר, ובכלל זאת מקום לעגלות ולאופניים, גם אם הוא היחיד בבניין שזקוק לכך.

### **מה מותר לבעלי המקום לעשות עם כל החפצים שמצויים ברשותם**

הראשונים בארו מה הותר לבעל הנכס לעשות באותם חפצים שמצויים ברשותו ללא רשות;

הרמב"ם שם פסק: 'יש לבעל הבית למכור לו מאותן הפירות כדי ליתן שכר הפועלים שמוציאין אותן ומשליכין אותם לשוק, ומדת חסידות היא שיודיע לבית דין וישכרו ממקצת דמיהן מקום משום השב אבידה לבעלים, אף על פי שלא עשה כהוגן'.

אולם הרא"ש בב"מ פ"ח ס' כו לא הזכיר שיש להודיע לבעלים ממידת חסידות: 'אזלא איה ואגרא אגרי מיניה וביה ואפיקתיה ואותיביה בשבילא... ולא מיבעיא חצר דלא קיימא לאגרא אלא אפי' חצר דקיימא לאגרא א"ל לכולי עלמא ניחא לי לאוגורי לדידך לא ניחא לי לאגורי דדמית עלי כאריא ארבא וצריכה להודיעו. ואם נאנס אחר שהודיעה היא פטורה'.

הבדל זה נמצא בין השו"ע לרמ"א בס' שיט סעי' א, שכן השו"ע פסק: 'יש לבעל הבית למכור לו מאותן הפירות כדי ליתן שכר הפועלים שמוציאין אותם ומשליכים אותם לשוק. ומדת חסידות הוא שיודיע לבית דין, וישכרו במקצת דמיהם מקום, משום השבת אבידה לבעלים, אף על פי שלא עשה כהוגן'. והרמ"א הוסיף: 'ויש אומרים דצריך להודיעו תחלה, ואם נאנסו לאחר שהודיעו, פטור'. ונחלקו בהפוסקים בהגדרת השיטות, אם יש מחלוקת ביניהם, ומה כלול במחלוקתם:

**א.** מלשון הרמ"א שהתחיל הגהתו בלשון 'ויש אומרים' משמע, וכן כתב הב"י להדיא שיש מחלוקת

בין הראשונים, ולשיטת הרא"ש אם לא הודיע לבעלים תחילה שמוציא מרשותו את החפצים – יהא חייב מדינא על חפצים אלו שסילק לרחוב. ואילו לרמב"ם ולשו"ע רק ממידת חסידות צריך להודיע לבעלים, אך לא מדינא. והקצוה"ח שם סק"ג הוסיף טעם לדין זה, שכיון שהטעה את האישה ושלא כדין נהג, כן נוהגים עימו, ומדינא אינו צריך להודיע כלל. אך לדבריו, אם לא רימה את בעלי המקום, יהא חייב להודיע לבעלים על פינוי חפציו. וכן סבר הערוך השולחן שם סעי' ב.

**ב.** אולם הפרישה שם סבר שאין מחלוקת בין הראשונים, ולכו"ע קודם שמסלק את החפצים אינו צריך להודיעו מן הדין אלא ממידת חסידות, אך לאחר שהוציא חייב להודיע מדינא: 'דמ"ש הרמב"ם שיודיע לבית דין, ר"ל קודם שיוציאום מן החצר וזה אינו מחוייב מן הדין אלא ממדת חסידות, והא דאינו מודיע לבעל הפירות משום שאינו רוצה שיכנס לביתו, ואילו מודיעו ירא לנפשיה שיכנס לביתו מאחר שעשה עמו שלא כהוגן. אלא אחר שהוציאו מחצירו חייבוהו מהדין להודיע ויצילם משם'. שכן בשל החשש של בעל הנכס שמפחד מפני בעל החפצים שכבר רימה אותו והכניס לרשותו במרמה, אינו חייב מדינא להתעמת איתו ולהודיע לו תחילה, בכדי שלא ימנע ממנו פעולה זו. אולם אחר שהוציא את החפצים, מחוייב למנוע ממנו נזק, ולהודיעו, שיציל את ממונו. והסמ"ע שם סק"ב חידד דבריו, שלפני שהוציא את החפצים לשוק חייב להודיע לבי"ד שיצניעו את החפצים במקום אחר, ואם לא נהג כן יהא חייב להודיע לבעל החפצים לאחר שהוציא. ואם לא הודיע כלל, יהא חייב לבעל החפצים על איבוד ממונו.

ולדברים אלו, צ"ע אם יהא דין זה זהה גם לגבי מי שהכניס שלא ברשות כלל, שלא פעל במרמה כלפי בעלי המקום, אם יש לבעל הנכס חשש מלהודיע לו תחילה. או שבעלי המקום לא צריכים להתעמת עם מי שנהג שלא כהוגן.



**ג.** הט"ז שם סק"א סבר שכל עוד לא צריך בעל המקום את מקום החפצים באופן מיידי ודחוף (כגון לצורך מקלט בטיחותי בעת איום טילים), אינו יכול כלל להוציא את החפצים בלא להודיע תחילה לבעלי הממון, ואם הוציא בלא צורך מיידי ולא הודיע לבעלים, חייב בהפסד הממון לכו"ע. והרמב"ם הצריך ממידת חסידות גם ממי שמוציא בעת הצורך המיידי להודיע לבעלים. נמצא, שהמבקש להוציא חפצים מהמרחב המשותף למען הסדר, יהא חייב לכו"ע להודיע תחילה לבעלים, בטרם יפנה אותם מהמקום.

**ד.** הסמ"ע שם סק"א הביא את שיטת רבנו ירוחם, שאם המקום מיועד להשכרה, יהא אסור לפנות ולהוציא את החפצים, ויהא חייב בעל החפצים בשכירות המקום. בניין משותף, אינו מיועד להשכרה, ואין לצפות שיתירו הדיירים את האופניים ברחבה בשל תשלום שכירות המקום, ועל כן, אף לשיטתיה יש להתיר לוועד הבניין לפנות את האופניים מהמקום.

נמצאנו, שעל פי ההבנה הראשונה, שהינה הבנת הב"י ופשט לשון הרמ"א, לשיטת הרמב"ם והשו"ע אין צריך להודיע כלל מדינא, אלא רק ממידת חסידות, ולרא"ש ולרמ"א יש להודיע תחילה לבעל האופניים על פינוי הרחבה. וכך אכן נהג מנהל הוועד, ועל כן גם להבנה השנייה של הסמ"ע וכן להבנת השלישית של הט"ז יהא פטור הזורק את האופניים לאחר שנערכה התראה והודעה סבירה לכל הדיירים.

במקרה מעין זה, אין מקום להציע (כפי שהציע באגרות משה חו"מ ח"ב ס"ו נ) למכור חלק מהחפצים ולשכור בדמים אלו מקום לאופניים (אא"כ היו ברחבה חפצים מרובים לדייר זה). אך, היה מצופה ממנהל הוועד, שבמידת האפשר יאכסנו את האופניים במקום שלא יפריע לדיירים, לבל יסבו נזק גדול לבעל האופניים. או שימכרו את האופניים, וישיבו לו את התמורה שקיבלו. אבל גם אם לא נהגו כן, לא יהיו חייבים לו על שפעלו מכח סמכותם לאחר שהודיעו לו על פינוי הרחבה.

כיון שרחבת הבניין שייכת לכל הדיירים, לא יתכן לפנות אופניים ללא התראה תחילה, ואינו דומה למי שמכניס חפציו ללא רשות לחצר רעהו שנחלקו בכך אם נצרכת ההתראה וההודעה מדינא, ולכן אם לא נערכה הודעה בטרם סילקו את האופניים, יש למסלק האופניים לשלם על נזקיו, שכן הנתיה"מ בס' רצא סק"ז וס"ק יד כתב שלהוציא ממקום משתמר למקום שאינו משתמר, הינו זהו מזיק גמור בידיים (פרט למצב חירום, שבו צריך לפנות מקלט באופן מיידי, שאז ברור על דעת כל המכניס למקלט חפציו, שהם יפנו בעת הצורך, ובכך שלא פינה את חפציו עם פתיחת המקלטים, הרי הוא כמאבד ממונו בעצמו, שכן שלב זה של פתיחת מקלטים הינו כהודעה מפורשת לכל בעלי החפצים במקלטים). אולם זר שיכניס חפציו ואופניים לרחבת הבניין שלא ברשות, אם יסלקו אותם ללא התראה תחילה, יהא נתון למחלוקת הראשונים הנ"ל לפרשנות של דבריהם, ולא יוכל להוציא ממון.

## מי חייב בנזקי האופניים

כאמור, באם היה פועל וועד הבית ללא התראה והודעה מראש כנגד אופניים של דייר בבניין, היה חייב לשלם לו על שזרק את אופניו. והוא הדין גם אם היתה ההתראה קצרה ולא מספקת, כך שאחד הדיירים נמצא בנופש או במילואים לא ראה את ההתראה. אם לא נערכה ההתראה כראוי, ומנהל הוועד נתן הנחייה לדייר אחר לחתוך את מנעול האופניים ולזרוקם, יש לדון מי חייב בנזקי האופניים, השליח המבצע, או המשלח שהתווה את הכללים.

הגמ' בב"ק בדף נו. דנה לגבי השוכר עדי שקר אם חייב בתשלומי נזקיו, ואמרה הגמ' שאומנם אינו חייב מדינא משום סברת הגמ' במסכת קידושין בדף מב: 'לימא דברי הרב ודברי התלמיד, דברי מי שומעין', אך בידי שמים – חייב. ואומנם שמאי הזקן בקידושין בדף מג. סבר שיש שליחות לדבר עבירה, אך כבר פסק הרמב"ם בהלכות מעילה פ"ז ה"ב והשו"ע חו"מ בס' קפב סעי' א ברמ"א ובס' שמח סעי' ח שאין הלכה כמותו.

בשו"ת נודע ביהודה מהדו"ק ס"ז עז נתנוכח עם הגאון ר' איציק'ל אם טעם זה של דברי הרב נשאר למסקנה, ונפק"מ לכך יהא אם גם בשוגג אמרין שאין שליחות לדבר עבירה. שכן יש לתלות דינו במחלוקת של רבינא ורב סמא, שלרבינא שאם השליח אינו בר חיובא ישנה שליחות לדבר עבירה והמשלח חייב, ולרב סמא הלא העושה הינו בר בחירה והמשלח פטור.

כן נחלקו בכך הפוסקים. הרמ"א בס' קפב סעי' א סבר שאם השליח אינו בר חיובא והשליחות מתקיימת, כגון שהוא נוכרי או חרש שוטה וקטן או שהיה שוגג ולא ידע מהעבירה – המשלח חייב על העבירה. אך הש"ך שם סק"א חלק וסבר שלעולם השליח חייב, ואין תורת שליחות במקום שיש עבירה, וכן סברו התוס' ב"מ בדף י:.

הנתייה"מ בסי' קפב סק"א כתב שאם הטעה את השליח, וודאי המשלח חייב, כמו חצר שקונה בעל כורחה. נמצא שאם הטעה מנהל הוועד את השליח, ונתן לו להבין שבעלי האופניים הפקירם מכבר, או שהינם שלו, הרי יהא המנהל חייב את שווי האופניים עפ"י שווים בעת זריקתם. אולם אם לא הטעה את השליח, לא יוכל הזורק לחמוק מאחריות, והיה לו לברר היטיב בטרם זורק לאשפה חפצי אחרים אם היתה התראה כדין.

# מאורות תורת המשפט

## תשובות אקטואליות בדיני ממונות

אבישי נתן מייטליס

כב באייר תשע"ז נשלח ח' ניסן מ'די שבועיים, להצטרפות: [meorothamishpat@gmail.com](mailto:meorothamishpat@gmail.com) גליון מספר 53

### שוכר עשה שיפוץ והתקין מזגן

האם בעל הדירה מחויב לשלם לשוכר על השבחת הדירה

#### המקרה:

משכיר השכיר דירתו למשך תקופה ארוכה, במהלך תקופה זו השוכר ערך כמה שיפוצים קלים בדירה (צבע, החליף שיש במטבח, דלת, תאורה וחדר שירותים) לנוחיותו בעלות של 15,000 ₪, וכן התקין בה מזגן מבלי ליידע את המשכיר. בסיום תקופה זו, פינה השוכר את הדירה וביקש מהמשכיר לשלם לו את עלות השיפוץ שהשביח את ערך הדירה (מתווך העריך שהדירה הושבחה בכ-25,000 ₪) והנעים את השהות בה, וכן את עלות המזגן שהתקין (הוא דרש קצת פחות מהמחיר ששילם, כיון שהשתמש בו תקופה מסוימת).

**טענת המשכיר:** מודה שבזכות השיפוץ קל יותר למצוא שוכרים לדירה, אבל גם במצבה הקודם היתה הדירה יכולה להחטף בשל מיקומה. השוכר ערך את השיפוץ לנוחיותו ועל דעתו, מבלי להתייעץ איתו תחילה, והוא לא יכול כרגע להוציא סכום כזה על שיפוץ הדירה, שאינו מעלה את מחיר השכירות שהוא דורש.

**טענת השוכר:** אומנם הוא לא התייעץ עם המשכיר, אולם השביח את הנכס שלו, ועליו לשלם על השבחת הנכס.

#### תשובה

אם על פי חוות דעת של מתווכים היו שוכרים נמנעים מלשכור את הדירה במצבה הקודם, הרי מוגדרת הדירה כמיועדת לשיפוץ, ועל המשכיר לשלם לשוכר עבור שירות זה שעשה למענו, אף שלא התבקש לכך ולא נועץ עימו תחילה. נוסף על ההוצאות הכרוכות בכך, 'יהא זכאי השוכר לקבל שכר טירחתו כקבלן'. דין זה יהא נכון גם אם ערך הדירה לא עלה בשל השיפוץ הזה. אומנם, אם המשכיר טוען שלא מעוניין בשיפוץ, פטור משלם.

אולם אם הדירה היתה נשכרת גם במצבה הקודם, והמשכיר טוען שלא היה עושה שיפוץ זה, הרי מוגדר כמקום שלא מיועד לעבודה זו, ולא יהא השוכר זכאי לתשלום על שעשה. אולם אם אכן הושבחה הדירה בשל כך (מסתבר שהצבע לא הוסיף במאומה להשבחת הדירה), 'יהא השוכר זכאי לקבל את דמי ההוצאות שהוציא לצורך זאת בסך 5,500 ₪', מלבד המזגן שהשוכר יכול לקחת את שהשביח אליו בשל חוסר עניין של הבעלים.

#### נמוקי הדין

##### שכר היורד לשדה חברו שלא ברשות

הגמ' בב"מ בדף קא. הביאה ברייתא בדין הנכנס לנכס חברו ומשביחה ללא ידיעת הבעלים: 'איתמר, היורד לתוך שדה חברו ונטעה שלא ברשות, אמר רב שמין לו, וידו על התחתונה. ושמואל אמר אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנטעה. אמר רב פפא ולא פליגי, כאן בשדה העשויה ליטע, כאן בשדה שאינה עשויה ליטע'. וכן פסק הרמב"ם בהלכות גזלה ואבדה פ"ה ה"ד: 'היורד לתוך שדה חברו שלא ברשות ונטעה, אם היתה שדה העשויה ליטע, אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו ליטעה, ונטל מבעל השדה. ואם אינה עשויה ליטע, שמין לו וידו על התחתונה'. ונפסק דין זה בשו"ע בס' שעה סעי' א.

עד כה השמיעו לנו דין מי שהשביח מקום ללא שהתבקש מתחילה על כך, והבעלים שמח בעבודה זו, והעבודה שהושקעה במקום היתה מתבקשת, שכן זו 'שדה שעשויה ליטע', או שאומנם 'אינה עשויה ליטע', אבל בעלי המקום שמח משירות ועבודה זו. ובמציאויות אלו, יש לשלם לפועל את שכר על מלאכתו, וכפי שרוב פפא באר שאם עבד בשדה שעשויה ליטע יש לאמוד כמה אדם רוצה לשלם על עבודה זו, ובשדה שאינה עשויה ליטע' תהא יד הפועל על התחתונה.

שתי שיטות נאמרו בראשונים בהגדרת 'ידו על התחתונה' וכן בהגדרת 'אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו';

**א.** רש"י, הרי"ף, הרמב"ם והרא"ש בארו שהכוונה שידו על התחתונה היא, שבשדה שאינה עשויה ליטע' יטול או את דמי ההוצאות או את השבח – את הנמוך מביניהם. ואילו בשדה 'העשויה ליטע' תהא ידו על העליונה, ויטול כשכר שתלי העיר גם על טירחתו, כשכר פועלים שבשוק.

**ב.** בעל המאור הקשה על שיטתם: 'היכן מצינו יורד שלא ברשות ב"ד ושלא ברשות בעלים, שיהא נוטל בשבח היתר על ההוצאה. וכן מי עשאו לזה אריס או שתלא'. ועל כן סבר כרב האי גאון שלעולם לא יקבל היורד לשדה חבירו אלא רק את ההוצאות בלבד. אלא שבשדה 'שאינה עשויה ליטע', ישומו לו את הוצאותיו עפ"י פועלים זולים, ובשדה 'העשויה ליטע', ישומו את ההוצאות על פי פועלים טובים ויקרים.

הריטב"א בשיטה מקובצת שם יישב את קושיית בעל המאור מדוע יטול הפועל שכר כמנהג פועלי המדינה, והא מעולם לא התבקש ע"י הבעלים לעשות עבודה זו, והשיב: 'ויש לומר, דכיון דשדה העשויה ליטע וידעו הבעלים ושתקו ודאי נחא להו במאי דעבד וכאלו ירד מדעתם דמי', וכ"כ הרמב"ן והנמו"י ב"ב ד:'. כלומר, כיון שמקום זה היה צפוי לעשות עבודה זו, וכל שדה מעבדים ומניבים ממנו פירות, מניחים שהבעלים שמח מעבודה זו, והסכים לתהליך זה הגם שלא נתן על כך אישור רשמי.

ניתן להגדיר, שבשדה שאינה עשויה ליטע', לכו"ע התשלום הינו רק בשל ההנאה שנהנה ממנו הבעלים. אך בשדה 'שעשויה ליטע', סברו בעל המאור ורב האי גאון שיש לשלם ליורד לשדהו רק בשל ההנאה שהשקיע בשדה, ואילו הרמב"ן והריטב"א היורד לשדה זו נחשב כשליחו של הבעלים. וצ"ב מדוע נדרשו הרמב"ן והריטב"א ליסוד שליחות בכדי לחייבו. צ"ל, שסברו שבכדי לחייב בשכר טירחה צריכה להיות איזה הסכמה ביניהם ושליחות, ובהעדר סיכום מראש אין לשלם ליורד לשדהו אלא הוצאותיו. ונראה לקמן נפק"מ להבנה זו.

דין זה מצאנו בשו"ע ביו"ד בס"י רצא, שם הובא דין שאין השוכר יכול ליטול את המזוזה שקבע בבית מפני המזיקין כפי שנמקו הראשונים (תוס' ב"מ בדף קא: בד"ה 'לא יטלנה', תוס' בשבת בדף כב., הנמוק"י בב"מ בדף קב.), והביא על כך הב"י דעת ה"ר מנוח: 'שאם הראשון מקפיד על דמיה, טוב לשלמה לו, אבל אין מוציאין'. הרי שיש לבעלי המקום לשלם על תוספת שהשקיע בבית ונהנה מהן הדר במקום, ופסק כן הרמ"א שם סעי' ב. הב"ח שם כתב שחייב לשלם, והברכי יוסף סק"ד דייק מדברי רבנו מנוח שרק טוב שישלם. ובאגרי"מ י"ד ח"ד ס' מד יישב, שבזמנם לא היתה עלות המזוזה גבוהה, ולכן כתב רבנו מנוח 'אם מקפיד על דמיה', ובסתמא מוחל לו על המזוזה. נמצא שאם אין סברת מחילה, מחוייב לשלם לו על השבח שבביתו. וכן כתב הריטב"א בב"מ קב. להדיא: 'אפשר ששני חייב לשלם לו'. וכ"כ בשטמ"ק בשם רבנו יהונתן: 'לא יטלנה בידו, אלא ימכרנה לו בדמים שהיא שוה', וכ"כ בשאלות פרשת שלח ס' קכו. והברכי יוסף הביא לשון הריטב"א: 'אית דבעי למימר דמצי ליטול אעפ"י שאינו צריכה לו, וכל כמה דלא יהיב ליה דמים, הוא נוטלה ויוצא'. דהיינו, אם לא מקבל דמי המזוזה, יטלנה עימו ביציאתו.

אומנם לו היה פועל על פי בקשת הבעלים או בהסכמתו, אף שלא נקבו מחיר לעבודה זו, היה נוטל מבעלי הנכס כגובה שכר שתלי העיר. השכר המוכר בשוק לעבודה זו. ולדעת הרמב"ן והר"ז"ה, הפועל יקבל הוצאותיו בנוסף לשכר טירחה, ולא כשכר פועל במדינה.

## **הבעלים דוחה מלקבל את העבודה שהושקעה**

הגמ' שם דנה במציאות שהבעלים דוחה את טענת השבחת הנכס וטוען שאינו חפץ בהשבחה שנעשתה בנכס שלו, ואומרת הגמ' שהוא נאמן בטענה זו אם היא כנה, וישלם רק כשדה שאינה עשויה ליטע: 'דהוא דאתא לקמיה דרב, אמר ליה זיל שום ליה. אמר ליה לא בעינא... לסוף חזייה דגדרה וקא מנטר לה. אמר ליה, גלית אדעתך דניחא לך - זיל שום ליה, וידו על העליונה'. הרי שקיבלו את טענתו שלא מעוניין בהשבחה שנעשתה, ופטור מלשלם על שנעשה, אלא משהתגלה כי אכן הוא נהנה מההשבחה,

הרי חייבוהו לשלם כפי שמשלמים למי שירד לשדה ברשות, ויקבל הפועל שכר על מלאכתו כמנהג פועלי העיר, כפי שבאר רש"י שם בד"ה 'גלית אדעתך'.

כמו כן ישנה אפשרות גם לפועל ליטול את שהשקיע בנסח חבירו, ואינו מחוייב להשאירו במקום בעת שיוצא משם: 'איתמר, היורד לתוך חורבתו של חבירו ובנאה שלא ברשותו, ואמר לו עצי ואבני אני נוטל, רב נחמן אמר שומעין לו, רב ששת אמר אין שומעין לו... רבן שמעון בן גמליאל אומר: בית שמאי אומרים שומעין לו, ובית הלל אומרים אין שומעין לו. מאי הוי עלה. אמר רבי יעקב אמר רבי יוחנן: בבית שומעין לו, בשדה אין שומעין לו. בשדה מאי טעמא - משום ישוב ארץ ישראל. איכא דאמרי, משום כחשא דארעא (רש"י בד"ה 'משום': 'שכבר הכחישו הנטיעות את השדה שיקו ממנה'). מאי בינייהו. איכא בינייהו חוצה לארץ (רש"י בד"ה 'איכא בינייהו': למאן דאמר משום כחשא דארעא - ממונא אפסדיה, ואפילו בחוצה לארץ נמי אין שומעין לו!). הרי שיכול הפועל לדרוש את שהשקיע ועבד בחזרה, ולקחת את האביזרים שהשקיע במקום, אלא שבשדה מנוע הפועל מליטול את שנטע משום ישוב ארץ ישראל ובחול"ל משום כחשא דארעא, ולדעת הראב"ד בהלכות גזילה ואבידה פ"ה ה"ה אף בעלי הקרקע אינו יכול לבקש לעקור האילן בארץ ישראל משום מצוות ישובה.

### בעל הבית טוען 'טול עציך ואבניך'

בגמ' לא נזכרה אפשרות טענה של בעל הבית 'טול עציך ואבניך', כפי שהעיר הרי"ף, אלא רק אפשרות שהפועל יטעון כן. ונחלקו הראשונים בהאי דינא, אם בעל הבית יכול לטעון כן.

וזה לשון הרי"ף שם בדף נח: בדין זה: 'ואי אמר ליה בעל הקרקע טול עציך ואבניך, דלא בעינא בנין, הא מילתא ליתא בגמרא בהדיא. ושדרו ממתיבתא, דכי היכי כד א"ל בעל בנין עצי ואבני אני נוטל שומעין לו, הכא נמי אי א"ל בעל קרקע טול עציך ואבניך שומעין לו... והאי טעמא טפי עדיף ומסתבר מההוא טעמא דכתב' בספר מקח וממכר, דלא יהא אלא ספק. הא קי"ל דספק ממונא חומרא לתובע וקולא לנתבע, וכל שכן דטעמא דמסתבר הוא'. הרי שרב האי גאון סבר שבעל הקרקע אינו יכול לטעון כן, אך שלחו לו מהשיבה שבעל הבית זכאי לומר כן שיטול את שהשביח.

בעל המאור פסק כרב האי גאון, שכן 'אין לנו לחלוק אלא במה שחלקו בו בגמרא', ואין לנו לחדש טענה זו מעבר למה שהזכירה הגמ' שיכול הפועל, בעל הנטיעות לטעון. אך הרי"ף צידד בדעת חכמי השיבה, משום שמסתבר לו טעמם, וכן משום שכל ספק ממונא לקולא, ואין צריך לשלם.

הרמב"ן בב"מ שם סבר שבעל הבית יכול לטעון זאת רק בשדה 'שאניה עשויה ליטע', אך בשדה 'העשויה ליטע', לא יוכל לטעון כן: 'וכן דעת רבינו הגדול, דלמריה ארעא שומעין לו אם אמר טול עציך ונטיעותיך ואבניך בין בבית בין בשדה דליכא למיחש לכחשא דארעא ולא לישוב א", שאם בא לקוץ אין ממחין בידו לפיכך שומעין לו בכלן, ומיהו בשדה העשויה ליטע אין שומעין לו, דכמאן דגדרה ומנטר לה דמי'. ואילו הרא"ש פ"ה ס"ח כ"ב סבר שיכול בעל הבית לטעון זאת גם בשדה 'שעשויה ליטע': 'אבל אם אינו רוצה לקיים אומר לו קח נטיעותיך ולך אפי' בשדה העשויה ליטע. לפי שיכול לומר, לדידי ניחא לי טפי בשדה לבן', הרי שיכול לטעון זאת גם בשל 'סיבות הפרטיות שלו', כלשון החזו"א בב"ב ס"ב ב אות ג.

יסוד מחלוקתם הינה, כפי שמבאר הדרישה סק"א אם המעשה שהיה בפני רב, היה בשדה שעשויה ליטע, ואזי יכול לטעון 'טול' אף בהכי, או רק שאניה עשויה ליטע. אומנם לדעת החזו"א שם, אין כאן מחלוקת, ולכו"ע יכול לטעון 'טול' גם 'בעשויה ליטע', אלא שלרמב"ן צריך סיבה נכרת לטעון זאת בשדה 'שעשויה ליטע'.

כפי שבארנו לעיל, לשיטת בעל המאור ורב האי גאון די בכך שבעל הבית יאמר שלא נהנה מהעבודה, בכדי לפוטרו מלשלם ליורד לשדהו, אולם סבר בעל הבית לא נאמן לומר שלא נהנה מהעבודה בשדה 'העשויה ליטע', ולעולם יהא חייב לשלם לפועל. אולם לרמב"ן והריטב"א צריך בעל הבית לבטא את חוסר העניין שלו מהעבודה בכדי שיחשב שלא פעל מטעמו ואינו כשליחו. ובשדה 'העשויה ליטע' אינו נאמן לומר שאינו נהנה ממנו, וחייב לשלם לו, אך אם 'אינה עשויה ליטע' יכול לומר שאינו מעוניין בשליחות זו ופטור מלשלם. ובניגוד לכך, הרא"ש סבר שגם בשדה 'העשויה ליטע' יכול לומר שלא נהנה, ודי בכך להפטר מלשלם לו.

בשיטת הרמב"ם נפלה מחלוקת. וכך כתב רמב"ם בהלכות גזלה פ"י הלכה ד: 'היורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות ונטעה אם היתה שדה העשויה ליטע אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו ליטעה ונוטל מבעל השדה, ואם אינה עשויה ליטע שמין לו וידו על התחתונה'. ובהלכה ה כתב שם: 'אמר לו בעל השדה עקור אילנך ולך שומעין לו, אמר הנוטע הריני עוקר אילני אין שומעין לו מפני שמכחיש את הקרקע'.

הכס"מ והסמ"ע בס' שעה סק"ד סברו שדברי הרמב"ם בהלכה ה' נסבים על הלכה ד', כלומר שאף בשדה 'העשויה ליטע' יכול בעל הבית לטעון 'טול עציך ואבניך'. ברם המ"מ סבר שהלכה ה' אינה נסיבה על שדה 'העשויה ליטע', וכרמב"ן שלא יכול לטעון כן אלא 'באינה עשויה ליטע'.

השו"ע בס' שעה סעי' ב' סתם כלשון הרמב"ם שיכול בעל הבית לומר 'טול עציך ואבניך', ואזי לא ישלם לו על שהשביח בנכסיו. ומסתבר שפוסק כדבריו בכס"מ שגם 'בעשויה ליטע' יאמר 'טול'. אולם הסמ"ע ס"ק יד הבין בדעת הרמ"א, כשיטת הרמב"ן, ורק 'באינה עשויה ליטע' יכול לטעון 'טול'.

יש לציין, שדרישה מעין זו של בעל הבית צריכה להיות כנה ואמיתית, ואם מסתבר לבית הדין שבעל הבית פועל מתוך נקמנות או להריע למשקיע, לא תתקבל טענתו, כן כתב הרא"ש בב"מ פ"ח ס' נג והובא בטור בס' שעה: 'וא"א הרא"ש ז"ל כתב, מסתברא טעמיה היכא שלא היה משתמש בחורבתו ויש לו משלו שראוי לבנות בנין כזה בלי קיפוח פרנסתו דאז ודאי תואנה הוא מבקש כדי להפסיד לבעל הבנין, ואין שומעין לו. הא לאו הכי, שומעין לו'.

נמצא, שכל אחד מהצדדים יכול לבטל את העסקה הלא כתובה שלא סוכמה מעולם, אלא שבשדה מנוע הפועל מליטול את שנטע משום ישוב ארץ ישראל ובחו"ל משום כחשא דארעא, ולדעת הראב"ד בהלכות גזילה ואבידה פ"ה ה"ה אף בעלי הקרקע אינו יכול לבקש לעקור האילן בארץ ישראל משום מצוות ישובה. אולם אם לא ביקש בעל המקום ליטול את שהשביח, מחוייב לשלם על ההשבחה שנעשתה ונהנה ממנה.

### טול את הצבע, ואת השיש במטבח

אם בעל הדירה טען שלא מעוניין בשיפוץ ובתוספות שהשוכר השקיע בדירתו, יש להבדיל בין שני מאפייני עבודות של השוכר. פריטים ותוספות שהשוכר השקיע במקום ויכולים להנטל ולקחת מהדירה, השוכר זכאי לקחתם, ולא יוכל לדרוש עליהם תשלום מבעל הדירה. אולם שיפוצים שנבנו בבית כצביעה או שיש למטבח או ארונות שנבנו לפי מידת המקום, השוכר לא יכול לקלף את הצבע מהקיר, ואין לו מה לעשות עם השיש שישבור, ואין לו כל שימוש בארון שמתאים לפי מידת מיקומו הייחודי – יש לדון אם יצטרך בעל הבית לשלם לו על הוצאותיו, כפי שנראה.

בנתי"מ בס' קמח סק"א כתב ששווי חפץ נאמד לפי ערך ששווה להמכר בשוק, ואם אין לו ערך להמכר, אין חיוב על המזיק אותו בתשלום נזקו. ולכן במסכת כתובות בדף ל' לגבי מי שתחב לו חבירו לבית הבליעה, דן התוס' שאין למאכל שבפיו שנמאס שווי להמכר בשוק. ולדידינו היה מקום לומר שהמשכיר לא יחייב לשוכר מאומה, שכן אין השיש והארון שווה להמכר בשוק, ואין הצבע שעל הקיר שווה לאיש, ואין לו שווי להמכר. אולם החזו"א בס' ו' סק"ג כתב באר, שהכוונה שיש לאמוד את שווי ערך החפץ לפי היכולת שלו להמכר לבעליו. כלומר, בכמה בעלי החפץ היו קונים אותו, וזה מגדיר את שווי של החפץ.

לגבי יכולת בעל הבית לטעון 'טול את הצבע', כתב הנתי"מ בס' שעה בביאורים סק"ב: 'נראה דדוקא בכה"ג שיכול ליקח האילנות... ולכך יכול לומר לו איני רוצה בהנאה זו, ואיני רוצה ליהנות מזה. אבל כשאינו יכול ליקח הדבר ההוא, כגון שצבע לו בגד ואי אפשר להעביר הצבע, מחוייב לשלם לו'. נמצא, שבעל הדירה לא יוכל לטעון 'טול' את השיפוץ שאין יכול השוכר ליטול. ולכן יש לו לשלם על הצביעה (אם לא היה חייב בכך השוכר ממילא, עפ"י החוזה ביניהם), שיש המטבח, השירותים והארונות שהשביח השוכר. אך על המזגן והדלתות, יוכל לטעון 'טול' לשיטת הרמב"ן ודעימיה, אם שדה שאינה עשויה ליטע, ולשיטת הרא"ש אף בעשויה ליטע יטען כן.

אולם הקצוה"ח בס' שו"ס חלק, וסבר שיכול בעל הבית לומר לצובע שלא ברשות ליטול את הצבע. והנתי"מ שם סק"ז חלק ע"כ עפ"י שיטתו, שאין יכול לומר 'טול' על דבר שאינו יכול ליטול.

החזו"א בב"ק ס' כב סק"ו הקשה על הנתי"מ, שהרי גם באביזרים שיכול הפועל ליטול, הרי לא יוכל להשיב לעצמו את הטירחת שהשקיע. נמצא שלעולם יהא מידה מסויימת שלא יכול להחזיר לעצמו, ויפסד. כמו דין הצבע. אומנם הסכים החזו"א, שאמירה זו 'טול' יכולה להחשב כמצחק עליו, שכן אינו יכול ליטול. וכוונתו באומרו 'טול' צריכה להבחן. החזו"א בב"ב ס' ב' סק"ג כתב כי אם לא מעוניין בעל הבית בצביעה, אף בשל מצבו הכלכלי, ולא נראה שניחא לי, אינו יכול להוציא ממון. וכ"כ החת"ס בב"מ בדף טו: 'בדבר שלא שייך טול עציך ואבניך, כגון צבע וכדומה... אין לכופ לנגזל לשלם לו מאומה'.

וכן עולה מפסק הרמ"א בס"י שעה ס"ז שהביא דין זה בעניין צביעת הבית בשם תשובת הרא"ש: 'ראובן שהיה לו בית רעוע ויצא מן העיר, ובא שמעון ודר בו והוציא הוצאות להציל הבית מן הנפילה וסיידו וכיירו, כל מה שהיה לצורך שלא יפול צריך ראובן להחזיר לשמעון, אבל א"צ ליתן לו מה שסיידו וכיירו, כי יוכל לומר: איני צריך לזה (בתשובת הרא"ש המובאת בטור, מזכר טעם שונה: 'זה עשה להנאת עצמו'). להדיא פסק הרמ"א שיכול בעל הבית לומר לו 'טול את הצבע', כשמגלה דעתו שלא ניחא ליה בכך (אזיל הרא"ש לשיטתיה, שגם בשדה העשויה ליטע יכול לומר לו 'טול' את שלך. וכבר העיר הסמ"ע ס"ק יג, בסתירת פסקי הרמ"א בעניין).

**לסיכום:** דעת הנתיב"מ שלא יכול בעל הבית לומר לפועל 'טול' את הצבע, כיון שאינו יכול ליטלו, ויש לו לשלם לפועל, הוצאות או שבח, ולדעת הרמ"א, הקצוה"ח, החת"ס והחזו"א רשאי לטעון שיטול את הצבע כשמגלה דעתו שלא ניחא ליה כלל בעבודה זו (פרט למציאות, שצביעה זו שעשה השוכר, חסכה לבעל הדירה צביעה).

## שיפוז הבית

כפי שראינו ישנה חלוקה ברורה בין מקום שעשוי ליטע, כלומר שהעבודה היתה אמורה להתבצע ממילא במקום זה, שכן לשם כך נועד השטח, לבין מקום שלא נועד להשבחה זו. ויש לבחון כל מקרה לגופו, אם היה מקום זה עשוי ליטע, ובהתאם לכך, יש לחייב לשלם לפועל.

בנוגע לשיפוז דירה, כתב הרמב"ם בהלכות גזלה פ"י ה"ו: 'החצרות הרי הן ראויות לבנין, ולהוסיף בהן בתים ועליות, לפיכך הורו הגאונים שהבונה בחצר חבירו שלא מדעתו, הרי זה כנוטע שדה העשויה ליטע ושמין לו כמה אדם רוצה ליתן בבנין זה לבנותו, והוא שיבנה בנין המועיל הראוי לאותה חצר כמנהג אותו מקום'. הרי שכל שיפוז סביר ומקובל במקום זה נחשב כהשבחה בשדה 'שעשויה ליטע', ומותר לפועל ליטול שכר טירחתו ככל פועל. אומנם, מצבו הכלכלי של המשכיר, יכול להחשיב את המקום שאתר 'שאינו עשוי ליטע', כן מבואר ברא"ש שהטור הביא (הבאנו את לשונו לעיל: 'בלי קיפוח פרנסתו'), והביאו הסמ"ע ס"ק יג.

הגר"א בס"י שעה ס"ז כתב הערה מיוחדת בביאור דין זה: 'בעשויה, הרי זיכה לו מיד, וא"י לחזור, שחצירו קנתה לו'. כלומר, כיון שאמדין שבעל הבית מעוניין בעבודה בשדה 'שעשויה ליטע', זוכה בעל הבית באשר נבנה לאלתר, ולא יוכל לטעון הפועל ש'טול' את שהשביח, וכן הבין הלבוש שם סעי' ו. וצ"ע לפי"ז, אם יהא מותר לשכור לקחת מה שהשביח הנכס בטרם שידעו בעלים בשבח שזכו בו. ומסתבר, שמעולם לא יצא מידי השוכר, כל עוד מעוניין בו.

נמצא שאם מתווך דירות יעיד שלא יוכל למצוא דיירים לשכור דירה זו במצבה הקודם (צ"ע בהגדרת הערכה זו, שכן המצב השיכי, שיכול למצוא שוכרים רק אחר זמן מה, והתפשרות על תנאים מסויימים), הרי 'יהא זכאי השוכר לדמי ההוצאות ושכר הטירחא שהשקיע במקום. אולם אם יכלה הדירה להשכר גם קודם, הרי מוגדרת כמקום שלא מיועד לשיפוז, ולא יהא זכאי השוכר לדמי טירחה. אך לגבי ההוצאות שהשקיע במקום, כיון שבעל הבית אינו מעוניין בהם, יוכל לקחתם השוכר לעצמו. אך שיפוז שנבנה במקום ולא מטלטל והשוכר אינו יכול ליטול עימו – אם אכן הושבחה הדירה בסיוע השיפוז (למעט הצביעה, שלא מסתבר שהיא השביחה את ערך הדירה), יוכל לגבות את ההוצאות מבעלי הדירה. ולכן ארון מטבח ושיש שמתאימים למקום שבו הותקן, ולא יכול השוכר לקחתו לבית אחר, יתן לו המשכיר את דמי הארון והשיש, המשומש מכבר. ובכל זאת, אם בעל הבית יטען שלא מעוניין בשיפוז זה ולו מהסיבה הכלכלית, לדעת השו"ע יוכל לטעון 'טול' את השבח, ופטור מלשלם לו.

הגר"ר הרב נפתלי נוסבוים בחוברת הישר והטוב ח"ד עמ' ל כתב שאם השוכר דר במקום למשך שנים ארוכות, ועשה את השיפוז לעצמו, לא יוכל לדרוש מבעלי הדירה את ההוצאות, מכיון שזה נהנה וזה לא חסר, ולא סבר להשביח לבעלי הבית. וצ"ע על דבריו, מכך שיכול לדרוש דמי המזוזה, הגם שהעמידה לעצמו.

יש לציין, שהשוכר לא יוכל לדרוש השתתפות בהשבחת הדירה (גם לו היתה במצב קשה ומוגדרת כעומדת לשיפוז), שכן ערך הדירה שעלה שייך לבעלי המקום ולא לפועל שהשביחה. וכי לקבל ולפועל שבונה בית יש זכויות בשווי שהבית מוערך בסיום עבודתו.

# מאורות תורת המשפט

## תשובות אקטואליות בדיני ממונות

אבישי נתן מייטלס

ז' בסיון תשע"ז נשלח ח'נמ מ'ידי שבועיים, להצטרפות: [meorothamishpat@gmail.com](mailto:meorothamishpat@gmail.com) גליון מספר 54

## האם מותר לקטוף מפירות שעברו לחצר שכנו

### המקרה:

ענפי עץ תות שגדל ברשותו של אדם, חרגו לחצר חבירו ולרשות הרבים, והוא ביקש מילדי שכנו לבל יקטפו מהפירות, כיון שהוא רוצה לקטופם לעצמו. ומנגד, השכן מונע מבעל העץ להכנס לרשותו ולקטוף את הפירות.

**טענת בעל העץ:** הפירות שייכים לבעלי האילן, ולו הזכות להנות מהם.

**טענת השכן:** כל הנמצא ברשות חצירו, שייך לו. ותמה, 'וכי איני יכול לסכך את סוכתי בענפי הדקל של שכני שנטו ומצויים ברשותי'. אחר כך טען, שבדק וכי שורשי העץ גדלים ברשותו, והוא בעל הפירות.

### תשובה

בעל הפירות הינו בעל הגזע והאילן, הגם שנטו השורשים והענפים לחצר שכנו או לרשות הרבים, ואין רשות לזולתו לקטוף מהפירות, אא"כ ניכר שהפקירם ואין בדעתו לקטופם.

כיון שהפירות שיצאו לחצר שכנו שייכות לבעל האילן, יש לאפשר לו לקטוף אותם (לא נדון כאן אם כופין אותו על מידת סדום לאפשר לשכנו לקטוף, או לחייבו להתרצות למדרס כף רגל תמורת תשלום).

אילן המצוי בין שני חצירות, ובבעלות שניהם, בעלי השורשים יטלו פירות לפי אחוזי השורשים שברשותם.

### נמוקי הדין

#### ענפי אילן שנטו לרשות חבירו

איתא בגמ' בב"מ בדף קז: 'איתמר, אילן העומד על המיצר. אמר רב הנוטה לכאן - לכאן, והנוטה לכאן - לכאן. ושמואל אמר חולקין'.

נחלקו הראשונים בביאור המחלוקת שבין רב ושמואל, במאי עסקין;

רש"י שם באר אילן שנטוע בקרקע סמוך למיצר והשרשים נוטים בשל חבירו, ועל מציאות זו נחלקו רב ושמואל. כלומר, רק במצב ששורשי האילן נטו לחלק חבירו, אז נחלקו רב ושמואל, אם אזלינן בתר שורשי האילן או גוף האילן.

אולם התוס' בד"ה 'אילן העומד' פרש: 'שהאילן עומד ממש על המיצר שהוא של שניהם ואין השרשים מתפשטין לקרקעו של זה יותר משל זה, אך הענפים נוטין יותר לשל אחד מהם.. אבל אי נטוע כולו ברשות אחד והענפים נוטים ברשות חבירו בזה אמר ר' יוחנן בס"פ לא יחפור ב"ב בדף כז:... שעל מנת כן הנחיל יהושע את הארץ, שכל הענפים יהא לבעל השרשים'. הרי רק כששורשי האילן מצויים בין שתי החצרות, וברשות כל חצר חלק שווה של השורשים, אז אמר רב שהולכים בתר הנוף הנוטה ולשמואל חולקין. אך אם כל השורשים ברשות אחד, לכו"ע שייכים הענפים והפירות אליו. ומאידך, אם אחוז השורשים שברשותם אינו זהה, ולאחד החצירות יש יותר שורשים, כתב הנתיה"מ בס"י קנה ביאורים ס"ק טו שיטול כל אחד אחוז פירות לפי אחוז השורשים שבחצירו: 'ואם השרשים נוטין לזה יותר מלזה, חולקין לפי ערך מה שהן יותר בזה מזה ואין משגיחין על הנופות. וכן מוכח מדברי התוס'.

השו"ע בס"י קנה סעי' כט פסק כשמואל: 'אילן העומד על המצר, אף על פי שהוא נוטה לתוך שדה אחד מהם, שניהם חולקים פירותיו'. וכן חזר על כך השו"ע בס"י קנה סעי' ב: 'אילן העומד על המצר, אף על פי שהוא



נוטה לתוך שדה אחד מהם, הרי שניהם חולקין בפירותיו'. והוסיף הרמ"א: 'אבל אם עומד בשדה של אחד מהן, ונוטה לשדה אחר, הולכין אחר העיקר והכל שלו'.

אומנם הטור בס"י קנה הביא תשובת גאון שפסק כרב: 'תשובה לגאון... אותן נופין שנוטין לרשות לוי שלו הן, ואוכל פירותיהן... אף על פי שבכ"מ הילכתא כשמואל בדיני, הכא הילכתא כרב, שכן נהגו בני מיצר אילן הנוטה לכאן לכאן'. אך בפרישה ובסמ"ע שם ס"ק 20 באר שלא לדינא כתב הטור כן, אלא שאם נהגו כן, יש לפסוק כן.

דין זה בא לידי ביטוי גם בגמ' בב"מ בדף כא: 'תאנה הנוטה לדרך, ומצא תאנים תחתיה, מותרות משום גזל', כיון שעם נפילת התאנה היא נמאסת (רש"י) והר"ח בארו שהוא מתיימש ממנה, המאירי באר שמפקירה בשל מיאוסה. הרשב"א הביין שהבעלים יודע שכל המוצאה יסבור שהוא התיימש ולא ישיבנה לו, ולכן מתיימש ממנה), ויכול ליטלה. לעומת זיתים וחרובים של אילן שנטה לרשות הרבים שאסור ללוקטן, משום שהוא גוזל בכך את בעליהן, בעל האילן.

כן מצאנו, בגמ' בגיטין בדף כב. גדר עיקר האילן, והקובע את גדר הפירות, בדיון לגבי חיוב במעשר: 'נקבו בארץ ונופו בחוצה לארץ, אביי אמר, בתר נקבו אזלינן. רבא אמר, בתר נופו אזלינן. בדאשרוש כ"ע לא פליגי, כי פליגי - בדלא אשרוש... ואכתי בדאשרוש לא פליגי, והא תניא, אילן מקצתו בארץ ומקצתו בחוצה לארץ, טבל וחולין מעורבין זה בזה, דברי רבי, רשב"ג אומר, הגדל בחיוב חייב, והגדל בפטור פטור. מאי לאו מקצת נופו בארץ ומקצת נופו בחוצה לארץ. לא, מקצת שרשין בארץ ומקצת שרשין בחוצה לארץ'. הרי שאזלינן בתר שורשי האילן, ולא עפ"י מיקום הענפים והפירות (אומנם שם דרוש יניקת הארץ בכדי לקבוע שלא גדל בחו"ל וחייב במעשרות. הערת דרך אמונה ביכורים ב, יא בביאור"ל 'ואם'. וכן נאמר בריש ביכורים שאין להביא מפירות ענף שהוברך וגדל בחצר חבירו, מטעם שלא גדל בארץ, ואין ללמוד משם על הבעלות הממונית).

## מה קובע את הבעלות – הגזע או השורשים?

הגמ' בב"ב בדף כז: אמרה: 'כי אתא רבין אמר רבי יוחנן, אחד אילן הסמוך למיצר, ואחד אילן הנוטה - מביא וקורא, שעל מנת כן הנחיל יהושע לישראל את הארץ'. יש לבחון את פירוש הדברים.

התוס' בב"מ בדף קז. שהובא לעיל, בארו: 'אי נטוע כולו ברשות אחד והענפים נוטים ברשות חבירו, בזה אמר ר' יוחנן... שעל מנת כן הנחיל יהושע את הארץ, שכל הענפים יהא לבעל השרשים'. ויש להבין בדבריו, האם כוונתו שיש לילך בתר השורשים כפשט לשונו, או כוונתו שעיקר האילן הינו בגזע.

הנה מלשון רבי יוחנן מבואר שדיבר על שני מצבים: 'אחד אילן הסמוך למיצר, ואחד אילן הנוטה'. כלומר, אילן סמוך למיצר, הכוונה שהגזע מצוי 'במיצר' בין שני החצירות, והשורשים נטועים בשני החצירות גם יחד, ועל כך אמרו תוס' כפי שבאר הנתי"מ, שיטול כל אחד לפי אחוזי השורשים שברשותו. והמקרה השני, אילן הנוטה, כוונתו, שכל השורשים ברשות חבירו, אך אזלינן בתר גוף האילן. הוי אומר, שמיקום הגזע והאילן קובע את שייכות הפירות, ורק אם מצוי בין שני החצירות גם יחד, השורשים קובעים את בעלות הפירות. הוי אומר, שהגזע הוא המקיים ומגדל את פירות האילן, ולכן הפירות בחזקת בעלי העץ ולא בעל השורשים שמהם יונק העץ. אומנם, אם שניהם שותפים בעץ והוא גדל ברשותם, אזלינן בתר גורמי יניקת העץ.

וכך נתי"מ ס"י קנה ביאורים ס"ק טו באר: 'שניהם חולקים פירותיו. והיינו דוקא כשעומד על המצר גבוה שבין השדות המשותף לשניהם. אבל סמוך למצר, אף שכל השרשין יוצאין לשל חבירו הרי הוא שלו לבדו, וכשעומד על המצר אז אזלינן בתר השרשין, וכשהן שוין בחלק שניהם, חולקים'.

כעת נותר לבאר, למי שייכים הפירות מעיקר הדין ומה היתה תקנתו של יהושע. ושתי שיטות מצאנו בדבר;

א. בשו"ת אגרות משה חו"מ ח"א ס"י מג סבר שמדינא שייכים הפירות לבעל האילן, ויהושע תיקן שהגם שהענפים והשורשים יוצאים לגבול שכנו לא יקפיד עליו: 'דלדיני ממון תלוי רק בגוף האילן במקום יציאתו מן הקרקע, אם עומד בשדה ראובן אף שכל השרשין וגם הענפים ועליונו של האילן הוא בשל שמעון, שייך לראובן'. ובאר שכן היתה תקנת יהושע: 'מדינא היה יכול שמעון למחות שלא יינק משדהו, ולא ילכו הענפים לאוירו, ותיקן יהושע שלא יקפידו. ולכן הוכחתי ששייך למי שגוף האילן במקום יציאתו עומד'. וסיים שם, שכיון שמדינא הוא כן, שבעל האילן הוא בעל הפירות: 'אין לחלק בין אם הוא ישראל או עכו"ם, דגזל עכו"ם הא אסור. דאם היה זה רק מתנאי יהושע, היה מסתבר דלא תיקן שלא יקפידו אלא לישראל ולא לעכו"ם, אבל כיון שהוא מדינא אין לחלק'.

**ב.** בדרך אמונה בהלכות ביכורים פ"ב סעי' יא בביאורו"ל 'ואם' כתב שמעיקר הדין שייכים הפירות לבעל השורשים, ומתקנת יהושע שייכו את הפירות לבעל האילן. ותקנה זו קיימת, אף אם השורשים מצויים במקום הפקר, בעל האילן זוכה בהם. ויש לעיין אם גם בגוי או בחוץ לארץ (הערת הרש"ש בב"מ שם) תיקן יהושע.

## הבעלות על הענפים

דיון זה משליך באופן ישיר על אחריות נזיקין של ענפים שנטו לרשות אחרת.

הגמ' בבא בתרא בדף ס. מספרת שתי מעשיות על נזק ענף שיצא מרשות פרטית: 'ר' אמי הוה ליה זיזא דהוה נפיק למבואה, והוה גברא נמי הוה ליה זיזא דהוה מפיק לרה"ר, הוה קא מעכבי עליה בני רה"ר. אתא לקמיה דר' אמי, א"ל זיל קוץ. אמר ליה, והא מר נמי אית ליה. ידי למבואה מפיק, בני מבואה מחלין גבאי, דידך לרשות הרבים מפיק, מאן מחיל גבך. ר' ינאי הוה ליה אילן הנוטה לרשות הרבים, הוה ההוא גברא דהוה ליה נמי אילן הנוטה לרשות הרבים, אתו בני רשות הרבים הוה קא מעכבי עילויה. אתא לקמיה דר' ינאי, א"ל, זיל האידנא ותא למחר. בליליא שדר קצייה לההוא ידידיה. למחר אתא לקמיה, א"ל, זיל קוץ. א"ל, הא מר נמי אית ליה. א"ל, זיל חזי, אי קוץ ידידי קוץ ידידי, אי לא קוץ ידידי לא תקוץ את. מעיקרא מאי סבר, ולבסוף מאי סבר. מעיקרא סבר, ניחא להו לבני רה"ר דיתבי בטוליה, כיון דחזא דקא מעכבי, שדר קצייה'.

אומנם, מותר להשהות ענפים עפ"י הנהוג באיזור זה, כמבואר ברשב"א בב"י בס' תיז, אך החורג מכך, מחוייב בעל האילן להסיר. וכך פסק השו"ע בס' קנה סעי' כו: 'מי שהיה אילן חבירו נוטה לתוך שדהו... כל הנוטה עד שיהיה שקול כנגד המצר. וכן אם היה נוטה על בית השלחין של חבירו, או על בית האילן, קוצץ את כל הנוטה עד שיהיה שקול כנגד המצר'. וכן בסעיף כז לגבי ענפים הנוטים לרשות הרבים.

## הפירות המצויים בשטח חבירו. לקטוף ממטע שבעליו הזניחו

השו"ע בס' קנה סעי' א פסק את פשט דברי המשנה בב"מ בדף קיח: 'שתי גנות זו על גב זו והירק בינתיים, בגובה עובי הארץ שביניהם, כל שהעליון יכול לפשוט ידו וליטול אותו מעיקרו, הרי הוא שלו, ובלבד שלא יאנוס עצמו. והשאר של תחתון'. הרי שאת הירק שמצוי בחצר חבירו, יכול תחתון ליטול לעצמו, הגם ששורשיו בחצר העליון. וזאת בניגוד לכל שראינו עד כה, שהעליון הינו בעלי הירק בהיותו בעל השורשים.

רש"י שם בד"ה 'והשאר של תחתון' יישב כך: 'ועליון הוא גופיה אפקורי מפקר להו לגביה, שגנאי הוא לו ליטול רשות ליכנס לתוך של חבירו וללקוט'. כלומר, אכן שייכים הפירות לבעל השורשים, אלא שמפקר אותם לשימוש התחתון, משום שגנאי הוא לו לילך ולבקש את הפירות אליו. מדין זה נראה, שבמציאות שהפירות מצויים ברשות חבירו, ישנו גנאי לבעל הפירות ללקטם, ומותרים ביד שכנו שהפירות ברשותו.

אולם בערוך השולחן שם באר את דין זה, שאין גנאי לבקש ללקוט את הפירות שגדלו ברשותו, אלא רק מכיון שהירק שבגינה לא גדל בשטח שלו המובהק ישנו גנאי: 'מפני שגנאי הוא לו ליכנס לתוך של חבירו ללקוט הירק כיון שאינו גדל על קרקע שלו רק מצד קרקעו אין דרך בני אדם לעשות כן וממילא דהוא של התחתון מפני שבאורו גדל זכה לו אויר חצרו מפני שיונק מאוירו'. ולדבריו, כל שהשורשים מצויים ממש ברשותו, אין הוא מפקירם לחבירו, אדרבה, שומר על זכותו ועל פירותיו.

אמור מעתה, שיש מציאות שבעלי הפירות מתייאש מהם, ומותר לזר לקטוף מהפירות בעודם על העץ. ולאור זאת יהא מותר לקטוף פירות אפילו מרשות פרטית, כאשר ידוע וברור באופן מוחלט, שהבעלים מודע לעץ הטעון בפרי ברשותו, ואעפ"י כן הוא מעולם לא בא לאסוף את פירותיו. הרי זהו כמחילה וכהפקר לכל הבא ליטול. אלא שיש לסייג זאת בשני סייגים, שידוע שהבעלים אינו קטן או מי שאין לו דעת, שכן לאו בני מחילה הם, כמבואר בס' רלה (ובביאור הגר"א שם סק"ט כתב שרק כשמחלו בפירוש מהני מחילתם, כד"ן הקנאה). וכן שהגישה למקום העץ פתוחה, שכן דעת הכל להקפיד על כניסת זרים לרשותם. אך עץ ברשות פרטית פרוצה לכל, ושהבעלים מודע לקיומם של הפירות ולא לוקט אותם, הרי הוא כמתיאש מהם, ומותר ללקטם.

לפי"ז, חייל הנמצא ע"י מטע שבשל המתיחות הביטחונית מנוע מלקטוף את פירותיו, מותר לו לקטוף מהפירות, בתנאי שברור לו שאין סיכוי שהבעלים יספיק לקטוף את פירותיו בסיום המתיחות והחזרה לשיגרה. ויש להישמר מחמדת הלב, ומורה היתרא.

## **עץ ברשות הרבים/ פרטית, שענפיו נוטים לרשות פרטית/ הרבים**

יש ללמוד מהמשנה בב"מ בדף ק"ח: שאמרה שהפירות של התחתון, יסוד חשוב בהגדרת הבעלות על הפירות. אומנם, בעל האילן או השורשים הינו בעל הפירות, אך בהעדר בעלות זו, מיקום הפירות שמצויות ברשותו, מהווה כבעלות עליהם.

נפק"מ לכך יהיה, באילן שמצוי ברשות הרבים והינו הפקר (אומנם לגבי ליטול מהענפים, כגון לסכך את הסכך בסוכות, או למדורה – יש לאסור. כיון שהינו של הרבים והם שותפים בו, ודעת הרבים שנטעו אותו, הינה שהעץ ישומר ולא יכרתו אותו אף שלא מקפידים על נטילת הפירות (אם מקפידים גם על נטילת הפירות, הרי יהא כגזלן גם על נטילת הפירות, ולפי המבואר בש"ך ביו"ד בס' שלא ס"ק סט יהא חייב בתרומות ומעשרות, אא"כ בעלים מרדפין אחריו ולא התיימש ממנו – ש"ך שם סק"ע). ואכן לא יהא חייב בתרומות ומעשרות כדין עץ הפקר ביחס לפירותיו), והכל מלקטים מפירותיו – הענפים שנוטים לרשות היחיד, מקנים לו את הפירות לבעלותו. ויהא אסור לזר להכנסת לרשותו וללקוט מהפירות שחדרו לרשות היחיד.

אומנם, אכתי יש לדון לגבי מצב הפוך, שענפי היחיד נטו לרשות הרבים, שכל עוד הוא מקפיד עליהם, יהא אסור ללקטם, מפאת שהם שייכים לבעל החצר שהאילן גדל בו, וכפי שאמרה הגמ' בב"מ בדף כא.: אולם אם ידוע שאינו מקפיד עליהם, וגנאי לו ללקטם, יהא מותר לרבים לקחת מהם, שכן הינם כהפקר.

# מאורות תורת המשפט

## תשובות אקטואליות בדיני ממונות

אבישי נתן מייטלס

כא בסיון תשע"ז נשלח ח"נ מדי שבועיים, להצטרפות: [meorothamishpat@gmail.com](mailto:meorothamishpat@gmail.com) גליון מספר 55

## להעלות שכר דירה באמצע שנה, כשלא חידשו את החוזה

### המקרה:

שוכר דירה חתם על חוזה שכירות לשנה אחת, ובסיום השנה ביקש להמשיך את השכירות לתקופה נוספת, כך שגר במקום במשך שנתיים וחצי שנים נוספות.

המשכיר נוכח שהשוכר אמין מאוד בדיבורו והתנהלותו, ושילם במועד את תשלומי השכירות, על כן לא טרח לבוא מחוץ לעיר בכדי לחתום על חוזה, ובטח באימון ובסיכום שבעל פה.

באמצע השנה הרביעית דרש המשכיר לעלות את דמי השכירות, בעקבות התייקרות מחירי השכירות באיזור.

**טענת השוכר:** בחוזה הראשון היה מוסכם כי השכירות נקבעה לשנה, וכאשר המשיכו את השכירות נעשה הדבר על סמך חוזה זה, ומשהתחיל שנה נוספת, הינו זכאי לדור שנה נוספת על פי התעריף שהיה עד כה, ואין יכולת למשכיר להעלות את שכר הדירה באמצע השנה.

**טענת המשכיר:** כיון שהדייר גר במקום ללא חוזה שכירות, יכול הוא להציב תנאים חדשים לדייר, או לדרוש ממנו לפנות את הדירה לאלתר, ללא הודעה מוקדמת.

### תשובה

בהעדר חידוש חוזה והסכמה מפורשת בעל פה על טווח זמן השכירות, אין כל צד מחוייב לתקופה כל שהיא, ובהודעה של חודש מראש, יכול להפסיק את השכירות, או להציב תנאים חדשים, כולל גובה שכר הדירה. נמצא, שעל החודש הקרוב יש לשוכר לשלם לפי התעריף הישן, ומחודש הבא, יהיה חייב לשלם עפ"י דרישה העדכנית של בעלי הדירה, בהנחה שמעוניין לדור שם.

שאר תנאי השכירות והחיובים ההדדיים, מחוייבים הצדדים לתנאים המצויים בחוזה הראשוני.

### נמוקי הדין

#### חובת התראה לפני דייר

בגמ' בב"מ בדף קא: הובאה תקנת חכמים שנועדה להגן על השוכרים שיוכלו להערך בעוד מועד ולהעתיק מגוריהם לדירה המתאימה לצרכיהם, ותקנו שבעל הבית אינו יכול להוציא דייר ללא התראה תחילה, וכתבה הגמ' שאורך זמן ההתראה משתנה לפי מאפייני המיקום והעונה בשנה, כפי שסיכם זאת הרמב"ם בהלכות שכירות פ"ו ה"ז: 'המשכיר בית לחבירו סתם אינו יכול להוציאו עד שיודיעו שלשים יום מקודם, כדי לבקש מקום ולא יהיה מושלך בדרך... בד"א בימות החמה, אבל בימות הגשמים אינו יכול להוציאו מן החג ועד הפסח... בד"א בעיירות, אבל בכרכים אחד ימות החמה ואחד ימות הגשמים צריך להודיעו י"ב חדש מקודם'. וכן פסק השו"ע בס' שיב.

בספר עמק המשפט הלכות שכירות סי' ד אות ד הביא את דעת הגרי"ש אלישיב זצ"ל, שעל פי המציאות בימינו, גם בחורף ניתן למצוא דירות, ודי בהודעה מוקדמת של שלושים יום בכדי לפנות דייר. ומסתבר, שיש לבחון ולבדוק כל מציאות לגופה עפ"י מתווכים המצויים בעיר, אם ניתן להשיג דירה הולמת בנקל ובמחיר סביר.

מנגד הציץ אליעזר ח"י סי' נב סק"ג כתב שאף בזמנינו יש לערים דין כרכים, שיש להודיע י"ב חודש: 'בכרכים גם בבית צריך להודיעו שנים עשר חדש מקודם, וירושלים שהוא מקום העסק הנידון בודאי דין כרכים

לה... שהרדב"ז ז"ל בתשובותיו סי' אלף קי"א כבר בזמנו השיב כי ירושלים נקרא כרך לענין השוכר בית שצריך להודיעו י"ב חדש קודם, בנמקו שהרי באין לה מכל הלשונות מסוף העולם ע"ש. ומינה דעל אחת כמה בזמנינו בודאי ובודאי שנחשב כרך גם לפי מספר תושביה בלבד כ"י. ופשוט'.

אולם אם נערך הסכם על הזמן שקצבו ביניהם, יוכל המשכיר לדרוש לצאת עם סיום החוזה, בלא התראה נוספת. שהרי ידע השוכר על המועד שקבע לפינוי הדירה, והיה לו להעריך בהתאם. וכך פסק השו"ע שם בסעי' ח עפ"י הירושלמי שהובא ברי"ף בדף נט. וברא"ש בהשואל בס' כד – כה והרמב"ם בהלכות שכירות פ"ו ה"ו: 'אם שכרו לזמן קצוב, כיון שכלה הזמן, יכול להוציאו מיד, אפילו כלה הזמן באמצע ימות הגשמים'.

## התייקר שכר הדירות

הגמ' בב"מ שם הביאה את דינו של רב הונא העוסק שמצב שבו התייקר שכר הדירות במקום, ובעל הבית מעוניין להעלות את שכר הדירה: 'ואם בא לרבות בדמיה – מרבה (רש"י בד"ה 'אם בא': 'בעל הבית, להרבות לו בדמי השכר – מרבה משיגיע זמנו, אפילו לא הודיעו')'. אמר ליה רב נחמן: האי לנקטיה בכובסיה דלשבקיה לגלימא. לא צריכא, דאייקור בתי (רש"י בד"ה 'דאייקור בתי': 'שהפסדו ניכר')'. הרי שזכאי בעל הדירה לשנות ולהציב תנאים חדשי לשכירות, אם מחירי הדירות עלו, בסיום זמן השכירות.

הראשונים הבינו, שאם ישנו חוזה ביניהם, בעל הבית אינו רשאי להעלות את שכר השכירות, ורב הונא מיייר כשאין חוזה זמן ביניהם. וכן הורה הרמ"א שם סעי' ט עפ"י תשובת הרא"ש: 'אם שכרו לזמן קצוב, אע"פ שנתייקרו הבתים או הוזלו, אינן יכולין לשנות רק כפי שהתנו'.

אולם גם אם היה פג תוקף החוזה, או שהיה סיכום בעל פה על זמן השכירות והוא הסתיים, והשוכר המשיך לגור במקום, לא יוכל לדרוש שכר גבוה יותר למפרע על התקופה הנוספת ללא תיאום עימו תחילה, כיון שאומדים שדעתו של השוכר להמשיך את השכירות על פי התנאים והסיכומים שהיו עד כה. וכן כתב הר"ן: 'מיהו דוקא דאתנו הכי קודם הזמן ואע"פ שעבר זמן הודעה, הא אם עמדו בסתם, מסתמא דעתם היה על השכר הראשון'. רק כשלא קבעו שכר תחילה, יוכל לגבות כשכר השוק העדכני.

כן כתב בבדק הבית בב"י בס' שיב, בשם הריב"ש ורב האי גאון, והביא לשון הרשב"א בתשובה ח"ב סי' רצד: 'כל האומר אני משכיר לך בית זה בכך וכך לשנה, כל שיעמוד שם אינו חייב אלא לפי אותו סך בלבד. ואפילו אייקור בתי, שלא לשנה אחת בלבד השכירה לו, אלא כך אמר ליה כל זמן שתעמוד שם ולא אוציאך משם, תעלה לי כך וכך בכל שנה. ולא עוד אלא אפילו בא להוציאו משם משנה ראשונה ואילך, אינו רשאי, אלא אם כן הודיעו הזמן הקצוב בגמרא בימות החמה ובימות הגשמים'.

וכך פסק השו"ע שם סעי' ט: 'אם הוקרו הבתים יש למשכיר להוסיף עליו ולומר לשוכר, או שכור בשוויה או תצא... מיהו דוקא דהתנו הכי מקודם הזמן, ואעפ"י שעבר זמן הודעה. אבל אם עמדו בסתם, מסתמא דעתם היה על השכר הראשון'. ובאר הסמ"ע שם בס"ק יד שבעל הבית יכול להציב לשוכר בסיום תקופת השכירות, שיפנה דירתו מיידית או שישכור במחיר גבוה, אך אם כבר החל תקופת שכירות ללא התראה קודמת, אינו יכול להעלות את שכר הדירה: 'פירוש, שהבעה"ב יאמר להשוכר מכאן והלאה אם תרצה לדור בביתי צריך אתה ליתן לי כך וכך לחודש כפי מה שנתיקרו הבתים, ואם לא תרצה ליתן כל כך צא מיד, ואין צריך ליתן לו זמן ל' יום... אבל אם כבר דר בו אין יכול להוציאו מידו כפי היוקר דלמפרע'.

הש"ך שם סק"י כתב, שלא יוכל לדרוש מהשוכר שכר כשעת היוקר על התקופה שדר בה ללא חוזה: 'שאע"פ ששכרו לזמן ודר בו אחר הזמן בסתם אע"פ שנתייקרו או הוזל א"י לשנות ליתן בעד מה שדר יותר מהזמן כפי היוקר', שכן הוא גר שם על סמך הסיכום הקודם.

## המשיך לגור ולא חידש את החוזה, האם יכול כל צד להפסיק את ההתקשרות

בהגדרתו של שוכר שלא חידש את החוזה, מצאנו ג' שיטות ברבותינו הפוסקים;

**א.** השוכר גר שלא ברשות, ויכול המשכיר להוציאו מיידית:

העיטור אות ש שכירות מביא תשובת רב האי גאון באחד ששכר בית בסך מסוים לשנה ולא סיכמו על מספר השנים, והשוכר גר בבית שנה ושלושה חודשים ורוצה להמשיך עד סוף השנה השניה, ופסק שהמשכיר רשאי להוציאו מיד. שאם קובעים סך מסוים לשנה אין בזה התחייבות להשכיר יותר משנה אחת. משמע שכל שכן אם סוכם במפורש על שנה אחת בלבד והשוכר גר שנה ושלושה חודשים, שהמשכיר רשאי להוציא את השוכר מיד. דברי רב האי גאון הובאו בשו"ת הריב"ש סי' תעה, בבית יוסף סי' שיב ובש"ך שם סק"י.

כן הוא לשון המאירי בב"מ דף קא: 'ואם הגיע הזמן ולא היה המשכיר חושש להוציאו ולא השוכר חושש לצאת, והאריך דירתו לשם יותר מזמנו, הרי הוא דר על תנאי סך השכירות שקדם, ומוציאו הלה כשירצה ואף הוא יוצא כשירצה'. וכן כתב בשו"ת מהר"י בן לב ח"ד סי' כח שרשות ביד המשכיר להוציאו בכל שעה שירצה.

לדבריהם, כיון שיכול המשכיר להוציא את הדייר שגר בהסכמה ללא חוזה באופן מיידי ובלא התראה כלל, אזי יוכל המשכיר לדרוש העלאת שכר מיידי.

**ב.** השוכר גר ברשות, וכמי ששכר ב'סתם', ויש להתרות בפניו שלושים יום לפני מועד הפינוי: הערוך השולחן שם סעי' כד כתב: 'שכר ממנו לשנה וכו' וככלות שנתו דר בו עוד מעט זמן, ולא דברו זה עם זה ביכולת השוכר לצאת קודם כלות השנה השניה, וגם ביכולת המשכיר להשכירו לאחר, רק שיודיעו זה לזה ל' יום מקודם כדין שוכר'. הרי משפג תוקף החוזה, מוגדר השוכר כשוכר ב'סתם'.

כן פסקו בחידושי רבינו מאיר שמחה בב"מ דף קא: עמ' קפ, הציץ אליעזר ח"ה סי' ל, וכ"כ בפסקי דין ירושלים כרך יא עמ' קסד ועמ' רפ.

**ג.** השוכר חידש את החוזה הראשוני, ואין אפשרות להוציאו באמצע התקופה החדשה: החכמת שלמה על גליון השו"ע שם הביא מעשה שארע שהדייר עשה הסכם לגור שנה בדירה, והמשיך לגור שנים נוספות, וארע שריפה בדירת המשכיר והוציא את הדייר, בטענה שאינו מחוייב להשכיר לו בעדר חוזה בר תוקף. והחכמת שלמה כתב שנהג שלא כדין, כיון שהחוזה הראשוני היה למשך שנה, השכירות המתחדשת הינה לשנה על פי החוזה ההוא. נמצא שהשוכר הינו בעלי המקום למשך שנה, מכוח החוזה הראשוני.

בספר שורת הדין כרך טו עמ' עב הביא אומנם את דעת החכמת שלמה שסבר שכיון שהשוכר ממשיך בהסכמה לגור במקום, מתחדשת השכירות לשנה כפי החוזה הראשוני, אך לא נראה שקבעו לדינא, וסבר שנחשב כשוכר סתם, ורשאי המשכיר להוציא לאחר התראה כנדרש.

בשו"ת המהרשד"ם חו"מ בס"י רצו קיבל את סברת החכמת שלמה למחצה, וסבר שאם השוכר המשיך לגור תקופה ארוכה לאחר החוזה, בשתיקת הבעלים, הינו ממשיך את החוזה הראשוני. כלומר, לא בכל מצב, מגדירים שהתקופה שבחוזה מתחדשת, ורק אם דר תקופה ארוכה בהסכמת הבעלים. ולדבריו, יוכל הבעלים למחות בו לאחר תקופה קצרה.

## **המשיך שכירות ללא חוזה - האם ישנם חיובים הדדים**

השו"ע שם סעי' יד הביא מצב כזה שישב השוכר במקום ללא חידוש החוזה, וסבר שיש להתייחס לשכירות הנמשכת עפ"י תנאי השכירות הראשונה: 'מקום שנוהגין שיש להם ראש שנה קבוע לשכירות הבתים, וראובן שכר בית משמעון לשנה אחת, ואחר שכלתה השנה נשאר בבית חדש אחד ולא דברו זה עם זה כלום בשכירות שנה הבאה, ורצה ראובן לצאת מהבית ושמעון מעכב על ידו שלא לצאת עד תשלום שנה שניה, הדין עם שמעון'. חידד הסמ"ע שם סק"כ זאת, וכתב על פי תשובת הרא"ש כלל א ס"ז: 'נראה דלאו דוקא חודש אחד, אלא אפילו יום אחד, שכל שנכנס בשנה השניה קצת זמן מה חייב לשלם לו השוכר בעד כל השנה. אלא שמעשה כך היה'.

נמצאנו, שהשכירות החדשה מבוססת על החוזה הראשוני, ועל מי המוסכם מתחילה. וכן באר הגר"א שם ס"ק כג: 'דמסתמא ע"ד (על דעת) ראשונה נשאר שם'. ואזי כל החיובים הקיימים בחוזה הראשוני חלים ומחייבים אף משהמשיך את השכירות, וכן כל ההגבלות שקיימות בחוזה ההוא ממשיכות.

יסוד זה שבהעדר סיכום ברור, ממשיכים את המוסכם עד כה, למד הגר"א מפסק הרמ"א בס"י רכא עפ"י הנמוק: 'היה בתחילה קציצה ביניהן, וחזר אחד, וחזרו ומשכו סתם, אמרינן ודאי על קציצה הראשונה קנו', הרי שאם סיכמו המוכר והקונה על מחיר ולאחר מכן הלך הקונה ומשך את החפץ, הינו חייב לשלם את המחיר שסוכם. הרי שכל שלא דיברו על שינוי בתנאים, ממשיכים התנאים הראשונים.

הנה פסק השו"ע מוסב על מציאות שהיו משכירים לתקופות של שנה, ועל כן משנכנס בהסכמה ליום נוסף, מוגדר כמי שנכנס לדור במקום למשך שנה. אך, אם לא היה מנהג להשכיר לשנה בלבד, נמצא שבהעדר חוזה מעודכן, אינם מחוייבים למשך שנה שלימה (הגם שיתר תנאי החוזה, ממשיכים כפי שהיה בתקופה שהיה החוזה בתוקף), וכן כתב בשו"ת בית יצחק (שמלקס) חו"מ סי' עה אות א. נמצא שדר השוכר, ללא חוזה של זמן,

אבל עם אותם תנאים שהיו מוסכמים בתחילה. ויהא רשאי המשכיר לדרוש מהשוכר לפנות את הדירה בהתראה של שלושים יום בקיץ, ובימות הגשמים רק לאחר הפסח, ולפי הגר"ש אלישיב לפי תנאי המקום ולדעת הציץ אליעזר יהא צריך להמתין י"ב חודש. ומאידך, השוכר מחוייב להודיע בפרקי זמן אלו שמבקש לצאת מהמקום, ולא יצטרך להמתין עד סוף שנה.

כדברים אלו כתב ובחידושי רבינו מאיר שמחה ב"מ דף קא: עמ' קפ שאין בעל המקום מחוייב להשכיר לו לתקופה של שנה נוספת כפי שהיה החוזה הראשון, אלא יכול להוציאו לאחר התראה כדן. ודחה את הטענה שמתבססת על הגהת הגר"א שכל שלא פירשו אחרת, התנאים הקודמים ממשיכים, שכן גדר זה אמור רק על תנאי מסוים שיכול להמשיך, אבל אם התנאי הראשון עצמו אינו יכול להמשיך וכמו בשכירות לזמן מסוים שהזמן הראשון כבר חלף ועבר, אין אומרים שהתנאים יהיו דומים לקודמים. ולכן כיון שהשנה הראשונה שעליה סוכם חלפה ועברה, אין אומרים שהמשך השכירות יהיה על שנה שלימה אחרת. וכן פסק הציץ אליעזר ח"ה ס"ל ל שהמשכיר יכול לדרוש העלאת שכר המקום בהעדר חוזה בר תוקף. וכך כתב בערוך השולחן שם סעי' כד.

אומנם בספק עמק המשפט בס"כ הביא דעת מהר"י בן לב ח"ד ס"ח כה שסבר שרשאי להוציא את השוכר מיידית אף בלא התראה כלל. אלא, שיש לדון בדבריו, שכן דן את הדייר כמי שדר במקום לאחר תקופת השכירות, ובמקרה מעין דין, הוא הגיע להסכמה עם המשכיר לגור במקום, ולא גרע מכל שוכר בסתם שיש להודיע לו שלושים יום. וצ"ת.

בניגוד לכך, החכמת שלמה על גליון השו"ע שם סבר שהשוכר הינו בעלי המקום למשך שנה, מכוח החוזה הראשון, ואזי החוזה מתחדש מיד עם התחלה תקופה חדשה, ועימו כל תנאי החוזה ופרטיו.

### **אופן התנהלות הצדדים מלמדת על כוונתם**

בית הדין בחן את מידת הבנת הצדדים והפרשנות שנתנו להתקשרות שביניהם. שכן אם בעל הדירה פנה בסיום כל שנה לשוכר, ושאל אותו לגבי המשך הדיור בשנה הבאה, הוי אומר שהבין שהשכירות נועדה לשנה, ולפיכך לא פנה אליו כל חודשיים. וכן לאידך גיסא, אם השוכר כל חודשיים היה פונה למשכיר ומבקש להשאר במקום, היה בכך כדי ללמד שהוא סבור שאינו זכאי לגור למשך שנה.

אלא שהמציאות היתה, כפי שרווח במצבים מעין אלו, שהשוכר הביע סיפוק מההתקשרות ביניהם, וביקש מהבעלים להשאר בדירה עד להודעה החדשה, וכך נקפו השנים, מבלי שנוצר דו שיח ביניהם על טווח הזמן שברצונו לשהות בדירה. וכפי שראינו ישנה מחלוקת הפוסקים בכך, ורבו הסוברים שנחשב כשוכר סתם, שתקופת שכירותו לשלושים יום. שכן לא נהוג בזמננו לשכור דירות במועד מסוים בדווקא, שאז היה נכון להבין שהתקופה המושכרת הינה עד המועד ההוא.

# מאורות תורת המשפט

## תשובות אקטואליות בדיני ממונות

אבישי נתן מייטליס

ה בתמוז תשע"ז נשלח זיננס מיידי שבועיים, להצטרפות: [meorothamishpat@gmail.com](mailto:meorothamishpat@gmail.com) גליון מספר 56

### אם מותר לגבות הוצאות משפט שנקבעו בבית משפט

#### המקרה:

בית הדין התיר לתובע לתבוע בערכאה אזרחית. התובע זכה בתביעתו ונפסקו עבורו הוצאות משפט בגין אגרת הדיון, ימי עבודה ושכר טירחת עו"ד.

הוא פנה לבית הדין לשאול אם מותר לו לקבל הוצאות אלו, בטענה שהנתבע היסב לו נזק בכך שגרם לו למצות את הדין והצדק דווקא בערכאות. וכעת מבקש לקבל את שיפוי ההוצאות שנצרך להוכיח את צדקתו.

#### תשובה

על דיון בבית הדין לא ניתן לקבל שיפוי הוצאות, להוציא מקרים בהם הוגשה תביעה קנטרנית, או לחלופין שלא קיים הנתבע את חובתו שלא בתום לב, ובשל כך נאלץ התובע לפתוח בהליך משפטי להשיג את שלו בבית הדין. כמו כן, יקבל תובע החזר ההוצאות שנדרשו לו בכדי להביא סרבן לדין.

ביחס לדיון בערכאות, נחלקו הראשונים אם יהא התובע זכאי לשיפוי הוצאות שנגרמו בשל הצורך לכופף את הנתבע. לדעת השו"ע לא יוכל לקבל הוצאותיו, ולדעת הרמ"א יהא זכאי לשיפוי. יש שאמרו שאם קיבל היתר לפנות לערכאות, יהא זכאי לשיפוי הוצאותיו.

לדעת הגר"א שפירא זצ"ל, יש לפסוק הוצאות בגין ערעור שנדחה בבית הדין הגדול, וכן לאישה שנדרשה לתבוע מזונותיה שנמנעו ממנה.

#### נמוקי הדין

#### אם יש לפסוק הוצאות משפט לזוכה בבית הדין

איתא בגמ' בסנהדרין בדף לא: על דרישת בעל דין לילך לבית דין גדול ומומחה יותר בעיר אחרת: 'אמר רבי אלעזר, מי שנושה בחברו מנה, יוציא מנה על מנה. אלא, כופין אותו ודן בעירו'. הגמ' הקשתה שלא יתכן לחייב את התובע ללכת ולהגיש את תביעתו בעיר אחרת, שכן אין היגיון בכך שהתובע מחברו מנה, יוציא מנה נוסף בנסיעות כדי לתבוע את כספו, ובכך ייצא שכרו בהפסדו. מכאן מסיקה הגמ' שבוודאי יכול התובע לדרוש מהנתבע שיידונו השניים בעירם, אם הם תושבי אותה העיר, ולא ילכו ל'בית הוועד' בעיר אחרת.

התוס' בסנהדרין שם ד"ה 'יוציא' למדו מדין זה, שאין משלמים הוצאות משפט, שכן לו היה מקבל החזר על הוצאותיו, לא היתה טענה 'וכי יוציא מנה על מנה': 'מכאן למתחייב בדין דלא משלם לאידך יציאותיו, אף על פי שמזקיכו לילך לו לדון בעיר אחרת'. וכ"כ הרא"ש בסנהדרין פ"ג ס' מ. כן נפסק בשו"ע ס' יד סעי' ה: 'המתחייב בדין, אינו חייב לשלם לשכנגדו יציאותיו, אף על פי שהזקיכו לדון בעיר אחרת'.

דין זה טעון ביאור. מה הסברא שאין המפסיד חייב לשלם לתובע את ההוצאות, הרי אם התובע זכה בדין, מדוע שיפסיד את תשלומי ההוצאות שהוצרך להוציא בכדי להוכיח את צדקת טענותיו.

התשובה לשאלה זו טמונה בכך שמדובר בנזק המוגדר כ'גרמא'. שכן הפסד ממוני זה הדורש נסיעות למקום הדיון, הפסדי יומי עבודה, ושכירת שירות של טוען רבני או עו"ד שניהל את התיק, מוגדר כנזק עקיף שגרם לו הצד שכנגדו, ולא כנזק ישיר. ועל נזקי 'גרמא' אין על המפסיד חיוב לשלם את ההוצאות בדיני אדם.



הריב"ש בס' תעה הגדיר שיסוד פטור מתשלום ההוצאות מבוסס על כך, שכל צד היסב לעצמו את הנזק; 'שמע מינה שכל אחד מבעלי דינין עושה ההוצאה לעצמו, אם הולכים לבית הוועד'. כלומר, כל צד היה מעוניין בטובת עצמו וביצור טענותיו, ולפיכך הלך לבית הוועד, מתוך אמונה שהצדק יתגלה שם. וא"כ כל צד הזיק עצמו, ולכן פטור יריבו מתשלומי הוצאותיו.

מו"ר הגר"א שפירא במנחת אברהם ח"א סי' יב ובפד"ר כרך יב עמ' 190 למד מפטור זה יסוד גדול בהעמדת הדין בישראל, עפ"י דברי התומים (יובא לקמן), שיש לכל אחד זכות לתבוע ולברר את דינו, ומחוייב כל אחד לעמוד בפניו ב"ד ולהשיב על הטענות כנגדו, ואינו חייב בהפסדי הממון שיגרמו מחמת הזכות היסודית שלו: 'מוכח שבלי הוכחה זו (מהגמ' בסנהדרין), היה מקום לחייב בהוצאות... והנה בסברה למה באמת אינו חייב מחמת דין גרמי', יש לומר שעצם הדרישה שבית הדין ידון בסכסוך, היא זכות של כל אדם, והיא מצווה מהתורה לדון בין אדם לחברו בסכסוכים, ומכיון שהיא מצווה מהתורה, אין לבוא בטענות על מי שתובע מה שצוותה תורה לדון בין אדם לחברו. ועוד נדון בחידושו לקמן.

בתקנות הדין של בית הדין, נאמר בתקנה ק"ח: 'כל פסק יכיל החלטה על מי חלות הוצאות המשפט. מקום שיש לחייב גם בתשלום שכר עו"ד, ייקבע השכר בפסק הדין'. הרי שמוטל על הדיין להחליט על מי מוטל הוצאות משפט, אולם לא הוקנה לו הזכות להטיל הוצאות משפט שלא עפ"י שורת הדין וההלכה. אומנם תקנות הדין משנת תשנ"ג אות ק"ט הסמיכו את בית הדין לפסוק הוצאות.

הגר"מ אליהו בפד"ר ח"י עמ' 14 כתב שראוי לכוון תקנה שתעגן אפשרות פסיקה על כך: 'עם כל האמור לעיל, ראוי ורצוי הוא שיתקנו תיקון גדול<sup>24</sup>, וכמו ששמע מהרשב"א שאם תקנו, חייב לשלם ההוצאות, ויתאספו אלו שבידם לתקן תקנות הקהל ויאמרו ויקבעו באיזה מקרים ובאיזה אופנים יחייבו הוצאות כדי לצאת מכל הספקות ולא יוכל לטעון קים לי'.

### **תביעת שקר ותביעה טרחנית וקנטרנית – האם יהיה זכאי להוצאות משפט בבית דין**

השימוש בבית הדין ככלי ניגוח או כנקמה ביריב הינה תופעה מוכרת. יש ובשל המתיחות הגוואה בין הצדדים, מזמן צד אחד את שכנגדו בטענות שוא, בכדי לחבל בשגרת חייו ולגרור לו טרדה מיותרת. או לחילופין, צד אחד נמנע מהליך תקין וישר, מתוך מטרה לפגוע בצד השני. לדוגמא, בזירה העיסוקית, לווה שלא משיב כסף למלווה או לא משלם לפועל ולבעל מלאכה או לקבלן מתוך טרוניה. ובזירה האישית, בעל שלא משלם מזונות בשל הסכסוך השורר בין הצדדים, או אישה שלא מאפשרת משמורת ראייה שנפסקו בבית דין מתוך מניעים שונים. יש לדון אם בכהאי גוונא יפסקו למוטרד שיפוי הוצאות משפט.

בשו"ת ישועת ישראל בס' יד ס"ק יד אות ה כתב: 'אבל כשנתברר שבשקר טען המלווה... בזה וודאי צריך המלווה לשלם לו ההוצאות. וכן הדין בלווה שלא רצה לפרוע עד שהוצרך לתובעו בבית הוועד... כשנתברר שתואנה ביקש הלווה שהוכחש בדיבורו... גם בזה צריך לשלם לו ההוצאות... ונראה דמלווה שכפה ללווה לילך לפניו ב"ד הגדול, ונמצא שטענותיו שקר, צריך לשלם ממילא גם כשלא נתברר עפ"י עדים, מ"מ יכול הלווה להשביעו שלא ידע שא"ח (שאינו חייב) לו... דבאם נראה לב"ד שבמזיד רצה הלווה לכפור ממון, חייב לשלם ההוצאות'. כלומר, כאשר המניע של הצורך בדיון לא היה כנה וישר, מוגדרת העילה לקיומו כמעשה הזיק יריבו, ויהא חייב בהוצאות משפט.

על פי יסודו של מו"ר הגר"א שפירא זצ"ל, שהובא לעיל, חידושו זה של הישועות יעקב ממש מתבקש, שכן רק כאשר נדרש לגלות את צדקתו לאור, צריך לשאת בהוצאות מחוייבותו, אך כאשר אין לפנינו תביעה אמיתית שעומדת כנגדו, אינו חייב לשלם מכיסו את הוצאות הצדק לאור, ולכן יפסקו בית הדין שיפוי להוצאותיו.

ישנו פס"ד בפד"ר ח"י בעמ' 3 שנסב על בעל שתבע ופתח בהליך 'שלום בית' עם אשתו, ובמקביל פנה לשדכנית והחל לחפש להקים בית חדש, האישה תבעה ממנו הוצאות שנגרמו לה בשל ה'שלום בית' המדומה שהוא הציב. ובית הדין לא פסק לה הוצאות משפט, והיא ערערה לבית הדין הגדול לערעורים, וזכתה בהוצאות משפט (שנבעו בשל תרמית זו. היו עוד הוצאות שלא זוכתה, שכן לא התרמית שלו גרמה אותם). הגר"מ אליהו שם פסק שם: 'בנ"ד שהבעל תובע שלום בית ובד בבד עם זה הוא הולך לשדכנית למצוא לו אחרת,

<sup>24</sup> אפשר שהתבסס ברצונו זה על דברי הר"י מגאש, המובאים בפתחי תשובה בס' לב סק"א: 'שמעתי שבית דין מכין ועונשין שלא מן התורה כו', ובתנאי שתהיה השעה צריכה לכך... או שהיו במדינה שעושים כפועל הזה, שיש לחוש שאם יתרשלו מלעונשם שירבו לעשות כן'.

וכשבא הדבר לפני ביה"ד הוא מכחיש מכל וכל, ועל האשה היה להוכיח מה שהכחיש... ובזה אין צל של ספק שלא היתה צריכה להוציא אילו הוא התובע לא היה מכחיש בזה, חייב הבעל לשלם לאשה ההוצאות'.

וכן כתב מו"ר הגר"ש ישראל בפסקו שם: 'דברי ישועות ישראל הם פשוטים ומוכרחים, דכשהמלוה בא בעקיפין ומרמה, זה דומה ממש למה שפוסק הרמ"א בלך ואני אבוא אחריו ולא בא, שהוא חייב... שהוא בדברים אלה מביא את חבריו להוציא הוצאות. וכמו כן בדיון המלוה שתובע במרמה, בתביעתו הוא כופה על הלואה את ההוצאות בכדי להפטר מתביעתו, ע"כ חייב דינא דגרמי, וכן כל כהאי גוונא, תביעה שהתובע יודע שהוא שיקר ובא על השני במרמה לגזול ממנו ולגרום לו הוצאות חנם, הר"ז ממש הדין של לך ואני אבא אחריו... א"כ מסקנת הדברים להלכה היא שכל שיש מרמה בטענות התובע חייב בהוצאות הצד שכנגד מדינא דגרמי'. וכן הביא במשפטיך ליעקב ח"ג ס' מג.

כן פסק בשו"ת תשובות והנהגות ח"ד ס' שג: 'ונראה עוד דבכל מקום שניכר שהתובע ידע בעצמו שאין ממש בתביעתו, ובמזיד רצה לצער ולגרום נזק להנתבע, שיהיו להנתבע הוצאות עורך דין וכדומה, מחייבין אנו אותו בהוצאות, ומצאתי בישועת ישראל כדברינו שפוסק... והיינו כמ"ש שנתברר שהתובע ידע מעיקרא שדבריו הם שקר ואין לו סכני לזכות בדין, רק רצה לצער ולהזיק את הנתבע, כה"ג מחייבין אותו בשילום ההוצאות מן הדין'.

### **בעל דין היתל ביריבו ולא הגיע לדין, למרות הסיכום ביניהם**

המרדכי בסנהדרין רמז תשז כתב: 'אם ראובן אמר לשמעון נלך לב"ד הגדול, ואמר שמעון ואני אבא אחריו לאותו ב"ד הגדול, אם יחזור ראובן ויטעון על שמעון ויאמר אני פזרתי מעותי על שהלכתי לב"ד נגדך, ולא באת, אני שואל ממך יציאותי. רבינו מאיר מחייב את ראובן לשלם כל יציאותיו, אף על פי שלא נדר לו ולא שייך למימר משטה אני בך בדבר הזה'. הרי שאם הגיע בעל הדין על סמך הסכמה בין בעלי הדין להגיע לדין בבית דין, ובסופו של דבר אחד מהצדדים לא הגיע לדין, חייב לשלם לבעל דינו עבור ההוצאות שהוציא לשוא.

וכן פסק הרמ"א שם: 'מי שאמר לחבירו שילכו לדון במקום אחר, ואמר לו, לך, ואני אבוא אחריו. והלך, והשני לא הלך אחריו. צריך לשלם לזה שהלך כל יציאותיו'.

ובשו"ת ציץ אליעזר ח"כ ס' סג כתב שהוא הדין אם מגלה צד אחד מתחילה שאין בכוונתו לקיים חיוב מוסכם, ולשם כך נדרשו להוצאות, שיהא חייב לשלם על כך.

עפ"י פסק בשו"ת נודע ביהודה תניינא, אבהע"ז בסי' צ על בעל שהבטיח ליתן גט לאשתו ולא נתן, בהוצאותיה של אשתו. ובשו"ת חוות יאיר בסי' קסח הובא בפת"ש בסי' יד ס"ק טו חייב על פי זה במקרה: 'קבע לו זמן חתונה יום פלוני, וחבירו השיבו שיהיה כן ושיבוא, ולא בא, וזה הוציא הוצאות החתונה, שאם אין לחבירו התנצלות מספיק שנאנס, חייב לשלם לו היזקו'. ובשו"ת רעק"א ס' קד דן עפ"י דין זה לחייב מי שהזמין פירות, וחזרו בהם. שיצטרכו לשלם על הדרך שעשו על פי הזמנתם.

בטעם הדין שמחייב על שהוציא חבריו מעות על פיו, נאמרו כמה טעמים;

**א.** הנתיחה"מ בביאורים בסי' רלב סק"י הגדיר את גרימתו שיוציא הוצאותיו לשוא, כמעשה נזק גמור: 'דלא גרע מלך ואני אבוא אחריו דחייב להחזיר ההוצאות כמבואר לעיל בסימן יד. ודוקא כשנתכוין לגזול לעצמו והוליו למקום אחר, אינו צריך להוליכו אחריו כשלא נשבע, מטעם תקנת השבים... אבל מזיק בעלמא חייב, דלא מצינו שעשו תקנה למזיק... דהוצאה היזק ממון גמור הוא, ולא גורם הוא'. כן נראה מפסק הרמב"ם בהלכות זכיה ומתנה פ"ו הכ"ד שיש למשדכת שחזרה בה לשלם דמי הסעודה שערך החתן, שכן גרמא לו הוצאה לשוא.

**ב.** הגר"א בביאורו אות לא כתב: 'דדמי למסרב שחייב כנ"ל, וצ"ע'. הרי שדימה הך דינא שאמר לו 'לך ואני אבוא אחריו' למי שמסרב לדין והוצרך להוציא הוצאות לכופו, שחייב לשלם מדינא דגרמי'.

**ג.** בריטב"א בב"מ בדף עג: למד מהאי דינא יסוד לחייב את מי שהבטיח לחבירו לקנות עבורו יין ולא קנה, ובכך נגרם לו הפסד, שחייב לשלם לו על כך בשל התחייבותו, מדין ערב. וכן נראה לבאר בדינינו: 'ומורי הרב תירץ דהכא אף על פי שלא קבל עליו תשלומין כלל, כיון שנתן לו מעותיו ליקח סחורתו ואלמלא הוא היה לוקח ע"י עצמו או ע"י אחרים, אלא שזה הבטיחו שיקח לו וסמך עליו ונתן לו מעותיו על דעת כן, הרי הוא חייב לשלם לו מה שהפסיד בהבטחתו. דבההיא

הנאה דסמיך עליה ונותן לו ממונו משתעבד ליה משום ערב, וזה ענין שכירות פועלים דברקין... דכיון שסמכו זה על זה נתחייבו זה לזה במה שיפסידו על פיו, וזה דין גדול. ובנתי"מ בס"י שו"ס ק"א באר שחייבו מדין ערב.

### **הוצאות שהוציא התובע כדי לכוף את הנתבע לדון – האם זכאי לשיפוי**

למדנו א"כ שאין יכולת לדרוש החזר הוצאות על הוצאות דיון שנגרמו לכל צד, בשל דיון לגיטימי שהתקיים כנדרש. ויש לדון האם ניתן לחייב את הנתבע שסרב לבוא לדיון, בהוצאות שנדרשו להביאו לכלל דיון, ומצאנו שתי שיטות בראשונים;

**א.** המרדכי בסנהדרין רמז תשז כתב: 'מכאן מוכיח ר"י דאם הוציא ראובן יציאותיו כדי לכוף את שמעון לדיון דשמעון לא יפרע הוצאה, אף על פי שראובן זכה בתביעתו. דאם לא כן מאי פריך הכא מי שנושה בחבירו מנה יוציא מנה על מנה מה בכך מכל מקום הלוא יפרע הכל. אלא ש"מ, דאין צריך לפרוע הוצאה'. כלומר, גם במקום שהנתבע מסרב לבוא לבית הדין כדי להתדיין, ולכן התובע צריך להוציא הוצאות כדי להביאו לדיון, אין הנתבע חייב לפצות את התובע על הוצאותיו.

**ב.** הרא"ש בסנהדרין פ"ג ס"מ חולק על המרדכי, וחייב את הסרבן לבוא לשלם על הוצאות הדיון: 'מי שנתחייב בדיון, אינו משלם לכשנגדו יציאותיו... והני מילי דלא מסרב למיקם בדינא, אלא שרצה לדון בעיר אחרת. אבל אם היה מסרב לבוא לב"ד, והוצרך התובע להוציא הוצאות לכופו לירד עמו לדיון, היה ר"מ מחייבו לפרוע כל יציאותיו'. הב"י בס"י יד הביא שכן סברו המהרי"ק, רבנו ירוחם, נימוק"י, הרשב"א והריב"ש בס"י תעה.

דין זה מבוסס על פסק המהר"ם מרוטנבורג בשו"ת בס"י תצז, ובו חייב את הסרבן: 'משלם הסרבן כל יציאותיו לחבירו'.

המהר"ם והרא"ש הביאו ראייה מדברי הגמ' בב"ק בדף קיב, שם מדובר שלווה המסרב לפרוע את חובו חייב לשלם את הוצאות המלווה של כתיבת שטר חרם ('פתיחא') על-פי צו בית הדין. וסבר הרא"ש כשם שחייב הלווה בהוצאה זו, כך מחייבים את הנתבע שסירב לבוא לדיון בהוצאות שנגרמו לתובע שנאלץ לכופו לבוא לדיון. כך גם פוסק הרא"ש בתשובה בכלל קז.

בטעם הדיון, כתבו הפוסקים שני נימוקים לחלק בין דינו לבין המזיק בגרמא;

בתומים סק"ד נראה שבסירובו לבוא לדיון הינו 'מזיק' את התובע באופן מיידי וישיר, שכן בכך נדרש להוצאות לכופו על הדיון, ולפיכך חייב בתשלומי נזקו. וכן נראה מדברי הריב"ש שם, שאין לדמות את דין הסרבן להוצאות משפט שוטפות, שכן אין פוסקים הוצאות משפט משום שכל צד מעוניין בטובת עצמו, ולשם כך הגדיל את הוצאותיו, אך ביחס לסרבן היה אנוס מחמתו להוציא הוצאות בכדי להגיע למצוי הדיון. ולכן יוכל לקבל שיפוי על הוצאותיו. ונראה שמהאי טעמא כתב היש"ש שהובא בש"ך בס"י יד סק"ח שלא יקבל הזכאי בדיון כל הוצאות הדיון, אלא רק את שהיה נצרך להביא את הסרבן לדיון.

אך הרשב"א בתשובה ח"א ס' תתקמ הובא בב"י בס"י יד כתב בהאי דינא: 'משום דבית דין מחייבים אותו, על שסירב לבוא לפנייהם ביום שקובעים'. הרי שהבין שהוא אכן הזיק רק בגרמא, אלא שחייבוהו חכמים בקנס, על ביזיון בית הדין, שלא נשמע לצו שהגישו לו, ולא מדינא הוא (אומנם יתכן, וברשב"א שם מיירי רק על הוצאת כתיבת 'פיתחא' עליו, ולא כל הוצאות).

השו"ע בס"י יד סעי' ה פסק כדעת רוב הראשונים: 'אבל אם היה מסרב לבוא לבית דין, והוצרך התובע להוציא הוצאות לכופו לירד לדיון, חייב לפרוע לו כל הוצאותיו (שהוציא משעה שנעשה סרבן)'. וכן פסק המהר"י וייל בתשובותיו בס"י קמז. ונחלקו הפוסקים בדיון זה, האם מוטל על הסרבן לשלם על הוצאות סרבנותו רק כשהתחייב בדיון, או שגם כשיצא זכאי, למעט מצב שנתבע שלא בתום לב;

הסמ"ע בס"ק כז מביא את תשובת הריב"ש, שדין זה נאמר כשאכן יצא הנתבע חייב בדיון שבו נתבע. אך לו הנתבע-הסרבן יצא זכאי, לא יהיה חייב בהוצאות שנדרשו להביאו לדיון. הרי שטענת הסרבן שיצא זכאי היא, שידע שאינו חייב כלום, והתובע הזיק לעצמו והפסיד אנפשיה.

מאידך, התומים סק"ד והנתי"מ ביאורים סק"ד תמהו על כך, וסברו שמחייב כל נתבע לברר זכאותו ולהשיב לתביעה העומדת כנגדו. ורק אם היתה זו תביעת סרק, לא יהיה חייב בהוצאות שנדרשו להביאו לדיון משיצא זכאי, אך אם היתה התביעה בתום לב, יהא חייב בהוצאות שנגרמו בשל סרבנותו. וכן לשון

התומים: 'ולענ"ד נראה, ודאי אם נתברר שהתובע בא עליו בטענת שקר ותרמית, א"כ אין לשלם, דלא היה לו לתובע. אבל אם באמת התובע חשב דהדין עמו, והדיין פטרו לנתבע בכח הדין, מ"מ לא היה לו לנתבע לסרב ולגרום הוצאות לתובע, ובזה חייב משום מזיק לחבירו וצריך לשלם. וזה נראה ברור, אלא שלא מצאתי בזה דבר ברור בפוסקים'.

### **סירב לבוא לבית הדין, ותבעו בבית משפט – האם זכאי לשיפוי הוצאותיו**

נתבע שסרב לבוא לבית דין שלוש פעמים, בית הדין נותן לו רשות והיתר לתבוע את בעל דינו בערכאות. לשם כך התובע מוציא הוצאות כדי לעמוד על שלו ועל דינו. בבית המשפט נהוג לפסוק הוצאות משפט (לפחות חלקית) לצד שנמצא זכאי, כעת, אחר שנפסק לו הוצאות המשפט, ניגש התובע לברר בבית הדין, אם הינו זכאי לגבותם ולקבלם. שכן הנתיחה"מ בביאורים בס"י כו סק"ב כתב שיש לנהוג: 'ואפילו אם הוא מסופק, צריך לדון לפני דייני ישראל שלא יהיה ספק גזל תחת ידו'. מצאנו בכך מחלוקת הראשונים;

**א.** הרשב"א בתשובה ח"א ס' תתקמ הובא בב"י בס"י יד כתב שאין הנתבע חייב בכך: 'דאינו אלא גרמא בנזיקין בעלמא. ואינו דומה לדינא דגרמי שעושה מעשה בגוף הדבר שהוא מזיקו, כשורף שטרותיו של חברו'. הרשב"א באר שאומנם פוסקים כנגד סרבן הוצאות: 'משום דבית דין מחייבים אותו על שסירב לבוא לפניהם ביום שקובעים'. אך קנס זה על סירובו לבוא בפני הדיינים, מוגבל בתוקפו למסגרת של בית הדין, ואין בכוחו לקנוס גם על הוצאות שנגרמו בשל תביעה בערכאות.

כך נפסק בשו"ע בס"י יד סעי' ה': 'ויש מי שאומר, שאם תבעו בערכאות והוציא הוצאות בדיינים וטוענים אף על פי שמתוך סרובו הוצרך להוליכו בערכאות, אין חייב לשלם הוצאותיו'. וצ"ע שבב"י כתב על שיטת הרא"ש: 'והכי מסתבר'.

כן עולה מעדותו של רבנו פרץ, המובאת בהגהת רבנו פרץ על תשב"ץ קטן בס"י תקי, הובאה גם בסמ"ק מצווה רכה ובכל בו ס' קכד אות מב: '[והר"ף ז"ל הגיה], מיהו לא ראינו שום מעשה בזה לחייב שום יציאה'. הרי שהעיד רבינו פרץ שלא ראה שנוהגים לחייב אדם כלשהו בהוצאות הצד שכנגדו.

**ב.** הרא"ש בס"י עג, ג הובא בב"י סבר: 'שאם מתוך סירובו הוצרך להעמידו בערכאות ולהוציא הוצאות, חייב לפרוע לו כל יציאותיו'. וסיים הב"י: 'והכי מסתבר'. ואף הרמ"א שם הביא דבריו, בשם יש חולקים, וסיים: 'וכן נראה לי עיקר, ובלבד שעשאו ברשות בית דין'. וכן סבר היש"ש ב"ק פרק הגוזל בתרא ס' יד.

בביאור הגר"א שם בסק"ל הבין שיסוד מחלוקת הרשב"א והרא"ש תלויה במחלוקת הראשונים בהגדרת 'גרמא' ו'גרמי'. דעת הרשב"א היא כשיטת הר"י, לפיה 'דדינא דגרמי דחייב היינו שעושה הוא עצמו היזק לממון חברו'. לפי זה, הנזק הכספי שנגרם לתובע שהוצרך להוציא הוצאות בכדי לכפות את הנתבע לדון בערכאות, מוגדר כ'גרמא' בלבד, והנתבע פטור מלשלם. ואילו הרא"ש סבר כדעת הריצב"א: 'דדינא דגרמי הוי מטעם קנס, ולכך כל היזק המצוי ורגיל לבוא, קנסו חכמים'. וכיון שכפיית סרבן בערכאות נחשב 'שכיח' לשיטת הרא"ש, יש לחייבו לשלם את ההוצאות מדין 'גרמי'. כן מבואר שהבין הלבוש שם סק"ד בהבנת הרא"ש: 'מי שסירב בדין והוכרח התובע לתבוע בפני הערכאות, ותבעו ברשות ב"ד בפני הערכאות... חייב הנתבע הכל לשלם מדינא דגרמי'.

אומנם בשו"ת ושב הכהן ס' צט סבר שאין מחלוקת כלל, וכי הרא"ש איירי כשמבקש לכוף לפני ב"ד ישראל, ולכך פסק עליו הוצאות, ואין בכך לחלוק על הרשב"א שדיבר על המבקש לכוף לפני ערכאות, שאין פוסקים עליו הוצאות. ולשם כך שינה הגירסא ברא"ש בטענה של טעות סופר.

מאידך, בכנסת הגדולה ס' יד אות כח הביא מהמהרשד"ם חו"מ ס' לה שהעמיד את מחלוקת הרא"ש והרשב"א בלא קיבל רשות מבית הדין, ועל כך אמר הרשב"א שלא יקבל הוצאותיו. אולם אם קיבל רשות מבית הדין לתבוע בערכאות, נטל ההוצאות יחול על הנתבע לכו"ע. וכן כתב בשו"ת הרמ"א ס' קח: 'ועוד דגם הריב"ש לא קאמר אלא אם הלך מעצמו בעש"כ, אף על פי שבדין עשה ס"ל דאין מחוייב לו הוצאות בזה, אבל ברשות ב"ד, פשיטא דיש כח ביד ב"ד להפקיר ממנו, ושיתחייב לו הוצאות והזיקות'. נראה שהבינו שכאשר משמשת הערכאה כשוט של בית הדין, דינו כהוצאות שהוציא בב"ד. ולכן זכאי לשיפוי. אולם הגר"מ פיינשטיין באגר"מ חו"מ ח"ב ס' כו ענף א הבין בגר"א, שאף בלא שקיבל רשות מב"ד, זוכה להוצאות.

סברא מעניינת להתיר ליטול את שפסקו עבורו בית משפט, כתב בשו"ת מהרש"ם ח"א סי' פט: 'אבל אם כבר זכה בדינו ושם פסקו לו הוצאות, הרי דינם דין, שהרי שניהם סמכו א"ע על דיניהם, וגם הנתבע אדעתא דהכי נכנס אם לנצח אם להנצח... והו"ל כמשחק בקוביא דגמר ומקני בדיבור בעלמא. כלומר כיון שידע שיתכן ויפסקו לו כמנהג נימוסיהן, מחל מראש והסכים לכך. ויכול שכנגדו לגבות פסק זה. ולכאורה דבריו אינם כנתי"מ בס"י כו שאסר ליטול מעבר לדינו בבי"ד, אף שזיכוהו בערכאות.

למותר לציין, שלו היה תובע בבית משפט ללא כל היתר ובסיס הלכתי, לא היה זכאי להוצאות, ובי"ד לא היה מאשר לו לקבל, על פי דברי הרשב"א בתשובה ח"א סי' תתקמ: 'ואם תבעו בערכאות של גויים והוצרך להוציא הוצאות בדין וטוענין, והיאך ישלם, ואדרבה הוא עושה שלא כהוגן ועובר על לפנייהם ולא לפני גויים'. כלומר, אף שאולי הצדק עם הזוכה בדין, ואף שבי"ד רבני היה פוסק כן, מ"מ לא יוכל לדרוש שיפוי והחזר על הוצאות שפעל שלא כהוגן ושלא כדין. כל שכן, אם על פי ההלכה לא היה זכאי בדין (לדוגמא, בת שתובעת ירושה עפ"י חוק, וטוענת לעיוות הדין כלפיה, ועל פי ההלכה כלל אינה יורשת וכשלא נעשתה צוואה מחיים כדין), שאין להתיר לקבל הוצאות משפט. וכ"כ בפסקי דין ירושלים דיני ממונות א פס"ד בעמו' כט.

### **הוצאות משפט בגין ערעור לבית הדין הגדול**

מו"ר הגר"א שפירא במנחת אברהם ח"א סי' יב ובפד"ר כרך יב עמ' 190 כתב את יסודו הגדול על דין זה, וסבר שיש להשיב להוצאות משפט בגין כך שנאלץ להתגונן על ערעור הפסק. שכן ישנה זכות יסודית לדרוש מכל אדם להוכיח את צדקתו וטענותיו, אך אין חובה לערער על פסק הדין שהוכרע מכבר, ועל זה נחשב כמזיק וישלם מכיסו, באם נדחה ערעורו: 'מוכח שבלי הוכחה זו (מהגמ' בסנהדרין), היה מקום לחייב בהוצאות. וצריך ביאור, מה הסברה לחייב בהוצאות, הלוא אין זה מזיק בידים, אלא רק גורם להפסיד כסף ההוצאות. וצריך לומר שסברי שמכל מקום הוא בכלל 'גרמי' לפחות שמחייבין את הגורם, אם מדאורייתא אם מדרבנן.

והנה בסברה למה באמת אינו חייב מחמת 'דין גרמי', יש לומר שעצם הדרישה שבית הדין ידון בסכסוך, היא זכות של כל אדם, והיא מצווה מהתורה לדון בין אדם לחברו בסכסוכים, ומכיון שהיא מצווה מהתורה, אין לבוא בטענות על מי שתובע מה שצוותה תורה לדון בין אדם לחברו.

ועל כן יש לומר שכל זה רק בתביעה ראשונית לפני בית הדין המקומי, שמצווה לשמוע בין אחיכם ולשפוט ביניהם. אבל אם בית הדין דן והוציא משפט, והמערער מערער משום שדעתו כי בית הדין טעה בדין, אם כי זה אפשרי מכח תקנות הדיון, אבל אין לומר כל כך שיש מצווה בזה להגיש תביעה לבית הדין הגדול, שבית הדין טעה. ואם באמת התברר שבית הדין לא טעה, ופסק כדת וכדין, כהאי גוונא יש לומר שאין להוכיח שפטור מלשלם ההוצאות שגרם, כפי שהתוספות מוכיחין מהסוגיא בסנהדרין, ואין כאן המקום להאריך בזה'.

לדבריו, אם ידחה בית הדין הגדול את הערעור, ויקיים את פסק הדין של בית הדין האזורי, נמצא שלא הועיל בתביעת הערעור להוצאת הצדק, ולפיכך, יהא חייב בהוצאות שגרם בכך ליריבו.

### **אישה התובעת מזונותיה – האם זכאית לשיפוי הוצאות משפט**

מציאות כאובה מצויה לפרקים, שאישה שזכאית לדמי מזונות, נדרשת לעבוד מסכת משפטית בכדי לקבל את שזכאית לה בדין, ולכאורה, היה אמור להיות דינה ככל אותן בעלי דין שלא זכאים לשיפוי הוצאות למעט מצבים שנגררו להליך משפטי שלא בתום לב.

אולם מו"ר הגר"א שפירא במנחת אברהם ח"א סי' יב ובפד"ר כרך יב עמ' 190 כתב ששונה דינה של הזכאית למזונות מיתר התביעות, והינה זכאית לשיפוי של הוצאותיה לטובת מזונותיה: 'נראה מסברא, שכל הוצאות שיש להוציא כדי לקבל את המזונות הן עצמן חלק של מזונות האשה. כי אם האשה זקוקה להוציא ממון כדי לקבל את המזונות המגיעים לה, ובלי הוצאה זו גם המזונות עצמן לא יגיעו לידה, הרי זה חלק מהמזונות שלה. וכשם שאם האשה זקוקה לשכור מסגר לשבור המנעול של צרכי האוכל בבית, כדי שתוכל לאכלן, הרי זה מכשירי אוכלין, והוא כאוכלין עצמן. וזה ממש כמו שנותנים לאשה כלי בישול למזונות, שהם בכלל המזונות, כמפורש בר"ן פרק אף על פי ונפסק בשו"ע אה"ע סי' ע סעי' ג, משום שבלעדיהן לא היו לה מזונות לאכול'. כלומר, האישה זכאית לדמי מזונות כפי שהיא נדרשת ויכולה להשיגם. וכיון שנדרשה להליך משפטי למען כך, הוי אומר שדמי מזונותיה עולים יותר מאשר המצוי במכולת. שהרי אף כלי

הבישול - משוכללים בתחשיב של דמי מזונות, כיון שעל ידם היא מכשירה את המזונות, וכמו כן, על ידי התביעה המשפטית הצליחה להביא את המזונות לביתה.

הגר"א שפירא הביא מספר ראיות לכך. מדין המפריש מעות לצורך הפסח, שהגמ' בפסחים בדף צ. אמרה שמותר לו לקנות בהן עצים להכנת הבשר לקורבן, וכן לצורך המצה הנאכלת עם הקורבן. הרי שמכשירי האוכל נידונים כאוכל עצמו. וכן הוכיח מהירושלמי בסוטה פ"ב ה"א שהחשיבה את קורבן יולדת כמכשירי מזונותיה, ואמרו שהבעל יכול להפריש עולת העוף אף שלא מדעתה, שכן מכשירתה לאכול בקודשים.

בנוסף להרחבת מושג דמי המזונות שהינה זכאית, סבר הגר"א שפירא שיש לחייב את הבעל בהוצאותיה, כפי שהוא חייב בקנסותיה ובקורבנותיה, הרי שמחוייב בכל חיוביה, כפי שהגר"א בחו"מ בס' צו ס"ק לב כתב שחייב הבעל בכל צרכיה מלבד מזונותיה והכלכלה. וסבר שחיוב זה כלול בכלל חיובו ב'מותר' שהינו חייב לה.

וסיים הנידון בזו הלשון: 'קיצורו של דבר בכל תביעת מזונות של אשה מבעלה, וביה"ד פסק שהיא זכאית למזונות יש לחייב את הבעל גם בהוצאות המשפט, הן משום שזה חלק מעצם דמי המזונות, והן משום שהוא חייב בדרך כלל בהוצאות שהאשה זקוקה להוציא'. וראה כן בדברי הישכיל עבדי ח"ה אבעה"ז ס' עב. הגר"מ אליהו בפד"ר שם התנגד לפסיקה זו, וסבר שכל הוצאות משפט הינם נזק שבגרמא, וכל עוד אין תקנה לחייב על כך, אין יכולת לחייב את הבעל בכך.

### חישוב ההוצאות

הרמ"א בס' יד סעי' ה הביא את דברי הרא"ש, לגבי האופן לחשב את ההוצאות שמבקש עליהן שיפוי: 'כשהסרבן צריך לשלם ההוצאות אין אומרים שישבע כמה הוציא וייטול, אלא צריך לברר כמה הוציא, או הבית דין ישומו לו הוצאותיו, וכזה ישלם לו'. הדברים מבוססים על דברי הרא"ש, אלא שהוסיף עליו את תחילת דבריו, שלא נאמן התובע בשבועה. ונחלקו הפוסקים בטעם הדין, מדוע אינו נאמן;

הלבוש בעיר שושן שם סעי' ד כתב: 'וכשמחייבין הסרבן לשלם הוצאות, אין אומרים שישבע זה כמה הוציא וייטול, אלא צריך לברר כמה הוציא, או בית דין ישומו לו... דלא כל כמיניה להוציא מה שירצה על דעת זה שישלם לו הכול'. כלומר, שאינו נאמן בשבועה משום שחיישין שהתובע יפריז בתביעתו, וידרוש הוצאות שלא היה צריך להוציא, או שלא בגין התביעה הוציא אותם, ואין יכול לגלגל עליו הוצאות אלו. ולכן נדרש ממנו שיברר כמה הוציא, או שבית דין ישומו כמה היה ראוי להוציא.

אך הסמ"ע בסק"ל כתב, טעם שונה לכך: 'דלא האמינוהו בשבועתו להוציא ממון מחברו אלא צריך בירור... ולא כמו שכתב בעיר שושן דלא כל כמיניה שיוציא מה שירצה על דעת שזה ישלם לו הכול'. לא החשש מעיוות התביעה גרע את יכולתו להשבע, אלא שאין בכח השבועה של התובע להוציא ממון.

והקשו האחרונים מאי שנא משאר מזיק שנאמן בשבועה להוציא ממון, ואכן התומים שם סק"ה חלק על הסמ"ע, וסבר שהיכא שלא יכול לברר, ואין אפשרות לשומת בית דין, יהיה נאמן בשבועה. וכן כתב הנתיב"מ בבאורם סק"ו וכתב שדברי הרמ"א הינם רק במקום שיכול לברר או אפשר לברר בשומא, הא לאו הכי נאמן בשבועה.

אולם בישועות ישראל בחוקת המשפט סק"ח יישב את דברי הסמ"ע, ובאר דשאני הכא שחיובו מדינא דגרמי ואולי הווי אף פחות מגרמי לא הווי דינו ככל נגזל, שתיקנו שישבע וייטול, ולכן אינו נאמן בשבועה להוציא ולתבוע הוצאות הדין.

הפתחי תשובה שם סק"ט הביא משמיה דשו"ת ושב הכהן בהשטות ס' נג, שיש שני מיני שומות, שומא אחת כשמברר כמה הוציא, שאז ישומו בית הדין האם היה ראוי וצריך להוציא הוצאות אלו. ושומא נוספת, כשאין יכול לברר כמה הוציא, שאז ישומו בית דין הסכום המינימלי של ההוצאות שהוציא.

יש לחשב בהוצאות גם את שכר הטוען או העו"ד, כן מבואר בלבוש בעיר שושן שם סעי' ד: 'מי שסירב בדין... והוצרך להוציא הוצאות להוליכו ולשכור מליצים... חייב הנתבע לשלם הכול מדינא דגרמי'. ובפד"ר שהבאנו לעיל, סברו שיש לבחון לגומ של דברים, אם נועד העו"ד להצילו מתביעת שקר בלבד, או שיש בשירות זה גם כדי להוכיח את צדקת דינו, ואזי לא יהיה זכאי לשיפוי על כך. כן סברו בפד"ר ח"ג עמ' 34 ואילך הרב רביץ, הרב אילן והרב אליעזרי, שיש לחייבו גם בשכירת שירות העו"ד. וכן סברו הישכיל עבדי ח"ה אבעה"ז ס' עב ובשו"ת משנה הלכות חלק יב ס' שצ.

מנגד, בשו"ת תשובות והנהגות ח"ד סי' שג סבר שאין חובה לשלם הוצאות של שכירת עו"ד: 'שבזה הוי רק גרמא, דמאן יימר שצריך ומביא עורך דין' (והדגיש, כי אכתי ישנו חיוב בדיני שמים בכך), אא"כ הצד השני הודיע שהוא מצטייד בעו"ד.

# מאורות תורת המשפט

## תשובות אקטואליות בדיני ממונות

אבישי נתן מייטליס

גליון מספר 57

נשלח חינם מידי שבועיים, להצטרפות: [meorothamishpat@gmail.com](mailto:meorothamishpat@gmail.com)

כ"ו בתמוז תשע"ז

## קנה לחבירו מצלמה ואבדה, האם חייב המשלח לשלם לו

### המקרה:

חנות במרכז העיר פרסמה שהיא מוכרת במחיר מבצע מצלימות איכותיות. בשיחה ידידותית, הציע אחד לחבירו שכיון שנוסע לעיר הוא יכול להכנס לחנות זו ולקנות עבורו מצלמה בדגם מסויים שהוא היה מעוניין. סוכם ביניהם, שהשליח ישלם מכספו, והקונה ישלם לו על כך. לרוע המזל, לאחר שקנה את המצלמה, היא נגנבה או אבדה.

**טענת השליח:** כיון שקנה לבקשת חבירו, היתה המצלמה של הקונה, ואבד ממנו. וכי הוא מבקש את הכסף ששילם עבורו, שכן מעולם לא קיבל על עצמו אחריות מגניבה ואבדה.

**טענת הקונה המשלח:** כל עוד המצלמה לא הגיע לידי, לא זכה בה ולא קנה אותה, וברשותיה דהשליח אבד. ואינו חייב לשלם על פריט שלא קיבל מעודו. ובפיו היתה עוד טענה: 'גם אם היה משלם מראש ומפקיד בידו כסף לקנות עבורו את המצלמה, לא היתה המצלמה שלו. ועל השליח לשאת בתוצאות אבידתו'.

### תשובה

שליח שמקבל כסף לקנות עבור משלחו, בעת משיכתו את הפריט, זוכה בו המשלח, גם אם המוכר לא ידע שקונה אותו עבור המשלח, שכן דעתו להקנותו לבעל המעות. ואם אבד ונגנב לשליח שהוא שוכר חינם, יהא פטור השליח מתשלומי אבידתו, והמשלח ידרש לשלם על המצלמה ש'זכה' בה משעת משיכת השליח.

שליח ששילם מכספו עבור המצלמה, והודיע למוכר שהוא רוכש אותו עבור חבירו, נקנתה המצלמה באותה שעה. שכן המוכר מקנה אותו למשלח. אך אם לא הודיע השליח למוכר שמבקש לקנות עבור משלחו, ישנה מחלוקת ראשונים והפוסקים אם בבקשת המשלח לקנות עבורו גלומה הלואה של המעות, ואזי יחשבו כמעות המשלח. לפיכך המשלח יוכל לטעון קים לי, וכל עוד לא הגיעה המצלמה לידי לא זכה בה, ופטור מתשלומי המצלמה שאבדה או נגנבה.

### נמוקי הדין

#### המצלמה נקנתה לשליח או למשלחו

איתא בב"ק בסוף דף קב. בדין שליח ששינה מדברי בעל הבית וקנה פריט אחר: 'תנו רבנן, הנותן מעות לשלוחו ליקח לו חטין ולקח מהם שעורין, שעורין ולקח מהם חטין, תניא חדא אם פחתו פחתו לו, ואם הותירו הותירו לו. ותני חדא אם פחתו פחתו לו, ואם הותירו הותירו לאמצע. אמר רבי יוחנן, לא קשיא הא ר"מ. והא רבי יהודה. הא ר"מ, דאמר שינוי קונה (ובטלה העיסקה ביניהם והכל של השליח 'הגזלן'), והא רבי יהודה, דאמר שינוי אינו קונה'. היינו בברייתא אחת נאמר ששליח ששינה מדעת המשלח, חייב גם אם פחתו וגם אם הותירו, ובברייתא השניה נאמר שאם הותירו, שניהם חולקים ברווחים.

ר' יוחנן תרץ שהברייתא שחולקים ברווחים, היא בשיטת ר' יהודה ששינוי אינו קונה, ולכן השליח ששינה לא קנה, והרווח הממוני של שניהם שהרי הם עשו ביניהם עסקא. ואמרה על כך הגמ' שם: 'מחכו עלה במערבא, לר' יוחנן אליבא דר' יהודה, וכי מי הודיעו לבעל חטין שיקנה חטין לבעל מעות'. היינו, כיון



שהשליח לא התכוין לעשות שליחותו, ושינה וקנה חטיין ולא שעורין, איך נקנו החיטין למשלח. וכן באר רש"י: 'אלא לר' יוחנן דאמר משנה הוא ולא הוי שליחות, ומיהו שינוי לא קני, קשיא דממאן קבעי למקני, הא לא קנהו בעל מעות מעולם'.

נמצא, שלהבנת חכמי מערבא דעת המוכר קובעת אם יקנה המשלח, וכיון שהשליח שינה משליחותו והמוכר לא ידע, החיטין לא נקנו לו. ולעומת זאת, לדעת ר' יוחנן המוכר מקנה את המקח לבעל המעות.

הגמרא מביאה ראייה לדעה שהמוכר מקנה למי שנותן את המעות או למי שרצונו להקנות לו: 'תדע, דתנן, אחד המקדיש נכסיו ואחד המעריך את עצמו, אין לו בכסות אשתו ולא בכסות בניו, ולא בצבע שצבע לשמן, ולא בסנדלים חדשים שלקחן לשמן. ואמאי, לימא הכא נמי מי הודיעו לצבע שיקנה צבעו לאשה. אלא לאו משום דאמרין שליחותיה קא עביד וכיד בעה"ב דמי'. הרי שהמקדיש או מעריך את נכסיו, לא מקדש את בגדי אשתו שבבית הצבעי מפני שהם שייכים לאשה וכן סנדלי בניו, משום שהצבעי והסנדלר הקנה אותם לאשתו ובניו. והגמ' דוחה שניתן להסביר בצורה שונה מדוע לא קדשו.

### הלכה כר' יוחנן או כחכמי מערבא

הרא"ש בב"ק פ"ט ס"י יח פסק כר' יוחנן ונימוקו עימו: 'מי הודיעו לבעל חטים שיקנה חטים לבעל המעות, וליתא לחוכא דבני מערבא, דאע"ג דשני השליח, מ"מ אין מתכוין לקנות, ודעתו לזכות לצורך בעל המעות. ואף על פי שבעל החטים מזכה לשליח החטיין ידו כיד בעל המעות שהוא מתכוין לזכות ולא בעין שידע בעל החטיין שהוא זוכה לבעל המעות ואף על גב דר' אבא משני הך משנה דערכין אליבא דבני מערבא דאי לאו דכל המקדיש נכסיו אין דעתו על כסות אשתו ובניו הוה אמרי' מי הודיעו לצבע שיקנה צבע לאשה. שאני התם דכיון שהצבע מזכה לבעל האשה אפי' אם ירצה הבעל לזכות לאשתו בגד הצבוע אין אדם זוכה בשלו לאחר אם לא יזכה לו ע"י אחר הלכך צריך רבי אבא לתרץ כל המקדיש נכסיו אין דעתו על כסות אשתו ובניו, אבל הכא השליח זוכה לבעל המעות ואף על גב דקאמר גמרא אההיא ברייתא דהלוקח שדה בשם חבירו לימא פליגא אבני מערבא ומשני אליביה. אורחא דגמרא לשנויי אליבא דאמורא אף על גב דלית הלכתא כוותיה כדלעיל (דף צט א) גבי הא דאמר רב אסי אומן קונה בשבח כלי דשקיל וטרי גמרא לימא שמואל לית ליה דרב אסי ומשני דיחויא בעלמא קמדיח'.

אמנם מן הדברים עדיין לא מבורר מה הדין כאשר השליח נותן את ממנו עבור המשלח, למי המוכר מקנה את החפץ, במיוחד כאשר אינו יודע שהקונה רוצה להקנות את חפץ לאחר.

עד כה למדנו על דין שהמשלח נתן כסף עבור הקנייה. ונראה שנחלקו הראשונים במציאות שהשליח שילם ממעותיו על החפץ, למי הוא שייך משעת משיכתו;

**א.** הטור בס' קפג הביא בשם הרמ"ה: 'ראובן שאמר לשמעון זבין לי האי מידי, וזבין ליה, מסתמא קנייה ראובן משעת משיכה, דכיון דא"ל זבין לי לזבינא מעליא קא מכין וכמו דא"ל זכה לי דמי. ואפילו שחזר שמעון אחר משיכה ואמר לעצמי כיוונתי לקנות, אינו נאמן. אף ע"ג דיהיב שמעון דמים שלו, קנייה ראובן, ויהיב לשמעון זוזי דכמאן דאוזפינהו דמי. ודוקא שלא חזר שמעון קודם משיכה, אבל אי חזר בו קודם משיכה, ואומר שקונה לעצמו, אפילו אם חזר בין מתן מעות למשיכה קנה. כיון שמעות אינן קונות, נמצא שעדיין לא קנה ראובן, ובשעת משיכה זוכה לעצמו'. וכן פסק השו"ע בס' קפג סעי' ד. הרי שמשעה שמשך השליח את המצלמה, קנאה המשלח אף שהשליח קנה ממעותיו, ואמרין שהמעות שהוציא השליח נחשבות כהלואה עבורו.

**ב.** רבינו ירוחם בנתיב כח חלק א שהובא בב"י בס' קפג כתב: 'ואם הקנה במעותיו ומתכוין לזכות לחבירו, לא קנה חבירו. אפילו אם אמר בפני עדים לצורך חבירי אני קונה במעותי, אלא אם כן הודיעו למוכר'. כלומר, שאומנם לו היה קונה ממעות משלחו היה קונה המשלח אף שהמוכר לא יודע שמבקש לקנות עבור אחר, אך כשקנה ממעותיו עבור משלחו, לא קנה בלא שיוודע תחילה למוכר, וצריך כוונת מוכר ברורה להקנות למשלח במצב זה.

הב"י כתב שמקור דבריו מבוסס על חכמי מערבא שהקשו על ר' יוחנן 'וכי מי הודיעו לבעל חטים שיקנה חטים לבעל המעות'. והקשה על כך הב"י, שהרי הרא"ש הנ"ל כתב שליתא לההיא פירכא, כיון שהשליח לא מתכוין לקנות: 'ודעתו לזכות לצורך בעל המעות, ואף על פי שמזכה לשליח החטים, ידו כיד בעל המעות שהוא מתכוין לזכות לו, ולא בעין שידע הבעל חטים שהוא זוכה לבעל המעות'.

ובביאור שיטת רבנו ירוחם נאמרו שני אופנים;

**א.** הדרישה שם כתב: 'ואני אומר דודאי דברי רבינו ירוחם כנים ואמתיים הם, והיינו טעמא דאין אדם יכול להקנות לחבירו מה שבידו כי אם על ידי אחר, וכיון שקונה משלו ואינו מודיע להמוכר שעל שם חבירו קונהו, והמוכר דעתו להקנותו לבעל המעות, נמצא דהוי כאילו המקח כבר היה בידו, ואמר זה יהיה של חבירי ואני מזכרו לו, דלא זכה בו חבירו, ויכול לחזור בו. ולא דמי להא דכתב הרא"ש דלא בעינן דעת המוכר, דהתם חבירו נותן לו מעות לקנות לו בהן, ונעשה לו שליח, וידו כידו... אבל כי הא דמייירי ביה רבינו ירוחם שלא שלחו אדם מעולם, אלא הוא מעצמו אמר אני קונה זה לחבירי, ודאי כי ליכא ידיעת המוכר במה יזכה הלה... על כן נראים לי דברי רבינו ירוחם שרירין וקיימין ודוק'.

הדרישה הבין שאין סתירה בין רבנו ירוחם לרא"ש, שכן הרא"ש דיבר על קונה במעות משלח, לעומת רבנו ירוחם שדיבר בקונה במעותיו. ועוד חילק בין אם אדם קונה במעותיו לפי בקשת המשלח ואז אין צריך להודיע למוכר, לבין קונה במעותיו ללא שליחות וללא בקשה של המשלח, ואז צריך להודיע למוכר כיון שהוא מקנה בסתמא לבעל המעות. לדבריו, כיון שהיה סיכום תחילה בין הצדדים שיקנה עבורו את המצלמה קנאה המשלח מתחילה, ויצטרך לשלם לשליח את הדמים ששילם לפי בקשתו.

וכן סבר הש"ך שם סק"ב והשיג על הב"י וטוען שמקור רבנו ירוחם הוא הרא"ש, אלא שדברי הרא"ש נסבים במציאות ש'א"ל זיל זבין לי, כן נ"ל ודו"ק'. הרי שגם לש"ך יש לחלק בין מצב שהמשלח ביקש מהשליח לקנות עבורו, ואז קונה המשלח מרגע משיכת השליח את החפץ (אף שקנה במעותיו של השליח, שכן רואים כאילו הלווה למשלח את אותם מעות, וקנה מכסף המשלח), למצב שלא ביקש המשלח תחילה, אלא קנה שליח על דעת עצמו, ואז לא קנה המשלח אלא משעה שמגיע לידו, אא"כ הודיע למוכר תחילה.

נמצא, שלדעת הדרישה והש"ך, דעת המוכר בסתמא להקנות לבעל המעות או למי שהוא קונה עבורו, ולכן אם ביקש ממנו לקנות לו כאילו הלווה ואין צריך להודיע למוכר, כיון שקונה במעות המשלח. אבל אם קונה מעצמו, חייב להודיע למוכר שקונה לאחרים.

**ב.** הקובץ שעורים בב"ק אות קנד הבין בדעת רבנו ירוחם שאם קנה השליח במעותיו, היה צריך להודיע למוכר למרות שביקש ממנו המשלח. ולא אמרין שהמוכר הקנה לבעל המעות, וכי בעל המעות הוא המשלח, כיון שרואים כאילו הלווה לו: 'וחילק שם כמ"ש רבינו ירוחם, דדוקא אם קנה במעותיו של המשלח משום שדעת המוכר למכור למי שהמעות שלו, אבל לא אם קנה השליח במעות של עצמו'. בניגוד לדעת הרא"ש שאם ביקש המשלח, אין צריך להודיע למוכר, אף אם המעות היו של השליח, רואים כאילו הלווה אותן למשלח, לרבנו ירוחם אכתי מחוייב להודיע למוכר, ובלא שנהג כן, תהא המצלמה של השליח ולא של משלחו.

כן סבר גם בחידושי ר' מאיר שמחה בב"ק בדף קב: 'לכן שפיר כתב, דאע"ג דיהיב שמעון דמים שלו קניא ראובן ויהיב לשמעון זוזי. לא כן רבינו ירוחם אזיל בשיטת הרא"ש. דסבר דבצבע דכיון דאין האשה בעלת מעות שפיר קשה מי הודיעו, א"כ כתב רי"ו בשיטתו דהקונה במעותיו ומתכוין לזכות לחבירו צריך להודיעו למוכר. וז"פ ומוכרח לכל מעיין'.

**לסיכום:** השליח שקנה את המצלמה עפ"י בקשת המשלח, לא הודיע למוכר שהוא רוכש עבור משלחו, וכיון שקנה במעותיו יכול המשלח לטעון קים לי כרבנו ירוחם, ולא קנה המשלח אלא רק בשעה שיגיע לידיו. והמשמעות היא שהמצלמה שייכת לשליח, וכיון שאבד לו, לא יהא המשלח חייב לשלם לו עבור המצלמה שלא קנה מעולם.

## אחריותו של השליח

על אחריותו של השליח ביחס למצלמה שאבדה, יש לבחון על פי המניע של השליח לבצע את שליחותו ולהביא את המלמה למשלחו, ומה התגמול שקיבל על שירותו.

בדיון הובן שהשליח פעל מתוך סיוע ועזרה לחבר, שכן היתה החנות המבוקשת באיזור אליו הגיע ממילא, ועל כן הוא מוגר כשומר חנם הפטור על גניבה ואבידה, כל עוד אין במעשהו פשיעה והיזק בידים לחבירו. ומשום כך הוא פטור על המלמה שאבדה או נגנבה.

אולם לו היה מקבל איזה טובת הנאה ותגמול על פעולתו, היה חייב באחריות האבידה והגנבה. כן מבואר בנתי"ה מ"ס קפג סק"א ובחת"ס ח"ה ס"ו קעח שבמקום שאדם קיבל על עצמו שליחות בשכר והתרשל במלאכתו, יש לחייבו על מניעת הרווח שנגרם למשלח כתוצאה מכך שלא בוצעה השליחות. כן כתב

הנתייה"מ: 'עיין מה שכתבתי... דשותף או פועל חייב על מניעת הריוח מטעם אם אוביר'. וכן כתב החת"ס: 'הנותן מעות לשלוחו ליקח לו פירות או סחורה, וישב והלך לו ולא קנה כלום וביטל כיסו אם אין הזיקו של זה ברור, אין לו בו כלום. אבל אם הזיקו של זה ברור והשליח הי' יכול על זה בודאי ופשע ולא עשה מבואר מהריטב"א הנ"ל שחייב לשלם'. כל שכן במעין הנידון שלנו, שיהא מחוייב על נזקי הפריט שרכש.

# מאורות תורת המשפט

## תשובות אקטואליות בדיני ממונות

אבישי נתן מייטליס

ב' באלול תשע"ז נשלח ח"נ מדי שבועיים, להצטרפות: [meorothamishpat@gmail.com](mailto:meorothamishpat@gmail.com) גליון מספר 58

## הכיצד אישה מפרישה חלה ומעשרות בלא מינוי מבעלה

### המקרים:

**א.** אישה פתחה קונדיטוריה בביתה, ומכנה מאפים למכירה. מידי פעם נוהגת לאפשר לעוזרת שלה או לנשים המבקשות לקיים מצוות הפרשת חלה להפריש מהעיסה.

ביקשה האישה לדעת אם יכולה להפריש בלא שמקבלת רשות מבעלה. שכן הבעל הינו הבעלים של המאפים, וכיצד תפריש חלה ללא שנעשית שליחה שלו. וכן, האם רשאית לאפשר לנשים אחרות להפריש, בלא שגם בעלה ימנה את המפרישה כשליחה על כך.

**ב.** אישה שכחה להפריש חלה, ונזכרה בעת שהעיסה נאפתה בתנור. התקשרה לבעלה, והוא ביקש להפריש בעצמו בהיות העיסה בתנור בכדי שיתיר אף את הבלוע בתנור, בהיותו מן המוקף. אולם האישה הפרישה בעצמה מיד לאחר השיחה. וביקשו לדעת אם הועילה הפרשתה.

### תשובה

האישה רשאית להפריש חלה, גם אם בעלה אינו מודע לכך. שכן התרומת הדשן והרמ"א פסקו שפועלת מכח דין זכין. ולדעת הרמב"ן די בדיעת הבעל ובניחותא שלו להפריש עבורו. ואם פועלת בדיעת בעלה, הרי יש לראות בכך כמינוי שליחות, וזכות עבורו להפריש לעולם כמבואר בדרך אמונה. ובבאר יצחק סבר שהינה יכולה להפריש משום שלענין ההפרשה הינה כבעלים על העיסה, ובידה אף לצוות ולמנות אחרות להפריש.

אם בעל מחה באשתו שלא תפריש, תלוי בתשובתנו הקודמת, שכן אם נצרכים לדין שליחות וזכיה, מחאתו מבטלת את כוח פעולתה, ולא מועילה הפרשתה, וכ"כ בדרך אמונה. אולם בבאר יצחק סבר שיש לאישה בעלות על העיסה ויכולה להפריש, ואזי גם לא מהני מחאת בעלה על כך. ואמנם, אם פעלה האישה כהוגן, כפי שרצה בעלה לפעול, הרי לכו"ע תועיל הפרשתה, שכן בעלה לא רצה למנוע ממנה להפריש, אלא רצה להפריש על פי דיקדוקי ההלכות, ואין בכוונת מחאתו לבטל הפרשה שנעשתה כהוגן.

### נמוקי הדין

#### בעלים מפרישים תרומות ומעשרות וחלה, דין שליח ודין זכין

איתא במסכת קידושין בדף מא: שרק הבעלים יכול להפריש תרומות ומעשרות ולהפריש חלה, ולמדו מהנאמר 'אתם', שאינו יכול להפריש תרומה ומעשרות מדבר שאינו שלו, בלא שימנה שליח להפריש עבורו, כמבואר בשו"ע חו"מ בס' קפח. וכתב הרמב"ם בהלכות ביכורים פ"ה ה"ד שגם חלה נקראת תרומה, כדפירש הרדב"ז שם: 'וכל שאמרנו בתרומה לא יתרום ואם תרום אינה תרומה, כך בחלה'. וכן פסק השו"ע ביו"ד בס' שכן סעי' ג: 'אין מפרישין חלה בלא רשות בעל העיסה'.

הרמ"א שם פסק את תשובת התרומת הדשן בס' קפח שדן במעשה שהיה: 'אשה בעלת הבית לשה לה משרתת שלה עיסה, והלכה לחוץ... וקודם שחזרה נתחמצה העיסה כל צרכה, שאם תשהה עוד שלא תאפה תתקלקל העיסה, ובשביל כך רוצה המשרתת להפריש החלה בלי רשות בעלת הבית, שרי למיעבד הכי או לאו'. כלומר האם תפריש המשרתת מהעיסה למרות שלא קיבלה רשות על כך ולא

מונתה לשליח להפריש חלה עבור בעלת הבית. והשיב בתרוה"ד: 'יראה דשפיר דמי למיעבד הכי, דכיון דמתקלקלת העיסה זכות הוא לה לבעלת הבית וזכין לאדם שלא בפניו... וה"נ המשרתת נעשה שלוחה אפי' שלא מדעתה מטעם דזכות הוא לה. ואפי' אם אין כאן אלא חשש קילקול העיסה, אמרינן דזכות הוא לה, כיון דרגילות הוא לפעמים שבעלת הבית נותנת רשות למשרתת להפריש חלה אפילו בפניה'. הרי שמועילה ההפרשה של המשרתת מדין זכין<sup>25</sup> לאדם שלא בפניו.

מנגד, הקצוה"ח בחו"מ בס' רמג סק"ח חלק על פסק התרוה"ד והרמ"א: 'ואם כי ידעתי מיעוט ערכי להרהר אחר פסקי מוהרא"י, ובפרט שכבר הלך אחריו הרמ"א והט"ז... בהאי דמשרתת דמפרשת חלה משל בעה"ב אין בזה משום זכות, דלא אמרינן זכין לאדם שלא בפניו אלא היכא דזוכה המקבל באיזו דבר כמו במזכה חפץ לפלוני, או במזכה גט לאשתו דזוכה האשה בגט, או במפריש משלו, אבל מפריש משל בעה"ב, אין זה זכות אלא ניחותא איכא, ושליחות לאו מתורת ניחותא הוא ובעינן לדעתכם דוקא'. כלומר, בדין זכין התחדש שניתן לזכות לאדם ולהוסיף לו ממון, אך זכין מאדם – לא אמרינן, ואינו יכול מכח דין זכין ליטול ולהחסיר את הבעלים. ולכן אם השליח מפריש מעיסה שלו ומבקש לפטור בכך גם את של חבירו, כתבו התוס' והרשב"א בנדרים בדף לו: שיש בכך דין זכין ומהני הפרשתו, אך להפריש משל בעל הבית הינו מחסיר לו מהעיסה, ואינו יכול להפריש, שכן יהיה זה זכין מאדם. ואף שאם לא תפריש, תחמיץ העיסה, ובוודאי מעוניינת בעלת הבית בכך, מ"מ לא הוי זכות גמורה בהיותה נוטלת ממנה.

נמצאנו שרק אם הבעלים נותן רשות לשליח להפריש מעיסתו, או שיש בהפרשה זו כדי להחשב זכות לבעלים, תועיל ההפרשה של זר. ונחלקו לגבי הפרשת השליח מעיסת הבעלים אם יש בכך דין זכין<sup>26</sup>.

### הבעייתיות בהפרשת האשה בלא מינוי שליחות

אישה עם נישואיה מקנה לבעלה זכויותיה הממוניות במעשה ידיה ובתוצרת של נכסיה, כמבואר בבריתא במסכת כתובות בדף מז: 'תנו רבנן... תיקנו מזונותיה תחת מעשה ידיה, ופירקונה תחת פירות, וקבורתה תחת כתובתה, לפיכך בעל אוכל פירות', וכן פסק הרמב"ם בהלכות אישות פ"ה ה"ג והשו"ע באהע"ז בס' פ ובס' פה. ואף מתנה שמקבלת מוקנת לבעלה, כמבואר בקידושין בדף כג: ובשו"ע שם בס' פה סעי' יא.

נמצא שהעיסה והפירות שהכינה האישה או קנתה או קיבלה או שגדל בחצר שלהם, הינם של הבעל, ורק הוא רשאי להפריש תרומות ומעשרות וחלה, והכיצד יכולה האישה להפריש בלא שימנה אותה לשליחה עבורו.

לכאורה הבעל יכל למנות את אשתו להיות שליחה שלו להפריש. אך יש לדעת שלא מהני מינוי שליחות חד פעמי באופן גורף לכל שתפעל האישה כל ימיה, שכן כל התוצרת שלא מצוייה תחת ידו שלא בשעת

<sup>25</sup> אם התורם מפריש כמות שלא היתה בדעת בעל הבית להפריש, הרי הפרשה זו לא תהיה זכות עבורו. אלא שהשו"ע יו"ד בס' שלא פסק שבזמן הזה שהתרומה נפסדת והולכת לאבדון, אין צריך להפריש מהיפה: 'ונראה לי דהשתא דלאיבוד אזלא מפני הטומאה, אין להקפיד בכך'. כלומר, כיון שיעוד התרומה לא יגיע לכלל כבודו, מפרישים מידה מועטת. כן הבין הגרי"ז בתמורה בדף ה. שאיכות התרומה הנתרמת תלויה בנתינתה בפועל. ואזי כל המפרישים נותנים מידה שווה (הגם שניתנת מהאומדן, וכל אחד באומדן שלו נותן משהו. אך מסתבר שבזוטות כאלו לא קפדי אינשי), ונמצא שלא חרג התורם מדעת בעל הבית.

אולם בביאור הגר"א ס"ק צה כתב שבזה"ז אין צריך להפריש מהיפה, משום שהאידינא אנו טמאים והוי מהרעה: 'דכל מה שתורם הוי מהרע'. הרי שלא תלויה איכות ההפרשה בנתינה לכהן, אלא אין תרומה יפה האידינא, לכן אין צורך להפריש מהיפה. ונפק"מ לכך, שלגר"א אם יהיה פרי שלא הוכשר לקבל טומאה, יהא חייב ליתן מהיפה אף האידינא, ולגר"ז יתן מהרעה בהיותו טמאים האידינא. ולגר"א תהיה בעיה באומדנת דעת הבעלים בכמות התרומה, בפירות שלא הוכשרו לקבל טומאה בעת הקטיפה.

<sup>26</sup> כיוצא בדבר נחלקו הראשונים בסתירת הסוגיות במי שמודיע שיפרישו עבורו.

הגמ' בגיטין בדף סו. אמרה: 'מי שהיה מושלך לבור, ואמר כל השומע את קולו יכתוב גט לאשתו - הרי אלו יכתבו ויתנו', הרי שיש בהודעה זו כהוראת שליחות. ומאידך, הגמ' בנדרים בדף לו אמרה שיכול המוחר הנאה לתרום כשאמר: 'באומר כל הרוצה לתרום יבא ויתרום'. ה"ר בנדרים שם יישב: 'וכי האי גוונא מהני לגבי תרומה דבגלוי דעת בלחוד דניחא ליה סגי... ומיהו דוקא באומר כל הרוצה לתרום יבא ויתרום, אבל אי אמר כל השומע קולי יתרום, שליחות מעליא הוי, ואסור במוחר הנאה'. דהיינו גילוי דעת אינו כהוראת שליחות, אך לומר כל השומע יכתוב הוי שליחות. משמע שהצריך גם בתרומה לעשותו כשליח על מנת לפעול עבור הבעלים. ואילו הרמב"ן בגיטין שם יישב: 'ואינה קושיא דהתם כל הרוצה לתרום קאמר מדעתו ואינה אלא כנותן רשות לאו שליחותיה הוא, וגבי תרומה אפילו גילוי דעתא נמי מהני, כדאמרינן בפ' אלו מציאות כלך אצל יפות אם נמצאו יפות מהן תרומתו תרומה'. הרי די בגילוי דעת של הבעלים לאפשר לכל הרוצה לתרום עבורו מדין זכין.

הגרצ"פ פרנק בכרם ציון תרומות הלכות פסוקות עמ' קסה הביא משמיה דהגר"ש מסלנט עפ"י דברי רמב"ן אלו, שדי בניחותא של בעלים נוכרי בכדי שהמשגיח הישראלי יפריש מהפירות, ואין צריך מינוי שליחות, שכן גוי לא עושה שליח.

מינוי השליחות אינה בעולם, ולא ניתן למנות שליח על דבר שאינו בעולם. וכן הקשו התוס' בנזיר בדף יב. בד"ה 'מ"ט': 'ואם תאמר דהא מעשים בכל יום שהאשה אומרת לחבירתה לוי לי קמח והפרישי חלה בעבורי, וגם תלמידים של בית רבן אומרים כן, ואיך נעשה שליח בדבר הזה, הא בשעה שעושה אותה שליחות לא היתה יכולה בעצמה להפריש חלה מקמח זה שאינו בר חיובא שאין מפרישין חלה מקמח'. והתוס' תירצו בשם רבינו תם שיש בידה להביא עיסה מגולגלת ולומר עיסה זו תהא חלה על קמח לכשיהיה נילוש, ונחשב כאילו בידה כעת הדבר. אך לא יוכל למנות שליחות על עיסה ופירות שאינם תחת ידו עדיין.

נמצא שלא יכול למנות את האשה להפריש על שבביתם לכל חייהם, ולא יכולה להפריש מדין זכין לשיטת הקצוה"ח, כיון שלא אמרין זכין מאדם. והכיצד אישה מפרישה חלה כשאופה בביתה בלא קבלת מינוי בכל פעם. והכיצד מאפשרת האשה לשליחה מטעמה להפריש, והלא אינה בעלת העיסה והפירות?

### הפרשת האשה מעיסה שהבעל אוכל ממנה

איתא תוספתא מסכת תרומות פרק א ה"ו: 'הבן והשכיר העבד והאשה תורמין על מה שהן אוכלין, אבל לא יתורמו על הכל, שאין אדם תורם את שאינו שלו. הבן בשל אביו והאשה בעיסתה, הרי אילו תורמין מפני שהן תורמין ברשות'. וכן כתב הרמב"ם הלכות תרומות פרק ד הלכה יב: 'הבן והשכיר והעבד והאשה תורמין על מה שהן אוכלין, אבל לא יתורמו על הכל שאין אדם תורם דבר שאינו שלו, הבן כשאוכל עם אביו והאשה בעיסתה תורמין מפני שהן ברשות'. נראה שהבינו שישנה נחותא דבעלים והוראת היתר לבן ולאשה להפריש ממה שיאכלו עם בעל הפירות והעיסה, הגם שלא נאמר להם במפורש. כן באר המהר"י קורקוס שם: 'כשאוכל עם אביו כי אז הוא תורם גם על מה שאוכל אביו, דהוי כאילו נתן לו אביו רשות לתורם, כיון שכולם אוכלים באחד ביחד ומדבר אחד. וכן האשה בעסתה הוי כאילו נתן לה בעלה רשות, ולכן מפרשת חלה מכל העיסה'.

נמצינו למדים, שהאשה יכולה להפריש מכח הוראת שליחות של בעלה, הגם שלא צוותה על כך במפורש, רק מעיסה ומפירות שבעלה יאכל מכך (הקצוה"ח לא אמר על כך שלא אמרין זכין שמחסיר ונוטל מהבעלים, שכן כנראה חילק בין אשתו ובנו שמעוניין שיתקנו עבורו את מאכליו, הגם שנחסר מכך, לבין משרתת שרוצה את השירות שלה לתועלתו, ומנא לן שגם אם נחסר מכך במשהו). אולם לא שמענו מדין זה שרשאית האשה לשלוח שליח אחר להפריש מכוחה, שכן הוי מילי ולא יוכל שליח לעשות שליח, שכן מעמדה של האשה בעיסה זו הינה מכח שליחות. ועוד, שמדין זה לא שמענו שהאשה תוכל להפריש גם מעיסה ומפירות שמכינה עבור זרים. כלומר, אם האשה מבקשת לאפות לחברתה חלה, או לקידוש בבית הכנסת (שבעלה לא יהיה נוכח בו), או שהיא מפעילה קייטרינג, לכאורה לא תוכל להפריש ללא שתקבל מינוי שליחות מבעלה, על כל פעם ופעם. ולא יועיל מנוי מראש לכל החיים, שכן הקמח ועיסה והפירות שעתידין לגדול במשך השנים ועתיד לקנותם, אינם בעולם ולא ברשותו, ולא יוכל למנות על כך שליחות.

### אם האשה יכולה להפריש מדין אפוטרופוס

מצאנו שאפוטרופוס מפריש מהפירות עליהם קיבל אחריות, ויש לדון מה כוחו בדבר, האם פועל מכח הבעלים, או שבידו כח עצמי. ונראה שתי שיטות ראשונים בדבר.

המשנה בגיטין בדף נב. הביאה את הדין שאפוטרופוס מעשר את פירות היתומים, והקשתה על כך הגמ': 'ורמינהו... אתם ולא אפוטרופין, ולא התורם את שאינו שלו. אמר רב חסדא, לא קשיא כאן להאכיל, כאן להניח'. דהיינו הוא רשאי לעשר ממה שצריכים היתומים לאכול ולא ממה שמותירים ומניחים באוצר. והירושלמי במסכת תרומות פ"א ה"א י"ש באופן שונה את הסתירה הזאת: 'כאן באפוטרופוס לעולם כאן באפוטרופוס לשעה'. ונחלקו הראשונים, מדוע מועילה הפרשתם;

- א. הריטב"א בגיטין בדף נב. כתב שהיו צריכים חכמים להפקיר את הפירות ולהקנות לאפוטרופוס בכדי לאפשר לו להפרישם: 'והא לאו מדינא, דהא גבי תרומה שליח ממש בעינן ויתומים לאו בני שליחות נינהו, אלא שחכמים הפקירו הפירות לענין זה ושמו אותן [ברשות] האפוטרופוס לעשר כאילו הן שלו'. וכ"כ הרשב"א שם בפירוש הראשון.
- ב. הרמב"ם שם באר, שכח האפוטרופוס מבוסס על דין זכין: 'ולי נראה שכל מה שעושה האפוטרופוס לטובת יתומים מה שעשה עשוי מן התורה, דזכין לאדם שלא בפניו הוא'.
- ג. הרשב"א שם בפירוש השני באר שהאפוטרופוס מפריש מדינא, ויד הבעלים הוא: 'אי נמי איכא למימר דמדינא תורמין בין להאכיל בין להניח דיד אפוטרופוס כיד היתומין, אלא כדי שלא יראה

כמזלזל בנכסי היתומין שמא לא ידקדקו יפה בדבר אסרו להן לתרום כדי להניח, כיון שאין צורך להן בדבר זה, אבל להאכיל העמידה אדיניה'.

הנה לשני הביאורים הראשונים, לא תוכל האשה להפריש מעיסה שבעלה לא אוכל ממנה, שכן צריכה להיות בעלת העיסה או דרוש דין זכין לכך, וכבר בארנו שלקצוה"ח לא אמרין זכין מאדם. אולם לביאור הרשב"א, שפיר מפרישה מכח דין אפוטרופוס, שבעלה נתן בידה לאפות ולהכין את הסעודה, ולכן נתן לה כח להפריש, שידה כיד בעלה. וכן אמר לי בשעתו מו"ר הגר"א שפירא זצ"ל.

כיוצא בזה, מצאנו בירושלמי ריש תרומות ובמעשרות פ"ה שגיזבר נחשב כבעלים, ומהני הפרשתו. והוא אינו פועל מדין זכין להקדש, אלא הוא יד הבעלים, ומכח זה יכול לפעול. ולרמב"ן צ"ל, שיש ניחותא להקדש ולכן מהני לפעול בהקדש.

אומנם אם המפרישה הינה 'פועלת' של הבעלים, לדעת המחנה אפרים בהלכות שלוחין י, יא תהא כיד הבעלים עפ"י המבואר בב"מ בדף י, ותוכל להפריש, שכן שליח המקבל שכר הוי פועל כמש"כ הש"ך בס"י קה סק"א. (ויש לעיין אם כל אישה נחשבת פועלת בשל התקנה שמעשה ידיה תחת פרקונה, או שאם עשתה הוי של בעלה אך אינה 'פועלת'). אלא שרעק"א לא סבר כן, ואף פועל צריך את מינוי הבעלים בכדי להפריש.

### האישה הינה שליחת הבעל, או כבעלים ובידה להפריש

איתא בגמ' ביבמות בדף פו. פסוק שריבה את האשה להפריש ולמנות שליח לכך: 'והתניא, ואכלתם אותו בכל מקום אתם וביתכם - לימד על נשואה בת ישראל שנותנת רשות לתרום'. הרי לן מקור מפורש שמרבה את האשה להפריש מעיסת ופירות הבית.

וקשה, מדוע פסק הרמב"ם עפ"י הברייתא שהאשה רשאית לתרום רק מהעיסה שאוכלת עם בעלה, והלא הגמ' ביבמות נתנה כח לאישה להפריש כבעלים ולמנות שליח על כל שתוצה. ושני ביאורים נאמרו בביאור דין זה;

**א.** הערוך לנר ביבמות שם העמיד את הגמ' ביבמות שהינה מקור הדין להפריש מהעיסה שאוכלת עם בעלה, בכדי לא לעשות מחלוקת בין הברייתא בתרומות לגמ' זו. וכן נראה שהבין המשנה למלך שהביא את הגמ' ביבמות על פסק רמב"ם זה, בלא הוראה שרמב"ם זה חולק על כך. לדבריהם, היתר ההאשה לתרום ולהפריש ולמנות שליח מבוסס על דיני שליחות, ורק מעיסה שהבעל יאכל רשאית להפריש ולתרום, ולא על כל עיסה שבבית.

כן באר החזו"א במעשרות סי' טו' סעי' טו: 'נראה דאם מוחה ודאי אין לה רשות, וכי עסקין בסתמא, ואמרין בסתמא שנותן רשות... ויש לעיין קרא למה לי סברא הוא כיון דסתמא מרשה אותה... צ"ל, דקרא אשמעינן הכרעת הדין בסתמא דבוי כאומדנא דמוכח... ושמעינן מכאן למעשה דאשה שלקחה מן השוק או שהביאה פירות מפרדסו ומגינתו, מעשרת וא"צ רשות בעלה, וממנית שליח לעשר בלא דעתו, אלא א"כ הקפיד. וכן משמע קצת במתני' שבת לד א' דשואל עשרתם...'

וכן פירש הדרך אמונה בתרומות פ"ד הי"ב, שהאשה מפרישה מכח דיני שליחות, והגדיל לבאר, שאם נתן לה בעלה להפריש פעם אחת מיתר העיסות שבבית, הרי מגלה דעתו בחפצו שתפריש תמיד, ומגלה דעתו שזהו זכות עבורו (שכן לא יכול למנותה שליחה קבועה על דבר שלא בעולם ולא ברשותו). וכיון שסבר שדין זה מבוסס על דיני שליחות, כתב באות קכד שיכול הבעל למחות באישה שלא תפריש.

**ב.** בשו"ת באר יצחק יו"ד סי' כח ענף ו' הבין שיש כאן מקור חדש שמחשיב את האשה כבעלים על העיסה ומכח זה יכולה להפריש ולמנות שליח: 'יש לומר בהא דמצינו דהאשה מפרשת תרומה ונותנת רשות לאחר לתרום, דאף דהוא סותר הכלל דמילי לא מימסרי לשליח, בע"כ מוכח דהתורה זוכה לה ונחשבת לבעלים... ויותר יש לנו לומר דנחשבת לבעלים, ולא לתרץ דזה הוי גזה"כ, כמו דמוכח מירושלמי הנ"ל, לכן כיון דנתברר דאשה יכולה לעשות שליח דיליף מאתם וביתכם משום דהתורה עשתה אותה בתורת בעל דבר כמו בהא דאשה עושה שליח לקבלה, דאמרו דהתורה זוכה לה והוי כדבר שלה, משום דמקשינן אותה לבעלה כמבואר שם'. וכן סיים את התשובה בסוף ענף ז: 'אבל בחלה שהפרישה האשה יכולה האשה בודאי למשאל, וגם על הפרשת המשרתת יכולה למשאל משום דבעלת הבית היא כבעל דבר לגבי זה, ובעלה יש לדון דאינו יכול למשאל משום די"ל כיון דנעשתה כבע"ד מפאת עצמה... אבל האשה בוודאי יכולה למשאל אף בלא ציווי ורשות בעלה'.

יתכן, ולכך כיון החזו"א שם בהמשך דבריו: 'אח"כ ראיתי דברים שאמרתי טעות הן בידי... ונראה שקדירה שמבשלת הוי כעיסתה. וצ"ע ליישב הסוגיא דיבמות... והרמב"ם השמיט הא דיבמות...'.<sup>27</sup>

לדברים אלו, אף אם ימחה בה הבעל, תוכל להפריש שכן הינה בעלת העיסה. ומהאי טעמא סבר, שאם רוצים להשאל על העיסה, יכולה האישה עצמה להשאל על הפרשתה<sup>27</sup>, ולא צריך (ולא תועיל) שאלת הבעל.

**ג.** מצאנו שיטה אמצעית בדברי הפוסקים שאומנם לא השוו את האישה כבעלת העיסה, אך סברו שכיון שהטילו עליה מצווה זו, בידה כח ההפרשה, הגם שהיא פועלת מכח בעלה מדיני שליחות. האור זרוע בס' רכה כתב: 'מיהו מצות הפרשת חלה על האשה רמיה, הלכך אף על פי שהעיסה היא של בעלה היא משוויא שליח להפריש חלה אפילו שלא מדעת בעלה, דהא מצוה דידה היא. וחוששני לומר, שלכתחלה לא משוי שליח להפריש חלה, הואיל ומצות אשתו היא'. נראה שבבסיס דבריו עומדים דברי המדרש בבראשית רבה יז, ח: 'מפני מה ניתן לה מצות חלה. על ידי שקלקלה את אדם הראשון שהיה גמר חלתו של עולם, לפיכך ניתן לה מצות חלה'. כלומר, כיון שחיוב במצווה זו מושת על האישה, הגם שהיא פועלת קניינית מכוח בעלה, אינה צריכה את ידיעתו ורשותו לכך כל עוד לא מחה בה. וצ"ב, האם במעשרות דינה יהיה שונה.

היעב"ץ במשנה לחם, חלה פ"ב מ"ג כתב שאם הבעל קדם והפריש חלה לפני שהאישה הפרישה, חייב לשלם לה י' זהובים. אמנם במחזיק ברכה ג' סו"ג כתב שאין כאן הפקעה של הבעל מההפרשה, אלא קדימות של האישה בלבד, אך נאמר בכך שכיון שמסרו ביד האישה את ההפרשת חלה, היא קודמת במצווה זו מבעלה. אמור מעתה, שכיון שמסורה מצווה זו ביד הנשים אין צריכות למינוי שליחות לאפשר להן להפריש, ודי בכך שהבעל אינו מוחה בהן בכדי לאפשר להן להפריש (ואפשר שרק כאשר הבעל אוכל מהעיסה יש בידה להפריש, ותלוי אם נימא דהגמ' ביבמות חולקת).

עולה מן כל האמור, שהאישה יכולה להפריש או משום ריבוי הפסוק שריבה אותה להפריש כבעלת הפירות, ואזי יכולה לצוות על אחרות ולא תועיל מחאת בעלה בה מלהפריש. או כוחה להפריש הינו מדיני זכין, שכן בעלה גילה דעתו פעם אחת שתפריש, ומכאן ואילך הוי מפרישה מדין זכין. ויש שהבינו שכיון שמסורה הפרשת חלה ביד הנשים, הינם מפרישות מכח בעליהן אף בלא כל מינוי מפורש.

זוכים אנו לקיים מצוות התלויות בארץ, שהן זכות קיימנו, כמבואר בבראשית רבה פ"א: 'בני ארץ ישראל בזכות מה, א"ל בזכות מעשרות'. ויה"ר שנקיים מצוות אלו עפ"י דקדוקן, ויקויים בנו מאמר הירושלמי בברכות פ"ט ה"ב: 'בשעה שישראל עושין רצונו של מקום ומוציאין מעשרותיהן כתיקונן, תמיד עיני ה' אליהן בה מראשית השנה ועד אחרית השנה, ואינה ניזוקת כלום'. ואיתא בתנחומא פרשת ראה: 'ר' יהושע דסכנין בשם ר' לוי אמר, בזכות שני דברים ישראל מתחטאים לפני המקום, בזכות שבת, ובזכות מעשרות'. ושפיר מובנת בקשתו של משה רבנו שהביאה הגמ' בסוטה בדף יד: 'דרש רבי שמלאי מפני מה נתאוה משה רבינו ליכנס לא"י. וכי לאכול מפריה הוא צריך. או לשבוע מטובה הוא צריך. אלא כך אמר משה, הרבה מצות נצטוו ישראל ואין מתקיימין אלא בא"י, אכנס אני לארץ כדי שיתקיימו כולן על ידי'. שכן רצה משה רבנו לזכות במעלות מצוות אלו בעצמו 'על ידי', שיהיו לרצון לפני הקב"ה.

<sup>27</sup> במלוא העומר לר' יעקב בלוי הסתפק האם האישה היא הבעלים כדין שותפה או שהיא מדין שליחות וכתב: 'וצריכה היא לשאול בעצמה ולומר בזה"ל אני מתחרטת על הפרשת חלה שהפרשתי היום... הנוסח הזה שמעתי בבית גדולי ישראל ז"ע'.



# מאורות תורת המשפט

## תשובות אקטואליות בדיני ממונות

אבישי נתן מייטליס

ח' בתשרי תשע"ח נשלח ח' ינחם מידי שבועיים, להצטרפות: [meorothamishpat@gmail.com](mailto:meorothamishpat@gmail.com) גליון מספר 59

## לפתוח עסק מתחרה בישוב

### המקרה:

משפחה שנכנסה לא מזמן ליישוב, פרסמה שמבצעת מכירת מוצרים (ארבע מינים וסך) הנצרכים לחג הקרב במחיר מוזל. מיד פנה אליהם תושב וותיק בישוב, וטען כי הוא מבצע מידי שנה מכירה מוזלת למוצרים אלו, והם ימוטטו את הכנסתו זו, ודורש מהם לבטל את המכירה המיועדת.

**טענת התושב הוותיק:** מידי שנה אני מבצע בישוב מכירות מיוחדות במחיר מוזל לפני החגים, ואני הטמעתני את המודעות לקניית צורכי מצווה ומינים מהודרים. ויש לי חזקה על כך. לדבריו, אין מספיק תושבים בכדי לבצע שתי מכירות. והמשמעות היא, שלא יהא לו היקף רווחים שיצדיק את המשאבים והמאמץ שדרוש להשקיע בניהול מכירה מעין זו, ואין לאפשר לגורם נוסף לבצע מכירה שתקפח את פרנסתי.

**טענת התושב החדש:** תחרות עסקית הינה תופעה מוכרת ומקובלת, וכתושב המקום, הינו רשאי לפרסם ולבצע מכירה נוספת בישוב. לדעתו, רק היקף הרווחים יפגע אך לא ימיט כליה מוחצת לעסק יריבו, ואדרבה, יש לאפשר לו להתחרות על לב תושבי המקום, כך שיהנו תושבי היישוב ממוצרים טובים במחיר מוזל. ובפיו היתה טענה: 'שאף התושב הוותיק יעשה מבצעים ומחירים אטרקטיביים, וימשוך לקוחות למכירה שלו, כפי שהוא פרסם'.

לשאלת בית הדין, השיב הנתבע, שאין בכוונתו להביא פריטים משובחים יותר למכירה זו, והמוצרים די תואמים את אלו שמבקש הוותיק למכור.

### תשובה

תושב המקום זכאי לפתוח כל עסק בישובו, אף שמתחרה בכך על לקוחות חבריו הוותיק.

נחלקו הפוסקים אם הדברים אמורים גם במציאות שאין מקום לשני בעלי עסק זהה במקום מגורים קטן, ויגרם בוודאי לראשון להפסיק את העסק, כל עוד אינו מונע מאיש מלקנות אצל חבריו. על כן, לא ניתן לכופ את החדש מלפתוח את העסק, הגם שאם היה שואל מתחילה אם לפתוח חנות זהה, היתה התשובה מסוייגת על פי מחלוקת זו. לפיכך, תוכל כל משפחה לעשות מכירה של ביגוד או תכשיטים, או כלים שונים, וכן יוכל תושב מהיישוב להיות מורה לבר מצווה או לחוג כלשהו, ולא יוכלו למנוע ממנו מדינא, אף במצב שבכך יפגעו הראשונים שעוסקים בתחום.

ברם, כאשר נראה לבית הדין שטובת בני המקום להשאיר את הראשון, או בכדי להעמיד את צורכי הדת בכל אתר, נכון לתת בלעדיות לזה שטרם והשריש את המודעות להידור במצוות ביישובו, אין לאפשר לזר להכנס בגבולו כל עוד הישוב לא יגדל בכמותו מעת תחילת עיסוקו של הראשון.

על כן התושב החדש יוכל למכור רק ענפי סכך, שלא פוגעים מהותית בעסקו של הראשון, ובהם אין כל מעלה בהידור שפעל הראשון, אך ימנע מלמכור ארבע מינים כעת.

## נמוקי הדין

### הזהירות מליד לאומנות חבירו

הורנו חכמינו להזהר מליד ולקפח פרנסת ביתו של אדם, וכך דרשה הגמ' בסנהדרין בדף פא: 'ואת אשת רעהו לא טמא - שלא ירד לאומנות חבירו'. והגמ' בקידושין בדף נט. קראתו 'רשע'.

בשו"ת המהרש"ל בס"ל לה הביא משמיה דהרוקח בגודל האיסור: 'הוי זהיר ולא תשיג גבול רעך ולא תקח מחייתו, ואם קנה סחורה או מטבע מן השלטון ויבא אחר ויוסף כדי ליקח מחבירו, זה לא ניתן למחול ונקרא רשע, ואין גזלן כמותו. ואם לא ישמע לקול הוריהו, יש להבדילו ולנדתו עד שיתקן עוותו'.

על כן יש לדון בזהירות בדין זה, בכדי לא לקפח אפשרות פרנסתו של שני הצדדים.

### אימתי תחרות עיסקית מותרת

הגמ' בב"ב בדף כא: הביאה מחלוקת האם רשאי אדם לפתוח חנות מתחרה לצד חבירו: 'אמר רב הונא, האי בר מבואה דאוקי ריחיא, ואתא בר מבואה חברה וקמוקי גביה, דינא הוא דמעכב עילויה, דא"ל קא פסקת ליה לחיותי... מיתבי, עושה אדם חנות בצד חנותו של חבירו, ומרחץ בצד מרחצו של חבירו, ואינו יכול למחות בידו, מפני שיכול לומר לו אתה עושה בתוך שלך ואני עושה בתוך שלי. תנאי היא. דתניא, כופין בני מבואות זה את זה שלא להושיב ביניהן לא חייט ולא בורסקי, ולא מלמד תינוקות, ולא אחד מבני בעלי אומניות, ולשכנו אינו כופיהו. רשב"ג אומר, אף לשכנו כופיהו'.

והביאה הגמ' לאחר מכן, את הכרעתו של רב הונא בריה דרב יהושע: 'פשיטא לי, בר מתא אבר מתא אחריתי מצי מעכב, ואי שייך בכרגא דהכא - לא מצי מעכב. בר מבואה אבר מבואה דנפשיה לא מצי מעכב'. אך הסתפק ובעי רב הונא בריה דרב יהושע: 'בר מבואה אבר מבואה אחרת, מאי. תיקו'. וכיון שאזלינן לקולא, לא יוכל למנוע מהמבקש למכור, שכן נותרה השאלה בתיקו.

יש לעיין ביסוד מחלוקת האמוראים, כפי שדנו מכבר בפד"ר ג' עמ' 336.

ניתן לבאר את דעת רב הונא שאסר להכנס לגבולו של הראשון, משום שהנכנס מזיק את הראשון בפתיחתו חנות תואמת, אף שלא מנע בפועל מאיש לקנות מהראשון. ואפשר לבאר, שרב הונא סבר שהראשון קנה חזקה לחיות ולהתפרנס ממקום זה, ומשו"ה אין לאחר להכנס למקום, וסברת 'מזיק' לא קיימת, כיון שלא פגע בחיותו של ראשון.

כעת יש לדון במה רב הונא בריה דרב יהושע חלק על רב הונא, אי נימא שחלק על פי הבנה שבאופן א' והשני אינו מזיק בהכנסו לגבול הראשון, יקשה מדוע מותר לבן אותו מבוי לפתוח חנות, וכי אינו מזיק. מסתבר שהוא חלק על פי ביאור אופן ב', וסבר שהראשון זכה בפרנסתו במקום זה, ודוחה כל זר מעיר אחרת מלהכנס לגבולו, אך אינו קודם ולא דוחה את תושב המקום מלהתפרנס. לדברים אלו, אין כאן דיני מזיק, אלא דיני חזקות. והדברים אמורים רק במצב שאינו גורם להפסקת חיותו של הראשון לגמרי, אך לו בשל פתיחת השני יפסק חיותו של הראשון, לכו"ע יאסר לזר לפתוח שם תחרות, גם לבן המבוי, ומהלכות מזיק הוא יאסר.

הרמב"ם בהלכות שכנים פ"ו ה"ח והשו"ע בס"י קנו סעי' ה פסקו שבהעדר תקנת בני המקום, מותר להעמיד עסק מתחרה, ובלבד שיהא תושב המקום או שמשלם אגרה כנדרש. וזה לשון הרמב"ם: 'היה שם במבוי אחד מבני מבוי אומן ולא מיחו בו, או שהיתה שם מרחץ או חנות או רחיים ובא חבירו ועשה מרחץ אחרת כנגדו... אינו יכול למנעו ולומר לו אתה פוסק חיי. ואפילו היה מבני מבוי אחר, אין יכולין למנעו שהרי יש ביניהם אותה אומנות. אבל גר ממדינה אחרת שבא לעשות חנות בצד חנותו של זה, או מרחץ מצד מרחץ של זה יש להן למנעו, ואם היה נותן עמהם מנת המלך אינו יכול למנעו'. והרמ"א שם הביא את דעת הטור ורש"י והראשונים שהצריכו שיגור בעיר וישלם אגרא, ויכולים למנוע מכל תושב חוץ להכנס לישוב אף שמשלם אגרא.

נמצאנו שכל הרוצה לפתוח חנות או מכירה, רשאי לעשות כרצונו הגם שמצוי במקום עסק דומה, אא"כ אינו תושב המקום. ביסוד הדין עומדת הסברה, שכשם שמבקשים להגן ולשמור על בעל העסק במקום, כן יש לאפשר למבקש למצוא מקור פרנסה, בהנחה שניתן לאפשר לשניהם קיום [אם בשל פתיחת התחרות יאלץ הראשון להפסיק, נראה לקמן].

בימינו, שכל המבקש לפתוח עסק, מחוייב לשלם אגרות עירוניות, לשיטת הרמב"ם ר"ת והשו"ע לא יוכל למנוע מהמבקש לפתוח עסק זהה לצידו, הגם שמתחרהו אינו תושב המקום. שכן תשלום האגרא מגדיר אותו כתושב המקום, וכן כתב הסמ"ע שם ס"ק טו: 'כיון שנותן מס עמהן הו"ל כאילו דר עמהן, ובהדר עמהן בעיר כבר נתבאר דנקרא שכינו דאין יכולין לעכב עליו כלל'. וצ"ע אם יוכל השני לטעון קים לי כדיעות אלו. אולם בדרך כלל עבור מכירה חד פעמית אין צורך ברישיון ובתשלום אגרה, ואזי לא יוכל זר שאינו תושב המקום לעשות מכירה מעין זו.

## אם בפתיחת התחרות – הראשון יאלץ להפסיק

ראינו עד כה, כי הותרה התחרות שלא ממיטה כליה על עסק של הראשון, ברם הראשונים והפוסקים דנו, במציאות שבשל פתיחת העסק הנוסף לא יוכל הראשון להתקיים כלל, אם גם בכך התיר רב הונא בריה דרב יהושע.

הב"י הביא את דעת האביאסף המובאת במרדכי רמז תקטז: 'ומבוי הסתום משלשה צדין רק בצד אחד יכנסו לו ודר ראובן אצל סופו הסתום ובא שמעון לדור כנגד הצד שאין הגוי יכול לילך אם לא ילך תחלה לפני פתח שמעון נראה דיכול לעכב עליו כדבר הונא. אביאסף. וכן כתב בהגהות מיימוני... ונראה דאביאסף סבר דלא כרב הונא בריה דרב יהושע, ואם כן לדין דקיימא לן כרב הונא בריה דרב יהושע לא מצי מעכב עליו'. כלומר, הב"י סבר שאף במקום שמפסיק חיותו של הראשון, מותר לבן מבוי לפתוח עסק דומה, שכן דברי האביאסף נאמרו בשיטת רב הונא שלא נפסקה להלכה.

ברם הדרכי משה אות ד הביא את פסק האביאסף, וכן בשו"ת הרמ"א בס"י י' הביא דבריו לדינא: 'דבדבר דברי היזקא, כגון הכא גבי מבוי שבודאי יזיק לו, כ"ע מודו דהלכתא כרב הונא'. וכ"כ במשאת בנימין סי' כז: 'דעד כאן לא פליג ר"ה בדרי"א אר"ה אלא בכה"ג דרחייא דאינו מבטל לראשון לגמרי, שהרי הראשון עומד ברחיים שלו, אלא שהשני אוקי עוד רחיים אחר ומחסר לראשון ממחייתו שלא יהי' ריוח הרבה לראשון כבראשונה, אבל מ"מ יש לראשון ריוח פחות מבראשונה. אבל היכא דבא השני לדחות את הראשון לגמרי ולבטל אותו ממחייתו, כ"ע מודי דמצי מעכב עליו דהא ודאי פסיק לחיותה לגמרי (הביא שם בתשובה שרבו המהרש"ל, לא סבר כן, והעמידו שכאשר קנה הראשון לזמן קצוב, התיר לשני להכנס)'. וכן הוא בהג' דרישה ופרישה, הכנה"ג בהגב"י אות טו והצמח צדק לובאוויטש חו"מ סי' לז. כן הביא החת"ס בס"י סע ובס"י קיח את האביאסף להלכה.

הפתחי תשובה בס"י קנו סק"ג כתב בהאי דינא: 'וכפי הנראה נידון דמשאת בנימין ברי היזיקא טפי טובא מנידון דאביאסף, דהתם אף שיושב זה נגד זה הפתח, מ"מ אפשר שילכו הקונים גם להלאה ויקנו מהאחר, אבל בנידון דהמשאת בנימין מדחה לגמרי, וקרוב לומר דבנידון זה גם הב"י מודה שיכול לעכב'. ונראה שנתן דבריו לשיעורים, ובמקום שבדיוע שיפגע הראשון מפתיחת התחרות, אף למרן הב"י יאסר על השני לפתוח עסק דומה.

אולם הבית אפרים חו"מ בס"י כו דחה מכל וכל את שיטת האביאסף, ואזי יהא מותר לפתוח גם באופן שבכך יאלץ הראשון לסגור חנותו. כיון שלא מונע מלקוחות מלהכנס לראשון ולא מנע פרנסת הראשון: 'ותימא על אבי אסף שכתב שמעכב כר"ה. והוא דבר הנראה לעינים שהוא מעתיק מדברי הראב"ן אלו, והרי הראב"ן לא הכריע בדבר, אלא הי' כמסתפק ושואל את פי הגאון' הללו. ולפי שנראה שמצדד לומר דהלכתא כר"ה... לכן כתב בלשון נראה דמעכב כר"ה, לומר דלזה דעתו נוטה, אבל באמת מבואר שם בראב"ן בפסקי הלכותיו לב"ב שחזר והודה לדעת הגאון' הנ"ל... וכך עלה בהסכמה מכל הראשונים ואחרונים וכך עמא דבר. ומעולם לא שמענו למחות במי שבונה לו בית באיזה מקום בעיר שהוא יותר מוכשר לפרנסת אכסניא, אף על פי שהוא בונה אצל שערי העיר או בגובהה של עיר שהכל עוברים דרך עליו ואין מוחה בידם לומר דמפסיק לחיותא'.

בפד"ר ח"ד עמ' 9 ובפד"ר ח"ו עמ' 90 כתבו שאין למנוע את השני מכח דין האביאסף, שכן לא נפסק בשו"ע, ובשל מחלוקת הפוסקים בדינו. וכן הכריע במשפטי שאול בס"י מט: 'ולהלכה, כיון שדעת המהרש"ל היא שאין בו איסור, ומכש"כ שא"א לעכב בידו. אף שהמשאת בנימין נחלק עליו, יש ללכת לקולא לנתבע. וכמו שפסקו הראשונים לענין בר מבואה אבר מבואה אחריתא שהיא בעיא דלא איפשטא בגמרא, ופסקו שאינו יכול לעכבו מספק דהממע"ה והוא קולא לנתבע, וה"נ נידון דידן'. אומנם, לו היה שואל אותנו מתחילה אם מותר לו לפתוח חנות מתחרה, היה נכון להורות לו להמנע, כפי שהורו כל הפוסקים דלעיל.

## לעשות מחירים ומבצעים של הפסד

התושב החדש שמנסה להכנס לשוק, החליט שהוא מפרסם על מכירה במחירי הפסד, וטוען שגם רעהו הוותיק יוכל לנהוג כן, ולהנות ממתח רווחים נמוך, כפי שהוא מתעתד לעשות.

נחלקו התנאים במשנה בב"מ פ"ד מ"ב בדבר היתר למשוך לקוחות ולפתות לקנות אצלו ע"י מבצעים ותשורות לקונה בחנותו: 'רבי יהודה אומר לא יחלק החנוני קליות ואגוזין לתינוקות מפני שהוא מרגילן לבא אצלו. וחכמים מתירין'. נמצא שלדעת חכמים לא מתקבלת טענת בעל עסק למנוע מעסק אחר מלעשות מבצעים ולמכור במחיר נמוך, בכדי למשוך לקוחות. שכן גם העסק השני יכול לנהוג כן, ונמצא שלא הפסידו. וכן פסק השו"ע בס' רמב"ם סעי' יח: 'מותר לחנוני לחלק קליות ואגוזים לתינוקות, כדי להרגילם שיקנו ממנו. וכן יכול למכור בזול יותר מהשער, כדי שיקנו ממנו, ואין בני השוק יכולים לעכב עליו'.

אולם במציאות שהאחד הוריד את המחירים למחירי הפסד, אין טענה שגם השני ינהג כן, שהרי לא ניתן להעמיד עסק כלכלי שווה באופן זה. וכעת נצבת וקמה סברת 'פסקא לי חיותיה'.

מצוי שחנות עושה בחלק מהמחירים מחירי הפסד, מתוך מטרה שעובדה זו תמשוך לקוחות, ואלו יקנה גם משאר המוצרים, ובכך ישתלם לבעל החנות. לכאורה, אפשרות זו עומדת גם לבעל עסק השני, ויכול עסק מתחרה לנהוג כן.

נמצא שההיתר לפתוח עסק מתחרה קיים רק באופן שיאפשר לראשון קיום, הגם שמוריד לו את אחוזי הרווחים שנהנה עד כה (גדר זה אינו ברור לי דיו. דמאן מפיו אם הרווח שמרוויח בעל העסק מספיק לכלכלת בעלי העסק. ועוד, כידוע, ישנם עסקים עונתיים, שמספקים שירות בעונה אחת בשנה, ומעונה זו מתפרנס בעל העסק עם בני משפחתו העניפה, כל השנה, ומאפשר לו להשקיע ולטפל בענף במהלך כל השנה. הוי אומר, שוודאי ירוויח סכומים גדולים, והיה מקום לאפשר לתחרות בענף זה. אך אם יתורגם הרווח למשכורת שנתית לכל העוסקים במלאכה, יש לשקול אם יש מקום לתחרות בתחום זה). אולם אם המקום לא ערוך לפתיחת שני עסקים זהים, ובהכרח יאלץ הראשון לסגור את העסק בשל פתיחת עסק נוסף, ולא יועיל שיוזיל מחירים וכדו', תתקבל טענת הראשון ש'פסקת לי חיותיה' ויהא אסור לפתוח בגבולו עסק נוסף. כן פסק באגרות משה ח"מ ח"ב ס' לא. וראה בחת"ס ח"מ ס' עט שהביא מהמשתתפים בנימין ומהרמ"א שבכהאי גוונא הוי איסור מדין תורה, ואין לפתוח חנות במקום שלא מאפשר קיום לראשון.

בשו"ת חת"ס ח"ה בס' ק"ח כתב שדין זה שמעכב על הבא אחריו קיים גם במציאות שהשני הינו אביו ונלחם על פיתו, בעוד הראשון מסודר כלכלית ועשיר: 'אפי' יש לו לזה עוד אומנת אחר או אפי' הוא עשיר גדול אנו דנין על חיותא הלז דרחיים הוא נפסק לגמרי מכל וכל הואיל והמבוי סתום וזה יושב בראש המבוי ברחי' או תינוקו' המשמיעי' קול אשר כל העובר ישמע קול וילך לזה ולא להאחרון נמצא פוסק חיותו לגמרי בזה כופין'. שכן זכות חזקתו מקנה לו זכות מכירה בלעדית באיזור זה.

צ"ע, בעידן שלנו שרשתות ענק פותחות סניף במקום בו מצויות חנויות, ומטבעם של דברים, הם יכולים להרשות לעצמם מתח רווחים נמוך בשל ריבוי מוצרים ולקוחות, האם יכולים לטעון שהמכולת השכונתית תנהג כמותם, שכן אז, בהכרח יאלצו החנויות באיזור לסגור משלא יוכלו לאורך זמן להתקיים בשל מיעוט לקוחות, ולא יהא בידם לאפשר מבצעים והנחות כרשתות הענק.

## תועלת אנשי המקום

יסוד דין איסור השגת גבול פרנסתו של המוכר, והגנה עליו, חייב להיות מותאם להגנתם ולטובתם של אנשי המקום. שכן לו יצויר שבעל עסק נהנה מהבלעדיות שלו, ומפקיע מחירים, לא יתכן למנוע מזולתו לפתוח עסק נוסף ובכך להקל על תושבי המקום. מקור להאי דינא איתא ברמב"ם בהלכות ת"ת ב, ז, שמלמד יכול לפתוח לימוד לצד חבירו, שכן מגדיל תורה ומאדיר. אומנם מיירי מחפצי שמים, אך יש בכך תועלת לכל, ולכן הותרה תחרות בכגון דא.

ומאידך, אם לטובת אנשי המקום שיהא לעסק הראשון בלעדיות, יוכל בית הדין לאסור על המבקש להכנס לתחומם, הגם שיש מקום למוכר נוסף לפתוח תחרות, ולהותיר לראשון בלעדיות.

החת"ס דלקמן הביא מתשובת הרמ"א בס' י' שכשאר הראשון הוציא הוצאות והשקיע ופעל רבות לחיזוק הדת, ואם לאחר שפרץ את הדרך ילקח ממנו האפשרות להנות מיצירתו, ימצא – שיתמעטו המבקשים לפעול למען חיזוק הדת. ולכן לטובת הציבור לשמור ולהגן על הראשון, שיוכל להמשיך להפיץ את התורה ומצוותיה, ויש לשמור על בלעדיות שלו. הגם שמדיני השגת גבול יכל אדם נוסף להכנס לתחום ולפתוח תחרות בכך, תיקן הרמ"א בכדי שתתרבה התורה בכל מקום להגן על הראשון.

וזה לשון החת"ס ח"ה סי' עט: 'מזה נ"ל בכל מלאכת שמים דאיכא למיחש לאיתרשולי ולא שייך קנאת סופרים תרבה חכמה, אין להתיר להזיק חברו, אדרבא יש להחמיר ולאסור טפי למגדר מלתא... מכ"ש על מלאכת שמים דאתי לאתרשולי... והנה הנהיגו רבותינו הקדושים אשר מפיהם אנו חיים ומימיהם אנו שותים לגזור חרמא ושמטו' על מדפיס' ספרים שלא ישיגו גבול מדפיס' הראשונים על זמן מה... ונרא' שהתחיל זה אחר שהדפיס מהר"ם פאדוה ספרי רמב"ם שלו, והשיג נכרי אחד גבולו, וגזר רמ"א גזירתו כמבואר בתשוב', מכאן ואילך החלו לגדור בפני פורצי פרץ ורגולי לכתוב בהסכמה שלא יהי' שלוחי מצוה ניזוקין'. וכן עוד הוסיף החת"ס בח"ו בס' נז: 'אין אנו באי' מטעם מערופי' ויורד לאומנת חברו, כי מיום התחלת הדפוס פסקו מעתיקי הספרים ואלו ח"ו תתבטל בדפוס תפוג תורה, ה' יצילנו. וא"א להדפיס כ"א בהוצאה מרובה, וא"א להכניס עצמו בזה כ"א דנקיטא לי' שוקא של כל פזורי ישראל. כי בעו"ה מפוזרי' אנחנו בכל העולם... ע"כ צריך זמן רב ומקומות מרווחי' לבצוע מעשהו, ואי לא נסגור הדלת בעד מדפיס' אחרי', א"כ מי פתי יכנוס עצמו בספק הפסד כמה אלפים, ותתבטל מלאכת הדפוס ח"ו, ותפוג תורה. ע"כ לתקנת כל ישראל ולהרים קרן התורה הנהיגו קדמונינו להטיל גודא על הנכנס לגבול שגובלי' רבני הזמן להמדפיס הקודם, וקיי"ל מושיבי' סופר בצד סופר ומלמדי תינוקות אף על גב דפסק לחיותא דהאי והכל משום יגדיל תורה ויאדיר, לא לטובת הסופר, אלא להגדיל תורה מכל שכן שנגדר שלא לפסוק חיותא דהאי כדי להגדיל תורה'.

יסוד הדין מבוסס על פסק הרמ"א בס' קנה סעי' כב: 'אם הגורן קודם לעיר, מסלקו ובני העיר נותנים לו דמיו'. וזאת עפ"י המשנה בב"ב בדף כד: שאם האלין קדם לעיר, והינו מפריע ומכער את פני העיר, מחוייב בעל האלין לקוץ את האלין ומקבל מבני העיר תשלום עבורו. הרי שטובת בני העיר קודמת לבעלות ולחזקתו של היחיד.

נמצא, שבישוב מרוחק שצורכי המצווה מהודרים אינם זמינים, ועשה הראשון מהפכה ובמשך תקופה לא הרפה ופתח חנות לתשמישי מצווה, יש להותיר לו בלעדיות במקומו. אא"כ יגדל המקום באופן ניכר, שאז פרנסתו בטוחה בלא כל חשש.

על כן, יש להגביל את השני ולאפשר לו למכור רק מהפריטים שלא יערערו על פרנסתו של הראשון. ולכן יוכל התושב החדש למכור ענפי סכך, שרבים צריכים למספר רב של ענפים, ואילו את מכירת הארבע מינים ישאיר ביד הוותיק עד שירחיב ה' גבול המקום וירבו התושבים בישוב.

# מאורות תורת המשפט

## תשובות אקטואליות בדיני ממונות

אבישי נתן מייטליס

ו' בחשון תשע"ח נשלח זיננס מידי שבועיים, להצטרפות: [meorothamishpat@gmail.com](mailto:meorothamishpat@gmail.com) גליון מספר 60

## לנכות מדמי השכירות בשל רטיבות

### המקרה

עם בוא החורף, החל טפטוף בדירה השכורה, ולאחר זמן נוצר עובש וטחב באמבטיה ובחדר שירות. הדייר התריע מספר פעמים בפני המשכיר, ומשלא תוקן הדבר מסיבות שונות, הוא עכב את תשלומי השכירות, ובסיום תקופת השכירות ביקש לשלם פחות על החודשים בהם גר באיכות ירודה.

**טענת המשכיר:** מיד עם קבלת התלונה, יצרתי קשר עם מי שמכר לי את הדירה, וניסיתי להבין אם הוא חייב בתיקון פגם זה שלא דווח בעת הרכישה. במקביל, ניסיתי להפעיל את הביטוח, נשלחתי לבעל מקצוע שטען שרק אחר תקופת החורף יש לבצע את התיקון הנדרש שעליו הביטוח לוקח אחריות. פעלתי במהירות ובתום לב, ועידכנתי את הדייר. עצם העובדה שהדייר המשיך לגור במקום מלמד על מחילתו על הליקוי והחוסר נוחות. לדבריו, הוא כבר פיצה את השוכר כשהתקין לו מזגן בדירה, והחליף לו ברז באמבטיה.

הטחב באמבטיה נוצר גם בשל חוסר איוורור של המקום, וזה שבחדר שירות אינו מפריע את מגורי הדייר באופן משמעותי. ביחס לטפטוף המים, טען שהיה בפניה של הבית, ולא הפריע את שימושי הבית, אם כי דרש טיפול, אותו ניסה לבצע כאמור. והוא דורש את שכר הדירה המלא.

**טענת השוכר:** הנזקים אינם שוליים כל כך, כפי שמצייר המשכיר, והם העיבו על המגורים בדירה. הנזק לא טופל בזמן סביר כפי שהתחייב עליו בחוזה. לדבריו, הוא שקל לעשות את התיקון בעצמו על חשבון השכירות שהוא מחוייב, אך נמנע בשל הבטחות חוזרות ונשנות של בעל הבית כי הוא מפעיל את הביטוח או את המוכר של הדירה, והסתפק בניקיון הקירות מידי שבוע. מטעם זה הוא גם לא יצא לאלתר מהדירה, כיון שציפה למימוש הבטחות אלו ולחזור לשיגרת חיים תקינה. בפועל הוא גר בתנאים קשים ובלתי הולמים דיורין סבירים, ולא מצדיקים שכר דירה גבוה כל כך.

### תשובה

על המשכיר להעמיד דירה ראויה למגורים בצורה מיטבית כפי שהציג בעת מעמד השכירות, והוא מחוייב לתחזקה בכל תקופת השכירות בפרק זמן סביר.

דירה שלא היתה ראויה כלל למגורים, מהווה כביטול מקח, אף אם הפגם נעשה בתום לב ובאונס של המשכיר, והשוכר פטור מלשלם על תקופה שלא יכל לגור במקום.

בנידון דידן יכל הדייר לגור במקום, ולא נכון לומר שהוא מחל על אובדן איכות חייו והסבל שלו מכך, ולכן אף שאין כאן הפרה יסודית במקח, מכל מקום כיון שלא תיקן המשכיר את הנזק מיד מסיבות שונות, יש לתמחר את החודשים שבהם הליקוי הופיע בדירה – כדירה פגומה, ולשום את ערך השכירות עפ"י ערכה.

בית הדין מכח סמכותו לדון בפשרה העריך את מימדי הנזק עפ"י מיקומם, והחליט, כי יש להפחית שליש מגובה השכירות.

## נימוקי הדין

### אחריות המשכיר להעמיד דירה לשוכר

חייב משכיר להעמיד לשוכר דירה הראויה למגורים, ולטפל בה באופן הראוי לשם המטרה שלשמו הם שוכרים, כמבואר במסכת ב"מ בדף קא: וכמש"כ השו"ע בריש סי' שיד: 'המשכיר בית לחבירו, חייב להעמיד לו דלתות ולפתוח לו החלונות שנתקלקלו ולחזק את התקרה ולסמוך את הקורה שנשברה ולעשות נגר ומנעול. וכן אם נפחתה המעזיבה והתקרה בד' טפחים, חייב לתקנה. וכן כל כיוצא בזה מדברים שהם מעשה אומן והם עיקר גדול בישיבת הבתים והחצרות'. מום ופגם וכל תקלה שמתרחשת במהלך תקופת השכירות שלא מאפשרת לקיים את היעוד שלמו שכרו את המקום, מהווה טענת לביטול מקח המכונה כיום 'הפרה יסודית', שמאפשרת ביטול השכירות, אם בעלי הנכס לא דואג לתקנה בזמן סביר.

לא כל בעיה ומום שמתגלה בדירה מהווה ביטול יסודי במקח, הרמב"ם בהלכות מכירה פט"ו ה"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', כן פסק השו"ע בס' רלב סעי' ו. על כן, מום 'קטן' שלא מבטל את השימוש בדירה, ולא נהוג בשל כך לבטל את השכירות, לא יוגדר כמקח טעות ו'הפרה יסודית' לבטל את השכירות.

אומנם, לכתחילה יהא אסור לבעל הדירה להשכירו במצב זה. כן כתב הריטב"א בב"מ בדף עח: בד"ה 'נהוריתא': 'אומר מורי ז"ל דאפילו בהא דוקא שהבריקה אח"כ. אבל מתחלה, אין לו ליתן לו חמור כזו, דמסתמא אין דעת השוכר על כיוצא בזה, וכן עיקר'. וכן כתב המאירי שם: 'ואחר ששכרה נסמית או התליעו רגליה. שאם אירעה כן קודם ששכרה הרי זה שכירות של טעות, והרי זה אומר לו בהמה ראויה למלאכתי שכרתי'. וכן כתב הנתיב"מ בס' שי"ס סק"א: 'נראה דוקא כשחלתה אחר שבאה לרשותו, אבל לכתחילה אם יש לו חמורים רבים אינו יכול ליתן לו חמור חולה או נשתטית... רק כשנחלתה אחר שבאה לרשותו אומר לו מזלך גרם, כיון שאין האונס בא על גופה של פרה רק על הפירות שלקח ממנו, יכול לומר מזלך גרם'.

ויתרה מכך, כתב בשו"ת מהרש"ם ח"ד סי' קח שאם היה תכנון מוקדם לביצוע ה'נזק', כגון שהעיריה או השכנים יצאו עם החלטה לביצוע עבודות במקום, ומפריע הדבר לקיום מגורים במקום לאורך זמן לא סביר (כל מציאות לפי עניינה, יום עבודות שחייבו הפסקת מים וחשמל לשוכר לתקופה ארוכה, אינם כמי ששוכר דירה לשבוע נופש), 'היה הדבר כמדם במקח. נמצא, שאם שכר דירה במקום שהיה מיועד מכבר לבנות שם קומה נוספת, בלא שהודיעו לו מכבר את התכנון ואת לוח זמן הביצוע, וברור שמגורים באתר שבונים שם אינו נעים, יחשב כעילה לביטול השכירות.

נמצא, שמוטל על בעל הנכס לתקן כל קילקול שארע במהלך תקופת השכירות ונהוג שהמשכיר מתקן, בין אם מעות השכירות בידי המשכיר מכבר או לא, כמבואר סמ"ע בס' שי"ב ס"ק לב ובגר"א שם בס"ק לה, שכן השתעבד על כך לשוכר, הגם שלשון השו"ע שם סעי' יז היא: 'חייב המשכיר לתקנו אם יש בידו שכירות מוקדם'. ואומנם הנתיב"מ ס"ק יא סבר שהמשכיר מחוייב לתקן רק מדמי השכירות אותו מקבל מהשוכר<sup>28</sup>. אך הכא היה מחוייב גם מכח חוזה ההסכם ביניהם, ובאם לא תיקן את התקלה, יש לשוכר טענת מקח טעות, ויוכל לצאת מהדירה לאלתר.

יש לדון במציאות רווחת, שהשוכר המשיך לדור במקום, ולאחר תלונתו לא יצא מהדירה, ובסיום תקופת השכירות דורש מבעלי הדירה להפחית לו מדמי השכירות בשל הליקוי באיכות המגורים. אם מחוייב הוא למחיר המוסכם בחוזה, או לאו.

<sup>28</sup> לדברי הנתיב"מ, ישנה סתירה בין פסקי השו"ע, שבס' שי"ב, יז סבר שעל המשכיר לתקן רק מדמי השכירות, ואילו בס' שיד, א חייב את המשכיר בכל עניין.

המנחת פיתים בס' שיד ובחבצלת השרון חו"מ סי' ל חילקו בין קלקול שמבטל את תשמישי הבית שבעל הבית מחוייב באחריותו, לבין כל קלקול אחר.

## האם העובדה שהשוכר המשיך לדור בדירה מהווה כמחילה

השוכרים המשיכו לגור בדירה במשך תקופה ארוכה, גם לאחר שנכחו לדעת שיש ליקוי חמור בדירה, ויש לדון האם יש לראות בכך משום מחילה על זכותם לבטל את החוזה, והסכמה להמשיך בחוזה למרות הליקוי.

הרמב"ם בהלכות מכירה פט"ו ה"ג כתב: 'וכן המוכר לחבירו... 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'. הרי שהשימוש במקח לאחר שנודע המום מהווה מחילה על טענת טעות, וכן פסק השו"ע בס' רלב סעי' ג.

ברם, ביחס לשכירות, כתב הנמוקי' יוסף במסכת ב"ב בדף נט. מדפי הרי"ף בד"ה 'גמרא' משמו של הראב"ד שלמרות שנכנס לבית וראה שהינו אפל ולא פצה פה ולא התריע כל כך, לא אומרים שמחל: 'לא אמרין ראה ונתפייס, דכיון דלדירה אמר ליה ולא חזיא לדירה אלא בדברים הללו, הרי זה כאילו התנה בפירושו'. וכן פסק הרמ"א בס' שיד סעי' א שאין הידיעה על קלקול במושכר מהווה מחילה, כאשר מדובר בקלקול שעל המשכיר לתקנו. וזה לשון השו"ע שם: 'המשכיר בית לחבירו, חייב להעמיד לו דלתות ולפתוח לו החלונות שנתקלקלו ולחזק את התקרה... והם עיקר גדול בשיבת הבתים והחצרות', על כך הגיה הרמ"א: 'ואף על פי שנכנס שם השוכר, וראה שלא היו שם דברים אלו, לא אמרין דנתפייס במה שראה, אלא על המשכיר לתקן'.

ושיטתם טעונה ביאור, מדוע שונה דינו של השוכר מכל מקח שראה את המום, שעם ביצוע המקח נחשב שמחל על המום שראה והכיר בו מתחילה. ושני ביאורים נאמרו בדבר;

**א.** בשו"ת תשורת ש"י מהדו"ק סי' רפד כתב חילוק מהותי בין שכירות למקח, שכן המשתמש בדבר שרכש ומצא בו מום וודאי מתכוון למחול, דאל"כ נמצא הוא משתמש בדבר שאינו שלו, והוי גזלן. ברם, בשכירות יש לו זכות להשתמש בעבור השכר שמשלם, ומסתמא אין כוונתו למחול. ואף שמבקש שיחליף לו את המוצר המושכר, מ"מ סמוך ובטוח שימשיך את השכירות ובעבור זה משתמש בחפץ הלקוי, ואינו נחשב גזלן. וראה בפתחי חושן הלכות שכירות פ"ד הערה י' שהביא כן בשם דברי גאונים כלל ס"י.

כן יש לדייק בסמ"ע בס' שיד סק"ו שכתב: 'שסמך על הפשיטות שבית השכיר לו, ואין שם בית עליו בלא תיקון כל אלו'. הרי שרק משום שמתכוון להמשיך את ההתקשרות עם המשכיר, אין לראות בהמשך השימוש שלו בדירה כמחילה וכוותית על הליקויים במקום.

**ב.** בשו"ת ראנ"ח בס' לט מאן בביאור זה וסבר שאין לחלק בין הדינים: 'ואין נראה לחלק בזה בין מכר לשכירות ולומר דדוקא במכר שהוא משתמש באותו כלי בחנם אמרין הכי, אבל גבי שכירות שאין תשמישו בחנם אבל בא בשכרו סבר לא מפסידנא ליה מדי ואשתמש בו וכל זמן שארצה אחזור בי, דכיון דמטעם מחילה אתינן עלה, לא שנא'. ואם כן אף בשכירות אם דר במקום יחשב כמחילה על המום, ודברי הרמ"א מכוונים למצב בו ראה השוכר וטרם החל לגור במקום, שאף שעשה קניין עם המשכיר על שראה בביקורו במקום, יהא מחוייב המשכיר לתקן עבורו את המגורים. כן יש לדייק בדברי הנימוק"י והרמ"א: 'לא אמרין ראה ונתפייס', ואין בחתימה החוזה והחלת הקניין על שראה וידע מהמום להוות כמחילה עליו. אך אם השתמש ונכנס לדור במקום, הוי מחילה. וראה כן בפתחי חושן בהלכות שכירות פ"ו הערה ז.

אומנם נחלקו האחרונים אלו אם לאחר שגר השוכר במקום תקופה יחשב כמחילה על המום, ברם, בנידוננו, ברור שאין לראות בהמשך שימוש כמחילה, שהרי התנהלותם והדו שיח מול המשכיר מעידים כאלף עדים על חוסר הנוחות שלהם, והקפדתם על הרטיבות והעובש שנוצרו בביתם. ופעלו בדרכם ובקצב זמן סביר (מבחינתם) מול בעל הדירה. וזאת עפ"י המחנה אפרים בדיני אונאה בס' ה' המובא בפת"ש בס' רלב סק"א: 'אם נמצא מום במקח והודיע למוכר ואח"כ נשתמש בו, נראה דיכול לחזור, ולא אמרין בכה"ג דמחל ואינו יכול להחזיר' (ואף לגליא מסכתא שם שמאן לקבל זאת מטעם גזל, ברור שהיה בטוח השוכר שהפגם יתקן ואין גזל בשימוש).



## אין סברת מחילה על נזק חמור

מלבד הסברא שניתן ללמוד מההליך שבו נקט השוכר שאין לראות בכך כמחילה על הנזק בדירה, יש לדחות את סברת המחילה על מום זה, בשל היותו מום יסודי וקשה (גם אם נקבל את גירסתו של המשכיר), כפי שאמרה הגמ' בב"ב בדף כג. שלכו"ע אין חזקה לנזיקין שקשה לסבול כקוטרא ובית הכסא. וכך פסק השו"ע בס' קנה סעי' לו: 'העשן וריח בית הכסא ואבק וכיוצא בו ונדנד הקרקע, שכל אחד מאלו אין לו חזקה, ואפילו שתק כמה שנים הרי זה חוזר וכופהו להרחיק... למה שינו נזיקין אלו משאר נזיקין, לפי שאין דעתו של אדם סובלת נזיקין אלו, וחזקתו שאינו מוחל, שהזיקו היזק קבוע'. וברור שבבית שמצוי בו עובש וטחב לא מיתתדר לי לאינש.

כן פסקו בפסקי דין ירושלים דיני ממונות ובירורי יהדות ח"ו עמ' מב: 'ואף את בעית הרטיבות בקירות הבית הגורמת למחלות, על בעה"ב לתקן, וכיון שבעיה זו לא נפתרה, הרי זו סיבה מוצדקת לעזיבת השוכרת את הדירה בתוך תקופת השכירות, כי בגללה אין הדירה ראויה למגורים. ומה שהשוכרת המשיכה לגור תקופה של כמה חדשים אחרי שנודע לה המום בדירה, לא נראה להוכיח מזה שמחלה על המום, כי אין מחילה במום יסודי כזה. מה גם שכל הזמן רצתה לצאת מהדירה, רק חיפשה מקום חילופי ושכנים חילופיים'.

בנידון דידן, מציאות הנזק מורכבת, היות ואומנם אילו נזקים קשים, אך מיקומם באמת לא היה כ"כ מפריע, פרט לזה שבאמבטיה, שלא ברור אם אין לשוכר יד בדבר בחוסר איוורור, וגם הוא טופל ונוקה על ידי באופן קבוע. לכן אומנם לא תתקבל טענת מחילה, אך כיון שבפועל לא הוסב נזק רב, לא תתקבל טענה של ביטול מקח.

## אם מוכר ומשכיר יכולים לטעון – מזלך גרם

יש לבחון אם נוצר בבית סדק המסוכן לגור בו או כל נזק ממשי שהתחיל לאחר החלת החוזה (במציאות שאינה מכת מדינה), האם יוכל המשכיר לומר לשוכר, אני השכרתי לך נכס במצב מצויין וכל הנעשה לאחר מכן, בתחום אחריות ומזלו של השוכר, והינו זכאי לשכר שכירות מלא, כשם שמוכר דירה לא מחוייב באחריות על כגון דא.

הרמ"א בס' שלד סעי' א הביא מחלוקת בדבר: 'מי ששכר בית לדור בו, ומת בתוך זמן השכירות, אין צריך לשלם לו רק מה שדר בו, דבעל הבית הוי כפועל והוי ליה להתנות (מרדכי פרק האומנין). מיהו יש חולקין (בית יוסף בס"ס ש"ב בשם תשובת רשב"א)'. הרי לן שלדעת המרדכי אחריות האונס הינה על המשכיר, ואילו לדיעה בתרייתא, הרשב"א, הינה על השוכר, והמשכיר אומר לו 'מזלך גרם'. ויסוד מחלוקתם טעונה ביאור.

הדיעה הראשונה סברה, שאחד ממאפייני עיסקת שכירות הינה, שזיקת הבעלים נותרת במקום בעינא, והוא מחוייב לאורך כל תקופת השכירות לדאוג לקיומה של עיסקת השכירות. להבדיל ממכירת נכס, שאין לבעלים הראשוני שום אחריות מעבר לקיום העיסקה ברגע המכירה באופן הגון. נמצא שכל נזק ופגם ואונס שיתרחש לאחר מכן, מוכר פטור מכל אחריות (אא"כ היה הנזק עוד לפני המכירה, או שהסתיר מידע), והוא יכול לטעון לקונה 'מזלך גרם', ואילו משכיר יהא חייב לשאת את עלות תיקונו, ולא יכול לגלגל את התיקון על השוכר ולומר לו 'מזלך גרם'. לא יתכן ובעל מלון וצימר יאמר לאורחו כי ישלמו לו חרף האונס שארע ולא נהנו מהמקום. להבדיל מכך, סבר הרשב"א שהשוכר 'קונה' חבילת ימי שכירות, או שימוש לתקופה מסוימת, וכל שאירע בתוך התקופה 'מזלו גרם'.

כן הביא הסמ"ע בס' שכא סק"ו מתשובת מהר"ם פאדווה: 'ור"ל דוקא במכר אם היה נעשה בו המום אח"כ הוא דאמרינן דבמזלו דהלוקח נעשה בו המום, משא"כ בשכירות דשייך בו גם המשכיר, אין שייך לומר דהמום והקלקול שנעשה אח"כ בהשכירות דנעשה על ידי מזל רע דהשוכר, דילמא במזל רע דהמשכיר נעשה, משו"ה שניהן יכולין לחזור בהן, דהיינו השוכר מליתן השכירות בשלימות והמשכיר יכול לחזור בו מליתן לו בפחות מהסך ששכרהו'.

השלכה ישירה לכך יהא במצב בו הבית נפל (מצב שהבית אינו שמיש), האם על השוכר לשלם על מלוא התקופה שביקש לשכור ו'מזלו גרם', או 'מזל המשכיר גרם', והוא ינכה לו תקופה זו. כפי שנראה לקמן.

## האם מוטל על השוכר לשלם על התקופה שהדירה לא היתה ראויה למדור

נחלקו הפוסקים במקרה שבית שנפל או התקלקל לגמרי, אם השוכר צריך לשלם לו על החודשים שלא יכל לגור בהם.

השו"ע בס"י שיב סעי' יז פסק: 'המשכיר בית לחבירו לזמן... ואם מעצמו נפל, אם אמר לו בית זה אני משכיר לך, אינו חייב לבנותו, אלא מחשב על מה שנשתמש בו ומחזיר לו שאר השכירות'. ואינו יכול לומר לשוכר 'מזלך גרם'. ובאר החזו"א בב"ק בס"י כג סק"י שנחשב שהשכיר לו בית עד זמן הנפילה ולא בית לכל אורך השכירות, או שבבסיס השכירות עומדת התנייה שהבית יעמוד וישמש את השוכר. ופשוט שאם מכר בית ונפל בלא אשמת המוכר, שאינו חייב באחריותו.

אמנם יש שחלקו על כך וסברו שעל השוכר לשלם את מלוא השכירות. יסוד מחלוקתם הינה בהבנת יסוד עיסוקת השכירות (כמבואר בנתי"מ שם ס"ק יג), אם היא כממכר ליומיה, והשוכר כל רגע ורגע שוכר באם קיים הבית. או שהשוכר קנה חבילת שימוש בפרק זמן מסוים, ואם נפל הבית, מזלו גרם ומפסיד.

הרמ"א בסוף הסעיף שם כתב בלשון זו: 'נשרף הבית, דינו כנפל (מרדכי פרק האומנין ותשובת מיימוני דמשפטים סימן מז). (נשרף כל העיר, הוי מכת מדינה ומנכה לו מן שכירותו מה שלא דר בו, בין הקדים לו שכרו או לא) (שם במרדכי ושם בתשובת מיימוני דמשפטים)'. ישנו קושי בכוונת דבריו, שכן אין חילוק בין מקרה שנשרף הבית השכור בלבד שמנכה לו מדמי השכירות, לבין מקרה שנשרפה כל העיר. ואם כן מה כוונתו בהבאת דין 'נשרפה כל העיר' לאחר שהביא מכבר 'נשרף הבית', והלא אין בזה שום שינוי וחיידוש.

הסמ"ע בס"י שיב ס"ק לד באר שהרמ"א התכוון לחלוק על מרן, וסבר שאם נפל הבית עליו לשלם את מלוא השכירות, פרט למצב של מכת מדינה שהוא מנכה את התקופה שהבית נפל. לדבריו, יש לגרוס כך: 'ויותר נראה להגיה בהג"ה זו וכן צ"ל, נשרף הבית דינו כנפל, וי"א דצריך ליתן לו כל שכרו, מיהו אם נשרף כל העיר'. והסכימו עימו הט"ז והגר"א שם ס"ק לט.

הנתיבות המשפט שם ס"ק יג יישב את דברי הסמ"ע, שמדובר שהקדים לו את המעות כחלק מתנאי השכירות (ולא שנתן לו במקרה מתחילה או שתפס), ואז לכל הדעות אינו צריך להחזיר את הזמן שנפל, ולהכי סבר שלא משיב למשכיר את המעות אם נפל הבית פרט למכת מדינה.

לסיכום עולה, שיש מחלוקת ראשונים האם צריך לשלם את מלוא זמן השכירות, לדעת השו"ע הלכה כשיטה שהשוכר אינו צריך לשלם על הזמן בו הבית נפל. ואילו הרמ"א, לפי ביאור האחרונים, מביא את הדיעה החולקת שהשוכר צריך לשלם על הכל.

## כמה ישלם שוכר שגר בדירה בתנאים ירודים

המשנה בב"מ בדף עח. אמרה: 'השוכר את החמור והבריקה או שנעשית אנגריא, אומר לו הרי שלך לפניך'. ובארה הגמ' שכל עוד סוחר החמור ומקיים את מטרת השכירות, בעל הבית אינו צריך להביא לו חמור אחר, אף שבפשטות היה מובן שישכיר לו חמור שהולך טוב.

נחלקו הראשונים, כמה ישלם לו השוכר, כפי שסוכם מתחילה כמי שמבקש לשכור חמור שהולך טוב, או כפי החמור שקיבל שהולך רעוע. הב"י בס"י שי הביא שתי שיטות בחיוב התשלומין על שכירות גרועה זו;

**א.** שיטת הראב"ד מובא בשיטמ"ק ב"מ בדף עח. והרשב"א בב"מ שם שמנכים למשכיר את החיסרון שנגרם מכך שהבהמה אינה ראויה לעבוד, כלשון הראב"ד: 'אבל לענין השכר נ"ל שלא יטול אותו מפני שאינו יכול להשתמש בו כראוי'. ויש לשוכר לשלם כמי ששכר חמור גרוע, כפי שנהנה מהחמור. כן דייק הגר"א בס"י שי סק"ד מדברי רש"י על המשנה בדף עח. בד"ה הרי שלך: 'ונפסיד שנינו'.

סברתו טעונה ביאור, שכן אם יסוד דינו הוא, משום שבטלו תנאי השכירות ועליו לשלם מדין נהנה, מדוע לא מחוייב בעלי החמור לעמוד בתנאי השכירות ולהעמיד לו חמור אחר כפי שהתחייב עליו. ואם כל עוד יכול החמור לקיים את מטרת השכירות לא בטלה השכירות ביניהם, מדוע אינו חייב לשלם לו דמי שכירות כמסוכם מתחילה. מסתבר שהבינו, שכל עוד משמש החמור את יעוד לשמו הוסכם לא חרג הבעלים מההסכם ולא לחייב להעמיד חמור אחר, אך נחשב כאילו סיכמו על חמור רעוע ששווי שכירותו

פחותה. כמי שסיכם עם חברת שכירות רכבים על רכב, ונתנו לו רכב ירוד יותר, שאזי ישלם פחות משסיכמו תחילה (עדיין צ"ב, אם חברת השכירות הינה יוקרתית וגובה סכום גבוה ממחיר השוק על שכירות רכב ירוד, כמה ישלם השוכר, כמחיר השוק או כמחיר החברה שאיתה עמד בקשר השכירות).

**ב. הרמב"ם** בהלכות שכירות פ"ה ה"א סבר שיש לשוכר לשלם שכר שלם, כיון שהחמור שימש אותו לתועלת לשמו נשכר.

השו"ע בס' שי סעי' א פסק כרמב"ם: 'השוכר את הבהמה וחלתה (ועדיין ראוי למלאכה)... הרי המשכיר אומר לשוכר, הרי שלך לפניך, ונותן לו שכרו משלם' (הגם שאם נפל הבית סבר שלא צריך לשלם את יתר הזמן שלא השתמש ומזל בעל הית גרם, כאשר משמש הבית את יעודו, אמרין שמזל השוכר גרם וישלם הכל). וכן כתב הטור בס' שי: 'כיון שראוי עוד למלאכה וצריך ליתן לו כל שכרו'. וכך ביאר המגיד משנה: 'כיון שיכול להשתמש בה על ידי הדחק, נותן לו שכרו'.

אומנם במנחת פיתים בס' שי סק"א הביא מהמב"ט שסבר שדין זה נותר בספיקא דדינא. ואזי לא יוכל לגבות מהשוכר יותר מדמי חמור רעוע ושכירות בית דולף. וכן ראיתי שהביאו מספר עמק המשפט ח"ה ס' לה, אותיות מ-מב שדעתו שצריך לנכות מהשכירות, וכן ראה פד"ר ירושלים ח"א עמ' קז שכתבו שניתן לומר קים לי כשיטת הראב"ד והרשב"א.

אך מסתימת האחרונים נראה שהכריעו כשו"ע. המגיד משנה בהלכות שכירות שם הביא את המחלוקת והוכיח כשיטת הרמב"ם מתוספתא מפורשת. וכן נראה שסבר הגר"א. וכן הכריע הנתיב"מ שם ביאורים סק"ב וכתב עפ"ז: '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 עמם, אינו חייב רק כפי מה שדר בו, דזה דומה למחפשי גם בבתיים'. ומסתבר שדינו נכון בזמנם שהיו משפחות רבות דרות בחדרים שונים במדור אחד, אך האידנא שלא נהוג כן אין זו אפשרות כלל, וכן נראה משו"ת משפטי צדק ח"ב ס' לא.

### **השכיר בתום לב בית במצב לקוי והתמהמה בתיקונו**

אם הליקוי לא איפשר מגורים בדירה כלל, הרי זה כנפל הבית, וראינו מחלוקת אם הוא הפסד של המשכיר או של השוכר, ויש להכריע עפ"י הנאמר בחוזה השכירות, אם ישנה התייחסות לכך. אך אם לא היה בליקוי זה כדי לבטל את המגורים במקום, אלא גרם לחוסר נוחות ואיכות במגורים, הרי שאם היה נגרם באמצע תקופת השכירות, היה 'מזלו של השוכר' והיה עליו לשלם שכר שלם (א"כ נטען עבור קים לי כחולקים). אך בנידון דידן היה הבית במצב ירוד עוד קודם להשכרתו, ולא היה למשכיר להשכירו במצב כזה (הגם שהוא לא ידע מכך, מ"מ היה המום עוד קודם השכירות, ולא התרחש באמצע תקופה זו), כפי שראינו בפרק קמא של הפסק, שעל המשכיר להעמיד בית תקין ולא רעוע אף שמשמש את הייעוד שלשמו הושכר.

הפתחי חושן בהלכות שכירות פ"ו הערה ז הביא משו"ת מהרי"ל דיסקין שכתב על מקרה של שכירות דירה שהיה תנאי ע"מ לשפץ אותה והתעכבו בשיפוץ, שהשוכר יכול לנכות מדמי השכירות על מניעת השיפוץ. מעבר לכך, בחוזה השכירות שלהם נכתב, ככל חוזה מצוי, שעל המשכיר לתקן את נזקי הדירה בפרק זמן סביר, הרי שהתחייב המשכיר לעשות את השיפוץ, ומשלא עשה את המוטל עליו (מכל הסיבות שהיו). והיה צריך לפחות לעשות תיקון חלקי ומידי בכדי שלא יסבול הדייר), 'יהא נכון להפחית מדמי שכר הדירה, ולחייבו לשלם כערך דירה פגועה'.

### **אופן הערכת הניכוי**

יש קושי בהערכה של הניכוי שיש להפחית מחמת הרטיבות, כיון שאין מצוי לשכור דירה עם רטיבות ועובש, ואין לזה 'שוק'. לכן נראה, שיש לשום כמה שוכר מוכן בדיעבד שכבר יש רטיבות, לוותר על הטיפול בנזק בתמורה להפחתה משכרו.

בהצטרף לכך קושי נוסף, והוא בהערכת מהות הנזק, שכן אומנם מדובר בנזקין חמורים, אך הופיעו בפניות הבית ולא באופן נרחב בתוך הבית. אומנם באמבטיה הצטבר עובש, אך יתכן ויש לשוכר יד בכך שלא איורר את המקום כנדרש. וגם נזק זה נוקה באופן תדיר ע"י השוכר, כך שמעבר למטדר ועוגמת נפש לא יצר נזק.

בית הדין מכוח סמכותו לדון בכח הפשרה החליט כי יש לנכות שליש מגובה השכירות, אותו ישלם השוכר לבעלי הדירה.

# מאורות תורת המשפט

## תשובות אקטואליות בדיני ממונות

אבישי נתן מייטליס

כ' בחשוון תשע"ז נשלח ח"נ מדי שבועיים, להצטרפות: [meorothamishpat@gmail.com](mailto:meorothamishpat@gmail.com) גליון מספר 61

### חייב האב והאם במזונות ילדיהם

חובת האב במזונות ילדיו עולה שוב לדיון בשל מגמות שלא מכירות בערך העליון של המשפחה היהודית בישראל על מרכביה, שלכל הורה יש את התפקיד המיוחד עליו מופקד, וביחד בונים את ביתם ומגדלים את ילדיהם. גם אם לצערנו מתפרק הבית, תפקיד ההורה לא תם, ועל כן מחויבותו של כל הורה ממשיך בהקשר של גידול הילדים, עפ"י החלטות משותפות.

אחד הנושאים המרכזיים בהקשר זה, הינו חובת המזונות של הילדים. נעמוד בגליון זה על שורשי הדינים, ונבחן את יסוד חייב זה המושת על האב, ומה כלול בחיובו. בסיעתא דשמיא.

#### א. האם פטורה מתשלום מזונות הילדים

האב חייב במזונות בניו ובנותיו הקטנים עד גיל שש, כמבואר בגמ' בכתובות בדף סה: 'דרש רבי עולא רבה אפיתחא דבי נשיאה אף על פי שאמרו אין אדם זן את בניו ובנותיו כשהן קטנים, אבל זן קטני קטנים. עד כמה. עד בן שש'. הרי שהציבו חכמים את האב כאחראי יחידי למזונות ילדיו. חיובו זה של האב קיים גם אם הילדים מצויים אצל האם, כמבואר בגמ' שם וברמב"ם בהלכות אישות פכ"א הט"ז.

יתירה מזו, עולה מהגמ' שם בדף נט: שחייב מזונות קטני קטנים אינו מוטל כלל על האם: 'נדרה שלא להניק את בנה, בש"א שומטת דד מפיו, בה"א כופה ומניקתו. נתגרשה - אינו כופה, ואם היה מכירה - נותן לה שכרה וכופה ומניקתו, מפני הסכנה'. הרי שכל זמן שהינם נשואים, לדעת בית הלל היא מחויבת להניק, אך משתמו הנישואין, האם אינה מחויבת להזין ולדאוג לבנה גם תמורת שכר, מלבד מצב פיקו"נ וסכנה שלא ינק מאישה אחרת. ומכך שאין עליה חיוב שמוש עליה בפני עצמה, ברור כי החיוב בעת שהם נשואין הינו רק מכח חיובו של הבעל ושיעבודה אליו. וכן פסק הרמב"ם שם הט"ז: 'האשה שנתגרשה אין כופין אותה להניק, אלא אם רצת נותן לה שכרה ומניקתו, ואם לא רצת נותנת לו את בנו והוא מטפל בו... אבל אם הכירה... מפני סכנת הולד, אלא כופין אותה ומניקה אותו בשכר'.

הח"מ בס' פב ס"ק יב הוכיח מדין זה על פטור האם: 'כאן משמע שאין על האם שום חיוב לגדל את בניה אחר שגמלתו, וכבר כתבתי שגם קודם שגמלתו אין עליה חיוב להניק בחנם. ודלא כמ"ש לעיל בסעיף ה' בשם ר' ירוחם שאם אין לאב כופין אותה'. אומנם כתב שרבינו ירוחם סבר שיש לאם מידת חיוב, כפי שהביאו הרמ"א בס' פב סעי' ה: 'וי"א הא דגרשה אינה מחויבת להניק וכו' היינו כשמוצא מינקת אחרת ויש לו להשכיר, אבל אם אין לו כופה אותה ומניקתו (ר' ירוחם)'. נראה שסברו שיש לאם חיוב בהעדר האב. והתקשו האחרונים מה יסוד חיובה. ובפשטות י"ל, שחיובה מדיני הצדקה שאף היא חייבת בה, כפי שנראה להלן.

כן כתב להדיא בחידושי דינים והלכות למהר"י ווייל ס"י יא שאין חיובי מזונות על האם: 'נראה דאשה אינה חייבת לזון בניה הקטנים'.

פטור זה של האם מחיוב מזונות בנה מתחדד במציאות שאין אב. נחלקו הפוסקים אם במצב כזה יכולה האם להשליך את נטל פרנסת בנה על הקהל בהעדר אב שיפרנסם, אך לכו"ע אינו מוטל עליה מדינא;

א. הרמב"ם שם הלכה יח פסק שהאם משליכה את בנה לקהל שהם יפרנסוהו, ועליה אין כל חוב כלפיהם: 'ואם לא רצת האם שיהיו בניה אצלה אחר שגמלתו, אחד זכרים ואחד נקבות הרשות בידה, ונותנת אותן לאביהן, או משלכת אותן לקהל אם אין להן אב והן מטפלין בהן'. כן פסקו

הטור והשו"ע באהע"ז סי' פב סעי' ח, הח"מ שם ס"ק יב, מהר"י וייל ליקוטי דינים סי' יא שהובא בבאר היטב בסי' עא סק"א, והראנ"ח בתשובה סו"ס צה והגר"א בסי' פב ס"ק יד.

**ב.** הרמ"ך תמה על הרמב"ם: 'תמה הוא זה, אם האב חייב לזון את בניו עד בן שש האם אמאי אינה חייבת לזון את בניה כיון שהם קטני קטנים. ומה הפרש יש בין אב לאם. ואמאי לא תזונם עד שיהיו בני שש ואמאי יכולה להשליכם על הקהל'.

לא הוזכר בדין זה היכולות הכלכליות של האם ומצבה הפיננסי, נאמרה כאן הגדרת פטור של האם מתשלומי מזונות בניה בעוד האב קיים. ונחלקו במציאות שאין אב, האם יש חיוב על האם לפרנסם.

בטעם פטורה, כתב המגיד משנה שם: 'זה ברור שלא מצינו חיוב לאשה בשום מקום, והאב מצווה על בניו בכמה דברים ואין האשה מצווה. ומהיכן נתחייבה בהם'. כלומר, אין מקור חיוב להטיל על האם חיוב לפרנס ולדאוג למזונות ילדיה. וכן כתב להדיא בשו"ת ראנ"ח סו"ס צה: 'עם היות שאין הסברא נותנת כן כלל, שלמה יהיה עליה חיוב כלל יותר מהב"ד, ולא מצינו בשום מקום שום חיוב לאם על הבנים. ואם אמרו במכירה כופה... אעפ"י שאין עליה שעבוד כלל אלא מצד סכנת הולד, מכל מקום לענין השכר למה לא יטפלו בו ב"ד, אם אין לו אב מעפר דל'.

אומנם המעשה רקח על הרמב"ם הקשה על המ"מ: 'ויותר תמהתי על הרב המגיד ז"ל שכתב... שלא מצינו חיוב לאשה בשום מקום, והאב מצווה על בניו בכמה דברים ואין האשה מצווה... ואם מצינו חיוב לאב יותר מהאם אינו אלא בלימוד התורה, דהאשה פטורה מדכתיב ולמדתם אותם את בניכם ולא בנותיכם וכיוצא בו. אבל לענין הצדקה ולפרנס את קרוביה ובניה, היכא דליכא אב מהיכא תיפוק לן למפטרה. גם הרב דינא דחיי קיים דברי רבינו והסמ"ג שכתבו כן, וכתב שאין שום חולק על זה. ופשיטא שלא ראה דברי הרמ"ך האלה בכ"י'. הרי שהקשה על שפטרו את האם מדיני צדקה, אך ביחס להטלת חיוב מזונות על האם כשהאב קיים, אף הוא מודה למש"כ המ"מ והראנ"ח שאין פרנסת ילדיה מושת עליה.

הגר"א אדרי שליט"א בפד"ר בתיק 147728/12 למד מדין הברייטא בקידושין בדף כט: 'האב חייב בבנו למול ולפדותו וללמדו תורה ולהשיאו אשה וללמדו אומנות וי"א אף להשיטו במים'. שלא חייבו בכך גם את האם, שלא בכדי הוא: 'נראה שעיקר הדבר אינה מפני היותה "אם" אלא מפני היות האם "אשה" כמ"ש המ"מ, שלא הטילו חכמים על אשה חיוב בשום מקום, ויש לאפשר לה כאשה להיות פנויה לאימהותה ולא להטיל עליה חיובים שונים'. יהיה הטעם אשר יהיה, כל שאין מקור לרבות את האם לפרנס את בנה, לא ניתן לחייבה בכך. מסתבר, שאף הוא לא חולק על כך שהאם מחוייבת במצוות הצדקה, במקרה הצורך, אך ורק במקום שהאב וקרוביו אינם אמידים, וחיוב זה לא מוטל עליה כהגדרה חוקית וכחיוב אישי, ולכך אין בו כדי לגרוע מתפקידה עליה אמונה.

אומנם כבר נשנה במשנה בב"ב בדף קכב: שאין חובת מזונות הבת תלויה באמה: 'והבנות ניזונות מנכסי האב, ואין ניזונות מנכסי האם'. אך אין בכך ראייה לאחריות האם, שכן מבוסס דין זה על תנאי כתובה והתחייבות של האב טרום נישואין לבנותיו, ולא על שורת הדין של חובת המזונות.

בשונה מדין המזונות, נפלה מחלוקת בחיוב האם להשתתף פרנסת הבת, כפי שהביא הרמ"א בסי' קיג סק"א;

**א.** הנימוקי יוסף בב"ב בדף נג: בשם הריטב"א: 'הריטב"א ז"ל בשם רבינו מאיר הלוי ז"ל דכיון דלא קתני הכא אלא מזונות, ש"מ דפרנסת נשואין אף מנכסי האם היא. דבשלמא מזונות שהם תנאי כתובה אינם מנכסי האם, אבל פרנסת נשואין שאינה מתנאי כתובה שוה היא בנכסי האם כנכסי האב'. וכן הוא לשון היד רמה בב"ב בדף קכב: 'ש"מ דלענין פרנסה שקלי מנכסי האם כנכסי האב... לפי שהפרנסה אינה מתנאי כתובה, ותקנתא דרבנן היא דכתיב ואת בנותיכם תנו לאנשים, וכי הכי דמפקד גברא הכי נמי מפקדא איתתא'.

וכבר הקשה הבית מאיר בסי' קיג עליהם: 'ולעניות דעתי כולי עלמא מוכרחים להודות בזה שמצוה זו אינה כלל על האם בחייה מנכסיה, שהרי אפילו ממזונות פחות מבן שש פטורה'. כלומר, הכיצד האם פטורה מלזון את בנה אך חייבה מפרנסת ביתה. והשיב: 'שיטת הרמ"ה אינה אפשרית אלא מנכסיה אחר מותה'. הרי שמחיים אין האמא חייבת בפרנסתה, אלא רק לאחר מיתה. הוי אומר שהחיוב קאי על הנכסים ועל האחים שחייבים ליתן, ולא על האישה והאם בחייה.

**ב.** הריטב"א הביא את דברי רבו שחלק על כך, ואף בדין פרנסת נדוניית ביתה – האם פטורה: 'אומר מורי נר"ו דלישנא דניזונות דאמרין הכא כולל הוא אף לפרנסה, בין פרנסת גופן בין פרנסת נישואיהן, דתנאי כתובה דבנן נוקבין... וגם פרנסת הבת שחייבו חכמים לנשואין ועישור נכסים אינן אלא מנכסי האב, דבדידיה כתיב קרא ואת בנותיכם תנו לאנשים שסמכו משם חכמים לפרנסת הבת'. וכ"כ בשו"ת מהרי"ל בס"י עה.

מדויק בדבריו שסיבת פטור האם הינה משום שאינה מחוייבת להשיא את ביתה, כמש"כ בשו"ת החת"ס אהע"ז ס"י קמה, שלשון הכתוב מורה שהחובה להשיא אשה מוטלת על האב דווקא, וכ"כ תו"ט בקידושין פ"א מ"ז. כן באר הגר"א שם סק"ה: 'וכן עיקר. וכמ"ש בכתובות נ"ב ב' דכתיב קחו נשים... ובקדושין ל' ב' להשיאו כו'. ולבנו דוקא באב וה"ה לבתו דמחד קרא נפיק'. הרי שבגמ' בכתובות שם כתבו שמקור דין חיוב ליתן לפרנסת הבת הינו מהנאמר 'וקחו לבניכם נשים ואת בנותיכם תנו לאנשים, ויש ליתן להם כי היכי דקפצי עלה ואתו נסבי לה. ורק המחוייב להשיאן מחוייב בפרנסתן. וכ"כ באבני מילואים בס"י ק"ג סק"א להדיא: 'ובפ"ק דקדושין... מוכח מזה דאשה אינה חייבת להשיא את בנה או בתה, ועיקר תקנת פרנסה אינו אלא עישור נכסים במה שהעמידו על דברי תורה להשיא את בנותיו, והאשה אינה חייבת בכך'.

## **ב. האם יש לחייב את האמא לזון מדין צדקה**

ראינו לעיל את פסק הרמ"א בס"י פב שהביא מרבנו ירוחם שבהעדר אב מחוייבת האם להניק את בנה, ותמיהו הכל מה מקור הדין.

הבני אהובה בהלכות אישות פכ"א הט"ז כתב על כך: 'הרמ"א כתב דאם אין לו להשכיר כופין אותה להניק ותמיה הח"מ סק"ו למה לא יהיה מוטל על הבי"ד לשכור מינקת... ונראה דודאי אם האשה עשירה אף לאחר כ"ד חדשים כופין את האם לזון בניה דהא כופין על הצדקה ואין לך צדקה יותר מזה, ואם כן היא שיש לה חלב בדדיה ותוכל להניק הרי היא עשירה לדבר הזה וכופין אותה כמו שכופין על כל צדקה'. וכן מבואר בעזר מקודש על הגיליון: 'על כל פנים היא חייבת בזה משום צדקה דאטו נשי לא בעי חיי"מ שצדקה תציל כו', וצדקה היא מצות עשה שלא הזמן גרמא'. ופשוט שהיא מחייבת בהאי חיובא. וכ"כ בשו"ת עין יצחק ח"א אהע"ז ס"י יז אות ה': 'ובאמת על דין הנקתה בתורת צדקה יש לעיין... אבל ממונא ודאי חל עליה לכופה בתורת צדקה לשכור לולד שלה מינקת'. מצאנו שתי שיטות בדבר;

**א.** בשו"ת ישכיל עבדי ח"ו אהע"ז ס"י לח סק"ו דן בחיובי האם בצדקה וכתב שהאם חייבת בכך רק באם אין לאב יכולת לזון את הבן: 'והנה יש לדון אם אין לאב והאם עשירה, אם יש לכופ אותה מתורת צדקה. הנה ביו"ד ס' רנ"א ס"ד פסק מר"ן ז"ל וז"ל מחייבים את האב לזון את בנו עני, ואפילו אם הוא גדול מחייבים אותו יותר משאר עשירים שבעיר... דאם באמת האשה היא עשירה ויש לה האפשרות לטפל בילדה לפרנסו והאב אין לו היכולת אז יש לכפות על האשה לפרנסו, דאין לך קרוב יותר מהאם לבנה, ואין מקום לחלק בין טיפול לפרנסה, דאם היא עשירה הרי יכולה לשלם לאחרת שתטפל בו, וטיפול לא נפיק מכלל פרנסה'.

ברם הבית מאיר בס"י פב סעי' ה' הובא בפת"ש סק"ג כתב שאומנם האם מחוייבת בצדקה, אך רק אם אין לאב או לקרוביו: 'לענ"ד י"ל מתורת צדקה אתינן עלה... ומיירי בשגם קרובי האב עניים, ומה שמבואר סוף סימן זה שיכולה להשליך על הקהל, הוא מסתמא ענייה שאין אמודה לפרנס משלה, אבל עשירה לאו כל כמינה, ולגבי הנקה תמיד עשירה היא... אך גם איתא בתוספתא פ"ב דנדה חייבת אשה בטיפול בנה עד כ"ד חודש'. נמצא שרק אם האב או קרוביו אינם אמידים, אז האם מחוייבת מדיני הצדקה. ובפד"ר בתיק 147728/12 הביא הגר"א אדרי שכן כתב בשו"ת ויקרא אברהם אהע"ז ס"י יז ועוד. והגר"ש שטסמן הקשה, שלא שמענו שבודקים מסוגלותם הכלכלית של הדודים בטרם פונים לאם. ומעבר לכך, תמיה, האם נכון לפנות לדודים שלהם יש ילדים לפרנס על פני האם שיש לה מסוגלות נרחבת.

בשו"ת יביע אומר חלק יא בס"י פז אות ב' שיצא לאחרונה נכתב כך: 'בענין חיוב המזונות עבור הילד עד שש שנים, חובה מוחלטת היא המוטלת על האב, (ולא על האם)... ואם האב איננו אמיד ופרנסתו מצומצמת, ואילו האם אמידה שתוכל לפרנס את הבן או הבת שהם למעלה מגיל שש שנים, יש לחייב את האם במזונות מדין צדקה. וע' מעשה רוקח על הרמב"ם... אולם אם האב והאם שניהם אמידים, חובת המזונות על האב בלבד'. הרי שהתעלם מדברי הבית מאיר, ולא הצריך לבדוק מסוגלות של אחי האב בטרם שפונים לאם. אך סבר שאין לפנות לאם לזון בנה מדין צדקה, כשהאב אמיד ויכול ליתן.

חזינן דכל הני רבוותא דסברי דהיכא שהאשה עשירה וביכולתה לפרנס את ילדיה, כופין אותה לפרנס מדין צדקה, ולבית מאיר, חיובה חל רק אם אין גם לקרובי האב לזון. ולא מיבעיא היכא שהאב אינו חייב מעיקר הדין דהיינו מעל גיל שש, אלא אף במקום שחייב מעיקר הדין כשאין באפשרותו לפרנס, כל שאין מי שיזון את הילדים מדין התקנה אלא מדין צדקה, אם יתברר לבית הדין שאשה זו בכלל עשירה יש לחייב את האם במזונות ילדיה.

מסתבר, שלא כתבו קדמונים על חיוב האם בכלכלת ילדיה מדיני הצדקה בהעדר האב וקרוביו, כיון שלא היה מצוי שלאישה ישנה יכולת פיננסית גבוהה שיכולים לכופ אותה על הצדקה, ולכן סבר הרמב"ם שתשליך אותו לקהל. מה גם שהצרכים של הילד מעבר לרמה הבסיסית של מזונות לא היו גבוהים, ודי היה בחיובו של האב כדי לספק את צורכי הילדים. ברם כיום שהנשים מתפרנסות, ורבות מהן מוגדרות כאמידות, כשאין לאב יש לחייב אותן בחיובי הצדקה, על פי הצורך (ולבית מאיר ודעימיה, רק כשאין גם לקרובי האב).

**ב.** אומנם הגר"ש ישראלי זצ"ל בפד"ר ח"ט בעמ' 251 ובחוות בנימין ח"ב ס' מב כתב: 'אכן, כשזה מדין צדקה יש לברר גם את אפשרויותיה של האם, שכן גם האשה מחוייבת מדין צדקה. ובמקרה שגם היא אמידה יש לדון על חלוקה נאותה של חיוב זה שמדין צדקה שעל האב והאם כאחד. במקרה דנן, שהילד כבר למעלה משש, אין החיוב מכוח התקנה אלא מדין צדקה בלבד'. נראה שהוא ביקש לשתף את האם מדיני צדקה יחד עם האב, כאשר זה יסוד החיוב.

וכן סבר במנחת אברהם ח"ג ס' ה עמ' מב שיש לחייב אישה עשירה לפרנס ילדיה: 'אבל מה דכופין את האב באמיד לאחר שש לכאורה מצד הסברה אין בזה חילוק בין אב לאם שכיון שהחיוב הוא מכח צדקה, הרי גם האם מחוייבת בצדקה. ומכח זה מסתבר לכאורה דמה דמצינו בש"ס דבר זה באב דווקא, הוא משום שבדרך כלל האב הוא שאמיד ויש לו נכסים ליזון מהם, אבל אשה בדרך כלל לא אמידה ואין בידיה לפרנס את בנה. אבל כשגם האם אמידה החיוב של צדקה מוטל גם עליה'. אך לא מבואר דיו באיזה מציאות סובר שיש ליישם דין זה.

אך הקשה הגר"א אדרי בתיק 147728/12 עמ' 44 שדבריהם סותרים את הבית מאיר ויתר הפוסקים, שמחייבים את האם בצדקה רק בהעדר יכולת לאב וקרוביו לזון: 'וצ"ב שנראה שהדין פשוט שאב קודם לאם, כמבואר במקורות שהובאו לעיל'. והוסיף הגר"א אדרי בשיחה בע"פ: 'מה גם שקשה לקבוע מסמרות עפ"י משפט צדדי בפד"ר של הרב ישראלי שעוסק בנושא אחר'.

כתשובה לכך, יש להביא מדברי המנחת אברהם ח"ג ס' ה עמ' מג שהתייחס לדיון קרוב קרוב קודם: 'שעיקר חיוב צדקה מוטל על מי שהוא יורש ממשפחת אב יותר מאשר על קרובים מצד האם, ולא שיפטור העשירים שמצד האם, אלא שמטילים סכום יותר גדול על קרובים מצד האב'. כלומר, לדבריו, משקללים את קדימת הקרוב יותר מבחינת היקף השתתפותו בעול הצדקה, ואין הכוונה לפטור לגמרי את יתר הקרובים. ודלא כפשט משמעות קרוב קרוב קודם. וגם תקשה, וכי פונים לכל מעגלי הקירבה לתרום, ורק גובה התרומה שונה? ברור שפונים אך ורק לקרוב הקודם, ואחרי מציוי יכולותיו פונים לקרוב הבא אחריו. וצ"ע.

ניתן להטעים דבריהם, שאין בחיוב זה היטל ממוני, אלא להשלים את החסר עפ"י הצורך, באם אין לבן. וכיון שהאם מצווה בצדקה לא להתאכזר על ילדיה, הרי יש לילדים במידה מסויימת, והאב נדרש להשלים ולהשתתף. ברם אין בכך לבאר מצב שהילדים מצויים אצל האב או אצל צד שלישי.

**לסיכום:** לא הטילו חכמים חיובים כלכלים על האם, ואינה חייבת בנטל מזונות ילדיה, ברם גם היא חייבת בדיני צדקה, שכן השווה הכתוב בין אישה לאיש לכל דיני התורה ובכללם מצוות צדקה שאינה מ"ע שהזמן גרמא. על כן, מעבר לדיני המזונות המוגדרים על פי הדין, אין להטיל על האב ובוודאי לא על האם שום חיוב, אלא בהסכמה. אך במציאות שאין אב שיזון, ולדעת הבית מאיר ודעימיה רק כשלקרובי האב אין יכולת לזון את ילדיו, יש לחייב אם אמידה לזון את בנה מדין צדקה. אומנם, בדברי הגר"ש ישראלי והגר"א שפירא זצ"ל מבואר שכאשר החיוב הינו מדיני צדקה יש לחייב את האם יחד עם האב.

ישנה מחלוקת בקרב הדיינים, אם מותרות של אדם בינוני (כחוגים, קייטנות), לא ניתן לחייב את האב (גם לא מדיני צדקה) משום שאינם בכלל חיוביו. או שבהם מחייבים את שני ההורים בנטל הכלכלה של ילדיהם מדיני צדקה, על פי היכולת הפיננסית שלהם (אומנם, לרוב הפוסקים, אם יש לאב יכולת, לא נכון לפנות לאם כלל, שכן קרוב קרוב קודם).

## ג. מהות חיובי האב במזונות בניו

איתא בגמ' בכתובות בדף מט': 'אמר רבי אילעא אמר ריש לקיש משום רבי יהודה בר חנינא באושא התקינו שיהא אדם זן את בניו ואת בנותיו כשהן קטנים. איבעיא להו הלכתא כוותיה או אין הלכתא כוותיה. תא שמע כי הוו אתו לקמיה דרב יהודה אמר להו 'יארוד ילדה ואבני מתא שדיא. כי הוה אתו לקמיה דרב חסדא אמר כפו ליה אסיתא בציבורא, וליקום ולימא, עורבא בעי בניה וההוא גברא לא בעי בניה'. והמשיכה הגמ' שם: 'ולא אמרן אלא דלא אמיד, אבל אמיד – כפינן ליה על כרחיה. כי הא דרבא כפייה לרב נתן בר אמי, ואפיק מיניה ד' מאה זוזי לצדקה'. מכך שתלו את חיובו של האב לזון ילדים מעל גיל שש רק באמיד, ברור כי יסוד חיוב תקנת אושא הינה מדיני צדקה, ולא מדינא, ואף בלא אמיד מכלימין אותו משום חיובי צדקה. וכן עולה מדברי רש"י שם בד"ה 'בעל כרחו': 'לא יהא אלא צדקה בעלמא ואפי' אינן בניו'. וכ"כ הרמב"ם בפירוש המשנה בכתובות פ"ד מ"ו: 'לא מפני שחייב לזון את הוריו ובניו שכבר עברו שש שנים, אלא מפני שהוא חייב ליתן צדקה כפי ממונו, וכאשר נקח ממנו אותה הצדקה נוציא אותה על בניו או הוריו שהרי הם בני צדקה והם קודמים בה'. וכ"כ בשו"ת עין יצחק ח"א אהע"ז ס' יז, בשו"ת משפטי עוזיאל ח"ב ס' ס.

כן הוא מפורש בחלקת מחוקק ס' פב סק"ט לגבי חיוב האב במזונות בן הגדול מגיל שש שלא מעוניין לבוא לרשות אביו כדינו: 'כשהבן אינו רוצה להפרד מאמו, יש לאב לומר אין עלי חיוב צדקה לפרנסו כל זמן שאין שומע לקולי להיות אצלי ללמדו תורה ושאר דברים'. הרי שחיובו הוא מדיני הצדקה ולא חובה ממונית לזון את בנו.

מאידך, הגמ' בכתובות בדף סה: העוסקת בקטנים פחות מגיל שש, אומרת: 'דרש רבי עולא רבה אפיתחא דבי נשיאה, אף על פי שאמרו אין אדם זן את בניו ובנותיו כשהן קטנים, אבל זן קטני קטנים. עד כמה. עד בן שש'. בגמ' זו לא נזכר שחובת המזונות מוטלת רק על אב עשיר, הרי שיסוד חיוב זה הינו מדינא, ולא מדיני צדקה הוא. כן הסיק הרי"ף בכתובות בדף יח. מדפי הרי"ף: 'והנ"מ בניו ובנותיו קטנים, אבל קטני קטנים אף על גב דלא אמיד לצדקה, כייפינן ליה בעל כרחיה'.

הרמב"ם בהלכות אישות פ"ב הי"ד כתב: 'כשם שאדם חייב במזונות אשתו כך הוא חייב במזונות בניו ובנותיו הקטנים, עד שיהיו בני שש שנים. מכאן ואילך מאכילם עד שיגדלו כתקנת חכמים', ובהלכה הבאה הלכה טו כתב: 'במה דברים אמורים באיש שאינו אמוד, ואין ידוע אם ראוי ליתן צדקה או אינו ראוי. אבל אם היה אמוד שיש לו ממון הראוי ליתן ממנו צדקה המספקת להן, מוציאין ממנו בעל כרחו משום צדקה, וזנין אותן עד שיגדלו'. וכן כתב השו"ע בס' עא. שוב מוצאים חלוקה ברורה, וכי האב חייב לזון קטנים פחות מגיל שש גם אם אינו אמיד, ואת הגדולים מגיל שש יזון בכפיה רק אב אמיד מדיני צדקה. ממילא קשה ההגדרה הכתובה ברמב"ם ש'מכאן ואילך מאכילם עד שיגדלו כתקנת חכמים', שהרי חייבו מדין צדקה ולא כחיוב, וכבר תמה הגר"א בס' עא סק"ב על לשון זו. והטור שינה מלשון זו, וכתב: 'משש ואילך מצוה לזונם עד שיהיו גדולים, ועל זה נאמר עושה צדקה בכל עת'.

כן המאירי בכתובות בדף מח. הבדיל במקור חיובו של האב לזון ילדים בין הגילאים השונים: 'ואף אנו אין לנו בו (ביחס לקטנים הגדולים מגיל 6) צד חיוב אלא על צד תוכחת ומוסר כמו שנבאר למטה. ומכל מקום בקטני קטנים, הואיל ויש לנו בהם עליו צד חיוב וכפייה, אף בית דין זנין אותם'.

במשפטי שמואל להגרש"ב ורנר סימן ד ענף טו אות ג כתב שחייבו באושא חיוב צדקה זה: 'אע"ג דמזונות הבנים שהם למעלה משש הוא מדין צדקה, היינו שתקנת חכמים באושא ביססו את יסוד תקנתם על עיקרים של צדקה, שזהו גדר חיובו, אבל תקנתם הייתה לחייבו באופן יותר רחב ומקיף מדיני צדקה הרגילים'. הרי שישנו חיוב אישי מעבר למצווה הקיימת, אך ביסודה הינה צדקה.

בשו"ת חוט השני ס' ה כתב שיש חיוב מהותי לאב לזון בנו מדין הצדקה יותר מחיובי שאר הקרובים: 'שאעפ"י שהחיוב מוטל יותר על היורשין, מ"מ אינו חיוב גמור כמו חיוב האב לזון את בניו כשהם קטנים. שהוא מחויב לזונם בכל מאמצי כוחו, והקרובים אחרים כולם פטורים, ואפילו בחיוב מזונות בנים הקטנים אינם, דהתם גוערין בו ומכלימין אותו אפילו אם אינו אמוד. אבל אחר שאינו רוצה לזון קרוביו אעפ"י שהוא קרוב יותר מזולתו וגם הוא יורש, ודאי אין מכלימין אותו אם אינו אמוד'.



#### **ד. תקנת אושא, חיוב האב במזונות ילדיו הגדולים מגיל שש**

נחלקו הראשונים אם למסקנת הגמ', הלכה כוותיה או לא, והאם תקנת אושא כוללת גם כפיה על האב או רק ביוש והכלמתו;

רש"י שם בד"ה 'תא שמע' כתב: 'דלית הלכתא כוותיה. אלא מימר אמרין ליה, ואולי יכלכלם ויזון אבל מיכף לא כייפין'. הרי מכך שרק מטיחים בפניו 'עורבא בעי' ולא כופים אותו על כך, הסיק רש"י שליתא לתקנת אושא. שכן לו היתה הלכה כמותו, היו אף כופין על כך. כן סברו התוס' רי"ד שם והר"ן שם. וכן סבר באבני מילואים ס' עא סק"ג.

אולם הרמב"ם בהלכות אישות פ"ב ה"ד כתב: 'כשם שאדם חייב במזונות אשתו כך הוא חייב במזונות בניו ובנותיו הקטנים, עד שיהיו בני שש שנים. מכאן ואילך מאכילם עד שיגדלו כתקנת חכמים', ובלשון זו כתב השו"ע בס' עא: 'חייב אדם לזון בניו ובנותיו עד שיהיו בני שש, אפילו יש להם נכסים שנפלו להם מבית אבי אמם. ומשם ואילך, זנן כתקנת חכמים עד שיגדלו. ואם לא רצה, גוערין בו ומכלימין אותו ופוצרין בו. ואם לא רצה, מכריזין עליו בצבור ואומרים פלוני אכזרי הוא ואינו רוצה לזון בניו, והרי הוא פחות מעוף טמא שהוא זן אפרוחיו. ואין כופין אותו לזון'. בהגהות מיימוניות שם אות ט כתב שמקור דבריו הינה גמ' זו, הרי שסבר שהלכתא כוותיה דתקנת אושא. כן הבי' גם הב"י בס' עא שזהו מקור דינו: 'ומה שכתב ומכאן ואילך מצוה לזונם עד שיהיו גדולים, בפרק נערה שנתפתה, באושא התקינה שיהא אדם זן את בניו ובנותיו כשהם קטנים'. לדבריהם, אף שהילכתא כוותיה, לא הותרה הכפייה אלא רק לביישו ולחרפו.

ישנה מחלוקת בין הפוסקים, אם חיובו כלפי ילדים גדולים מגיל שש הינו מיסוד דין צדקה בלבד, או שאחר תקנת אושא, הריהו מכח תקנתם. הנפק"מ לכך הינה, אם מחוייב לזון אותם גם אם יש להם נכסים משלהם מכח חיובו, והאם יכולים הבנים לתבוע את מזונותם או שחיוב זה מבוסס על התנדבות אישית, ואם יכול האב לשלם חובתו מכספי מעשר. כפי שנדון להלן.

#### **ה. האם החיוב מדין צדקה בלבד וניתן לגבות מנכסיו, והאם יש לבן זכות תביעה**

השלכה ישירה לשאלה אם יסוד חובת האב במזונות הינה מדיני צדקה, בדיון אם יש ביד הבן זכות תביעה למזונותיו, והאם ישנה חובה על האב והאם הוא בעל דין של בנו.

בהרכב הרבנים א' גולדשמידט, ש' ש' קרליץ, י' בבליק' בפד"ר ח"א עמ' 154 דנו בדבר: 'אולם יש הבדל בגדרי החיוב, אם החיוב הוא משום צדקה או משום תקנת מזונות, כי אם החיוב הוא משום תקנת מזונות, התקנה היא שאב חייב לתת לבנו למזונותיו, פירוש שהאב חייב חוב לבנו. אבל אם החיוב הוא משום צדקה, האמוד לצדקה חייב לתת, אבל זהו חיוב המוטל עליו, אבל אין הוא חייב למקבל, היינו שאין למקבל חוב אצלו. וגם אם המקבל הוא אדם שהחייב מחוייב לתת לו צדקה במיוחד, כגון אב לבן כמבואר, אין פירושו של דבר שהאב מחוייב איזה חוב ממון לבן, אלא מוטל על האב חיוב כללי של צדקה, שהוא מחוייב לתת, מבלי שיהיה איזה בעל חוב שהוא חייב חוב לו, ובחוב כללי זה ישנם סידרי קדימה, למי צריכים להקדים לתת, ועל מי מקדימין להטיל, ולפי סדר זה על האב להקדים את בנו לגבי אדם אחר, ומטילין על האב לתת לבנו יותר משאר החייבים לתת. אבל אין הוא חייב חוב לבנו'.

אך הביאו מדברי הרדב"ז על הרמב"ם בהלכות מתנות עניים פ"ז ה"י שדן בקושית התוס' למה כופין בצדקה הרי אין כופין על מצות עשה שמתן שכרה בצידה, ויתיר: 'ונראה לי דשאני מצות עשה של צדקה שיש בה תקנה של עניים והרי הוא כחוב עליו וכופין אותו לפרוע חובו ויורדין לנכסיו כאשר עושין למי שמסרב לפרוע החוב אשר עליו'. הרי שהרדב"ז סבר שחיובו בצדקה היא חוב ככל חוב אחר, ולכן גם כופין ויורדין לנכסיו החייב כמו בחוב אחר. אך כתבו בפד"ר שם: 'אולם אין מזה סתירה לדברינו, כי אם כי חוב הצדקה הוא חוב ככל חוב, החוב הוא כללי שהאמוד חייב בו, אבל אין זה חוב ישיר שהאמוד חייב כלפי היחיד הזכאי לצדקה', ולא יוכל הבן לתבוע אישית את אביו.

לסיום, כתבו שם שאחר תקנת חכמים, שישנו חיוב לזון בלי דין כפיה, והכפיה היא רק מדין הכפיה לצדקה, ומכיון שעצם החיוב הוא חוב מהתקנה שייך הודאת בעל דין ותביעה בדיון.

הנה, מכך שיכולים להכלים את האב שמעלים עינו מבנו ולא מפרנסו זון אותו ואף הותר לביישו, נראה, שעיגנו את חובת הצדקה כחוב אישי ולא רק כהתנדבות, ומשו"ה הבן הוא בר תביעה כנגד אביו.

השלכה נוספת לחקירה זו, הינה ביחס לגובה סכום חיוב האב במצוה זו. הנה אף במקום שמוגדר שחובת האב לזון את בנו מדיני צדקה, וודאי אינו כדין צדקה רגיל. שכן בדיני צדקה מחוייב עד חומש מממונו, ואילו בחובתו לזון את הבן מחוייב אף ביותר מחומש מממונו. שכן יש לאב חובה לדאוג לבנו, ולכך אין מגבלות, שכן לא הטילו עליו חיובי ממון.

בשו"ת עזרת כהן בס"ד נז כתב: 'לא רק בתורת צדקה חייב הוא לזון את בניו הקטנים, גם כשם מבני שש ומעלה, אלא מתקנת אושא... ולשון השו"ע הוא בסימן ע"א ס"א שזנן בתקנת חכמים גם כשהם למעלה מבני שש. ואע"פ שהגר"א בביאוריו תמה על הלשון של השו"ע, שכתב ע"ז שהוא מתקנת חכמים וסיים בצ"ע שם בסק"ב, וכונתו ז"ל היא, משום דבמסקנא שם מסקינן דכפו ליה אסיתא בציבורא ואין כופין אותו, נראה דאין זה מתקנת חכמים אלא מצוה בעלמא, אבל לא רק מחובת צדקה כי אם יותר מזה שהרי סוף סוף מכלימין אותו על זה'. הרי שבאושא נתנו לצדקה זו מעמד חיוב אישי על האב. וראה בפרישה סק"א שכתב שתקנת אושא היתה להכלימו אם לא ירצה לזון בניו שלמעלה מגיל שש.

אומנם בשו"ת מהרשד"ם יו"ד ס"ו קסו ביאר שהתקנה היתה להכלימו בלא אמיד ולכופו בשוטים אם הוא אמיד. וסבר שאף שמגיל י"ג חייב האב בצדקה לבניו, כחיובו לכל אדם, יכול לומר להם שיצאו להתפרנס כשאפשר ובידם לעשות כן. אך מגיל שש עד י"ג תקנו באושא שכופין את אביהם מדין צדקה ואינו יכול לומר להם שיפרנסו עצמם. לדבריו, רק חובת צדקה איכא הכא, אלא שמתקנת אושא אלים חיוב צדקה זה.

השו"ע בס"ע ע"א ס"ב כתב שכיון שחיובו הוא רק מכח דיני צדקה, לא ניתן לממש את חיובו של האב לזון את ילדיו מדין צדקה ולרדת ולגבות מנכסיו. ברם הרמ"א שם הגיה עפ"י הר"ן שאם אמיד הוא גובין מנכסיו. הב"ש שם סק"ו הכריע דלא כר"ן, ופסק שאף אם האב אמוד אין יורדים לנכסיו לזון את בניו (מעל שש) שלא בפניו: 'לכן נראה עיקר, אפי' אם הוא אמוד אין זנין לבניו שלא בפניו', וכן נקט הח"מ סק"ה. נמצא, שאם האב בחו"ל והאם באה לתבוע את מזונות הילדים, לא ניתן לממש נכסיו שלא מדעתו, כאשר מדובר בילדים שמעבר לגיל שש.

## ו. חיוב האב במזונות קטני קטנים, מהתורה או מדרבנן

יש לחקור, האם חיוב במזונותיהם של קטני קטנים, עד גיל שש, הינו מכח תקנת חכמים, או שמא חיובו מהתורה. ומצאנו מחלוקת בכך;

א. במכילתא שמות כא, ג דרשו על הפסוק 'אם בעל אשה הוא ויצאה אשתו עמו': 'רבי יצחק אומר מי הביאה שהכתוב מוציאה, מגיד שהוא (האדון) חייב במזונותיה ומזונות בניו'. מוכח, שהאב חייב במזונות בניו הקטנים מהתורה, דאם לא כן, מדוע חייב האדון לזון בני העבד, שכן אם העבד בעצמו בהיותו בן חורין לא היה חייב לזון בניו, מה הפסידו הבנים במכירת אביהם לעבד, אלא ע"כ דהאב חייב במזונות בניו קטני הקטנים מדינא דאורייתא, וכשנמכר לעבד ואינו יכול לזונם, חייבה התורה את האדון שיזונם במקום אביהם. וראה במשנה למלך הלכות עבדים פ"ג סק"ב שהביא מהרא"ם שאין האדון חייב לזונם אלא עד שיהיו בני שש.

רבינו בחיי בשמות טז, טז כתב: 'ומה שאמר מספר נפשותיכם איש לאשר באהלו תקחו, לאשר באהלו, זו אשתו, שהיא ראויה להיות נמצאת באהל, כענין שכתוב הנה באהל, וכתוב כל כבודה בת מלך פנימה וגו'. ולמד הכתוב בדרך אסמכתא, שחייב אדם במזונות אשתו ובניו הקטנים, וזהו שאמר מספר נפשותיכם. כן פירש רבינו חננאל ז"ל. אומנם בתורה שלמה בשמות פרק טז אות צה הביא מתרגום רס"ג ומהמדרש הגדול דרשה על הכתוב 'לאשר באהלו תקחו' מורה שאין מדובר דווקא בקטני קטנים אלא בדרי ביתו של האדם, ובניו 'הקטנים' כמשמעו שלא גדלו.

החתם סופר בכתובות מט מד"ק דבפרשת משפטים כתיב ויצאה אשתו עמו ולא הזכיר בניו, ואילו בפרשת בהר כתיב ויצא מעמך הוא ובניו. ומתוך שבפרשת משפטים מדובר בעבד היוצא בשנה השביעית, ואם היו לו בנים כשנמכר, הרי בסוף שנה שישית הם כבר למעלה מגיל שש, ונפקע חיובו מהאב והאדון לזונם עוד לפני יציאתו בשביעית, לכן לא כתוב שהם יוצאים עמו, דהיינו שהאדון נפטר עתה מלזונם מה

שנתחייב בעת קניית העבד. משא"כ בפרשת בהר, ששם מדובר שפגע בו יובל, וזה יתכן גם בתוך שש שנות עבדותו והבנים עודם בגיל פחות משש, ע"כ הזכיר הכתוב שהאדון נפטר מלזון בניו הקטנים שהם לפני שש, ביציאת העבד ביובל.

בספר ארעא דרבנן ערך מזונות אות ח ט להגאון מוהר"י אלגאזי, הבין בדעת הרמב"ם מהלכות אישות בפ"ב הל"כ כב שכתב: 'כשם שהאדם חייב במזונות אשתו, כך הוא חייב במזונות בניו ובנותיו הקטנים עד שיהיו בני שש שנים', וכן הוא לשון הסמ"ג לאוין פא. וכיון שהוקש חיובו כלפי בנו לחיובו כלפי אשתו, שווה דינם וחיובן. וכיון שסברו הרמב"ם והסמ"ג שמזונות אשתו דאורייתא, כן הוא חיובו לילדיו. וכ"כ בשו"ת מהר"ם אלשיך סי' לח.

כן מתבאר דעת הרמב"ם מתשובותיו הוצאת אל המקורות סי' קמט ומקיצ' נרדמים סימן קצ לרבי פנחס הדיין לגבי חיוב האב על מזונות שכבר אכלה בעבר: 'ודעתי נוטה שהאב חייב במזונותיה שנים שעברו. שזה (במקרה) שעמד ופרנס הניח מעותיו על קרן הצבי ולא יקח כלום. (אבל הכא) וכן זה מתחלת פרנסתו על דעת שאין זה חייב ונמצא שהוא חייב'. ואם חיוב במזונות הבת הוא רק מכח תקנת אושא ומדין צדקה, למה חייב האב לתת לה המזונות עבור שנים שעברו, אחרי שמישהו אחר פירנס אותה והיא אינה זקוקה לכך. אומנם אם נבין בדעת הרמב"ם שמזונות הבת היא מהתורה<sup>29</sup>, הרי זה כשאר חובות שהתורה חייבתו עבור בניו ובנותיו הקטנים למטה מגיל שש שנים, ואין זה מדין צדקה, ולכן שפיר פסק הרמב"ם שעל האב לשלם לבתו כשהיא בת ארבע שנים את מזונותיה עבור השנים שעברו.

**ב.** הרמב"ן שמות כא, ג כתב: 'וכל זה חמלה מאת השם עליהם ועל העבד שלא ימות בצערו בהיות עמלו בבית נכרי, ובניו ואשתו יהיו נעזבים. ואף על פי שלא היה הוא מחוייב במזונותם מדין התורה, כמו שנתבאר בתלמוד בכתובות מט: אבל כיון שדרך כל הארץ לפרנס אדם אשתו ובניו הקטנים, צוה האל ברחמיו להיות הקונה כאב רחמן להם'.

בשו"ת משנה הלכות ח"א ס' טז דייק מדברי הגמ' בכתובות בדף סה: 'דרש ר' עולא רבה אפיתחא דבי נשיאה, אף על פי שאמרו אין אדם זן את בניו ובנותיו כשהן קטנים, אבל זן קטני קטנים עד כמה עד בן שש', מכך שנאמר: 'אף על פי שאמרו', שדין לזון אותם הוא מדרבנן, שכן לו היה דינא דאורייתא: 'מאי שייכות להו, הא זה דאורייתא הוא, אע"כ דמכח תקנה הוא. ואף על פי שאמרו שזה אינה תקנה מכל מקום, בקטני קטנים תקנה היא וחייב'. וסבר, שאף הרשב"א ח"ב ס' שכא הבין כן, מכך שנקט שאם יש להם נכסים ממקום אחר אינו חייב לזונם, אפילו עד בני שש, בניגוד לדעת המהר"ם מרוטנבורג שחייב לזון בכל עניין: 'ואי תימא דאורייתא, א"כ מאי איכפת לן ביש להם נכסים ממקום אחר, סוף סוף יש להם מזונות מאב מדאורייתא, ומה שייכות ליה בממונם שיש להם ממקום אחר, אלא ודאי דס"ל דמתקנתא הוא וכה"ג לא תקנו'. וסיים המשנה הלכות שם: 'לא מצאתי לענ"ד מי שס"ל דמזונות בנים הוי דאורייתא'.

בהגהות מיימוניות מהלכות אישות פ"ב סק"ט חלק על ההבנה דלעיל בדעת הרמב"ם, וסבר כי חיובו של האב הוא מדרבנן גם בקטני קטנים: 'אע"כ צ"ל דכוונת הרמב"ם הוא כך, דבאמת תקנת אושא היתה מיום הולדו עד שיביא שערות. אמנם חילוקים יש בדבר, עד שש מחויב לעולם בין יש לו בין אין לו, ומשש ואילך היתה התקנה באופנים, והיינו כשיש לו וכל האופנים וכגון שהוא אמיד. ומה שאמרו דאין הלכה, כוונתם רק למעלה משש דאין חיוב, אבל פחות משש התקנה בתקפה וחייב לזונם... ובזה יתיישב הלשון שכתב רבינו ומכאן ואילך כתקנת חכמים בכל הדמיון ולא כתב מתקנת חכמים, וכוונתו דאי כתב מתקנת

<sup>29</sup> עוד הוכיחו מפסקי הרמב"ם בדיני מעשרות, בהלכות מעשר פ"ג ה"ז.

איתא במשנה במעשרות פ"ג מ"א: 'המעביר תאנים בחצרו, בניו ובני ביתו אוכלין ופטורין'. בירושלמי שם ריש פ"ג בעו אהאי משנה: 'הוא עצמו מהו שיאכל? רב אמר אסור עולא אמר מותר', ומפרש טעמא דרב משום דאין אוכלין על המוקצה אלא במקומו. הרמב"ם שם פסק כרב: 'תאנים וענבים שבמוקצה מותר לאכול מהן עראי במקומן'. והקשה ע"כ הרדב"ז שם, מדוע לא הזכיר הרמב"ם שבניו ובני ביתו אוכלין עראי.

יש שהביאו לבאר דברי רמב"ם אלו, ולהוכיח מכך על חובת מזונות שעל האב. שכן בירושלמי שם פריך: בני נחא, ובני ביתו ואין עליו מזונות. כלומר דבשלמא בניו מותרין לאכול עראי, ואין זה פורע חובו מן הטבל, משום דאין חובה מוטלת עליו לזונם. אבל בני ביתו והיינו אשתו, הרי חייב במזונותיה, וא"כ הוי כפורע חובו מן הטבל ומדוע מותר לה לאכול. ומשני הירושלמי, כמאן דאמר אין מזונות לאשה דבר תורה. והיינו, שהתנא דמתניתין שהתיר לבניו ביתו דהיינו אשתו לאכול עראי סבר דמזונות האשה מדרבנן, ואין זה פורע חובו מן הטבל. והרי הרמב"ם פסק דמזונות האשה מהתורה, ולדבריו אסור להאכילה מן הטבל דהוי כפורע חובו מן הטבל, ושפיר השמיט דין דבני ביתו, כיון דאין הלכה כמשנה זו. כעת מובן מדוע השמיט הרמב"ם דין בניו, שכן סבר הרמב"ם שמזון בניו נמי הוי מדאורייתא כמזון האשה, ולכן לא כתב דהם אוכלים מהטבל משום דהוי כפורע חובו מן הטבל, וכתב דרך הוא עצמו מותר לאכול עראי.

חכמים הו"א דעד שש לאו מתקנת חכמים הוא. לכן כתב כתקנת חכמים, והיינו שכך היתה התקנה'. הרי שחייב לזון קטנים הוא מדרבנן. ולדבריו, כך הינה גדר התקנה, שהאב חייב לשלם גם על העבר.

כן הבין במעשה רקח בהלכות אישות שם: 'ולענ"ד נראה דאין דיוק זה כדאי שהרי לא הזכירוהו הפוסקים... ואפשר שמה שכתב רבינו כן היינו כלפי השש שנים, ורצה להשמיענו הטעם של חכמים ז"ל לשש שנים ותו לא מפני שעד כאן הוא כרוך אצל אמו... ואגב השמיענו דאף שמזונות אשתו מדין תורה כמ"ש בראש הפרק ומזונות הבן אינו אלא מתקנת חכמים ז"ל, אלמנה רבנן להך מלתא כדאורייתא'.

## ז. חיוב האב – ציווי אישי או ממוני

ניתן היה להבין כי חובת האב לזון את הבן הינה חובה ממונית, ונכסיו מחוייבים ומשועבדים למזונות בנו. אך מצאנו שני מקורות שמעידים כי חובה אישית מונחת על כתפי האב. ויתכן ויש ללמוד מכך על טעם הדין, שלא הטילו חיוב על האב לפרנס, אלא חייבו את האב לדאוג לבנו ולא להתעלם מפרנסתו.

הב"ש בס' עא סק"א הביא דברי המהר"ם לובלין בתשובה בס' עט וכו' המהריב"ל בח"ב סימן כ שחייב האב לזון ילדיו הקטנים קאי: 'כל ימי חייו ולא אחר מותו'. הרי שחייב על גופו הוא, ולא על נכסיו (ואומנם ראה בבאר היטב בשם המהר"י וייל שמחייבים את היורשים לזון היכא שאין לילד. ובאוצר הפוסקים כתבו בשם רעק"א דלשיטת הר"ן דמזונות הילדים הם משום מזונות האם, יש להסתפק אם היורשים חייבים במזונות הילדים כשחייבים במזונות האלמנה).

התוס' יו"ט בכתובות פ"ד מ"ו כתב: 'האב אינו חייב במזונות בתו - כתב הר"ב אבל קטני קטנים כו' כופין את האב ומוציאין מידו בעל כרחו. וא"ת ואי אינו אמיד מה מוציאים ממנו. וי"ל כמו בחיוב האשה דאפילו אי לית ליה אלא מזוני דחד יומא, חייב למיזנה מניה או למיכל בהדה במאי דאכל, כמ"ש בטור סימן ע'. אבל ודאי אינו חייב להשכיר עצמו בפועל לפרנסם. אפילו לסברת ר' אליה שכתב שם בטור דבאשה חייב, דהתם היינו טעמא דמספר כתובה נלמד אנא אפלח'. הרי שחובתו לזון את הילדים אינו דומה לכל חוב ממון, שמסדרים לבעל חוב ומשאירים לו לצרכיו ההכרחיים, אלא הוא חייב לחלוק עימו במה שיש לו גם אם אין לו מספיק בשבילו, כשם שאין מסדרים לצורך מזונות האשה מפני שאינו חייב ממון. ומשונה סבר שהאב אינו חייב להשכיר עצמו למזונות ילדים, שכן אינו חייב להם חיוב ממוני כלל. מאידך, הגם שאין חיוב על האב לעבוד בכדי לפרנסם, אינו פטור מחיוב במזונותם, כמבואר בפד"ר טז עמ' 349, משפטי שאול ס' יג וס' מה ובעטרת דבורה ח"א ס' לא. יסוד הדין מבוסס על הגמ' בכתובות בדף קז: 'הלך בעלה למדינת הים ולוותה ואכלה, חייב לשלם', וכן פסק הרמב"ם בהל' אישות פ"ב ה"ט וכו' השו"ע בס' ע. הרי שחיובו קאי עליו למרות שאינו בעל אמצעים וחייב לשלם לה לאחר מכן על שלוותה. והדברים מפורשים בר"ן שם בדף סג. מדפי הרי"ף: 'מיהו היכא דלית ליה לבעל היא חייבת, שאף היא נשתעבדה לו, אלו דבריו'. דייק מהנאמר 'שאף היא נשתעבדה לו', שגם הבעל משועבד לשלם, ולא סר החיוב מעליו.

יש בכך כדי לסייע לסברת מו"ר הגר"א שפירא זצ"ל במנחת אברהם ח"ג ס' ד לבאר תמיהה בדברי הח"מ בס' פב סק"ט מדוע האב אינו חייב במזונות בנו שמורד ולא מוכן לבוא אצלו: 'כשהבן אינו רוצה להפרד מאימו, יש לאב לומר אין עלי חיוב צדקה לפרנסו, כל זמן שאינו שומע לקולי להיות אצלי ללמוד תורה ושאר דברים', וכו' הב"ש שם סק"ח. וכבר תמה ע"כ בשו"ת עזרת כהן ס' נז: 'וכי בר עונשין הוא'. ובאר הגר"א שפירא שחובת האב לפרנס את בנו לאחר גיל שש, אינה אלא מפני שמידת אכזריות היא שלא לפרנסו, ובמקום שיש לאב תביעה שהבן יחיה אצלו כדרך כל הבנים, שוב אין כאן 'מידת אכזריות' במה שמונע ממנו את דמי המזונות. הרי שאין כאן חובה ממונית, אלא לדאוג לבן שעמו. וראה ע"כ בעטרת דבורה ח"א ס' ל.

יתכן, ואם הילדים אצל האם יש מקום יותר לחייבה להשתתף מדין צדקה לא להתאכזר על ילדיה, ותשתתף בחיובים שמעבר לדיני המזונות הבסיסים, ואזי נחשב שיש לילדים את צורכיהם, והאב יחייב רק בהשתתפות בכך. ברם אם הילדים במקום אחר כפנמיה או משפחה אומנת, יהיה הנטל מוטל על האב.

בפד"ר ח"ב עמ' 92 בפסק דינו של הרב אליעזר גולדשמיט, הביא משו"ת שופריה דיעקב ס' שכתב: 'בידוע שאין לו כי אם כדי סיפוקו, אין עליו חיוב לזמון את בניו, דעד כאן לא חלקו חכמים בין שש לאחר שש אלא כשאינו אמיד ליתן צדקה המספקת או אמיד ליתן דבר מועט שאינו מספיק, אבל באינו אמיד ליתן כלום, אין הפרש בין שש לאחר שש ובכל גוונא פטור. וסברא היא דכיון שאין לו כי אם כדי סיפוקו פשיטא דחיי קודמים, דמאין לחייבו לחזר על הפתחים ולזנום וחז"ל לא חייבוהו אלא אם יש לו מה ליתן

להם אחר די סיפוקו'. והביא שכן כתב בספר שושנים לדוד ח"ב בס"י כב. הרי שאין כאן חוב ממון לבן. וצ"ב אם יש ביד הבן לתבוע מאביו ממון, או שיש לו לתבוע שיחלוק אביו עימו ממזונותיו. שהרי אם הבן אצל אימו מחוייב האב לשגר לו מזונות, אך אם ידרוש האב שישב הבן אצלו ויתן מזונותיו, האם יש לבן תביעה עליו.

לדברים אלו, יש לדון אם יש לפסוק מזונות במקום שיגרור את הבעל להוצאה לפועל, שכן האב אינו מחוייב ללוות ולעבוד למצוי מטרות. ובוודאי האידנא שמערכת האכיפה בהוצל"פ, אינה פועלת עפ"י דיני השו"ע. מאידך, לצורך המזונות לא נדרשים לכל דיני הסיודור, ושפיר גובין ממנו כל מה שיש לו לצורך כן, ואין מניעה לפעול באמצעותם.

## ח. חובת האב לזון כשיש לילדים משלהם

נחלקו הראשונים אם האב חייב לזון את הקטנים פחות מגיל שש אף שיש להם נכסים משלהם, ויכולים להתפרנס משלהם;

א. הרא"ש בפסקיו בכתובות פ"ד ס"י יד כתב: 'דשמעינן מינה דחייב לזון בניו ובנותיו כשהן קטנים, ואפילו יש להם נכסים שנפלו להם מבית אבי אמם, פסק רבינו מאיר דחייב לזונם, דכיון דתקנת חכמים היא, זכו במזונותיהם אפילו יש להם להתפרנס משלהן, דומיא דמזונות האשה, מדכלל מזונות האשה דקתני ומוסיפין לה על מזונותיה בשביל הקטן, אלמא דין אחד להם'. הרי שסבר המהר"ם מרוטנברג שחובת האב לזון את בניו הקטנים שהם פחות מגיל שש שנים, הינה גם כאשר יש להם רכוש משלהם, שכן חובת האב כלפי בניו הקטנים הוא חוב גמור המוטל עליו לפרנסם, ללא הבדל אם יש להם רכוש או שהם עניים ואין להם משלהם כלום, וכ"כ בספר דינא דחיי לאוין פא. הב"ח בס"י עא והאבני מילואים שם סק"א דייקו שזוהי כוונת הרמב"ם במה שהשווה את מזונותם לחובתו לזון את אשתו: 'כשם שאדם חייב במזונות אשתו, כך הוא חייב במזונות בניו'.

ב. הרשב"א בתשובה ח"ב סימן שצא נשאל בדבר והשיב: 'שלא אמרו, אלא מפני שאין לו... וכשהוא קטן קטנים, כופין אותו בבית דין לפי שאין לו, ואינו יכול להשתדל כלל. אבל כל שיש לו, למה יתחייב האב לזונו. ומה שטען הטוען, שהוא תנאי בית דין, ובא לדמותו למזונות אלמנה, אינו כן, לפי שמזון הבנים אינו מתנאי כתובה'. הרי להדיא דעת הרשב"א, דאם יש לקטנים רכוש משלהם ובידם להתפרנס מרכושם, אין על האב חובה לזונם. וכ"כ התשב"ץ ח"ב ס"י רצב סוף תיקון ג', הכנה"ג סי' עא הגה"ט סק"ג.

באוצר הפוסקים דנו אם ניתן לומר קים לי כרשב"א, שכן אפשר שהשו"ע לא ראה דעתו, ועל כן פסק כמהר"ם, אך לו היה רואה את הרשב"א היה פוסק כן.

נמצא, שאם נוטלת האם מביטוח לאומי עבור הילדים, לדעת הרשב"א יש להפחית מחיוב האב, שכן יש להם מקור הכנסה כל שהוא להתקיים ממנו, וראה בפד"ר ח"א עמ' 210 ובמשפטי שאול בס"י כד. ומטעם זה אין לגבות מהאב הוצאות רפואיות המצויות בסל הבריאות, וכן עבור פנמיה אם ישנו מימון מקרן כלשהיא.

## ט. מזונות בן קטן – מכח אבהותו או חובה לאשתו או צדקה

שתי שיטות נאמרו בראשונים אם חובת מזונות בנו הינה מכח זיקה ישירה וחובה לבנו, או שהינה חובה לאישתו, שהתחייב לה לזון את בנה;

א. הר"ן על הרי"ף בכתובות בדף כח: הוכיח כי חובת האב לזון את בנו אינה בזיקה לבן ישירות, אלא חובתו כלפי אישתו: 'נ"ל דכי אמרי' דזן אותם קטני דוקא בשאמן קיימת ומדין מזונות אמן [נגעו] בה, שכיון שהן נגזרים אחריה אי אפשר לה להעמיד עצמה שלא תזון אותם. אבל בשאין אמם קיימת, אינו חייב במזונותיהם... דייקין הכי דמדתנא מוסיפין לה על מזונותיה

משום דבעי למיכל בהדה, אלמא מזונות הבן הנגרר אחריה הרי הן כמזונותיה, ומדין מזונות שלה נגעו בה<sup>30</sup>... אבל לא ראיתי לראשונים ז"ל שאמרו כן.

כן נראה שסבר רש"י בכתובות בדף סה: בד"ה 'שצריך לאמו': 'שעדיין הוא צריך לאמו ובתרה שדיוהו רבנן, אלמא עד שש צריך סיוע מאמו, וכשם שהבעל זן אותה כך זן אותו עמה'.

הב"ח בריש ס' עא ד"ק כן מפסק הרא"ש בכתובות פ"ד ס' יד: 'ומוסיפין לה על מזונותיה דשמעין מינה דחייב לזון בניו ובנותיו כשהן קטני קטנים ואפילו יש להם נכסים שנפלו להם מבית אבי... דומיא דמזונות האשה מדכלל מזונות האשה דקתני ומוסיפין לה על מזונותיה בשביל הקטן, אלמא דין אחד להם'.

**ב.** הדרכי משה בס' עא סק"א הוכיח מפסק הב"י שהביא תשובת הרא"ש בכלל יז, וכתובת הריב"ש בס' מא שחלקו וסברו שישנה זיקה ישירה לאב לזון את בנו, שכן כתבו: 'בהדיא דמי שבא על הפנויה וילדה ממנו בן או בת, חייב לזונם', וכן פסק השו"ע שם סעי' ד. שכן אין לאב זיקה ומערכת חיובים ביחס לפנויה, האם. וברור שחובתו לזון את בנו מהפנויה, הינה מכח חיובו לבן באופן ישיר.

בשו"ת שואל ומשיב מהדורא שתיקא ס' מו כתב שהנפק"מ לדיון זה, הוא אם אפשר לכוף על מזונות הילדים. נפק"מ נוספת יש לחקירה זו, אם יש לאב חובה לזון ילדיו כשאין לו חובת מזונות לאימם; בניו מהגרשה, פנויה, ארוסה, אנוסה ושניה.

המשל"מ מהל' אישות פ"ב ה"ד כתב בהגה': 'ומדברי רבינו שכתב כשם שאדם חייב וכו' משמע דס"ל כהר"ן דמזונות בניו מדין מזונות אמם נגעו בה, דאל"כ למאי הלכתא אקשינהו לימא חייב אדם לזון את בניו'. ותמוה הוא, שכן מבואר בכמה מקומות ברמב"ם שמזונות הבנים אין חיובם תלוי במזונות אמם. שכן בהל' אישות פ"ה ה"ד פסק: 'בת הממאנת הרי היא כשאר הבנות ויש לה מזונות, אבל בת היבמה ובת השנייה ובת הארוסה ובת האנוסה אין להן מזונות אחר מיתת אביהן בתנאי זה, אבל בחיי אביהן הוא חייב במזונותן כדין שאר הבנים והבנות בחיי אביהן'. והרי השניה והארוסה והאנוסה אין להן מזונות, ומ"מ פסק הרמב"ם שהאב חייב במזונות בנותיהן. וכבר עמד ע"ז אבני מלואים שם. וכן לגבי בנו מהגרשה פסק הרמב"ם בהל' אישות פכ"א ה"ז: 'גרשה אין לה מזונות אף על פי שהיא מניקה את בנה... אלא כופין את אביו ונותן לו מזונות והוא אצל אמו'. והרי אינו חייב לזון את גרושתו, ואפ"ה חייב הוא במזונות הבן, וע"כ דלא ס"ל כשיטת הר"ן דמזונות הבן כלולים ותלויים במזונות האם. ואכן במעשה רקח לא קיבל את הבנת המשל"מ, וסבר שישנה חובה ישירה לאב לזון את בנו.

ביחס לחובתו לזון בתו מהפנויה, ניתן ליישב עפ"י האגרות משה אהע"ז ח"א ס' קו שכתב שיתכן והר"ן לא יחלוק על הרא"ש והריב"ש, שכן אם אנס יהיה חייב לזון הבן מטעם מזיק, ואם היא מפותה הרי זה כהתנו שאם יולד בן שיזון אותו.

וליישב הדברים צ"ל, שאכן חובת האב לזון את בניו מדינא הינם רק אם יש לו חיוב לאשתו, ומדינא חייב זאת, ועל כן אף שיש להם נכסים מחוייב בדבר. ברם אם אין לו חובה לאשתו, אזי חייב לזון את בניו מדין צדקה אם אין להם נכסים ואפשרות פרנסה. כשם שזן את הגדולים מגיל שש, וכ"כ במשפטי שמואל. וחובה זו רובצת רק על אב אמיד, ולא יוכלו לכוף את השוטה והחרש בכך, וראה בפד"ר ח"ה עמ' 298.

ובכך יישבו בפד"ר ח"ז עמ' 136 את תמיהת המהר"ם מלובלין בס' עט על לשון הטור בס' קיב שכתב לגבי בת יבמה ושנייה: 'בחיי חייב לזון מתקנת אושא עד ו' שנים'. ותמה שלשון זו: 'אינו מדוקדק, דבפ' נערה שנתפתה דלעיל משמע דתקנת אושא היא ביתר משש... אבל עד שש חייב לזון לכ"ע... אם לא נאמר דהטור ס"ל דתקנת עד שש היא ג"כ תקנת אושא, ותרי תקנות היו באושא מתחלה תקנו עד שש, ואח"כ תקנו ג"כ לאחר שש ולאחר שש'. אך לביאורנו, הרי כלול בתקנת אושא חובה לזון ילדיו עד גיל שש אם אין לאב חובה כלפי אישתו.

<sup>30</sup> יש לציין, שאף לידיו שמזונותם מכוח אימם, אין זכות לאב למחול על זכויות ילדיה, ואינה יכולה למחול לבעלה על מזונותם. כן איתא בתוספתא כתובות פ"י ה"ג: 'כתב לזון את בת אשתו ושברה לו, לא כל הימנו, שזכין לקטן ואין חבין לו'. כן פסק השו"ע אהע"ז ס' קיד סעי' ג: 'אם האם פטרו מלזונה, אין הפטור כלום'.

הרי שהילדים נחשבים לגוף עצמאי, והאם אינה מוסמכת למחול במקומם, שאין חבין לאדם שלא בפניו, אף שיסוד זכותם מכוחה הוא. אומנם, אם האשה מתחייבת בקבץ לשלם את מזונות ילדיה במקום בעלה, התחייבותה חלה מכוח דיני ערב.

עוד יישבו שם את פסקי השו"ע. שכן בריש הסימן בס' עא פסק מרן עפ"י המהר"ם מרוטנברג שמזונות הבנים כלולים במזונות האשה וחייב בהם האב אף אם יש להם משלהם, והב"ח כבר באר כי חיוב זה מבוסס על דברי הר"ן שמדין אישתו זן אותם. ומאידך מרן השו"ע שם בסעי' ד פסק עפ"י הרא"ש והריב"ש שהבא על הפנויה וילדה ממנו, אם הוא מודה שהולד ממנו חייב לזונו, וזה לא כדברי הר"ן. ויתירה מכך, הרא"ש בעצמו שפסק לחייבו לגבי בנו מהפנויה, סבר כמהר"ם שחיוב הבן מחמת חיובו לאמו. וסתן דיני לאהדדי. ולדברים אלו מבואר שכשארין אמם קיימת או באופן שאינו חייב במזונות האם, יש עליו חיוב מתקנת אושא ומטעם צדקה, וחיוב זה קיים גם בבן הפנויה, אף שאינו חייב במזונות האם. אלא שקשה לפי"ז, מדוע נקט הריב"ש את הגמ' בפרק אעפ"י בדף סה: והרי מקור חיוב הקטנים כשארין חייב לאם הינו מדין צדקה בפרק נערה בדף מט: (וקשה, מדוע לאם הינו מדין צדקה בפרק נערה בדף מט: וצ"ע).

עוד בארו בכך, שלהבנה זו אין מחלוקת בין המהר"ם לרשב"א בחובה לזון ילדים כשיש להם משלהם, שכן הרשב"א התייחס למקרה שהאם נפטרה מכבר, וכיון שחובה לזון ילדים אלו מדין צדקה בלבד, פטר הרשב"א את האב כשיש להם נכסים, שאין דין צדקה בכך אף שהינם פחות מגיל שש (וקשה, מדוע נקט הרשב"א שם את הגמ' בפרק אעפ"י בדף סה: והרי מקור חיוב הקטנים כשארין חייב לאם הינו מדין צדקה בפרק נערה בדף מט:). ברם המהר"ם איירי שהאם קיימת, ואז חובת האב לזון אותם מכח אישתו, וחייב בכך גם אם יש להם נכסים.

יהא נפק"מ לכל זאת, אם הוליד בן מאשת איש שאינה אשתו והבן ממזר. בתרומת הדשן פסקים לו כתב דבסתמא תולים הולד בבעל, אך גם אם לא והאב הוא אחר, מאין לימא לן שחייבו חכמים לזון בנו ממזר. אך באוצר הפוסקים הביאו פוסקים דחייב במזונות בנו ממזר, והביאו ראיה מהש"ך בס' פ"ק נז שאף הבין כן בתה"ד, ואף התה"ד לא אמר זאת אלא כמסתפק. וכן פסק במשפטי עוזיאל ח"ב י"ד ס"ו שחייב במזונותיו.

## י. אם ישנה חובה לאב לזון ילדים גדולים

יש להקשות, מדוע חובתו של אדם אמיד במזונות ילדיו היא רק עד שיגדלו, והרי אם זוהי חובה מדין צדקה א"כ יתחייב בכך אף כאשר הם גדולים מכך, שהרי חייב אדם לזון את קרוביו מדין צדקה, וכ"ש את ילדיו.

הב"ש בס' עא סק"ג הביא מדברי רבנו ירוחם מישירים נתיב כ"ג ח"ה, וכתב: 'משמע דאחר שיגדלו חייב לזון אותם בתורת צדקה כשאר קרוביו, אבל עד שיגדלו יש להם יתרון יותר משאר קרובים'. נמצא, שגם אחר שיגדלו הילדים יש על האב חיוב לזונם מדין צדקה, אולם קודם לכן (מגיל שש עד גיל מצוות) יש להם יתרון בצדקה יותר משאר קרוביו של האב, והחובה לזונם אז היא גדולה יותר. לדברים אלו, יהא עליו לזון את ילדיו הגדולים שאינם מתפרנסים, מדין צדקה, כשם שחייב בצדקה לשאר קרוביו העניים. וראה כן בבית יעקב בס' עא סק"א.

אומנם, בנתיבות המשפט על רבנו ירוחם שם כתב לפרש דבריו, וז"ל: 'נראה לומר דאמיד גבי בניו לא הוי כאמיד לגבי אינשי אחריני, דגבי צדקה לאחרני בעינן אמיד גמור, אבל לגבי בניו כל שאינו עני מקרי אמיד. וזה שכתב אבל אם הוא אמיד שיש לו כפי הראוי לתת להם, ולכן כתב דהאי אמיד לא הוי אלא עד שיגדלו, דלאחר שיגדלו אין כופין אותו אלא בדאמיד לאחרני שבניו קודמים'. הרי שלגבי בניו גדרי האמיד הינם שונים, אף שמחייבותו הינה רק מדין הצדקה.

הדרישה בס' עא הובא בב"ש שם באר שלאחר שגדלו הילדים הם כבר יכולים לפרנס את עצמם, ולכן כל חיובו לילדיו מדין צדקה הוא עד גיל מצוות, עד שיגדלו. הרי שאין הבדל מהותי בין גדולים מגיל מצוות או פחות, גם לא בקדימותם לאחרים, אלא ברגילות ובדרישה של האב מהם לעבוד. כן מבואר בתשובת הרשב"א הנ"ל: 'כשהבן גדול ויכול להשתדל, אין האב חייב לזונו כלל, ואין כופין אותו, אפילו בכפיית אסיתא'. בשו"ת מהרשד"ם ח"י ס' קסו כתב שענין זה תלוי במציאות הקיימת, שאם ימצאו הבנים כדי פרנסתם פטור האב לזונם כשיגדלו, ואולם אם לאו, הוא חייב לזונם אף כשיגדלו.

נמצא, שאם הילדים הגדולים אינם יכולים לפרנס עצמם, יהא האב חייב מדין צדקה להמשיך לזון אותם. ולכאורה, זה המצב כיום, שילדים אינם יוצאים לעבוד בגיל 13, והחוק אף אוסר להעסיק ילדים בגיל זה, יהיה האב חייב להמשיך ולזונם.

מנגד, בעל ההפלא"ה בקונטרס אחרון הלכות כתובות ס' עא אות ג כתב שגדולים יכולים להתפרנס בעצמם, ואף אם אינם רוצים לעשות מלאכה, אין כופין את האב לזונם כיון דבני דעת הם, אין יכולים לומר לא נעשה מלאכה. וחייב לזון רק את הקטנים, כיון שאינם בני דעת מליאה, וחוב זה קיים אפילו אם רוצים לעשות

מלאכה. יש לעיין לדבריו, במצב האידנא, שאין רגילות שנערים בני 13 יצאו לפרנס עצמם באופן מלא, שיהא דינם כקטנים.

וראה באבני מילואים בס' עא סק"ד שכתב שההבדל בין הגילאים הינו שלשיטת הפוסקים שבצדקה אין כופים, כי מכל מקום בבניו כופים: 'ונראה, כיון דאפילו לא אמיד נמי כופין אותו בדבריו, כדאמרין עורבא בעי בני וכו', ואף על גב דאין בו משום מצות צדקה כיון דאינו אמיד. אם כן באמיד מעלין מעלה אחת וכופין אותו. ומצוה על הבית דין לכופו אותו. ולא משום מצות צדקה לחוד – דכיון שמתן שכרה בצידה, הרשות ביד הבית דין שלא לכופו – אלא דהכא לגבי בניו דחמירא, דבלא אמיד נמי כייפין בדברים, באמיד כופין אותו ממש'. מבואר כי דין צדקה במזונות ילדים חמור יותר מדין צדקה לאחרים, ועל כן גם אם בצדקה לאחרים לא כופים, בצדקה לילדיו הקטנים כופין.

בהג' מרדכי קידושין רמז תקנה נשאל אם מחוייב האם לזון בתו החולה במצב סיעודי: 'הנה בת יעקב צועקת עליו שיפרנסנה כמשפט הבנות... והיא חולנית וגרע מקטנה כי אפילו פתה אין לה כח לחתוך מפני חוליה... נראה בעיני שאם הוא אמוד ויש לו במה לפרנסה כופין האב לפרנסה בצמצום אם אינה יכולה להרויח וגם יכופהו'. ורק מדיני הצדקה חייב את האב אם היו אמיד. הגם שמצבה גרע מקטנה מגיל שש. שכן כך גדר החיוב לזון קטנים בגיל, ולא גדולים מכך הגם שהינם מוגבלים בהתנהלותם ויכולתיהם, ורק מדיני צדקה סבר שניתן לחייבו ועפ"י גדריה.

ברם בשו"ת מהרשד"ם ח"א סי' קסו חלק ע"כ, וסבר שאין כל זיקת שיעבוד וחובת צדקה על אב לזון בנו מעבר לגיל שהביא שערות, ואין לכופו אותו ע"כ: 'אושא לא התקינו אלא לבנים שהם מו' עד י"ג, ומכאן ואילך אפי' טעם תקנה אין בהם. ואם ירצה שלא לזון אותם רשאי, אפי' יש יכולת בידו, לא אמרין ליה מדעם'.

בשו"ת משפטי עוזיאל אבהע"ז תניינא סי' עד סק"ד כתב דבהיות ובזמן הזה מחוייבים הנערים ללמוד עד גיל י"ד או ט"ו, חייב האב לזונם עד גיל זה, משום דאינם יכולים לדאוג לפרנסתם. ולכך כיוונה תקנת הרבנות הראשית. וכ"כ בשו"ת יחווה דעת ח"א ג' סי' עו הערה ג, עמו' רמז שהיום תקנת הרה"ר היא לזון הבנים עד גיל ט"ו.

בשו"ת ישכיל עבדי ח"ד אבהע"ז סי' טו ס"ד דן אם יש כח ביד בי"ד ורבני הקהילות לחייב את האב עבור פרנסת בניו כל זמן שהם צריכים לו עד גיל מסוים.

הג"ר שלמה שפירא בתיק 913242/1 כתב שישנו מנהג בגובה חיוב האב במזונות ילדיו הגדולים: 'הנוהג כיום לחייב שליש מזונות מגיל שמונה-עשרה ועד עשרים ואחת לבנים ועד עשרים לבנות, מכיון שבגיל זה הבן והבת אינם יכולים לעבוד לפרנסתם מחמת שירות צבאי/לאומי ולימוד בישיבה. ולפיכך יש לחייב האב בשליש מזונות מדין צדקה'. ברם יתר דייני ההרכב לא הכירו מנהג זה: 'המנהג אותו מציין אב"ד הגר"ש שפירא... אינו מוכר לי. המנהג הידוע לי... שלאחר גיל שמונה-עשרה רק לאחר קבלת הסכמה מהאב, קובע בית הדין את חיובו של האב בשליש מסכום המזונות במסגרת הסכמי הגירושין. אבל ללא הסכמתו בתי – הדין לא מחייבים כלל את האב. לעומת זאת עד גיל שמונה-עשרה המנהג בבתי-הדין לחייב את האב מבלי לבקש את הסכמתו'.

באגרות משה יו"ד ח"א סי' קמג סבר שמדינא חייב האב לזון את בניו הגדולים עד שיוצאים להתפרנס בכח עצמם, כפי הנהוג במקום, כיון שזוהי חובת הבעל לזון את אמם כולל בני ביתה: 'ואף שהם גדולים כל זמן שאין הדרך שבנים כאלו ילכו להרויח לפרנס עצמן שיתחייב האב לזון גם אותם מדין מזונות אשתו, דלא גרעי מארחי ופרחי והם ארחי ופרחי קבועים שהאב קבעם אצלה ואינו יכול לומר שתהיה אכזרית ולא תתן להם מזונות. ולכן ברוב בנ"א בזה"ז ובפרט במדינתנו שדרים כולם יחד חייב האב במזונות בניו ובנותיו אף הגדולים מצד חיוב מזונות שלה עד שיהיו כפי הדרך שהולכים להרויח. ואם בני משפחתו או בני משפחתה אין הולכין להרויח עד נישואיהן אז מדין עולה עמו ואינה יורדת עמו חייב במזונותיהן כל הזמן שדרים עמהם יחד. וממילא אין יכול לזונם מכסף המעשר שהוא כחוב שאינו יכול לפרוע מהמעשר ודינא דהש"ך בזה"ז ובפרט במדינתנו הוא דוקא כשהן גדולים כ"כ שהדרך שילכו להרויח לפרנסתן בעצמן'. אומנם, אם הבנים אינם סמוכים על שולחנה לא יהא האב חיי בכך.

הרב אלימלך בר שאול בשנתון שנה בשנה היכל שלמה, תשכ"ה בעמ' 164 סבר שיש לכופו את האב לקיום חיובו ללמד בנו אומנות, אף בבן גדול: 'עתה יש לברר אם החיובים להשיא וללמד אומנות הם בגדר חיוב שיש לכופו על האב לקיימו או שהם בגדר מצוה בעלמא ואין לכפותו עליה. והנה מלשון הברייתא שמונה חיובים אלה עם החיובים של תלמוד תורה ומילה ופדיון לא היה עולה על הדעת לחלק ביניהם ושכופין



על אלה כמו על אלה', ובהמשך דבריו בעמ' 168 כתב: 'ונראה לומר שחייב לימוד הבן אומנות אינו מצומצם רק לגבי קטן אלא זהו חייב כללי המוטל על האב לגבי בנו ואפילו הגדיל הבן ועדיין אינו מפרנס את עצמו מאומנות או עסק עדיין לא נגמר החייב של האב ללמדו אומנות'.

## יא. תקנת הרבנות הראשית

הרבנות הראשית תיקנה בטבת בשנת תש"ד לחייב את האב במזונות בנו עד גיל חמש-עשרה, ולאחר מכן היתה ישיבה של מועצת הרבנות הראשית בשנת תשל"ו שהרחיבה את התקנה עד גיל שמונה-עשרה. וצריך לדקדק אם יסוד התקנה הינה מדיני צדקה עם כל ההשלכות של משמעות זו, או שהינה חובה אישית שהטילו על האב.

זו לשון התקנה של הרבנות הראשית כפי ששוכפלה בסטנסיל והופצה בקרב רבני ישראל:

הרבנות הראשית לארץ - ישראל

ת/8/8

ב"ה. פניה"ק ירושלים ת"ו

לכבוד הרבנים הגאונים די בכל אתר ואתר שליט"א בארצנו הק'.

שלומכון יסגא מאוד !

בהתאם לתפקיד הקדוש שהוטל עלינו מצאנו לנכון למען בנות ישראל וילדי ישראל, לאסוף את ברניו הרבנים הגאונים הגדולה, חברי מועצת הרבנות הראשית לאר"י וראשי הרבנים של תל אביב ויפה, חיפה ופתח תקוה שליט"א, לדון בצורך לתקן תקנות נחוצות, ואחרי עיון ומשא ומתן בהלכה, הוחלט פה אחד לקבוע שלש תקנות לכל ארץ ישראל:

(א) בשיעור הכתובה: ....

(ב) בדין מזונות היבמה: ...

(ג) בדין מזונות הבנים והבנות:

לפנים בישראל אעפ"י שמעצם הדין לא היו כופין את האב בממונו לזון את בניו ובנותיו הקטנים אלא עד הגיל של שש שנים, היו מכלימים אותו ומכריזים עליו כדי להכריחו לזונם עד שיגדלו. אך בזמננו לא איכשר דרא לצערנו וכפיה מוסרית אין כוחה יפה כלל וכלל. החוק הממשלתי אינו נותן סמכות לרבנות בעניין מזונות הילדים אפילו למטה משש, אלא שבתי המשפט הממשלתיים זקוקים בנידון לפסוק על פי דיני ישראל. ואירעו מקרים שהאב התאכזר מרוע לב בכדי להכריח את אשתו לקבל ממנו גט ובתי המשפט הממשלתיים פטרו אותו על היסוד שהילדים היו למעלה משש. כשטענו מצד הילדים שבדיני ישראל כופין את האב מתורת צדקה אם הוא אמיד, באה התשובה שהחוק הממשלתי אינו יכול להתחשב עם טענה זו. וכדי בזיון וקצף. כל המתבונן בצדק ישפוט שהמצב דורש תקון מתאים. בימינו אלה אפילו ילדים מבוגרים קודם שהגיעו לגיל של חמש-עשרה, סכנות מוסריות גדולות צפויות להם (לבנות וגם לבנים) אם פרנסתם לא תהיה מובטחת על יסוד משפטי. אין צריך להאריך בדבר המובן לכל מי שעניו פקוחות על מצב ההווי לכתוב בכתובה שהבעל מתייב לזון את בניו ואת בנותיו שיולדו לו עד שיגיעו לגיל חמש-עשרה שנה לא היה מספיק אעפ"י שאין כאן ריעותא של מתחייב בדבר שאינו קצוב, מפני שמורה הרמב"ם בפוסק בשעת הנשואין הרי זה מתחייב לנולדים, ונחלקו בזה הפוסקים. ובפרט שמרן הב"י הכריע בשלילה ולא שייך כאן כל לגבי בריה שיעבורה משעבד נפשיה. שעכ"פ זה לא נאמר אלא בעובר, אבל לא לגבי מי שאינו בעולם כלל, ולחדש, שמכ"מ כשמתחייב בשעת הנשואין הכל מודים, אין זה מפורש בפוסקים. ואפילו אם ננהיג לכתוב שהבעל מתחייב לנולדים, הנה גם בזה יהיה מי ישמא מקום לפקפק, ואין רצוננו להאריך. ועל כל פנים הרי זה לא יועיל אלא על העתיד כשיתחילו לכתוב כך, אבל לא כלפי אלה שהתחתנו מכבר. ואם כן לא תקנו אלא לעתיד. כדי לצאת מכל המבוכות והסבוכים, יש לנו רק דרך אחת והיא לתקן תקנה כוללת שתחול על הכל, ולאחר שנקבעה תקנה זו עפ"י הרבנות-הראשית לארץ-ישראל ומועצתה המורחבת ועפ"י בתי הדין והרבנים המשמשים בקדש בקהלות (באשור הרבנות הראשית) ובהסכמת הקהלות ע"י המועצות והועדים יהא לתקנה זו כל תוקף ועזו כתקנות שו"ם, טולטולא, ועד ד' ארצות וכו', ויהא זה דין ממש, ועל פיה יפסקו בתי הדין של ישראל בכל ארצנו הק', וממילא במקרה של סירוב יפסקו כך בתי המשפט של הממשלה, ותהא תקנה זו על העתיד ועל העבר עד שיקום ואשיבה שופתיך כבראשונה וגו' בב"א. ואל יעלה על הדעת להטיל פקפוק בכח תקנתנו זו בנוגע להעבר על יסוד דברים הנאמרים בספר, נחל יצחק" להגרי"א מקובנה ז"ל בקונטרס ספר תקנה ענף י"א, לפי שברור הוא שדברי הגאון ז"ל אינם שייכים אלא למקום שלא נתקנה שם התקנה אלא נשתרבה לשם ממקום אחר בתורת מנהג, אלא באותה המדינה ששם נקבעה התקנה עפ"י גדולי המדינה ובתי הדינים והקהלות ודאי שהיא זקוקת את הכל אפילו את אלה שהתברר לנו שלא ידעו מהתקנה כשהתחתנו לפני חלות התקנה.

ואמנם ח"ו שנדמה את עצמנו לרבנותינו הגאונים נוחי נפש מתקני התקנות הנ"ל, וזותם יגן עלינו ועל כל ישראל, אבל יפתח בדורו כשמואל בדורו, ובכל דור ודור היו מתקנים תקנות כנגד עושי-עולה ולתקון העולם ולהעמיד במשפט ארץ, ולמה נגרע אנחנו כשהשעה צריכה לכך, ובפרט כשהתקנה הזאת תהא גם תקנת הקהלות? ואמנם בענין כח התקנות בכלל הרבה יש להאריך והכל ידוע לרבנים היושבים על מדין, ואחד מיוחד מגדולה המורים בדור שלפנינו ר' שלום מרדכי הכהן זצ"ל מברעזאן (בפולין) בקונטרס תקון-עולם בסוף ספרו, "משפט שלום" על חשן משפט הרחיק הדבור בזה וכמעט שלא

הניח דבר שלא בארו על פי העולה ממסקנותיו יוצא ברור כשמש שבנידון זה שהוא לתקון העולם ולמיגדר מילתא יפה כח בית-דין בצירוף הקהלות, ואין לחוש כלל וכלל למיעוט המוחה.

אי לזאת קבענו את התקנה הכללית הזאת לכל ארץ-ישראל, כשם שמאז ומעולם עד היום הזה היה כח בית-דין של ישראל יפה לחייב את האב בחיוב משפטי גמור ולכופו בממונו ובכל הכפיות האפשריות החוקיות לפרנס את בניו ואת בנותיו עד הגיל של חמש-עשרה שנה. בענין החיוב שביד בית-דין להטיל מתורת צדקה כשהאב אמיד, אין אנו נוגעים כלל וכלל, בזה אין שום שינוי חל. ועתה הננו מסכמים את שלוש התקנות שנקבעו כנ"ל באסיפה הנ"ל עפ"י הרבנים הגאונים ועל פינו הח"מ:

א ...

ב ...

ג. כשם שמאז ומעולם עד היום הזה היה כח בית-דין של ישראל יפה לחייב את האב בחיוב משפטי גמור, ולכופו בממונו ובכל הכפיות האפשריות החוקיות לפרנס את בניו ואת בנותיו עד גיל של שש שנים, כך יהא מעתה ואילך כחם יפה לחייבו בחיוב משפטי גמור, ולכופו בממונו ובכל הכפיות האפשריות החוקיות לפרנס את בניו ואת בנותיו עד הגיל של חמש-עשרה שנה.

.....

#### נשיאי הרבנות הראשית לארץ-ישראל

נאם: יצחק אייזיק הלוי הרצוג      נאם: בן ציון מאיר חי עוזיאל

כ"א טבת תש"ד

התקנות שנתקבלו במועצה המורחבת של הרבנות הראשית לארץ-ישראל והוסכמו מהרבנים והקהלות בארץ מקבלות תוקף משפטי בכח תורה"ק ככל תקנות שנעשות בישראל, והן חובה להתנהג ולדון על פיהם החל מר"ח אדר תש"ד.

נאם: יצחק אייזיק הלוי הרצוג      נאם: בן ציון מאיר חי עוזיאל

בפד"ר חלק יא עמ' 209 הובא, שבהרכב בי"ד בו ישבו מו"ר הרב יעקב נ. רוזנטל, הרב ע. הדאיה, הרב ב. רקובר, סבר הגרי"נ רוזנטל שיש להגדיל ולהרחיב את התקופה שהאב זן את ילדיו מעבר לגיל חמש-עשרה שנקבע עד כה: 'זאת ועוד, האם לאור המצב המוסרי והכלכלי השורר בארץ, כעת בשנת תשל"ט, לא היה מקום לחשוב על שינוי התקנה משנת תש"ד, ולהגדיל גיל החיוב מ - ט"ו שנה ל - י"ח שנה, במיוחד לאור זה שבני נוער רבים מוזנחים מחוסר טיפול ומחוסר אדם אחראי על חיוב מזונותיהם, ומאריך אם הבנים ממשיכים בלימודים, האם אין מן הראוי שהאב יחוייב בהוצאות החינוך והמזונות והטיפול בהם? ומה דינו של ילד נכה או חולה, האם יהיה זרוק לעזרת הציבור ואילו האב ינער חובתו ממנו. [ושמועות הגיעו לאזנינו כי בבי"ד הגדול לערעורים כבר מחייבים כעת עד גיל י"ח].'

מועצת הרבנות הראשית בישיבתה ביום ט' תמוז תשלו דנו בהצעה זו, וכך נכתב בהחלטה: 'החלט פה אחד כדלהלן: בעקבות תקנת הרבנות הראשית לארץ ישראל משנת תש"ד בנשיאותם של הגאונים מרן ורבנן מרי ארעא דישראל נוחי נפש הגרי"א הרצוג זצ"ל והגר"ץ מאיר חי עוזיאל זצ"ל שקבעו לחייב את האב במזונות ילדיו עד גיל 15 שנה, מאותם הנימוקים והטעמים שפורטו בתקנה הנ"ל כפי שהתפרסם בחוזר נשיאי הרה"ר מתאריך כ"ט טבת תש"ד. לאור הנסיבות המוסריות, החינוכיות והכלכליות בזמננו מחליטים להעלות את גיל חיוב האב למזונות ילדיו עד גיל 18 שנה.'

החלטה זו הועברה לרב עובדיה יוסף, שהיה הרב הראשי בזמנו ונעדר מישיבה זו, ולא חתם עליה, וכך כתב בגילוי דעת בט"ו בתמוז תשל"ו: 'לדעתי תקנה כזאת צריכה להיות ע"י כל דיני רבני ישראל וגדולי התורה, וכך נהגו רבותינו הגאונים נשיאי הרה"ר לישראל ונשיאי ביה"ד הגדול הרב"ץ עוזיאל זצ"ל והגאון הרי"א הרצוג זצ"ל בזמן שתיקנו התקנה לחייב במזונות הילדים עד גיל חמש עשרה. אחרת אין לתקנה כזאת שום תוקף לפי ההלכה.'

מו"ר הגר"א שפירא זצ"ל בכהונתו כרב הראשי ונשיא בית הדין הגדול כתב בתקנות הדין: 'ואח"כ תיקנו ברבנות הראשית.... להעלות הגיל עד שמונה עשרה.'

מעבר לתקנה זו, מצאנו שני מקורות לחייב את האב במזונות בנו עד גיל שמונה-עשרה, ואולי אף אחרי כן, כך שאיננו נדרשים לגדרה.

האגרות משה יו"ד ח"א סי' קמג סבר שמדינא חייב האב לזון את בניו הגדולים עד שיוצאים להתפרנס בכח עצמם, ולא נזקק לתקנות נוספות בכדי לחייב את האב: 'ולכן נראה לע"ד ברור שהיכא שהאב דרה יחד עם בניה אף שהם יותר משש ברצון האב ואף שהם גדולים כל זמן שאין הדרך שבנים כאלו ילכו להרויח לפרנס עצמן שיתחייב האב לזון גם אותם מדין מזונות אשתו, דלא גרעי מארחי ופרחי והם ארחי ופרחי קבועים שהאב קבעם אצלה ואינו יכול לומר שתהיה אכזרית ולא תתן להם מזונות. ולכן ברוב בנ"א בזה"ז ובפרט במדינתנו שדרים כולם יחד חייב האב במזונות בניו ובנותיו אף הגדולים מצד חיוב מזונות שלה עד שיהיו כפי הדרך שהולכים להרויח. ואם בני משפחתו או בני משפחתה אין הולכין להרויח עד נישואיהן אז מדין עולה עמו ואינה יורדת עמו חייב במזונותיהן כל הזמן שדרים עמהם יחד. וממילא אין יכול לזנום מכסף המעשר שהוא כחוב שאינו יכול לפרוע מהמעשר ודינא דהש"ך בזה"ז ובפרט במדינתנו הוא דוקא כשהן גדולים כ"כ שהדרך שילכו להרויח לפרנסתן בעצמן'.

העיר לי הרב יחיאל חיים פריימן שיש לחייב את האב עד גיל שמונה-עשרה מכח תקנת החוק: 'חוק המזונות שנוהג במדינת ישראל מחייב אב ואם בשווה במזונות ילדיהם ועד גיל שמונה-עשרה, אלא שהחוק מסייג וקובע (ביחס לכל פרטיו) שהוא חל רק על מי שאין לו חייבים מדיני מזונות על פי הדין האישי (היינו ביהודים – דין תורה).... אינו בא לחייב כל אדם במזונות קרוביו בכל מקרה שאין הוא מחויב בהם מכוח הדין האישי' (היינו לענייננו – לחייב אם, כל אם, במזונות ילדיה).... מכאן שהפרשנות הסבירה היא שאם הנזקק למזונות זכאי מכוח הדין האישי הרלוונטי למזונות מקרוב מסוים (לענייננו – בן, עד גיל 6 ע"פ, מן האב) אין החוק מחייב את קרוביו האחרים (האם) לזונו – לא יחד עם אותו קרוב ואף לא כשאותו קרוב אינו יכול לזנו. אך אם אדם אינו זכאי למזונות מכוח הדין האישי החל עליו (אף שאינו חסר דת ויש דין אישי כזה), יכול שקרוביו החייבים מכוח החוק יתחייבו במזונותיו.

כיוון שהרה"ר תיקנה... וכן לעניין השאלה של חיוב מדין צדקה או חיוב ממוני גמור (עד גיל 15), לכאורה דעת הסוברים שהוא רק מדין צדקה אינה שלא ראוי לחייב אלא שאין לנו כוח לתקן חיוב ממוני גמור (לדעתם) – הרי זה בגדר "גם אנו היינו מתקנים כן", וכה"ג חיילא תקנת המלכות אף אי בלא"ה לא היינו אומרים דינא דמלכותא דינא, וממילא יש לדון שהחוק מחייב אף ע"פ ד"ת (ביחס לאב לפחות).

## **יב. האם תקנת הרבנות הראשית הינה מדין צדקה או כחיוב**

נפלה מחלוקת עוד בדור מתקני התקנה של הרבנות, בתוקף התקנה, אם היא כפופה לדיני צדקה ולפי הצורך לגבות מהאב, או שהינה חובה אישית שהטילו על האב, ככל חוב;

בפד"ר ח"ב בעמ' 92 כתבו הדיינים הרב א. גולדשמיט, הרב י. קולייץ, והרב ש. מזרחי: 'אשר לתקנת הרבנות הראשית לארץ - ישראל משנת תש"ד במזונות ילדים מאחרי שש עד חמש עשרה, לא מוזכר בה חיוב במקרה שיש לילד להתפרנס משלו, ואין לדון על פי תקנה יותר מהמפורש בה. בהקדמתם מסבירים כבוד הרבנים הראשיים לארץ - ישראל את הצורך בתקנה, נוסף לדין צדקה, כי סכנות גדולות צפויות להם אם פרנסתם לא תהיה מובטחת - וזה שייך רק באין לילד משלו, ולפי זה משמעותה של תקנה זו אינה מעין חיוב שלפני שש, אלא כפיה על החיוב הקיים מתקנת חכמים אחרי שש'. וכן כתבו חברי ביה"ד הגדול בפד"ר ח"ד עמ' 7 הרב ע. הדאיה, הרב י. הדס והרב אלישיב: 'גם לפי תקנת הרבנות הראשית, לחייב את האב לפרנס את ילדיו עד גיל חמש עשרה נראה שבמקרה ויש רכוש לילדים, אין חיוב על האב לפרנס אותם'. כלומר, הבינו שיסוד התקנה הינה מדיני הצדקה.

וטענתם צ"ב, שכן חיוב צדקה קאי ועומד גם בלא שהתכנסו ותיקנו תקנה זו, ומה הועילו חכמים בתקנתם, לשיטתם.

ברם מאידך גיסא, באוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לארץ ישראל עמ' קנ הובא פסק דין מאת הרבנים הראשיים הגרי"א הרצוג והגר"צמ"ח עוזיאל מייסדי התקנה והגרא"מ וליקובסקי: 'אשר לגוף הענין טען בא - כח המערער, שעפ"י הדין מגיעות מזונות לבנות רק עד הגיל של שש שנים, וכל מה שפוסקים לטובתן של הבנות מגיל העולה על שש עד לגיל של חמש עשרה שנה, בהתאם לתקנת הרבנות הראשית לארץ - ישראל, הרי זה מטעם צדקה בלבד... אך לפי דעת ביה"ד הגדול טענה זו

איננה מוצדקת בהחלט. כי מוטעת היא ההנחה כאילו תקנת הרבנות הנ"ל מבוססת על החיוב המוסרי של צדקה גרידא. לפי האמת אין הדבר כן, אלא התקנה בעצמה יוצרת חובה משפטית עצמאית גמורה, שהיא איננה נובעת מדיני צדקה כלל ואיננה מוגבלת, איפוא, ע"י ההקף המצומצם של דיני צדקה. תקנת הרבנות הראשית באה להעלות את גיל הילדים, שהאב חייב במזונותיהם, ולא מדין צדקה לעניים, אלא מדין חובת האב למזונות בניו ובנותיו, שכל המונע עצמו או משתמט מזה, הרי הוא חוטא לגבי ילדיו והורס חיי המשפחה בישראל, ואסור לו לאב לנער את חצנו מחובה אבהית זאת ולהטילה על הצבור או על האם. נראה שהגדירו תקנתם כחיוב אישי, ולא מדיני הצדקה, ואזי יש לחייבו אף כשיש לבן מכבר. כן כתבו בפד"ר בתיק 618904/18 שלגדר תקנתם יש מעמד משפטי ולא כצדקה גרידא.

אומנם גם להבנה השניה שמובאת כאן, אפשר שלא חייבו את האב כשיש לבן אפשרות מזונות, שכן מטרת התקנה היתה דאגה לבן, ולא היטל ממוני על האב בכל מצב. שכן שהמניע לתקנה הינה מצוות צדקה, לא תיקונה במקום שאין צורך בו. ואף שמרן השו"ע באהע"ז בריש סי' ע"א פסק כמהר"ם מרוטנבורג שחייב האב גם אם יש לבן, אפשר שלא רצו מתקני התקנה לתקן דבר השנוי במחלוקת ראשונים. ותיקנו רק במקום הצורך, כחיוב הפחות.

כן עולה מהפד"ר חלק יג עמוד 8: 'כן יש לעיין, בזמננו, כאשר בתי הדין הרבניים בישראל מחייבים מזונות... עד גיל חמש עשרה שנה מכח תקנות הרבנות הראשית... האם התקנה היא מגדרי צדקה או לא. בפסקי דין שפורסמו בקובצי הפד"ר, יש דיעות שונות בזה. לא נכריע כעת בבירור שהתקנה היא בגדר צדקה, אבל עכ"פ יש ספק בזה, וכאשר יש ספק בתקנה, הדין הוא שמעמידים על דין תורה. וכן מבואר גם בשו"ת ציץ אליעזר חלק טז סי' מד סק"ה: 'וכשם שמעיקרא דדינא בחיוב האב לזון את בנו או את בתו... לא חייבו ולא תיקנו יותר ממה שהיה מחויב לפני כן מעיקרא דדינא בגיל קטנותם'.

וראה בשו"ת יביע אומר ח"ח אבהע"ז סי' כב שלאחר שהביא את החלוקה מחוקק שחיוב לזון גדול מגיל שש הינו מדיני צדקה, כתב שהוא חיוב מדינא עפ"י דיני צדקה: 'ולפ"ז בזמנינו שיש תקנה מהרבנות הראשית משנת התש"ד, שחייב האב לפרנס את ילדיו עד הגיל של חמש עשרה שנה', לא יוכל האב לפטור את עצמו בטענה זו. וע' להרה"ג ר' עובדיה הדאיה בשו"ת ישכיל עבדי ח"ד (אה"ע סי' טו) שהאריך לבסס תוקף תקנה זו להלכה ולמעשה. וראה עוד בתשובת הגרי"א הרצוג שם. וע"פ תקנה זו דנים ופוסקים מזונות כל בתי הדין בישראל... נמצא שהתקנה הנ"ל לא באה להפקיע תורת צדקה מהמשלמים מזונות לבניהם ובנותיהם כהלכת גוברין יהודאין, שעושים זאת ברצון טוב, וכרחם אב על בנים, אלא כוונת התקנה לכוף על אלה המתאכזרים על בניהם, ומשאירים אותם בעירום ובחוסר כל, ולחייבם לזון ולפרנס אותם כהלכה. ולכן אף בזמנינו אם יש לבן נכסים שאפשר לו להתפרנס מהם, אין מחייבים את האב לפרנסם... והגם שראיתי להגר"צ עוזיאל בשו"ת משפטי עוזיאל (ח"ב אה"ע סי' צב), שכתב, ולענין מזונות... יפה ונכון מאד כתב חברי הגאון מהרי"א הרצוג הרב הראשי לא", שלפי תקנת הרבנות הראשית, חייב האב במזונותיה, ככל מה שהוא חייב במזונות בניו ובנותיו עד גיל שש, ואין זה מדין צדקה בלבד, אלא מדין חובת האב במזונות בניו ובנותיו, שאסור לו לאב לנער את חצניו מחובה אבהית זו ולהטילה על האם וכו'. ע"ש. ומשמע שהחיוב במזונות עד גיל ט"ו, היא כחיוב האב ממש במזונות בניו עד גיל שש. ולפ"ז אפי' יש לבנים נכסים חייב לזונם ולפרנסם. מ"מ נ"ל העיקר כהוראת בית הדין הגדול הנ"ל. הרי הבין שיש כאן תקנה מחייבת שבבסיסה עמדו הלכות צדקה, בניגוד לזכר בדיון במועצת הרה"ר שהבאתי בסמוך.

לא התבאר באופן נחרץ בין הדיינים היושבים על מדין הגדרת התקנה, כפי שבא לידי ביטוי בשורת הדין חלק יד עמ' רז ובהערה. וכפי שהובא בהחלטת מועצת הרבנות הראשית לישראל מי"ח בכסלו תשע"ו, שמשקפת את הספק שנותר בהבנת מהות התקנה:

מועצת הרבנות הראשית דנה בנושא חיוב האב במזונות ילדיו. הוזכר במועצה כי ההחלטה להגדיל את גיל חיוב האב במזונות ילדיו עד גיל שמונה-עשרה שנה, נתקבלה כבר בישיבת מועצת הרבנות הראשית מיום כ"א בסיון תש"מ, והמועצה אף החליטה בישיבתה מיום כ' במרחשוון תשמ"ו, כי חיוב המזונות על ההורים הוא עד גיל שמונה-עשרה שנה. אנו שבים ומדגישים שהחיוב על ההורים הוא עד גיל שמונה-עשרה שנה.

בנושא חיוב האב במזונות ילדיו לאחר גיל שש, ישנה מחלוקת גדולה בין דייני ישראל בעבר וכיום, האם החיוב הוא מצד התקנה או מדין צדקה. רוב הפוסקים וביניהם הגר"ש אלישיב, הגר"ע יוסף והגר"מ אליהו, קבעו שהחיוב הוא מדין צדקה. אולם היה כאלה ובהם הגר"א הרצוג והגר"צ עוזיאל, שקבעו שזו המשך התקנה.

היטיב לבטא דיון זה הרה"ג יעקב רוזנטל זצ"ל. הוא כתב שבסוגיא זו רבתא המבוכה בפסקי הדין, יש המחייבים את יישום התקנה מכוח הדין, ויש המחייבים את יישומה מדין צדקה.

עמדת מועצת הרבנות הראשית היא, שאין ראוי להכניס ראשנו בין ההרים הגבוהים שדנו בסוגיא העקרונית, האם התקנה מצד הדין או מדין צדקה, ועל כן שאלה זו נותרה בעינה, וכל דין יכריע בעניין על פי שיקול דעתו.

לאחר דיון החליטה המועצה שהן אם החיוב מצד התקנה והן אם החיוב מצד צדקה, היות שתנאי החיים השתנו והמציאות כיום היא שגם האם נושאת בעול פרנסת הבית, על היושבים על מדין להוסיף לשיקול הדעת בפסיקת מזונות הילדים את היכולת הכלכלית של האם.

בנוסף, גם אם חיוב האב לזון את הילדים הוא מצד התקנה, חיוב זה הוא רק על הצרכים הקיומיים הבסיסיים, אבל חיובים נוספים שאינם בהגדרה זו, חלים מדין צדקה בלבד.

## יג. אומדן החיוב של גודל המזונות

חיובו של האב לזון ילדיו בא לידי ביטוי בשני מצבים. בחיובו כלפי ילדיו שמעל גיל תקנת המזונות, ובחיובו כלפי ילדיו קטנים, ויש לברר מה כלול בחיובו של האב.

השו"ע באה"ע בס' ימין עג סעי' ו פסק עפ"י הרמב"ם מהל' אישות פ"ג ה"י: 'בניו ובנותיו עד בני שש חייב ליתן להם כסות וכלי תשמיש ומדור, ואינו נותן להם כפי עשרו אלא כפי צרכן בלבד'. אם כן השיעור של 'כפי צרכם' הוא השיעור המינימאלי, שיש להטיל על האב לזון ולביגוד. שיעור זה של אדם בינוני משתנה לפי התקופות והמקומות ויש לשומו לפי המקובל באותה העיר, כמו שכתב הרמב"ם שם והסמ"ג ל"ת פא, השולחן ערוך שם סעי' א. דין חובת המדור והכסות זהה ותואם לדין המזונות, כמבואר בח"מ סק"ה: 'נראה דהוא הדין ביותר משש אם לא רצה לכסות גוערין בו ומכריזין עליו, דכסות ומזונות דין אחד להם, דשניהם צרכי הגוף הם, וכן אם הוא אמוד כופין אותו על הכסות כמו שכופין על המזון'. וכ"כ הב"ש שם סק"ד. וראה ע"כ במנחת אברהם ח"ג בס' ה.

בביאור פסק הרמב"ם והשו"ע שאינו נותן להם כפי עשרו אלא כפי צרכן בלבד, ביארו הח"מ והב"ש שם, וז"ל הב"ש סק"ה: 'כפי צרכן ולא לפי כבודו, כי דוקא לאשתו נותנים משום דדרשינן מקרא דעולה עמו וחייב לכבדה אבל לבניו אינו צריך ליתן אלא כדי צרכן'. משמעות הדברים שחיוב הבעל לאשתו הוא כפי מעמדו וכפי יכולתו, משא"כ לילדים אין הוא חייב לשלם רק צרכיהם ההכרחיים. אולם ניתן ללמוד מהפסיקה שנאמרה לגבי אישתו על גדר המזונות המנימאליים. שכן רמב"ם בהלכות אישות פ"ב ה"י באר מהו שיעור מזונות אדם בינוני: 'כמה מזונות פוסקין לאשה, פוסקין לה לחם שתי סעודות בכל יום סעודה בינונית של כל אדם', אא"כ בעלה עשיר, כמבואר בכתובות בדף סד: , וכן כתבו תלמידי ר' יונה הובאו בשטמ"ק כתובות בדף סד: , וכן פסק הטור בס"ע, השולחן ערוך שם סעי' ג והגר"א חו"מ ס"ו צ"ס סק"עא.

הרמב"ם והשו"ע הזכירו אומנם את ההבדל בין אשתו לילדיו בדין כסות ומדור, אך לגבי מזונות, לא כתבו במפורש שיעור חיובו. ובח"מ ס"ו ע"א סק"א העיר על כך: 'ולא נתבאר אם די שנותן להם מזונות כל דהו או שצריך לזון אותם כשם שהוא זן את אשתו והם עולים עמה'. כן היה פשוט לב"ש שם סק"ה: 'ואין זנין אותם לפי עשרו כמו שכתוב בס' ימין ע"ג ס"ו לענין כסות'. והדברים מפורשים בשו"ת הרשב"ש ס"י תקב: 'ולענין פסיקת מזונות הבת כפי מה שצריכה ולא כפי עושרו, יפה דנת, וכן כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ג מהלכות אישות וכן היא בספר אבן העזר וכן הסכים הרב בעל מגיד משנה ז"ל, דדוקא באשתו הוא דאמרינן עולה עמו ואינה יורדת'.

[להבדיל מדין השו"ע בס' קיב ע"פ הירושלמי שמזון הבנות לאחר מיתת אביהן הוא לפי עשרו וכבודו של האב. שכן כל תקנה עפ"י גדריה]

יש לציין שאף למ"ד שחובת המזונות של הילדים הינה מכח חיובו לאימם, יהא חייב להם כפי שהתחייב לה. אך במציאות שאינו חייב במזונות אשתו, לא יתחייב יותר מכדי שיעור אדם בינוני אף שהוא אמיד.

הדברים אמורים הן לגבי מזונות והן לגבי כסות ומדור, אלא ששיעור המזונות אחד הוא בכל האנשים הבינוניים, ואילו שיעור הכסות משתנה מחויב בו האב לפי הפחות שבבינוניים וכן נראה ביחס למדור. משמעות הדבר היא שגם עני שבישראל, מחויב לזון את בניו כפי השיעור שמחויב בו אדם בינוני, כי בפחות מזה הרי הוא מרעוב, כפי שבארה הגמ' בעירובין בדף פג: 'פחות מכאן, מקולקל במעיו'.

## **יד. האב אינו מחויב בהוצאות פעילויות עודפות**

ישנם הרבה מנהגי מותרות כחוגים ובילויים שנהוגים בבתי ישראל רבים, וצ"ע אילו מהם בכלל מנהגי אדם בינוני, ואילו מותרות, שאין לחייב את האב בהם, אף לא מדין צדקה, אא"כ בהסכמתו המליאה.

האב אומנם חייב בחינוך בנו וללמדו אומנות. וראה בפד"ר כרך יג, עמ' 3; כרך ב, עמ' 298 שבכלל חיוב זה יש לאב לחנך 'למידות טובות שבין אדם לחברו ולישובו של עולם'. ועל כן יש לחייבו במלוא הסכום של חינוך הנהוג בקרב קהילתו. אך אינו חייב בהוצאות של חינוך מועשר, הגם שוודאי יהיה לתועלת הקטין, כיון שגדר חיובו הוא לספק צרכים של 'אדם בינוני'.

חוג נגינה או יצירה ומחול יכול להוות אומנם מקור פרנסה בעתיד, אך ביסודו הינו חוג שנועד להעשרת נפשו/ה של הילד/ה, ולפתח את מכלול כישוריו/ה ולתת מענה לרחשי נפשו/ה. ברם, שיעורי עזר והעשרה בשפה נוספת או במדעים, יכולים להחשב כחלק מחינוכו/ה ולימוד אומנות, ואפשר שנעשה מהלך זה בכדי להגיע לייעדים החורגים מהתנהלות אדם בינוני. הנושא לא נדון כ"כ בפד"ר עקב חוסר הסמכות החוקית שלהם להכריע בדבר, כפי שאמר לי הגר"ש שטסמן, ויש א"כ לדון בדבר.

בכדי להשיב לשאלה זו, נראה לי, שיש לבחון אם מטרת ההוצאה הממונית היתה לאזן את הילד/ה או לקדם אותו. כלומר, אם המניע לחוג ולשיעור העזר היה בכדי לעמוד במשימות הכיתיות, או שמבקש ההורה לתת לו/ה כלים מעבר לכך. האם הילד/ה מתקשה בפעילות ובמעורבות החברתית ולשם כך נשלח/ה לטיפול, או שמבקשים לתת לו/ה חוויות נוספות. האב חייב לתת מענה למצוקה של ילדיו, ולדאוג שיוכלו להתחנך כממוצע של ילדי האיזור בו מצויים, ויתר מכן, אין לחייב את האב, אא"כ בהסכמה. ואכתי יש לעיין אם יחוייב בתשלום עבור שיעור תורה נוסף מהמקובל, הגם שחורג ממנהגי אדם בינוני, כיון שהוא בכלל חיוב האב בת"ת בנו. או נימא שגם לכך יש גבול וקיצבה.

## **טו. לשלם למוסדות הלימוד מכספי מעשר**

לאור כל הנ"ל יש לדון האם האב רשאי לזון ילדיו מכספי צדקה. שכן הט"ז ביו"ד בס"י רמט סק"א פסק: 'וכ"ש לפרוע בהם מסים דאסור', ואם חיובו של האב הוא מדינאי, אינו יכול לשלם את חובתו מכספי מעשרות.

בשו"ת באר שבע ס' מא דן בכך, וכתב: 'הא דאמרינן עושה צדקה בכל עת זה הזן בניו ובנותיו כשהם קטנים דמיירי דוקא שאינו חייב במזונותיהם משום דלא מיקרי צדקה, אלא דוקא כשאדם עושה דבר שאינו חייב חוב גמור, בלא הכי. ולפיכך הזן בניו ובנותיו כשהם פחותים משש שנים לא מיקרי צדקה כיון שהוא חייב לזונם וכיפיין ליה לזונם, מה שאין הדין כן אם הם יתרים על שש שנים דלא כפיין ליה... והשתא זכינן לדין שאינו רשאי להוציא מעות המעשר בלימוד בניו, כיון שהוא חייב חוב גמור שילמד לבנו תורה או לשכור מלמד לבנו ללמדו תורה שנאמר ולמדתם אותם בניכם'. הביאו הציץ אליעזר ח"ט ס' א פ"ה.

## **לסיכום:**

**א.** האם פטורה מהיטל חובת המזונות, פרט למצב שישנה נבצרות של האב, ונחלקו מהו יסוד

חיובה (או שתשליך הבן לקהל שיפרנסוהו). אישה המתפרנסת בעצמה, מחוייבת מדין צדקה בנטל הכלכלה של הילדים, באם האב אינו יכול לזון, ולדעת הבית מאיר ודעימיה כשגם לקרובי האב אין יכולת השתכרות המאפשרת לזון. הגר"ש ישראלי והגר"א שפירא סברו שיש לחייב את האב בשותפות עם האב, כשהם אמידים, בחיובים שמיסודם הינם מדיני צדקה (מעל גיל שש, ועד אז בהעדר אב (וקרוביו)).

אפשר, שאם הילדים מצויים אצל האב, היא מצווה לא להתאכזר עליהם ולתת להם את המחוייב מדין צדקה כשהיא אמידה, ונחשב שיש לילדים מכבר, ואין האב מצווה אלא להשתתף

עימה בכך. ברם אם מצווים בפנמיה או משפחה אומנת וכדו', אזי נטל הצדקה מוטל על האב בלבד.

**ב.** האב חייב במזונות ילדיו הקטנים מגיל שש, מדינא, בלא הבחנה במעמדו הכלכלית וביכולותיו. יש שהבינו שחובה זו מדאורייתא ויש שסברו שחובה זו מדרבנן היא. כיון שזו חובה אישית של האב, הינו מחוייב בה אף שיש לילדים נכסים משלהם, או מימון מגורם אחר, ואינו יכול לשלם חובתו זו מכספי מעשר. יש שהבינו כי יש לאב חובה ישירה לבנו, ויש שהבינו כי חובת האב נובעת מכח חיובו לאשתו.

**ג.** האב חייב במזונות ילדיו הקטנים מגיל שש עד גיל המצוות, מדין הצדקה. ואם הוא אמיד, אף כופין אותו ומוציאין ממנו את מזונותיהם. במקרה שיש לילדים אלו נכסים משלהם או סידור ביחס למזונותם או מדור לגור, אין להטיל על האב חיוב על כך. וכן אם ברור שגבייה של מלוא המזונות תגרום לקריסה של האב, יש לקבוע לו מזונות בהתאם ליכולת שלו לקיים מצוותו.

**ד.** האב חייב במזונות ילדיו מגיל מצוות על גיל שמונה עשרה, אם אין לילדים אפשרות מחיה משלהם, מכח תקנת הרבנות הראשית, המבוססת על דין צדקה. ויש שהבינו שחייב מדינא.

**ה.** ילדים גדולים מכך שלא יכולים להתפרנס מכח עצמם, יש לאב להקדים וליתן להם צדקה ולהעדיפם על פני שאר צדקות.

**ו.** דינים אלו עומדים בעינם ללא קשר למצבה הפיננסי של האם/ גרושתו.

**ז.** במציאות שהמשמורת משותפת בשווה, יש להפחית מחיובי האב בהתאם לנטל שהוא נושא בעצמו באחזקת הילדים.

**ח.** חיובו של האב במזונות הינו כשער המצוי שצורך ועולה לאדם בינוני בקהילתו מאכל, לבוש, בריאות (שאינו בסל הבריאות), חינוך (כולל שיעור פרטי לילד המתקשה, שאינו רק העשרה) ומדור. על יתר צרכי הילדים כקייטנות, חוגים, בילויים, טיפולים רפואיים שאינם הכרחיים (שלא כולם מבצעים אותם) – אינם כלולים בכלל ה'מזונות', ואין האב חייב לממן זאת, אלא בהסכמה. אומנם, יש שסברו לחייב את שני ההורים כאחת לפי יכולת ההשתכרות שלהם.

# מאורות תורת המשפט

## תשובות אקטואליות בדיני ממונות

אבישי נתן מייטליס

יב בכסלו תשע"ח נשלח ח' ינו' מדי שבועיים, להצטרפות: [meorothamishpat@gmail.com](mailto:meorothamishpat@gmail.com) גליון מספר 62

## 'האותיות הקטנות' – האם מחייבות

### המקרה:

משפחה ביקשה למכור דירה, פנו למתווך מפורסם וחתמו איתו על בלעדיות במכירת הדירה. לאחר שבוע, שכנים ששמעו על רצונם למכור, הפנו אליהם קונה, שלשביעות רצון הצדדים נגמרה העסקה והרכישה כדין.

המתווך ניגש למוכרים, וביקש מהם דמי עמלה 2.5%, כפי שצוין בחוזה שהחתים אותם. המוכרים תמחו על בקשתו, ואז גילו כי בחוזה שחתמו עם המתווך, נכתב ב'אותיות הקטנות', כי בחתימתם על בלעדיות הם מתחייבים להפנות למתווך כל לקוח שמבקש לקנות את הדירה, ובהפרת הסכם זה, הם מתחייבים בתשלום עמלה בשיעור 2.5% מכלל העסקה.

**המתווך טוען:** לא היתה כל הטעיה מצדי, בחתימת לקוח על התקשרות עימו הוא מסכים על כל שנזכר שם, ומחוייב בו.

**הלקוח טוען:** אומנם לא ישבתי לקרוא את כל מסמך ההתקשרות מול המתווך, ואת כל ה'אותיות הקטנות', אך לא העלתי על דעתי שאתחייב לשלם למתווך גם באם הקונה לא הגיע דרכו. וכן הלין על העמלה הגבוהה מהמקובל. הוא הוסיף, שכיון שהוא לא מבין את משמעותה של השפה המשפטית בה נכתב המסמך, לא טרח לקרוא אותו, מה גם שחלק ממנו אף נכתב בשפה זרה שכלל אינו שולט בה, וברור שאין לראות בחתימתו כהסכמה על כל הנזכר שם. וביקש לדחות את התביעה.

### תשובה

המוכרים מחוייבים לשלם למתווך את שחתמו עליו בחוזה, שכן חתימת אדם בכתב ידו, מחייבת אותו על שחתם, ולא מניחים שאדם חתם ללא שהיה מודע למשמעות חתימתו. אומנם מצוי שאנשים חותמים בלא שקוראים את כל החוזה, אך ברור כי החותם קיבל על עצמו את החיובים שנזכרים במסמך וסמך על הסובבים אותו, שהוא נוהג באחריות לטובתו וכמקובל, אף שלא ידע מתנאי החיוב והיקפם.

ברם אם הוטעה ע"י גורם שסמך עליו, אין לראות בחתימתו כהתחייבות. שכן בידוע שלא רצה בחיובים אלו שלא הוצגו בפניו במרמה. ובכלל זאת אם מוצג כחוזה סטנדרטי, ושינוי בו פרטים בלא לציין זאת ללקוח המתחייב.

אומנם כל עוד ה'אותיות הקטנות' – אינן כתובות ב'גופן' קטן שאינו קריא, לא נכון לראות בכך כהטעיה, ובעלי הדירה מחוייבים בו כפי שצוין בחוזה.

למרות כל הנ"ל, מצופה מכל מי שמחתים על חוזה שידגיש ללקוח את הסעיפים החשובים לתנאי העסקה או ביטולה, בוודאי אם אינם תואמים את הרווח באיזור, ולא להפגיע את הלקוח עם חשבונית שלא היה מודע לתנאיה. וכבר אמרה התורה: 'לא תונו איש את עמיתו ויראת מאלוקיך'. והדברים מסורים ללב, אם הליך העסקה וההתנהלות היתה ישרה וגלויה, או שנעשה נסיון להעלים פרטים מהלקוח, ולמשוך אותו לחתום על התחייבויות שאינו מודע אליהם.



## נמוקי הדין

### חתימת אדם מחייבת אותו

הגמ' בב"ב בדף קעב. כתבה שכל הכותב בשטר שמחוייב לחבירו - מחוייב בכך. והוסיפה המשנה שם דף קעה: 'הוציא עליו כתב ידו שהוא חייב לו - גובה מנכסים בני חורין'. כלומר שדי בחתימתו בכדי לגבות מנכסיו.

השול"ע בס' סט סעי' א' הרחיב בכך, וכתב שאף אם לא כתב את ההתחייבות אלא חתם עליה - מחוייב בו: 'הוציא עליו כתב ידו שהוא חייב לו, גובה מנכסי בני חורין. בין שכתב אני פלוני הבא על החתום מודה שאני חייב לפלוני מנה, וחתם למטה. בין שכתוב בכתב יד אחר, והוא חתם למטה... אפילו לא כתב שמו, אלא שכתב אני חייב לפלוני כך וכך, כיון שהוא כתב ידו, חייב'.

הש"ך שם סק"ד כתב הגבלה לדין זה, וכי אם טוען החותם, שלא חתם לשם התחייבות, יש מחלוקת אם הוא נאמן והאם מחוייב בגין חתימתו: 'ומיהו כשטוען שלא כתבו אלא לטופס בעלמא, כתב הריטב"א בשם רבו בשם רבותיו ובשם בעל העיטור דנאמן. אך בשותפים שאני כיון שנהגו בכך, ע"ש ומביאו ב"י [סעיף א'], ודלא כהרמב"ן'. אומנם הב"ח שם כתב שאף לרמב"ן נאמן במיגו דפרעתו. וכתב הש"ך שברור שאם לא נהוג להתחייב רק בחתימה ללא שמו, אינו מחוייב בכך: 'כמו האידנא שמעולם אין אדם מוציא על חבירו כתב יד בלא הזכרת שמו... פשיטא דיכול לטעון לטופס כתבתי לך, אפילו יש בו נאמנות'. נראה א"כ שצריך בסיס מציאותי מוצק להתבסס עליו בכדי לקבל טענה מעין זו.

### טענת לא דקדקתי בדקויות של החוזה

טענת המוכרים שלא דייקו ודקדקו בנאמר בחוזה מול המתווך - לא מתקבלת.

איתא בגמ' בב"ב בדף קלח: 'ושכיב מרע שאמר תנו מאתים זוז לפלוני בעל חובי כראוי לו, נוטלן ונוטל את חובו. ואם אמר בחובו, נוטלן בחובו'. כלומר בודקים בדיוק את לשון הציווי ופועלים על פיה. והקשתה הגמ' ע"כ: 'משום דאמר כראוי לו נוטלן ונוטל את חובו', והשיבו הגמ' שרבי עקיבא סבר שמדייקים בלשון יתירה. ובאר הרשב"ם שם בד"ה 'שאינ צריך': 'ומיהו רבנן נמי מודו דכל לישנא יתירא לטפויי אתי, היכא דאיכא מידי לטפויי'. כלומר, יש ללמוד מכל לשון שנזכרת בחוזה ובשעת ההתחייבות, על כל הדקויות וההשלכות, כפי שמפרשים אינשי את לשון זו.

כך פסק הריב"ש בס' תפ למעשה, ונפסק כן בשול"ע. הרמ"א בס' סא סעי' יג הביאו: 'וה"ה בשאר דקדוקים שיש לדקדק מן השטר, ולא אמרינן דהאי גברא לא דקדק כל כך'. וכן השול"ע שם סעי' טו (וראה בסמ"ע שם ס"ק כד מדוע הקדים הרמ"א וכתב האי דינא) ציטט את דבריו: 'מדקדקין לשון השטר ודנין על פי אותו דקדוק, ולא אמרינן האי גברא לא גמיר כולי האי והיה סבור שהדין היה בענין כך, ומפני כך כתב אותו לשון'.

אומנם יש מציאויות שהכוונה בעל פה וסיכום הצדדים לא עולה בקנה אחד עם הנכתב בפירוש, וישנה סתירה בין הנכתב לבין ההבנה הקודמת, ואזי יש להכריע לאיזה צד להכריע.

כתב רבנו ירוחם מיישרים נתיב כג חלק י': 'כלל גדול בידינו בכל תנאי שאדם מתנה עם חבירו אין להלך אחר לשון הכתוב אלא אחר הכוונה'. וכן פסק השול"ע בס' סא סעי' טז: 'יש מי שאומר, שתנאי שאדם מתנה עם חבירו, אין הולכים אחר הלשון הכתוב בו, אלא אחר הכוונה'. הסמ"ע והגר"א ס"ק לט כתב שכל החיובים נמדדים כדין נדרים שהולכים אחר לשון אינשי, על פי כוונתם.

ברם, לצערינו המוכרים קיימו עיסקה מבלי לברר תחילה מה משמעותה, ובעת שחתמו על בלעדיות, היו צריכים לברר מה משמעות הגדרה זו, וכן לברר מה גובה דמי התיווך. אך לא היה בחוזה פרטים שאינם מובנים לקורא. ולכן יש להכשיר את החוזה.

### חתם על חוזה מבלי לקרא אותו

הראשונים התייחסו למצב בו טוען החותם שלא קרא את החוזה ולא ידע מה כתוב וכלול בו, האם הוא מחייב אותו. לפעמים, יש סימוכין לכך שהחותם לא היה מודע להתחייבותו בשל העובדה שלא היתה אפשרות לבעל להבין את הנכתב, שכן חוזה ההתקשרות כתוב בשפה שלא מוכרת לו. או שברור שהלקוח חתם שנייה לאחר שהגישו לו מסמך ארוך, וברור שלא היה יכול בזמן מועט זה לקרוא את הנכתב בו לאורך כל הדפים שחתם עליהם.

בתשובת הרמב"ן בס' עז, הובאה בב' בס' מה נאמר: 'על הודאה בחתם ידו והשטר בגופן של גוים והדבר ברור שאינו יודע לקרות, ויש עדים שחתם עד שלא קראו, מכל מקום מתחייב הוא בכל מה שכתוב בו. כיון שלא חשש לקרותו וסמך על הסופר, שכל הסומך על נאמנות של אחרים, הוא גומר בדעתו להתחייב בכל מה שיאמר מי שהאמין על עצמו... אף על פי שאינו יודע מה שכתבו עליו, ולא חשש לקרותו, וחתם בחותם ידו שהוא גומר בדעתו להתחייב בכל מה שכתוב בו, והרי הוא חייב בכל אותו חיוב אף על פי שלא לזה'. כלומר, לא יתכן שאדם יחתום מבלי שמקבל על עצמו את כל הנזכר שם, אלא שסמך על המחיתם שלו שכדאי לו הדבר. לדבריו, החותם סומך על כך שלטובתו ההתחייבות, והוא מחוייב בו על כל סעיפיו, ואין אלא להלין על מי שסמך עליו שלא יידע אותו בכל הנאמר במסמך עליו חותם והתחייב. כן מבואר בתשובת הרשב"א ח"א ס' תתקפה, מובאת בס' סח: 'דאפילו מלוה מודה דאין לזה יודע לקרות, מכל מקום הרי סמך על הערכי ומתחייב הוא בכל הכתוב בו, והיינו טעמא דשליש... והוא גמר בדעתו להתחייב בכל מה שיאמר הערכי, ואף על פי שלא לזה. כדרכי יוחנן דאמר חייב אני לך מנה בשטר חייב אף על פי שלא לזה'.

השו"ע והרמ"א פסקו כדעתם בד' מקומות.

- א. השו"ע בס' מה סעי' ג פסק: 'הודאה בחתם ידו, והשטר בגופן של עובדי כוכבים, והדבר ברור שאינו יודע לקרות, ויש עדים שחתם עד שלא קראו, מ"מ מתחייב הוא בכל מה שכתוב בו'.
- ב. השו"ע בס' סא סעי' יג פסק: 'מי שטען על כתובת אשתו שהיה עם הארץ ולא הבין כשקרא החזן הכתובה והתנאים, אין שומעין לו'. הש"ך הגדיל שם בס' סא ס"ק יח וכתב שהדברים אמורים גם במקום שוודאי לא יכל החותם להבין את שחתם: 'ואפילו ידוע שאינו מבין לשון השטר, מתחייב הוא בכך כיון שקיבל על עצמו ושתק'.
- ג. הרמ"א בסו"ס פ"ב סעי' ב כתב: 'שטר העשוי לפני עובדי כוכבים, והלוה בעצמו חתום עליו, אף על פי שאינו יודע לקרות, חייב בכל מה שכתוב בו, דהרי גמר בדעתו להתחייב ולכן חתם עצמו, ובודאי קראוהו לפניו והאמין לקורא ההוא'.
- ד. הרמ"א באהע"ז בס' בסו"ס יו כתב, שלא נאמן הבעל לומר שלא הבין את הנאמר כיון שחזקה שהעדים לא היו חותמים בלא שהעידו בפניהם, ואזי ברור שהבין והיה מודע לכל.

נמצאנו, שאדם שחתם על שטר אינו יכול להתנער ממנו בטענה שלא הבין את הכתוב שם.

בטעם הדין, נאמרו מספר טעמים, ויש נפק"מ לכך.

הרמ"א באהע"ז בס' סו שהובא לעיל כתב, שטענה זו לא מתקבלת כי מניחים שבודאי נעשה השטר בכשרות, וכי העדים פעלו ללא דופי. אולם, חוזה שנערך בין שני צדדים שלא בפני בי"ד וללא עדים, לא תהיה קיימת אומדנא זו.

הש"ך בס' מה סק"ה כתב בהאי דינא: 'כיון שלא חשש לקרותו וסמך על הסופר, שכל הסומך על נאמנות של אחרים הוא גומר בדעתו להתחייב בכל מה שיאמר'. וכן הסמ"ע בס' סא ס"ק כג באר שדין זה מבוסס על קבלת האדם את דינו: 'דה"ל לומר כן מתחילה אינני מבינו, תפרשוהו לי ואדע, וכל שתיקה בעינינו אלו ה"ל כקבלה שקיבל עליו לקיים מה שהסופרים נוהגים לכתוב בשטרות ובכתובות ובדקדוקיהן'. כן עולה בביאור הגר"א בס' סח ס"ק כט שדין זה מבוסס על דין אודיתא, שכן כתב על דין זה: 'גטין ס"ד א' דהא הימניה, ועתוס' שם ד"ה שאני כו'. וכמ"ש בכתובות ק"ב ב' לפי ר"ת. וכן"ל סי' מ' ס"א, וכן"כ בביאור הגר"א ס' סא ס"ק לו. הגר"א ס' מה סק"ו הוסיף מקור נוסף להאי דינא: 'ב"ב קמט א'. נראה שהבין שאף שנימא שהחותם לא ידע מאומה מתנאי ההסכם, הוא הסכים עליו. כן באר האורים בס' סא ס"ק כד: 'הואיל ושתק ולא ביקש שיאמרו לו מה כתוב ביה, נתרצה לכל דבר יהיה כתוב בו מה שיהיה, סוף כל סוף נתחייב'.

הפת"ש בס' סא סק"ו הביא תשובת החתם סופר חו"מ ס' ה שחילק מסברא בין דינים שונים: 'שהוא עצמו חתם אזי כל מה שכתוב בשטר אפילו עשה שדהו מיצר לאחר, הכל בכלל נאמנן לשליש. משא"כ... שהוא אינו חתום רק עדים חתומים, א"כ דוקא גוף הענין שהעדים מעידים עליו, אבל עשאו מיצר לאחר אין הבע"ד מפסיד ע"י עדותם'. כלומר, אומנם יש לבחון על מה מתייחסת החתימה, ולא לקבלה באופן גורף, אך על מה שחתם הוא מחוייב.

ביה"ד הרבני האזורי בתל אביב-יפו (בו יישבו הדיינים, הרבנים ש' טנא, אב"ד, א' הורביץ, ו' בן שמעון), בתיק תשל"ב/5450 בעמ' 349-350 סברו שיש לחייב את החותמת על החוזה ולקיים את העיסקה על סעיפיה, הגם שלטענתה 'לא הובאו לידיעתה כל סעיפי החוזה'.

### לא הבין את משמעות הנכתב בחוזה

מטבע הדברים, חוזים נכתבים בשפה משפטית ובהגדרות שאינם רווחות ולא מובנות באופן תדיר לכל נפש, וקורה לא פעם שצד אחד תמה על חשבונית שמקבל או צו לקיום החוזה, ואז נוכח שהוא חתם על הבנה שלא תאמה לצרכיו ולהבנתו. והשאלה אם יוכל בגין כך, לבטל את החוזה שביניהם.

בתשובת הרשב"א ח"א ס' תרכט, המובאת בב"י בס' סא התייחס לדין זה שהחותם טוען שלא הבין את הנזכר בשטר: 'על מי שטען על כתובת אשתו שהוא עם הארץ, ולא הבין כשקרא החזן הכתובה והתנאים. ושאלו להרמ"ה והשיב ששומעין לו. והוא ז"ל השיב שאין 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'. הרי שסבר הרשב"א שלא מתקבלת טענה שלא הבין על מה חתם, שכן אז כל בעל דין ישמוט את החוקתיות של החוזה. אך סיים 'כבר הורה זקן'.

לא התבאר בדברי הרשב"א, אם חלק מפני שמניחים שבוודאי העידו בפניו והבין את שחתם עליו, או משום שאז לא יהא תוקף לשטרות, וביטלת כל דיני שטר. ונפק"מ לכך, אם ידוע שהאדם עצמו חתם ללא קבלת עדות, וברור כי לא העידו והסבירו לו אם יוכל לטעון שלא הבין. ונראה שנחלקו בכך הפוסקים;

**א.** הב"י באהע"ז ס' יו הביא את הרשב"א, וכתב על כך: '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'. עולה מדבריו, כי מדין דלא שבקת חיי וביטלת דיני שטר, לא מתקבלת טענת לא הבנתי, ולפי"ז אף אם לא היה מעורב כל גורם נוסף לא יוכל לטעון זאת.

**ב.** הרמ"א באהע"ז בס' יו סעי' יג פסק את הרשב"א בלשון זו: 'ולכן עם הארץ שבא לגרש, ואמר אחר כך שלא הבין מה שהיה כתוב בתנאים או בכתבה, אינו נאמן, דודאי העדים לא חתמו מה שלא העידו בפניו תחלה על פה'. נראה שעיקר הדגש לבטל את טענתו שלא נאמן מבוססת על חוסר אימון, וכי מניחים שהעדים עשו מלאכתן נאמנה, והוא היה מודע לפרטי ההסכם. ואזי במציאות בה ברור שחתם לבדו ולא היה מי שיסביר לו את שחותם, יוכל לטעון שלא הבין. וכן כשידוע שלא הסבירו לחותם את תוכן המסמך, לא יהא תוקף לחתימתו. וכ"כ בשו"ת משנה הלכות חלק יז ס' צח סק"ד: 'ולפ"ז, באופן ידיעין בברירות שלא אמרו לו העדים תוכן הכתובה, או שאמרו לו, ולא הבין, הנה בטלה החזקה, ואין תוקף להתחייבות זה, כיון שלא ידע על מה הוא חותם'.

אולם מתשובות ר"ב אשכנזי ס' כד עולה, שכל מחלוקת הרמ"ה והרשב"א נסיבה רק במקום שיש להעלות על הדעת שחתם על פי דיבורם של אחרים, ברם אם חתם בעצמו, לכו"ע לא יוכל לטעון שלא הבין משמעות חתימתו: 'איכא למימר דעד כאן לא קאמר אלא בכתובה, דעדים הוא דקא מחייבי ליה. ואפשר שהעדים חשבו שהיה מבין מה שקראו לפניו, ולכך לא הודיעוהו בעל פה. אבל כשהוא בעצמו חותם ועל חתימתו אנו מחייבין ליה, הא ודאי דחזקה הוא דלא חתים עד שידע מאי דאכתיב עליה, אי נמי דגמר בדעתיה להתחייב בכל הכתוב עליו'. נמצא, שאין נפק"מ לדעיל קיימת, וכל שחתם בעצמו אין לקבל כלל טענה שלא הבין.

וכן פסק הגר"א גולדשמידט בפד"ר ח"א עמ' 294 עפ"י דבריו: 'הרי שבחותם בעצמו אין שומעין, לכל הדעות, לטענה 'לא הבנתי'... אם החותם לא ידע על מה הוא חותם, וברור לנו שאינו יודע את שפת השטר, וגם ברור שלא הסבירו לו לפני החתימה את תוכן השטר, אלא שסמך על הסופר או מישהו אחר שהגיש לו לחתום, ועל פיו הוא חתם, הרי קבל עליו על כל מה שחתם על פי איש אימונו, ורואים כאילו הודה והתחייב בידעה על כל החתום'.

## סתירה בדברי הרשב"א

הב"י כתב שהרשב"א 'נחבא אל הכלים' ולא הכריע למעשה כדבריו, אך מצאנו סתירת פסקים בדברי הרשב"א. בשו"ת הרשב"א חלק א, אלף קנו פסק לגבי נוסח כתובה שמניסוחו עלה שקרקע מסוימת אינה שייכת לכלה: 'ועוד שטענה יפה היא במה שאמרה שלא הבינה בכך ולא שמעה ואנן סהדי שאין כלה מרגשת במה שכתב בכתובתה. ובכיוצא בדברים אלו סומכת היא בכך על אחרים'.

ואילו בתשובה נוספת בשו"ת הרשב"א חלק ה, רכח הובא בב"י חו"מ קמז כתב הרשב"א הלכה למעשה כפי הסברה שהבאנו לעיל: 'גם מה שטען ראובן שלא הבין על מה שנתחייב, ועל מה נשבע, אין שומעין לו, שאין העדים חותמים על מה שלא הבינוהו הם, ועדות העדים מכחישתו. שאם אתה אומר כן, אין לך מתחייב בשטר, וכל אחד יטעון כן. סוף דבר מצד זה אין בדבריו כלום, ואין ראייה להאריך בדבר זה'.

## נחלקו האחרונים בישוב דעת הרשב"א

בפד"ר ט עמ' 160 הביאו משו"ת דבר משה ב, סט שסבר שהרשב"א חזר בו. וביאר שכיוון ש'כבר הורה זקן' חזר בו הרשב"א מסברתו. ברם בשו"ת יביע אומר ג, אהע"ז בס"י יג הבין שהרשב"א הורה כסברתו.

אולם הכנסת הגדולה חו"מ קמז, הגהות ב"י אות ח יישוב בין תשובות הרשב"א, בשני אופנים:

**א.** 'יראה לי דשאני נדון דס"י תרכ"ט שהוא עיקר החיוב והתנאים, ומסתמא העדים לא חתמו על השטר אם לא עפ"י המתחייב, אבל בתשו' זו אין ההפרש בעיקר החיוב והתנאים אלא במצרים ובהא איכא למימר שלא הרגישה בכך, בכיוצא לדברים אלו, וכמו שמראין דברי הרשב"א ז"ל. ולפ"ז גם באיש עם הארץ אם אין ההפרש בעיקר החיוב והתנאים נאמן. לפי"ז, יש הבדל בין תנאים שהם מעיקר ההתחייבות בחוזה, שלא יוכל לטעון שלא הבין אותם. לבין תנאים וחיובים שנלווים בדרך אגב, ועליהם נאמן החותם לטעון שלא הבין אותם, ולא התכוון אליהם.

**ב.** 'ועוד אפשר דלא כתב הרשב"א ז"ל דטענה יפה היא, אלא דוקא בכלה דאנן סהדי דאינה מרגשת במ"ש בכתובה, אבל בעם הארץ או בשאר נשים שאינם כלות אינם נאמנים, ולפי זה כל שאינה כלה לא מיבעיא בעם הארץ אלא אפי' באשה אין שומעים לה'. להבנה זו, תלוי במי מדובר, לגבי כלה 'אנן סהדי' שאינה מבינה את הנאמר בכתובה, ועל כן לא התכוונה לנאמר בה. אך בסתם חוזה והתחייבות אין להעלות על הדעת שחתם ללא שהיה מודע למלוא משמעות חתימתו.

בנידון דידן, הלא מדובר בתנאי עיקרי של החוזה ואין עומדת בפנינו 'כלה', ואין לנו 'אנן סהדי' לומר שהמוכרים לא הבינו את התנאי בעת שחתם, ולדעת הרשב"א אין הנתבע יכול לטעון שלא הבין את השטר, וכן פסקו הב"י והרמ"א.

## חותם שהוטעה

עד כה ראינו שלא מתקבלת טענה שהחותם לא הכיר את ההתחייבויות עליהם חתם. ברם ישנם מצבים, שהחותם הוטעה ע"י הצד שכנגדו או ע"י העו"ד שלו, או צד שלישי שגרם לחותם להבין בשונה לנזכר בחוזה. ויש לעיין מה הדין במצב זה.

המהרי"ז עניזיל בס"י מט כתב: 'וזה שייך דוקא כשהוא סומך על איש אחר שאינו בעל דין, ואז יש לו דין שלישי. משא"כ לגבי הבעל דין בעצמו, אף שמאמינו, אינו גומר בדעתו להתחייב בכל מה שיאמר, דכיון שהדבר נוגע לעצמו, ודאי יש לחוש שישקר ויאמר דברים שלא עלה על דעתו להרויח לעצמו, משא"כ באדם אחר שאינו בעל דין, הוא הנקרא שלישי, דאין אדם חוטא ולא לו, הוא סומך עצמו שלא ישקר עליו ולא יפסיד אותו במה שאין לו ריוח, לכן אמדינן דעתיה שסומך עליו להתחייב בכל מה שיאמר'. הרי שהאומדנא שהחותם מסכים לכל הנזכר בשטר קיימת דווקא במקרה שאדם שלישי, ניטרלי כתב את השטר ולא אחד הצדדים. במקרה שלפנינו ברי בעל העסק ניסח את החוזה, ואין אומדנא ברורה שהחותם הסכים לכל הנזכר שם.

הערוך השולחן חושן משפט סימן מה סק"ה כתב שאין לחייב את החותם שנתאנה בעת חתימתו: 'ונ"ל דעכ"ז אם יש עדים שקראו לפניו השטר ורימו אותו כגון שקראו לפניו מנה ונמצא בשטר מאתיים וכיוצא בזה או שגמרו בפני עדים שיכתבו על החלק מנה ונמצא מאתיים דשטר פסול הוא דזיל בתר טעמא דהא לא נשתעבד עצמו על מה שכתוב בשטר'.

בש"ת משנה הלכות חלק יז סי' צח סק"ה דן לגבי מי שבא להתדיין בבי"ד, והגישו לו שטר בירורין וקבלת בית הדין שונה ובו נאמר שאין זכות ערעור על פסקם. ונקט כי אין בחתימתו זו לקבל את הנוסח זה שקיבל על עצמו תוך כדי הטעייה: 'באמת ההוא דחו"מ, אינו דומה כלל לנ"ד. חדא, שאינו דומה למי שחותם על איזה שטר בסתם, ואין לו מושג מה כתיב בה, דודאי הו"ל לקרות מה שכתוב בו. וכיון, שלא טרח לקרותו, סמך עצמו על אחרים, ואיהו דאפסיד אנפשיה. אבל כאן, הוא חושב שזה הסדר בב"ד. ובפרט, אם יודע קצת תוכן השט"ב הישנים והמקובלים בכל התפוצות, הנה יש לו מקום לחשוב שאי"צ לקרותו, כיון שיודע בערך תוכן הדברים, ומשו"ה לא דקדק לקרותו, שלא עלה על דעתו שניתוספו בה דברים כה חמורים.... כיון דעד השתא גם הב"ד שלכם היה להם שטרי ברורין, כמנהג כל בתי דינין דישאל, ועכ"פ כשבאתי לב"ד, באתי על מנהג הקדום, ולא עלתה על דעתי ששניתם הסדר, ועל כן, לא טרחתי לקרותו. וכיון שהשינוי בא מצד הב"ד, על הב"ד מוטל החיוב להגיד להבע"ד, כדין כל המשנה. וכ"ש, שזה נוגע להם לוותר ולמחול ממונם, או שיקחו הב"ד בע"כ ע"י הפשרה שלהם, וכל זה צריך הודעת ב"ד'.

ובהמשך דבריו שם, כתב: 'מכל הלין טעמי נראה, שיכול לערער על חתימתו על שט"ב כאלו, ובפרט שמעלו הב"ד במה שלא הגידו לו... אלא הי"ל להב"ד להודיע להם שיהיה הפשרה ביניהם כרצונם, ללא זכות ערעור. על כן, לכו"ע, הוי קנין בטעות, וחוזר'.

הגר"ש ישראלי זצ"ל בפד"ר כרך ט עמ' 156-157 דן לגבי תוקף כתובה שבנוסח אשכנז על אף שהבעל היה לא אשכנזי, ובחתימת ידו קיבל הבעל את 'חרם דרבינו גרשום, כמנהג האשכנזים', ופסק כי חתימתו מחייבת אותו גם משום שחתימה מחייבת גם בלא שהיה מודע להיקף חתימתו. והגר"י קאפח זצ"ל שם סבר שאין לחייב אותו מהאי טעמא, הואיל והוטעה הבעל על ידי רושם הנישואין: 'וזוה אחד המעשים הבלתי הוגנים של רושמי הנישואין, הנותנים לזוג כתובה כפי רצונם או מן הבא בידם, ורומסים ברמה מנהגי עדות אחרות, אשר גם הם בנויים על יסודות איתנים מדור דור, ומאוששים על פסקי חכמי הדורות אשר היו מעולם. והייתי אומר, כי כתובה הנדחפת לזוג ספרדי בצורה זו, פסולה היא לגמרי, כי תנאיה ומשפטיה, חדר"ג הירושה וכל משפטי הכתובה כמנהג אשכנז, תקנות שו"מ, ובבתולה דחזו ליכי מדאורייתא, ועוד ועוד, בלתי מקובלים על העדות המזרחיות והספרדיות. ואילו שאלנו את הבעל, בשעתו, האם ברצונך לצאת ממנהגי הספרדים ומפסקי חכמיהם, אשר מעולם אנשי השם, ולהסתפח לעדה אחרת, ולקבל עליך מנהגיהם ופסקיהם? היה דוחה שאלתנו בכל תוקף; עתה, שנהגו בו מנהגי מרמה, תהני ביה מילתא, ונחייב אותו על ידי כך?.'

# מאורות תורת המשפט

## תשובות אקטואליות בדיני ממונות

אבישי נתן מייטליס

כד בטבת תשע"ח נשלח ח' ינו' שבו'יים, להצטרפות: [meorothamishpat@gmail.com](mailto:meorothamishpat@gmail.com) גליון מספר 63

### שלחו ילד לקנות, והפריט ניזוק, האם ההורים זכאים להחזר אם המכולת חייבת להשיב להורים דמי מצרכים שניזקו ע"י הילד שערך את הקניות

#### המקרה:

הורים נהגו לשלוח את ילדיהם הקטנים (פחות מגיל מצוות) לקנות מצרכים במכולת השכונתית. באחת הפעמים, הילדה נתקלה בדרכה עם האופניים בצאתה מהמכולת, והמצרכים שכללו גם ממתק אישי וביצים נשברו ונפסדו. ההורים ניגשו לבעל המכולת, ויחדיו תהו וביקשו לדעת אם הינם זכאים להחזר עבור הקנייה שנפסדה ולא הגיעה אליהם.

**טענת המוכר:** מששילם הלוקח, ובמקרה זה מששילמה הילדה על המוצרים, אין לו כל אחריות. **טענת ההורים:** הילדה אינה יכולה לקנות מבחינה הלכתית, וכי נשברו המצרכים ב'רשותו' הקניינית של המוכר. אומנם אם היו המצרכים מגיעים לרשותם, היתה המכירה מתבצעת כדן, אולם כל עוד לא זכו בהם ההורים הינם של המוכר, וההורים לא קיבלו אותם. והם זכאים להחזר עבור המצרכים ששילמו ולא קיבלו.

#### תשובה

אומנם המצרכים טרם 'נקנו' עדיין להורים, אך ההורים אינם זכאים להחזר המוצרים שנפסדו. שכן אומנם ההורים לא זכו במוצרים עדיין, אך משעה שנטלה הילדה בשליחותם, התחייבו באחריותם. מה גם שברור לכל, שכל מוכר מסכים לתת לילד לקנות בחנותו, בתנאי שלא יתבעו ממנו דמי פריטים שינזקו בטרם שהגיעו ליעדם, להורים. לגבי הממתק שניזק – יתכן ואף זכתה בו הילדה באופן ישיר ומיידי, וברור שלא תוכל לדרוש עליו תמורה בשל האונס שארע לה.

#### נמוקי הדין

#### יש לבחון את ההגדרה ההלכתית בכל מקח

מקרה זה מגלם את החוסר מודעות שלנו מהקניינים ההלכתיים, ומההתנהלות עפ"י ההלכה. במבט הראשון, כל השומע את השתלשלות האירועים מתקשה להבין את תביעת ההורים, ואף מתקומם כנגדם. שכן סבור שכל השולח את בנו וילדיו לקנות ולרכוש עבורו דבר מה, 'קונה' עם הקנייה של הילד את שביקש לקנות. ואנו סבורים כי מאותה שעה ההורה נושא באחריות הפריטים שנרכשו, ומדוע מלין הוא על המוכר.

אולם נראה, כי עפ"י גדרי ההלכה, תביעת ההורים אינה רחוקה מההגיון, אם כי יש לבחון את דרכי ההתנהלות המקובלים, והמוסכמות החברתיות.

#### קטן אינו יכול לקנות עבור עצמו

יסוד מערכת קניינים מבוססת על נכונות והסכמה של השותפים בהליך הקניין, וכי צריכה להיות הסכמה ויכולת הקנאה וקניין של המוכר ושל הקונה, בין במכר בין במתנה, כפי שפסק השו"ע בס' רמג סעי' יד: 'אין

אדם זוכה במתנה לחבירו עד שיהא הזוכה גדול ובן דעת'. ומוטל עלינו לבחון את יכולתו של קטן, אם יכול לקנות ולהקנות.

הגמ' בגיטין בדף טו: כתבה: 'אמר רב יהודה אמר רבי אסי צרור וזורקו, אגוז ונוטלו - זוכה לעצמו ואין זוכה לאחרים, חפץ ומחזירו לאחר שעה - זוכה בין לעצמו ובין לאחרים'. מדין זה אנו למדים שהקטן שמגיע לגיל של 'בר הבנה' מסויימת, יכול לקנות רכוש ופריטים בעצמו.

מאידך, המשנה בגיטין בדף נט: נקטה שאין לקטן קניינים משל עצמו, ולכך סברו: 'מציאת חרש שוטה וקטן יש בהן משום גזל, מפני דרכי שלום', כלומר, הגזל מהם לא קונה עפ"י דבר תורה ומדינא, אלא שחכמים החשיבו את שבידו כממונו, ולכן הנוטל ממנו שלא כדין נחשב כגזל ממנו מדרבנן.

הראשונים יישבו את סתירת הסוגיות, וחילקו בין הסוגיות.

הר"ן על הרי"ף בגיטין בדף ל: כתב: 'י"ל דהתם היינו טעמא משום דליכא דעת אחרת מקנה [נמש"ה מפני דרכי שלום ותו לא. אבל אי איכא דעת אחרת מקנה] אית להו זכייה', וכ"כ הנמוק"י בב"מ בדף ה. היינו, עד גיל מצוות אין הקטן קונה אלא מתקנת חכמים מגיל שש או שבע, אך אם המוכר מקנה לו, הינו קונה מדאורייתא, מכח דין 'דעת אחרת מקנה'.

אומנם, המשנה הקודמת שם בגיטין בדף נט. אמרה: 'הפעוטות, מקחן מקח וממכרן ממכר במטלטלין'. ואכן יש להם קניין אפילו בהיותם פעוטות, בתנאי שמגיעים לגיל שש או שבע: 'כל חד וחד לפי חורפיה'. ובטעם הדין אמרה הגמ': 'וטעמא מאי. א"ר אבא בר יעקב א"ר יוחנן משום כדי חייו'. דהיינו חכמים ראו לנכון לתקן לקטין קניינים בכדי שיוכל להתקיים. פרט למצב שיש לו אפוטרופוס הדואג לו ולמחייטו, כפי שפסק השו"ע שם בס"י רלה סעי' ב, וכמש"כ הסמ"ע שם ס"ק יח: 'דכיון דיש לו אפוטרופוס, לא שייך בהו תקנת כדי חייו'. והוא הדין כשסמוך על שולחן בעל הבית, כפי שהוסיף הרמ"א שם.

וכך מסכמת הגמ' בגיטין בדף סה: 'אמר רבא, ג' מדות בקטן: צרור וזורקו, אגוז ונוטלו זוכה לעצמו ואין זוכה לאחרים... הפעוטות מקחן מקח וממכרן ממכר במטלטלין... ולמכור בנכסי אביו, עד שיהא בן עשרים'. וכן פרט הרמב"ם בהלכות מכירה פרק כט הלכה ו: 'קטן עד שש שנים אין הקנייתו לאחרים כלום, ומשש שנים עד שיגדיל אם יודע בטיב משא ומתן מקחו מקח וממכרו ממכר ומתנתו קיימת... ודבר זה מדברי חכמים כמו שביארנו, כדי שלא יבטל ולא ימצא מי שימכור לו ולא יקח ממנו, והכל במטלטלין. אבל בקרקע אינו מוכר ולא נותן עד שיגדיל', וכן פסק השו"ע בס"י רלה סעי' א.

נמצא, שיש בידנו מדרג של יכולת הקנייה של קטן עפ"י גילו;

- א. פחות מגיל הפעוטות – אינו יכול לקנות כלל, אף לא מטלטלין.
- ב. מגיל הפעוטות כבן שש או שבע, קונה מדרבנן מטלטלין ולא קונה מדינא. ברם אם מקנים לו דבר, הינו קונה מדינא. וכדי חייתו, תיקנו לו חכמים קניין, כדי חייתו, באם אינו סמוך על שולחן אחר ואין לו אפוטרופוס.
- ג. מגיל בגרות, גיל מצוות עד גיל עשרים כשיר לבצע כל עסקה וקונה מדאורייתא מטלטלין, אך לא קונה קרקעות של אביו עד גיל עשרים.

כן כתב השו"ע בס"י רמג סעי' טו: 'קטן שנותנים לו צרור וזורקו, אגוז ונוטלו, זוכה לעצמו... ואינו זוכה לאחרים. פחות מזה, לא לעצמו ולא לאחרים'. העיר הרמ"א שזוכה לעצמו: 'ודוקא כשיש דעת אחרת מקנה לו, אבל במציאה, לא'. הרי שאין יכולת לקטן לזכות בלא שיהא דעת אחרת שתקנה עבורו.

ברם הש"ך בס"י רמג סק"ו חידש שהשו"ע דיבר דווקא בקטן פחות מעונת הפעוטות, ואז נזקק לדעת אחרת מקנה על מנת לזכות לעצמו. ברם קטן מגיל שש עד גיל בגרות יכול לזכות בעצמו מדאורייתא, אף בלא שיזדקק לדין 'דעת אחרת מקנה'. הנפק"מ הגדולה היא, שיש יכולת לשיטת הש"ך לזכות במתנה מדינא, לעומת דעת הרמ"א ויתר הראשונים שאין הקטן זוכה במתנה אלא מתקנת חכמים.

### **בעל המכולת אינו יכול להקנות ישירות להורים**

הפקידה בחנות ראתה את סל המצרכים של הילדה, וידעה כי הינה מבצעת קנייה עבור משפחתה. עפ"י גדרי ההלכה, מצאנו מחלוקת אם הקטנה יכולה לבצע קנייה לבדה, אך ברור שאינה יכולה לזכות עבור

אחר, הגם שדעת אחרת מקנה, כמבואר בשו"ע ס' רמג סעי' יד שהבאנו לעיל: 'אין אדם זוכה במתנה לחבירו עד שיהא הזוכה גדול ובן דעת'. נמצא, שהורי הילדה לא זכו במצרכים, כל עוד לא הגיע סל המצרכים להוריה.

### את הממתק קונה לעצמה, או להוריה?

אומנם את הממתק האישי, ביקשה הילדה לקנות עבור עצמה. והיה מקום לבחון אם היא זכתה בו לכו"ע בעצם הקנייה במכולת מדאורייתא, או מכח דין 'דעת אחרת המקנה'. אלא שיש להתבונן בכך, האם ביצעה הילדה שתי סוגי קנייה, להוריה ולעצמה? ולעצמה, וודאי קונה הילדה, לש"ך בשל כח קנייתה, ולרמ"א בשל דעת אחרת, של המוכרת שמקנה לה.

צ"ע אם אפשר להביא סיעתא מעצם העובדה שהילדה לא פתחה את החפיסה באופן מיידי עם צאתה מהחנות, שהיא קונה אותו בשם הוריה, ומזכותם מבקשת לאוכלו, ולא לקנות פריט זה באופן אישי ולהבדילו מיתר מסע קנייתיה. ואזי אף לגבי הממתק אנו נאלצים לזכות תחילה להוריה, ורק אז יכולה לזכות עבור עצמה. שכן בהחלט ניתן לומר, כי קנתה אותו לעצמה, וכי מבקשת לאוכלו לאחר זמן.

שמא, אין תשובה אחידה לשאלה זו, וכי תלויה התשובה במנהגי המשפחה, אם נותנים לילד כסף לקנות לעצמו מיני מתיקה, או שהם מרשים לו לקנות את שיחפוף, אבל לא ניתן לו כסף. וצ"ת.

### ילד שליח

נאמר במשנה בב"מ פ"ח מ"ג: 'השואל את הפרה, ושלחה לו ביד בנו, ביד עבדו, ביד שלוחו, או ביד בנו, ביד עבדו, ביד שלוחו של שואל, ומתה, פטור. אמר לו השואל שלחה לי ביד בני, ביד עבדי, ביד שלוחי, או ביד בנך, ביד עבדך, ביד שלוחך, או שאמר לו המשאיל, הריני משלחה לך ביד בני, ביד עבדי, ביד שלוחי, או ביד בנך, ביד עבדך, ביד שלוחך, ואמר לו השואל שלח, ושלחה ומתה, חיב', וכן נפסק בשו"ע בס' שם סעי' ה. נמצאנו למדים, שאם שלח בעל המכולת עם שליח שלו ומטעמו, כל עוד לא הגיע לבית הלקוח, אין לחייב את הלקוח בתשלומי הפריטים אם ניזוקו בדרך. ואם כבר שילם הלקוח, יש להשיב לו את ערך הפריטים ששילם ולא קיבל לידיו ולרשותו. וכן בנתינה לילד כדי להכניס לרשות אביו, אין ההורה קונה את החפץ. אולם כשהשואל או הקונה ציוה וביקש מהמשאיל להשאיל לו ומהמוכר למכור ע"י בנו - קבל עליו את חיובי השאלה מיד שהגיע לידי הבת, ומהאי שעתא השואל חייב באונסיה, שכן קיבל על עצמו את האחריות עם קבלת בנו.

כן יש להכריע במקרה שלפנינו. ההורים שביקשו לקנות את המצרכים, ביקשו מהמוכר שיביא להם את המצרכים באמצעות ביתם, בכך ששלחו את הילדה לחנות להביא מצרכים עבורם. אומנם, הם לא זוכים במצרכים מיד אלא רק כשיגיע לרשותם, אך עד אז הינם מוגדרים כדין 'שואל' שנטלו אחריות על המצרכים עם הבקשה לשלוח אותם עם הבת. לדברים אלו, יש להכריע, שאומנם לא זכו ההורים במצרכים, אך נטלו אחריות על עצמם מעת שנטלה הילדה אותם, ואין בעל החנות מחייב לשאת בהפסד המצרכים ואינו צריך להביא להורים מצרכים אחרים תחתם.

### קיצוז חיובים – של ההורים ושל בעל המכולת

בספר חבל נחלתו חלק ג' ס' נט דן במציאות מעין זו, וסבר שכיון שהילד שילם על המצרכים טרם לקיחתם, מצויים המעות ביד המוכר במעמד של 'שומר', ומפאת דין 'בעליו עימו', ההורים פטורים מחיוב המצרכים ששאלו: 'גם המעות לא נקנו למוכר אלא כשהמקח נקנה לאם, שהרי מעות אינן קונות במטלטלין, והקדמת תשלום אינה יוצרת קנין. והמוכר הוא שומר על המעות עד שיקנה המקח, ולכאורה קיים כאן פטור של 'בעליו עמו'. שהרי בזמן שהמוכר השאיל את החפץ הוא קבל על עצמו שמירת המעות עבור השואל — האם, עד שיגמר המקח, וא"כ המקרה הוא "שומר לי והשאלני"... וא"כ לכאורה האם פטורה מהתשלום ועל המוכר להשיב לה את המעות'. כלומר, כיון שהמכולת שומרת על הכסף בעת מסירת המצרכים להורים ביד ביתם, חל על ההורים פטור מכח דין 'בעליו עימו', והינם פטורים מאחריותם על תשלומי המצרכים, ומשכך, הינם זכאים להחזר כספם.



גם אם נקבל את הנחת יסוד זו, יש לדון בקנייה המבוצעת בהקפה, שהמכולת רושמת חיוב לתושב המקום שמבצע קנייה, או לחילופין שנעשתה הקנייה באשראי, אזי במקרה זה אין כסף שמופקד בידי המכולת, ואזי יחוייבו ההורים על אחריותם, ולא יהיו זכאים להחזר כלשהו.

והוסיף לחקור שם אם הכסף שניתן למכולת בטרם שהגיעו המצרכים להורים מוגדר כפקידון ביד המכולת והם שומרים עליו, או שהינו כהלואה, ועם הכנסת המצרכים לבית ההורים, נכנס הכסף לבעלות המכולת, ולא מוגדרים בעלי המכולת כשומרים כלל.

אבן המבחן לבדוק שאלה זו, תלויה בשאלה האם לבעל המכולת מותר להשתמש במעות עוד לפני סיום הקניין. שכן אסור לשומר על פקידון להשתמש בו, ואם משתמש הרי הוא גזלן ושולח יד בפקידון. לעומת הגדרת הלואה, ש'מלוה להוצאה ניתנה'. כלומר, מיועדת ההלוואה שהלווה יצרוך וישתמש בכסף וישיב את ערך ההלוואה במועד שקבעו, ולא דווקא את אותם מטבעות ישיב.

יש להכריע בנידון שלנו, שהכסף מוגדר כמלווה, מבלי להכנס להגדרתם המדויקת מבחינת אופי העיסקה. שכן גם לו נסבור כפי שטען תחילה ב'חבל נחלתו' שהמוכר מוגדר כ'שומר' על הכסף עד שיחול הקניין בעת הכנסת המצרכים לרשות ההורים, נהוג וידוע לכל כי את הכסף שמגישים למוכר בעת הקנייה, הוא מכניס למערכת ה'קופה רושמת' והוא זכאי להשתמש בו ככל הנצרך לו. וגם אם ימצא טעות בקנייה או בחשבון ויתברר שהלקוח זכאי להחזר תשלומים, ישיב לו המוכר כסף אחר שווה ערך שזכאי לו. הרי אומר, שלעולם נותנים למוכר את הכסף בתורת הלואה אם יהיו זכאים להחזר. זאת להבדיל ממקח שלא מתבצע באמצעות 'קופה רושמת', ששם ניתן להגדיר את הכסף שניתן בטעות או של מקח טעות כ'שומר' ביד המוכר עד לבירור החשבון.

נמצא, שההורים אומנם לא קנו את המצרכים אלא רק בעת שיכנסו לרשותם, אך התחייבו באחריותם בעת שנשלטתם הילדה שקנתה עפ"י בקשתם. והמוכר אומנם לא זכה בכסף בעת קניית הילדה, אלא הוא כלוה אותו עד שיכנסו הפריטים לרשות ההורים, אך משלא משיבים ההורים את הפריטים בשל כך שנשברו, המוכר אינו חייב להשיב להם את כספם, והוא גובה אותם כפרעון תחת המוצרים והמצרכים שנשלטו תחת אחריותם. וקיצוז חיובים איכא הכא.

### **האם בעצם שליחת הילד לקנות, מחלו על הנזקים שיארעו**

אפשר לחדד את הגדרה זו שהעלינו, ולדמות את קניית הילדים למוצרים שלא ניתן להחזירם לחנות. כלומר, כיון שלא ניתן להחזיר מוצרי חלב ובשר בגין החוק ותנאי החנויות, הרי משעה שנטל הלקוח את מוצרים אלו, הכסף חלוט וקנוי למוכר ללא יכולת השבה. כמו כן אם יקנה ילד מוצרים אלו, לא יוכל להשיבם ולקבל את כספו. הרי שמראש הקונה מקנה את ערך הכסף של מוצרים אלו למוכר, ביודעו שלא יקבלם חזרה גם אם ימצא פגם בהם (לקויים בגוף המוצר, מקבלים החזר רק בהגשת תלונה לחברה המייצרת, ולא בהחזר המוצר במכולת). כן יש לאמוד דעת כל מוכר, שאם ניגש אליו קטן או קטנה לרכוש פריט ומצרך, אם תהיה יכולת תביעה של ההורים על שהמוצר לא הגיע לביתם ולרשותם מחמת אירועי אונס של הילד, לא ימצא מי שימכור לילדים שום דבר, אא"כ יחתים את ההורה ואת הילד כי המכירה חלוטה ולא ניתן להחזירה (אומנם אם יציגו את הפריט, יקבלו החזר על פי הקבוע בחוק, אבל בלא הצגת וקבלת הפריטים והמצרכים לא תשמע טענה על חוסר ביסוד העיסקה והמקח). לדברינו, הרי שבליבו ובלב כל אדם, וכמאן דגלי מעיקרא לכל, שכל עיסקה וקנייה שמבצע קטין, הינה קיימת גם אם יארע דבר אונס בטרם יקבלו ההורים (בחבל נחלתו מאן להבין, ובצדק, כי יש מנהג המדינה שיקנו המצרכים מיד עם קניית הילד. שכן אין מנהג שחידש קנייה עבורם, אלא לא שמו ליבם לחשוב על המשמעות ההלכתית של הקנייה. ברם אנו מעלים כאן, כי אף שעדיין לא התבצעה הקנייה, מוחלים ההורים מראש, ובלב הכל להתנות כי לא תשיב החנות דמי חפץ שנפסד אחר שנשלטו הילד אף שטרם הגיעה ללקוח).

**לסיכום:** ההורים לא קונים את המצרכים אלא רק בעת שנכנסו לרשותם, אך עם נטילת הילד/ה את המוצר מהחנות הינם מקבלים אחריות על המוצר, ומחוייבים בהשבתו או בתשלומיו.

הכסף שהגישה הילדה למוכר מוגדר כהלואה עד שיזכו ההורים במצרכים, אך קיבלו על עצמם הכל, שלא תתקבל טענה להחזר כספי במקרה שלא קיבלו ההורים את המצרכים, ולכן לא יוכלו לדרוש את דמי המצרכים שנפסדו.

# מאורות תורת המשפט

## תשובות אקטואליות בדיני ממונות

אבישי נתן מייטליס

ט בשבט תשע"ח נשלח חיינם מידי שבועיים, להצטרפות: [meorothamishpat@gmail.com](mailto:meorothamishpat@gmail.com) גליון מספר 64

## הניח מאכל של חברו תחת המיטה, אם חייב תמורתו

### המקרה:

במהלך סידור החדר, דחף אחד החברים את תיק חבר-החדר תחת המיטה. לאחר כמה ימים, ניגש אליו בעל התיק, הראה לו שהתיק כלל דברי מאכל וכן בקבוק שמן להדלקת נר חנוכה, ותבע ממנו לשלם לו דמי הפריטים הללו, מאחר שהנמצא תחת מיטה שישנו עליה – נאסר באכילה, כפי שהורה לו רבו.

**טענת בעל התיק:** כיון שישנו איסור לאכול אוכלין שהיו תחת המיטה שישנו עליה, נמצא שהחבר הזיק אותו וכ'שרף' לו את המשלוח שהביא מהבית, ועל המזיק לשלם על הנזק שהסב.

**טענת החבר:** 'הרי שלך לפניך', וכיון שפוסקים רבים התירו לאכול מאכלים מעין אלו, לא נחשב כמזיק. והוסיף לטעון כי זה שישן במיטה אסר את המאכלים, ולא בעצם דחיפת התיק לשם.

### תשובה

הרבה פוסקים סוברים שהמאכל שהיה תחת המיטה לא נאסר בדיעבד, מלבד היתרים נוספים שיש במקרים רבים. ועל כן, אין להטיל חיוב על החבר בשל כך שדחף בתום לב את התיק תחת המיטה. הדברים אמורים אף על השמן, שהיה מיועד להדלקת נר חנוכה.

הגם שנהגו בבית התובע לא לצרוך את שהיה תחת המיטה, ונאלץ לרכוש מוצרים חדשים, אין לחייב את החבר אפילו לא בדיני שמים, כיון שלא היה מודע למעשהו, שכן הוא הדין במזיק בגרמא בשוגג. אין מקום לחייב את הישן על המיטה, שלא היה צריך להעלות על דעתו שיש דברי מאכל תחת מיטתו.

### נמוקי הדין

#### אוכל תחת המיטה, אם נאסר בדיעבד

איתא בגמ' בפסחים בדף קיב: 'תנא, אוכלין ומשקין תחת המטה, אפילו מחופין בכלי ברזל - רוח רעה שורה עליהן'. דין זה נפסק בשו"ע ביו"ד בס' קט"ז סעי' ה. הרי שהדוחף הזיק בידיו את מאכלו של חברו.

אלא שבשו"ת שבות יעקב ח"ב סי' קה סייג את איסור זה וכתב: 'נ"ל פשוט דאין כאן חשש איסור בדיעבד רק דבכל אלו מבואר בש"ס ופוסקים דהוא רק אזהרה לכתחלה'. ולראיה, הביא מדברי הרשב"ם בב"ב בדף נח. בד"ה 'לאוצר': 'מיטת עם הארץ, כל דבר מניחין תחת מטתן, אוכלין וכלים'. הרי שהיו מניחין אוכלים תחת המיטה, ולא נמנעו חכמים לאכול אצלם בשל הסכנה של רוח רעה, אלא רק מפני מכשולות של תיקון המאכלים. מכאן הוכיח שבדיעבד אין לאסור מאכל שהיה תחת המיטה (זאת מלבד סברת השואל שם, עפ"י דברי העיטור שאם שחט בקנה ישנו רוח רעה, אך לא נאסר בדיעבד באכילה, ודימהו להכא, ומובא בשו"ת שלמת חיים החדש סי' רצד בשם מהר"ל דיסקין שהוכיח כן). הביאו הפתחי תשובה שם בס"ק ד, וכן פסק רעק"א על הגיליון שם על פי דבריו: 'ודיעבד מותרים'. ובשו"ת רבבות אפרים או"ח ח"א סי' ה הביא בשם החזו"א שמעיקר הדין אין איסור לאכול אוכלים ששהו תחת המטה.

בתורת חיים בב"ב שם כתב בטעם דין זה כי כיון ששינה הינה אחד משישים דמיתה, נמצא שהמאכל שרה באוהל המת. ולדבריו, ברור שאין מניעה לאכול את המאכל, כיון שלא שמענו איסור לאכול מה שהיה באוהל המת.

הערוך השולחן שם סעי' יא כתב שלא נוהגים להזהר האידנא בדין זה: 'ועכשיו אין מזהרים בזה ושומר פתאים ה' כיון דדשו בהו רבים'. מעין זה כתב המלבי"ם בארצות החיים ס"ד להקל, כיון שלדעת הרמב"ם אין בזמן הזה סכנת רוח רעה בכלל.

הפרישה בס' קטז גם התיר האידנא לאכול מה שהיה תחת המיטה, עפ"י דברי הרמב"ם בהל' רוצח פ"ב: 'ולא יתן תבשיל תחת המטה, אעפ"י שהוא עוסק בסעודה, שמא יפול דבר המזיק והוא אינו רואה'. וכיון שהאידנא לא אוכלים על המיטה, סבר הפרישה שאין לאסור האי דינא. ברם הב"י לא סבר כן ואסר אף האידנא.

ברם בניגוד לכל הנ"ל, החיד"א בשו"ר ברכה ס"י קטז אות י' סבר שהמאכל נאסר אף בדיעבד (וחילק בין נידון זה לדיון העיסור הנ"ל), וכ"כ הבן איש חי בס' קטז אות יד. הרי שהחבירו יצר נזק לבעל המאכלים בעת שדחק אותם תחת המיטה.

בדעת הגר"א נפלה מחלוקת. הפתחי תשובה שם סק"ה הביא מה'בינת אדם' כלל ס' סג שכתב בשם הגר"א: 'שאם עשה כן יזרקם במקום שלא ימצא אותם אדם'. וכ"כ בשו"ת בנין עולם ס"י לג אות טז שהגר"א אסר בדיעבד צוקר שהיה מונח בתיבה שישן עליה אדם, וצוה להשליכו בנהר. אולם בדרכי תשובה הביא בשם הגר"ח מוואלוז'ין שהגר"א החמיר במאכלים שהיו תחת המיטה רק לעצמו, והתיר לאחרים. והביא שם עוד פוסקים שהתירו בדיעבד.

מלבד מחלוקת זאת, ישנם כמה תליות שניתן להקל, ולהכשיר את המאכל באכילה;

הנה הדרכי תשובה שם אות לז והשדי חמד כלל קמא אות לא כתבו בשם פוסקים שאם היתה הריצפה מרוצפת, לא שורה רוח הרע, ואזי אין כלל לאסור את המאכלים.

הפר"ח שם סק"ו סבר שאם המאכל תחת המיטה היה מכוסה, הוא מותר. נמצא, שכל שהיה בתוך התיק, חשיב מכוסה ומותר לשיטתו. אך החיד"א בשו"ר ברכה שם אות ט' חלק על כך, ותמה שרוח רעה שורה גם על המכוסה, ודייק כן מלשון הגמ' שם: 'משקין תחת המטה אפילו מחופין'. ואין כל מעלה בכך שהיה בתוך התיק.

אם היה המאכל חי, ישנה עוד תליה להתיר. שכן הפת"ש שם הביא מהגר"א כי אפילו אוכל חי אסר באכילה, אך הבינת אדם דלעיל התיר לאכול אוכל חי שהיה תחת המיטה, ורק את המבושל אסר, וזאת עפ"י דברי הרמב"ם, שמא יפול דבר מה, וזה שייך רק בתבשיל.

בר מין דן, בשו"ת רב פעלים ח"ד ס"ה ה' בקונטרס סוד ישרים כתב וז"ל: 'מ"ש חז"ל המניח אוכל תחת המטה ששורה עליו רוח רעה, אם הניח אדם אוכל של חבירו תחת המטה שלא בידיעתו וזה המניח הוא איש זר ולא קרוב כדי שנאמר "ידם כידו", אין שורה עליו רוח רעה על האוכל המונח תחת המטה'. כלומר, האיסור של רוח רעה לא חל על ע"י זר שיניח תחת מיטתו. טעמא דמילתא לא ברור לי, אם זהו מציאות של רוח רעה תחת המיטה, אך הרי לן מקור שכלל לא יכול המאכל להאסר ע"י חבירו. ואכתי, יש שחלקו ע"כ.

## שמן חנוכה שהיה תחת המיטה

הנה השמן נחשב כמאכל חי ולא מבושל, ושפיר יש לתלות במחלוקת בדין זה, ולהקל.

אלא שהבן איש חי פרשת וישב והכף החיים בס' תרעג ס"ק יא כתבו שאין להדליק בו, מדין 'הקריבהו נא לפחיתך', שנמאס ממאכל אדם ונמאס בכך למצווה, וגנאי להדליק בו.

אומנם לגבי אתרוג שהיה תחת המיטה, רבים התירוהו, ולכאורה יש להשוות דינו לשמן החנוכה; בשו"ת עין יצחק (הג"ר יצחק אלחנן מקובנא) או"ח בס' כד סבר להתירו עפ"י השבות יעקב שלא נפסל בדיעבד, וסבר שאף שיש איסור משום סכנה אכתי נחשב 'מן המותר בפיר'. וכבר דן בדבריו בשדי חמד מערכת ל כלל קמא אות לא, וכתב שראוי להדיחו במים ג' פעמים, וכן פסקו להתירא האדר"ת ב'עובר אורח' ס"ד, ובשו"ת חלקת יעקב ח"ג ס' עז, ובשו"ת מנח"י ח"ח ס' נז, ובתשובות והנהגות ח"ב ס' שטז.

ויש לדון אם להשוות את הדינים, ואם שמן להדלקה צריך להיות ראוי לאכילה בפועל, ואז יחשב כמעשה היזק לשיטת האוסרים.

## פטור מלשלם כשיש מחלוקת אם נאסר

איתא בגמ' בב"ק בדף צט: 'ההוא מגרומתא דאתאי לקמיה דרב, טרפיה, ופטריה לטבח מלשלומי דמי'. כיון שהיה ספק הגרמה בשחיטה, אומנם אסר באכילה אך לא חייב את הטבח לשלם מחמת הספק על כך. וכן נפסק בשו"ע בס' שו"ע ה', והוסיף ע"כ הרמ"א: 'אף על גב דאנו נוהגין לאסרו, אפילו הכי פטור מממון, וכן נראה לי'. נמצא, שאין לחייב בתשלומים את המזיק כל עוד ישנה מחלוקת אם נאסר הדבר באכילה.

הרמ"א שם הוסיף, שהתרומת הדשן חולק ומחייב בתשלום, הגם שהאיסור מוטל בספק. אך לא סבר הרמ"א כמותו. ברם הש"ך שם סק"י כן פסק כתרוה"ד, כיון שבפועל מחמירים בדין ואוסרים, נזקף הנזק לשוחט, ונדרש ממנו להזהר בכל החומרות הנהוגות: 'דודאי כל היכא דנהגין לאסרו אף על גב דאינו אלא מכח חומר', כיון שהוא מפורש בהדיא בהלכו' שחית' שביד השוחט' שלומדי'... חייב לשל' ואין טעם לפוטרו, שהרי ידע שאם נעש' קלקול זה תיאסר השחיט', וה"ל ליזהר בכה"ג. לדבריו, יש לכאורה לחייב את הדוחף את התיק תחת המיטה, כיון שנוהג בעל התיק להחמיר בדין זה.

אלא שאכתי יש לחלק, שכן הש"ך חייב כשיטת תרוה"ד, דווקא במילי שהיה צריך השוחט לדעת ולהזהר לשחוט לפי החומרות המצויינות ונהוגות. ברם מסתבר ויודה הש"ך ואולי אף תרוה"ד, שבשאר מילי ודינים שונים, שלא הכל בקיאים בדינם, לא נדרש מה'מזיק' להזהר. וכיון שדין זה מצוי במחלוקת לא ניתן לחייב את חברו, כשאין מעשה היזק ברור.

## גרם לחבירו להוציא ממון

בנידון שלנו, בעל התיק תבע את חברו לא בשל שורת הדין, אלא בשל כך שגרם לו להוציא הוצאה חדשה ולרכוש לעצמו שמן להדליק נרות חנוכה, ומצרכים לאכול. ולכאורה טענתו הינה, לא מדיני יורה-דיעה ואיסור-והיתר כי נאסרו מדינא, אלא שבמעשהו גרם לו הוצאות ממון מיותרות.

האור שמח בהלכות שכירות פ"י כתב כי כל היכא שנאסר הדבר מהספק, כיון שהוא חיסרון ידיעה שלנו להכריע, נחשב מעשהו כהיזק שאינו ניכר, ואם עשה זאת המזיק מספק הינו פטור.

כן כתב בשערי יושר שער א פרק ט"ו שאם לא מוכח שהמזיק פגם את החפץ, אלא מנע מהבעלים מלהשתמש בו בשל ספק איסור דקאי עליה, לא חשיב היזק.

בנידון שלנו, הדוחף לא היה מודע לכך שישנם דברי מאכל בתיק חברו, ופעל בתום לב תוך כדי סידור החדר, ולכן לא יאה נכון לחייבו על ספק איסור, הגם שהתובע נוהג לאסור זאת. ואף אם לו היה נחשב כגרם לו הוצאת ממון, הוי גרמא, ופטור בהיותו שוגג.

## מי הזיק? הישן, או הדוחף את התיק

טענת הדוחף את התיק הינה, שמי שבפועל 'הזיק' ואסר את המאכלים הינו הישן במיטה, ולא מעשה דחיפת התיק למקום זה אסר אותם. ואדרבה, יש לתבוע את המזיק ולא אותו.

שנינו במסכת בב"ק פ"ב מ"ו: 'אדם מועד לעולם בין ער בין ישן... שיבר את הכלים משלם נזק שלם', הרי שגם לישן ישנה אחריות, ונחשב מועד.

מאידך, הירושלמי שם פ"ב ה"ח כתב: 'א"ר יצחק, מתניתא בשהיו שניהם ישינין. אבל אם היה אחד מהן ישן ובא חברו לישן אצלו, זה שבא לישן אצלו הוא המועד'. נחלקו הראשונים בביאור דין הירושלמי;

התוס' בב"ק בדף כז: בד"ה 'ושמואל אמר' מנה דין הירושלמי כדוגמא לדין שמזיק באונס גמור, פטור.

ואילו הרמב"ן בב"מ בדף פב: שחייב במזיק באונס, סבר שהירושלמי פטר משום שהשני שבא וישן אצל הישן הזיק עצמו, והפקיר עצמו בכך שהלך לשם באופן שעשוי להנזק.

מדברי הרמב"ם בהלכות חובל ומזיק פ"א ה"א נראה שסבר כרמב"ן, שכן נימק את פטור הישן משום שהשני המועד ופשע בעצמו ולא כתב כי מחמת היותו אנוס הוא פטור: 'אדם מועד לעולם... בין ישן... אבל אם היה אחד ישן, ובא אחר ושכב בצדו, זה שבא באחרונה הוא המועד, ואם הזיקו הישן פטור, וכן אם הניח כלי בצד הישן ושברו הישן, פטור שזה שהניחו הוא המועד שפשע'. וכבר עמד ע"כ המ"מ שם פ"ו ה"א. והכס"מ שם תמה שמדין אחר שם בהלכה ד: 'היה עולה בסולם, ונשמטה שליבה מתחתיו ונפלה והזיקה',

סבר הרמב"ם כתוס' שפטור משום היותו אנוס, כתוס'. ובאבן האזל שם יישב, שהיכן שמזיק בגופו ממש לא אמרינן לפטור מטעם אנוס.

בנידון שלנו, הניזוק וודאי לא הזיק עצמו, שכן בעל התיק לא הניח את התיק תחת המיטה, אלא חבירו עשה זאת. וגם לא נכון לומר שהוא הזיק בשנתו באנוס, שכן לפני שעלה על יצועו, יכל לבדוק אם יש במעשהו קלקלה, ואם יש דברי מאכל תחת מיטתו. ולכאורה אין מקום לפטור את הישן, שהזיק בשנתו על התיק עם המאכלים.

ברם, כלל גדול נאמר בדיני הנזיקין, שעל מנת לחייב את המזיק הינו צריך להיות מודע לאחריות שלו לבדוק ולהשמר. כלומר, ברשותו של אדם לא נדרש מהבעלים להשמר מפני תופעות שעשוי להזיק, שכן לא נדרש ממנו להעלות על דעתו זאת, כמבואר בב"ק בדף לב, וכן פסק הרמב"ם בהלכות חובל ומזיק סוף פ"א. וכן ברשות הרבים שהכל מצויים שם, אף שאסור לרמוס חפצי זולתו, אם דרך על חפצים נמוכים וקטנים הוא פטור, מהטעם הנאמר בב"ק כז: 'לפי שאין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים', וכן פסק הרמב"ם בנזקי ממון פ"ג ה"ה.

ומאי טעמא, לא נכון לדרוש מהעולה על יצועו כי יבדוק לפני כן, האם הכניסו תחת מיטתו תיק ומה תכולתו. ועל כן אין להפנות אל הישן כל חיוב ממוני בשל מאכלים אלו.

# מאורות תורת המשפט

## תשובות אקטואליות בדיני ממונות

אבישי נתן מייטליס

ז' באדר תשע"ח נשלח חיינם מידי שבועיים, להצטרפות: [meorothamishpat@gmail.com](mailto:meorothamishpat@gmail.com) גליון מספר 65

## חלוקת רכוש ומתנות בעת גירושין

### המקרה

בעת גירושין (ל"ע) התקשו בני זוג להגיע לעמק השווה בדבר חלוקת הנכסים וכלי הבית, ובכללם דירה שניתנה להם ע"י הורי האישה ונרשמה בטאבו על שם שניהם, והם מבקשים לדעת כיצד עליהם לנהוג בנושא זה לפי שורת הדין.

**טענת האישה:** הורי לא נתנו את הדירה לבעל אלא בהיותו בן זוגי, ומשנפרדו דרכינו על ביה"ד להטיל עליו צו להסיר את שמו בטאבו.

**טענת הבעל:** הליך רישום הדירה על שמי בטאבו מעיד כי היא ניתנה לי במתנה אישית, כפי שנהוג לתת לחתן מתנות. לו רצו ההורים לתת את הדירה כמתנה רק לבתם, לא היה להם לרשום אותה על שמי אלא על שם בתם בלבד.

### תשובה

לאחר הנישואין, מתנות הניתנות לחתן אינן חוזרות במקרה של גירושין, אלא אם כן היתה על כך התניה מפורשת. לגבי מתנות שקיבל הבעל מהאישה במשך שנות הנישואין, ישנה מחלוקת אם מחויב להשיב לה כל עוד אינה מורדת בו, ואין להוציא מידו מספק.

רישום הבעל בטאבו; ישנה מחלוקת האם להגדיר את הרישום בטאבו כמתנה או לאו, ואין בכח הספק להוציא מיד הבעל שרשום כבעלי הנכס. ברם יש לדון בכל מקרה לגופו מפאת אומדנות נוספות בכל נדון ומקרה.

מתנות הניתנות לאישה מסווגות לאלו שנועדו להתנאות בהן בעת הנישואין, כגון תכשיטים, החוזרות לבעל, ולסתם מתנות שאינן חוזרות, למעט במצב של מורדת, שאז אף אלו חוזרות לבעל.

מתנות שקיבלו מקרוביהם ומשמשים את שניהם, ניתנות לבן הזוג של הקרוב. ברם אם ניתנה מתנה אישית לבן הזוג השני, נותרת היא אצלו. מטעם זה, לא יוכלו להוציא את הדירה מידי הצד השני אם רשמו גם את שמו בטאבו, שכן יתכן והיא ניתנה גם לו כמתנה אישית.

הגרשה נוטלת עימה את בגדיה שרכשה במהלך חייהם המשותפים (אא"כ היה חייב לגרשה מן הדין), אולם נפסק להלכה כי את בגדי שבת מחוייבת להשיב לבעל, פרט לאלו שקיבלה מקרובה, או שקנתה בשובר אישי שקיבלה. אמנם במציאות ימינו אין לכך משמעות מלבד לשמלות ערב מיוחדות.

### נימוקי הדין

#### נתן מתנה לחבר והסתכסך איתו

הנמוקי יוסף בדף נט. מדפי הרי"ף כתב: 'המשכיר בית לחבירו לזמן ידוע כשהיה אוהבו ואח"כ היתה מריבה ביניהם, אין יכול להוציאו מן הבית שהשאל או השכיר לו. ומשמע שם שאם אמר לו תחילה שמשכיר לו משום שהוא אוהבו ונעשה שונאו, יכול להוציאו'. וכן פסק הרמ"א בס' שיב סעי' ט. נמצא, שמתנה שאדם נותן הינה חלוטה בידי המקבל בלא יכולת לערער. ואף לו יהיה קץ לקירבה שביניהם והחברות ששררה

תעלה על שירטון, לא יוכל לדרוש את המתנה חזרה, בלא הודעה מוקדמת בעניין. שהרי אין ערובה לנותן המתנה שהמקבל יחזיר את חפצו שלו לעולם, ולא מוגבלת המתנה לרמת הקירבה ואהבה שלהם.

הנתינה<sup>מ</sup> שם ביאורים סק"ז הרחיב דין זה ואמר, שאף אם אמר שנתן את המתנה בשל אהבה ששוררת ביניהם, כל עוד לא כפל תנאי שיביע שאם לא ימשיך מצב אהבה זה תחזור המתנה – המתנה אינה תלויה במצב שביניהם, ואינו יכול להחזירה אליו לאחר שנתנה מכבר: 'אפילו אם אומר בפירוש מחמת שהוא אוהבו, ואפילו אמר תנאי בפירוש, לא מהני עד שכופל לתנאי'. וכ"כ הקצוה<sup>ח</sup> בס"י שיט סק"א: 'בזה שאומר בשעה שמשכירו מפני שהוא אוהבו, אין בזה גילוי דעת כלל רק במה שאמר, וכיון דלא כפליה לתנאיה ולא אמר כלל בלשון תנאי, אין בזה לא משום גילוי דעת ולא משום תנאי'.

ברם הוסיף הקצוה<sup>ח</sup> שם שאם ברור לכו"ע בבירור שנעשה המקח על דעת מסוימת, הרי המקח כפוף להתנאה זו, ולמד זאת מדין הגמ' בקידושין בדף ג. שאם מכר ביתו כשהיה בדעתו לעלות לארץ ישראל, ולבסוף נותר לגור במקום, המכירה בטילה. כיון שאין אדם מוכר קרקע ללא סיבה: 'היינו דוקא במוכר קרקעות שהוא מתפרנס ואין דרך למוכר'. אך במטלטלין וכן בשכירות קרקע דרוש להתנות תנאי כפול.

הרמ"א בחו"מ בס"י רז סעי' ד פסק שיש להכריע עפ"י אומדנות במתנה: 'מיהו אי איכא אומדנא דמוכח, נתבטל המקח. וי"א דבמתנה דברים שבלב הו"ן דברים'. הרי שנכון לאמוד את מניע המתנה, ולהכריע לגבי החזרתה. ובאר הסמ"ע סק"ז בטעם הדין: 'הטעם, דדוקא במכר דקיבל מעות מסתמא גמר ומקני אם לא דפירש, משא"כ במתנה דהוא בחנם, דאומדן דעת כל דהו מבטל המעשה ואמרין ביה דלא גמר בדעתו ליתנו לו בחנם'. נמצא, שנכון לאמוד מתנה שניתנה עפ"י נסיבותיה. אומנם בהעדר אומדנא מוחלטת, כפי שכתב הקצוה<sup>ח</sup> לגבי מתנת מטלטלין לאוהב, יש להתנות תנאי כפול.

### **האם ישנה אומדנא בגידרן של מתנות שניתנו בזמן הנישואין**

יש לדון לגבי מתנות שניתנו לכל אחד מבני הזוג במהלך שנות הנישואין, אם משהתפרקו הנישואין מחוייבים להשיבם שכן גלוי וידוע לכל העולם שלא ניתנו בכדי שיקחו עימם ביציאתם, או שמא הינם ככל מתנות אוהב, שניתנו לבן זוג באופן מוחלט בשעות קירבה ריגשית ששכנה ביניהם.

השו"ע באבהע"ז בס"י צט סעי' ב פסק: 'הנותן מתנה לאשתו, אף על פי שהוא מגרשה מדעתו, זכתה במתנתה. הגה: נראה לי כאן טעות, אלא כך ראוי להיות: אף על פי שמגרשה שלא מדעתה, כגון שסרחה עליו, אפילו הכי מתנתו שלה'. ובאר הח"מ סק"ז שהאומדנא היא שניתן כמתנה חלוטה לאישה ולא לגבותה באם יתגרשו: 'הנותן לאשתו קרקע או מעות או אפי' שאר מטלטלין שאין ראויים ללבוש ולהתנאו' זה נגבה בין באלמנות בין בגירושין כל שאינה מורדת בו, דלא גרע מתוספו' שליש שמוסיף לה בכתובתה, דאטו מאן דיהיב מתנה לחברה ולרחמיה ערבא בעי למשקל מיניה דרחים ליה לעולם'.

וכ"כ החת"ס ח"ג אבהע"ז א ס"י קמא, הובא בפת"ש שם סק"ז: 'והנה כללא כיילי הגאונים דשדרא ממתיתבתא אפי' סרחה עליו לעולם המתנות שלה, חוץ ממורדת שפוחתין כדרך שפוחתין מכתובה... ובלבוש כ' אפי' מצא בה ערות דבר. והדין עמו, דלעולם נימא השתא הוא דאיתרע, ועד עתה ה' טובה וישרה, וא"כ חל המתנה שעה. ואיכא סברת הגאונים, אטו מאן דיהיב מתנה לפלוני צדיק ונעשה רשע, יחזור מתנתו בשביל זה'. הרי אפילו שמצא בה ערוות דבר וזינתה תחתיו, זכאית להחזיק במתנות שקיבלה, ואין אומדן דעת שנתן לה בהתנייה שתשאר עמו, ככל מתנות אוהב, פרט למצב של מרידה.

בשו"ת רבי יצחק אלחנן ס"ק במכתבו לגר"ש מסלאנט למד מדברי הנתינה<sup>מ</sup> דלעיל, שיש ליתן את הנדוניא מיד לאישה בחזרה באם הבעל מורד: 'אומדנא ברורה, דמה דמכנסת האשה הנדוניא להבעל זהו העיקר לפי דהוי בעלה, משא"כ היכא דמורד עליה ואינו נוהג מנהג אישות אדעתא דהכי לא נתנה לו, דידוע לכל דעיקר כוונתה היה ליתן לו רק אדעתא דיהיה לה בעל כדרך כל הארץ'. אבל לא סבר כן לגבי מצבים נוספים של גירושין.

### **שמין בגדי אלמנה**

הגמ' בכתובות בדף נד. כתבה לגבי אלמנה: 'אלמנה. רב אמר שמין מה שעליה, ושמואל אמר אין שמין מה שעליה'. רש"י באר שנחלקו רב ושמואל באלמנה שבאה לגבות כתובתה, אם מחשיבים את הבגדים שעליה כחלק מתשלום כתובתה.

הגמ' ביררה כמאן הלכה: 'אמר רב נחמן: אף על גב דתנן במתניתין כוותיה דשמואל, הלכתא כוותיה דרב; דתנן אחד המקדיש נכסיו, ואחד המעריך את עצמו - אין לו לא בכסות אשתו ולא בכסות בניו, ולא בצבע שצבע לשמן, ולא בסנדלים חדשים שלקח לשמן. אמר ליה רבא לרב נחמן: וכי מאחר דתנן מתניתין כוותיה דשמואל, אמאי הלכתא כוותיה דרב? אמר ליה: לכאורה כשמואל רהיטא, כי מעיינת בה הלכתא כוותיה דרב, מאי טעמא? כי אקני לה - אדעתא למיקם קמיה, אדעתא למשקל ולמיפק לא אקני לה'.

וכן פסק הרי"ף בכתובות בדף כא. מדפי הרי"ף והרמב"ם בהל' אישות פרק טז ה"ד: 'וכן התקינו שכשתבוא לגבות כתובתה אחר מותו... ושמין לה כל מה שעליה ופוחתין אותו מכתובתה'.

הרי דין פסוק הוא ששמין את כל בגדי האלמנה, ומפחיתים מכתובתה דמי לבושה ובגדיה, ומבוסס דין זה על האומדנא שלא נתן לאשה על מנת שתצא מביתו, כשיוצאת שלא מדעתו אלא באונס שמים.

## אם שמין בגדי גרושה

ברם בדינה של הגרושה, ישנה מחלוקת ראשונים אם שמין את בגדיה שעליה, ומפחיתים מכתובתה;

**א.** הרי"ף שם והרא"ש בכתובות פ"ד הל"ב סברו שדין גרושה שונה מדין האלמנה, ולא שמין לגרושה את בגדיה. וכ"כ הרמב"ם בהל' אישות פרק טז ה"ד: 'אבל אם גירשה לרצונו... ואין שמין כסות שעליה, שהרי לקחן לה וזכתה בהן, והוא רוצה להוציאה לא היא'. וכ"כ הרשב"א שם: 'ויש מי שאומר דבגרושה אפילו בגדי שבת אין שמין לה דכולהו אקני לה'. וכן הוא במלחמות ה' לרמב"ם בכתובות שם: 'אבל מגרש את אשתו כיון שהיא קנתה כדי לעמוד לפניו ועכשיו היא יוצאת בעל כרחו, תימא, תנו לי בעלי ואעמוד לפניו, דהא לאו למיפק קיימא... למה זה דומה, לנותן מתנה לחבירו על מנת שישמשנו, שמתנתו מתנה כיון שהעכבה אינה שלו, והא נמי מתנה גמורה היא'.

בטעם החילוק בין אלמנה לגרושה כתב הרי"ף: 'ופוק ושמעין מינה דמאן דגריש לאתתיה מדעתא דנפשיה אין שמין לו מה שעליה'. וכן הוא ברא"ש שם. כלומר, בעוד אלמנה יצאה ממנו שלא מרצונו ועל כן לא סביר שהבעל הניח לה לזכות בבגדיה: 'על מנת למיפק לא אקני לה', אך כשמגרשה מדעתו, נותן לה את בגדיה שעליה. ומדוע אם מגרשה מדעתו נותן לה בגדיה, כתבו הראשונים שם: 'דלאו איהי בעיא למיפק אלא איהו בעי לאפוקה'. כלומר, כיון שמגרשה שלא מרצונה, הינה זכאית לבגדיה. ולא בארו טעם לדבריהם. האם יש כאן 'קנס' על כך שגירשה נגד רצונה, או שזהו דינה של הגרושה אף לו חפיצה בגירושין או יוזמת אותן, כל עוד אינה יוצאת ממנו בעל כורחו כפי שאלמנה יוצאת או כשמצווה להוציאה בעל כורחו.

**ב.** הר"ה שם הובא גם בר"ן סבר: 'דאפי' בגרושה שמין מה שעליה, דהא אלמנה נמי לאו איהי נפקא אלא מן שמיא מפקו לה, ואפ"ה אמרי' דלא אקני לה אלא אדעתא דמיקם קמיה'.

ניתן לבאר את יסוד מחלוקתם בשני אופנים;

**א.** אפשר שיסוד מחלוקתם נעוץ באומדנא האם בדעת הבעל להותיר את מתנותיו לאשתו גם באם יתגרשו (אפשר להטעים סברתם, ולא בהכרח, האם הבגדים מוגדרים כתכשיט וניתנו להתנאות בהם בזמן הנישואין, או כבגד להתכסות, ולשימוש אישי בלא זיקה לנישואין אליו).

מהאי טעמא יש לבאר את דברי הרב המגיד בהל' אישות שם שאם היה הבעל חייב להוציא את האישה בעל כורחו, הרי וודאי ששמין את הבגדים שעליה כחלק מתשלום הכתובה. והח"מ בס"י צט סק"ב הוכיח שכן סברו הרי"ף והרא"ש, שכל שלא כפו עליו לגרשה לא שמין בגדיה, כיון שאמרינן שרצה ליתן לה. ברם הטור בס"י צט הביא את העיטור שסבר: 'דוקא שמוציאה מדעתו בלא טענה רק שמוצא אחרת נאה הימנה (אז לא שמין), אבל סרחה עליו אדעתא דהכי לא אקני לה'. הרי אף שלא כופין אותו להוציא, ישנה אומדנא שלא נתן לה שיהא שלה.

**ב.** אפשר לראות מדין זה יסוד בהגדרת חובת הבעל בכסות אשתו. לעומת חובת הבעל ליתן מזונות לאשתו, שיהא שלה, ואף אם צימצמה עצמה וקימצה בעיסתה ולא אכלה, כל שזכאית לו הינו שלה, כמש"כ התוס' בנזיר בדף כד: בד"ה 'שקימצה', וכ"כ בתשובה מאהבה הובא בפת"ש אהע"ז ריש סי' ע. חובת הבעל בכסות לאשתו אינו ליתן לה אותם ולהקנות לה אותם, אלא זכות



שימוש נתן לה, כל עוד שאצלו, כלשון הריב"ש דלעיל: 'שלא קנאתן כלל, ועדיין של בעל הם'. ולהבנה זו, ישנה השוואה ודימיון של דין כסותה לדין מדור, שאינו חייב להקנות לה מדור, אלא זכות מדור מחוייב לאישה. ברם אם לא שמין הבגדים שעליה, בהכרח אמרין ש'אקנוי מקני לה' לאשה, כדין חיובו במזונותיה. וכן חקר בספר דברי יוסף אהע"ז ס' עג להגר"י כהן צ"ל אב"ד בירושלים, האם הבעל מקנה לאשה כסות ומדור בקניין גמור והוא שייך לה, או שהכסות והמדור שייכים לבעל, והוא נותן לה שימוש בהם.

כן הוא לשון ההפלאה קונטרס אחרון ס' צט סק"ג: 'דהיכא דלא עשו לה בגדים רק כדי חיוב גרע טפי, דאין כאן ראי' שהיתה כונתו להקנות לה אפי' בגרושה, כיון דהי' עושה לה רק מחמת חיוב... ומ"מ נראה דאם לא רצה לזונה ולפרנסה וב"ד כפוהו לכך עד שהוצרך ללבשה כפי החיוב ואח"כ גרשה מדעתו, דשמין לה, דלא שייך בזה דאקני לה כיון שהי' בע"כ דידי'. ומעולם לא נתן לה שיהא שלה.

כן מבואר בשו"ת חת"ס ח"ג אבהע"ז ס' קטו שאומנם בהיותם נשואים הבגדים שלה באופן גמור, אך לא ניתנו לה באופן מוחלט: 'וצ"ל מ"מ שמין מה שעלי' לרב דה"ל כמתנה ע"מ להחזיר לכשתצא ממנו בארמלות, אבל כל זמן שעומדת לפניו הרי היא שלה ממש במתנה, וקנין גמור'.

### האם כל בגדי הגרושה נותרים אצלה

כפי שראינו, ישנה מחלוקת אם רשאית הגרושה שגירשה מדעתו ומרצונו ליטול בגדיה בנוסף לדין כתובתה, ובדעת הסבורים שהינה זכאית להחזיק בבגדיה, ישנה מחלוקת אם הכוונה גם לבגדי שבת, ומילתא בטעמא איכא;

**א.** הרשב"א בכתובות שם, הובא בר"ן שם סבר שכל הבגדים שאצל הגרושה בין בגדי חול ובין בגדי שבת מקנה לאישה. ועל כן גם אם גירש אישה מדעתו, ואין סברא של על מנת למישקל וליפק, שכן הבעל הוציאה מדעתו: 'ויש מי שאומר דבגרושה אפילו בגדי שבת אין שמין לה דכולהו אקני לה... בעל לאשתו אקנוי מקני לה בין דחול בין דשבת, ואם הקדיש והעריך עצמו אין לו בכסות אשתו ואפילו דשבת, וכיון שלהן הן אינו יכול למשכנם וליתנם לאחר'. וכיון שקנתה בגדיה, אין לשום בגדי חול ושבת שלה כחלק מכתובתה, ותקבל דמי כתובה מלאים. וכן סבר הרא"ש בכתובות שם.

אומנם ישנה מחלוקת בדעתו, האם דין גביית בעל חוב זהה ותואם את זכות האישה ליטול בגדיה. ה"ה בהל' מלוה ולוה פ"א סבר שאינו גובה כלל מבגדיה, כדין שומת הכתובה. וכ"כ הבית יעקב בריש ס' צט שהראה שיש זיקה ישירה בין הדינים. אך הב"ש בס' צט סק"ג כתב שאין זיקה בין דיני גביית בעל חוב שרשאי לגבות מבגדי שבת, לזכותה האישית של האישה בגרושה, שזכאית אף לבגדי שבת.

**ב.** הרמב"ם בהל' מלוה ולוה פ"א ה"ה חילק בין בגדי שבת לחול בד"ה הגרושה: 'אין בעל חוב גובה לא מכסות אשתו ובניו של לוה... בד"א בכלי החול, אבל בגדי שבת והמועד גובה אותן בעל חוב. ואין צריך לומר אם היו בהן טבעות וכלי זהב או כסף, שהכל לבעל חובו'. הרי שיכול בעל חוב לגבות מבגדי שבת של אשתו, שאינם קנויים לה, ולכן שם לה אותן בכתובתה, אך מבגדי חול הבע"ח אינו גובה, שמעינן מכך שהיו שלה, ולא ישום לה אותן בכתובתה. וכ"כ בשו"ת הריב"ש ס' שא: 'דדוקא בבגדי חול, שאין ב"ח גובה מהן, לפי שקנאתן האשה, כל שלא תצא מדעתו. אבל בבגדי מועד ושבת, לא קנאתן האשה כלל, ולא זיכה אותן לה, ובעל חוב גובה מהן. והוא הדין ששמין אותן לה אפי' בגרושה, כיון שלא קנאתן כלל, ועדיין של בעל הם'.

וכן פסק השו"ע בס' צט סעי' א: 'אבל גרושה שגירשה בעלה מדעתו בלא טענה, אין שמין לה בגדי חול, אבל של רגל ושל שבת שמין לה'. הב"ש שם סק"ד הוסיף ע"כ, שאף אם הבגדים שווים יותר מסכום הכתובה אין מוציאין ממנה את הבגדים, וזכות האשה לשלם את המותר בכסף.

יש לציין, שבעידן שלנו שאין 'שוק' גם לבגדי שבת, אין משמעות לבגדי שבת, ואין מה לשום אותם בשווי כתובתה. רק לבגדי ערב יחודיים יהיה דין זה תקף, וישומו אותן בדמי כתובתה, אבל את יתר בגדיה תטול עימה.

## אם שמין בגדי גרושה שהיה חייב לגרשה

השול"ע בריש סי' צט פסק עפ"י העיטור והר"ן: 'אבל גרושה שגירשה בעלה מדעתו בלא טענה, אין שמין לה בגדי חול'. נחלקו הפוסקים בביאור כוונת מרן 'בלא טענה'.

בדברי הרי"ף והרא"ש הנ"ל מדויק וכן כתב המ"מ באישות שם שרק אם הגירושין נבעו מרצונו של הבעל להתגרש לא שמין בגדי גרושה, אבל אם נאלץ להתגרש על פי חז"ל אזי שמין לה את הכסות ופוחתין מכתובתה. ולא הצריכו שתהיה הכפיה עילת הגירושין בכדי שישום בגדיה.

אך הח"מ סי' צט סק"ב דקדק מדברי המ"מ שחלק ע"כ, וסבר שרק אם כופין על הבעל לגרש, אזי שמין, אך אם אין דין כפיה לגרש, אף שיש לבעל טענה צודקת להתגרש מהאשה – אין שמין.

אולם הב"ש שם סק"ב יישב את דברי המ"מ באופן שלא יחלוק על העיטור: 'ואפשר העיטור איירי אף אם הוא מגרש אותה מ"מ כיון דהיא גרמה שמין, והמגיד איירי אפילו כשהוא הגורם כגון שהוא מא' שכופין אותו לגרש והיא מבקש' הגט, שמין'. כלומר, המ"מ הוסיף שכל היכא שהכפיה על הגט היא עילת הגירושין, שמין.

אומנם בפד"ח ח"ד עמ' 257 בהרכב הגר"ע הדא"ה, הגר"י הדס, הג"ר אלישיב כתבו, שאף אם: 'נתן הבעל מתנות לאשתו וגירש אותה משום שמצא בה ערות דבר, היא איננה חייבת להחזיר לו את המתנות כי עד אז היתה בסדר'. למעט מצב של מורדת.

## אימתי המורדת מחייבת להשיב את מתנות הבעל

בדינה של מורדת נאמר בשול"ע בס' עז' ע"ב שחייבת להחזיר לבעל את כל המתנות שקיבלה ממנו, משום דאומדים את דעתו דאדעתא דתשקול ותיפוק לא נתן לה. ע"כ אם הבעל ביקש שלום בית והאשה מסרבת, יש לחשבה כמורדת. ובפד"ר יא עמ' 128 כתבו שאף אם הבעל פתח את התיק, אם עילת הגירושין הינה משום שהאשה מסרבת לחיות עמו, חשיבא כמורדת, ומפסידה.

אלא שהטור באהע"ז בס' פה הביא בשם הרמ"ה שהמורדת מפסידה מתנותיה רק אחר שכתבו עליה אגרת מרד. וכן מבואר במגיד משנה באישות פי"ד הל' ט"ז, שכתב בדעת הרשב"א: 'זהו דין המורדת, לאחר ד' שבתות והמלכה שנייה הפסידה כל כתובתה, עיקר ותוספת, ומה שנתן לה הבעל'. הרי שרק אחרי ד' שבתות מפסידה כתובה והמתנות מבעלה. וכן הוא בטור בס' עז'.

אולם בתשובות הרשב"א ח"א סי' אלף רל"ה הובאו דבריו בב"י סי' עז מבואר דמורדת מפסידה את המתנות מיד, לפני שהכריזו עליה, וטרם שהפסידה כתובתה. ובפשטות כן סבר הרמב"ם בהל' אישות שם ה"ח שמפסדת המתנות מיד (אלא דשם איירי במורדת דמאיס עלי, שגם את הכתובה מפסידה מיד כשיטתו).

אלא שיסוד שיטת הרמ"ה טעונה ביאור, שכן אם חיובה להשיב המתנות הינו מכח האומדנא דאדעתא דתשקול ותיפוק לא יהיב לה, מדוע קישר ותלה דין המתנות לכתובה? וכל שחל עליה דין מורדת היה לה להחזיר מיד את המתנות.

הגר"ח צימבליסט בפד"ר יא עמ' 256 באר כי יסוד חיובה להחזיר המתנות והכתובה הוא מדין 'קנס', ולא מדינא, וע"כ סברו הרמ"ה והטור שרק אחרי שכתבו עליה אגרת מרד, קונסים אותה. אומנם העיר שהראשונים לא כתבו שמפסידה מטעם קנס, אלא כתבו בטעם הפסד המתנות משום דאדעתא למשקל ולמיפק לא אקני לה. ואכן צ"ע כיצד לא כתבו את עיקר הטעם.

וכיון שישנה פלוגתא דרבוותא אם המורדת מפסידה את המתנות עוד לפני שהפסידה את הכתובה, דלדעת הרמ"ה והטור והמגיד משנה בשם הרשב"א איננה מפסידתם, ולדעת הרשב"א הר"ן והרמב"ם מפסידתם מיד, וגם הב"ש בס' עז' סק"ח הביא את שתי השיטות ולא הכריע – אם היא מוחזקת במתנות מסתבר שתוכל לומר 'קים לי' כהני רבוותא שכל זמן שלא הפסדתי הכתובה לא הפסדתי המתנות. ע"כ אם האשה טרם הוכרזה כמורדת, ולא הפסידה הכתובה, ואינה חייבת להחזיר את המתנות שקיבלה, ואין להוציא ממנה, אלא רק לאחר הגירושין.

בגירושם רבים לא מגיעים לכלל דיון אם האישה חשיבא מורדת או אסורה, בשל ההסכמה המשותפת בעת הדיון להתגרש, ואזי לא סביר לפתוח את הדיון על מעמדה של האישה וגם לא לכתוב אגרת מרד, רק בכדי להכריע בעניין המתנות, ובוודאי שלא יוציאו ממנה בשל הספק.

## אם התברר שהיתה אסורה מעולם עליו

עד כה ראינו שהגרושה אינה צריכה להשיב את המתנות שקיבלה בחייהם המשותפים, בין שהיתה יוזמה של הבעל להוציאה, בין שנוצר מצב איסור להם להמשיך את הנישואין בשל איסור שנוצר במהלך הנישואין, כל עוד לא מוטל עליה קנס בשל מרידה.

ברם אם התברר שהנישואין היו אסורים מלכתחילה, וכי האישה היתה אסורה על הבעל עוד טרום הנישואין, אזי אמרינן שהמתנות היו בטעות, וכן הוא בדברי החת"ס ח"ג אבהע"ז א ס' קמא, שביסס דבריו על דין תוספת כתובה שניתנת בשל חיבת ביאה: 'מ"מ נ"ל בנושא אשה בחזקת כשרות ונותן לה מתנות, ואח"כ נודע שהיא אסורה עליו מכבר קודם נישואי', כגון שזנתה מרצונה בין אירוס' לנישואי' או שנבעלה לפסול כהונה בהיותה פנוי' ובעלה כהן... נ"ל, שכל המתנות חוזרות להבעל. דהכא לא שייך סברת הגאונים הנ"ל, דהרי ודאי מאן דיהיב מתנה לחברו בחזקת שהוא אוהבו ונמצא דבאותו שעה לא הי' אוהבו, בודאי חוזרת המתנה דה"ל טעות'. ומהאי טעמא כתב החת"ס שם בהמשך, כי אם היו בה מומין שלא ידע מהם, הרי הוא נשאה בטעות והמתנות ניתנו בטעות, ועל כן הם חוזרות לבעל. וכן הביא הפת"ש בס' צט סק"ז.

ברם בפסקי דין רבניים ח"ה עמ' 278 סברו הגר"ע הדאיה, הגרי"ש אלישיב והגר"ב ז'ולטי שדווקא אם הנישואין והקידושין לא תפסו, אז אמרינן שאין מתנת חיבת ביאה תקיפה, אך אם אסורה עליו בלאו, המתנה לא חוזרת, ודלא כחת"ס שסבר שאף שבחייבי לאויין סבר שלא חוזרת: 'ובעיקר הדבר מה שכתב החת"ס שבעל הנותן מתנה לאשתו אומדנא היא שלא נתן לה אלא משום חיבת ביאה, לכאורה יש לדון ע"ז... משא"כ לענין מתנות שבעל נותן לאשתו, משום שהיא אשתו הוא נותן לה, ואם נתברר שאין לו בה תפיסת קדושין ואיננה אשתו כלל הרי זה מתנה בטעות וחוזרת'.

## ההבדל בין מתנות לבגדיה

ראשונים רבים שראינו סברו שהאישה זכאית לבגדיה בעת הגירושין ואינה מחוייבת להשיבן, כן סברו הר"ף, הרא"ש, הרמב"ם, הרשב"א, הר"ן, העיטור וכן פסק השו"ע, למעט שיטת הרצ"ה שהגרושה מחוייבת להשיבן. אך אלמנה, אינה זכאית להחזיק בבגדיה, הגם שהר"ן בכתובות שם כתב שאת המתנות שקיבלה, אינה צריכה להשיב. ויש ליתן טעם לדבר. וכן יש לבאר מדוע היו צריכים לדין יחודי עבור בגדי הגרושה שישארו בידיה, ומאי שנא מיתר המתנות שהעניק לה בעלה שאינה מחוייבת להשיב.

הב"י בס' צט הביא מדברי הריב"ש בס' שא והעיטור טעם לדבר: 'אין דבריהם אלא בנותן קרקע או מעות או אפילו שאר מטלטלין שאינם לא מלבושים ולא תכשיטין ללבוש ולהתנאות בהם, ואין בכלל מה שעליה כגון אותם שנהגו לכתוב מתנה לחוד בשעת נישואין, וזה נגבה בין באלמנות בין בגירושין כל שאינה מורדת בו'. ולבאר דבריו, יש להביא את לשון הח"מ שם סק"ז, וזה לשונו: 'הטעם דבשלמא בגדים ותכשיטים שעושין להתנאו' בה האשה אין דעתו למתנה גמורה רק שתתקשט בהם כל זמן שהיא תחתיו, אבל אם תסרח עליו אדעתא למשקל ולמיפק לא אקני לה. אבל הנותן לאשתו קרקע או מעות או אפי' שאר מטלטלין שאינן ראויים ללבוש ולהתנאו', זה נגבה בין באלמנות בין בגירושין כל שאינה מורדת בו'.

דהיינו מתנה שמאופייה הינה לשרת את הנישואין, אמורה לחזור עם סיום הנישואין, לעומת מתנה שניתנה בעת שהיו אוהבים אך לא נועדה לשרת ולסייע בנישואין דימו אותה למתנות אוהב שאינן חוזרות. ועל כן, תחזיר האישה תכשיטים שקיבלה לצורך נישואיה עם הבעל, לעומת שאר מתנות שזכתה בהם.

## רשם את הדירה גם על חשבון האישה

ישנה משמעות ונפק"מ לשאלה זו לגבי דירה שניתנה במתנה, האם האומדנא שניתנה לצורך מגורם בהיותם נשואים, או מחמת החיבה והאהבה נתן לה את הדירה.

היה מקום להבחין בין דירה שהינם מתגוררים בה, לבין דירה אחרת שהינה כהשקעה ורווח ממנו (אף אם מאפשר להם בזכות דירה זו לשכור דירה במקום רצוי להם, מ"מ יש לראות בכך עיסקה, ולא כמקום מגורים).

מאידך, אפשר לתמוה, מדוע כתב לאישתו את הדירה שהם מתגוררים בה, והלא היא דרה עימו בכפיפה אחת, ויש לה זכות מדור עימו, ומדוע ראה לנכון לרשום אותה ולהקנות לה בה חלק? על כורחך, עשה זאת כמחווה של רצון טוב ליתן לה תחושה טובה ובטוחה ורוגע נפשי, ולא בכדי שיהא להם יכולת לדור בדירה. ואזי יש לראות בכך כמתנה לכל דבר.

באוסף ורהפטיג ח"ב עמ' 34 דנו הגר"א הרצוג, הגר"צ עוזיאל והגר"י עדס בתביעת הבעל מהגרשה להשיב לו את הזכויות בדירה שרשם על שם גרושתו, וכתבו ע"כ: 'הרי הדירה והרהיטים שבדירה וכמו כן התכשיטים שניתן לה כדי להתקשט בהם, כל אלו וודאי שלא ניתנו כמתנה חלוטה והם בחזקת הבעל... ורכוש זה שהיא מחזיקה מחזיקה בו, בודאי שיש להחזיקם להבא בידה רק על חשבון הפיצויים'. הרי שהחשיבו את הדירה כמתנה שנועדה לצורך הנישואין, והיא או תמורתה עשויים לחזור לבעל.

כן סברו בפסקי דין רבניים ח"ו עמ' 32 בהרכב הגר"א קושלבסקי, הגר"מ אליהו והגר"ח נברוצקי וכי המחווה שנהג ברישום הדירה בטאבו מעבר למחויבות שלו כלפי האישה, אינה מעידה כי רצה ליתן לה מתנה חלוטה: 'וא"כ במדור דחייב לתת לה אעפ"י שאינו מחויב לרשום על שמה, מ"מ גם במלבושים ותכשיטין אינו מחויב לתת לה במתנה גמורה, מ"מ אנו אומדין את דעתו דכיון דמטרת המתנה היתה בגלל החיוב שיש עליו... אינו נותן אלא אדעתא למיקם קמי' ואינה מתנה גמורה'. וכשם שהתכשיטים חוזרים בשל האומדנא שניתנו לה בנישואיה, כן גם דין הדירה, הגם שהוא רשם את הדירה בטאבו על שמה, מעבר למחויבותו.

### **מתנות שהאישה נתנה לבעל**

החת"ס ח"ג אבהע"ז א ס' קמא העיד: 'הנה במתנה שנתנה האשה או קרובי' להבעל לא הוזכר בש"ס וגאונים', כך שיש לדלות מדברי הראשונים והפוסקים את הדין ביחס למתנות שקיבל הבעל טרום הנישואין ובמהלכם, מהאישה ומקרוביה.

המאירי בכתובות בדף סג: כתב בדין המורדת: 'מחזיר לה כל מה שנתנה לו במתנה, שלא נתנה לו על דעת כן הא משלו אין לה כלום'. כלומר, לאפוקי מדין צאן ברזל שרק מה שתפסה נוטלת, יש לבעל להשיב מתנות שברשותו שקיבל מאשתו.

מו"ר הגר"ש ישראלי בפד"ר ח"י עמ' 335 למד מכך: 'א"כ מכל שכן וק"ו, כשיוצאת ממנו במרידת הבעל ומרצונו ויוזמתו'. ואף סבר שהשבה זו אינה תלויה במתן הגט: 'גם אם הבעל מעכב את מתן הגט, שהטעם שעל מנת למיפק לא נתנה, קיים במצב שקשרי האישות אינם קיימים בפועל. וכש"כ בנידון שהמרידה היא מצד הבעל'. נמצא שבכל גירושין מחויב הבעל להשיב את המתנות שקיבל.

בפסקי דין רבניים שם בעמ' 335 בהרכב הגר"ש ישראלי, הגר"י קאפח והגר"מ אליהו, הביא הגר"ש ישראלי ראיה נוספת לכך שעל הבעל להשיב המתנות שקיבל מאישתו עם הגירושין, מהמקור ברוך בס"ז שהובא בבאר היטב בס"ז עז סע' י' שגם במורדת שטוענת מאיס עלי, המתנות שנתנה האשה מוגדרות כנכסי צאן ברזל, ואם תפסה תפסה (לדעת ה"א ברמ"א שבס"ז סע' ב'), וביאר: 'כל עיקר שלא הפסידה הוא מפני שאמדין לדעתה שלא הכניסה לו אדעתא למיפק, ואעפ"י שהמרידה היא מצדה. וזה רק באשר למה שעדיין קיים מנכסיה (פרט לנכסים שהבעל כבר כילה והוציא, שלא תוכל לגבות ולהוציא ממנו ערכם, שכן: 'קיימת סברא הפוכה, שעל דעת שתמרוד ותצא ממנו שלא ברצונו, לא התחייב'). וכיון שכן, שלא מכוח התנאים המפורשים אתין עלה, אלא מכוח האומדנא, שעל מנת למיפק לא הכניסה לו, אומדנא זו הרי קיימת שפיר גם כלפי מתנות שנתנה האשה לבעל ללא כל תנאי במשך הנישואין, שלא נתנתם על מנת למיפק'. והמשיך הגר"ש ישראלי שם ואמר, שדין זה שנוטלת מה שתפסה נאמר דווקא במורדת, שהוא נותר ספק בגמ' שלא הוכרע: 'אבל בנידון שהבעל תובע הגירושין, ואין סיבה מספקת להיענות לתביעתו, בזה פשוט שגם מה שבידו עליו להחזיר, כי על מנת למיפק לא נתנה לו. והרי זה בדומה למ"ש במורדת שכל המתנות שנתן לה הבעל עליה להחזיר'.

הגר"ח צימבליסט בפד"ר ח"א עמ' 129 תמה על המאירי והמקור ברוך על חוסר שיוויון בדין המורד, שאם היא מרדה וגרמה לגירושין סברו שתשיב לו את המתנות, ואם הוא מרד – האישה אינה מחויבת להשיב את שקיבלה ממנו: 'ולכאורה הדברים תמוהים מאוד, דמהיכא תיתי שיהא כוחה עדיף מכוחו, דהא במתנה שנתן הוא לה, קיי"ל דהיכא שהוא מורד בה ומגרשה נגד רצונה אינה חייבת להחזיר לו המתנה שקיבלה ממנו... וא"כ למה לא נאמר כן גם במתנה שנתנה היא לו, דאם היא מורדת בו אינו חייב להחזיר

לה המתנה, וגם אם תפסה ראוי לומר שתחזיר לו המתנה. ודברי המאירי ומקור ברוך צ"ע... דלמה יהא כוחה עדיף מכוחו?.

מנגד, בתש"ו מהר"א מזרחי ס' טז שהביא החת"ס אהע"ז א ס' קמא, והובאה בפתחי תשובה ס' צט סק"ז השווה בין מתנות שהבעל נתן לאישה למתנות שקיבל הבעל מאישתו, שניתנו בעת קירוב הדעת, ואין חוזרות אפי' אם צד אחד סרח: 'והוא הדין נמי גבי מתנות דחתנא, ליכא למימר אומדנא דדעתא היא דאדעתא למשקל אייה לנפשיה והיא תתגרש ממנו... הלכך, לא שנא מתה היא לא שנא נתגרשה אין המתנות חוזרות לכלה או ליורשיה. ודברים ק"ו, ומה אם במתנות הבעל לאשתו דליכא למיתלינהו בשום מילתא לומר דאדעתא דהכי יהיבניה להם ואדרבא מוכחא מלתא דאדעתא דלמישקל ולמיפק מיניה לא אקני לה, אפ"ה אמרינן דהוו מתנה גמורה ואם מת או גירשה הרי הן שלה ואין חוזרות לבעל או ליורשיו, במתנות דחתנא דאיכא למיתלינהו משום איקרובי דעתא א"נ משום מנהגא דאי אפשר בלא מתנות, דודאי אי לא יהיב ליה מידי יתבטל חיתונם לגמרי, ואנן סהדי דמשום חובת חיתון גמר והקנה'. החת"ס הוסיף שגם בלא הק"ו הדין יהיה כן, עפ"י הכלל שאין עריבות שאהבה תשרה לעד עם מקבל המתנה.

הגר"ש ישראלי שם עמ' 336 העיר שאין בכך סתירה לדברי המאירי, שכן דברי המזרחי והחת"ס נסבים לגבי מתנות שניתנו לבעל בזמן האירוסין טרום הנישואין, ולכן זכאי הבעל להחזיק בהם שכן ניתנו לו כמתנה חלוטה: 'ברור שרק במתנות שבזמן החיתון הדברים אמורים דאי אפשר בלא מתנות, דבזה יש אנן סהדי. אבל לא במה שנותנת האשה לבעלה במשך הנישואין דלא שייך הני טעמי, בפרט כמו בנידון דידן שנתנה לו חצי דירתה, דאנן סהדי שאין לך שום אשה שתתן לבעלה חצי דירת מגוריה, ולהיות תלויה בו שיגרשנה, ותצטרך לשלם לו דמי דירתה או ישליכנה לרחוב. ובזה נראה דתתיישב גם הערת חתם סופר שלא הי' צריך לק"ו'. הרי שהכריע לדינא, שיש לבעל להשיב מתנות שקיבל מאשתו במהלך זמן הנישואין, כפי שעולה מדברי המאירי (והעיר, מדברי המקור ברוך שדבריו נסבים גם על מתנות שניתנו טרום הנישואין בעת השידוך, ולא סבר להותירם בידי הבעל כדין מתנות אהב).

אלא שהגר"ח צימבליסט בפד"ר ח"א עמ' 129 הקשה על חילוק זה של הגר"ש ישראלי: 'אולם באמת יש סברא לומר איפכא, דמה שנותנים בזמן החיתון לא ניתן אדעתא למיפק, אבל מה שנותנים אח"כ במשך שנות הנישואין הרי זה ככל מתנה שנותן אדם לחבירו דלא שייך לומר אדעתא למיפק לא אקני דאטו מאן דיהיב מתנה לחבריה ולרחמיה ערבא בעי למישקל מיניה דרחים ליה לעולם... פשטות דברי חתם סופר הם שבכל מתנות שנתנה היא לו... אינו צריך להחזיר לה המתנות. ודעת המאירי ומקור ברוך שכתבו שאפילו כשהיא מורדת בו צריך להחזיר לה המתנות שנתנה לו, צ"ע רב'. וסבר שדברי המקור ברוך נאמרו רק באשה מאסה בבעל עוד מלפני הנישואין ופיתוה להנשא לו, ואחרי מעט ימים חזרה למאסותה: 'ויתכן לומר שרק בענין זה כתב מקור ברוך שם שיכולה להחזיק במתנות שנתנה לו בשעת השידוך, דהוי כאילו חזרה בה לפני הנישואין... אכן בדברי המאירי הנ"ל משמע דאיירי בכל מורדת, ואף אחרי הרבה שנים שחיו ביחד, וזה באמת צ"ע'.

**לסיכום:** לדעת הגר"ש ישראלי מתנות שניתנו טרום הנישואין יכול להותיר בידו, וכל שקיבל במהלך הנישואין מחוייב להשיב במהלך הפירוד שלהם. ואילו לגר"ח צימבליסט אין הבעל מחוייב להשיב כל מתנות שקיבל, ככל מתנות שניתנו לאוהב.

### **פריטים שקנו במשותף במהלך נישואיהם**

כל שהזוג קנה במשותף במהלך שנות נישואיהם, יש ליתן לבעל, שהרי הוא קנה אותם. בין אם מכספו נקנה בין אם ממעשה ידיה – הן שלו. פרט לדברים שקנה עבור אשתו, ואין בהם סברת שנקנו כדי להתנאות בהם.

דין חלוקת הרכוש המשותף על פי הלכת הרכוש וחוק יחסי ממון. – לא נדון בגיליון זה.

### **מתנות שקיבלו מהקרובים**

הרמ"א בס' צט סעי' ב הביא מהריב"ש בס' שא: 'אבל אחרים שנתנו לה תכשיטים בשעת נשואין, למתנה גמורה נתכוונו הרי הם כנכסי מלוג שלה', הוי אומר, שכל מתנה שקיבלה, נותרת שלה גם לאחר הגירושין. הב"ש שם סק"ז העיר שפסק זה מיירי גם לגבי מתנות שקיבלה במהלך הנישואין, והוסיף: 'וכן מתנות מה שנותנים לדרש' קרובי הכלה הוי מתנה גמורה (לחתן)'. וכן הביא מהט"ז: 'משמע מה שנותנים

מצד החתן לא הוי מתנה לה, אלא לו'. נמצא, שמתנה שניתנת באופן אישי לאחד מבני הזוג, נותרת בחזקתו, לעומת מתנות שקיבלו לצורך הבית, שניתנות לבן זוג שקרוביו הביאו את התשורה. וכן הביא בשו"ת באר המים ס"י פ"ד שיש מנהג שמתנות שניתנו ע"י קרובי החתן מקבל החתן, ואילו מתנות שניתנו ע"י קרובי הכלה מקבלת הכלה.

והנה הכנסת הגדולה בס"י צ"ט הקשה, שישנה סתירה בדברי המבי"ט. שכן המבי"ט בתשובותיו ח"א ס"י כ"ט פסק: 'הכלל כי מתנות אלו כשהיא עצמה באה לגבות כתובתה באלמנות או בגירושין גובה כל המתנו' שניתנו לה בין מקרוביה בין מקרוביו ואינם נישומי' בכלל פרעון כתובתה נדונית' ותוספת. ואם הם מתנות שמשמשים לשניהם, נראה שאם הם מקרוביה תקח אותם בלי שומ', ואם הם מקרוביו לא תקחם אלא בשומ' כתובתה... כל זה אינו תלוי במנהג חילוק הכתובה בין הבעל והיורשי' כשתמות האשה, כי כפי הדין אין לבעל זכות במתנות כמו שנזכר'. מפורש בדברי המבי"ט כי מתנות שניתנו ע"י קרובי האישה לשניהם לשימוש משותף לתשמיש הבית, זכאית האשה לקבלם באלמנות או בגירושין. וע"כ, אם הורי האישה נתנו לצדדים דירת מגורים (צ"ע, איך לאמוד אם נתנו דירה שאינם מתגוררים בה, אלא להשקעה. וכן אם נתנו כסף לקניית דירה), יש לפסוק להחזיר עם הגירושין את הדירה לאשה.

ומאידך, המבי"ט בתשובה בח"ב ס"י פ"ד פסק: 'שאמרה האשה שנתן לה אביה, אינו תכשיט שלה אלא מכלי תשמיש הבית הוא, ושלו הוא ויכולים לשומו לו בפרעון כחובתה. והרי הוא דורון לו כמו מלבושים שנותן אבי הכלה לחתן, דכל שאינו תכשיט לה על הסתם הוא מתנה לחתן על הכלה שישתמשו שניהם בו בבית, והרי היא ככל כלי הבי' שהם שלו אם לא שיפרש אביה בפי' שהו' נותן אותו החפץ לבתו, אז יהיה לה כנ"מ ולא ישומו אותו לה בכלל שומא נדונייתה'. הרי שיש ליתן את מתנות אלו לבעל.

הגר"ש ד"כובסקי בפד"ר ח"א עמ' 127 הכריע מכח סתירה זו, שלא ניתן להוציא מהבעל מכח הספק.

על כן אם רשמו את הדירה בטאבו גם על שם הבעל, כיון שיש מחלוקת הראשונים אם הרישום מהווה כמתנה, מספק אין להוציא ממנו. כפי שהסיק התומים בס"י סב סק"ה: 'ולכן דין זה צ"ע, כי תליא במחלוקת הנ"ל, ואם כן מי יוציא מיד אשה מספק... וצ"ע, וכ"כ בפס"ד מבי"ד הגדול ח"ו עמ' רסד.

ברם, בערוך השולחן בס"י סב סעי' ו' הכריע שאין לראות ברישום כמתנה ובעלות: 'כבר בארנו בסוף ס"י ס' דבזמנינו אין שום ראיה מה שנכתבו קרקעות על שם האשה, ואפילו נתקיים בערכאות מפני שהרבה עושים כן מפני איזה טעמים שיש להם, ואין כוונתם להקנות להן לכן צריכים הדיינים להיות מתון בזה מאד מאד'. הרי שמכלל ספק לא יצאנו, ואין להוציא מהתפוס שרשום על שמו.

בפד"ר רבים דנו במעמד הרישום בטאבו, ויש אומדנות נוספות בכל מציאות ובכל מקרה לגופו, ואין ליתן הוראה כללית בנדון זה.

### **תכשיטין שניתנו לכלה – האם חוזרים עם הגירושין**

איתא במשנה בב"ב פ"ט מ"ה: 'השולח סבלונות לבית חמיו, שלח שם מאה מנה ואכל שם סעודת חתן אפילו בדינר - אינן נגבין, לא אכל שם סעודת חתן - הרי אלו נגבין', ודווקא דבר הבלה ומתכלה, אך יתר המתנות חוזרות. הברטנורא והרשב"ם בב"ב בדף קמז. בד"ה 'השולח' בארו: 'מנהג חתנים לאחר קידושין למחרת שולח לבית חמיו לכבוד אשתו תכשיטין ומיני פירות וכדי יין וכדי שמן ופעמים אוכל שם עמה'... 'אם מת הוא או שמתה היא או שחזר בו ורוצה לגרשה...'. כלומר, בעת שמחת הקידושין, ובימינו השידוכין, שולח החתן לכלה תשורות ומתנות, ונקראים 'סבלונות', ובארה המשנה שאם ביטלו את הקשר, ולא ינשאו, דין החזרת מתנות שמתכלות תלויות באם אכל שם החתן, שכן תמורת אכילתו הוא מזכה המתנות. אך שאר מתנות שמתקיימות – חוזרות.

הרמב"ם בפיה"מ שם באר מושג זה: 'תשורות, ונגזר להן שם זה מענין המשא מן סבל'. וכן חזר ע"כ בפיה"מ בקידושין פ"ב מ"ו: 'וסבלונות, הם הדורונות והתשורות, נגזר שם זה מן סבל שהוא המשא'.

הריב"ש בס"י שא, הובא בב"י בס"י צ"ט פסק לגביהם, שאף שנקראים בשם מתנות, הינם חוזרות לבעל, בין אלו שניתנו טרום הנישואין בין אלו שניתנו במהלך הנישואין: 'חתן הנותן סבלונות תכשיטי כסף וזהב לכלה להתנאות בהם, בין שנתנם בשעת נישואין בין קודם לכן בעודה ארוסה אין זה מתנה גמורה, ואף על פי ששולח ומכריז זה נותן החתן לכלה, אין הכוונה למתנה גמורה. ומעולם לא שמעתי מי שפקפק

בדבר לומר, שלא יהיו שמין תכשיטי כסף וזהב, ואפילו בגרושה. ואפילו החולקים עם הרמב"ם לומר דגרושה אין שמין בין בגדי חול בין בגדי שבת, לא חלקו עליו בתכשיטי כסף וזהב, שהרי במתניתין בערכין כד. דאחד המקדיש, לא הזכירו אלא מיני מלבוש. הרמ"א באהע"ז בס' צט סעי' ב פסק כדבריו, שכיון שהתכשיטים נקנו בכדי שהאישה תתנאה בהם בהיותה נשואה לו, היא צריכה להשיבם בניגוד לדין מתנות אחרות שקיבלה, כפי שהעירו הב"ש שם סק"ו והח"מ סק"ז, והגר"א העיר שמקורו מב"ב דלעיל. כדברי הריב"ש פסקו רבים מהאחרונים; בשו"ת התשב"ץ ח"ב סי' רצב הובא בשו"ת שואל ומשיב תנינא ח"ד סוס' קט, בשו"ת הב"ח סי' מט, המהרש"ך, מהר"א ששון סי' נה, רעק"א בשו"ת תנינא סי' ע ושו"ת תורת חיים למהר"ש ח"ד סי' נג.

והנה הבית מאיר בס' צט סעי' ב לכאורה השיג על הכרעה זו: 'ואולם כל זה שיטת הריב"ש, ולפום ריהטא אין חולק עליו... אך תימה לי על השו"ע שבב"י מעתיקו ובשו"ע השמיטו, ועם שאני מכיר בחסרוני שאיני כדאי להרהר אחריו, מ"מ אני אומר לענ"ד, הרשב"א פליג עליו וכו' וז"ל הרשב"א בתשובה ח"ג סי' צו מביאו הב"י בסימן נ ופוסקו בשו"ע "המשדך בתו לחבירו ושלח לו בגדים ותכשיטים, ואח"כ נתבטלו השידוכים בין שחזר האב בין שחזר החתן חייב להחזיר הכל, דכי היכי דהדרי סבלונות דשלח איהו לדידה הכי נמי הדרו מה ששלחה היא לדידה, דאומדן דעת שלא שלחם אלא על מנת שיכניסנה לחופה, וכן כתוב בתשובה אחרת ומסיים שלא שלח אלא על מנת שתינשא בתו, ואפילו נתארסה לא מחל עד שיכניס'. הרי הבין הבית מאיר שהרשב"א חולק על הריב"ש בנוגע לדין סבלונות אחר הנישואין, ורק אם טרם נישאו הסבלונות חוזרים, אולם אם נישאו מכבר הסבלונות אינם חוזרים, מאחר וניתנו על דעת שיינשאו, וכיון שנישאו נתקיים התנאי, והמתנה חלוטה. ברם, אף הבית מאיר הכריע לדינא כריב"ש בשל המנהג: 'לכן לענ"ד דין זה צ"ע, אמנם במדינות אלו ובזמנינו זה שכבר הוקבע המנהג על פי עדות הריב"ש ופסק הרמ"א ז"ל ודאי כל השולח ונותן על דעת המנהג נותן, ויש לדון ולהורות כמותם'.

אלא שאם נבין שיש מחלוקת בין הריב"ש לרשב"א כפי שהבין הבית מאיר, הרי שיטתו סתירה בפסקי השו"ע אהע"ז סי' נ בסעיפים עוקבים. שכן השו"ע בסעי' ג הביא את דין הרמב"ם והריב"ש, שסבלונות ותכשיטים שנתן הבעל חוזרים גם לאחר הנישואין: 'שהדבר ידוע שלא שלחם אלא דרך נוי בלבד'. ואילו בהלכה הבאה סעי' ד פסק את דברי הרשב"א ח"ג סי' צו: 'המשדך בתו לחבירו, ושלח לו בגדים ותכשיטין, ואח"כ נתבטלו השידוכין, וחזר בו החתן או חמיו, יחזיר מה ששלח לו, דכי היכי דהדרי סבלונות דשלח איהו לה, הדרי מאי דשלחה איהי לדידה, דאומדן דעתה הוא שלא שלחה לו אלא על דעת שיכניסנה לחופה'. ולאחר שנישאו לא חוזרות המתנות.

וברור, שישנו חילוק מהותי בין הסעיפים, וכי סעי' ג עוסק במתנות שהחתן נותן לכלתו ולאשתו, וישנה אומדנא שנתנם על מנת שתשרת את חייהם המשותפים, שכן נועדו התכשיטין לנוי בהיותם נשואים. ברם סעי' ד' מיירי במתנות החותן והאישה לחתן, ולגביהם ישנה אומדנא, שלא ניתנו אם לא יגיעו לכלל נישואין, אך לאחר שנישאו, התכוונו להשאירם בידי החתן כמתנה גמורה.

טעם להבדל בין הדינים, באר בשו"ת שואל ומשיב תנינא ח"ד סי' קט: 'דהיא בכל דהו ניחא לה דטב למיתב טן דו... דכיון דהאשה כל כוונתה משום אחתוני והא אתחתן לה, ומה אכפת לה שלא יתן לה רק כשישאנה דהא כל עיקר כוונתה היא רק למיתב טן דו... משא"כ מדידה לדידה דלא שייך דעתה, דהיא בכל דהו ניחא לה... וא"כ שייך אצלו אומדנא ולא לגבי דידה'. כלומר, ישנה סברא בסיסית שהמתנה לחתן ניתנת עם הנישואין לצמיתות, לעומת מתנות החתן כתכשיטין שניתנות רק עם המשך הנישואין. והדברים כמין חומר עפ"י הרמ"א בס' רצ סעי' ד שהבאנו בריש דברינו, שיש לילך עפ"י אומדנא במתנות, ועל כן ברור לן לגבי תכשיטין שנתן הבעל שלא ניתנו כמתנות אוהב אלא לצורך הנישואין, לעומת מתנות האישה שאין אומדנא ברורה, שמא ניתנו כמתנות אוהב, ורק בסיוע תנאי כפול ניתן להגבילן ולהחזירם.

אולם כפי שבארנו, הבית מאיר חלק על הבנה זו בהבנת הרשב"א, וסבר שגם מתנות שהבעל נתן, אינם חוזרות לאחר שנישאו. ואזי לדבריו יש לבאר שהשו"ע בסעי' ג מיירי במתנות שנתן החתן לפני הנישואין על דעת שיינשאו, ומשנישאו אינן חוזרות, אא"כ פירש וגילה שנתנם על מנת שתתנאה ולנוי לפניו. ובסעי' ד דן בכל מתנות שניתנו בין ע"י חותן בין ע"י החתן, שמשעה שנישאו אינן חוזרות, אא"כ גילה דעתו שרק לנוי נתנה לה.

שיטה מיוחדת מצויה בדברי הערוך השולחן בחו"מ ס' צ"ט ע"ל: 'ובגדי שבת ויו"ט יש מחלוקת אם הם דומין לבגדי חול או לכלי כסף וזהב, ויראה לי לפי מנהג מדינתנו שדומים לבגדי חול. שרוב בני אדם מקנין הבגדים אף היותר יקרים לנשיהם ובניהם ובנותיהם לחלוטין, וכן התכשיטין שנושאת על גופה כמו נזמים וטבעות ונזמי האוזן ומרגליות שעל צווארה מקנה לאשתו במתנה גמורה. וכשקנה אותן בעדה, הוה כהקנה לה במתנה גמורה, ואין בע"ח גובה מהן אף לאחר מיתת הבעל כיון שהן שלה ושל בניה'. הרי שלא חלק על דברי הריב"ש, אלא סבר שישנו מנהג רווח להקנות לאשתו לבנותיו את תכשיטיהן, ועל כן אינן חוזרות לבעל עם הגירושין. ולדבריו שמקור הדין מבוסס על מנהג גרידא, יש לדון בכל עידה, קהילה ומצבים חריגים אם נכון להחיל מנהג זה. וכן לסייג מנהג זה רק על תכשיטין 'שנושאת על גופה', כפי עדותו על המנהג, ולא כמנהג גורף בכל תכשיטין שברשותה.

### אם טבעת הנישואין חוזרת

הגמ' בב"ב בדף קמה. דנה אם קידושין לטיבועין ניתנו, כלומר אם כשנתנם לאישה כמתנה טבועה בים אצלה שאינה חוזרת אם מת החתן או הכלה. ובטעם הדין אמרה הגמ' שאם יאמרו שהטבעת חוזרת יסברו שהקידושין לא תפסו בה, ואזי ישא את אחותה. ועפ"ז פסק הרמב"ם בהל' זכיה פ"ו ה"ח והשו"ע בריש ס' נ.

הרמ"א שם הוסיף בשם תשובת המהרי"ל, שאם נישאו, אזי טבעת הקידושין חוזרת. כלומר, יש לאישה להחזיר את טבעת הנישואין עם גירושיה, אם נישאה מכבר. הח"מ שם סק"ה הביא מהמהר"מ מלובלין והמהרי"ל שסברו כן: 'אף במת הוא אזי טבעת הקידושין חוזר ונישום בכתובה, והעיד שכן מנהג קצת קהילות'. כלומר, שהטבעת נשארת אצל האישה, אך מפחיתים את שוויה מערך כתובתה.

הח"מ תמה על דבריהם: 'והוא דבר תמוה בעיני דלמה יהיה הטבע' קדושין גרוע מכל המתנות שנותן הבעל להאשה שאין שמין... אבל הטבעת קידושין שהוא קונה אותה בטבעת זה, איך יעלה על הדעת שלא יהיה שלה לגמרי, ועדיף הטבעת קדושין מן המתנות שנותנין אחרים להכלה'. ולכן הח"מ חלק ע"כ וסבר: 'ע"כ נראה אפילו בנתגרשה מכ"ש נתאלמנה שהקידושין שלה, דמתנה גמורה הם. והרב מהרי"ל לא כתב רק היכא דמתה היא תוך שנה או שנתיים שלא יחלוקו הסבלונות והקידושין'.

אולם הב"ש שם סק"א סבר עפ"י תשובת מהר"מ מינץ בס"י צו שיש להשיב את הטבעת לבעל, מלבד פרוטה ממנה, שבה התקדשה: 'שראה הלכה למעשה מרבותיו דחוזרין הקדושין אחר הנישואין, והטעם לדבר משום מה ששוה הקדושין יותר מפרוטה הוי כאלו נתן לה למתנה, והוי מתנה דבר העשוי להתנאות ששמין לה'. וראה בפת"ש שם סק"ב שעפ"י מנהגנו לכסות פני הכלה ואינה רואה הטבעת, וודאי דדעתה להתקדש רק בפרוטה מהטבעת, ויתר ערך הטבעת חוזרת לבעל.

נמצא, שלדעת הב"ש הקידושין נעשו באמצעות פרוטה אחת מטבעת הנישואין, ויתר הטבעת חוזרת לבעל, שכן ניתנה לה ע"מ להתנאות במהלך חייהם המשותפים. ולח"מ יש להפחית את ערכה מדמי כתובתה.



# מאורות תורת המשפט

## תשובות אקטואליות בדיני ממונות

אבישי נתן מייטליס

כ"ז בניסן תשע"ח נשלח ח"נ מדי שבועיים, להצטרפות: [meorothamishpat@gmail.com](mailto:meorothamishpat@gmail.com) גליון מספר 66

### הסכם ממון טרום נישואין

מיועד בדרך כלל לנישואין שניים

#### הרקע ונחיצות עריכת הסכם

מערכת הנישואין יוצרת זיקה בין בני הזוג שנושאת עימה בין היתר גם זיקה ממונית, הזכויות והחובות ההדדיות מובנות עפ"י התורה וחז"ל מיד ברגע הקידושין, כפי שמנה הרמב"ם בהל' אישות פ"ב: 'כשנושא אדם אשה... יתחייב לה בעשרה דברים ויזכה בארבעה דברים', וכן פסק השו"ע באהע"ז בריש סי' סט שאפילו שלא כתבו הסכם ע"כ מחייבים בתנאים אלו. בפועל התחלת חלותם מופעלת רק בעת הנישואין או בזמן שקבעו להנשא. עם הנישואין האישה מקנה לבעל את זכויות מעשה ידיה ומציאתה ואת הירושה באם תמות לפניו, וכתמורה לכך הבעל מחייב במזונותיה לרפואתה ולמדור וכן לדאוג לקבורה ולפדותה באם יזדקקו לכך, מעבר לחיובו בדמי כתובתה.

סוגיא יסודית שעומדת בפני אלו שניצבים בנישואין שניים (עשוי להיות רלוונטי גם בנישואין ראשונים), הינה הזיקה הממונית בין בני הזוג. שכן כל צד צבר וביסס עצמו מבחינה ממונית, וכעת נכנס למעגל נישואין שמשנה את ההתנהלות הפיננסית. שכן אם עד כה, כל מעשה ידיה ומשכורתה של האישה היה שייך לה לעצמה, עם הנישואין היא מחוייבת להעביר במצבים רבים את מקורות התשלומים לבעל (אף אם האישה עובדת במקום שנחשב 'העדפה ע"י הדחק' מעבר לחיובה לבעלה, אכתי ביד הבעל לטעון 'קים לי' ששלי הוא באם הגיע הכסף לידי – פד"ר א עמ' 90. ואף לו האישה מחזיקה בכספים אלו, מ"מ יכול הבעל לומר שתגבה דמי מזונותיה מהם, היות וטוען 'קים לי' ששלו הם – פד"ר ב עמ' 226). וייתכן שאישה בעלת נכסים לא תרצה 'מנהל' חדש לעסקיה הגם שמבקשת שיהיה לה לשותף ולבעל. ובנוסף, אם עד כה, ילדיה היו צפויים לרשת אותה, הרי שלאחר נישואיה, בעלה החדש עשוי לרשת אותה באופן בלעדי עפ"י דין תורה (ואת חצי העיזבון גם עפ"י חוק), וילדיה מנישואין הראשונים גם עתידים לרשת את עמלה ואת עמל בעלה הקודם, שילך לזרים. וכן האישה יורשת את מחצית עזבון בעלה עפ"י חוק, אף שלא כך עפ"י דין תורה (את זכות הירושה שע"פ חוק אפשר להפקיע גם בצוואה, את זכות הבעל שע"פ ד"ת אין צוואת האישה מפקיעה וע"כ יש משנה חשיבות להסדרתה מראש). ומאידך, מוטל על הבעל חיובי כתובה מזונות רפואה ומדור לאישה לה נישא אף לאחר פטירתו, עובדה שעשויה להרתיע את הבעל להכנס למחוייבות זו בכל מצב, כפי שנפרט מיד.

חיובים אלו עומדים בעינם, אף לו יהיו אלו נישואים קצרים ביותר, כגון שבן הזוג נפטר תקופה לא ארוכה לאחר נישואיו השניים, או חלה באופן ממושך מאוד, ולפעמים אפילו נעשה 'צמח' או מצבי 'אלצהיימר' 'סכיזופרניה' וכדו' או נכנס למצב סיעודי ברמות שונות – ובן הזוג שנותר ימצא בעל כורחו במציאות אישית וכלכלית חדשה שלא ציפה לה, וחש תיסכול ומרמור קשה, שכל אשר יגע והשקיע במהלך שנות חייו עובר לבן זוג, ויורשיו הטבעיים מנושלים מכל זכות. אומנם מציאות זו עשויה להיות גם בנישואים ראשונים, ואף חכמים במהלך הדורות עשו תקנות להגן על כל אחד מהצדדים במקרים מעין אלו (תקנת ר"ת וקהילות שו"ם וטוליטולא, כמבואר באהע"ז בס' ק"ח), עד כמה שניתן. אך שיתרחש דבר זה בנישואין ראשונים, זוהי מציאות לא שיגרית, אולם בנישואין שניים זו תופעה מצוייה, ודורשת תשומת לב של הצדדים להסדיר את המעמד הממוני באופן משיביע רצון, כך שרף המתיחות בין המשפחות יתפוגג במידת מה, הגם שהחשדנות והמעורבות הריגשית בנישואין אלו הינם טעונים ומורכבים מאוד.

חז"ל ראו לנכון להסדיר את הנושאים הממוניים והמחוייבות שבין בני הזוג, ולא הותירו נושא זה ללא מענה והתייחסות – בכדי להשקיט את לב הצדדים ולמנוע חשדנות וחיכוכים שעשויים לערער את חיי הנישואין. ובדרך זו נכון לפעול ולנהל את המצב הפיננסי והכלכלי של זוג הנישא עם מצבור מחוייבויות משלו, כך שלא יצטברו מתיחויות שיאיימו על הנישואין.

הסכם בעל-תוקף שיערך לפני הנישואין ימנע מצב של לטישת עינים לנכסי הבן זוג, או לפעול מתוך מניע נקמנות ולפרק את הבית מתוך מטרה להשיג רווחים ממנויים, וכן יאפשר לזוג לבחון ולפתח את המערכת הזוגית שביניהם בלא הסחת הדעת מהנושאים הפיננסיים.

הסמכות של בית הדין לדון בנושאים אלו של ירושה וחלוקת הרכוש מבחינה חוקית מעוגנת בחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין תשי"ג-1953). וע"כ בידיהם לקבל החלטות ולהסדיר נושאים אלו עפ"י ההלכה או כפי שעולה מההסכם שבידי הזוג אם נערך כשורה. ולצערינו מצויים הסכמים רבים, כפי שראינו שמפלים לרעה את אחד הצדדים ללא כל נימוק הגיוני, ומוטב שיערך ההסכם עם מביני דבר בתחום זה, למנוע מצבים הרי גורל בלתי הפיכים. כמו כן יש לשים לב, שההסכם יקבל בנוסף לתוקף ההלכתי גם תוקף חוקי, ע"מ למנוע מצב של ביטולו במקרה שידונו בערכאות.

יש להמנע בארץ ישראל, מלהכניס להסכם את נושא הגירושין שעשוי להפריע את סידור הגט ובנוסחים מסויימים אף לפסול אותו, כפי שנרחיב בעז"ה בגיליון אחר. ואף בחוץ לארץ קיימת בעיה זו, אלא שנדרש שם לתת אפשרות לבית הדין להסדיר את הגט ולא לאפשר לבעל להתעלם ממצוקת אשתו מלקבל גט כהלכה, על כן יש להוסיף סנקציות במקרה של סירוב לשיתוף פעולה. ניסוח התחייבויות אלה נדרש שיעמוד הן בדרישות החוקים המקומיים בחו"ל והן בדרישות ההלכה, והינו סבוך ומורכב, ולכן יש לעשותו בפועל רק בהתייעצות מראש עם בית הדין ועם עו"ד (הבקי בחוקי המדינה הרלוונטית).

### **התנייה על תנאי ממון שבנישואין**

הנישואין כרוכים עם מערכת מחויבויות הדדיות מבחינת האישות ומבחינות כלכליות, ונחלקו התנאים בכמה מקומות בש"ס בקידושין יט: בכתובות נו. בב"מ צד. אם ניתן להתנות על מערכת זו, ולהחריג את זיקת הנישואין של בני הזוג שמבקשים לשנותה: 'האומר לאשה הרי את מקודשת לי על-מנת שאין לך עלי שאר כסות ועונה, הרי זו מקודשת ותנאו בטל, דברי רבי מאיר. רבי יהודה אומר, בדבר שבממון תנאו קיים'. להלכה נפסק כדעת רבי יהודה שבממון תנאו קיים, עפ"י מאי דקיי"ל בעירובין בדף מו. שבמחלוקת ר"מ ור"י הלכה כרבי יהודה.

נחלקו הראשונים בביאור מהות מחלוקת זו;

**א.** הרמב"ן בב"ב בדף קט: באר: 'ואע"ג דהכא גבי שאר כסות ועונה בידה למחול, כיון דאמר לה על-מנת, כמאן דאמר לה על-מנת שלא אתחייב לך שאר כסות ועונה דמי, והא חייב לה. אבל על-מנת שתמחול לי שאר כסות ועונה, תנאו קיים, ודמי למאי דאמרין בעל-מנת שלא תשמטני בשביעית, דמפלגין בגמ' בין אמר על-מנת שלא תשמטני שביעית ובין שלא תשמטני בשביעית, ור"מ סבר על-מנת שאין לך עלי, לאו כלום הוא אא"כ ימחול לו, ולאו כל כמיניה שלא יתחייב לו. ור"י סבר בידו לומר לו שלא יתחייב לו, שהרי מחול, ובדבר של ממון יכול הוא למחול, שלא אמרה תורה שיתחייב אלא ברצונו של זה'. הרי שההתניה כוללת ויתור על דין הממון והעונה ולא רק מחילה עליהם, ומשום כך סבר ר"מ שתנאו בטל, אך אם רק תמחול על העונה – שפיר מהני אף לדעת ר"מ.

**ב.** הריטב"א בקידושין בדף יט: כתב שמהות ההתניה מבוססת על מחילה של האישה על זכויותיה, וכי ר"מ סבר שכל עוד לא חל עליו חיובי ממון אינו יכול להתנות ע"כ, ולר"י מהני מחילתו: 'ואפילו בהא סבר ר"מ דחשיב מתנה על מה שכתוב בתורה, משום דאכתי לא נתחייב לה בדברים אלו ולא שייכא בה מחילה ותנאי הוא'. משמעות הדברים הינה, שאין מניעה מלהתנות על תנאי שבממון אלא משום שעדיין לא התחייב לה, וא"י למחול על דבר שלא בא לעולם. אבל אם כבר חל החיוב ודאי שיכול למחול עליו, כפי שהמשיך הריטב"א שם שלאחר הנישואין יכול להתנות על כך: 'אבל לאחר שנשאת מודה הוא שיכולה למחול לו'.

כן מבואר בדברי הרשב"א המובא בשטמ"ק בכתובות בדף נו. שלדברי רבי יהודה אין בהתנאה זו כדי להסיר חיוב שהטילה עליו התורה, אלא תנאי שתמחול לו: 'ור"י דאמר בדבר שבממון תנאו קיים, לאו למימרא דסבר דמתנה על מה שכתוב בתורה תנאו קיים... ור"י סבר דלאו דין שאר ודין אונאה קאמר אלא מחילת ממון יש כאן, כלומר שתמחול לי ממון האונאה שיש לך עלי או שתמחלי ממון השאר והכסות שיש לך עלי, וממון ניתן למחילה, והרי זה כאומר לחבירו קרע כסותי והפטר, דמחילת ממון יש כאן וקיים, אבל אילו אמר לו קרע את כסותי על-מנת שאין לי עליך דין נזיקין, תנאו בטל, דעל כורחו הכתוב רמיא עליו דין נזק'. נמצא שלא התנאי פוטר אלא מחילתה בעתיד היא הפוטרת.

המשנה למלך בהל' אישות פ"ו ה"י חידד על פי דברי רש"י בקידושין יט: בד"ה 'בדבר' ובב"מ נא. בד"ה 'ר' יהודה' ודברי הרשב"א את החילוק בין תנאי שבממון לתנאי של עונה, שבתנאי ממון כיון שניתן להמחל, אמרין דכוונתו שהיא תמחול לו, משא"כ עונה שלא ניתנת להמחל מפני שהיא צערא דגופא, ודאי שלא היתה כוונתו שהיא תמחול אלא התכוין שלא יחול עליו חיוב זה, ולכן תנאי זה לא חל. יסוד דבריו מבוסס על דברי ה"ר אלחנן בתוס' בכתובות בדף נ. בד"ה 'הרי': 'אם היה אומר קרע ושבר על-מנת שאין לי עליך דין נזק, חשיב מתנה על מה שכתוב בתורה, אבל למחול יכול. וכן הכא גבי שאר כסות ועונה דוקא כשאמר על-מנת שאין לך עלי דין שאר כסות ועונה הוי מתנה על מש"כ בתורה, אבל על-מנת שתפטרי אותי וכו', פטור'.

לשיטתם, ההלכה כדעת רבי יהודה שניתן להתנות ולמחול עוד בטרם שהגיע זכות הממון לידי, כל עוד לא מתנה על עצם החיוב, אלא רק מתנה שתמחול עליו.

## סילוק מירושה, בעת האירוסין

איתא במשנה בכתובות ריש פ"ט: 'כותב לאשתו דין ודברים אין לי בנכסיה – הרי זה אוכל פירות בחייה. ואם מתה יורשה. אם כן, למה כתב לה דין ודברים אין לי בנכסיה. שאם מכרה ונתנה קיים. כתב לה דין ודברים אין לי בנכסיה ובפירותיה, הרי זה אינו אוכל פירות בחייה. ואם מתה יורשה... כתב לה דין ודברים אין לי בנכסיה ובפירותיה ובפירי פירותיה בחייה ובמותה, אינו אוכל פירות בחייה. ואם מתה אינו יורשה'. הגמ' בכתובות בדף פג. הקשתה על דין זה, כיצד מועילה הבטחת הבעל: 'תני רבי חייא... וכי כתב לה הכי מאי הוי. והתניא האומר לחבירו דין ודברים אין לי על שדה זו, ואין לי עסק בה, וידי מסולקת הימנה לא אמר כלום. אמרי דבי רבי ינאי בכותב לה ועודה ארוסה. כדרב כהנא, דאמר רב כהנא נחלה הבאה לאדם ממקום אחר, אדם מתנה עליה שלא יירשנה'. כלומר, אחר שזכה מכבר בנכסים אינו יכול לומר שלא זוכה בהן, וחייב לבצע על כך קניין בכדי להוציאן ברשותו. ברם, יכול להסתלק מהנכסים בדיבור בלבד כשטרם הגיעו לרשותו, ולמחול על זכותו לזכות בהם. וכן הוא לשון הירושלמי בכתובות פ"ט ה"א, הביאו הרמב"ן בכתובות שם: 'רבי יוחנן בשם רבי יניי, בשלא כנס. אבל אם כנס, אין אדם מאבד את זכותו בלשון הזה', אלא צריך מעשה קניין להקנות הנכסים באופן של הקנאה.

הר"ן שם בדף מא. מדפי הרי"ף באר בשם הרשב"א ודייקו מלישנא דהש"ס שדווקא בעת האירוסין שזוכה בזכויות הממוניות, יכול להגדיר ולעצב את היקף הזכויות שמבקש לקבל, ולהמנע מלקבל זכויות מסויימות, אך לא יכול להסתלק לפני האירוסין: 'דמדבריו משמע דמשום דאינו ברשותו אינו יכול מסתלק (להסתלק), הא ישנו ברשותו מסתלק'. וכן הוא לשון הרשב"א בשו"ת ח"א סי' תתקס: 'ואפילו התנה עם הבעל קודם אירוסין לא עשתה ולא כלום. לפי שבאותה שעה אין לבעל שום זכות... וארוסה שאמרו דוקא הוא, אבל קודם כן ואחר כן אינו כלום בין במוכר בין במסתלק'. הח"מ בס' צב סק"ד העיר שלא יועיל אפילו אם יסתלק בקנין לפני האירוסין: 'מאחר דהוי דשב"ל', ואזי יוכל להתחרט על התנאותו.

המאירי בכתובות בדף פג. סד"ה 'אמר' הדגיש שיש צורך שיהא לבעל זכויות מסויימות בעת שמסתלק, ולכן סבר שלא מהני שיסתלק קודם האירוסין אף שנשתדך מכבר: 'ואף זו דוקא שהיא ארוסה שיש לו בה קצת שייכות אע"פ שאינו ראוי לירשה, אבל קודם אירוסין, אפילו נשתדכה לו, אינו כלום'. הגם שבשידוכין נתקשרו בהסכמים מסויימים, שכן לא זוכה בהם בהאי שעתא, כפי שהבחין החו"י בס' נא. נמצא שהאפשרות להסתלק מזכויותיו מתוחמת בטווח מצומצם – בין האירוסין לנישואין. ומילתא בטעמא, שכן אם ישנו כבר קשר ממוני ביניהם, דרוש קניין לסלק את הבעל, ואם אין זיקה ממונית, לא יועיל סילוקו, ולכן רק בטווח זמן זה ניתן לבצע את הסילוק, בהיותם בעלי זיקה ממונית קלושה.

השו"ע באהע"ז בס' צב סעי' א פסק כן להלכה: 'הכותב או האומר לאשתו בעודה ארוסה דין ודברים אין לי בנכסיה, אם מכרה או נתנה, קיים... ואם כתב לה כן אחר הנישואין, צריך לקנות מידו ואז יהיה מכרה ומתנתה קיים'. והוסיף הרמ"א את דברי הר"ן הנ"ל: 'ולא מהני סילוקו אלא לאחר אירוסין, אבל קודם אירוסין לא מהני סילוק'. הפת"ש שם סק"א והאבני מילואים שם סק"ה דנו ביכולת הפראקטית לעשות קניין זה האידנא, שהאירוסין נעשים בסמוך לנישואין, במעמד אחד תחת החופה.

כן הציע הירושלמי שם פ"ט ה"א, הרי"ף שם בדף מב. מדפי הרי"ף והרא"ש שם סי' א להתנות על הירושה לאחר האירוסין, וכן לשון הרמב"ם בהל' אישות פכ"ג הלכה ה-ו: 'התנה עמה שלא יירשנה הרי זה לא יירשנה... במה דברים אמורים בשהתנה עמה קודם שתנשא, שהנחלה הבאה לו לאדם שלא ממשפחתו מתנה עליה שלא יירשנה קודם שתהא ראויה לו, אבל אם התנה עמה אחר שנישאת תנאו בטל ויירשנה'.

אומנם הנתיחה"מ בס' רט בחידושים ס"ק כח כתב שמהני סילוק אפילו קודם האירוסין אם נכתב בלשון טובה ומועילה: 'ודוקא בלשון דין ודברים שהוא לשון גרוע, לא מהני סילוק בלא קנין מנכסים שכבר קנה, אבל כשאמר הריני מוחל לך השעבוד משדה זה שהוא לשון טוב, מהני אפילו בלא קנין, דהא אפילו כל חובו יכול למחול בלשון זה'. אך החוות יאיר בס' נ דחה אפשרות זאת: 'במעט עיון ראיתי שא"ל לומר כן, דהא אנו צריכין ליתן טעם לשבח מנ"ל להר"ן לפרש דוקא ארוסה ולא קודם לכן, דילמא מ"ש ועודה ארוסה ר"ל ולא אחר שנישאת... אלא האמת יעשה דרכו, שהר"ן תמך יתדותיו על מה שכתב בתשובותיו... בענין ראובן... וא"כ הוא א"ל לומר שס"ל להר"ן שע"י קנין מהני סילוק לדבר שב"ל, דא"כ הדרא קושיא לדוכתא, למה לא תקנו שובר גם על מה שיתחייב לו מן אותו יום ואילך וע"י קנין דמהני. אלא ודאי לדעת הר"ן אפי' ע"י קנין לא יוכל אדם לסלק מן דבר שב"ל. וזה ברור'.

אך החו"י הראה פנים וכתב טעם המצדדים בשטר סילוק: 'א"כ יש לומר שמייסדי השטרי סילוק בזמנינו סמכו על דעת רש"י וכן דעת התוס' בפ"ק דב"מ טז ד"ה קנויה לך מעכשיו ע"ש דס"ל שאע"פ שאמר מעכשיו יוכל לחזור בו... תפסו המיסדי' תיקוני שטרות דעת מהר"ם מרוטנבורק במרדכי בפ' הכותב כפשטן שיוכל אדם להסתלק מן דשלב"ל... ואחר מהר"ם נגדו כי כן דרך האשכנזים שנגררים אחר דעת מהר"ם. ולא נחתו לומר שטעמו של מהר"ם הוא דכיון שכבר נשתעבד לה הבעל יכולה למחול ולסלק שיעבודה אף מנכסים שעדיין לא קנה הבעל. דהוה כמו גבי ארוסה שיוכל הבעל להסתלק מנכסי' כיון דאית ליה שייכות בגווייהו וכמו שכתב סמ"ע'. וכן הביא ראייה לשיטתם מגמ' בב"ב קכ: שמשמע שם שמהני לשון סילוק הבכור מירושת האב אף אינו בעולם, אם נוסח המחילה יהיה טוב.

### סילוק מדבר שלא בעולם

הרמ"א בשו"ע אעה"ז בס' צ סעי' יז פסק עפ"י המרדכי: 'אשה שסלקה כחה מנכסי בעלה קודם שקנא הבעל, יכול למוכרן אח"כ ואינה טורפת מהן', ובאר הח"מ שם ס"ק ס בטעם האי דינא: 'דאף ע"פ שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, אדם מסתלק מדבר שלב"ל'. וכן שנה הרמ"א בשו"ע חו"מ בס' רט סעי' ח ופסק עפ"י המרדכי: 'דאף על גב דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, מכל מקום יכול להתנות על דבר שלא בא לעולם. וכן לסלק עצמו וכחו מדבר שלא בא לעולם, הואיל ועדיין לא זכה בו'.

לכאורה פסקי הרמ"א סותרים, שכן בניגוד לפסקו בחו"מ הנ"ל שסילוקה מהני, פסק הרמ"א באהע"ז באר שלא מהני להסתלק כשלא בעולם, וכן הוא להדיא בחו"מ שם לעיל מיניה באותו ס' רט סעי' ד בשם הר"ן: 'כשם שאין אדם יכול להקנות דבר שלא בא לעולם, כך אינו יכול למחול דבר שלא בא לעולם'.

הסמ"ע שם ס"ק כא יישב את פסקי הרמ"א, שסעי' ח מייירי שמהני סילוק כיון שלא ממש נחשב שלא בעולם: 'שאני התם, דקאי אדם שיש לו שעבוד על נכסי חבירו, וכיון דכבר נשתעבד לו משו"ה יכול לסלק אותו שעבוד אף מנכסים שעדיין לא קנה הנתחייב, כיון דמ"מ כבר נשתעבד לו הנתחייב'. כן הרחיב הפת"ש שם ס"ק יג: 'דאם כן דומה לסילוק הבעל בנכסי אשתו לאחר אירוסין, המבואר באה"ע סימן צב בהגהה'. לדבריהם, גם בפסק הרמ"א באהע"ז בס' צב יש לומר שמייירי שהיה שיעבוד ממוני כבר על האישה, לכן יכול הבעל להסתלק כבר בעת האירוסין. אך קודם לכן, שאין כל שיעבוד ביניהם, לא מהני סילוק.

אך בכנסת הגדולה בס' צב אות ז הבין שישנה סתירה בין פסקי הרמ"א, וכי המרדכי חולק על הר"ן והרשב"א שסברו שלא ניתן להסתלק כשלא בעולם.

בשו"ת חוות יאיר ס' נ כתב שאף שיש למתקני תקנת סילוק מדבר שלא בעולם על מה שיסמכו, ומצא עוגן לכך בגמ' ובראשונים, אך אנו מחוייבים לפסקי הרמ"א עפ"י הר"ן והרשב"א שאסרו זאת: 'ועדיין יש מקום לעורר מדנים ולומר ודאי מתקני תיקוני שטרות שהיו קודם להגאון מהרמ"א או אחריו יש להם על מה לסמוך כמ"ש לעיל. אבל אנו יתמי דיתמי שאנו נגררים אחר דבריו של מהרמ"א', וכל הפורש מהם כאלו פורש מן החיים על מה אנו סומכים, הלא הוא כותב להדיא בס' צג בא"ע דלא מהני סילוק אלא לאחר אירוסין והוא דברי הר"ן והרשב"א'.

### מנהג קהילת פפד"מ, והנהוג בארץ

החו"י שם העיד שנהגו לעשות קניין על סילוק מהזכויות בעת מעמד החופה: 'באמת דכירנא בימי חרפי ראיתי במדינות פולין שטר סילוק א' שהיה כתוב בו, וקנינו מן פלוני בין הקדושין ובין הכניסה לחופה'. וכן הביא שם בס' נב מנהג הרווח בפרנקפורט: 'בקנין סילוק כשמסלק הבעל מנכסי אשתו, עושה החתן ק"ס תכף אחר ברכה הראשונה ברכת האירוסין וקודם הקדושין, וכן כותבים בזה הלשון בשטר סילוק'.

החת"ס ח"ד אהע"ז סי' קסו העיר על דבריו, שאם חופה קונה, אזי יטען הבעל שכבר זכה בירושה ולא יועיל סילוק ללא קניין. על כורחך, שהמקדש בטבעת מורה ומגלה בדעתו שלא רוצה שיקנה בקניין חופה: 'האומר את מקודשת לי בטבעת, איך יעלה דעת אדם דאזתה חופה קנתה לו אשתו ונפקיענו מירשתו. ואי נאמר ע"כ קונה לו חופה, א"כ הי' לנו לברך ברכת אירוסין קודם כניסה לחופה עובר לעשייתן דדלמא חופה קונה'. ומכך הסיק שאין החופה קונה כשבדעתו לקדשנה בטבעת, ולכן מהני להסתלק לפני הנישואים הגם שהינם תחת לחופה כפי שנהגו בקהילת פפד"מ: 'ואמנם מנהג ק"ק פפד"מ דהסכים עמהם חו"י סי' נ"ג נכון מאוד דמסלק עצמו בין ברכת אירוסין לברכת נשואי, דאפי' למ"ד תחלת חופה גומרת הנשואי מ"מ בעי' שהי' דעתו שתגמור לו החופה. אבל אם אינו רוצה שתגמור לו, לא עדיפה חופה מביאה אחר כסף... ורוצה שהי' עובר לעשייתן, ומכ"ש זה שרוצה לסלק עצמו, ואין הסילוק מועיל בין אירוסין לנשואי אין דעתו שיגמור עד אחר הברכות ויפה הנהיגו חכמי פפד"מ'.

בתשובות והנהגות ח"ג סי' תנט העלה שאם יערכו את ההסכם לפני הקידושין, אזי לא יועיל מכח הדין שנשא את האישה על דעת התנאי שקדם לכך. שכן אפשר, שהוא פיטמי מילי בעלמא כל עוד אינו בר תוקף ממשי. ועל הציע לעשות כעין 'שטר חצי זכר', שמתחייב הבעל לאישה ולירשיה סכום גבוה באם לא ינהג כפי ההסכם. אך לא שלל את אפשרות עריכת הסכם שיחתם ויעשו קניין בין הקידושין לנישואין.

חוק יחסי ממון בין בני זוג משנת תשל"ג (סה"ח 7/2, תשל"ג, עמ' 267) הסמיך את רושמי הנישואין לאשר הסכם ממון בטרם נישואין. הסכם זה יהיה מאושר בכפוף לאישור רב מסדר הקידושין, שאכן קיבלו הצדדים בקניין בין אירוסין לנישואין. כך שההסכם יקבל את תוקפו ההלכתי באופן מוחלט, וכל הנושא הממוני בין הצדדים יהיה נעול וחתום גם חוקית וכהלכה כפי שסוכם תחילה ונעשה קניין כנדרש.

## סילוק לאחר הנישואין

ראינו עד כה שלא מהני להסתלק לאחר שכבר זכה בזכויותיו, ועל מנת לשמוט מעצמו את זכויות אלו נדרש ממנו לעשות קניין המועיל כפי הנהוג בכל הקניינים.

הרמ"א בס' צב סעי' ז הביא בשם הרמב"ן, הר"ן והריב"ש שיכול לחייב עצמו לאחר שנישא להחזיר לירשי האישה את שירש ממנה: 'והא דלא מהני תנאי לאחר שנשאת, דוקא שאמר שלא יירשנה, מ"מ אם מחייב עצמו להחזיר לירשיה מה שירש ממנה צריך לקיים'. הרי ניתן לייצר הסכם ממוני על חלק מהנושאים שפרטנו לעיל, אף לאחר שנישאו מכבר. אומנם יש דברים שלא יוכלו עוד להתנות עליהם מאחר שכבר התחייבו עליהם בעת הנישואים.

## לסיכום:

על הבעל לגלות דעתו קודם החופה, שלא מתכוון שתקנה עבורו קודם ברכת הנישואין, כפי שהעיר החת"ס באהע"ז בס' קעו.

בין ברכת האירוסין לנישואין, יעשה הרב עם החתן קניין שמסתלק מזכויותיו: 'דין ודברים אין לי בנכסיך ובפירותים ופירי פרותיהם כפי שנכתב בהסכם שבינינו' – כמנהג פרנקפוקט, החוות יאיר בס' נ ובס' נב והחת"ס דלעיל. ויצינו בכתובה כי המחוייבות ביניהם מצורפת בהסכם המצורף, ויחתמו ע"כ החתן והכלה (כל הליך זה תחת החופה, קבל עם ועדה עשוי להביך ולהציק לזוג, וניתן לקיימו בשום שכל בשקט, בלא שיבינו יתר המצויים במעמד זה).

נוסח ההסכם יכלול שהבעל מסתלק מנכסי האישה ובכללם דירתה ובפירותיה, וכי אין לי בהן ובפירותיהם ובפירי פרותיהם עד סוף העולם (אם רצו להסתלק רק מהירושה ולא מפירותיה לא יכתוב 'אין לי בפירותיהן') וכן שלא יירשנה, כמבואר בשו"ע באהע"ז בס' צב. ואם יהיה לו איזה זכות שהיא, הרי שהוא מתחייב לתת אותם לירשיה, כפי שמבואר בס' צב סעי' ז. ולשון הסתלקותו תהיה בלשון טובה המועילה, כפי שכתב נתיה"מ בחו"מ בס' רט חידושים ס"ק כח.

יש להזהר שלא להכניס את נושא הגירושין להסכם זה, שכן אפשר שיגרום לבעיות ואף פסול בגירושין באם ידרשו לכך (לא נכנסו בגיליון זה לסוגיא זו).

ניתן להחריג סכום מסויים מההסכם אותו יירש הבעל כדינו, בכדי שלא להפקיע דינא דאורייתא.

## נוסח הסכם ממון שבין בני זוג\*

מועתק ברובו מספר משפטי ליעקב סי' מז

הסכם זה נערך ביום \_\_\_\_\_, בעיר \_\_\_\_\_  
בין \_\_\_\_\_ ת.ז. \_\_\_\_\_, כתובת \_\_\_\_\_  
(להלן: "החתן")  
לבין \_\_\_\_\_ ת.ז. \_\_\_\_\_, כתובת \_\_\_\_\_  
(להלן: "הכלה")  
(שניהם ביחד להלן: 'בני הזוג')

הואיל ובדעתם של החתן והכלה להנשא זה לזה, והואיל ולכל אחד מהם יש או יהיה רכוש וכספים שאין הוא מעונין שיהיה לשכנגדו זכויות בהם, לפיכך הסכימו החתן והכלה לערוך ביניהם הסכם ממון, שיהיה תקף הן ע"פ ההלכה והן ע"פ החוק המקומי, כדלהלן:

**א. המבוא להסכם הינו חלק מגוף ההסכם.**

**ב. 1.** האמור בסעיף ב/ 2 וב/ 3 להסכם זה מתיחס -בנוסף למפורט שם - לכל רכוש שיש לכלה הרשום כעת או שיהיה רשום על שמה (ברשימות התקפות ע"פ חוק, כגון טאבו, פנקסי הבנקים וכו'), מקרקעין, פקדונות וחשכונות בבנקים, הן במטבע ישראלי והן במטבע זר, מניות ואגרות חוב, כספים, חובות שחייבים לה, הן במלוה ע"פ והן במלוה בשטר מטלטלין המוחזקין כשלה זכויות וכל רכוש אחר, אלה הקיימים כעת, ואלה שיקנו בעתיד מכספים שמקורם ברכוש הנ"ל. וכן רכוש כנ"ל שיהיה לה לאחר מכן, וכן משכורת וכל זכויות שיבואו מכח מעשי ידיה בעבודות "חוץ" (\*במידה והבעל יסתלק ממעשי ידים אלה).

**2.** החתן הנ"ל מסלק את עצמו בקנין סודר ומוחל על כל זכות בנכסי הכלה, מפירותיהם ופירי פירותיהם עד עולם, בחייו ובמותו, מכל הנכסים הנ"ל, ובכלל זה הזכות לרשת את הכלה לאחר שתהיה אישתו, ומכל זכויות אחרות שיבואו מכח הרכוש הנ"ל. ולענין זכויות שאין ניתן להסתלק מהן אלא בין ארוסין לנישואין, במידה ולא אקבל בקנין סודר בין ארוסין לנישואין, האמור בסעיף ג יחול על זכויות אלו.

(סכום של 2,000) ש"ח משל האישה אינו כלול בהסכם, והחתן זכאי בו כדינו, ואף לרשת אותו – כדינו). ---

**3.** החתן מסתלק/ לא מסתלק מהזכויות המגיעות לו ממעשי ידיה בעבודות "חוץ", או ממצאיתה. החתן אינו מסתלק מזכויות המגיעות לו ממעשי ידיה בעבודות שבבית.

**4.** החתן מתחייב שילדיהם המשותפים, הבנים/הבנות, יזונו מנכסיו אף לאחר מותו, עד הגיעם לגיל 18.

**5.** החתן מתחייב שכל מה שמגיע לכלה מכח תנאי כתובה, לא יופקע, אא"כ תמחול במפורש על כך. --

**6.** החתן מתחייב שזכות המדור לא תופקע, אא"כ תהיה הסכמה בכתב של הכלה למכירה או למתנה.

**7.** רכוש או כספים שנצברו במהלך הנישואין ואינם באים מכח הרכוש שהיה לצדדים קודם נישואיהם, יהיה שייך לשניהם בשוה, אף אם יהיה רשום ברשימות התקפות בחוק ע"ש צד החתן בלבד. חובת ההוכחה אימתי נצבר רכוש זה תחול על הצד החפץ להוציא את הרכוש מחזקתו. לענין זה הרישום יחשב כמוחזקות לענין חובת הראיה.

**ג. 1.** היות ויש זכויות שאינן ניתנות לסילוק ע"פ ההלכה בקנין אלא בתנאים מסוימים, ויבואו לערער שלא מולאו תנאים אלה, לפיכך החתן מודה בהודאה גמורה שהוא חייב ליורשי הכלה הנ"ל ולכל מי שיהיה מוטב בצוואתה, סך כפול מערך הנכסים הנ"ל בסעיף ב על כל חלקיו, וקיבל על עצמו בקנין סודר אף בתורת התחייבות, ושיעבד נכסיו דקנאי ודאקני מעכשיו מטלטלי אגב מקרקעי.

**2.** בחוב זה הותנה תנאי שיהיה ניתן לממש את החוב אך ורק אם החתן או מי מירשיו יקבל זכויות בנכסים הנ"ל ללא הסכמתה המפורשת של הכלה, בניגוד למוסכם לעיל. כמו כן הותנה שבמידה והחתן או מי מירשיו יקבל זכויות בנכסים הנ"ל ללא הסכמה מפורשת של הכלה, יגבה מהחוב כפול מערך הזכויות שקיבל. ---

**ד. 1.** האמור בסעיף ד/ 2 להסכם זה מתיחס - בנוסף למפורט שם - לכל רכוש שיש לחתן הרשום כעת או שיהיה רשום על שמו (ברשימות התקפות ע"פ חוק, כגון טאבו, פנקסי הבנקים וכו'), מקרקעין, פקדונות וחשכונות בבנקים, הן

\* יש למחוק ולהוסיף את התנאים עפ"י רצון הצדדים וצרכיהם.

במטבע ישראלי והן במטבע זר, מניות ואגרות חוב, כספים, חובות שחייבים לו, הן במלוה ע"פ והן במלוה בשטר, מטלטלין המוחזקין כשלו, זכויות וכל רכוש אחר, אלה הקיימים כעת וכן רכוש שנרכש בכספים שמקורם בנכסים הנ"ל, וכן רכוש שיהיה לו לאחר מכן.

**2.** הכלה הנ"ל מסלקת את עצמה בקנין סודר ומוחלת, כל זכויות שיגיעו לה בנכסים הנ"ל בהיותה אשתו, ובכללם זכות לתבוע חלק בעזבון החתן לאחר מותו, הן בתורת ירושה והן בתורת מזונות. (כמו כן הינה מוחלת על תוספת הכתובה, בין אם נתן לה כבר ובין אם יתן לה בעתיד.)

**3.** אין הכלה מוחלת על זכויות ממון המגיעות לה כל זמן שהיא אישתו, כגון, זכות מזונות, ביגוד ומדור לפי כבודו ולפי כבודה, רפואתה, פדיונה וקבורתה, שתוכל לגבותם מנכסיו הקיימים בשעת החיוב או שיהיו קיימים שעה אחת קודם מותו. כמו כן אין הכלה מוחלת על זכות מדור אלמנה, כתובה דחזי לה מדאורייתא/מדרבנן, וכן אינה מוחלת על זכויות המגיעות לילדיהם המשותפים, ותוכל היא או הילדים המשותפים, לגבות מנכסיו שיהיו קיימים בשעת החיוב או שעה לפני מותו.

**4.** זכות האשה למדור אלמנה יחול על דירה הרשומה על שם החתן בשעת הנישואין, ובתנאי שהצדדים יחיו יחדיו לפחות \_\_\_\_\_ שנים משעת הנישואין. וכן אם יקנה דירה לאחר נישואיהם, והצדדים התגוררו בה מכה בעלותו של החתן בדירה, תהיה הכלה זכאית למדור אלמנה, אם יחיו יחדיו לפחות \_\_\_\_\_ שנים. אין באמור לעיל משום להפקיע את זכותה כאלמנה להמשיך להתגורר בדירה שכולה או חלקה רשום על-שמה.

**5.** רכוש או כספים שנצברו במהלך הנישואין ואינם באים מכה הרכוש שהיה לצדדים קודם נישואיהם, יהיה שייך לשני הצדדים בשוה, אף אם יהיה רשום ברשימות התקפות ע"פ החוק ע"ש צד הכלה בלבד. חובת ההוכחה אימתי נצבר רכוש זה תחול על הצד החפץ להוציא את הרכוש מחזקתו. לענין זה הרישום יחשב כמוחזקות לענין חובת הראיה.

**ה. 1.** היות ויש זכויות שאינן ניתנות לסילוק ע"פ ההלכה בקנין אלא בתנאים מסוימים, ויבואו לערער שלא מולאו תנאים אלה, לפיכך הכלה מודה בהודאה גמורה שהיא חייבת לחתן הנ"ל וליוורשיו ולכל מי שיהיה מוטב בצוואתו, סך כפול מערך הנכסים הנ"ל בסעיף ד על כל חלקיו, וקבלה ע"כ בקנין סודר אף בתורת התחייבות, ושעבדה נכסיה מטלטלי אגב מקרקעי.

**2.** בחוב זה הותנה תנאי שיהיה ניתן לממש את החוב אך ורק אם הכלה או מי מירשיה יקבל זכויות בנכסים הנ"ל ללא הסכמת החתן, בניגוד למוסכם לעיל. כמו כן הותנה שבמידה והכלה או מי מירשיה יקבל זכויות בנכסים הנ"ל ללא הסכמת החתן, יגבה מהחוב כפול מערך הזכויות שקיבל.

**א. 1.** על כל הנ"ל קבלו החתן והכלה בקנין סודר מעכשיו בבית דין חשוב במנא דכשר למיקנא ביה, ללא אסמכתא ודלא כטופסי דשטרי, בקנין המועיל ביותר ובאופן המועיל ביותר, וקבלו על עצמם סברת הפוסקים המקיימים שטר זה, ושכל ספק בלשון השטר יהיה נידון לקיום השטר ולא לביטולו.

**2.** במידה ויתגלו חילוקי דעות באשר לפרשנות הסכם זה, החתן והכלה מקבלים על עצמם בקנין סודר את \_\_\_\_\_ שיהיה מוסמך לפרש הסכם זה, בין לדין ובין לפשרה ובין ליושר ע"פ שיקול דעת רחב. חתימתם דלמטה תהא תקפה כאילו חתמו על שטר בוררין, ע"פ דין תורה וע"פ חוק הבוררות.

**ח.** הצדדים מצהירים בזה כי קראו והבינו את תוכן ההסכם, וחתימתם תהא ראויה וקנין לכל האמור.

הכלה

החתן

בפנינו חתמו החתן והכלה, וקבלו בקנין סודר ובאודיטא בין האירוסין לנישואין, והתחייבו והודו בכל האמור בהסכם הנ"ל, ושעבדו נכסיהם לחוב הנ"ל, ואמרו לנו לעשות שטר עם חיובים כנ"ל.

הרב המסדר את הקידושין

עד

עד

אישור

הצדדים הופיעו בפני, לאחר שחתמו וקבלו בקנין סודר בפני הרבנים הנ"ל. לאחר שנוכחתי כי הצדדים מבינים את משמעות הכתוב בהסכם, ולאחר שאימתו בפני את חתימותיהם, ע"פ סמכותי החוקית, לפי סעיף 2 (ג) לחוק יחסי ממון בין בני זוג, הריני מאשר את ההסכם המצורף.

רב רושם הנישואין

# מאורות תורת המשפט

## תשובות אקטואליות בדיני ממונות

## אבישי נתן מייטלים

יא בא"ר תשע"ח נשלח חינם מידי שבועיים, להצטרפות: [meorothamishpat@gmail.com](mailto:meorothamishpat@gmail.com) גליון מספר 67

## הפעלת רחפן הכולל מצלמה בחצר ומעל שכן

## המקרה

שכן ביקש למנוע משכנו להפעיל רחפן הכולל מצלמה מלעבור מעל חצירו.

**טענות בעל הרחפן:** איני יכול להטיס את הרחפן למרחק בלא שאחצה את חצר שכני, ואיני נוטל משלו דבר בעצם המעבר במרחב האווירי שלו. ולגבי הטענה של צילום חצירו, טען שגם בלא שיעבור מעל חצר חבירו, המצלמה קולטת את הנעשה בחצירו בהיותה בגובה רב בחצירו הפרטית. כך שהמעבר בתחומו אינו יוצר היזק נוסף.

**טענת השכן:** אם אכן כך, אבקש מבי"ד צו המונע את שימוש הרחפן אף ברשות בעל הרחפן, בהיותו מזיק לי ולא מאפשר תשמישים פרטיים בחצר.

## תשובה

אסור לאדם להשתמש ברשותו באופן שיזיק בהיזק ראה לחצר חבירו. על כן, אם ישנה מחיצה בין החצירות, שאכן מאפשרת שימוש צנוע ופרטי לשכן, אזי יש לראות בהפעלת רחפן שיש בו מצלמה (וה"ה למצלמת אבטחה שקולטת את חצר שכנו) כפגיעה בחבירו, ומשום היזק ראה אסור להפעילו גם ברשותו של בעליו (יש לעיין אם הדין ישתנה באתר מגורים חדש, שיכנסו אליו דיירים ויפעילו רחפן עם מצלמה עוד בטרם החזיק השכן בזכות לעשות בחצירו תשימש צנוע). אך אם בין כה לא היתה החצר משמשת לתשמישים צנועים, אפילו לא בחלקה, וכן אם מרפסת הבית היתה בין כה חשופה לדייר ממול, לא יוכל למנוע מבעלי הרחפן להפעילו בחצרו (אא"כ מפעילו תדיר, ובכך מצטמצמת אפשרות השכן להשתמש ברשותו באופן משמעותי).

מותר להטיס רחפן - כטב"מ (כלי טיס בלתי מאויש) מעל שטח חבירו, כל עוד אין בו מצלמה, או שכולל מצלמה אך לא היווה כהיזק ראייה (כגון שהחצר או המרפסת בין כה לא היתה מוצנעת בכולה. או שלא עושים בה תשמישים צנועים) – כל עוד אין סיבה אמיתית וטובה למחאת השכן. ברם אם מבקש השכן למנוע מסיבה ביטחונית (אולי גם בטיחותית), או שיגביר מעקב עליו, או שבכך מפר את הריבונות של בעל המרחב (בנתיים, טענה זו לא נשמעת במגזר הפרטי) – יוכל למנוע הפעלת הרחפן במרחב האוירי שבתחומו.

יש לשמור על צנעת הזולת. והמראה תמונה או סרטון שיש בהם כדי להמעיט מערכו של המצולם ולפגוע בו - עובר על כמה איסורי דאורייתא, וכל שכן אם מפיץ אותם.

## נימוקי הדין

## אסור להזיק בראיה

טרנד הרחפנים המתפשט בארץ לא פוסח גם על הבחינה ההלכתית של הפעלתו. רת"א (רשות תעופה אזרחית) מתמודדת עם התוות נהלים ותקנות, רשיונות ותקנים בנושא ממספר היבטים – בטיחותים, בטחוניים ונתיבי טיסה במרחב האווירי. אולם מוטל עלינו לברר את המגבלות ההלכתיות של הפעלת כלים מעין אלו הכוללים במיקום פרטי ובמיקום ציבורי.



דיני היזק השכנים הנעשה מעצם השכנות ביניהם, קבע מקום לעצמו בדיני התורה, שהוא מבוסס על הסברא. וכך כתב הרמב"ם בהקדמה לפירוש המשנה, שסידר רבנו הקדוש את מסכת בבא בתרא באחרונה לפי: 'שכול קבלה ודברי סברא, ולא נתבאר במקרא'.

שכן ישנה סתירה מסוימת בין הזכות לממש את היכולת שימוש בחצר הפרטית, באופן חופשי, לבין הפגיעה בזולת ובשכן. שהרי זכותו של דייר להשתמש בחצרו בהיתר גמור, עשויה להוות נזק משמעותי לשכנו, שכן השכן מנוע מלהשתמש בחצירו לשימושים צנועים מפאת הדייר שעשוי לצפות בו מחלון ביתו. וכי נאמר לדייר לא להשתמש כרצונו ברשותו? או האם לא נאפשר לשכן להשתמש בחצירו כאוות נפשו? על מי יש להטיל למנוע את הפגיעה ההדדית?

השכל הישר לא מתיר הסתכלות וכ"ש צילום מכוון של חצר חבירו, ובוודאי לא את הנעשה בבית השכן, כפי שיתבאר הדברים לקמן, שמעשה זה אסור בתכלית. אולם, בדיני השכנים נדרשים לכך שכל שכן עושה מעשה היתר ברשותו, ומשתמש ברשותו לצרכיו, ובאופן אגבי שכן ניזק מפאת שימושו הלגטימיים של שכנו. וזהו נקרא בלשון חכמים 'היזק ראייה'.

הגמ' במסכת ב"ב בדף ב: כתבה שישנו איסור על הגברא, איסור אישי להסתכל על הנעשה בחצר שכנו, ואפילו על הנעשה בגינתו שאינו דר בה: 'ר' אבא אמר רב הונא אמר רב, אסור לאדם לעמוד בשדה חבירו בשעה שהיא עומדת בקמותיה', שלא יזיקו בעין הרע כפירש"י שם בד"ה 'אסור'. בשטמ"ק בדף ב: מבואר שהוא איסור נוסף על היזק ראייה. וכן מבואר ברא"ש שם ס"ו (לאפוקי מה"מ) שיש איסור להזיק בראיה הן בגינה בסתמא כבמקום שנהגו, והן בחצר אף שמקום שלא נהגו לגדור להעמיד מחיצה, וכ"כ היד רמה אות ד והרשב"א שם. וכן פסק מרן השו"ע בס' שו"ע סעי' ה: 'ואפילו בראייתו, אם יש בו היזק לחבירו אסור להסתכל בו. לפיכך אסור לאדם לעמוד על שדה חבירו בשעה שעומדת בקמותיה'.

המגיד משנה בהלכות שכנים פ"ב הט"ז לעומתם סבר כי מעיקרא דדינא אין היזק ראייה בגינה, שכן אין דרים שם: 'ומה שאמרו אסור לאדם שיעמוד על שדה חבירו בשעה שעומדת בקמתה, אינו אלא מדת חסידות, ולא נכריח לגדור ארבע אמות בשביל כך. ודברי טעם הן'. לדבריו, רק בחצר ישנו היזק ולא בגינה, ורק ממידת חסידות דרשו להמנע מלהסתכל אף בגינה, וכן הוא בתשובת הרמב"ם לחכמי לונל, כמש"כ המגדל עוז שם. הסמ"ע בס' שו"ע סק"ד העיר שמרן השו"ע פסק להדיא דין זה בניגוד לדעת הסבורים שמנהג חסידות הוא. וראה בחשוף חמד בב"ב שם דן אם גם בעידן שלנו ישנה טענה זו בגינה.

מעבר לאיסור האישי להזיק לחבירו בהסתכלותו, ישנה חובה לאבזר את החצר והרשות שלא תאפשר היזק ראייה, ותאפשר לשכן שימושים צנועים מבלי לחשוש לזר שצופה ומביט בנעשה ברשותו. כן דרשה המשנה בריש ב"ב שיש חיוב לבנות מחיצה גבוהה ד' אמות, בכדי למנוע היזק ראייה לחבירו, כפי שהסיקה הגמ' שם שקיים היזק זה גם בחצר, ואף ניתן לכוף על חיוב זה. הדברים אמורים גם לגבי שימושי היתר שדייר עושה ברשותו, ומסתובב בביתו להנאתו, שמחוייב להעמיד מחיצה לבל יזיק לשכנו, כפי שבאר הרמב"ם בלשונו הזהב: 'דאפילו מחל הניזק, כיון דודאי אסור הוא למזיק להזיקו בראיה ולהסתכל בו לדעת, ואין אדם יכול ליזהר בכך לעמוד כל היום בעצימת עינים, על כרחו נאמר לזה סתום חלונך ואל תחטא תדיר'. ואמרה הגמ' שם ב: שגם בעל גג הצופה על חצר מחוייב לעשות מחיצה בגובה שתמנע את היכולת שלו להביט ולהסתכל על הנעשה בחצר שכנו, מתוך מטרה לאפשר לכל דייר לעשות תשמישים צנועים בחצירו. ואפילו לפתוח חלון הצופה לחצר שכנו אסור, כמבואר בב"ב בדף נט: וכן פסק השו"ע בס' קד סעי' ג: 'לא יפתח אדם חלון לחצר חבירו; ואפילו אחד מהשותפים בחצר שבקש לפתוח לו חלון בתוך ביתו לחצר, מעכב עליו שותפו, מפני שמסתכל בו ממנו. ואם פתח, יסתום'.

החזו"א ב"ב ס' ג אות יד דן אם יש טענת היזק ראייה על הנעשה האידנא בחצר, שכן הכסף משנה ברמב"ם הל' שכנים פ"ב והסמ"ע בס' סק"ב והקצוה"ח שם סק"א בארו שבגג אין היזק ראייה משום שאין תשמיש קבוע של אנשים שם. וכן עולה מערוך השולחן בס' קנט סעי' א: 'דבר ידוע שבזמן חכמי הש"ס לא היו הגגים משופעים כשלנו אלא היו חלקים ושוים וראוים לתשמישם, ועכ"ז אין בהם היזק ראייה כל כך כמו בחצר, משום שאין תשמישם תדיר'. ברם אם חצירו מאפשרת תשמישים צנועים, אזי הוי היזק. ובשם הגרי"ש אלישיב צ"ל מובא שיש היזק ראייה גם בחצרות שלנו האידנא. והדברים מקבלים משנה תוקף במרפסת הבית, ומסתבר, שיש לבחון כל מרפסת לגופה אם מיקומה מאפשר תשמיש צנוע.

אך בבקעה – לכו"ע לא מתקבלת טענת היזק ראייה, כמבואר בגמ' שם בדף ג', שכן השימוש במקום קלוש יותר כמבואר בתוס' שם ב: בד"ה 'גינה', ואין דרישה להעמיד מחיצה אא"כ מנהג המקום הוא. וכן פסק הרמב"ם הלכות שכנים פ"ב הט"ז. דוגמא מעשית לדבר, לא תתקבל טענה מעין זו במרחב הציבורי, ולא יוכל היושב באוטובוס או המהלך ברחוב לטעון 'שלא יסתכלו עלי'. שכן מקומות אלו לא מיועדים לשימוש צנוע ולא לשימוש אישי, ולא יוכל למנוע את המצויים שם לעצום עיניהם – אך לא הותר לזר ל"חטט" למהלך ברחוב בעיניו האישיים הגם שלא התאמץ להסתירם.

נמצא, שאין להסתכל בחצר חבירו, ואין היתר להעמיד עמוד גבוה ובראשו מראה שאוכל לראות את הנעשה בחצר השכן, וכן אין להפעיל ברשותי מצלמה באמצעות רחפן שמאפשרת להסתכל ולראות את הנעשה בחצר אחרים. ברם בגינה או במרפסת החשופה לכל עובר ושכן, לא יוכל לדרוש לעצום עיניהם מלראות את שבתחומי, כיון שבין כה מנוע מלהשתמש תשמיש צנוע. אך וודאי אסור לכוון ולהעמיד מצלמה לרשותו. ונדון לקמן, אם יכול להפעיל רחפן הכולל מצלמה שקולטת את המרפסת וחצירו של שכן, שכן מעמיק בכך את החוסר נוחות של השכן להשתמש ברשותו שעד כה היתה משרתת אותו.

### **בעל החצר קנה זכות להשתמש בחצרו**

הגמ' בב"ב אומרת שהיכא ששכן החזיק ג' שנים ברשותו במרחב שסיפק לו אור, אויר, שימוש צנוע ברשותו – הוא זכה בזכות זו, ואין היתר ליטול אותה ממנו. על כן לא יוכל שכן לבנות סמוך לחלון חבירו שכן מאפיל עליו, ולא יוכל לחסום בפניו את האויר (אומנם את הנוף, זכאי למנוע, כמבואר בר"ת בתוס' בדף ז'. וצ"ב על כלול בטענה זו, ואכמ"ל), וכן לא יוכל לפתוח חלונות הצופות לחצר חבירו, שכן החזיק השכן להשתמש ברשותו בתשמישים צנועים. עפ"י פסק השו"ע בס' קנה סעי' א' שבעל החצר רשאי למנוע משכנו לעשות שינויים המאפשרים לו להסתכל עליו. ועל כן, יש זכות לחצר שקדמה לפני תופעת הרחפנים, למנוע את האפשרות לחדור לפרטיותו ולהפר את היכולת שלו להשתמש בתשמישים צנועים.

נחלקו הראשונים, כמבואר ברא"ש בב"ב פ"ב ס' ג' ובטור בס' קנה בשם רבנו יונה אם יכול למחות בשכנו המבקש לבנות סמוך לחורבה, בטענה שביום מהימים יבנה ואז יסתיר וימנע ממנו אור או חלונות, או שכיון שכעת אין לו נזק מהבנייה, לא יכול למנוע משכנו, ושכנו לא מוגדר כ'החזיק' עליו. והשו"ע שם סעי' טז הזכיר מחלוקת זו. אך לכו"ע אם כבר החזיק שכנו בשימוש המקום, אינו רשאי ליטול אותם ממנו.

לפיכך, לא יהא רשאי להפעיל רחפן הכולל מצלמה ברשותו, שכן בכך מיפר את שהחזיק שכנו להשתמש בחצירו.

### **איסור להרחיב את היזק הראיה – להעמיד מצלמה ברשות הרבים ומול שכנו**

המשנה בב"ב פ"ג מ"ז חידשה, שאין להרחיב חלון או דלת או לשנותו, משום שהוא מגדיל ומשנה את היזק הראיה, כפי שהגמ' שם בדף ס'. אמרה שבשל השינוי כבר אינו יכול להצטנע ממנו. שכן בעל החצר מעכב עליו בטענה: שעד כה היה יכול להסתתר ממנו קצת, וכעת מנוע כלל. ולדברים אלו יש לדון גם אם החצר או מרפסת השכן היתה כבר חשופה לעיני שכניו, האם יכול להפעיל רחפן, שכן אין להגדיל את ממדי היזק הראיה (שכן במציאויות רבות היה כבר חלון פונה לחצר שכנו, מזה שנים, אך עדיין אפשר היה לעשות בחצר מידי פעם תשמישים צנועים מסוימים, אך כעת שבכל רגע נתון יכולה להגיח מצלמה, ימנע מכל וכל מלהשתמש בחצירו ובמרפסת ביתו).

על כן, אם יעמיד דייר מצלמה קבועה המצלמת את הכניסה/ חצר/ מרפסת ביתו, והינה קולטת אף את שטח חבירו – השכן יהא זכאי לעכב עליו זאת. שכן עד כה נזהר לצאת למרפסת ולחצר כשראה שאין איש צופה בו, וכעת יש 'צופה קבוע' שאינו יכול להמלט מעיניו הבולשות. ובפרט אם נשמרת ההקלטה של הצילום, שימנע מהעובדה שיהא ביד המצלם אירועים ותמונות מביכות ולא נעימות.

אומנם ברשות הרבים לא יוכל איש למנוע מצלם את עצמו או נוף, הגם שהוא קולט אירועים נוספים של אחרים במקום, שכן מוטל על כל המצוי במקום זה להזהר בעצמו עפ"י תנאי המקום. ויש לעיין במבקש לצלם אדם זר בכוונה במרחב הציבורי, שכן אומנם למצולם אין יכולת למנוע זאת מהצלם, אך למצלם ישנו איסור אישי לנהוג כן, שהרי ראינו לעיל שאסרו חז"ל להסתכל בחצר חבירו אף שאינו דר שם אלא רק שדותיו שם, כל שכן שאסור להסתכל בכוונה לביתו, שכן מה טובו אוהליך יעקב, ושמר על צניעות הדיירים הסובבים ב"ב בדף ס'.. ואף שניתן לראות את כל המצויים ברשות הרבים אך אם מצלם

אותו במכוון, הוא לא מאפשר למצולם לנהוג בחופשיות כפי שהכל נוהגים וכפי שהחזיק' שם עד כה. ובוודאי אם מנסה לתפוס אירועים מביכים, שלא יכול להמלט מהם. והדברים פשוטים.

זאת על הכל לדעת – גם לו נעשה הצילום בהיתר גמור, ובידו סרטון או תמונה המציגה באור שלילי או מגוחך או מביכה – ישנם כמה איסורי מדאורייתא (!) להראותו לאדם נוסף, הגם שלא אמר ולא סיפר דבר. שכן בבאר מים חיים הערות לח"ח, כלל א אות יד כתב שאין להראות לאחרים את כתבי פלוני בכדי לגנותו. והנכשל בכך, עובר על 'לא תלך רכיל בעמך', ועל 'לא תשא שמע שוא' דקרי ביה 'לא תשיא', ועל 'השמר לך בנגע הצרעת' (מלבד איסורים נוספים וארוכים שמנה החפץ חיים בפתיחה). ומבטל עשה של 'זכור את אשר עשה ה' אלוֹקֶיךָ למרים'. וכ"ש שאין להפיצו ולשלוח אותו לזולתו, שכן אם הוא יפיץ אותו הלאה, הוא יעבור גם על איסור 'לפני עוור לא תתן מכשול'. וכתב החפץ חיים בריש כלל א ובריש כלל ג וכלל ד שהדברים אמורים אפילו שהוא מפרסם דבר אמת גמור, כפי שניכר ורואים בתמונות ובסרטון. ואם 'מצא' ו'תפס' סיטואציה שלא היה עושה המוצלם לו היה מודע לכך, כתב הח"ח שם כלל ג סק"א שעובר גם על 'ארור מכה רעהו בסתר'. על כן, ישנו איסור להוריד את ערכו של אדם בעיני אנשים, כמבאר שם כלל ה סק"ו, ובפרט שהעובדה תבזהו, כמבאר שם כלל ד סק"א, אף אם לא מתכוון שיתבזה שם הל' רכילות ריש כלל א. וכבר הרחיבה הגמ' בערכין בדף טו: את גודל חומרת סיפור לשון הרע (ראה בח"ח א ג-ד ובאר מים חיים סק"ו אם אמורים הדברים רק ב'בעל לשה"ר' שמספר בתמידות) שהינו ככופר בעיקר ואין הקב"ה והוא יכולים לדור בעולם ונגעים באים אליו וסופו יורש גיהנום והשווהו לעובר על ג' עבירות רח"ל. ובכפוף לדיני לשון הרע, יש לדון במקרה שרוצים לפרסם רשע והמזיק את הרבים, כמבאר בפסחים בדף קיג: ובבב"ח בכלל ד סק"ה, עפ"י כל הגדרים והסייגים שהובאו שם.

### להפעיל רחפן בטענה: 'איני מסתכל בתמונות'

מצאנו מספר דינים שעולה מהם שיש למנוע אפשרות לראות את הנעשה בחצר חברו, אף שאין כוונה מצד הדייר להסתכל שם.

הגמ' בב"ב בדף ו: אמרה שגם מגג לחצר יש לעשות מחיצה ד' אמות למנוע היזק ראייה, אף שתשמיש הגג אינו רציף, מ"מ מונע מדייר החצר להשתמש בחצירו, מפאת החשש התמידי שמא עלה שכנו לגג. וכן באר רש"י שם: 'דכיון דגג לא קביע תשמישיה, נוח להזהר משכנו שלא יראהו', וכ"כ הרמב"ם בהל' שכנים פ"ג ה"ו.

כן אמרה הגמ' שם בדף נט: שיכול למנוע משכנו לפתוח חלונות ולהשתמש בזיז בחצירו, שכן עשוי להסתכל על הנעשה בחצר. הרי נאסר על דייר לייצר לעצמו אפשרות מלהסתכל לחצר חברו. רבי אילעא שם סבר שמוחה על פתיחת החלון המצרי: 'דאמר ליה זימנין דמותבת שרשיפא תותך וקיימת וקא חזית', כלומר, מהחשש שלפעמים יקח ספסל ויעלה ויראה, מוגדר כנזק, ומאפשר זכות מחאה עליו. כפי שבאר הקצוה"ח בס"י קנד סק"א: 'דאמר ליה זמנין דמותבת שרשיפא, וכיון דזמנין דאית ליה היזק... אע"ג דאינו היזק ממש, כל שחסר קצת'. הראב"ד הובא ברמב"ן שם תמה, מדוע בחצר לא חששו שיעמוד על ספסל, ויישב: 'דבחצר, חבירו רואהו ומתירא ממנו אבל בביתו אין חבירו רואהו ואינו מתירא ממנו'. כלומר, בחצר, מצוי השכן במפלס זהה ויכול לראות ולדעת אימתי הינו נמצא על סולם ויזהר ממנו בהאי שעתא. ברם אינו יכול לראות ולדעת מתי שכנו עלה על סולם בגג, ומשו"ה דינו חמור משל חצר. הרי לן ששימוש חריג שמאפשר לראות בחצר הזולת, מהפרה כהפרת 'זכותו' ו'חזקתו' של השכן לדור במקומו בצניעות.

הגמ' בב"ב שם בדף ו: הביאה סתירה בין אביי לבין ר"נ אמר שמואל אם יש היזק ראייה מגג לגג, שאביי סבר שיש ולדעת שמואל אין. הרשב"א שם באר שיש הבדל בין שני גגות צמודים שבהם אין היזק ראייה בגלל שהמשתמש מרגיש בעלית השני ויכול להיזהר ממנו לעומת שני גגות רחוקים, בשני עברי רה"ר שזה הנידון של אביי, ששם יש היזק ראייה בגלל שהמשתמש לא מרגיש בעלית השני ואינו עולה על דעתו שיעלה בגלל שהשימוש הוא רק לעתים ולא יכול להיזהר ממנו. וז"ל: 'דכל שהן רחוקין זה מזה כל שזה משתמש אינו מרגיש בביאת השני וסבור שלא יבוא, לפי שאין משתמשים בגגין אלא לקיצין'. כן כתבו גם תוס' שם ד"ה 'בשני' ור"ת באו"ז ורבינו יונה ומרדכי רמז תעא ובשם רבינו יקר שם והריב"ש והטור בס"י קנט וכך הכריע הרמ"א שם סק"ב.

המשנה בב"ב בדף כב. אמרה שאין לבנות סמיכות לכותל החוצץ ולא נמוך ממנו, שמא יאפשר לשכן להציץ ולהסתכל על שכנו (הגם שיצהיר שאין לו כל כוונה בכך), וכן באר רש"י שם בדף כב: בד"ה 'מלמעל': 'צריך להגביה שיעור שלא יציץ בהשענו על כותלו וישפיל ראשו ויראה דרך חלונות ויראה בבית חברו. שלא יעמוד - על ראש

עובי כותלו ויראה'. הגם שהיזק זה לא יהיה שיגרתי, שהרי אינו מטפס ועומד כל היום בין הכתלים, מ"מ מנעו מבנייה שתאפשר היזק לחבירו.

יש לדון לגבי נידון הרחפן, שכן מצאנו איסור לבנות ולייצר מבנה שיש בו אפשרות שיסתכל בשל חבירו, אך האם אסור לדייר לעמוד על סולם הגבוה מד' אמות (כמובן, בהיותו נמנע מלהסתכל בשל חבירו) באופן תדיר, כיון שחבירו יחשוש מאפשרותו להסתכל לתחומו? כלומר, היכן מצאנו איסור על שימוש בחצר פרטית שאינו כרוך בבנייה, משום חשש חבירו שמסתכל עליו?

הראשונים דנו במהות איסור היזק ראייה, אם הינו כגירי של המסתכל כפי שעולה מהר"י מגאש בדף וי, הרמב"ן דף יח, הרא"ש והטור בס' קנב, וכן באר בחידושי ר' נחום אות כד שלכן מחוייב המזיק להרחיק עצמו הגם שהלכה כר' יוסי בדף כה: שעל הניזק להרחיק עצמו, או שהינו רק הגורם להיזק, כפי שנשמע מהרמ"א בס' קנב סעי' טז. באבן האזל הלכות שכנים פ"ב הט"ז דן אם יכול המזיק לומר לא אסתכל לרשות שלך. והוכיח מדין הגמ' שם בדף נט: שכתבה שאין היתר להוציא זיז טפח אף שטוען שבשעה שישתמש בזיז ויתלה עליו: 'מהדרנא אפאי ותלינא ביה'. הרשב"ם שם בד"ה 'ושאני' באר שאף שטוען שלא יביט בחצרו ואין היזק ראייה, אכתי סבר רב הונא שהדייר חושש שיסתכל ויטען שעשה זאת בכדי למנוע נפילתו מהזיז, ואזי נמנע ממנו השימוש בחצר. למד מכך האבן האזל, שטענה לא אסתכל ברשותך לא מועילה, כיון שנמנע מהניזק שימוש צניעות ברשותו, ודי בכך בכדי להוות היזק.

יסוד דבריו כבר נזכר בתוס' בב"ב שם בדף ב: שהגמ' אומרת שאין להוכיח מיכולת הכפיה באם היה כבר כותל שם ונפל על חיוב לבנות כותל לכתחילה בין חצירות, שכן 'נפל – שאני'. ובארו התוס' שם בד"ה 'נפל': 'שהורגלו לעשות דבר הצנע בחצר ולא למדו ליזהר זה מזה'. כלומר, הרגל השכן להשתמש תשמישים צנועים, כובל את שכנו מלפרוץ התנהלות זו שהיתה ש'החזיק' שכנו.

וראה בחידושי ר' נחום שבא בדברי רש"י בד"ה 'וטעמא' ש'איני חפץ שתראה עסקי', שההיזק הינו שרואה עושה תשמישיו, ומרבנו יונה הביא שהחיוב הינו משום מניעת התשמיש.

כן ניתן להבין את מהות היזק ראייה, מדברי הסמ"ע בס' שעש"ס ד: 'הראיה מצד עצמה אין עושה בהן היזק אלא שגורמת היזק, כגון שחבירו לא יעשה עסקיו בחצר מכח שבוש(ה) ממנו, או שירא שיבוא לו היזק השגת גבול או שאר ענינים כיצא באלו. משא"כ שדה בקמותיה דהראיה מצד עצמה שולטת בה וגורמת היזק, אבל לענין איסור הנהו מכל שכן דאסור'. הרי לן שיש לאסור כל 'שירא שיבוא לו היזק'.

בחידושי ר' שמואל בב"ב אות ט הוכיח מכך שלא אסרו להשתמש בחצר כל עוד לא בנו מחיצה, שאין כאן איסור, אלא חיוב על השכנים למנוע נזק איש מרעהו. ומסתבר שהוא הדין בכל שימוש שמפר את השימוש של השכן, אף שאינו נובע מבנייה ברשותו.

נמצא, שבעצם האפשרות שמעמיד אופן שיכול להסתכל בשל חבירו מוגדר כמזיק – הוי כפתיחת חלון כנגד חצירו, ויכול לעכב עליו זאת. מטעם זה, יש לאסור בניית טרמפולינה באם הקופצים אלעל עוברים את גובה המחיצה, ויכולים לראות את שנעשה אצל שכנם, שכן יצר אופן של חלון בחצרו ומזיק לשכנו שהחזיק מכבר בתשמישיו הצנועים. ומהאי טעמא, לא יוכל להפעיל רחפן הכולל מצלמה בחצירו, שכן הינה קולטת את הנעשה בשל חבירו, הגם שטוען שאינו צופה במסך על הנעשה ברשות רעהו, כיון שנמנע בשל כך מהשכן לעשות תשמיש צנוע מחמתו. אולם לא יוכל לאסור להפעיל רחפן שאין בו אפשרות צילום, הגם שהשכן חושש ואינו יודע אם ישנה מצלמה שם. שכן מנ"ל, לאסור 'מיחזי' ולמגר חששות שכנים, אך אם יש שם מצלמה, יוכל למנוע מלהפעילו הגם שהמצלמה כבויה, שכן דומה לדין שרשיפא שהשכן אינו יודע אימתי צופה בו ומנוע מלהשתמש בחצרו.

יש לעיין אם מופעלים באופן תדיר רחפנים של נוכרים או אינשי דלא מעלי, אם יכול השכן ההגון לטעון: 'ממילא כבר אינך יכול לעשות תשמיש צנוע בחצרך, והרחפן שלי לא הוסיף ולא יצר נזק נוסף'. והוא הדין, אם חצר חבירו אינה תחומה ע"י גדר כל שהיא, ובין כה לא יכל בעל החצר תשמישים צנועים, לא נחשב שהחזיק בזכות 'עשיית תשמישים צנועים', ולא יהא לו טענה למנוע הפעלת מצלמה.

ברבות הימים יהיה נדרש לבחון אם הדין ישתנה באתר מגורים חדש, שיכנסו אליו דיירים ויפעילו רחפן עם מצלמה עוד בטרם החזיק השכן בזכות לעשות בחצירו תשמיש צנוע. שכן הראשונים בריש ב"ב נחלקו אם ישנה טענת היזק ראייה גם אם לא נהגו לבנות מחיצה, והרמ"א בס' קנב סעי' א נקט שיכול לכופו: 'ואפילו

יש מנהג בעיר שלא לעשותו, אין הולכין אחריו, וכופין לעשותו, והסמ"ע שם סק"ב באר שכיון שברי היזקא אין הולכים בתר המנהג, ותלי בשאלה אם יש חזקה להיזק ראייה. שכן אפשר שיחול אז דין הריב"ש שהביא השו"ע בס' קנ"ד סעי' לב שאם קנה מקומו מההפקר, לא יוכל הבונה לצידו לטעון להיזק ראייה, שכן כבר זכה הראשון לעשות היזק ראייה במקום, ועל השני להמנע מתשמיש צנוע בחצירו. ותלויים הדברים בחקירה שהעלנו לעיל, אם יסוד דין איסור היזק ראייה הינו משום היותו מזיק או הסכמות בין שכנים.

## להטיס כטב"מ דרך המתחם האווירי של שכן

האפשרות להכנס לתחום ולשטח הזולת תלויה במידת הקפדתו על כך, כפי שבא לידי ביטוי בדינים שונים, כפי שנפרט להלן;

- א. המשנה בב"ב בדף סד. הביאה מחלוקת לגבי מי שיש לו נכס וקרקע בין שדות חבירו, אם יכול להכנס ללא רשות משכנו, או שנדרש לשלם על מדרס כף רגלו ברשות חבירו. וכן איתא בב"ב בדף נז: שיש זכות הקפדה של שכן מלעבור ברשותו בחצר.
- ב. המשנה במגילה פ"א מ"ו ובגמ' בדף ח. אומרת: 'אין בין מודר הנאה... אלא דריסת רגל', וכן הוא במשנה בנדרים פ"ד מ"א ובגמ' בדף לב.
- ג. המשנה בב"ב פ"ו מ"ה אמרה: 'מי שיש לו בור לפניו מביתו של חבירו, נכנס בשעה שדרך בני אדם נכנסין ויוצא בשעה שדרך בני אדם יוצאין'. הרשב"ם בד"ה 'מי שיש לו בור' כתב: 'על-ידי חלוקה או שלקחו מבעל הבית ולקח גם הדרך'. משמע, שבלא הסכמה ראשונית, יהא אסור לו להכנס גם אם ימנע בכך מלהנות ולהשתמש בשלו.
- וכ"כ במשנה שלאחריה פ"ו מ"ו: 'מי שיש לו גינה לפניו מגינתו של חבירו נכנס בשעה שדרך בני אדם נכנסים ויוצא בשעה שדרך בני אדם יוצאין'. ואינו מכניס לתוכה תגרין, ולא יכנס מתוכה לתוך שדה אחרת'. בביאור משנה זו באר הרשב"ם בד"ה 'תגרין': 'שזה החיצון לא שיעבד לו דרך אלא כדי לתקן גינתו ללקוט פירותיה, אבל למידי דאינו צורך הגינה לא שיעבד לו'. דהיינו ההיתר להכנס דרך גינת חבירו, הינה רק מכח שיעבודו שהתחייב עליו, ונפסק בשו"ע בס' קסט סעי' א-ב. עולה מכך, שאם לא היתה שום מחוייבות, לא יוכל הפנימי לעבור דרכו.
- ד. הגמ' בב"ב בדף פא. ציינה בין תקנות יהושע שתיקן בעת שנכנסו לארץ: 'ומהלכים בשבילי הרשות עד שתחד רביעה שניה'. הרי שעל מנת כן נכנסו את הארץ להיתר להכנס לשדה כל עוד אינו מזיק לשדהו, משמע שרק בשדה נוהג וחל היתר זה, ולא בכל שטח הפרטי של אדם.

אומנם במקום שאין כל הקפדה על מעבר בשטח השכן, לא נאסר המעבר.

## גדר המרחב האווירי של שכן

הרשות הטריטוריאלית של אדם הינה תלת מימדית, וכוללת גם את הגובה. ועל פי ההלכה מוגדרת רשותו של אדם עד גובה הרקיע, כפי שנזכר בדינים שונים;

- א. איתא בב"ב בדף גז: '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. מאי טעמא, דעומקא ורומא בסתמא לא קני. אהני עומקא ורומא למיקנא עומקא ורומא, ואהני מתהום ארעא ועד רום רקיעא למיקנא בור ודות ומחילות'. הטור והב"י בס' יד הביאו שיטת הרא"ש, רבנו יונה ברשב"א, ר"ן שם והרב המגיד בה"ל מכירה פכ"ד הט"ו שסברו שהדין אמור בקניית בית בדווקא, שצריך לפרט מה כלול בעסקה של רכישת המבנה, אך בחצר גם ללא כל התנייה כלשהיא קנה עד רום הרקיע: 'דמסתברא דמסתמא קני רומא, ואם בא מוכר לבנות על גביהם, אינו רשאי דשוב לא יהיו ראויים לנטיעות ולזריעה'. וכן פסק השו"ע שם סעי' ה: 'י"א דבחצר קנה כל האויר אף על פי שלא כתב לו רומא, כיון שאין מקום מסויים למעלה, ויש מי שחולק'. והרמ"א הכריע: 'וסברת י"א, נראה לי שכן ראוי להורות'. נמצא, שהמרחב האווירי של המקום עומד לרשות בעלי החצר.
- ב. בדיני טומאה וטהרה, ביחס לטומאת ארץ העמים, הגמ' במסכת שבת בדף יד: הביאה שבימי יוסי בן יועזר איש צרדה ויוסי בן יוחנן איש ירושלים, גזרו חכמים טומאה על ארץ העמים. במהלך השנים, שמונים שנה קודם חורבן הבית השני הורחבה הגזירה וחלה לא רק על גושי

האדמה, אלא גם על אויר ארץ העמים מספק, כמבואר שם טו. לעומת הנוגע בעפר טמא שבעה ימים כדין טמא מת, וצריך הזאה מאפר פרה אדומה ביום השלישי וביום בשביעי. המצוי בראשו ורובו באויר שם, נטמא מדברי סופרים טומאת ערב בלבד, ואין שורפים תרומה וקודשים שנטמאו מאויר זה. תוס' בנזיר בדף נד: בד"ה 'ארץ' הביא שני טעמים לגזירה זו, או משום מאהיל על המת (של מתי מבול, או רוב מישראל שנהרגו שם), או שגזרו על אויר ארץ העמים עצמו שהוא טמא. נמצאנו, שגזרו על אויר המקום להיות כמקום עצמו, אך אינו מעיקר דין הטומאה (לטעם השני, מפני שלא רצו שיצאו לשם). מכל מקום הגמ' בגיטין בדף ח. ובנזיר בדף נה. הצריכה את הנכנס לשם להכנס לשידה תיבה ומגדל שיחצו מפני הטומאה, בכדי לא להטמא, שכן האויר נדון כמקום עצמו.

ג. בדין קדושת מקום המקדש, נכלל גם אויר המקום, ואסור להכנס לאויר המקום בטומאה. הגמ' בשבועות בדף יז. הביאה דוגמא שתלה עצמו באויר העזרה, ובארו התוס' שם בד"ה 'תלה', שיש קדושת מקום המקדש גם באויר המקום. וראה בשו"ת יביע אומר ח"ה י"ד סי' כו אות ט. ואף בשידה תיבה ומגדל הפורח באויר, פסק הרמב"ם בהל' ביאת המקדש פ"ג הי"ט שאסור. והאיסור קיים גם האידנא כמבואר במג"א בס' תקסא סק"ב, וכבר הראה בשו"ת משפט כהן סי' צו שכן הלכה ולא כראב"ד שאין קדושת מקדש האידנא.

נמצא שרשותו של אדם הינה עד גובה השמים, ועל כן יש זכות לכל אדם לשמור על ריבונותו ולא לאפשר כנסת זרים.

ברם הדין אמור רק היכא שיש לו טענה טובה שתמנע כניסת זר, אך כניסה לתחום שלא קפדי אינשי, לא יוכל לעכב מחבירו, כפי שבבקעה כתבו הראשונים, ראה תוס' בב"ב מז: ד"ה 'רבינא' שלא קפדי אינשי מהנכנסים שם.

הגמ' בב"ב בדף סד: שהזכרנו לעיל לגבי הקונה נכס בין באמצע קרקעות המוכר, הביאה מחלוקת ר"ע ורבנן אם הקונה מחוייב לקנות זכות מעבר משכנו המוכר, שכן השכן אינו חייב ליתן לו לעבר לרשותו, הגם שאין לו מוצא אחר להגיע לשדה שלו, והאם המוכר המקיף אותו יכול לטעון: 'או שתקח ותשלם על דרך או שתפרח באויר'. כלומר, אין טענת הקפדה על מעבר באויר חבירו, אלא נבאר שביקש לפוטרו מעליו בטענת שוא, לא מציאותית לאותם ימים, ואין לראות בכך הוראה להיתר דאייה וטיסה ברשות חבירו.

מדין כופין על מידת סדום, כופין כל היכא שהבעלים מתעקשים לשוא, כפי שלמדנו במסכת כתובות בדף קג. שאדם שהשכיר רחיים בשכר שהשוכר יטחן עבורו את חיטיו. לבסוף העשיר המשכיר ולא נזקק לטחינת חיטים, ונפסק שהשוכר יטחון לאחרים ואת שכר הטחינה יתן למשכיר, משום שכופים על מידת סדום. נחלקו הראשונים אם יכולים הבעלים למנוע כניסת זר לרשותו, בניגוד לדין כפייה זה. התוס' ב"ב בדף יב: כתבו: 'הא דכופין על מדת סדום בזה נהנה וזה לא חסר היינו בשכבר דר בחצר חבירו שאינו מעלה לו שכר, אבל הא פשיטא שיכול למחות בו שלא יכנס לדור בביתו', וכן כתבו התוס' בב"ב בדף כ: וכן פסק השו"ע בס' שו"ע סי' נ: 'הדר בחצר חבירו שלא מדעתו, שאמר לו צא, ולא יצא, חייב ליתן לו כל שכרו'. בטעם הדין, כתבו האחרונים שהיכולת לסרב להכנס לרשותו הינה בסיס הבעלות והריבונות האישית. אך הראב"ה המובא במרדכי בב"ב שם סבר שכופים אף לכתחילה, כפי שהעיר הרמ"א שם, והביא דעת היש מפרשים, שאילו היה יכול להרויח מהשכרת שימוש זה אי אפשר לכופו, אך במקרה שאין לו כלל אפשרות להשכיר שימוש זה, אפשר לכופו.

הגמ' בב"ב בדף נט. דנה על בעל גג שרוצה לתלות בכותלו זיז, והזיז יהיה באויר שעל גבי חצר חבירו, ואומרת הגמ' שבעל החצר רשאי לעכב אותו מכך משום טענת היזק ראייה. משמע שלולא כן, יכול בעל הגג לכופו, וצ"ע לדעת התוס' ושאר הפוסקים שפסקו שאין כופים על מידת סדום? הלחם ושמלה מחלק שכאן הואיל ומשתמש רק באוירו כופים על כך, ואמנם האויר שייך קניינית לבעל החצר אך אין לו שימוש בכך (אף כשבעה"ב נמצא ומשתמש בביתו) ולכן כופים להשתמש באויר.

כן יש לדון לגבי תנועה באויר הזולת, שאין לו כל צורך בו, שיהיה מותר להטיס שם כטב"מ חרף מחאת הדייר שם לרמ"א, ויתכן ואף לתוס' ולשו"ע כיון שמבחינת הנקודת מבט הפרטית אין בתנועה במרחב האוירי סתירה לבעלות האישית (להבדיל מהמבט המדיני, ששומר על ריבונותו האוירית). ואולי נקודה זו תשתנה בעתיד, כשתהיה תנועת אנשים אוירית.

ומסתבר, שהדברים אמורים רק היכא שאכן אין לדייר 'שימוש' באויר, וכן שהשימוש במרחב האוירי לא מייצר נזק לדייר זה. כלומר, אם היה מבקש להטיס מעל חצירו כלי טיס המשמיע רעש או מאפשר היזק ראייה שלא היה ניתן לראות מבלעדי הריחוף מעל השטח שלו – רשאי בעלי המקום למנוע ממנו זאת. וה"ה אם השטח מסווג בטחונית, שיכול למנוע כל תנועה במרחב שלו. ברם בסתמא, אין בהפעלת רחפן מעל תחום דייר ושכן בכדי לגרום נזק, וכופין אותו על מידת סדום, ולא יוכל למנוע הפעלת רחפן מעל רשותו. אומנם יוכל למנוע רחפן הכולל מצלמה, אם אכן ייווצרו זוויות שהיו מוסתרות ויכל להשתמש בהם בצניעות, וכעת הינן חשופות לעיני מצלמת הרחפן (ואזי יכול גם למנוע אותו מלהפעילו גם ברשות בעלי הרחפן, כפי שראינו לעיל, שכיון ש'החזיק' השכן ועשה תשמישים צנועים בחצרו, אסור לשכיניו להפר את חזקתו).

# מאורות תורת המשפט

## תשובות אקטואליות בדיני ממונות

אבישי נתן מייטליס

כה באייר תשע"ח נשלח ח' נם מדי שבועיים, להצטרפות: [meorothamishpat@gmail.com](mailto:meorothamishpat@gmail.com) גליון מספר 68

## לעבור בחדר מדריגות ובמעלית בניין של שכנים

### המקרה

באחת משכונות ההרריות של ירושלים, מצויים שני רחובות מקבילים כשביניהם הפרשי גובה. ברחוב עליון מצויים מרכזי מזון, בית כנסת וגני ילדים. ובכדי להגיע אליהם מהרחוב התחתון, נדרשים התושבים לעשות היקף של הבניינים ולטפס במעלה הרחוב.

אחת התושבות מצאה דרך פשוטה להקל עליה את הדרך לגני הילדים עם עגלות ילדיה, היא נכנסה לאחת הכניסות של הבניינים, ועלתה במעלית הבניין לקומת מפלס הרחוב העליון, ויצאה לרחוב. בכך חסכה מעצמה את מאמץ הטיפוס וזמן של היקף הרחוב. וכך החלו מתפללי בית הכנסת לנהוג, וכן אלו שביקשו לערוך קניות – קיצרו את דרכם באמצעות מעלית הבניינים הפרוסים ברחוב.

דיירי הבניינים מחו על כך, ואסרו את הכניסה לתחומם ואף עשו נעילת קודן לדלת כניסת הבניין.

אלא שאחד הדיירים, גילה לאם הילדים את הקוד, בטענה ש'היא אורחת אישית שלו'. והוא מאשר לה את קיצור הדרך, כאילו באה לבקרו, ויוצאת למפלס העליון.

**טענת וועד הבית:** אין רשות לדייר בבניין לאשר לזר קיצור דרך על בסיס קבע, הגם שבוודאי רשאי להזמין לבית אורחים על בסיס קבע.

**טענת הדייר:** קיימת זכות לכל דייר בבניין לארח, ובכלל זה להתיר למכרים שלו להשתמש במעלית הבניין על בסיס קבע. והוסיף לתמוה, וכי מה ההבדל אם המכר נכנס אלי לבקר ויוצא ביציאה האחרת.

### תשובה

ראוי לנהוג בעין טובה בזולת ולאפשר לשכנים להנות מהמעבר ברשות הפרטית כל עוד לא נגרעים הבעלים דבר (כשאינן חשש לאירועים פליליים), כגון במקום שאינו מיועד לשימוש משפחתי וכשאינן במעבר זה לפגוע באיכות דיירי המקום. אומנם משורת הדין, זכות דיירי המקום למחות ולעכב מלעבור ברשותם, ולא הותר להכנס לבניין אלא לצורך כניסה לאחד מדייריו, ואף אין עוברים על מידת סדום אם בידם טענות ממשיות.

אם לא מחו הבעלים על מעבר ברשותם – אין איסור לעבור שם אם אין במעבר רעש או פגיעה בפרטיות הדייר, או נזק שיפגע בזכויות הבעלים, וכן אם אינו כרוך בהוצאה ממונית, כגון שימוש בתאורה, במעלית הבניין או ניקיון – שאז אסור לעבור שם באופן זה. אך חזקת 'מיצר שהחזיקו רבים' לא תהיה אא"כ קיבלו רשות לעבור שם.

מסתבר, שיש אפשרות לכל דייר בבניין משותף להתיר למכריו לעבור דרך הבניין המשותף. אך אם מוחים בו שכניו, ומקפידים ע"כ, לא יוכל לפעול בממון השותפים בלא הסכמתם (גם אם חבר וועד הבניין התיר לו זאת). ואם כרוך בהוצאות ממוניות, הוי כגזל השותפים, אם נוהג כן באורח קבע.



## נימוקי הדין

### פתיחה

בראשית הדברים, יש עלינו לזכור את דברי הגמ' בב"מ בדף ל': 'לא חרבה ירושלים אלא... מפני שהעמידו דבריהם על דין תורה, ולא עשו לפנים משורת הדין'. והחכם עיניו בראשו לראות בטובתם של השכנים, כפי שאמר רבי יוסי במשנה באבות ב, ט: 'איזוהי דרך ישרה שידבק בה האדם... שכן טוב', ובכך ישרור שלום ושלוה בשכנות תקינה. כפי שבאר רבינו יונה בפירושו על אבות שם בביאור דברי ר' יוסי: 'שיהא בעצמו שכן טוב אל כל שכניו, ... ונמצא מאושר בכל המדות הטובות'. שכן לא ניתן לפרט את המבנה השכוני הראוי על כל הבטיו ומקוריו, כפי שכבר כתב הרמב"ן בויקרא ו, יח: 'תן דעתך לעשות הטוב והישר בעיניו, כי הוא אוהב הטוב והישר. וזה עניין גדול, לפי שאי אפשר להזכיר בתורה כל הנהגת האדם עם שכניו ורעיו וכל משאו ומתנו ותיקוני הישוב והמדינות כולם'. ויש לבחון את האפשרות להקל על השכנים וסובביו במידת האפשר, כשלא מכביד על התנהלות הדיירים במקום.

### מיצר שהחזיקו בו רבים

המשנה בב"ב פ"ט מ"ב בדף צט: חידשה דין שאין לבטל מעבר ודרך שהחזיקו בו רבים: 'מי שהיתה דרך הרבים עוברת לתוך שדהו נטלה ונתן להם מן הצד – מה שנתן נתן, ושלו לא הגיעו'. הגמ' שם בדף ק. מבארת שזכו וקנו בני רשות הרבים את הדרך בהילוכם: 'דאמר רב יהודה מצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו... במאי קנו ליה, בהילוכא'. וכן פסקו הרמב"ם בהלכות נזק' ממון פ"ג הל' כז והשו"ע בריש שעז ובס"י קסב סעי' ב לענין מבואות העיר שהרבים החזיקו הרבים: 'וכן מבואות המפולשין לדרך עיר אחרת ובקשו בני אותם מבואות לסתמם בני אותם העיר מעכבים עליהם ואפי' יש להם דרך אחרת לעבור משם'. וכן בס"י תיז סעי' ב: 'אינו יכול להחזיר הכתלים למקומם לעולם שכל מצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו'.

הרשב"ם שם בד"ה 'שהחזיקו' באר שדין זכיה זה מבוסס על דין מחילת הבעלים: 'שהשווה ותקנוהו להילוך, והבעלים ידעו ושתקו – אסור לקלקלו. דודאי לרבים מחל, וכ"ש מתני' שנתן להם ההוא דרך בידים. הלכך מה שנתן, נתן. וכגון, שהחזיקו'. הסיק מכך המרדכי בב"ב רמז תקו הביאו הדרכי משה שם והרשב"א ס' אלף קנב שדין זה אמור רק היכא שהחזיקו הרבים בדרך זו ברשות הבעלים, כמדויק מלשון הרמ"א 'שהחזיקו... ברשות אסור לקלקלו', ולא שהחזיקו בדרך זו בניגוד לעמדת ודעת הבעלים.

היות ודין זה מבוסס על מחילת הבעלים והסכמתם, ברור כי החזקה וקניין זכות זו תהיה אך ורק במציאות שההולכים החזיקו ברשות וכדין, ולא שנהגו בברינות ובחוסר הגינות מול הבעלים בעוברם בשטח שלו. כן מבואר בתוס' בב"ב בדף יב: בד"ה 'מצר': 'היינו כשהחזיקו ברשות אבל אם באין להחזיק שלא ברשות יש למחות בידם ולנקוט פיזרא וליתבי'. ויסוד הדברים מבואר להדיא בגמ' בב"ב בדף כח. שאם החזיקו הרבים שלא כדין, יכול לסלקם מדינא לדרך אחרת. ובמסכת ב"ב בדף ק. בארו שהמחזיקים שלא ברשות נחשבים לגזלנים, כפי שהטיחה אותה תינוקת ברבי יהושע בן חנניה בעירובין בדף נג: 'פעם אחת הייתי מהלך בדרך, והיתה דרך עוברת בשדה והייתי מהלך בה... אמרה לי, ליסטים כמותך כבשוה'. וראה בפת"ש בס"י שעז סק"ב שאם האומדנא שהתיר הבעלים לרבים לעבור זמנית בלבד, ורק משום שטרם בנה בשטח שלו, אין בכך כדי להוות חזקה ולטעון שקנו לאחר שיבקש לבנות כרצונו.

כן פסק הסמ"ע בס"י שעז סק"ב שדין זה נוהג רק באם החזיקו ברשות, והוסיף שלרבים שהחזיקו טוענים שהחזיקו ברשות. ובאר בערוך השולחן שם סעי' ד שלרבים טוענים שהחזיקו ברשות וכי קנו בשתיקת בעלים. נמצא, שאם ידוע שהחזיקו שלא כדין, ונהגו שלא כהוגן מלכתחילה לא 'קנו' חזקה זו כשעברו במקום, ולא תשמר להם הזכות לעבור שם.

בחכמת שלמה בס"י שעז הקשה מדוע בהעדר ידיעה על מוחזקות הרבים טוענים להם ותולים שהחזיקו במעבר בהיתר, ולא מעמידים את הקרקע בחזקת בעליה. ובאר שכיון שרבים נחשבים מוחזקים לעומת היחיד, לכן הצריך שיהיו מחזיקים שם כל אנשי העיר, ומדברי המנחת יצחק ח"ט ס' קלח עולה שדי ברוב אנשי המקום, ולא כמה אנשים באיזור בלבד.

בשו"ת שבט הלוי ח"י ס' רפט העלה שצריך רשות מפורשת של בעלי המקום, ולא נכון לראות בשתיקתם כנתינת רשות: 'כשרק הלכו בדריסת רגלם זמן מה ושתקו הבעלים עדין אין הוכחה משתיקתם, דחסד

בעלמא עשה אתם, וחפשתי וראיתי בתשובת מהרשד"ם ס"י רל"ח כתב להוכיח כעין זה מלשון הרמב"ם, דדוקא היכא דיש לבעלים איזה חסרון ממון מהחזקת רבים שייך דין הנ"ל, אבל לא בהליכה בעלמא דאין שתיקתם ראה'.

וראה בשו"ת מהר"י כהן חו"מ ס"י כט שאין האידנא דין מיצר שהזיקו רבים, כיון שכל עוד רשומה הקרקע על שמו בטאבו, אינו חושב למחול עליו. לדבריו, דין זה מקבל משמעות רק אם הוא מוחלט ורשום ברשומות המוסמכות ללא עוררין.

בנידון דידן, לא קיבלו השכנים העוברים רשות מלכתחילה מדיירי הבניין, ולא זכו בחזקת 'מיצר' שהחזיקוהו הרבים, מה גם שאין רוב דיירי רחוב המפלס התחתון עוברים במקום אחד, כך שאין כאן 'חזקת רבים', וטענתם להחזקת המעבר נדחת. ואף אם התיר להם אחד השכנים לעבור בבניין, אין בכך כדי להורות לזכות מעבר תמידי, וגם אין ברשותו כדי להוות רשות מיתר שכניו, ואין בכך זכות חזקת מעבר לרבים בבניין.

מעבר לכך, יש לבחון אם יש משקל לדינא דמלכותא בנושא זה. שכן החכמת שלמה בס"י שעז והמנחת יצחק ח"ו ס"י קלח כתבו שיש לבחון את דינא דמלכותא, וזאת עפ"י שכתב הרמ"א בס"י קסב סעי' א משמיה דהרשב"א: 'כי השווקים והרחובות שלהן ויכולין לעשות בהן מה שירצו', וכן בס"י תיז סעי' א פסק הרמ"א את דברי הרשב"א: 'כבר נהגו לעשות ביבין ומרתפות תחת חלל ר"ה, וכן זיזין, וכולן מוחלין על כך מאחר שכן נהגו. ועוד שר"ה הם של מושלי העיר, ולכל מה שנותנין רשות אזלין בתריה ולפי ענין המנהג'. אולם הדברים אמורים כשרוצים להחזיק ברשות הרבים, ואנו עסוקים בחזקה וטענה ברשות פרטית.

### **זכות הבעלים למנוע מאחרים לעבור ברשותו**

האפשרות להכנס לתחום ולשטח הזולת תלויה במידת הקפדתו על כך, כפי שבא לידי ביטוי בדינים שונים, כפי שנפרט להלן;

**ה.** המשנה בב"ב בדף סד. הביאה מחלוקת לגבי מי שיש לו נכס וקרקע בין שדות חבירו, אם יכול להכנס ללא רשות משכנו, או שנדרש לשלם על מדרס כף רגלו ברשות חבירו. וכן איתא בב"ב בדף נז: שיש זכות הקפדה של שכן מלעבור ברשותו בחצר.

**ו.** המשנה במגילה פ"א מ"ו ובגמ' בדף ח. אומרת: 'אין בין מודר הנאה... אלא דריסת רגל', וכן הוא במשנה בנדריים פ"ד מ"א ובגמ' בדף לב.

**ז.** המשנה בב"ב פ"ו מ"ה אמרה: 'מי שיש לו בור לפניו מביתו של חבירו, נכנס בשעה שדרך בני אדם נכנסין ויוצא בשעה שדרך בני אדם יוצאין'. הרשב"ם בד"ה 'מי שיש לו בור' כתב: 'על-ידי חלוקה או שלקחו מבעל הבית ולקח גם הדרך'. משמע, שבלא הסכמה ראשונית, יהא אסור לו להכנס גם אם ימנע בכך מלהנות ולהשתמש בשלו.

וכ"כ במשנה שלאחריה פ"ו מ"ו: 'מי שיש לו גינה לפניו מגינתו של חבירו נכנס בשעה שדרך בני אדם נכנסים ויוצא בשעה שדרך בני אדם יוצאין. ואינו מכניס לתוכה תגרין, ולא יכנס מתוכה לתוך שדה אחרת'. בביאור משנה זו באר הרשב"ם בד"ה 'תגרין': 'שזה החיצון לא שיעבד לו דרך אלא כדי לתקן גינתו ללקוט פירותיה, אבל למידי דאינו צורך הגינה לא שיעבד לו'. דהיינו ההיתר להכנס דרך גינת חבירו, הינה רק מכח שיעבודו שהתחייב עליו, ונפסק בשו"ע בס"י קסט סעי' א-ב. עולה מכך, שאם לא היתה שום מחוייבות, לא יוכל הפנימי לעבור דרכו.

**ח.** הגמ' בב"ב בדף פא. ציינה בין תקנות יהושע שתיקן בעת שנכנסו לארץ: 'ומהלכים בשבילי הרשות עד שתירד רביעה שניה'. הרי שעל מנת כן נכנסו את הארץ להתיר להכנס לשדה כל עוד אינו מזיק לשדהו, משמע שרק בשדה נוהג וחל היתר זה, ולא בכל שטח הפרטי של אדם.

נמצאנו, שזכותו הבסיסית של דייר להגן על הטריטוריה שלו ולשמור על הריבוניות שלו, ולא לאפשר לזרים כניסה לרשותו ולתחומו. אך בביקעה אין פגיעה לבעלי המקום מעצם מעבר הזרים, ובוודאי לא קפדי אינשי. נמצא, שמותר לקצר דרכו דרך מקום המיועד להילוך רבים (אף שהינו 'שטח פרטי') כבניין משרדים או קופ"ח או ערייה, אך בבניין מגורים נשמרת הפרטיות של הדיירים, ויש לדון כדלהלן.

הראשונים הקשו שבגמ' בב"ב בדף נז. עולה שרק כלפי שותפי החצר לא קפדי אינשי, אך לשאר אינשי כן קפדי, והכיצד סברו רבנן שכל היכא שלא נאסר עליו בהנאה לא קפדי אינשי לעבור ברשותו. הר"ן

במדרים בדף לג. הביא מדברי הרמב"ן שיישב 'תירץ הרמב"ן ז"ל דהעמדה דאמר התם היינו להתעכב ולישב בחצר דומיא דהעמדת בהמה... ובכי האי גוונא הוא דאמר דדוקא שותפין לא קפדי הא אינשי דעלמא קפדי. אבל הכא בדריסת הרגל בעלמא עסקינן, דהיינו לעבור דרך חצרו ולא להתעכב שם, ובכה"ג אפי' אינשי דעלמא דלא שותפין לא קפדי ומש"ה שרו רבנן'. כלומר, גם רבנן שסברו שלא קפדי אינשי ממעבר ברשותו, התייחסו לעובר במקום מבלי להתעכב, אך לא התיר להתעכב שם. והסברא לכך, שכן הישיבה וההתעכבות ברשות יוצר פגיעה ביושבי המקום לעומת החולף שם.

למעשה, יש לחלק בין מציאות שמחו בעוברים דרך הבניין לבין היכא שלא מחו בעלי המקום;

אם דיירי הבניין היו מודעים למעבר שכנים בחצרם ובחדר המדרגות ולא מיחו בהם – יש להפעיל שיקול הדעת בכך. שכן מסתבר שאם אין כל סיבה שיקפידו, כגון שהמעבר מתנהל בשקט, או בחצר הומה בין כה, או שביל צדדי – סביר להניח שמחלו להם ע"כ הדיירים, הגם שאין בכך כדי לזכותם בחזקת 'מיצר שהחזיקו רבים ברשות'. מכך שלא מיחו גילו שאינם מקפידים על מעבר זרים נוספים בתחומם, בתנאי שלא יתעכבו במקום ולא יפרו את מאפייני המקום, וכן לא מסתבר להתיר לקבוצה רועשת לעבור שם, ובוודאי שלא בחצר שמורה שאינה פתוחה לרבים – אף אם לא העיר לו איש על כך.

אולם אם כרוך מעברם בהוצאה ממונית, כגון בנידון דידן שמשתמשים במעלית הכרוכה בהוצאה ממונית של חשמל ותחזוקה בשל המשתמשים הנוספים – צריכים העוברים רשות מבעלי הבניין. וכן אם מחו בהם דיירי הבניין, הרי מגלים שלא ניחא להם ממדרס ומעבר הזרים, ואסור לקצר ולעבור בתחומם גם אם המעבר אינו דורש הוצאה ממונית כלשהיא.

אומנם, יש והמחאה נועדה לצרכים משפטיים בלבד. שכן החוק מטיל אחריות של בעלי המקום על נזקי גוף שנגרמים כתוצאה מפגיעה בתחומם, כך הוא מחייב את בעלי המכולת על נזקי המחליק בחנותם, וכן את דיירי הבניין על נזקי הנפגע מפילה בתחומם. לכן, יש שציינו בפתח הבניין שלט ומודעה האוסרת מעבר בתחומם להסיר מעצמם אחריות נזקים המתרחשים ברשותם. לא בהכרח שהם אוסרים את עצמם מדרס כף רגל של זרים במקום, ולכן לא תאסר המעבר שם.

### האם כופין על מידת סדום לעבור ברשותו

המשנה מסכת אבות פ"ה מ"ד דנה בנקודת מבט של בעלי נכסים וייחסם לגבי ממונם, וביכולת אדם לעכב את חבריו להשתמש ברשותו: 'ארבע מדות באדם, האומר שלי שלי ושליך שלך זו מדה בינונית. ויש אומרים זו מדת סדום'. דברי המשנה צריכים ביאור. מה עומד בשורש המחלוקת אם שלי שלי ושליך שלך הוא מידה בינונית או מידת סדום. הלא סברו שכל אחד יגן על נכסיו וישמור על ריבוניותו, ומה פסול מצאו בכך שקראוהו לחד מ"ד 'מידת סדום'? בכדי להשיב על כך, יש להתבונן בגדר 'מידת סדום', כדלהלן.

הגמ' במסכת כתובות בדף קג. אמרה שמדין כופין על מידת סדום, יש לכופך כל היכא שהבעלים מתעקשים לשוא. ואדם שהשכיר רחיים בשכר שהשוכר יטחן עבורו את חטיו, לבסוף העשיר המשכיר ולא נזקק לטחינת חטים – השוכר יטחון לאחרים ואת שכר הטחינה יתן למשכיר, משום שכופין על מידת סדום. מצאנו מחלוקת ראשונים בכמה מציאותיות אם כופין על מידת סדום, ויש ליתן את הדעת במה נחלקו;

**א. סולם:** המעמיד סולם גדול בחצר חברו, בעל הכותל יכול למחות בו מ'להחזיק' בכך, כיוון שיש לבעל החצר הפסד של בלאי מהעמדתו והשענתו על הכותל שלו, אולם בסולם קטן אמרה המשנה בב"ב פ"ג מ"ו שאין לו חזקה, ולכן פסק הרמב"ם בהל' שכנים פ"ח ה"ד: 'אם העמיד סולם קטן אינו יכול למנעו, שהרי אומרין לו אין עליך הפסד בזה, כל זמן שתצא תטלנו', ובאר המ"מ שם שישודו מדין כופין על מידת סדום, וכן פסק השו"ע בס' קנג סעי' יג. אך הטור שם חלק ע"כ וסבר שאין חזקה אף לסולם קטן: 'ואינו נראה דהיאך ישתמש בשל חברו בעל כרחו' (ובאר את המשנה כדעת ר"י, שרק סומך את הסולם על קיר שלו ולא שמעמידו ברשותו). יש לציין שהרמ"א לא השיג שם.

**ב. זיז בכותל חברו:** שכן רוצה לחבר זיז לכותל חברו, ר' יהודה ברצלוני פוסק שבזיז הקטן מטפח כופים את בעל הכותל משום שודאי הכותל לא ינזק, ואילו הטור חלק ואין לכופך אדם להשתמש בחפציו, הביאו הרמ"א בס' קנג סעי' ד: 'בעל הכותל יכול למחות בו אפילו בזיז פחות מטפח'. וכבר העיר הב"ח שלגבי סולם הרמ"א לא חלק על מרן ולא הביא את הטור שפסקו הכא. והכריע

הב"ח כר"י ברצלוני. אך הסמ"ע שם סק"י והנתיחה"מ חידושים ס"ק יא חילקו בין הדינים, ולדעת הרמ"א יש לחוש שינזק הכותל מחמת הזיז לכן רשאי לעכב עליו, ולא מטעמו של הטור פסק שיכול למחות בבעל הזיז.

**ג. מרזב:** יכול בעל החצר מבקש לכופ את בעל המרזב להזיזו ולהסיטו לצד אחר בחצר, הרא"ש שם פ"ג ס"י עב והטור שם פסקו שאם אין הבדל מבחינת בעל המרזב, יכול לכופו, וכ"כ הרמ"א שם סעי' ה': 'לא יוכל לומר לבעל הצנור להטותו לרוח אחרת או לשנות בו כלל... והוא שיש קפידא לבעל הצנור, אבל בלאו הכי כופין על מדת סדום, ובלבד שיקלחו מימיו יפה'. והקשה בשער המשפט שסותר הרמ"א את פסקו לגבי סולם שלא כופה. אם כי רק במרזב שמשתמש ברשות גרידא, כופין אותו להשתמש באופן אחר, אך לא יכופו את בעל החצר לאפשר שימוש בנכס שבבעלותו.

**ד. זיז באויר חצר חברו:** בעל גג רוצה לתלות בכותל זיז, והזיז יהיה באויר שעל גבי חצר חברו, בעל החצר רשאי לעכב אותו מכך משום טענת היזק ראייה. משמע שלולא כן, יכול בעל הגג לכופו, וצ"ע לדעת התוס' ושאר הפוסקים שפסקו שאין כופים? הלחם ושמלה מחלק שכאן הואיל ומשתמש רק באוירו כופים על כך, ואמנם האויר שייך קניינית לבעל החצר אך אין לו שימוש בכך (אף כשבעה"ב נמצא ומשתמש בביתו) ולכן כופים להשתמש באויר.

**ה. אח מבקש לקבל שדה מצרנית:** הגמ' בב"ב בדף יב: דנה באחים החולקים שדה שירשו כשלאחד מהם יש שדה הסמוכה לשדה המשותפת, אם יכול האח שהוא בר מצרא לכופ את אחיו לקבל את השדה הסמוכה לשדה שלו. רבה סבר שכופין על מידת סדום, ורב יוסף נקט שיכולים האחים לטעון שיש להם עניין דווקא בשדה המצרנית מפני איכותה, ואין כופין את האחים ליתן לאח המצרן, וכן פסקה הגמ' 'הלכתא כרב יוסף'. הרמב"ם בהל' שכנים פ"ב ה"א פסק כרבה שיכול לכופ את אחיו, בניגוד ל'הלכתא' כפי שהעירו הנו"כ שם. ואילו רבנו יונה והרא"ש פ"א ס"י מו סוברים שאינו יכול לכופם כר' יוסף וכל'הלכתא'. השו"ע בס' קעד סעי' א פסק כרמב"ם שכופה את אחיו: 'ואם אמר... תנו לי... סמוך לשדה אחר שלי... שומעין לו, וכופה אותו על זה, שעיקב בדבר זה מדת סדום היא'. והרמ"א הביא את הרא"ש: 'וי"א דאין שומעין לו, אלא צריך להעלות בדמים עד שיתרצו חבריו', ואח"כ הוסיף את דעת המהר"ם והמרדכי: 'יש אומרים דהוי ספק, וכל דאלים גבר'.

**ו. זר פולש וגר בבית/ חדר ריק:** נחלקו הראשונים אם יכולים הבעלים למנוע כניסת זר לרשותו, בניגוד לדין כפיה זה. התוס' בב"ב בדף יב: כתבו: 'הא דכופין על מדת סדום בזה נהנה וזה לא חסר היינו בשכבר דר בחצר חברו שאינו מעלה לו שכר, אבל הא פשיטא שיכול למחות בו שלא יכנס לדור בביתו', וכן כתבו התוס' בב"ב בדף כ: וכן פסק השו"ע בס' שסג סעי' ו: 'הדר בחצר חברו שלא מדעתו, שאמר לו צא, ולא יצא, חייב ליתן לו כל שכרו'. בטעם הדין, כתבו האחרונים (הנחלת דוד בב"ק והמנחת שלמה שם) שהיכולת לסרב להכנס לרשותו הינה בסיס הבעלות והריבונות האישית. אך הראב"ה המובא במרדכי בב"ק שם סבר שכופים אף לכתחילה, כפי שהעיר הרמ"א שם, והביא דעת היש מפרשים, שאילו היה יכול להרויח מהשכרת שימוש זה אי אפשר לכופו, אך במקרה שאין לו כלל אפשרות להשכיר שימוש זה, אפשר לכופו. והפת"ש שם סק"ג הביא דעת בית אפרים ועוד החולקים, וס"ל דבכל גווני רשאי בעה"ב למחות ביד המבקש לעבור.

הצד השווה במחלוקות אלו, האם ישנה דרישה מבעלי המקום להפסיד הפסד מועט למען חברו. שדעת התוס' והטור הינה שיכול לעכב עליו ולשמר לעצמו ריבונות מוחלטת במקום, כפי שצווח הטור: 'דהיאך ישתמש בשל חברו בעל כרחו', וכפי שבשו"ת שבט הלוי ח ס"י רצט נתן לכך דימוי הולם: 'אבל אין שום טעם שיותר 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 נכופ ליתן לו מכספו בלי שורת הדין רק מטעם כופין על מדת סדום'. ואילו לרמב"ם כופין את בעלי הנכס אף היכא שהפסדו זוט. ובכך יש להבין את דברי המשנה באבות, שהבאנו לעיל, האם זכאי כל אחד לשמר לעצמו את רשותו ושלי שלי ושלך שלך, ולא נדרש ממנו להתיר לזולת לעשות שימושים זוטרים שאין בהם כדי לפגום ולהפך את הבעלות, או שמא ישנה דרישה לאפשר לזולת להשתמש בשלך בשעת הצורך, במידה ואינך נפגע מכך. ונחלקו אם המונע מחבירו זאת, בדין עשה או שהוא מידת סדום.

פסיקת השו"ע והרמ"א טעונה ביאור, שכן השו"ע בסי' קעד פסק שיכול לכוף את אחיו על מידת סדום כדעת הרמב"ם, וכן בד"ה הסולם סבר כן, ואילו בסי' שסג פסק כתוס' שיכול למנוע מחבירו להכנס לרשותו. וכן יש לדון בדעת הרמ"א, שכן לגבי האחין פסק שלא יכול לדרוש מהם ולכוף אותם על מידת סדום או שהיו ספק, וכן בד"ה הזיז סבר שאין כופין אותו כדעת הטור, ואילו לגבי כניסת זר לבית סבר כראבי"ה שכופה את בלי המקום על מידת סדום כשאין לו כל הפסד. וכבר העיר ע"כ הנוב"י בפת"ש בסי' שסג (ואזי א"א להוכיח ברמ"א כקצות כי כופין את בעה"ב ע"כ).

נמצאנו, שלדעת התוס' והשו"ע והפת"ש הינם רשאים למחות ביד המבקש לעבור ברשותם, ואין יכולת לכוף אותם על מידת סדום. ואילו לדעת הרמ"א יכול לעבור שם חרף התנגדות הבעלים, כל עוד אין הפסד ונזק לבעלים כדוגמת רעש, צפיפות או שימוש בחשמל ומשאבי המקום. לכן לא ראוי לקצר ולעבור דרך בנין שלא ידוע שמתירים לכל לקצר דרכם. ואם כרוך בהפסד ממון לדיירים, הרי אף אסור לנהוג כן.

בשו"ת מהרש"ם ח"ג ס' שט חילק בין העוברים בחטף דרך רשות אחרת, שעל כך לא קפדי אינשי, ואזי נראה שיש בכך מידת סדום למנוע מהם זאת (הוא לא דיבר כשיש הוצאות נלוות לכך, כתאורה, מעלית נקיון, וכשיש חשש שיעברו שם אינשי דלא מעלי), לבין מצב שמתעכבים העוברים ברשות, שאז קפדי אינשי, ובדין מעכבים מהם זאת.

### האם דייר בבנין רשאי להתיר לאנשים נוספים להכנס לבנין

המשנה בב"ב פ"ג מ"ז אמרה שאין דייר רשאי לפתוח פתח חדש לחצר השכנים, שכן בכך מאפשר לאנשים נוספים לעבור ולשהות בחצר השכנים, ואפילו שדר באותה חצר, אינו רשאי לפתוח פתח חדש מביתו לחצר המשותפת: 'לקח בית בחצר אחרת, לא יפתחנה בחצר השותפין. בנה עליה על גבי ביתו, לא יפתחנה לחצר השותפין, אלא אם רצה, בונה את החדר לפניו מביתו, ובונה עליה על גבי ביתו, ופותחה לתוך ביתו'. הגמ' שם בדף ס. בארה את סיבת האיסור: 'מאי טעמא. מפני שמרבה עליהם את הדרך'. ופירש הרשב"ם: 'שרוב בני אדם יוצאין ונכנסין עכשיו בחצר יותר מבתחלה', והמאירי שם בדף נט: באר: 'שמזמין מקום להרבות שם דרך עוברים ושבים'. ישנה זכות של בעלי החצר שלא לאפשר לאנשים נוספים להגיע לרשותם (יש מהראשונים שתלו זאת רק בטענה שתופעה זו תקשה על צינעת תושבי המקום, ולא בשל התנגדות לעצם ריבוי התנועה והשוהים במקום). והקשתה הגמ', על דין זה מהסיפא של המשנה: 'אימא סיפא, אלא אם רצה בונה את החדר לפניו מביתו, ובונה עליה על גבי ביתו. והלא מרבה עליו את הדרך. אמר רב הונא מאי חדר. שחלקו בשנים, ומאי עליה. אפתאי'. כלומר, כל שלא פתח כניסה חדשה לחצר, אין בני החצר יכולים לעכב עליו. ונחלקו הראשונים בביאור הגדרת היתר ואיסור אלו;

**א.** הרשב"ם והמרדכי הבינו שאין אדם רשאי להוסיף בנין על בנינו, כיון שע"י תוספת בנין יתרבו הדיורין, ולא נשתעבדה לו החצר אלא לדיורי ביתו. וכ"ש שאינו יכול לפתוח לביתו בית שלקח מחצר אחרת. לדידיה כל מה שהתירו זה לבצע שינויים פנימיים, לחלק את הקיים אף אם ע"י חלוקה זו יתרבו הדיורין, כל עוד לא עשה פתח חדש ונוסף לחצר.

**ב.** הרמב"ם בהלכות שכנים פ"ה ה"ח באר שיכול אדם להוסיף על ביתו עליה חדשה או חדר נוסף ובלבד שיפתחנו לתוך ביתו. כמו כן ניתן לחבר לביתו בית שמחצר אחרת ובלבד שלא יכוון להרבות דיורין. הגר"א דייק בדברי הרמב"ם: 'נעשה כמי שהיה לו שכן אחד, ונעשו לו שכנים הרבה', שאין לחשוש בזה לריבוי הדרך מאחר ותוספת הבנין הינה מחוברת לביתו דווקא ולא לחצר, אין דרכם של בני אדם להשכיר חדר כזה לאחרים. אבל אם ירצה להוסיף דיורין, יש זכות לבעלי החצר למנוע ממנו זאת.

**ג.** הרמב"ן הרשב"א והריטב"א שם בדף ס. הנמו"י בדף לב. מדפי הרי"ף בד"ה 'מתני' לא' ס"ל שמותר להוסיף דיורין כל עוד לא עשה פתח חדש לחצר, ועל כן יכול להוסיף על ביתו עליה או חדר ובלבד שיפתחנו לתוך ביתו. כמו כן ניתן לחבר לביתו בית שמחצר אחרת. ואין בני החצר יכולים לעכב עליו אף שהוסיף דיורין שכן הוא טוען כנגדם שגם אם בני ביתו היו מתרבים, לא היו יכולים לעכב עליו. כלומר, ישנה זכות לכל דייר לבנות ולהוסיף כך שירבה אנשים בחצר הגם שכרוך בכך עוגמת נפש לשכניו, כל עוד לא עשה שינויים כלפי חדר המדרגות.

**ד.** הרא"ש פ"ג ס' עה כתב שניתן לבנות חדר נוסף או עליה נוספת על ביתו ובלבד שיפתחנה לביתו אך אינו יכול לפתוח לביתו בית מחצר אחרת אף שהיא פתוחה לביתו. הסמ"ע שם סק"ד באר שסברתו היא שהחצר נשתעבדה לבית זה ולתוספותיו, אבל אינה משועבדת לבית השייך לחצר אחרת.

**ה.** המאירי ס"ל שמותר לאדם לבנות ולהוסיף על ביתו ולפתוח לחצר וכו' והוא באר את הסוגיא מענין אחר לגמרי.

השו"ע שם סעי' א- ב פסק כשיטת הרמב"ם שהתיר גם תוספת בנייה, כל עוד אינו מרבה דיורים: 'אחד מהשותפין בחצר שהביא לביתו אנשי בית אחרת, יש לחבירו לעכב עליו, מפני שמרבה עליו את הדרך'. הנתיחה"מ חידושים סק"ד באר שהבנייה שהותרה לדעת מרן: 'היינו דוקא לצורך אוצרות, דאילו להוסיף דיורין אפילו בביתו אסור'. וכ"כ בפת"ש סק"א בשם דגול מרובה. והרמ"א ציין לשיטת הרא"ש שאסר חיבור בית נוסף לחצר. וכן ציין את שיטת הרשב"ם שהתיר תוספת דיורין, כל עוד לא נעשה תוספת בנין מעבר לחלוקה פנימית של המתחם.

בנידון דידן, לא מדובר על שינוי מבנה המקום, אלא הזמנת אורחים ומוזמנים של אחד הדיירים, שהינה אחת הזכויות של כל דייר להזמין אליו מכרים וידידים. אומנם, לשנות את ייעוד המקום ולפתוח חנות וכדו' שבהכרח יגרור אנשים נוספים למקום אסור, אף בלא שינוי המבנה. נראה, שזכותו להביא אליו מכריו שישתמשו במעלית אף שיש בכך נטל ממוני ויווצר מחמתם צורך בנקיון יתירא, מוטבעת בעצם השותפות שלו בבניין. שכן דעת השותפים שכל אחד מהם יהנה וישתמש במשאבי הבניין לצרכיו, ובכללן לארח את ידידיו. אך לא יוכל להשתמש בשותפותו בנכס להתיר לזרים את השימוש ברשות שלהם מעבר לצרכיו. וכל עוד אין לדייר בבניין צורך אישי במעבר המבקר, ומעבר זה משרת אך ורק את העובר שם, יש לבחון את דעת יתר הדיירים, וכל עוד לא מחו על כך, סביר להניח שסברו וקיבלו ולא הקפידו על מדרס שכני הרחוב בבניין שלהם. ואם מחו השכנים, לא תועיל רשות אחד הדיירים, כשאין כניסת הזר משרתת את הדייר שבשמו נכנס. אך על השימוש במעלית יש לשאול בפירוש את דיירי הבניין, ולא להשתמש במשאבי ובכספי הציבור, ללא רשות מהם.

# מאורות תורת המשפט

## תשובות אקטואליות בדיני ממונות

אבישי נתן מייטליס

ח' תמוז תשע"ח נשלח ח' ינון שבוועיים, להצטרפות: [meorothamishpat@gmail.com](mailto:meorothamishpat@gmail.com) גליון מספר 69

### נזק הנעשה באמצעות חיישנים

#### המקרה:

משפחה שכרה צימר המצוייד במספר חיישני הפעלה לשביעות רצונם. יומיים אחרי שיצאו משם, התקשר מנהל הצימר בכעס, ותיאר להם כי הותירו מול חיישן המים מגבת כך שהפעילה אותו והמים המשיכו לזרום במשך יומיים, ויצרו הצפה שהזיקה למיכשור חשמלי שהיה בסמוך. כמו כן, הותירו בחנייה עגלת משא מול החיישן, כך שהשער נותר פתוח וציוד הגינה וחית מחמד נעלמו, כל זאת חרף התראה מוקדמת של בעל המקום להקפיד לסגור את האתר.

**מנהל הצימר טוען:** היות והשוכרים הפעילו את הברז ולא סגרו אותו הם חייבים לשלם את עלות דמי המים הרבים שזרמו, שהם הרבה מעבר לשימוש המקובל והסביר בשכירות הצימר, וכן את נזק המכשיר החשמלי. וכן בכך שהותירו את הגינה פרוצה הם חייבים על הגניבה שהזדמנה בגין פשיעתם. בנוסף לכך, ביקש לבצע בדיקת החיישנים, ובאם יתברר שניזוקו בשל שימוש מוגבר ולא תקין, יהא מושת על השוכרים עלות תיקונם.

**השוכר טוען:** אומנם היה מודע לקיומם של החיישנים ואף השתמש בהם במהלך השהות באתר, אך לא היה מודע כי גם מגבת מפעילה את החיישן של המים, ולא סבר שהעגלה עשויה להפריע לשער להסגר. לדבריו, פעל בתום לב ובשימוש סביר, והנזק נגרם מאליו ולא מחמת מעשיו, ואין להלין ולתבוע את המשתמש באופן סביר.

#### תשובה

הפעלת חיישן הינה כמעשה האדם בכוחו, שכן השימוש בכוחות הטבע הפיזיקליים ליצירת פעולה נחשב כפעולת האדם הישירה. נמצא, שיש לחייב על נזק הנעשה בהפעלת החיישן (גם אם המנגנון רק מסיר את המפריע לפעולה) כדין אדם המזיק בכוחו. אך יש לחלק בין סוגי נזקים שונים;

בכך שהניח מגבת מול החיישן והפעיל את המנגנון, הינו פועל את הנזק בידיו, וחייב את עלות המים ש'צרר' באופן לא סביר. וכן אם החיישנים ניזוקו מחמת שימוש לא תקין, אזי יש לחייב את המזיק, שכן בשני אלו הזיק בכוחו. ברם על המכשיר החשמלי, שלא ניזק ישירות מהפעלת החיישן אלא רק מהמים (שאינו שלו) שהצטברו – פטור בדיני אדם על גרם היזק.

בכך שהותיר את השער פתוח, והגם שבידיו מנע את סגירתו, לא יצר נזק אלא איפשר וגרם לכך שהחייט מחמד תמשיך להיות חופשיה – ולכן יש לפטור אותו בדיני אדם. וביחס לציוד גינה בוודאי שיש לראותו רק כגורם הגניבה (אומנם אם קיבל ע"ע חיוב שמירה, הוי פשיעה וחייב ע"כ). ואף לו השוכר פתח את השער, לא יהא ניתן להוציא ממון, כיון שיש מחלוקת אם ניתן לחייבו על אבידת הבהמה. וכן אם פותח דלת ומחמת כן חדרו מים או חרקים לבית, הוי גרמא ופטור.

#### נמוקי הדין

#### הפעלת סוגי חיישנים

ההתפתחות הטכנולוגית מבקשת להניע מערכות רבות כולל הפעלת משק הבית ללא מגע יד אדם, וזאת באמצעות פעולות חשמלית הנגרמות על ידי חיישנים (Sensor). קצב הגידול במגוון החיישנים, השילוב שלהם, והתחכום שבפתרונות מבוססי חיישנים מביאים לחיינו התנהלות חדשה, המצריכה

התייחסות הלכתית התואמת אותה. שכן בתהליך זה, האדם לא עושה פעולה כלשהיא בכדי להפעיל את מבוקשו, אלא מתרחשת פעולת שרשרת באמצעות חיישנים הממירה ערכים פיזיקליים לתנועה מכנית או לאותות חשמלים או אלקטרוניים. כך לדוגמא, הם קולטים את נוכחות הנכנס לדירה ומפעילה מערכת המרימה תריס, מדליקה אור ומזגן, מדיחה את האסלה ופותחת את ברז המים בכיור ואף מציעה לנהוג עבורנו.

קיימים שני סוגים עיקריים של חיישנים. **חיישנים תרמיים**, המבוססים על קליטת קרינה בתחום העל-אדום (Infra-Red = IR), המודדת את האנרגיה הקיימת ומבוססת על עקרון הפליטה של גוף האדם (כל חפץ פולט קרינה כלשהיא, וכי עצמת הקרינה ואורך הגל שלה תלויים בטמפרטורה של הגוף. יש חיישנים המזהים את גוף האדם שהוא בעל טמפרטורה של כ-37 מעלות צלזיוס, וקרינתו מעלה את המתח החשמלי שבחיישן, ואזי נוצר מעגל חשמלי שמפעיל את שנדרש). יש לציין שמעגל חשמלי זה מחובר כל הזמן, ובכל עת זורם בו זרם חלש, ורק כאשר מתקרב גוף בעל טמפרטורה נתונה, הזרם מתגבר. ויש **חיישנים אופטיים**, שמבוססים על פליטת אנרגיה של קרן אור בלתי נראית שנשלחת ומכוונת כנגד גלאי מסויים. וכאשר גוף נכנס וחוצץ בין הקרן לגלאי, מופעלת או מופסקת המערכת החשמלית הצמודה למעגל של הגלאי.

ישנו דיון נרחב סביב הפעלת חיישנים בדינים רבים בהלכה והחשבתו ככוחו של המפעיל. שכן לא הרי כוחו הישיר הנצרך לדין טוויט ציצית ואפיית מצה שבה נדרשת פעולתו של כח גברא, ככוח הנדרש לעניין הרחקות בניה, שנאסרה תנועה של חיבה בין בני הזוג כולל זריקת חפץ ביניהם, ולא של תנועה חשמלית מכוחו. ומטבע הדברים ישנו דיון בדבר משמעותו של הפעלת חיישן, הן לעניין הפעלתו בשבת והן לעניין חיוב בנזיקין, האם נחשב כפעולתו הישירה של המפעיל והאם הוא חייב על תוצאותיו שגרמו לנזק לזולתו.

קיים חילוק מהותי בין שני הדינים, בעוד שבהלכות שבת הדגש הינו גם על עשיית הפעולה וגם על 'מלאכת מחשבת', בדין נזיקין דרוש לברר האם יש בהפעלת החיישן מעשה ישיר של מפעילו. וכך להדיא חילקה הגמ' בב"ק בדף ס'. בדין ליבה וליבתה הרוח, שהרוח הניעה את האש שהדליק מאן-דהוא ויצרה שריפה במקום אחר: 'רב אשי אמר כי אמרינן זורה ורוח מסייעתו (שחייב) - ה"מ לענין שבת, דמלאכת מחשבת אסרה תורה, אבל הכא גרמא בעלמא הוא, וגרמא בנזקין פטור'. הרי לענין שבת בוחנים אם ישנה מלאכת מחשבת, ולענין נזיקין נדרש שכל ההיזק יהא כלול במעשיו, וכן בארו האמרי בינה דיני שבת ס' כז והאחיעזר ח"ג ס' ס'.

## הפעלת חיישן בשבת

הלכה פסוקה היא שרק מלאכה שהינה פרי מחשבתו ופעולתו הישירה של האדם, נאסרה בשבת, ומהאי טעמא הסיקה הגמ' בשבת בדף קכ: 'ש'עשייה הוא דאסור, גרמא שרי'. ודנו הפוסקים בדבר החיישנים האם נאסרו מחמת פסיק רישיה.

הרמב"ם בהל' שבת פ"א ה"ה-ז כתב: 'עשה מעשה ונעשית בגללו מלאכה שוודאי תיעשה בשביל אותו מעשה אף על פי שלא נתכוין לה חייב, שהדבר ידוע שאי אפשר שלא תיעשה אותה מלאכה. כיצד, הרי שצרך לראש עוף לשחק בו לקטן וחתך ראשו בשבת אף על פי שאין סוף מגמתו להריגת העוף בלבד חייב'. ובארו המרכבת המשנה בהל' שבת פ"א ה"א והמגיד משנה שם שחייב על פעולה שבהכרח תווצר ממעשהו, אף שמכוון לתוצאה אחרת מבחינתו, מ"מ התוצאה המוכרחת כלולה בכוונתו ובמעשיו, וחייב עליה. וכן באר בשו"ת עונג יום טוב ס' כב. ולהבדיל מכך, אם אין פסיק רישיה, קיומה של תוצאת מלאכה שאינה מוכרחת שתהיה, אינו מספיק כדי להחשיבה כפעולתו ולא נאסרה. וכן כתב בשו"ת 'שבט הלוי' ח"ג ס' מא: 'הנה יסוד גדול באיסור מלאכת שבת דבעינן ב' תנאים. שתהיה פעולת מלאכה שאנו יכולים ליחסה לאחד מל"ט אבות מלאכות או תולדות. ושנית, שתהיה מלאכת מחשבת על דרך שקבלו חז"ל... אבל לא יתכן לחייב על תוצאה של מלאכה לבד דהיינו שעלה לו מטרת המלאכה בלי שעשה הפעולה של האב המתיחס לאותה מלאכה'.

ומכאן יצאו לדון עפ"י הגמ' בשבת בדף קכא: שהתירה פעולות הנעשות לפי תומו של ההולך שם: 'דאמר רב יהודה, רוק דורסו לפי תומו. ואמר רב ששת, נחש דורסו לפי תומו. ואמר רב קטינא, עקרב דורסו לפי תומו'. והרמב"ן בחידושו בשבת שם ובמלחמות שם בדף מה: מדפי הרי"ף הדגיש שדין זה אמור גם אם מתכוין לפעולה האסורה כל עוד נעשתה על פי תומו, במהלך הליכתו. וכן סבר הרשב"א עפ"י הירושלמי בשבת פ"ה ה"ו שאפילו אם כוונת האדם למלאכה האסורה, כל עוד כוונתו למעשה מותר. דין זה נזכר בירושלמי בדיני צידה, שהתירו לכתחילה לנעול ביתו לשמור ביתו כשצבי בתוכו, כיון שהוא צריך לשמור ביתו: 'אף



על פי שעי"י כך ניצוד הצבי ממילא מותר ובלבד שלא יתכוין לשמור את הצבי בלבד'. אולם הר"ן שם בדף לח. מדפי הר"ף חלק על דברי הרשב"א הללו, הב"י או"ח סי' שטז כתב שאין להקל כרשב"א. וכן פסק המשנ"ב בסי' שטז ס"ק כה כדעת הר"ן. אך בשו"ת 'שבט הלוי' ח"ט סי' סט, ח"ג סי' מא באר שהמחלוקת בין הרשב"א לר"ן היא אם לצרף את מעשה ופעולת הנעילה למעשה הצידה. אולם, סבר שהם לא חולקים שבמקרה שאדם אינו עושה שום פעולה כלל, אלא הולך לפי תומו – שמותרת הפעולה אף אם תיגרם תוצאה אסורה.

נמצא, שבדיני שבת אדם העושה פעולה מותרת שאין עליה שם 'מלאכה' כלל, כגון ההולך על פי תומו, גם אם יש תוצאה נוספת האסורה – אין לה דין של 'פסיק רישיה' ומותרת. אם כן, כאשר האדם הולך לפי תומו, ויש חיישן המזהה פעולה זו ומפעיל מערכת חשמלית, גם אם האדם מודע לתוצאה ונהנה ממנה, אין לאסור, ובלבד שאינו מוסיף פעולה מיוחדת הגורמת להפעלה החשמלית. וכך כתב הרב ואזנר בשו"ת שבט הלוי ח"ט סי' סט עמ' מג-מד: 'לקרתו קבלתי ואשיב בקיצור כדרכי, ע"ד המצוי אצלכם שנדלק מאור עלקטרי לפני הבתים כשאדם עובר לפני הבית... ונמצא שאדם העובר גורם להדלקה... ואומר בטח דבעיני, אין חשש איסור בזה עכ"פ מעיקר הדין... כשאדם אינו עושה כלום ממש והולך לדרכו לפי תומו ואינו מוסיף אף תנועה אחת למען מלאכה אף שבגרמתו נדלק אור או דבר כיו"ב בזה פשיטא שכל זמן שאינו חושב ממש ללכת למען הדליק וכיו"ב שאין אנו מצרפים הליכתו הרגילה להתוצאה הנ"ל, ואין כאן פעולה של מלאכה... אינו בגדר אינו מתכוין אלא שאינו בגדר מלאכה כלל', וכ"כ הגריש"א במאורי השבת ח"ד סי' יד. אומנם הובאה שם בהערות צט, קד דעת הגרש"ז אויירבעך שהחמיר בכך.

יש לציין שהדברים אמורים רק במצב שבמהלך הליכתו נעשות פעולות חשמליות באמצעות חיישן – ואינו מעוניין בהם, ברם אם מעוניין בהפעלת החיישן, אסר זאת השבט הלוי שם במהדורה החדשה: 'ומובן דאין זה דומה לנדון השכיח היום שדלתות בית נפתחות ע"י עין אלקטרי ע"י הנכנס לתוכו, דבזה ודאי איכפת לי בתוצאה של כניסתו ואסור, משא"כ העובר ברחוב גרידא בלי שום ניחותא הנ"ל'. וכן על מעבר לפני עין חשמלית הפותחת דלתות כתב בשו"ת שבט הלוי חלק ט סי' נח: 'אלא דאם הוא מכוין לכך ורצונו בזה בודאי עכ"פ אסור מדרבנן, אבל אם אין רצונו בזה כלל גרע אפילו מאיסור פס"ר בדרבנן'.

## הפעלת חיישן לעניין נזיקין

איתא במסכת סנהדרין בדף עז: 'אמר רבא זרק חץ ותריס בידו ובא אחר ונטלו, ואפילו הוא קדם ונטלו - פטור, דבעידנא דשדייה ביה מיפסק פסקיה גיריה (בעת שזרקו היה דבר חוצץ בין החץ ובין הניזק). איתמר, אמר רב פפא האי מאן דכפתיה לחבריה ושקיל עליה בידקא דמיא, גירי דידיה הוא ומחייב. והני מילי בכוח ראשון אבל בכוח שני גרמא בעלמא הוא (כפת את חברו מתחת לסכר מים והסיר את הסכר, חיצו הם וחייב. ודווקא כשהמים שעם הרמת הסכר הטביעו מיד את האדם הכפות, אך אם הם זרמו באפיק ואח"כ פגע בכפות והרגוהו, חשוב ככח שני וכגרמא ופטור). למדנו מכך, שכל הנעשה בפעולה ישירה מהווה כחציו של המפעיל אותו, לעומת מצב שבעת הפעולה לא היה כלול אפשרות הנזק, שאין לראות את היורה כמזיק.

בשו"ת אחיעזר ח"ג סי' ס הביא בשם חידושי הרמ"ה בסנהדרין שם חילוק בין מצב שהמים נמצאים על שפת הסכר ובסילוקו הוא מפיל בידיו את המים, ונחשב בכך להורג בידים את האדם המצוי ליד הסכר, לבין יורה חץ ממרחק בשעה שהתריס חוצץ בינו לבין הניזק. לדבריו, אם החץ היה כבר צמוד לתריס ובא אדם וסילק את התריס וכתוצאה מכך נזרק החץ והזיק, מסלק התריס יהיה חייב, ודינו כפוחת הסכר. ובכך, דימה האחיעזר סגירת מעגל חשמלי לפתיחת הסכר בכח ראשון: 'הרי מבואר מדברי הרמ"ה דאם היה החץ סמוך ממש להתריס, אם הסיר התריס זהו גירי דילי' והי' חייב ע"ז כמו בבידקא דמיא, וה"נ אם הסיר הגשר זרם האלקטרי עובר מיד הרי הוא כמו בידקא דמיא, דמתחברים הזרמים כמו המים. ונראה דזה הוי ככח ראשון... המורם מכל האמור דבחבור החוטין של אלקטרי, להבעיר בידים, דהוי מלאכת הבערה ממש וגם אם החבור נעשה בסבוב הכפתור באופן שמאליו יתחברו החוטין דמי ביותר לבידקא דמיא בכח ראשון דחייב משום גירי דילי'. שכן הזרם נמצא בחוט המתג, וחיבורו נחשב למעשה גמור של חיבור החשמל לכח ראשון, וזו פעולה ישירה של המדליק.

אולם בשו"ת הר-צבי או"ח סי' קמג הסתפק לעניין אם בהדלקת מתג החשמל יוצא יד"ח הדלקת הנר בערב שבת, וחקר שמא פעולה חשמלית במתג דומה לסילוק התריס לפני החץ, ופעולה זו חשובה כגרמא ולא כמעשה גמור. נראה מדבריו שמדמה הפעלת מתג חשמלי לכח אחר מעורב בו, שכן האדם רק סוגר את המעגל ומאפשר לזרם האלקטרוני ולחשמל המיוצר בתחנת הכח לזרום: 'וא"כ מזה נקח לנ"ד שזה המדליק את החשמל אין עושה דבר הנדלק אלא שמזמין גשר או מסלק הגשר אשר דרך בו יעבור הזרם, לכאורה מסתבר דלא עדיף מסלוק התריס, שג"כ עושה דרך למעבר החץ, ומה לי מפנה דרך

בסלוק התריס ומה לי מקרב גשר למעבר הזרם'. ואפשר, שלחומרא הסתפק אי חשיב כעשייה ממש להחשיב שהדליק הנר שבת, אך לא 'להקל' ולומר שאין כאן מעשה של המפעיל לעניין מלאכה בשבת ולחייב נזיקין.

גם החזון איש בב"ק סי' י"ב הסתפק בהגדרת הסרת מונע אם הוי כפעולתו ומלאכתו של המסיר לעניין איסור ומלאכת שבת, אך לא בהכרח יאמר כי אין בכך מעשה וחייב על אש וממונו לעניין נזיקין. אדרבה, החזון איש בב"ק סי' ב' סק"ט הקשה מדוע פטור על כח שני בהיותו רק גרמא, והלא חייב המניח אסור בראש הגג, הגם שכח שני ידחפנו ויגרום הנזק. והשיב החזון איש, כי רק מדיני רציחה פטורו, ולעניין נזיקין אכן חייב ע"כ. הרי שאין לפטור את המפעיל מנגנון, הגם שנעשה בכח שני, ובלבד שיהא הנזק תוצאה ישירה של מעשהו, ולא מותנה בהפעלה נוספת. על כן, הפעלת חיישן שיזיק עם כניסת גוף נוסף הינו מעשה ישיר, כרוח מצויה.

במכתב של הג"ר שמעון שקופ בסוף כרך ב, נזיקין, עמ' קיט בהוצאת תשד"מ, כתב שיש לחייב את יוצר תהליך הנזק, כל שהוא רתם אליו את מגוון הכוחות הפיזיקליים, ולא דווקא אם הניחו ברוח מצויה: 'כל כח המצוי בדרכי הטבע חשוב כרוח... ורק עלינו להתבונן אם יש במעשה האדם איזה מעשה להחשיבו בעל האש'. נמצאנו, שיש לחייב את יוצר תהליך ההזיק, הגם שנעשה באמצעות ובניצול משאבי הטבע השונים ולא באופן ישיר. לפיכך, כשם שנזק הנעשה ע"י פעולה חשמלית, לא מיוחסת ה'אש' וה'חץ' לתחנת כח החשמל אלא ליוצר את סגירת המעגל, שכן אין 'חשמל זורם' בחוט, אלא בסגירת מעגל החשמלי מנוצל המתח המצוי בחוט ע"י מפעילו ונעשה 'זרם' חשמלי, כפי שהגדיר החזון איש במכתביו לגרש"ז אויירבעך במאורי אש השלם ח"ב, מאמרים ותשובות עמ' תקכ: 'חיבור חוט החשמל מעורר את כח החשמלי המוטבע בחוט עצמו, והוא מההרכבה המזגית שבשורש יצירתו, ושימוש זה תדיר'. כן יש להבין שהמפעיל את החיישן, שהוא מפעיל את המנגנון ויוצר את הפעולה, והוי אב נזיקין מטעם אש וחייב על כך.

אולם הדברים אמורים רק באם ע"י הפעלת החיישן נוצר מזיק של חץ, אש או בור, אך אם יצר בהפעלתו גרמא בלבד, כגון שהמים (שאינם שלו<sup>31</sup>) שזרמו מכח החיישן הזיקו בהתאספותם ובזרימתם למוצר חשמל, אזי אין כאן אלא גרמא בלבד. שכן הוא אומנם יצר את האש הכא, והם התפשטו והזיקו בכח שני במקום אחר, ואינו חייב בדיני אדם בכגון דא. וראה בסוף מכתבו של הגר"ש שקופ הנ"ל: 'אבל אם קירב את המזיק שיזיק ע"י רוח מצוי', כיון שהמזיק אינו שלו חשבינן רק כגורם'.

### חיישן הפועל באופן של הסרת מונע

תינח שהמפעיל את המנגנון החיישן באופן שסוגר מעגל חשמלי או אלקטרוני נחשב כפרי פעולתו ומעשיו הישירים וחייב על כך. אולם יש לדון אם מנגנון החיישן פועל באופן שהוא לא יוצר את הפעולה, אלא בהסרת גורם מסוים, ממשיך התהליך לפעול באין מפריע. האם נחשב שהמסלק פועל ויוצר את הפעולה, או שיש לראות במעשיו כגורם לנזק שבגינו התאפשר הנזק אך אינו מזיק באופן ישיר.

**א.** הגמ' בסנהדרין דלעיל בארה שאם בשעת הפעולה לא יכל להווצר נזק בשל תריס המונע מהווית

הנזק, אין לחייב את היורה וכן אין לחייב את המסלק את התריס. והדברים אמורים לעניין חיוב רציחה וכ"ש לעניין נזיקין כמש"כ התוס' שם עז. בד"ה 'בנזיקין', וכן מבואר להדיא בגמ' בב"ק בדף כו: 'ואמר רבה זרק כלי מראש הגג והיו תחתיו כרים או כסתות, בא אחר וסלקן או קדם וסלקן – פטור'. ובאר רש"י שם שהמסלק את הכר פטור מטעם: 'דגרמא בנזיקין הוי' וכ"כ התוס' שם בד"ה 'קדם וסלקן' והרא"ש פ"ב סי' טז, ובהשגת הראב"ד והרמ"א. ברם הרי"ף, הרמב"ם בהל' חובל ומזיק פ"ז ה"ז והרמב"ן סברי שהמסלק את הכרים וכסתות חייב וכן פסק מרן השו"ע בס' שפ"ס ע"ג.

יש לדון אם ע"י הפעלת החיישן שאין במעשהו יצירת מעגל והפעלת המנגנון, אלא הפרעה לקרן אור ובכך מופעל המנגנון יש להשוותה לסילוק כר וכסת שנחלקו אם הוא כגרמא בעלמא או שהוי כדינא דגרמי והוי מחלוקת שו"ע ורמ"א. או שהוא מעשהו הישיר של הפועל, מבחינת אופי הכללי ותוצאת הפעולה, הגם שפיזיקלית התנהלות החיישן פועלת באופן של גרמא (שכן המתרחש בתוך הקופסא אינו משפיע על הגדרת הפעולה. דאל"כ, פעולות רבות יוגדרו כגרמא בשל ההליך המורכב משרשרת פעולות שמתבצעת במנגנון ההפעלה, כמנוע רכב, ירי).

<sup>31</sup> שכן חייב על אש שיצאה והזיקה ברוח מצויה גם בלא שיכוון לכך המזיק, כמש"כ באבן האזל הל' נזקי ממון פ"ג ה"י: '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 עשה האש, רק שהאש שלו - חייב, בדבדף כ"ג ע"א איתא כגון שנפלה דליקה לאותו חצר ונפל גדר שלא מתוך דליקה, ומשמע דנפלה דליקה ולא שהוא הדליק', וכ"כ החזון איש פ"ב סי' ט להדיא: 'יש לעיין באשקיל עליה בידקא דמיא, כיון דכח ראשון חשיב חציו ממש, ליהוי כח שני כרוח מצויה, שהרי טבע המים להיות מוגרים למ"ד אשן משום חציו. וי"ל, דהאי נמי חשיב כח כחו, כיון שלא נגע במים עצמן, וחשיב הליכתו כאש של ממונו'.

**ב.** יש לדמות דין זה לפורץ ומסלק גדר בפני בהמת חבירו ובכך הסיר את הגנת הבהמה, ואכן אבדה הבהמה. הטור בס' שצו פטר כשיטת אביו הרא"ש והביא שהרמ"ה חייב על כך וכן סבר הרב המגיד בהל' נזקי ממון פ"ד ה"ב. הרמ"א בס' שצו סעי' ד הביא מחלוקת בדיון זה. בביאור הגר"א שם סק"י נשמע שפסק כרמ"ה: 'אבל באבדתה כמזיק בידים הוא וכן פ' הרב', וכן פסק במהרש"ל ב"ק פ"ו בס' ד: 'ואין זה גרמא מאחר שעבד בידים ופרץ הגדר ושמירת הבהמה תלויה בה – הוי כמזיק בידים'. אך הש"ך שם סק"ב הביא תשובת הרשד"ם ונשמע מכך שחלק ופוסט ע"כ, וכן פסק בשו"ת חוות יאיר בס' רד. הרי למעשה לא נוכל להוציא ממון מהמסלק את שמונע מהנזק.

[מחלוקת זו נסיבה סביב אבדת בהמה מחמת פריצת הגדר, שהרמב"ן בקונטרס דגרמי הגדיר את דעת המחייבים ע"כ: 'שבשעה שפירץ יצאת מרשות בעלים והם גרמו ליה'. ובעצם פריצת הגדר יצרו מציאות היזק מובהקת ונתנוה במקום שאינו משתמר. אולם כנגד טענה שנגבו חפצים דוממים מחמת פריצת הגדר, לכו"ע יחשב כגרמא, שכן תלוי בדעת אחרים, הגנב שיבוא לגנוב, ולא נכון לראות בעצם פתיחת השער כמעשה בידים של הזק לחפץ דומם.]

סתירת הדינים לכאורה בדיון נטילת המונע מהנזק טעונה ביאור. שכן בדיון המסלק כרים וכסתות סבר הרמ"א עפ"י התוס' והרא"ש שפטור בהיותו גרמא בעלמא (אומנם השו"ע עפ"י הרי"ף הרמב"ם והרמב"ן ראו בכך כגרמי וחייבו). ואילו בדיון הפורץ את הגדר הרמ"א הביא את שתי הדיעות ולדעת הגר"א פסק לחייבו על אבדת הבהמה וכ"כ המהרש"ל (והש"ך בשם מהרש"ם וחוות יאיר פטרוהו) – ומאי שנא הסרת מונע הנזק האי מהאי. אולם כד נחית לעומקא נחזי שיש חילוק מהותי בין הפעולות, בעוד שבהסרת הכרים והכסתות אין כל השלכה על החפץ שבאוויר הגם שעד כה כלו חציו, שכן לא נעשה פחות שמור בכך, אלא ההגנה מהניפוך ניטלה. ברם בנטילת השמירה מהבהמה בפריצת הגדר, נעשתה הפרה חשופה לפגיעה וחופשיה לברוח וכלשון הרמב"ן בקונטרס דגרמי שהגדיר זאת 'ממקום המשתמר' (סברא זו תהיה בבהמה בלבד, ואילו בדומם הנגנב לכו"ע תהא פריצת הגדר כגרמא, משום היותו תלוי ברצון ובמעשה גורם נוסף), ואפשר להגדיר את פריצה זו כהיזק וכפשיעה ממצבה הקודם אף אם לא תתרחש הגניבה. ניתן לדמות זאת להבדל בין המדביק בהמה בנגיף קטלני לבין משמיד תרופה של נגיף. כלומר, ניתן ללמוד מכך כלל בדיני הנזיקין, שבנטילת המונע לנזק יש לחייב רק באם יש במעשה זה כדי להזיק באופן ישיר, ובעצם – דינו זהה לכל דיני גרמא. הוי אומר, שהמסיר את המפסק של זרם החשמל נחשב כמפעיל ויוצר הזרם, ואילו המסיר את המפסק כך שיפעל זרם החשמל בעוד שעה (כשעון שבת) לא יצר את הזרם באופן ישיר, ונחשב כגורם שבשבת פטור ובנזיקין חייב בדיני שמים בלבד. לדברים אלו יש לחייב את המפעיל את מנגנון החיישן אף אם נעשה באופן של הסרת המונע שמאפשר לפעולת ההיזק שכן הוא מפעיל את המנגנון, ואילו המסיר את בלם הרכב הינו פושע אך אינו חייב על נזקי התאונה בדיני אדם.

הנפק"מ לענייננו, שיש לחייב על הפעלת חיישן המפעיל מים באופן זה, אך אין לחייב על העמדת העגלה מול החיישן שרק מנעה מסגירת השער ובכך התאפשרה הגניבה (גם לשיטת הגר"א ומהרש"ל שחייבו על פריצת גדר. אומנם מצידו הגינה לכו"ע יש לפטור בדיני אדם כדיון גרמא, אף בלא סברת הסרת המונע. שכן הנזק תלוי במעשה ובפעולת אחרים). מהאי טעמא יהא פטור אם פתח דלת הדירה ובגין כך חדרו מי גשמים או חרקים לדירה (אא"כ היה המזיק דבוק על הדלת ומיד בפתיחתו נוצר נזק. שאז חייב כדיון בידקא דמיא), שכן מנע את הגנת המקום ולא יצר את הנזק, בניגוד למעמיד סולם כשנמיתה מצויה שיוצר את ההיזק, כפי שבאר החזו"א ב"ב ס' י' סק"א שדווקא שמונחת שם הנמיתה, דאל"כ הרי כבר כתב ר"י בתוס' בב"ב בדף כו. בד"ה זיקא: 'דבעלי חיים שאני, דחמירי טפי מרוח, דכח אחר מעורב בהן' ואזי יהא פטור כדיון הגורם לעורבים להגיע בשל דם וכדו'.

**ג.** האחרונים הקשו מה נקודת ההבדל ומדוע הפותח כיסוי הבור חייב ואילו אם הפיל גדר ויצאה האש ושרפה הוי רק גרמא ופטור. וכן אם פרצו ליסטים הינם פטורים על יציאת הבהמה, ולשיטת התוס' והירושלמי אף אם הליסטים הוציאו בידים פטורים, והרי סילק את השמירה מהשור כשם שהסיר את המכסה מהבור. ובאר הקה"י זאת בשני אופנים. הקהלות יעקב בב"ק בס' ב' סק"א נקט בתחילת דבריו כי: 'דדיון זה דסילוק שמירה מחשב כעשיית מזיק, אינו אלא גזה"כ גבי בור ולא בשאר מזיקין. וצ"ע'. וכן יש להגדיר כל הסרת הגנות ושמירה, שאינו נחשב כמזיק בידים, כל שאינו בגדר בור.

אולם בהמשך דבריו מחלק הקה"י בסק"ב בין סילוק השמירה וההגנה של המזיק, כמו בור, שאז המסירו חייב על כך, לבין סילוק השמירה וההגנה של הניזק, כתריס שהגן עליו מפני המזיק, שאזי הוי גרמא בעלמא. ואולי ניתן להגדיר, עפ"י דברי הרמ"ה המובאים לעיל, שהיכא שסילוק הכיסוי והשמירה יהא כבדקי דמיא, ומיד יהווה מזיק, הרי יוצר בכך את המזיק מחדש, שכן בהסרת כבלי השמירה מהמזיק מתפרץ

המזיק. אך אם ע"י סילוק השמירה אומנם יחשף הניזק לנזק אבל לא היה לו זיקה למזיק, יחשב רק כגורם. לדברים אלו, ברור שחיישן מעין זה הינו כפועל את הנזק, שכן בהסרת והפרעת קרן הלייזר הוא מפעיל את המנגנון. לכן יש לחייב את מהניח את המגבת מול החיישן אף על נזק החיישן הגם ש'רק' השאירו פתוח – שכן בעצם מעשיו שמנעו את סיום פעולת החיישן, הריהו כמפעילו ומזיקו בידים.

## לא היה מודע להפעלת החיישן והנזק

במקרה שלפנינו טען המזיק, שהוא לא ידע שבהנחת המגבת החיישן ממשיך להפעיל את הברז, ולא היה מודע כי העגלה מפריעה לשער להסגר, וסבר שאין לראות במעשהו כמזיק.

איתא במשנה בב"ק פ"ב מ"ו: 'אדם מועד לעולם, בין ער בין ישן', ודנה הגמ' שם בדף ד. בחיוב המזיק בשנתו בהיותו אנוס, ובאר התוס' שם בד"ה 'כיון דכייף חילוק דין עפ"י הירושלמי: 'יש דישן לא מחייב אלא כשהשכיב עצמו אצל הכלים, אבל אם ישן והביאו כלים אצלו ושברן פטור, דהם גרמו לו. וכן אם היה ישן והלך חבירו לישן אצלו והזיקו זה את זה הראשון פטור והאחרון חייב'. כלומר, ישנו חילוק מהותי בין סוגי חוסר ידיעת הישן מהכלים שבציוד. אם היה מודע לכלים שבמיטתו, ורק בעת שבירתו היה אנוס בשנתו, התנהלות של פשיעה היא, כפי שבאר הסמ"ע בס' תכא סק"ט, שכן היה מודע לכך שיתכן ויגרם נזק בשנתו. ברם, אם לא היה מודע כלל שהניחו את הכלים שם, הריהו מוגדר כאנוס גמור ופטור על נזקיו.

עפ"י חלוקה זו, יש לחלק בין מצבים של חוסר ידיעת האדם מהפעלת החיישן. אם היה מודע להפעלת החיישן, אך לא ידע על כל מרכיבי הפעלתו ולא היה מודע שהנחת גוף זר בפני החיישן ממשיך את הפעלתו, אזי הינו מזיק באונס, וחייב אדם על נזק באונס. ברם אם לא היה מודע כלל מכך שתנועה זו מפעילה חיישן, הרי הינו כישן שהניחו כלים לציודו, והיו אנוס גמור וחייב ע"כ.

## חיוב בחשבון המים

בעל הצימר תובע את עלות המים שזרמו, שכן מחוייב מטעם החברה שמספקת את המים עפ"י מד המונה. יש לדון בחיוב הפותח ברז של חבירו, ומחמתו זורמים מים והמד מציג מונה עפ"י צריכה זו, אם חייב לשלם לבעל המונה את שהתחייב מחמתו, ומאיזה טעם נחייבו.

האם יש לראות בפותח הברז כאדם המזיק? ואזי, הינו חייב על כל המים שזרמו עפ"י המופיע בצג המונה. או שמא, הוא הזיקו בידיו רק את ה'ליטר' הראשון כבידקא דמיא, והיתר זרם מכוח זה וכגרמא הוא.

ואם נחשיבנו כמזיק בגרמי, אזי יהא תלוי אם כוונתו בפתיחת הברז להזיק את חבירו, ובאם לא – יהא פטור ע"כ.

ושמא, יש לראות בפתיחת הברז כחופר בור, ואזי הוא חייב על על הנזק. אבל פטור על כלים, ויהא פטור על נזק המים שגרם.

ואולי יש לראות בכל מעשיו כגרמא בעלמא, היות והוא רק גורם לעירייה וחברת המים לגבות ממנו מים שלא צרך. שכן מדוע אם ישנה נזילה, חברת המים מוזילה את המחיר? מפני שלא מחייבים עפ"י המים שעברו עפ"י מדדי המונה, אלא עפ"י צריכה בפועל. ובעלי המים לא צרך את כמויות אלו, אלא רק מחוייב בגינם ע"י חברת המים המקומית. דומה הדבר, שאם יסובב אדם את מד המונה של חבירו כך שיגבו ממנו יתר משימוש, שיחשב מעשהו כגרמא בלבד.

ושמא, וכך מסתבר, לאחר שהמים עברו את המד, הינם בבעלות בעל המונה, ופותח הברז מזיקו בכך שמאבדם ומפסידם בידים. ואזי צ"ע אם לא מעוניין בצבי שרץ בחצירו ובמים אלו שהולכים לאבדון, האם זכה בהם כדין מי גשמים המובא בס' קנה סע"ד. ואולי יש התנייה בעצם ההתקשרות עם חברה המספקת את תשתיות המים, שכל מים שעוברים את המד – בעל המד 'מעוניין ורוצה' בהם, ואזי יש לראות במים שהזיקו לשכנו מחמת פיצוץ בצינור, כמים שלו וכממונו המזיק, וראה פתחי חושן נזיקין פ"ה הערה ג (ומסתבר שיש לחלק בין חיוב כלפי חברת תשתיות המים, שהתחייב כלפם עסקית שיחוייב עפ"י העולה מהמד צריכה, לבין הבעלות הממונית של בעל המונה ואחריותו על מים אלו, וכי לא מתכוון לזכות באלו כשיש פיצוץ ואין לחייבו על נזקים שהסבו באונס כשלא היה מודע למתרחש). נמצא, שהפותח את הברז או חיישן המים הינו מאבד את המים של הבעלים, וחייב לשלם לבעלים את שהזיקו והפסידו. [יש מי שחלק ע"כ, וסבר שפותח הברז הפסיד את חברת המים והוא חייב להם ע"כ, וכיון שבעל המד שילם את חובו, הינו חייב לשלם לו ע"כ<sup>32</sup>. נפק"מ, שאם אינו גזלן לא יגבו מהעידית]

<sup>32</sup> ובכך נזקקים לדיון על זכאות לגבות מה ששילם עבור חבירו. ראה ירושלמי כתובות פ"ג ה"ב: 'רבי יהושע בן לוי אמר, אין לך נתפס על חברו וחייב ליתן לו, אלא בארנון וגולגולת'. וברמב"ם בהל' חובל ומזיק פ"ח ה"ו: 'מי שנתפס על חברו, ולקחו ממנו ממון בגלל חברו, אין חברו

## חייב אדם למנוע נזק

טענת השוכרים ש'רק' לא הסירו את החוצץ בפני החיישן לא מתקבלת. שכן חייב אדם למנוע את עובדת הנזק ואף להסתלק בכדי שלא יהיה כחלק מגורמי ההיזק, מלבד החיוב של השבת אבידה לחבירו, הכולל בחובו גם מניעת נזק.

הגמ' בב"ק בדף לא. נקטה שאם היתה אפשרות לנופל להתרומם ולקום, הוא יחשב כבור ביחס לנתקל בו. הגם שהוא לא יצר את ה'בור', ואם לא היתה לו שהות לקום, הוא נחשב כבור של המפיל אותו ו'ראשון חייב בנזקי כולם'. הרי, שאף שלא יצר את הנזק, באם יש ביכולתו למנוע מהנזק, הוא נחשב כפועל אותו וכמזיק.

בסוגיית חמישה שיסבו בספסל בב"ק בדף י: נאמר, שאם האחרון גרם לנזק, כל היתר פטורים. אולם אם היו היושבים הראשונים יכולים להשמיט ולקום, הינם חייבים. וכך כתב רש"י שם: 'שישבת' היה לכם לעמוד ומדלא עמדתם אתם כמוני'. מדוע חייבום לקום, והלא אינם יוצרי הנזק, אלא רק השתמשו בהם (אומנם לרא"ש בס"י י הינם פטורים. ואף לרמב"ם והטור רק אם היה הספסל ניזוק לאחר ב' שעות וכעת קרב הנזק מתחלקים בנזק בשווה. אולם מהחזו"א ב"ק סי' ג אות יא מבואר כי לעולם חייבים הראשונים באם יכלו לעמוד ולקום בראותם את הנזק מתרחש, ולא קמו. וכן מבואר בערוך השולחן בס"י שפא סעי' ה). והדברים תואמים את דין הגמ' בב"ק בדף קיז: שאם הכביד על הספינה והכניס חמור באחרונה המאיים להטביע את הספינה, הוא חייב לבדו. אך אם כולם הכבידו, כולם חייבים להקל מעליה, כמבואר ברמב"ם חובל ומזיק פ"ח ה"ט ושו"ע בס"י שפ סעי' ד. מוכח, שאם יש יכולת לגורם ששותף להיזק להמלט ולהציל מהנזק, הוא חייב בכך, ואם עבר וע"כ ולא הסתלק, נעשה הוא כפועל את הנזק וחייב.

כן עולה מהדיון הידוע (אור גדול סי' א עמ' י, חידושי הגר"ח יסודי תורה פ"ה ה"א וגיליון חזו"א שם) סביב השאלה שאם זורקים אדם על תינוק ויהרג בכך, האם מחויב להמנע מכך ואף להרג בכדי שלא יפילו אותו. הנה מלבד הטעם של שב ואל תעשה ומאי חזית דדמא ידידיה סומק טפי מדמא ידידי כמש"כ התוס' ביומא בדף פב. בד"ה 'מה רוצח', נראה שהיה חייב למנוע זאת הגם שלא הפעיל את הנזק. שכן בכך שהינו רכיב בהליך הנזק, מחויב למנוע זאת כל שבידו הוא.

מבואר א"כ שישנו חיוב למודע לכך שחיישן יפעל ויזיק בשל עמידתו במקום זה, לסור ממקומו ולא לאפשר לנזק להתרחש. וצ"ע, אם אף יחוייב על ההיזק אם היה מחוייב לסור משם.

---

חייב לשלם. ואין לך מי שנתפש על חברו ויהיה חברו חייב לשלם לו, חוץ מן הנתפש מפני המס הקצוב על כל איש ואיש בכל שנה, או הנתפש על התשורה שנותן כל איש ואיש למלך כשיעבור עליהם הוא או חיילותיו, הרי זה חייב לשלם לו. והוא שייקחו ממנו בפירוש בגלל פלוני בפני עדים'. וצ"ע בגדרי החיוב הכא.

# מאורות תורת המשפט

## תשובות אקטואליות בדיני ממונות

## אבישי נתן מייטלים

כב תמוז תשע"ח      נשלח ח'נמ מ'ד' שבוע'ים, להצטרפות: [meorothamishpat@gmail.com](mailto:meorothamishpat@gmail.com)      גל'ון מספר 70

## למי שייכות מתנות הבר מצווה

## המקרה:

בסיום אירוע בר המצווה, פתחו ההורים עם נער הבר מצווה את המתנות והמעטפות, והתלבטו האם נועדו המעטפות לחתן השמחה, או להוריו שביקשו לכסות בהם את האירוע, ואולי אף ישאר מסכומים אלו מעט לצרכים השוטפים.

**מצד אחד סברו:** המתנות שניתנו יעידו שהאורחים ביקשו לשמח את לב הנער בתשורות שישמחו אותו, ולכן העניקו לו ספרים וחפצי ערך שיהנה מהם, וכך יש לאמוד את דעת נותני המעטפות.

**מאידך גיסא:** הצ'קים שנכתבו לטובת ההורים יעידו על רצון האורחים להעניק את המעטפות להורים כתשורה על האירוע והשתתפות בשמחתם.

ברם המבוכה התעצמה כשעל חלק מהמעטפות צויין שמו של נער הבר מצוה, ועל ההמחאה עצמה נכתבו ההורים כמוטבים. ואילו בחלק מהמעטפות שבהם היה מזומן וצויין שם ההורים, היתה מצורפת ברכה אישית לנער הבר מצוה.

## תשובה

במקום בו ישנו מנהג ידוע בדבר, ברור כי דעת האורחים והנותנים היתה לפי הנורמה הנהוגה. אם הנער עודינו בגדר 'קטן' בעת האירוע, המתנות וודאי שייכות להוריו לרוב הפוסקים, אך אם תפס הבן לא ניתן להוציא מידו, שכן המהרש"ך והגינת ורדים סברו שהמתנות שייכות לקטן.

אם היה בגדר 'גדול', נפסק כדיעה שהינן של הבן אף בהיותו סמוך על שולחן ההורים, אך בהצטרף ספק בכוונת ובאומדנת הנותנים אזי ישנו ספק על בעלות מעטפות אלו, ואין יכולת להוציא מיד ההורים אם החזיקו כבר בכספים. רישום ההורים כמוטבים על הצ'יק מחשיב אותם כמחזיקים בשטר. ברם מתנות אישיות כספר, שעון וכל מתנה שהיא, ברור שנועדו לבן, ואם הוא גדול, הינן שלו אף שנמסרו ומצויים תחת ידי ההורים (שמורה לאב הזכות וחובת החינוך של בנו, ובאם סבור שהמתנה אינה ומתאימה להתפתחותו הרוחנית (מסתבר לי שאף אם משנתו החינוכית של האב הינה נחלת 'יחידים', פרט למשנה חינוכית של 'משוגעים') וכ"ש אם הינה מזיקה לכך, מחוייב לסלק אותה ולקחת אותה מבנו אפילו שהינו גדול והמתנה שלו. כפי שבארנו מכבר בגיליון אחר. כדון הרב שמצווה לייסר תלמידו ואף לעונשו בממון מתוך מניע חינוכי).

מתנת בר מצוה שניתנה כ'דורון דרשה', כשכר על דרשתו – אזי הינה שלו, גם אם הוא 'קטן'.

## נמוקי הדין

## מתנת בר מצוה

לפנים בישראל היו מקפידים להעניק לחתן בר מצוה דורון ומתנה לרגל הכנסו לעול המצוות (כמבואר במהר"ל תפארת ישראל פרק נא על גודל ומעלת מצווה של בן י"ג, והנחת רוח האלוקית מכך), כמש"כ היש"ש במהרש"ל ב"ק פ"ז ס' יז ששמחים על עובדת היותו מצווה ועושה. וזכיינו בנשמה עליונה (וראה בכף החיים רכה, יא), ועל הצטרפותו והתכללותו עם כל בית ישראל במעלתם ובעבודת ה', כמש"כ היסוד ושורש העבודה בשער הראשון שראוי להיות מלא שמחה בכך שהצטרף לבית ישראל נשמה נוספת שתעשה נחת רוח ליוצרינו.

מנהג זה נשען על מאמר הזוהר בפרשת משפטים דף צח: 'ההוא דזכי לתליסר שנין ולהלאה אקרי בן לכ"י' (כל הזוכה לגיל שלוש עשרה והלאה נקרא בן לכנסת ישראל)... כד מטא דוד לתליסר שנין וזכה בההוא יומא דעאל לארביסר כדין כתיב ה' אמר אלי בני אתה אני היום ילדתיך (כשהגיע דוד לגיל י"ג וזכה להכנס לגיל י"ד אמר בני אתה וגו') מ"ט

דהא מקדמת דנא לא הוה ליה ברא ולא שראת עליה נשמתא עלאה דהא בשני ערלה הוה (עד אז לא היה לו ולא שרתה עליו נשמה עליונה, שכן היה בשנות ערלה)... תנינן בכל יומא ויומא חמי קודשא בריך הוא להווא ינוקא דקאי ברשו דערלה ואיהו נפיק מינה ואתמשך לבי ספרא ותבר לה ואזיל לבי כנישתא ותבר לה (למדנו, שבכל יום הקב"ה רואה את הילד המצוי ברשות הערלה ויוצא ממנה, הולך ללמוד בבית ספר ובבית כנסת ומשבר אותה). מה עבד קודשא בריך הוא לההיא נשמתא אעיל לה לאדרא דיליה ויהיב לה מתנן ובבזבזן סגיאין וקשיט לה בקשוטין עלאין עד זמנא דאעיל לה לחופה (מה עושה הקב"ה לנשמה זו, מכניסה לחדרו ונותן לה מתנות מנחות וקישוטים עליונים עד הגיעה לחופה, שהוא מיום י"ג ואילך).

אולם ברבות הימים, המירו את מעלת מתנה זו שביקשה ללוות את הנער בצעדיו הראשונים בעבודת ה', למתנת השתתפות בשמחתו ביום חגו (מאפיין התשורות יעיד ע"כ), ויש שאף מכוונים לתת מתנה להורים אם בשל הרצון להשתתף איתם בשמחתם, ואם בכדי לסייע להורים בהוצאות האירוע שאירגנו לרגל המאורע הנעלה. וכאן באנו לידי הספק, למי מיועדת ומי זוכה במתנה שהעניקו לשמחת הבר מצוה.

## קניינו של קטן ומציאתו

הלכה היא שקטן אינו זוכה בעצמו, אלא רק ע"י זכיית אחר עבורו, כמבואר בשו"ע בס' רמג סעי' יח, וישנה מחלוקת אם כשדעת אחרת מקנה לו<sup>33</sup> את החפץ הוא קונה מדאורייתא (ש"ך שם סק"ו, מגיד משנה מכירה כט, א), או רק מדרבנן. את הדיון בשאלה שלנו צריך לחלק לשניים. יש לבחון מה היתה דעת האורחים שנתנו את התשורות. ואם נוודה שנתנו אותם לנער אזי נצטרך לברר האם זוכה הנער במתנות אלו.

איתא במשנה בב"מ פ"א מ"ה: 'מציאת בנו ובתו הקטנים... הרי אלו שלו'. מציאת בנו ובתו הגדולים... הרי אלו שלהן'. ובגמ' שם בדף יב: נחלקו בטעמא דדינא דמתניתין, ומהו גדר הגדול האמור במשנה;

'אמר שמואל, מפני מה אמרו מציאת קטן לאביו, שבשעה שמוצאה מריצה אצל אביו, ואינו מאחר בידו'. הרי שעם הגבהתו את המציאה הוא הקנה אותה לאביו, ולא קנאה לעצמו. ישנה מחלוקת ראשונים האם לקטן אין כלל יד לקנות או שיש לו יד לקנות ואעפ"כ תקנו חז"ל שמציאתו לאביו.

ובהמשך הגמ' בדף יב: איתא דיעה החולקת: 'ופליגא דרבי חייא בר אבא, דאמר רבי חייא בר אבא אמר רבי יוחנן לא גדול, גדול ממש, ולא קטן, קטן ממש. אלא, גדול וסמוך על שלחן אביו, זהו קטן. קטן ואינו סמוך על שלחן אביו, זהו גדול'. ובאר רש"י בד"ה 'אדר' חייא בר אבא': 'דאמר אף גדול שיש לו זכייה, אם סמוך הוא על שולחן אביו, מציאתו לאביו משום איבה, אבל אינו סמוך על שולחן אביו, אפילו הוא קטן, מציאתו שלו'. כלומר, כל עוד הבן סמוך לשולחן אביו הריהו כקטן, ומשום חשש שיווצר איבה מול אביו ויפסיק לפרנסו (כדבארו התוס' שם), תיקנו שתהא המציאה של האב.

הרי שבעוד שלדעת שמואל דוקא בן קטן מציאתו לאביו משום שבשעה שהוא מגביה את המציאה הוא מריצה לאביו, וחסר בקניין ו'ביד' הקטן, הרי שלר' יוחנן אפילו גדול וסמוך על שולחן אביו דינו כקטן, ומשום איבה. אולם לא חלק ר' יוחנן באופן גמור על שמואל, ואף לדידיה קטן ממש לא זוכה משום שחסר בידו הקניינית, שהרי מודה הוא שקטן לא זוכה בעירוב עבור אחרים מחוסר היכולת הקניינית שלו ולא מטעם איבה, שהוא שייך בגדול הסמוך לשולחן אביו.

השו"ע בס' ער סעי' ב פסק עפ"י הראשונים כר' יוחנן: 'מציאת בנו ובתו הסמוכים על שלחנו, אף על פי שהם גדולים, ומציאת בתו הנערה אף על פי שאינה סמוכה על שלחנו... הרי אלו שלו' (הרמ"א העיר ע"כ בשם עיטור: 'וה"ה אם הרויחו בסחורה או במלאכה'). אבל מציאת בנו שאינו סמוך על שלחנו, אף על פי שהוא קטן, נמצאנו, שכל מציאה או רווח ממוני של הקטן, זוכה בו אביו, הגם שיקנה חפץ ופריט מכספו ומכיסו, הינו של האב.

גדר 'גדול הסמוך לשולחן אביו': כתב המהריט"ץ בס' רלג שגם בן שלא גר אצל אביו, אבל ניזון מאביו, וכל פרנסתו ממנו נחשב סמוך על שולחן אביו. מאידך, הסמ"ק מצוה רפב והכלבו ס"ל לג כתבו שבן נשוי, אף אם סמוך בפועל על שולחן אביו, מכל מקום מציאתו אינה לאביו, כי נשוי לא נחשב כבר סמוך. נראה שהבינו שלהיות סמוך, משמעותו להיות חלק מהוויית הכלכלית, ולא רק מתפרנס ממנו.

## מציאת קטנה ונערה ומתנותיה

<sup>33</sup> הקצוה"ח בס' רלה סק"ד כתב שמהני דעת אחרת מדין זכין. ובאילו בס' ער"ה באר קצוה"ח בסק"ד שדעת אחרת מפעילה את הקניין, ומועילה במקום כוונת קניין. ויובן עפ"י מש"כ בשרי יושר שער ז פ"ב שהדעת אחרת פועלת את הקניין, וזי לא צריך כוונה ופועלת הקונה.



לגבי זכות האב במציאת ביתו כל עוד הינה נערה, דנו הראשונים והפוסקים האם קיימת סברת איבה שיכול לקדש אותה עם מוכה שחין ולכן מתנותיה שלו כדין כסף קידושיה ומציאתה, או שרק בקטנה אמרו זאת ולא בנערה.

החלקת מחוקק באהע"ז בס"ל סק"א הסתפק בכך, ודן בגדר מתנה שניתנה לנערה, אם הינו שלה, או שהוא של אביה ככל כסף הקידושין שזוכה בו האב: 'יש להסתפק אם דומה לכסף קידושין או דוקא קידושין לאביה משום דאי בעי מסר לה למנוול, אבל כל שזיכו לה אחרים מתנה אין לאביה כלום. ולא דמי למציאה'. כן הסתפק הבית שמואל ס"ל סק"א בדין זה והעלה שאפשר שדין המתנה זהה יותר לכסף הקידושין יותר ממצאה, שכן האב זוכה גם במותר הכסף מפרוטת הקידושין, וכן לא נצרכה הבת לעשות דבר ולהטריח עצמה להרים דבר מה, ולכן יהא של אביה: 'ומשמע קידושיה לאביה כל מה שמקד' אותה, אף על גב בפרוטה יכול לקדש והמותר הוי מתנה, מ"מ זוכה אביה. יש למילף מזה מי שנותן מתנה לבתולה זוכה אביה... מציאה מטריח את עצמה להגביה א"כ מתנה שפיר יש למילף, ונותר בספק אם יש לדמות ביניהם, או שמציאת נערה לעצמה.

אולם בראשונים נראה שביקשו לדמות בין ההקנאות הללו, והינן מוקנות לאב. הרמב"ן בב"מ בדף יב: כתב: 'אבל בביתו גדול גדול ממש ואינה סמוכה, אבל קטנה אע"פ שאינה סמוכה מציאתה לאביה'. כלומר, לעולם האב זוכה במציאתה, עד שתהא גדולה ואינה סמוכה. וכן מבואר ברשב"א שם בדף יב. שר' יוחנן איירי בבן ולא בבת: 'פרש"י ז"ל דמציאת בתו משום דכתיב בנעוריה בית אביה כל שבח נעורים לאביה. ולפי פירושו הא דאמר ר' יוחנן... גדול וסומך על שלחן אביו זהו קטן, וקטן שאינו סומך על שלחן אביו זהו גדול – אבנו דוקא קאי. אבל בת (כל עוד אינה בוגרת) אפילו אינה סמוכה על שלחן אביה, מציאתה לאביה, דהתורה זכתה לו'. וכך פסק הרמב"ם בהל' גזלה ואבדה פי"ז הי"ג: 'מציאת בנו ובתו הסמוכים על שלחנו אע"פ שהן גדולים, ומציאת בתו הנערה אע"פ שאינה סומכת על שלחנו, ואפילו היתה מכורה אמה. הרי אלו שלו'. הרי שדין הנערה אף שאינה סמוכה לשולחן אביה כדין קטנה, ומציאתה לאביה, ורק גדולה שאינה סמוכה לשולחן אביה מציאתה לעצמה. וכן הבין הנתיב"מ בס"ל ער סק"ב בדעת מרן השו"ע: 'ובשו"ע כללא כ"ל דע"י בתו הגדולה יכול לזכות, משמע אפילו ע"י נערה'. וכן הוכיח הקצוה"ח שם סק"א מדיני עירובין שאין מקנה ע"י בתו נערה, שהאב זוכה במתנותיה.

## דין המתנות שניתנו לקטן

דברי הגמ' נסבו על זכות ובעלות על מציאות שהגיעו לידי הבן, אך לא נזכר בפירוש דין מתנות ותשורות שניתנו לו אם גם בהם זוכה האב, ונחלקו הדיעות בעניין;

**א.** ר"ת בתוס' בב"מ שם בד"ה 'רבי יוחנן' ובעירובין בדף עט: בד"ה 'ומזכה' כתב: 'וצריך ליזהר שלא לזכות העירוב ע"י בנו הגדול הסמוך לשלחנו, דידו כיד אביו הוא. ואף על גב דשמואל פליג עליה התם, ואומר גדול גדול ממש, קיימא לן כרבי יוחנן לגבי שמואל'. כלומר, דין מתנה כדין מציאה, ואין לגדול הסמוך לשולחן אביו יכולת לזכות בה.

כן פסק הרא"ש בעירובין פ"ז ס' ח: 'אין לזכות העירוב ע"י בנו הגדול הסמוך על שולחן אביו, דידו כיד אביו'. כן הכריע בשו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן ס' ריג: 'ר"ת ז"ל פירש דגדול הסמוך על שלחן אביו, זהו קטן... ויש מחלקין בין מציאה, לזכו'. דמציאה אין האב זוכה, אלא כדי שלא תהא לו איבה... וטוב להחמיר, כדעת ר"ת. כן הכריע המחנה אפרים בהל' זכיה ומתנה ס' ב: 'חזרתי על המקרא דמתנה שנתנו לו אחרים לבן, נראה מדברי הפוסקים דהוי של אב, משום איבה, זולת אם התנה הנותן'. וכ"כ המרדכי בעירובין רמז תקכ, הסמ"ג בהל' עירובין עמ' רמג הסמ"ק ס' רפב עמ' שז והטור באו"ח בס"ל שסו.

השו"ע שם סעי' י בשם י"א כדיעה בתרייתא הביא דיעה זו, אך סיים שיש לחוש לשתי הדיעות: 'כשמזכה להם ע"י אחר לא יזכה על ידי בנו ובתו הקטנים, אפילו אם אינם סמוכים על שלחנו... אבל מזכה הוא ע"י בנו ובתו הגדולים, אפי' סמוכים על שלחנו... ויש אומרים שאינו מזכה ע"י בנו ובתו הסמוכים על שלחנו, אפילו הם גדולים, ולא ע"י בתו, אפילו אינה סמוכה על שלחנו, כל זמן שלא בגרה... ולכתחלה טוב לחוש לדברי שניהם היכא דאפשר'. והרמ"א שם כתב שבדיעבד יש לילך בתר המיקל בעירובין.

**ב.** הרמב"ן בחידושיו בב"מ יב: חילק בין דין המציאה לדין המתנה, וכי ישנו הבדל בדין מתנת גדול הסמוך למתנת קטן: 'אבל גבי בנו גדול כיון שיש לו יד יכול לזכות לאחרים, לא יהא אלא מתנה דקא יהיב ליה אחר מי תקינו ליה רבנן לאב, הכא נמי זכי אפילו לאחרים'.



כן הביא הנמו"י בב"מ בדף ו. מדפי הרי"ף את דעת הר"ן לאחר שהביא דעת ר"ת: 'ואיכא מ"ד דכי היכי דאמרין במציאה שהיא של אביו, כן הדין אם נתנו אחרים מתנה לבן שתהיה לאביו... וכל הרנב"ר ז"ל דמסתברא שהדין כך הוא בקטן הסמוך על שולחן אביו. אבל בגדול לא מחזור, דלא גרע מאשתו דקי"ל דבעל שנתן מתנה לאשתו, קנתה'. היינו, כיון שלגדול יש יד ויכולת זכיה אישית, אפילו שהוא סמוך על שולחן אביו זוכה לעצמו במתנה, ולא במציאה. נותר להקשות ולברר, דאם האב זוכה במתנה, מדוע ראה הנותן לנכון ליתנו לבן ולכתוב לו פתק נאה ומשמח ולא לאב, כפי שנבאר בסמוך.

כן פסק הרמ"א כוותיה בס' ערסעי' ב, הגם שהשו"ע לא הזכיר משנתו בדבר: 'ואם נתנו מתנה לקטן הסמוך על שולחן אביו הרי היא של אביו, אבל לא בבנו הגדול', וכן סבר הש"ך שם בסק"ה והביא את דעת הרמב"ן והריטב"א לגבי מתנה. ובסברת הדבר, כתב הסמ"ע שם סק"ח: 'דאיכא למימר הנותן הקפיד להיות דוקא של הבן, משא"כ בנתן לבנו הקטן דמסתמא אינו משומר בידו זולת דעת אביו השומר ונתנו לקטן אדעתא דאביו', כלומר, אומדים שהנותן לו מתנה ביקש ליתן לו אותה באופן אישי ע"מ שאין לאב זכות בכך (לאפוקי מציאה שאין דעת 'נותן'), וכיון שיש לו יד (לאפוקי קטן שאינו יודע ויכול לשומר לעצמו), הרי היא שלו. וכ"כ בערוך השולחן שם סעי' ד: 'הנותן מתנה לבן הסמוך על שולחן אביו אם הבן הוא גדול מתנתו להבן, דהא לו נתן. ואם הוא קטן, הרי היא של האב, מסתמא כשהנותן לא פירש דהא מן הסתם אין המתנה משומרת ביד הקטן... ובדאי נתנה על דעת האב, ומה שנתן להקטן אינו אלא כדי לשמחו'. הרי שהנתינה לבן קטן, לא היתה מתוך רצון להקנות לו, אלא לשמחו שנתנו בידו את המעות והמתנות, אך הינם מוקנות לאביו. ובבן גדול, מקנה הנותן לבן, ושפיר הינם שלו מדינא.

כן יש לאמוד את דעת הנותנים את המתנות לנער הבר מצוה, שמתנות אישיות וודאי התכוונו להקנות לבן (אך עם הבן מדיין קטן, אין לו יד לזכות בכך, והינה מוקנת לאביו), ואילו מעטפות שניתנו ע"י חברי ההורים שאין להם היכרות עם הבן, וודאי ניתנו להורים לכיסוי הוצאות האירוע וההשתתפות בשמחתם, אא"כ היה מנהג אחר במקום. אך לגבי מעטפות וכספים של מכרים שהיה להם היכרות עם חתן השמחה, וכן של בני משפחה, נותר הספק בעינו למי כוונת ליתן.

**ג.** בשו"ת מהרש"ך ח"ב ס' יא מבאר שדברי הנמו"י נסבים דוקא בקטן הזוכה לעצמו שאז דין המתנה כדין מציאה, אבל במתנה שזכו לו אחרים לכו"ע הינה שלו: 'והנה ראיתי בנמוקי יוסף שכתב... כן הדין אם נתנו אחרים מתנה לבן שתהיה לאביו... ויראה לומר דודאי מיירי דוקא במתנה שזכה הקטן בעצמו על ידי דעת אחרת מקנה... משמע דמתנה נמי דקאמר הוי שזכה בה ע"י עצמו דומיא דמציאה, ולא שזכו לו על ידי אחרים. ואף על גב דאכתי איכא לפלוגי ממתנה אפילו שיזכה בה על ידי עצמו ממציאה, דבמתנה איכא דעת אחרת מקנה ובמציאה ליכא דעת אחרת מקנה, מ"מ סבירא ליה להך רבונתא שכתב הנמוקי יוסף דכיון שזוכה במתנה על ידי עצמו, כיון דלית ליה יד לזכות לעצמו כלל, לא אלים דעת אחרת מקנה להפקיע זכות האב. אבל במתנה שנתנו לו וזכוהו על ידי אחרים, בהא כל אנפין שוין שקנה הבן הקטן ולא קנה האב כלל, ואפילו היה האב נותן מתנה לבנו קטן כל שזכהו על ידי אחר קנה הקטן'. הרי שלדעת המהרש"ך אפילו קטן שהקנו לו אחרים קונה לעצמו את המתנה. מסתבר שהבין שכלול במעשה הנותן נתינה על דעת שאין לאביו רשות בזה, הגם שלא חשב והתכוון לכך בשעת הנתינה באופן מפורש.

כן סבר בשו"ת גינת ורדים חו"מ כלל ה' ס' יג הלכה למעשה: 'ואני אומר דמ"ש מעכ"ת דהמתנה שנותנין לבן הסמוך על שולחן אביו וליכא גילוי דעת האב כ"ע מודים דהוי לאב בזה לא צדק מעכ"ת, דהרי יש מחלוקת גדול בזה הביאו הרב בצלאל... וגם הרשד"ם... ורבים הם מהסוברים דלא תקנו לאב אלא מציאה משום איבה, לא בשכירותו ובמעשה ידיו ולא במתנה שנותנים לו, אלא סוברים דהיא לבן. איברא דמור"ם בעל המפה ס' ער פסק דאם הרויחו בסחורה או במלאכה דהיא לאב, מ"מ כתב שם ואם נתנו מתנה לקטן הסמוך על שולחן אביו הרי היא של אביו אבל לא בבנו הגדול עכ"ל, הרי דפסק דאם נתנו לבנו הגדול הוא שלו. ולע"ד יר' דגדול מיקרי כשהגיע לעונת הפעוטות. דאפי' דהוא קטן אית ליה זכיה מן התורה לדעת הרמב"ם פ"ח מלולב גם בפכ"ט ממכירה יע"ש. ועיין בש"ך ס' רמג ס"ק ו'. עכ"ל. להדיא מבואר שסבר שקטן שהגיע לעונת פעוטות זוכה לעצמו בנתינת אחרים, ולא לאב.

## אם מועילה תפיסה

בשו"ת המהרש"ם ח"ג ס' שיג העיר, שהשו"ע באו"ח בס' שו"י הביא את שתי השיטות, את ר"ת ואת הר"ן וחשש לשניהם לכתחילה, והרמ"א שם כתב להקל בדיעבד כדעת הר"ן: 'ולכתחלה טוב לחוש לדברי שניהם היכא דאפשר. הגה: ובדיעבד סומכין על דברי המיקל בערוב'. ואילו בחו"מ בס' ער השו"ע לא הזכיר מן השו"ע דבר בעניין מתנה שניתנה לקטן, והרמ"א פסק להדיא כר"ן בלא חולק ובלא איזכור שיטת ר"ת.

בש"ת מהרשד"ם חו"מ בסי' שצו סבר מחמת כן שדין זה הינו ספיקא דדינא ומועילה תפיסת האב: 'מ"מ מידי פלוגתא דרבנותא לא נפיק, וחזר הדין שאם האב מוחזק בשפחה אין הבן יכול להוציאה ממנו'. דבריו מבוססים על דין הש"ך בתקפו כהן בסי' עט שמהני תפיסה במקום ספק הפוסקים: 'אי מצי לטעון קים ליה בפלוגתא דרבנותא כשתפס לאחר ספק, בזו נחלקו מהרי"ק שורש קס"א ובעל תרוה"ד סי' שכ"א, דלדעת מהרי"ק מהני תפיסה... והש"ך מסכים למהרי"ק דמהני'.

אולם יש לערער ע"כ לכאורה, שכן דין הקניית מציאת ומתנת הבן לאביו כל עוד הינו סמוך על שולחנו יסודו בגדר תקנת חכמים, וע"כ קיי"ל ככלל שכתב המגיד משנה בהל' גזלה ואבדה פ"ד ה"ז, הובא בב"י בסי' צ: 'שכל זה מן התקנה הוא, ובמה שלא התקינו בפירוש אפילו תפס מוציאין מידו'. כלומר, שאם יש ספק אם חלה התקנה, לא אומרים שמהני תפיסה, אלא חוששים שלא חלה התקנה כלפיו. והיה מן הדין שלא תועיל תפיסת האב, במקום ספק הפוסקים.

אך הפוסקים הביאו את דברי הנחל יצחק ח"א בקונטרסו 'ביאור ספק תקנה' שדווקא כשיסוד התקנה מוצי' בספק אזי אמרין שלא מהני תפיסה, ברם לגבי מחלוקת הראשונים בגדרי התקנה – מהני תפיסה. ולפי"ז, שפיר אמרין שאם האב תפס, לא ניתן להוציא ממנו.

**לסיכום:** להלכה, מתנה שניתנה לבן גדול הסמוך לשולחן אביו הינה שלו, ואין לאביו זכות בה (אף אם החזיק האב מכבר בהם). אך מתנה שניתנה לקטן, הרי לדעת הרמ"א הינה של האב, ולדעת המהרש"ך והגינת ורדים הדברים אמורים במתנה שזכה מעצמו, אולם אם ניתנה לו המתנה ע"י אחרים, אזי הינה של הקטן.

לדברים אלו, מתנות שניתנו לבר המצוה שהינו סמוך לשולחן אביו, ובדרך כלל מתקיימת בהיותו כבר 'גדול', הינם שייכות לחתן השמחה ולא להוריו, גם אם הופקדו ישירות לחשבון הוריו (אם הוגדר במפורש שנועדו לחתן בר המצוה). אולם התשורות שהגיעו בהיותו 'קטן', אף אלו שניתנו כמתנות אישיות כשעון, ספר, משחק – לדעת הרמ"א הוריו זוכים בכך בהיותו סמוך על שולחנם, ולדעת המהרש"ך והגינת ורדים הינם שייכות לבן. וכשיש ספק למי כיוונו ליתן, ישאר ביד המחזיק בהם בהעדר מנהג רווח בדבר.

## דורון דרשה

התוס' בסנהדרין בדף סח: בד"ה 'קטן' חיפשו אפשרות שיש בן סורר ומורה שהינו קטן, כסף אישי משלו שבו קנה בשר ויין, שהרי הוא נסקל רק אם אוכל תרטימר בשר ושותה חצי לוג יין משלו, ואחד התירוצים שם הוא: 'במעשה ידיו דמלאכתו ושכר טרחו שלו מדאורייתא'. הרי ששכר מלאכתו ופעולתו של הקטן שייך לקטן מדינא דאורייתא. וכן עולה מדברי הרמב"ם בהלכות שכירות פ"א ה"ו שאם השכיר קטן הוא נשבע ונוטל, וכן פסק השו"ע בסי' פט, וכ"כ בשו"ת הרשב"א ח"ג סי' צט ששכרו של הקטן יוצא בדיינים וכן פסק הרמ"א בסי' ער סעי' א. וכן הורה החפץ חיים באהבת חסד פ"ט אות ה.

יתכן ומטעם זה נהגו לקרוא למתנת הבר מצווה 'דורון דרשה', להורות שניתנה לו כתמורה וכשכר על דרשתו<sup>34</sup>, ולפיכך הוא זוכה בתשורה שמעניקים לו לעצמו. אומנם הובא בשם ספר הזכרון לחת"ס עמ' ו' דעיקר שמחת מצוה של בר מצוה הוא דרשת הנער, ולהכי ניתנת לו המתנה והדורון. ולא פליגי.

## מתנה שניתנה כפיצוי

הדברים אמורים במתנות שניתנו לקטן לרגל שמחתו או בחגים ומזכרות משמחות. אולם אם המתנה ניתנה כפיצוי לילד עבור נזק, אזי יש לבחון את זכאותו בכך. שכן ישנם מצבים, שהיו הסובבים מודעים לכך, שגרמו איזה עוול לילד, והינם מבקשים לפצותו משיגדיל הגם שביקשו מכבר מחילתו בהיותו קטן, שכן קטן אינו בר מחילה ואין תוקף למחילתו. ואזי המתנה ניתנת כפיצוי על הנזק ולא כמתנת שמחה

<sup>34</sup> יש לדון האם מותר לנער הדורש בתורה לקבל שכר, שהרי במסכת בכורות בדף כט. איתא: 'אמר רב יהודה אמר רב דאמר קרא ראה למדתי אתכם וגו', מה אני בחנם אף אתם בחנם. תניא נמי הכי כאשר צוני ה' אלהי, מה אני בחנם אף אתם בחנם'.

מהאי טעמא בספר הערות הגר"ש אלישיב במסכת חולין בדף יב. באר על דברי רש"י בד"ה 'לכי תיכול' שלכך פירש: 'כשתמדוד לי כור של מלח בשכר שאומר לך, ובדיחותא בעלמא הוא': 'הוצרך רש"י לפרש כן שהרי אסור ליקח שכר בשביל ללמד תורה (ולא יתכן שימדוד מלח בשכר תורה שילמדנו, ולכך אמר לו בדיחותא ובעבור זה יקבל שכר). והנה מצאנו בש"ס כמה פעמים ענין כזה, וכן בב"ק איתא ששאל ר"ח מה טעם זה נהנה וזה לא חסר פטור וא"ל לך תשמשי, ותמוה כנ"ל שהרי אסור ליקח שכר על לימוד ההלכה (ומדוע אמר לו לשמשו בכדי שיפרש לו טעם הדין). וכתב בהקדמה לשערי יושר בשם חכם אחד שפירש דהשומע דבר מחבירו כמותו בדרך כלל הוא סובר לומר להיפך מחבירו, ובפרט בדבר שיש בו עומק, וממילא לא יגיע לאמת, לכן אמר לו שישמשו כתלמיד לרב או יעשה מצוותו ועי"ז יכיר במעלתו ויכנע אליו, ויבין שמה שאומר לו הוא אמת (ולא בכדי לקבל שכר ותועלת מלימודו)'.

אולם, אפשר שהדורון לא ניתן על עצם הדברי תורה ששמיע, אלא על הרצאתו ברבים, כפי שעולה מדברי התשובות והנהגות ג' ס' יד, וע"כ אין מניעה ליטול שכר על כך.

**בלבד** (כמובן, שצריך לציין את יעוד מתנה מעין זו, שכן בלא חידוד והגדרת מתנה זו כפיצוי, נגדירנה כמתנה בעלמא, הגם שהמניע היה לפצות את הקטן), **ויש לבאר את דינה**.

איתא בב"ק בדף פז: 'ורמינהו החובל בבניו ובבנותיו של אחרים, גדולים יתן להם מיד, קטנים יעשה להם סגולה... בסמוכין על שלחנו... אמאי, לאביהם בעי למיתבי. אמרי, כי קא קפיד במידי דקא חסר, במידי דאתא מעלמא לא קפיד... אבל חבלה דאית להו צערא דגופייהו ומעלמא קאתי להו, לא קפיד'. הרי שפיצוי על פגיעה שנעשתה לקטן, שייכת לקטן ולא לאב, ושומרים לו על הסכום הפיצוי 'יעשה להם סגולה' עד שיגדיל, ואז יתנו לו אותו. כיון שתשלום זה ניתן עבור מה שחבלו בגופו הינו שייך לו. וכן פסק הרמב"ם בהל' חובל ומזיק פ"ד הי"ט: 'ואם חבלו בהן אחרים בגדולים יתן להם מיד, ובקטנים ילקח בהן קרקע, והן אוכלין פירותיה עד שיגדילו'. וכן פסק השו"ע בס' תכד סעי' ז.

ואף על נזקים וגרמות של היזק שלא דנים בזמן הזה, כנזק, צער, פגם, בושת ופגם (ולרא"ש אף על ריפוי ושבתי) הנזכרים בס' א סעי' ב, נפסק שיש לפייס את הנפגע ואף כופין ומנדין על כך: רמ"א סעי' ב: 'רק כופין החובל לפייס הנחבל ולקנסו כפי הנראה להם'. שו"ע סעי' ה: 'אעפ"י שדיינים שאינם סמוכים בא"י אינן מגבין קנסות, מנדין אותו, עד שיפייס לבעל דינו; וכיון שיתן לו שיעור הראוי לו, מתירין לו'. שו"ע סעי' ו: 'המבייש בדברים, מנדין אותו עד שיפייסנו כראוי, לפי כבודו'. הרי שמוטל על הפוגע לפייס את הנפגע גם במילי שלא דנים האידנא. ואם הפיוס כלל תשורה או הטבה ממונית, היא שייכת לבן ולא לאב.