

עלון המשפט



ביה"ד "נתיבות חיים" שע"י מוסדות מענה שמחה י-ם בנשיאות הגאון הרב נפתלי נוסבוים שליט"א פנים מאירות 1 י-ם טל: 02-5023637

84 | גליון חודש אייר ה'תשע"ו

פסקי דינים

תוכן העניינים:

א | פסקי דינים - שכירות בתים 3 -
העמדת בית מתוקן לשוכר

ב | תורת המשפט - חוזה שכתוב בו
שכל וויכוח יידון לפי החוק האזרחי

בית דין לענייני ממונות "נתיבות חיים"

שע"י כולל חושן משפט אוהל יוסף
ניתן לקבוע תור לדיונים בביה"ד "נתיבות
חיים"

בפל': 052-7642-346
(בין השעות 8:00-6:30 בערב)

הדיונים נערכים בשפות עברית, אנגלית
ואידיש. ההרכבים בבית הדין הם
בראשות הדיינים דלהן:

יום א'

הגאון הרב יצחק שובקס שליט"א /
הגאון הרב אברהם בוטרמן שליט"א

יום ב'

הגאון הרב נפתלי נוסבוים שליט"א

יום ג'

הגאון הרב יוסף פליישמן שליט"א
(ניתן להזמין דיונים גם באנגלית)

יום ד'

הגאון הרב אברהם דרבמדיקר שליט"א

יום ה'

הגאון הרב יעקב פרבשטיין שליט"א

"עלון המשפט"

יו"ל ע"י "מכון מענה שמחה"
בעריכת הר"ר ש. רוטמן
© כל הזכויות שמורות.

תגובות והערות ניתן לשלוח לפקס
02-502-3655

או בדואר אלקטרוני
maanesimcha@gmail.com

להצטרפות למנויים לקבלה במייל, ניתן
שלוח מייל לכתובת:
alon.hebrew@gmail.com

הרב יוסף פליישמן שליט"א

חלק מהדברים נאמרו ביום עיון שהתקיים ביום כ"ו ניסן

שכירות בתים 3 -

העמדת בית מתוקן לשוכר

חיוב העמדת בית מתוקן לשוכר

1. המשכיר בית לחברו צריך להעמיד לו בית מתוקן שיוכל לגור בו כראוי. ואם דברים בסיסיים בבית מקולקלים או חסרים, אם צריך אומן כדי לתקן את הדברים חובת התיקון על המשכיר, ואם לא צריך אומן כדי לתקן הדברים על השוכר לתקנם.²

2. וכל זה רק כשאין מנהג מה מספק המשכיר לשוכר, אבל אם יש בזה מנהג הכל כפי המנהג באותו מקום, וכל דבר שנהוג שהוא נמצא בבית רגיל העומד להשכרה, צריך המשכיר להעמיד בבית באופן שהוא מתוקן לשימוש³, גם אם התיקון אינו צריך לאומן, ואפילו אם הדבר אינו הכרחי למגורים עצמם והוא בגדר 'לוקסוס'. ולכן בזמננו בארץ ישראל אם בתחילת השכירות היו נורות חסרות או מקולקלות, או שהגומי של הברז מקולקל, אף שלא צריך אומן לתקנם מוטל על המשכיר לתקנם, וכ"ש שיש עליו להתקין חיבור למים החמים⁵. אמנם, ברוב המקומות באר"י לא יכול השוכר לחייב את המשכיר להתקין מזגן או תשתית טלפונית⁶

צינונים והערות

1. ז"ל המשנה (ב"מ קא, ב) "המשכיר בית לחבירו, המשכיר חייב בדת בנגר ובמנעול ובכל דבר שמעשה אומן, אבל דבר שאינו מעשה אומן השוכר עושהו". והגמ' הביאה ברייתא שפירטה יותר "המשכיר בית לחבירו, משכיר חייב להעמיד לו דלתות לפתוח לו חלונות לחזק לו תקרה לסמוך לו קורה, ושוכר חייב לעשות לו סולם לעשות לו מעקה לעשות לו מרזב ולהטיח את גגו". וביאר הרא"ש (ח, כז) גדר הדברים שמוטלים על השוכר לתקנם "שכל אלו מעשה הדייט הן". ולפי"ד אין הבריי' מוסיפה דינים על המשנה אלא מביאה דוגמאות ליסוד הכתוב במשנה. אכן הרמב"ם (שכירות ו, ג) העתיק הדין בזה"ל "המשכיר בית לחבירו חייב להעמיד לו דלתות... ולעשות נגר ומנעול וכל כיוצא באלו מדברים שהן מעשה אומן והם עיקר גדול בישיבת הבתים והחצרות, השוכר... אם רצה לעשות סולם או מרזב או להטיח גגו הרי זה עושה משל עצמו", והיינו שהרמב"ם הבין שהברייתא הוסיפה גדר חדש לבד מגדר המשנה, שאין חיוב המשכיר תלוי רק בדבר שהוא מעשה אומן, אלא כל שאין הדבר בגדר "עיקר גדול בישיבת הבתים" - והיינו שלולא הדבר א"א לגור בבית, א"א לחייב את המשכיר לתקנו, אף שהוא מעשה אומן. וביאר הדבר אברהם (א, לו, כ), שהרמב"ם למד הגדר הנ"ל ממה שהברייתא פטרה המשכיר מלעשות סולם, כי הרמב"ם הבין שהפטור הוא מטעם שאינו נצרך בהכרח למגורים, כיון שהשימוש בגג אינו חשוב כ"כ למי ששכר רק את הבית ולא את הגג, ואין הפטור מטעם שהוא מעשה הדייט וכמו שהבין הרא"ש. והביא שגם הריטב"א הבין כך (והסכים עמו הנמוק"י) שביאר מש"כ בברייתא "לעשות לו סולם. פי' לעלות לגג דוקא, דאילו לעלות לעלייה המשכיר חייב דבלאו הכי לא מיתדר ליה", ומבואר שכל מה שהברייתא פטרה את המשכיר להתקין סולם לגג הוא מכיון שאפשר לשוכר לגור בלעדיו. וכדברי הרמב"ם כתב המאירי (ד"ה אמר המאירי), ודברי הרמב"ם הועתקו בשו"ע (שיד, א). והיה נראה שהגם שלהרא"ש אין הכרח לומר כמו הרמב"ם, אבל גם אין הכרח לומר שיש מחלוקת ביניהם, כי מ"מ נצטרך להעמיד גבול מסוים עד כמה מחויב המשכיר כלפי השוכר.

2. הגדר של מעשה אומן שהמשכיר צריך לתקן נאמר גם לגבי דבר שחסר לגמרי וגם לגבי דבר שקיים אלא שהוא מקולקל, וכך הוא ברש"י (שם, ד"ה לסמוך לו קורה) שפירש שמה שהמשכיר חייב "לסמוך לו קורה" היינו "אם נשברה אחת מהם", והרא"ש (ח, כז) פירש שהטעם שהמשכיר חייב לתקן הוא בגלל שטעון מעשה אומן, וכן הוא לשון הרמב"ם (שכירות ו, ג) "המשכיר בית לחבירו חייב להעמיד לו דלתות ולפתוח לו החלונות שנתקלקלו... וכל כיוצא באלו מדברים שהן מעשה אומן".

3. על דין המשנה הנ"ל כתב הטור (סי' שיד) "וכתב הרמב"ם (שכירות ו, א) בכל אלו הדברים הולכין אחר מנהג המדינה ובשמות הידועים להם כדרך שאמרו במקום ובממכר", והביאו הרמ"א (סעיף ב).

4. ז"ל העה"ש (שיד, א) "המשכיר בית לחבירו חייב להעמיד לו דלתות... וכן כל כיוצא בזה ממעשה אומן והם דברים שדרך לעשות אותן בהבתים והחצרות, אבל מה שאינו דרך רוב בע"ב לעשות, אף שעשירים עושים זה אין המשכיר מחויב לעשות לו". ויש להעיר בזה כמה דברים. א', מש"כ 'רוב' הוא לאו דווקא, כיון שהדין אינו תלוי ברוב רגיל אלא במנהג, ולכן גם אם רוב של חמישים ואחד אחוז מבנה"ב עושים כך אי"ז מחייב אם אין המנהג כך, וכמו שמצאנו בהרבה דינים וכגון מה שמב' בנמוק"י (ב"מ סז, א ד"ה אריס אומר) "דלא אמרינן מיגו לבטולי מנהג המדינה כמיגו במקום עדים", והגם שמיגו במקום רוב היא בעיא בגמ' (ב"ב ה) שלא איפשיטא, וכ"כ הקצוה"ח בהדיא (שלא, א). ב', פשוט שמש"כ שאין לתלות בבתי עשירים הוא רק אם לא פרסם המשכיר שמדובר בדירת "פאר". ג', היום מצוי שיש שכונות של עשירים, ואם שכר בית באזור כזה יש למשכיר לספק לשוכר כפי הנהוג באזור זה כל זמן שלא פרשו אחרת, כי המנהג נקבע לפי המקום, וכמו שרואים ביר' (ב"מ ז, א) שהיה מנהג של אנשי טבריא ומנהג של אנשי ציפורי.

5. כ"כ גם המשפט שלמה (ח"ב, ס' ח) והעמק המשפט (לה, א), וכן יוצא מדברי הגר"נ (קובץ הישר והטוב יג, עמ' ס). המשפט שלמה אפילו הסתפק אם אפשר לחייב את המשכיר להתקין דוד שמש, אבל העמק המשפט פשוט לו שגם דוד השמל מספיק. ומסתבר שהיום הדין תלוי, שבדירה רגילה נהוג שיהיה דוד שמש, אבל ביחידות דיור ובדירות מחולקות מסתבר שא"א לחייב דוד שמש כיון ששיכח שאין בהן דוד שמש.

6. כיון שהרבה אנשים מסתדרים בטלפון נייד בלבד, ורק אם אין קליטה גם לטלפון נייד יהיה לשוכר טענה על

לגור בבית על אף הקלקולים אלא שקשה מאד לגור כך בבית, אין המשכיר חייב לתקן, שכיון שהשוכר ראה מתחילה את הקלקולים היה לו להתנות על כך עם המשכיר. דוגמא לקלקול כזה: אם השוכר ראה שאין בבית מערכת מים חמים⁹.

4. מעיקר הדין מוטל על השוכר להתקין בבית מזוזות¹⁰ ומעקה¹¹, ואף

ציונים והערות

באופן שהשוכר בדק את הדירה לפני. ועוד, שלפי⁷ במקום שנהוג לבדוק את הדירה לפני התשלום ג"כ לא יהיה לשוכר זכות טענה. (אכן אם לא נהוג לבדוק אין טענה על השוכר למה לא שאל שכנים בדומה למה שמבואר באה"ע (לט, ד ברמ"א) שכל שיש מרחץ בעיר אין לבעל טענת מומים על אשתו אפילו אם משפחתו אינה גרה בעיר כיון שאפשר לברר אצל אחרים, כי כבר כתב הר"ף (תשו"ק) שאפילו במקח אין טענה כזאת כיון שלא נהוג לשאול שכנים).

יש שדחו את מה שכתבנו, כיון שהרמ"א כתב בסתם שגם אם ראה השוכר צריך המשכיר לתקן, ולא חילק כנ"ל אם שם בית עליו או לא, ועל הטענה למה לא התנה השוכר השיבו, שאולי בשכירות היות שאין הדרך שהשוכר משקיע בדירה, לכן אפשר לומר בסתם שהשוכר לא התנה מתוך מחשבה שבוודאי המשיכר יסדר כל דבר כפי הנהוג. אבל הדברים אינם מסתברים, כי בוודאי לא היה לשוכר לצפות שהמשכיר יעשה חלון או חיבור לגז עבור השוכר. וכמדומני שכך נהוג לפסוק לענין רטיבות, שאם השוכר ראה שקיימת רטיבות רצינית בדירה ובכ"ז שכר את הדירה אינו יכול לטעון אחר"כ מק"ט ולבטל את החוזה, ואם היו דנים את הרמ"א כפשוטו היה יכול לטעון בזה מק"ט ולבטל השכירות.

9. כיון שאף בלי מערכת מים חמים אפשר לגור בבית.

10. מב' בגמ' (קא, ב) "מזוזה על מי, מזוזה, האמר רב מרשיא מזוזה חובת הדר היא", ובאר רש"י "דרשינן מנחות (לד, א) ביתך דרך ביאתך למי שנכנס ויוצא לה זה הדר בה", והיינו שכיון שהמשכיר אינו מחויב במזוזה ורק השוכר מחויב, לכן מוטל על השוכר להתקין המזוזות. והגם שכתבית מזוזות הוא מעשה אומן, בכ"ז אין החיוב על המשכיר, כיון שהמזוזה איננה חלק מגוף הבית אלא הוא חיוב אישי שמוטל על השוכר (כ"כ תוס' מנחות לב, ב ד"ה כתבה) או מן התורה או מדרבנן (התוס' במנחות מד, א ד"ה תלית הסתפקו בזה, ונטו לומר שהחיוב על השוכר הוא רק מדרבנן, אכן המשכיר פטור לגמרי), וכן משמע מלשון הגמ' שחיוב השוכר להתקין המזוזה אינו תלוי בכללים הרגילים של חיובי העמדת הבית לשוכר, כי בגמ' כתוב "מזוזה על מי, מזוזה, האמר רב מרשיא מזוזה חובת הדר היא. אלא מקום מזוזה על מי, אמר להו רב ששת תניתוה דבר שאין מעשה אומן השוכר עושהו והאי נמי לאו מעשה אומן הוא", ומשמע מזה שעצם חיוב התקנת המזוזה אינו קשור לכללים הרגילים של מעשה אומן. וכן משמע בגמ' פסחים (ד, א) שהגמ' השוותה מתחילה את החיוב להתקין מזוזה לחיוב בדיקת חמץ עיי"ש, ומזה משמע שלענין חיוב התקנת המזוזה הקובע הוא על מי הטילו חז"ל (או התורה) את החיוב של המצוה ולא הכללים הרגילים של מעשה אומן.

11. מב' בברייתא (הובאה בגמ') (ב"מ קא, ב) "שוכר חייב לעשות לו סולם לעשות לו מעקה". והנה יש שלשה דרכים בין הראשונים איך להבין את החיוב של השוכר. לדעת הסמ"ג (ענין עט) והג' מיי' (רוצח יא, א) החיוב הוא מדרבנן, וז"ל הסמ"ג "ונראה, מי ששכר בית מאחיהם פטור מן המעקה מן התורה מלמא מרבינן אלא לקח וירש וניתן לו במתנה ואינו אומר נשכר לו, והוא דתניא בב"מ בסוף פרק השואל שהשוכר חייב לעשות לו מעקה, מדרבנן הוא, מפני שהוא דר בבית פן יבא להתרשל בדבר". וכדברי הסמ"ג מבואר יותר ביראים (רלד) "ונראה לומר שהעומד בבית אחרים פטור העומד מן המעקה, דלא מרבינן אלא לקח וירש וניתן לו במתנה, אלא מעקה לאו חובת הדר הוא, והוא דתניא בב"מ בסוף פ' השואל שוכר חייב לעשות לו מעקה, יש לומר מדרבנן הוא דעקרוה רבנן ממשכיר ואוקמוהו אשוכר (התועפות ראם כתב שבזה חולק עליו הסמ"ג, שרבנן לא עקרו המצוה מן המשכיר, ואם הוא ין עשה מעקה יקיים בזה מצוה, משא"כ ליראים), משום דמשכיר אינו בבית ואינו רואה ויטען ואדהכי יפול הנפול". (בשו"ת מהרי"ל דייסקין (ק"א סי' רנו) ביאר בדברי הסמ"ג ב' דברים: א', שאפילו אם מן התורה אין הבדל במזוזה בין השוכר לבעלים עצמם והשוכר חייב במזוזה מן התורה, אכן מ"מ מן התורה חיוב המעקה הוא על המשכיר, כיון שחיוב עשיית המעקה חל על המשכיר מיד בבניית הגג ואינו קשור לשוכר. ב', שכוונת הסמ"ג במש"כ שרבנן חייבו את השוכר לעשות מעקה "שמא יתרשל", היינו שכיון שהמשכיר אינו גר בבית והוא עלול לעבור בזה על מצות עשה של עשיית מעקה, לכן הטילו חז"ל על השוכר את חיובו של המשכיר. אכן מהיראים רואים שביאור המהרי"ל אינו מדויק, כי ביראים מב' שהסיבה שחז"ל חייבו את השוכר לעשות מעקה היא מהחשש שמה יפול אדם מהגג. ונפ"מ בין המהרי"ל (בדעת הסמ"ג) ליראים, שהמהרי"ל פטר לפי הסמ"ג שוכר בית מגוי מלעשות מעקה, כיון שהגוי אינו מחויב במצות מעקה, ולפי היראים פשוט שגם בכ"ז חייב השוכר בעשיית מעקה. וכן הבין בשו"ת חקרי לב שלהלן).

בחקרי לב (ח"ג מ, צ, התשובה היא מ' אברהם פאלאגי ולא מהחקרי לב) הביא עוד הרבה פוסקים (בתוס' ר' ירוחם, הארוחות חיים והסמ"ק) שסוברים שחיוב השוכר במעקה אינו אלא מדרבנן, אכן הכנסת הגדולה (הגב"ז תכד, ז) הביא את הסמ"ג ור' ירוחם וחלק עליהם וכתב "ולי נראה דבכלל לקח הוא לקח בשכירות וחייב אף מדאורייתא".

היוצא מכל הנ"ל, שכל הני ראשונים סוברים שהדין שהשוכר חייב במעקה הוא מכיון שיש עליו חיוב אישי מדין דרבנן בהלכות מעקה, ואין חיוב השוכר בא עקב הכללים

3. אם השוכר ראה את הבית לפני קניין השכירות וראה שיש בו קלקולים או שחסרים בו דברים בסיסיים, ולא סיכם עם המשכיר שיתקן אותם, הדין תלוי: אם הדרך שלא גרים כלל בבית עם קלקולים כאלו, המשכיר חייב לתקן⁸. לדוגמא: אם מערכת החשמל בבית מקולקלת. ואם אפשר

המשכיר, כי אין הדרך לגור היום בדירה שאין אפשרות לקיים בה שיחות טלפוניות. השאלה הזאת נפוצה ביחידות דיור שהרבה פעמים לא נבנו עם תשתית טלפון והרבה פעמים נחוץ לשוכר דואר אלקטרוני וכד' שזקוק לתשתית טלפנית, ולמש"כ היות שקיים גם ציבור גדול שדי להם בטלפון נייד אי אפשר לחייב המשכיר להתקין תשתית טלפנית אם לא שסוכם ע"ז מראש וכן פסק העמק המשפט (שם).

7. כן פסק המשפט שלמה (שם) מטעם שאינו "עיקר גדול בשיבת בתים". וכן פסק העמק המשפט (שם) שקשה לחייב את המשכיר בזה, אלא במקום שנהוג שכל הגרים בקומה נמוכה מתקינים סורגים.

8. הבאנו לעיל את לשון המחבר (שיד, א) שכ' "המשכיר בית לחבירו, חייב להעמיד לו דלתות וכו', וכן כל כיוצא בזה מדברים שהם מעשה אומן והם עיקר גדול בשיבת הבתים והחצרות". וכתב ע"ז הרמ"א "ואף על פי שנכנס שם השוכר (וראה שלא היו שם דברים אלו, לא) אמרין דנתפייס במה שראה, אלא על המשכיר לתקן" (הסוגריים מופיעים ברמ"א). ולכא' צ"ע מאי שנא שכירות מכל חפץ שנמכר עם מום שקיי"ל שאם ראה הקונה את המום אין לו טענה אחר"כ על המוכר (ואפילו כשהיה יכול לראות את המום ולא ראה הדין כך לפי הרבה פוסקים, עיין גליון 35 דין 6), וכמבואר במשנה (כתובות עה, א) "במה דברים אמורים במומין שבסתר אבל במומין שבגלוי אינו יכול לטעון" ופירש"י "דידע וניפייס", והגמ' (שם, עמ' ב) מסבירה שהגם ש"חזקה אין אדם מיפייס במומין" אבל אם א' ראה המום ובכ"ז קנה אומרים שהקונה הסכים לקנות והוא יסבול את המום (מדובר שם גם במומין שא"א לתקן) כי "חזקה אין אדם שותה בכוס אא"כ בודקו, והאי ראה וניפייס הוא", וכן נפסק בשו"ע (ח"מ רלב, ג) "המוכר לחבירו קרקע או עבד או בהמה או שאר מטלטלים, ונמצא במקח מום שלא ידע בו הלוכה, מחזירו אפי' לאחר כמה שנים, שזה מקח טעות הוא", וא"כ נשאלת השאלה למה שם אומרים "ראה וניפייס" ובשכירות לא אומרים כך?

והנה מקור הרמ"א הוא הריטב"א (קא, בד"ה ולפתחו לו, שהובא בנמוק"י) וז"ל "פי הראב"ד ז"ל דמיידי בבית אפל שצריך לאורה ע"כ, ואף על גב דבשעת שכירות נכנס שם שוכר וראה שלא היו שם דברים אלו, לא אמרין ראה וניפייס דכיון דלדידה אמר ליה ולא חזיא לדידה אלא בדברים אלו הרי הוא כאילו התנה בפירוש". עוד מקור הוא הג"ה מיי' (שכירות ו, א) שכתב "חייב לקרותה לו אפילו אם בעידנא דאוגריה לא היה מקורה, לא אמרין כשאמר בית זה אני משכיר לך כמו שהוא עכשיו קאמר דאנן סהדי דדעתיה דשוכר שיהא ראוי לדידה מפני רוחות ושלגים וגשמים וגנבים שיעלו בפצות... אפילו היכא שלא היו אלו בשעה שהשכיר לו הבית חייב כיון שלא מיתרד ליה בע"א". ולפי דברים אלו היה נראה, שעד כאן לא קאמר הריטב"א אלא בבית אפל שאי אפשר לגור בלי אור כיון שדירה חסרת אור מוגדרת מערה, וכן דירה בלי תקרה שהזכיר הגה' מיי' היא חצר ולא דירה, ולכן כיון שהשוכר הזכיר בפירוש שמטרתו היא לגור זה מספיק כדי לחייב המשכיר להתקין חלונות ותקרה, והוא כמו כל מקח שהלוקח ראה את המום והזכיר שרוצה שיהיה מתוקן שאם קבלו כשאינו מתוקן יש לו טענת מק"ט (עיין גליון 35 דין 9), אבל דברים אחרים שהמשכיר צריך לספק מחמת המנהג ואינם כ"כ נחוצים, לכא' אם השוכר ראה שאינם נמצאים בבית ובכ"ז שכר אינו יכול לבוא אחר"כ בטענות למשכיר. ויש לציין שהמאירי חולק על הריטב"א, שכתב (ד"ה אמר המאירי) "המשכיר בית לחברו משכיר חייב בדלת וכו' ר"ל שאם לא ראה השוכר את הבית קודם ששכרו ולא התנה עמו היאך יתקנהו לו, אלא ששכר סתם משכיר חייב להעמיד לו דלתות", אבל הרמ"א הביא רק את שיטת הריטב"א.

דוגמאות היוצאות מהדין הנ"ל: הנה בזמננו אפשר לגור בבית בלי חלונות כיון שיש חשמל, וא"כ נראה פשוט שמי ששכר דירה בלי חלונות אינו יכול לבוא אחר"כ בטענות על בעה"ב שהוא חייב להתקין לו חלונות. וכן אם שכר בית שאין בו חיבור לגז, הגם שהעמק המשפט פסק (שם) שגז נחשב גם היום "עיקר גדול בשיבת בתים" אפילו שאפשר לבשל ולאפות בחשמל (מסתבר שגם לדבריו נשתנה הדבר, כיון שהיום יש הרבה יחידות דיור שאין להן חיבור לגז, ובפרט שהיום יש יחידות שעפ"י חוק אסור לחבר בהן גז), מ"מ נראה שכיון שהוא מום גלוי ובית בלי גז ג"כ מוגדר "בית", לכן מי ששכר בית וראה שאין לו חיבור לגז ולא התנה על כך, אינו יכול לחייב המשכיר אחר"כ לחבר גז לבית, והדין כך אפילו אם לא ראה ממש, כיון שהדרך הוא שמי שבא לראות בית לשכירות בודק את התנן הזה, וא"כ אין השוכר יכול לדרוש תיקון אחר"כ אם ביקר בבית מראש - ובדומה למש"כ (גליון 35 דין 11) לענין מקח. וכן אם שכר דירה בחוץ וראה שיש רטיבות (הא שרטיבות הוא מום בגדרי מק"ט היה פשוט להגרנ"ג (הישיר והטוב יג עמ' נט), וכמובן שתלוי כמה רטיבות יש כיון שגדר מק"ט נקבע עפ"י מה שאנשים רגילים להקפיד וכמב' בשו"ע (רלב, ו) הוא לא יכול לדרוש מהמשכיר לתקן את הרטיבות אם נשאר בערך כמו שהיה בזמן שראה.

וצ"ע אם מש"כ המגיד משנה (מכירה טו, ג) לענין מקח "ויש מי שכתב שאם היה הדבר שהלוקח יכל להבחין לאלתר כגון שיוכלין לנסותו ולטועמו ולא הקפיד לעשות כן והמוכר מכר לו סתם אינו חוזר" והביאו הסמ"ע (רלב, ז) שייך גם בשכירות, ולכן מה שדנו החוננים אודות מי ששכר דירה בלי חיבור לטלפון, לגז או בלי סורגים אינו נוגע

שעשיית מעקה הוא מעשה אומן, מ"מ דעת רוב הפוסקים שהשוכר צריך לעשותו מכספיה¹² (אם הוא רוצה להשתמש בגג). בזמננו המנהג בא"י הוא שהמשכיר עושה את המעקה, ובכל זאת אם לא עשה המשכיר מעקה או שהמעקה התקלקל, אין השוכר יכול לדרוש ממנו לתקנו לדעת רוב הראשונים¹³, אפילו אם סוכם בחוזה שהגג נכלל בשכירות הבית. ורק אם התנו בפירוש שהמשכיר צריך לעשות את המעקה יכול השוכר לדרוש זאת מהמשכיר¹⁴.

אפשרות ביטול השכירות עקב הליקויים

5. אם בזמן התחלת השכירות לא תוקן הבית כפי הנדרש, ויש לשוכר בעיה אמיתית לחכות עד שהמשכיר יגמור את התיקונים, יכול השוכר

לפי הרבה פוסקים לבטל את השכירות¹⁵.

6. אכן אם השוכר אינו מעוניין בביטול השכירות והוא דורש מהמשכיר לתקן את הליקויים, חייב המשכיר לתקן ואינו יכול לומר לשוכר או שתקן את הבית על ליקוייו או שנבטל את השכירות¹⁶ (אפילו אם המשכיר מוכן לנכות מדמי השכירות¹⁷). כמו"כ כל הטיפול בתיקונים מוטל על המשכיר ואינו יכול להטילו על השוכר¹⁸.

ליקויים שקרו תוך תקופת השכירות וא"א לתקנם

7. אם באמצע תקופת השכירות נהרס הבית, וכגון שנהרס באסון, או שהעירייה הוציאה עליו צו הריסה (והשוכר ידע מראש שהבית נבנה בלי היתר), נחלקו הראשונים מה דין תשלום השכירות מכאן ולהבא¹⁹.

צינוים והערות

לאותה מלאכה ששכר בשבילה בלי שום הוצאה, כגון שיהיה חזי לדירה כששכרו לדירה רק שצריך הוצאה שיחזור לקדמותו, אבל כשאנו ראו לאותה מלאכה ששכר אותה וצריך להוציא הוצאות שיהיה ראוי לאותה מלאכה, ודאי יהיה כמותם בגוף המקח. והסיבה שבית שאינו בדוק אינו ראוי לדירה היא בגלל איסור חמץ, וה"ה גם בעניינינו אם הדירה איננה ראויה למגורים ונראה לבי"ד שהסיבה שהשוכר מבטל את השכירות היא באמת מטעם זה יכול לבטל את כל השכירות. אמנם, המכתם לדוד (ח"מ, י) חלק על הפוסקים האלו, כיון שפסק שגם אם הבית לא היה ראוי למגורים לכמה ימים בתחילת השכירות (בנידונו הדירה הייתה כ"כ לא ראויה עד שהאשה התעלפה) בכ"ז לא יכול השוכר לבטל את השכירות, ויש לו זכות רק לנכות מדמי השכירות, והוא השווה שכירות למכר ודלא כהאו"ש.

16. ראה בגליון 36 הערה 21 מש"כ בדין זה לענין מקח, ושם הבאנו את דעת האולם המשפט (רלב, ה) שהלוקח יכול תמיד לחייב את המוכר לתקן את הליקויים כדי למונע ביטול המקח. עוד הבאנו שם שאפשר להוכיח שכך דעת הראב"ד, וגם הבאנו משמעות של המשפט שלום (רלב, ה) שא"א לחייב את המוכר לתקן. אמנם נראה שכ"ז הוא לענין מקח, אבל בשכירות לכו"ע אפשר לחייב את המשכיר לתקן אם התיקון אינו עולה על הסכום שהוזכר בשו"ע (שיב, יז ונאריך בזה בעז"ה בעלון הבא). ראה לדבר, שלדעת תשו' הרא"ש (לה, ו) שנפסק בשו"ע (שם) אפילו אם הנסך התקלקל בתוך תקופת השכירות המשכיר חייב לתקן וז"ל "המשכיר בית לחברו ואמר לו בית זה נמצא בו קורות נוטות עד שהוא מסוכן לדור בו **חייב להעמיד**", וא"כ כ"ש שהדין נכך בתחילת השכירות, ונראה שגם הריטב"א (קא, ב ד"ה המשכיר חייב) שחולק על הרא"ש שנתקלקל בתוך תקופת השכירות, יודה שאם נמצא הקלקול בתחילת השכירות שאפשר לחייב את המשכיר לתקן, כי הנה עד כאן לא פליגי הריטב"א שנתקלקל הבית אח"כ אלא כיון ששם לפי דבריו מבו' בגמ' ש'נפלה אזדא ליה, אבל אם הבית מקולקל מתחילה הרי אין שייכת טענה זו, וא"כ גם הוא יודה שיש על המשכיר חוב להעמיד בית מתוקן לשוכר. ובהסבר החילוק בין מכר לשכירות לאלו שלא מחייבים את המוכר לתקן, אפשר לומר עפ"י הנתיח"מ (בכמה מקומות וביניהם שיב, ה) שכתב "נראה דכל משכיר יש עליו שעבוד הגוף להעמיד לו לדבר המושכר לדבר שצריך לו", והוא בהדיא מחלק בין מכר שאין שעבוד זה על המוכר לבין משכיר שיש שעבוד זה על המשכיר, וא"כ מובן מאוד שאפשר לחייב את המשכיר לתקן ואינו יכול לבטל את השכירות.

17. כמו בכל מקח טעות שהמוכר אינו יכול לדרוש מהקונה לקבל סחורה פגומה במחיר זול יותר במקום הסחורה התקינה שהזמין, וכמש"כ בשו"ע (רלב, ד) "אינו יכול לומר לו הילך איסר פחת המום, שהלוקח אומר בחפץ שלם אני רוצה".

18. כן מסתבר לומר, שכיון שיש חוב על המשכיר להעמיד בית מתוקן, יש עליו לשאת גם את ההוצאות וגם את טרחת התיקון, ואם הוא מטיל את טרחתו על השוכר הרי שזה עצמו עילה לבטל את השכירות. וכן הוא להדיא בחי' ר' דוד (פסחים ד, ב ד"ה איבער להו) לגבי חוב בדיקת חמץ, שהטרחו מוטלת על המשכיר כדי שיעמיד לשוכר בית בדוק מן החמץ, וז"ל "ומה שאמרו לקוימי מצוה בין בגופיה בין בממוניה לא שיאמר אביי שיוציא המעות משלו או **שיטרח לצורך חבירו**... ואין לו עליו אלא תרעומות מן המעות שהוציא ומן **הטורח שטרח כמה שהוא מוטל על חבירו** והוא גובה ממנו שדבר של הקפדה הוא אלא שאינו מום לבטל את המקח", ורק בנידונו גבי בדיקת חמץ אינו טעם לבטל את המקח, שכיון שמדובר במצוה אמרו חז"ל שהשוכר אינו מקפיד ע"ז (ראה לעיל הערה 15).

וכן משמע גם מהריטב"א (שם, ד"ה המשכיר בית) "בהא פשטיין דלא הוי מקח טעות וכי ליתיה למשכיר קמן דניכייפיה עביד לה אידך על מנת להשתלם דניחא ליה לאיניש לקוימייה מצוה בין בגופיה בין בממוניה על מנת להשתלם", ומשניהם משמע שבמקום שאינו מצוה הוי טרחת השוכר סיבה לבטל את השכירות. ובדרך זו יישב באולם המשפט (ח"מ רלב, ה) את קושיית המגן אברהם הנ"ל, ששם היה השוכר יכול לבטל את השכירות - לולא שהיה מצוה - כיון שהוא היה צריך לטרוח במקום המשכיר. ואחרי שהוכחנו לעיל שחובת המשכיר להעמיד את השכירות תכיןונה, א"כ בהכרח שעליו מוטלת הטרחה אם השוכר אינו רוצה לטפל במקומו. וכן יש להוכיח מהנתיח"מ שהבאנו בהערה 16 שכתב שחוב המשכיר הוא "להעמיד לו לדבר המושכר לדבר שצריך לו", ולכאן זה כולל גם שהמשכיר יטרח בכך.

19. יסוד הדין הוא בדין "שכירות ליומא ממכר הוא", שהנה לדעת כמה ראשונים

הרגילים של המשנה מה מוטל על השוכר ומה על המשכיר שהם דינים מצד חושן משפט (שלפיהם אם המעקה היה מעשה אומן לכאן היה המשכיר חייב בה), ודומה דין מעקה לדין מזוזה שהטעם שהשוכר מחויב בה הוא משום שעצם החיוב הוא של השוכר ולא של המשכיר (וההבדל ביניהם הוא, שמזוזה יתכן שהוא חוב מדאורייתא (ראה בהערה הקודמת) ומעקה לראשונים האלו הוא דין דרבנן). וכן הבין הדבר אברהם (א, לז, כ) בסמ"ג הנ"ל, וטען שגם הרמב"ם והשו"ע סוברים כן (הוא דייק כך ממה שהסמ"ג והרמב"ם (שכירות, ג) והשו"ע (שיד, ב) כתבו שהשוכר חייב לעשות מזוזה ומעקה, ועל סולם ומרזב כתבו רק ש"אם רצה" עושה משלו, על אף שבברייתא כתוב על כולם 'חייב', וע"כ שכוונתם שעצם חוב מעקה בדירה מושכרת הוא על השוכר כמו במזוזה).

אמנם, הרא"ש ור' יהונתן למדו שהדין שעשיית מעקה מוטל על השוכר כפוף לכללים הרגילים של מעשה אומן ומעשה הדיוט, ונחלקו ביניהם בטעם הדבר שהחוב מוטל על השוכר. הרא"ש (סי' כז) כתב על הברי' הנ"ל "שכל אלו מעשה הדיוט הן", וא"כ הוא ממש ככל יתר הדברים שהשוכר חייב בהם. לעומתו דעת ר' יהונתן (הובא בשיטה קא, ב ד"ה להעמיד) שיתכן שמעקה הוא מעשה אומן, ויש סיבה מיוחדת למה הוא מוטל על השוכר "ואף על פי שיש מקצת מאלו שצריך מעשה אומן, אפילו הכי השוכר עושהו, שאם ירצה להשתמש בגג כדי שלא יפול ממנו יעשה לו מעקה, שאם לא היה אדם דר בו לא היה צריך למעקה", והיינו שהטעם שהשוכר חייב במעקה הוא בגלל שהוא הגורם לחיוב.

12. מפשטות לשון הרא"ש משמע שאם עשיית המעקה הוא מעשה אומן יהיה המשכיר חייב בעשייתו. וכן הבין הדבר אברהם (א, לז, כא), אלא שהסתפק בסוף שיתכן שגם הרא"ש מודה שאפילו אם הוא מעשה אומן מוטל על השוכר לעשותו. אכן לפי ר' יהונתן והראשונים האחרים אין חוב עשיית המעקה קשור עם כללי מעשה אומן, ולכן אפילו אם הוא מעשה אומן החיוב מוטל על השוכר.

13. הטעם הוא, שהרי המנהג אינו יכול לחייב יותר מהתורה, ואם למרות חוב התורה שמוטל על המשכיר בכ"ז אמרו חז"ל שכיון שיש חשש סכנה לשוכר לכן הוא מחויב במעקה במקום המשכיר וכנ"ל לדעת רוב הראשונים, א"כ גם אם המנהג מחייב את המשכיר עדיין יהיה השוכר מחויב בכך במקום המשכיר (ובפרט לפי היראים שחז"ל עקרו החיוב מן המשכיר). והנה לפי סברא זו היה נראה לדעת הרא"ש ור' יהונתן שבמקום שהמנהג הוא שהמשכיר עושה את המעקה המשכיר יהיה חייב בכך, אכן הדבר אברהם (שם) הוכיח מטעם אחר שאף במקום שהמנהג הוא שהמשכיר עושה את המעקה עדיין השוכר חייב בכך, וטענתו היא שגם כשהגמ' הטילה על השוכר את החיוב לעשות מעקה, מתחילה (במצייאות לפני הגעת השוכר) היה המשכיר מחויב בכך מדינא (כי הוכיח לפני" (סעי' יב) שחיוב מעקה חל על בעה"ב גם לפני שגרים בבית, וכמו המהר"ל דיסקין שהובא בהערה 11), ואם המשכיר היה מחויב מן הדין לעשות מעקה א"כ בוודאי שזה היה המנהג, ואעפ"כ מבו' בגמ' שאם לא עשה המשכיר כפי הדין ונפלה המנהג חייב חז"ל את השוכר בעשיית המעקה, ומזה הוא מוכיח שגם לפי הרא"ש יהיה הדין שגם במקום שהמנהג מחייב את המשכיר לעשות מעקה בכ"ז אם לא עשה המשכיר יהיה השוכר מחויב בכך.

14. דבר פשוט הוא שהמשכיר יכול לחייב את עצמו לעשות מה שמוטל על השוכר, ואפילו להיראים הנ"ל שחז"ל עקרו ממנו החיוב הוא יכול לחייב א"ע בחיוב ממוני.

15. מבו' בגמ' (פסחים ד, ב) שאם שרר בית בערב פסח בחזקת בדוק ונמצא שאינו בדוק, שהשוכר אינו יכול לבטל את השכירות, אפילו במקום שהבדיקה היא בשכר, כיון שהשוכר נוח לו לקיים מצות בדיקת חמץ. והדין נפסק בשו"ע (אורח חיים, ג) וראה בגליון 37 הערה 12 שהבאנו את קושיית המג"א על דין זה, שלמה צריך להגיע לטעם של "מצוה הוא עושה", שהרי מ"מ אין כאן דין ביטול מקח כיון שהמשכיר יכול לתקן את המום, וכבר נפסק בשו"ע (ח"מ רלב, ה) שאם המוכר יכול לתקן את המום המקח קיים? ותידין האור שמח (מכירה יז, ט) שיש הבדל עקרוני בין שכירות למכר, כי במכר אין עצם המכר נפגם בגלל התיקון ולכן המקח קיים, אך שכירות כל עניינה הוא השימוש לזמן ידוע, וא"כ כיון שהתיקון יארך זמן והשוכר לא יוכל להשתמש בבית בזמן זה, נמצא שנפגם עצם השכירות ולכן יכול השוכר לבטלה. ולפי"ז גם בעניינינו אם השוכר יפסיד כמה מימי השכירות בגלל הליקויים הוא יכול לבטל את כל השכירות, ועי"ש שהבאנו שם עוד אחרונים הסוברים כן.

המקור חיים (תל"ז, ז) תירץ את קושיית המג"א באופן אחר "אין המקח קיים רק כשהזי

לדעת רוב הראשונים השוכר אינו צריך לשלם על יתרת הזמן, ואפילו אם שילם כבר צריך המשכיר להחזיר לו את הכסף²⁰, וי"א שהשוכר צריך לשלם את כל השכר, ואפילו אם עדיין לא שילם הוא צריך לשלם את השכר על יתרת הזמן²¹. ולהלכה. המחבר פסק כדעת רוב הראשונים הנ"ל²². בדעת הרמ"א

ציונים והערות

פשוט שאם השוכר עדיין לא שילם הוא פטור מלשלם²³, ואפילו אם שילם כבר כתבו הרבה אחרונים שדעת הרמ"א שהמשכיר צריך להחזיר לו כספו²⁴. אכן נחלקו הפוסקים באופן שהשוכר שילם כבר, אם המשכיר יכול לטעון 'קים לי' כשיטה שהמשכיר אינו צריך להחזיר הכסף לשוכר²⁵.

מקבל כספו בחזרה, ובנפל הבית - לפי הגירסא הרגילה בשו"ע לא העיר הרמ"א כלום על המחבר הנ"ל שסובר שאף אם שילם מקבל את כספו בחזרה, אכן הסמ"ע (שם לד) כתב (בפשוט א') שיש לגרוס בדברי הרמ"א "וי"א דצריך ליתן לו כל שכרו", והאחרונים הסתפקו בזה אם אכן הביא הרמ"א דעה החולקת על המחבר, אולם מ"מ בוודאי לא כתב הרמ"א שפוסק כן.

ולהבנת דברי האחרונים בזה יש להקדים: שהנה אם שכר ספינה להוביל בה יין וטבעה הספינה הדין כך, אם השכיר ספינה זו והשוכר אמר שיויבל בה 'יין סתם', אזי כיון שהשוכר יכול לעמוד בשכירות (ביין אחר) והמשכיר אינו יכול (שהרי אמר 'זו' וספינה זו טבעה) לכן אין השוכר מחויב בשכר על ההמשך, ואפילו אם שילם מחזיר לו המשכיר כספו (שי"א, ב), ואם היה בהיפך שהמשכיר אמר 'ספינה סתם' והשוכר שכר ל'יין זה', שאז המשכיר יכול לעמוד בשכירות ולא השוכר, בזה הדין שגם אם השוכר עדיין לא שילם חייב לשלם (שי"א, ג).

ולעניינו, הנה בפשוטו יש חילוק גדול בין מת השוכר לנפל הבית, ואף שהרמ"א פסק במת השוכר שאם שילם כבר אין מחזירים לו כספו אין מוכרח שיפסקו כן בנפל הבית, כי נפל הבית דומה ל'יין סתם' וספינה זו וכמו שטען המהר"ם (הבאנו לשונו לעיל הערה 20), משא"כ מת השוכר דומה ל'יין זה' וספינה סתם, ולפי"ז במת השוכר היה לנו לפסוק שהשוכר צריך לשלם אפילו אם עדיין לא שילם, ומ"מ פטר בזה הרמ"א כשלא שילם, כיון שהביא בד"מ (שלד, א) שהמהר"ם מרוטנבורג חילק בין מת השוכר לספינה סתם ויין זה (כשיטת הריב"ן הובא בתוס' ב"מ עט, א ד"ה אלא), וא"כ ייצא שבנפל הבית הדין עם המחבר שאפילו אם שילם כבר מקבל השוכר את כספו בחזרה וכמו בספינה זו ויין סתם, ורק במת השוכר שם יש לרמ"א סברא מיוחדת שאם עדיין לא שילם פטור מלשילם ואם שילם כבר אינו מקבל את כספו.

ואכן באופן זה חילק הנתיה"מ (שלד, ב) בדעת הרמ"א, שהרמ"א פוסק בנפל הבית כמו המחבר, ורק במת השוכר שאין חסרון בבית עצמו שם פסק שאינו מקבל כספו בחזרה. אכן במקו"א (שיב, יג) פירש הנתיה"מ שגם בנפל הבית סובר הרמ"א שאם שילם כבר אינו מקבל כספו בחזרה, והוא מטעם שבכה"ג שכירות ליומיה ממכר הוא (והוא מיישב הקושיא מספינה וחמור שדין בית שונה מהם, והרא"ה ורשב"א סוברים שיטתם רק בבית אבל בחמור וספינה מודים). אלא שיש לציין שהנתיה"מ כ"כ בדעת הרמ"א רק "שלא יהיו דברי הרמ"א תמוהים כ"כ", ובאמת קשה לומר כך שהרמ"א יפסוק כדעת המיעוט נגד הרמב"ם והרא"ש ומהר"ם, וגם הש"ך (שלד, ב) פסק שלא פוסקים כשיטה זו ש"שכירות ליומיה ממכר הוא".

והנה כתבנו לעיל (הערה 19) שהחזו"א כתב ב' דרכים ליישב שיתכן שהרמב"ן וסיעתו גם הם סברו ששכירות ליומיה ממכר הוא ומ"מ בנפל הבית אין השוכר מחויב בשכר יתרת הזמן, ולפי שתי הדרכים שכתב יוצא שיש לחלק בין נפל הבית לבין מת השוכר, שהרי בנפל הבית אין השוכר מחויב כלל בשכר העתיד או מכוון מק"ט או מכוון תנאי, משא"כ במת השוכר לא שייך סברות אלו, וא"כ שוב אין מקום לומר שהרמ"א יחלוק על המחבר בנפל הבית כששילם כבר מכוון מה שפסק במת השוכר.

25. הרבה אחרונים הכריעו למעשה כשיטת רוב הראשונים ועל סמך זה הוציאו ממון מהמשכיר ולא נתנו למשכיר זכות טענת 'קים לי'. הט"ז (שיב, יז) כתב "הדעה השניה ס"ל גם בנפל דצריך לתת כל השכר, ומפרש מאי דאמר בגמרא דאמר בית דא נפל ליה אדאי לא הניא היינו שישלם לו כל השכר, וכיון דאין קי"ל דמנכה לו לפי החשבון ה"נ בנשך כן נראה לי פשוט", וכן פסק המהר"ם לובלין (תשו' עז) הלכה למעשה "קבל ממנו דמי השכירות ונשרף אח"כ דדינא הוא דמנכה לו משכירות דהיינו מהד' זהובים מה שדר בו והמותר יחזיר לו לפי ערך", וכן פסק המב"ט (א, מ) "בבית זה אם נטל שכירות יחזיר לו השאר דכל שלא בא מחמת השוכר הוי כנפל", וכן החת"ס (סי' קסא) הכריע כמהר"ם מרוטנבורג לכה"פ אם עוד לא שילם וז"ל "ולא שבקינן פשיטתו של מהר"ם מ"ר"ב ההולכת ע"ד הרמב"ן הנ"ל מפני ספיקותו של רשב"א", וכן פסק המהר"ש (משפט צדק, ב) לא למעשה שהשוכר יכול להוציא ממונו מן המשכיר, וכן פסקו השי' למורא (סוף סי' ח') והמהר"א הלוי (ב, נה).

בפרי האדמה (שכירות ה, ו) פסק להדיא שא"א לומר קים לי כרשב"א וז"ל "והרב מור"ם ז"ל (רמ"א) שלא הגיה כלום נראה דס"ל כמור"ז"ל כסברת כל הני רבוותא, וכל שכן לדידן דפשוטו הוראות מור"ז"ל, וליכא למימר קים לי כו' וכן הרב מהר"ש ח"ב בנוספות דף י"א דמחזיר לו שאר השכירות". ישנה עוד סיבה לומר שא"א לומר "קים לי" כמו הרשב"א, שהנה המהר"ם מרוטנבורג הוכיח שיטתו מהמב"ט בגמ' (עט, א) בספינה זו ויין סתם "בספינה זו ויין סתם אם נתן אמאי לא יטול", והיינו שהמשכיר חייב להחזיר לשוכר מה שכבר שילם, וכדי ליישב הרשב"א מקושיא זו כתב החזו"א (ב"ק כג, י ד"ה ולדעת הראשונה) שהרשב"א הבין שסיפור הספינה שבגמ' מייירב ב"שכר גם את בעה"ב להוליכה אבל ספינה לבדה לא שכר", ובזה מיושבת שיטת הרשב"א שכיון ששכר גם את הספן א"א לומר שכירות ליומיה מוכר הוא כמו בנפל הבית, וא"כ כיון שלדינא אנהו פוסקים (שי"א, ב) את הדין של יין זה וספינה סתם גם כשלא שכר את

(וכגון הרא"ש והריטב"א שייבאו להלן) נאמר דין שכירות ליומיה ממכר לכל עניין, והנה במקח אם אבד החפץ מעצמו אחר הקניין פשוט שהוא הפסד הקונה, ואף אם עדיין לא שילם עליו לא נפטר מתשלום, כיון שבשעת המקח לא היה גגם בחפץ, ומעתה אם נשווה שכירות למקח לחלוטין, א"כ גם בשכירות - אף שאבד הבית, מ"מ יהיה השוכר חייב לשלם אף להבא, שהרי בשעת הקניין לא היה שום קלקול בית. וזו באמת דעת הראשונים שביא להלן שאף אם השוכר עדיין לא שילם יש לו לשלם כמו במקח. אכן רוב הראשונים חלוקים עליהם לדינא, שאף לאחר תשלום צריך המשכיר להחזיר את השכר של העתיד. ולכא"ו היה אפשר לומר שהראשונים האלו לא סברו כלל שדין "שכירות ליומיה ממכר הוא" נאמר לכל עניין, וכדעת התוס' (ב"מ נו, ב ד"ה והאי ביומיה) וכך נקט הש"ך (שלד, ב) ששכירות ליומיה ממכר נאמר רק לגבי אונאה, ובאמת שכך כתב הקובץ הערות (נג, ג) שמחל' הראשונים הינה אם אומרים שכירות ליומיה ממכר לכל דבר, וז"ל "דעת הרא"ה דחייב תשלומין של השוכר הוא בשביל הקנין, ולא בשביל ההשתמשות, ודעת הרמב"ן דחייב תשלומין של השוכר הוא בעד ההשתמשות", והביא עוד מקום שנחלקו בזה הרמב"ן והרא"ה, ולכן לדעת הרמב"ן גם התקלקל הבית באמצע השכירות יכול השוכר לטעון מקח טעות על יתרת הזמן.

אכן הגם שאפשר להסביר כך חלק מהראשונים, אכן אין זה מיישב דעת כמה מהראשונים וכגון הרא"ש והריטב"א שסוברים שהשוכר פטור מתשלום על העתיד, ומ"מ פסקו בכמה מקומות ש"שכירות ליומיה ממכר הוא" לכל דבר (הרא"ש - עיין ב"מ פ"ח סי' כה, ותשו' הרא"ש (א, א), (א, ו), והריטב"א עיין ע"ז טו, ב. ועיין בנתיב השכירות, הערה א שהאריך בזה). ובדעתם נצטרך ליישב שאם שכירות ליומיה ממכר מדוע בדין נפל הבית פטור השוכר על העתיד. ונאמרו ג' דרכים באחרונים ליישב זה וכלהן:

א', החזו"א (ב"ק כג, י) ולדעת הראשונה) ביאר שגדר שכירות הוא שהמשכיר מוכר את ימי השכירות לשוכר, והיות שנתגלה בסוף שהבית לא היה קיים בחלק מן הימים, נמצא שהימים האלו הם בגדר מק"ט, שהרי ימים אלו לא היו בידי המשכיר מעולם שיוכל להשכירם. ב', דרך נוספת כתב החזו"א, שאולי הוא כנתני בשכירות שאם יפול הבית לא יצטרך לשלם.

ג', המהר"ם פדואה (תשו' לט סד"ה בעסק ראובן) ביאר וז"ל "בשכירות נולד בו מום כנדון דידן, ואף כי במקח דוקא אם היה בו המום קודם המקח אבל אם נולד אחר כך מפסיד הלוקח, שם הדין הוא כך דברשות הלוקח הוא לגמרי, אבל בשכירות אף כי הוא מכר ליומיה כמפורס', מכל מקום גם למשכיר שייכא ביה כי שלו הוא", והיינו שלמד בהדיא שהוא משום מק"ט, אבל לא כמו החזו"א שהוא טעות בסך הימים, אלא שכל שכירות היא ה"ב"ש "מכירות" קצרות (והיא סברת הש"ך (שלד, ב) וסברת הר"א חסון במשפט צדק (ב, לא)), ומהזמן שהתקלקל הבית כל ה"מכירות" הבאות הן מק"ט.

20. זו שיטת הרמב"ן (קג, א ד"ה אי דאמר ליה), הריטב"א (שם), הר"ן (שם, ד"ה היכי דמי), המאירי (שם, ד"ה אמר המאירי), המהר"ם מרוטנבורג (תשובות מיימוניות, משפטים מז), הרמב"ם (שכירות ה, ו), הרא"ש (ב"מ ח, לה) והגה"ה (על הרא"ש ב"מ ו, י, והוא הוכיח כן ממה שנפסק בגמ' (עט, א) "השוכר את החמור לרכוב עליה ומתה בחצי הדרך... אם אין בדמיה לא ליקח ולא לשכור נתן לו שכרו של חצי הדרך"). ולשיטת כל הנ"ל השוכר פטור מלשלם על העתיד, ואפילו אם שילם כבר צריך המשכיר להחזיר לו הכסף. וז"ל המהר"ם מרוטנבורג "על בתי יהודים המושכרים לאחרים שנשרפו, והמשכרים תובעים שכרם משלם ואף מן הימים שלא דר בו השוכר, נ"ל דדמי לספינה זו ויין סתם דמצי למימר שוכר אנו מייטנא חמרא הבא ספינתך, דהא השוכר שכר הבית לגור בו הא קאי וחי הוא לפנינו ומזומן לקיים תנאו ולגור בו, ובעל הבית אינו יכול לקיים תנאו".

21. הסוברים כן הם הרא"ה המובהק בריטב"א (קג, א ד"ה היכי דמי) והרשב"א בעל התוספות (תשובות מיימוניות משפטים כז), ולשיטתם לא רק שהשוכר אינו מקבל את שילם כבר, אלא שאפילו עדיין לא שילם צריך לשלם (הרשב"א קצת מסופק בזה וז"ל "מסתברא אפילו הכל חייב לשלם השוכר דברשותו נפל דכל ימי שכירות הבית ברשותו", ובשו"ת חת"ס (חומ"מ קסא) כתב עליו שהוא רק מסופק בזה), וטעמם הוא כנ"ל משום "שכירות ליומיה ממכר", וז"ל הריטב"א בשיטת הרא"ה "חייב השוכר לפרוע השכירות ואף על פי שעדיין לא נתן הרי זה כלוקח בית לחבירו לזמן... ואם מעצמו נפל, אם אמר לו 22. ז"ל השו"ע (שיב, יז) "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".

23. הדין פשוט כך בדעת הרמ"א, שהרי אפילו אם מת השוכר הוא פסק (שלד, א) שאם עוד לא שילם אינו צריך לשלם, וכן פסק החת"ס (חומ"מ תשו' קסא ד"ה אמנם בד"מ) "מכאן ולהבא איננו משלם ה"ה לבית שנשרף וכן פסק מהר"ם מ"ב בתשוב' סי' מ"ז דמדמה שריפת הבית לחמור, וגם רשב"א גופי' לא החליט אלא כ' בדרך אפשר ולא שבקינן פשיטתו של מהר"ם מ"ר"ב ההולכת ע"ד הרמב"ן הנ"ל מפני ספיקותו של רשב"א הנ"ל".

24. בדין אם מת השוכר באמצע השכירות פסק הרמ"א הנ"ל שאם שילם כבר אינו

8. אם הבית לא נהרס אבל קרה קלקול בבית שאי אפשר לתקנו²⁶ והשוכר²⁷ אינו יכול לגור כך בבית²⁸, וכגון ששכן סמוך החליט בפתאומיות לבנות בביתו²⁹, או שאנשים פרוצים באו לגור בבית הסמוך וא"א להמשיך לגור בבית המושכר³⁰, הדין הוא כך: לפי אלו המחייבים את השוכר לשלם בדין הקודם פשוט שגם בדין זה חייב לשלם על העתיד³¹. ולפי הפוסקים בדין הקודם נחלקו הפוסקים מה דין התשלום

ציונים והערות

על העתיד באופן זה. דעת הרבה פוסקים שכיון שהשוכר אינו אשם באונס שקרה לכן הוא פטור כמו בנהרס הבית³². ויש אומרים שכיון שהאונס נוגע רק לשוכר או לסביבתו הקרובה לכן הוא צריך לשלם על העתיד³³. ויש מחלקים, שאם האונס ימשך גם אחר תקופת השכירות אין השוכר צריך לשלם, אבל אם האונס נמשך רק בתקופת השכירות צריך השוכר לשלם³⁴. ולעניין הלכה ראה הערה³⁵.

אבל בתים במקומן עומדות - בין שהיתה שכורה בין היתה ביד הבעלים היתה ניטלה לאנגריא, וא"כ משמע דבעל הבית חייב להעמיד לו בית אחרת אי אמר ליה הבית סתם, ואי אמר לו בית זה יחזיר לו שאר השכירות. וכך גם פירש הסמ"ע (שי, ב). והנה המשפט צדק (ב, לא) נשאל במקרה שאחד שכר בית שמתחתיו הייתה חנות, ובשעת השכירות החנות הייתה שכורה ליהודי, אבל באמצע תקופת השכירות בא גוי והוציא את היהודי שוכר החנות מהחנות והתחיל להשתמש בחנות, וטען היהודי שוכר הבית שהוא לא יכול להמשיך לגור בבית מחמת פחד, ודנו בזה המשפט צדק ועוד הרבה מגדולי זמנו האם טענת שוכר הבית מוצדקת, והנה בדברי המשפט צדק ובדברי כל יתר המשיבים לו לא עלה כלל צד טענה שאם טענת השוכר מוצדקת הוא צריך לשלם על העתיד מכיון שמזלו גרם (על אף שהוא היחיד באונס זה, שזו טענת המנהג אפרים והנתיחה"מ שיובאו להלן), וא"כ נראה שכל הפוסקים הנ"ל למדו פשוט בגמ' כמו המב"ט וסברו כמוהו שהשוכר פטור.

(והנה אם האונס היה קורה בגלל השוכר היה המשכיר יכול לומר לו הרי שלך לפניך, וכמו בדרך הילוכו שהמשכיר אומר לו הרי שלך לפניך כיון שמזלו גרם, וכ"ש באופן שהשוכר גרם לאונס. וכך פסק החבצלת השרון (ח"מ ל ד"ה ואמנם בזה) במקרה שחיללים שברו חלון של חנות שכורה, שהמשכיר יכול לטעון לשוכר שמזלו גרם כיון ששברו את החלון שלו דווקא כי רצו את הסחורה שלו, וכיון שהוא הגורם אומר לו המשכיר הרי שלך לפניך.)

33. זו שיטת המחנה אפרים (שכירות סי' ו). הוא דן בנדין המב"ט והביא דבריו וחלק עליו, כי להבנתו **בית דומה לדרך הליכתו**, וטען שהמב"ט לא הבין נכון את החילוק בין דרך הליכה ללא בדרך הליכה, והחילוק הנכון הוא ש'לא בדרך הליכתה' היינו שלוקחים כל החמורים ולא רק של השוכר, וז"ל "דכל שמחפשים בביתם ה"ז מכת מדינה וכל היכא דהוי מכת מדינה הוי פסידיא דמשכיר, שאפילו לא היה שוכרה זה היתה נלקחת שכן מחפשים **ולוקחים כל החמורים**, אבל בנ"ד דלא נלקחה כי אם בית זו בלבד, כיון דלא הוי מכת מדינה איכא למימר ממזליה דשוכר גרם, דאפשר שאם לא היתה שכורה אצלו לא היתה נלקחת". המחנ"א הביא סיוע לדבריו מהשו"ת פני משה (ב, לב) שנשאל בשאלה זו ופסק כמוהו, אבל המחנ"א לא הסכים לטעם הפני משה לפסוק כן. והנה באמת הפני משה הבין בגמ' כמו המב"ט ולא כמו המחנ"א, וא"כ אדרבא הוא סיוע למב"ט, ובנוסף, פשט המחנ"א שכוונת הר"ח 'שמחפשים בביתם' היא שלוקחים החמורים מכולם הוא פשוט מחודש מאוד, כי כל הראשונים שמביאים פירוש הר"ח מחלקים רק איפה לקחו את החמור ולא בכמות האנשים שלקחו מהם חמורם. בסוף דבריו כתב המחנ"א שאם הבית נלקח ע"י עכו"ם זה דומה לנפל הבית ולכן המשכיר מפסיד (ולא הסביר כוונתו, והפת"ח פרק ו סוף הערה כו ניחש שאולי סובר כמו הנתיחה"מ שיובא בהערה הבאה), אבל מ"מ נשאר בשלו שבמקום שהוא דומה לאנגריא השוכר מפסיד ודלא כהמב"ט.

34. זו שיטת הנתיחה"מ (שי, ב). שהנה הנתיחה"מ למד מהסמ"ע (שלמד כמו המב"ט) שאם לקחו את החמור לאנגריא בדרך הילוכו, אפילו אם החמור לא יחזור לעולם למשכיר חייב השוכר לשלם את מלוא השכירות, ושאל עליו הנתיחה"מ, שהרי זה דומה לשכר חמור לרכוב עליו והבריקה ששם פוסקים שהשוכר פטור מלשלם, ולכן למד הנתיחה"מ פשט חדש בגמ' (לא כהמב"ט ולא כהמחנ"א), שהחילוק בין אנגריא חוזרת לשאינה חוזרת הוא, אם החמור יחזור בתקופת השכירות או שיחזור רק לאחר תקופת השכירות, והחילוק בין 'דרך הליכה' ל'שלא בדרך הליכה' הוא, שדרך הילוכו היינו שרק השוכר מפסיד כיון שמלאכתו מתבטלת, ולא בדרך הילוכו היינו שלקחו את גוף החמור, ומזה יצא להניח יסוד חדש, שהשוכר חייב לשלם רק במקרה שהוא היחיד שסובל מהאונס כיון שאז אפשר לומר שמזלו גרם, אבל אם גם המשכיר מפסיד שאז א"א לומר שזה מזל השוכר, אזי השוכר פטור מלשלם.

הנתיחה"מ מביא בסוף את נידון המב"ט ופוסק כמו המב"ט "אם נלקח כל הבית שאי אפשר לדור עמהם אינו חייב רק כפי מה שדר בו, דזה דומה למחפשיין גם בביתם", אלא שאין ברור דיו אם כוונתו דווקא אם נלקח כל הבית אפילו לאחר תקופת השכירות (וכך נוטה הפת"ח שם ללמוד), או שאפילו אם יחזירו הבית לפני גמר השכירות בכ"ז יהיה פטור וכמו המב"ט כי האונס אינו באשמת השוכר. יש לציין שהרבה אחרונים (הובאו דעתם במילואי משפט) יישבו באופנים אחרים את קושיית הנתיחה"מ על הסמ"ע.

35. לעניין הלכה. לפי רוב הפוסקים השוכר יכול לצאת מהבית ואף אם שילם כבר הוא מקבל את כספו בחזרה, לפי הנתיחה"מ יהיה תלוי אם הקלקול ימשך מעבר לתקופת השכירות, ולפי המחנ"א השוכר חייב לשלם כל דמי שכירות בכל מקרה. ופסק בספר שמו"מ משפט (א, עה) שהשוכר יכול לצאת מהבית בלי לשלם על העתיד, אלא שהוסף שאם כבר שילם אין המשכיר מחויב להחזיר לו כספו, כיון שהמשכיר יכול לטעון קים לי כהרא"ה והרשב"א, ולמש"כ בהערה 25 אינו פשוט כ"כ שאפשר לטעון קים לי כהרא"ה.

הספן, א"כ מוכח שלא פוסקים כרשב"א.

גם הנתיחה"מ (שיב, יג) כתב ליישב את שיטת הרשב"א "דבחמור (שדינו כמו בספינה) לא שייך לומר כשאמר 'זה' דשכירות ממכר הוא, דבחמור זה משועבדת הנבילה אם מת החמור לשכור חמור אחר", משא"כ "בבית זה דאם נפל אדו"א ואין על הבעה"ב שום שעבוד אמרינן שפיר דממכר הוא", וגם לפי תירוץ זה כתב ב"ביאורים והערות" שכיון שלדין קיי"ל שיש שעבוד על המשכיר והוא צריך לתקן בית שהתקלקל, א"כ א"א לומר 'שכירות ליומא ממכר' גם בנפל הבית כשיטת הרשב"א. והנה על הרא"ה עצמו א"א להקשות קושיא זו, כי יתכן שהוא סובר כמו הנמוק"י שגם בקלקול שניתן לתקן אין המשכיר חייב לתקן, אבל בכ"ז לדין שפוסקים שאם אפשר לתקן צריך המשכיר לתקן (כך פסק המח' בס"י שיש סעיף יז, ואפי' להרמ"א בס"י שיד, היום המשכיר יהיה חייב לתקן מחמת המנהג כמש"כ הרמ"א (שיד, ב)) א"א לומר גם בנפל הבית 'שכירות ליומא ממכר' עד כדי כך שאם שילם למשכיר לא יקבל כספו בחזרה.

במנחת פיתים (שיב, יז ד"ה שם בהג"ה) הסתפק אם המשכיר יכול לטעון "קים לי" כדעת הרא"ה, ובמשפט צדק הנ"ל מובא גם דברי ר"א חסון שטען שא"א להוציא מהמשכיר כיון שיש לו טענת קים לי, וא"כ נמצא שהוא מחלוקת אם אפשר לומר קים לי, והב"ש (אהע"ז נג, י) מביא את השו"ת מהר"א ששון שבמקום שיש מחלוקת אם אפשר לומר קים לי א"א לטעון "קים לי" כמו השיטה הסוברת שאפשר לומר קים לי. והנה אמנם הפת"ש (ח"מ סוף סי' כה) מביא מחלו' בזה בין המהר"י הלוי שסובר כב"ש ובין הברכי יוסף שמביא הרבה פוסקים שלא פסקו כן במטלטלין (שמועיל בהם תפיסה), אכן בכ"ז בנידונו יותר קשה לומר קים לי, כיון שהיישבים שנאמרו בשיטת הרשב"א הם בדרכים שאינם להלכה וכמו שהבאנו לעיל מהחזו"א והנתיחה"מ (גם לפי החכמת שלמה (ס"ס נג) יהיה הדין כך בנידונו כיון שכאן יש הרבה שסוברים שא"א לטעון קים לי כנ"ל).

26. כי אם אפשר לתקן ישנם הרבה מקרים שהמשכיר יהיה חייב לתקן וישנתה הדין. ובעז"ה יבואר דין זה בעלון הבא.

27. בשו"ת משפט צדק שנביא להלן (הערה 32) הביא תשו' המהרש"ך (ד"ה ואומר דאותן, התשובה נמצאת גם בשו"ת המהרש"ך ד, יג) שהוכיח מר' יוסף (ב"ב כג, א) שאפילו אם ישנם אנשים שיכולים לגור כך, השוכר יכול לטעון שהוא אינו יכול לגור כך, אם נראה לב"ד שדבריו אמת.

28. הדין הוא רק אם א"א כלל לגור בבית, אבל אם אפשר לגור בדוחק ישנתה הדין. ונדון בזה בעז"ה בעלון הבא.

29. דוגמא זו נכונה רק באופן שנקטנו - שהשכן החליט לבנות בפתאומיות, אבל אם החליט כך לפני השכירות הדין שונה, כי אם השוכר ידע מראש שיתכן שהשכן יבנה, אינו יכול לטעון כלום על המשכיר כיון שסבר וקיבל, ואם השוכר לא ידע ע"כ מראש, בין אם ידע המשכיר ובין לא ידע יש לשכירות דין מק"ט וכמש"כ הנתיחה"מ (שי, א), וכ"כ הגר"נ (הישר והטוב יג, עמ"ט), אלא שטען שבנייה איננה מספיק הפרעה בכדי לבטל את השכירות. אכן לכא' הדבר תלוי במצב המסוים ובאדם המסוים, ובפרט לפי מה שכתבנו בהערה 27 בשם המהרש"ך (וכ"כ הגר"נ בעצמו שם ג, עמ' כט).

30. יש קצת חידוש בדוגמאות שהובאו, כי הקלקול אינו בעצם הבית ורק עניין היצוני הוא זה שמונע מגורי השוכר, ומשא"כ בדוגמאות הפוסקים (ראה להלן) שם הקלקול הוא בעצם הבית, אכן מ"מ המשפט צדק (ב, לא). ראה הערה 32) הביא דוגמא כזאת ולא חילק, וכן כמעט כל הפוסקים האחרים שהשיבו לו לא חילקו בזה, ורק הר"י בן עזרא חילק בזה. (ומש"כ בהישר והטוב יג, עמ' כט) שהנתיחה"מ חולק אינו נכון.)

31. שהרי לפי הטעם שכתבו בנפל הבית ש"שכירות ליומא ממכר" אין סברא לפטור גם בדין זה שהבית קיים.

32. המב"ט (א, מ) נשאל בשוכר בית ששילם כבר ובאמצע תקופת השכירות באו גוים והוציאו השוכר מן הבית, והביא שפוסק אחד טען שכיון שהבית קיים והשוכר הוא זה שמפסיד לכן המשכיר יכול לטעון הרי שלך לפניך, והשיב עליו המב"ט שהמשכיר צריך להחזיר לשוכר את השכר שקיבל על זמן האונס, וביחס לטענת "הרי שלך לפניך" השיב מגמ' מפורשת, שהנה מבו' במשנה (עח, א) "השוכר את החמור והבריקה או שנעשית אנגריא [למלך] אומר לו [המשכיר] הרי שלך לפניך", ובגמ' (עח, ב) מובאת שיטת שמואל (והיא העיקר להלכה) שביאר "בין אנגריא חוזרת בין אנגריא שאינה חוזרת [לבעלים], אם בדרך הליכה ניטלה אומר לו הרי שלך לפניך, ואם לאו בדרך הליכה ניטלה חייב להעמיד לו חמור", וביאר ר"ח (הובא בתד"ה א"א בדרך, והוא העיקר לדינא) "אם בדרך הליכה - שהאנגריא אין מחפשיין בביתם אלא כשפוגעים בדרך והיינו דרך הליכתה, אומר לו משכיר הרי שלך לפניך, דמצי א"ל מזלך גרם שאילו היתה בבית לא היתה ניטלת... ואם שלא בדרך הליכתה ניטלת דהיינו שמחפשיין גם בביתם שאז לא מזלו של שוכר גורם חייב להעמיד לו חמור אחר". והבין המב"ט **שבית דומה לשלא בדרך הליכתו** "לא שייך טעמא דרך הליכתה בבית, דבחמור הוא דאמר ליה הרי שלך לפניך שפגעוהו בדרך הליכתו ואילו היתה בבית לא היתה ניטלה,

הרב יהונתן דוד הול שליט"א

דיין בביה"ד נתיבות חיים, ירושלים, ובביה"ד חברת בני ישראל, לונדון

לע"נ מרת שינא מינדל בת ר' יהודה ליב הכ"מ

חוזת שכתוב בו שכל ויכוח יידון לפי החוק האזרחי

שאלה:

שני צדדים חתמו חוזת על עסקה, ובו סעיף שקובע שכל ויכוח בענין העסקה יוכרע רק בערכאה אזרחית, או שנקבע בו שידונו לפי חוק האזרחי, איך עליהם לנהוג במידה והתגלע ויכוח ביניהם?

האיסור לדון בערכאות

אסור לדון לפני עכו"ם, מכמה טעמים. קודם כל, אם ערכאות העכו"ם יחייבו את הנתבע לשלם ממון שלא כדין תורה, נמצא שהממון יהיה גדל ביד התובע. ולא עוד, אלא אפילו ידונו בערכאות כדיני ישראל אסור לדון לפניהם. וכמו שמב' ברש"י עה"פ (שמות כא א) ואלה המשפטים אשר תשים בפניהם, וז"ל [לפניהם - ולא לפני גוים, ואפילו ידעת בדן אחד שהם דנין אותו כדיני ישראל דאם לא כן, פשיטא הרי גדל גמור הוא, שמוציא ממנו ממון שלא כדין - גור אריה], אל תביאיהו בערכאות שלהם, שהמביא דיני ישראל לפני גוים מחלל את השם ומיקר שם עבודה זרה להחשיבה".

וכן נפסק בשו"ע (ח"מ סי' כו ס"א): "אסור לדון לפני דיני עובדי כוכבים ובערכאות שלהם (פ' מושב קבוע לשריהם לדון בו), אפילו בדן שדנים בדיני ישראל, ואפילו נתרצו ב' בעלי דינים לדון בפניהם, אסור. וכל הבא לדון בפניהם, הרי זה רשע, וכאלו חרף וגדף והרים יד בתורת מרע"ה. הגה: ויש ביד בית דין לנדונו ולהחרימו עד שיסלק יד העובדי כוכבים מעל חבירו".

התחייבו לדון בערכאות

בטור (סי' כו) כתב בשם בעל התרומות, שאם "חייב עצמו בקנין בכך וכך לילך עם המלוה לדון בדיני עכו"ם, אם יש זכות למלוה בכך שיכול לזכות בדיניהם ולא בדיני ישראל, אין הלוה יכול לחזור בו, שאין מועיל אחר קנין כלום וה"ז כמקבל עליו עדות עכו"ם בקנין שאינו יכול לחזור בו". ומוסיף ה"טור, שלפי דעה זו אם כתוב בשטרי חוב שיכול לגבות חובו בין בדיני ישראל בין בדיני עכו"ם, "רשאי להביא לפני דיני עכו"ם בזמן שאינו יכול לכופו בדיני ישראל, כגון שעברה עליו שמיטה וכיוצא בזה, שהרי קנו מידו. אבל בזמן שיכול לכופו בדיני ישראל כמו בדיני עכו"ם, היה אסור להביאו לפני עכו"ם, והקנין אינו כלום שאינו אלא קנין דברים, וכמו שהקנין אינו כלום, גם הקנס שהתנה על עצמו בשביל הקנין אינו כלום".

אכן בשם הרא"ש כתב ה"טור, שאם נכתב כך בשטר (שיכול לדון בדיני עכו"ם) אין הכוונה שידונו בערכאות, וגם אין הכוונה שיתחייב שלא ע"פ תורה וכגון שלא תשמט שביעית, אלא הכוונה היא שאם הוא אלם ולא ציית דינא יוכל להכריחו בדיני עכו"ם, אבל לא שיעבור על דברי התורה.

וכתב הסמ"ע (שם ס"ק יא) בדעת הרא"ש: "ומשמע מזה, דהיינו דוקא כל שכתב סתם שידון בדיני האומות, ומטעם שכתב, דאז אמרינן דלא היתה כונתו לעבור על ד"ת, אבל אם כתב בפירוש בשטר שמתחייב נפשו לדון עכ"פ לפניהם, מודה להר"ף ובעל התרומות שכתבו שאם אין להמלוה זכות בזה לא חל ע"ז הקנין דה"ל קנין דברים, אבל אם יש למלוה זכות בזה אין בידו כח לחזור בו, דהקנין חל על נכסיו שנשתעבדו לו על אותו זכות שקיבל עליו לדון לפני דיני גוים, ולא מצאתי מי שחולק ע"ז". וכן כתב הסמ"ע בס"ל ס"ק יד, "דאם כתב שידון עמו בדן גוים מפני הזכות שיש לו בדיניהן יותר מבדן ישראל, צריך לדון עמו בדיני גוים אף במקום שיש דיני ישראל שיכולין לדונו ולהוציאו מידו, והיינו דוקא במקום שיש איסור לדיני ישראל לדון בדיני גוים כגון להוציא מידו ממון שעבר עליו השמיטה וכיוצא בו, אבל במקום שאין איסור, ידונו דיני ישראל באותו זכות שיש לו לפני דיני גוים מאחר שקיבל עליו וחייב נפשו בזה" (וע' גם בדבריו בס"ל כ"ב ס"ק יד).

אמנם כבר העירו המפרשים על ה"טור, שלפי מה שכתוב בספר התרומות שלנו לכאורה אין מקום לדברי ה"טור כלל, וגם אם כתבו הצדדים להדיא שידונו בערכאות אסור לדון בערכאות, גם אם יש לו זכות בדיני עכו"ם שאין לו בדיני ישראל. וכן נפסק בשו"ע (סי' כו ס"ד): "שטר שכתוב שיכול לתבעו בדיני העו"ג, אינו רשאי לתבעו בפניהם".

וגם פליגי הפוסקים על מש"כ הסמ"ע לדייק מהרא"ש שאם כתוב בשטר בהדיא שידונו בערכאות ויש לתובע זכות בדיניהם שאין בדיני ישראל שמתור לדון בערכאות, ופסקו שודאי אסור לדון בערכאות. וז"ל ה"ט"ז (ס"ק כו): "תמהני על פה קדוש בעל הסמ"ע במ"ש בזה... דמ"ש הרא"ש כאן שאין הכונה כו', לא בא לומר שאם כונתו מפורשת בענין אחר דאזלינן בתר דעתיה כמו שהבין בעל הסמ"ע, דזה ודאי שאין הב"ד מניחין לילך אל גוים, אלא הרא"ש אמר דבלשון שכתב בשטר לדון בדיני גוים, אין בכלל זה שתהיה עביה בדבר כגון שלא ישמט... ומ"ה צדקו דברי המחבר בזה שלא חילק כאן כמו שעלה על

דעת הסמ"ע, וצ"ע. ועוד נ"ל, דאפילו אם רוצה זה שידונו לו ישראל באותו זכות שיש לו בדיני גוים אין שומעין לו, דהוה מתנה על מה שכתוב בתורה, דהא כתב הרא"ש בתשובה כאן שאין הכונה שלא ישמט שהוא כנגד דין תורה, משמע שגם ב"ד ישראל לא ידונו לו בזה בדן עכו"ם. כנלע"ז ברור ונכון". וכדברים אלו כתב ה"ט"ז גם בס"ל ס"א סעי' ו'.

וראיתי שמביאים שגם הגידולי תרומה (שער סב אות ד) כתב לדייק כעין זה מהרא"ש, שאם כתוב מפורש שיכול לדון לפני דיני עכו"ם שזה מחייב. אמנם מלשון הגד"ת אינו מוכח, ויותר נראה שכוונתו שידונו דיני ישראל לפי חוקות העכו"ם שקבל על עצמו, וז"ל: "ומכל תשובותי המובאות בכלל י"ח משמע דדוקא כשכתב בסתם לדון בדיני האומות אז לא דרשינן לשון הדיוט ולא מפרשינן ליה אלא כפי דין, דהיינו כשיהיה אלם, אבל אם פירש בהדיא לשון דמשמע מיניה דאפילו לא יהיה אלם יוציא בדיני האומות, ודאי דאין להוציא הלשון ממשמעותו ומתחייב אפילו שלא ע"פ דין התורה". וכדבריו מב' בברכי יוסף (סי' כו).

גם התומים חולק על הסמ"ע, אלא דס"ל שעל אף שאין הקנין מחייב אותו לדון בערכאות, מ"מ ב"ד של ישראל דנים אותו כפי הזכות שיש לו בדיני עכו"ם. וז"ל האורים (סי' כו ס"ק י) "ועיין תומים (סק"ד) שכתבתי לפי גירסת הב"י בבעה"ת כל זה ליתא, ואין מועיל שום קנין בשום אופן, רק אם אי אפשר לפרש לשונו רק שכיין לזכות בני דינא אומות העולם, ב"ד של ישראל פוסקים לו כן, אבל ח"ו לייקר שם ע"ז, ולכן סתם כך השו"ע".

וכן פירש מהראנ"ח (ח"ב סי' נ"ג, הובאו דבריו בברכי יוסף) גם בדעת ה"טור בדעת בעה"ת, שבקנין מפורש אין הכוונה שילך לערכאות, אלא שידונו דיני ישראל לפי דיני עכו"ם. וע"ש בברכי יוסף שפ"ל כונת מהראנ"ח, שאם התנה שילכו לערכאות, יש לדון אם בכל זאת ידונו דיני ישראל כדיני עכו"ם או נימא שמכיון שבטל עיקר הכוונה ידונו דיני ישראל [וכמו שסבר ה"ט"ז], אבל אם התנה להדיא לדון בדיני עכו"ם (אבל לא בערכאות) שפיר דנין דיני ישראל בדיני עכו"ם.

ובנה"מ כתב כמו התומים, ומשמע שפ"ל כן גם בדברי הסמ"ע בס"ל כ"ו, שבקנין מפורש לדון בערכאות ב"ד של ישראל דנים לפי הזכות שיש לו בדיני עכו"ם. (אמנם בסמ"ע בס"ל ס"א מפורש כוונתו דבכה"ג מחייבים אותו גם לדון בדיני עכו"ם, וכמו שהבאנו לעיל).

אם התחייב מראש בדבר שלא כדין תורה, חלה ההתחייבות

נהנה זה ברור שבדבר שבממון יכול להתנות - להתחייב ולהפטר בשונה מעיקר דיני התורה, וכמו שיכול ש"ח להתנות להיות פטור או להיות חייב כשואל (משנה וגמרא ב"מ צ"ד), ולא שמענו שיש שום איסור בדבר. ואפילו בעניני ממונות שיש בהם לתא דאיסור וכמו אונאה ושביעית, ניתן לעקוף את האיסור ע"י תנאי בנוסח מסוים. ומ"מ גם אם התנו בהדיא, אם ניתן לפרש דבריו שלא התכוון לעבור על דין תורה, מפרשינן דבריו כך. דוגמאות לדין זה: שו"ע סי' קג ס"ד, ושו"ע סי' ס"ו.

אכן דין זה שבמקום שאפשר מפרשים דבריו באופן שלא יהיו מנוגדים לד"ת, היינו דוקא במקום שאין מנהג בדבר זה לנהוג שלא עפ"י הדין, אבל אם יש מנהג בדבר זה לנהוג שלא עפ"י דין, מפרשים התנאי כפשוטו שיכול לדון שלא עפ"י דין. וז"ל הסמ"ע (סי' קג ס"ק יא): "תשובת הרא"ש [כלל ס"ח סי' י"ג] ז"ל, אעפ"י שכותבים בשטרות שיש רשות למלוה שירד לנכסי הלוה, מ"מ אין לעבור על דברי תורה... ויש לפרש דמ"ש שיכול המלוה לירד כו', כגון שלא מצא המלוה דין שרוצה למשכנו, אז יש לו רשות לעשות דין לעצמו כו' [ע"כ מהרא"ש]... ש"מ דלא כתבו כן אלא היכא שאין המנהג לעשות כדברי הכתוב בשטר, אבל היכא דנהגו לעשות כפשוטו לישנא דשטר, הולכין אחריו אף שהוא כנגד הדין, משום כל תנאי שבממון קיים, וסבר וקיבל כך עליו".

והטעם שמועיל התנאה כזאת, ע' בביאור הגר"א (שם, סי' ס"א ס"ק כד): "זהו להתחייב ממה שהיה פטור, כמו ע"מ שאין לך עלי אונאה וע"מ כו' וכמו מתנה ש"ח כנ"ל צ"ד א".

גם ה"ט"ז שחולק על הסמ"ע דלעיל וס"ל שאם חייב את עצמו לדון בערכאות לא חל החיוב ואפי' ב"ד של ישראל אינם דנים כדיני עכו"ם, מ"מ גם לדעתו אם התחייב לדון לפני דיני עכו"ם (אבל לא לפני דיני עכו"ם) חל החיוב, ולא רק בדינים שיש להם לתא דאיסור כמו שמיטת כספים דהוה כמו ע"מ שלא

תשמיטי שביעית, אלא אפילו עניני איסור כמו לרדת לנכסי לוח בלי ב"ד מותר אם התנו מראש (ורק דבר איסור כמו דיון בערכאות לא ניתן להתיר ע"י התחייבות מראש).

וה"ה ט"ז ס' ס"א ו': "דודאי כל שאין כאן איסור אם עושין מדעת שניהם כגון שלא תשמיטי בשביעית, ע"ז חל הקנין כל ששניהם מסכימים על זה בפירוש, משא"כ בליקן לפני הדיינים עכ"ל שיש איסור אפילו אם שניהם מסכימים ע"ז בפירוש, ודאי הקנין בטל בזה אפילו יש תנאי בפירוש". ובס' קג ס"ו-כתב וז"ל: "דלא דמי לענין אם כתוב בשטר שידון עמו בדין הגויים שאין שומעין לו בשום מקום, כמ"ש בס"מ כ"ו סעיף ג', דשאני הכא דאין האיסור רק משום שלא נתנה התורה רשות לירד לנכסיו וכו', וכיון שהוא קיבל עליו שידר לנכסיו יוכל לעשות כן, משא"כ בדיני גויים שאין בידם להתנות אכל מידי שהוא עבירה למקום".

אם נהגו לדון כדיני העכו"ם חל המנהג בדיעבד לגבי התחייבויות ממוניות - חוץ מירושה

בב"י (ס' כ"ו) מובאת תשובת הרשב"א שדן בענין מקום שנהגו שכל דיניהם יהיו על פי דיני הגויים, ובדיניהם אשה שמתה אין הבעל יורשה, ומבואר מדברי הרשב"א שאסור לנהוג שכל דיננו יהיו ע"פ דיני הגויים. ומשמע מדברי שאף אם נהגו כן, לא רק שעברו על איסור אלא גם שהמנהג לא חל. והרמ"א (בס"ס ש"ט) פסק דברי הרשב"א אלו להלכה.

אלא שבאותה תשובה עצמה מבואר שהנידון היה על שני נושאים, א' ירושת הבעל את אשתו, ב' ירושת האב את בתו. ומיירי שם באשה שהולידה בת ואח"כ מתה האשה ואח"כ מתה גם הבת, והשואל רצה לבטל ירושת הבעל את אשתו מחמת המנהג שנהגו בעירו לדון כדיני הגויים, ולבטל ירושת האב את הבת היות שהמלך חקק שאם תמות בת תוך זמן ידוע, מה שהבת ירשה מהאם יחזור ליורשי האם ולא לאב כדן תורה, ואולי נימא בזה דנא דמלכותא דינא. והמדריך בדברי הרשב"א ראה שעל אף שהוא כתב שאסור לנהוג שכל דיננו יהיו כדיני הגויים, מ"מ ייתכן שהמנהג יחול - עכ"פ לגבי ירושת הבעל, ומיהו לבטל ירושת האב את בתו לא יחול מנהג לנהוג כדיניהם. והטעם לחלק נראה, שירושית הבעל נובעת מתוך הסכם של הצדדים - הבעל והאשה, וניתן להתנות שלא תחול ירושת הבעל (כמבואר בסוגיא ריש פרק הכותב ובשו"ע אה"ע"ז ס' צ"ב), משא"כ ירושת האב את בתו הינה ממילא ולא ניתן להתנות עליה שלא תחול. ואדרבה, מבואר ברשב"א שרק ירושת האב לא ניתן לבטל אבל ירושת הבעל ניתן לבטל ע"י מנהג לדון כדיני עכו"ם.

והא לך לשון שו"ת הרשב"א (ח"ו ס' רנד), ויראה שמשמעות הרשב"א במה שכתב שהמנהג לא חל לעקור דיני התורה היינו רק לענין ירושת האב את בתו, אבל ירושת הבעל את אשתו מבואר להדיא בדבריו שניתן לבטל ע"י מנהג:

שאלת מעשה היה בפריפרייאן בראובן שהשיא את בתו לאה לשמעון והכניס לו עמה סך ממון בנידוניה, וילדה לו בת, ואח"כ מתה לאה ואחר זמן מתה ג"כ הבת שילדה לו, ועכשיו עמד ראובן ותבע דיני הגויים שיחזיר לו אותו ממון הנדוניה שהכניס לו עם לאה בתו. ואעפ"י שהבעל יורש את אשתו והאב את בתו דיני ישראל, טוען ואומר שאין לחוש לירושית הבעל כיון שהכל יודעי שהם הולכים דיני הגויים והרי כל הנושא אשה שם כאילו התנה כן... ועל ירושת האב בנכסי הבת טוען שהמלך חקק בנימוסיו שכל שימות הולד תוך זמן ידוע שיהא מה שיש לו מצד האם ליורשי האם ודינא דמלכותא דינא.

[בב"י לא מובא ששאלו על ירושת האב את בתו, אלא כתוב: "על אחד שמתה בתו ותבע את חתנו בערכאות הגויים שיחזיר לו כל הנדוניה בטענה שאף על פי שבדיני ישראל הבעל יורש את אשתו (ב"ב קה). כיון שהכל יודעים שהם הולכים דיני הגויים הרי כל הנושא אשה שם כאלו התנה כן" וכו'.]

תשובה: כל דבר שבממון תנאו קיים ובאמת אמרו שמתנין בכענין זה... ומוסיף אני על זה שבכ"מ שנהגו להתנות ולעשות כזה תנאי אפי' הנושאים שם סתם גובין מהם אם מתה בלא בנים, שכל הנושא סתם ע"ד הנוהג שם בישראל נושא וזהו שקראוהו בפ' המקבל דרישת הדיוט. ומ"מ לנהוג כן מפני שהוא משפט גויים באמת נ"ל שאסור, לפי שהוא מחקה את הגויים וזהו שהזהירה תורה לפניהם ולא לפני גויים, ואף על פי ששניהם רוצים בכך והוא דבר שבממון, שלא הניחה תורה את העם שהוא לנחלה לו על רצונם שייקרו את חקות הגויים ודיניהם, ולא עוד אלא אפי' לעמוד לפניהם לדן אפי' בדבר שדיניהם כדן ישראל. ע"כ אנו פה תמהים מקום המשפט בעירכם מקום תורה ויתרון דעת אין נתנו יד לכלל דברים אלו שאסרתן תורה שלמה שלנו... אבל ללמוד מזה לילך בדרכי הגויים ומשפטיהם ח"ו לעם קדוש לנהוג ככה. וכ"ש אם עתה יוסיפו לחטא לעקור נחלת האב על הבנים [בב"י הלשון הוא "וכ"ש אם עתה יוסיפו לחטא לעקור נחלה"] וסומך על משענת קנה הרצוץ הזה, ועושה אלה מפיל חומות התורה ועוקר שרש וענף והתורה מידו תבקש ומרבה הונו בזה בפועל כפיו נוקש, ואומר אני שכל הסומך בזה לומר שמוותר משום דינא דמלכותא טועה וגזלן הוא וגזלה ישיב. וחס ליה דאפי' גזלה ישיב רשע מיקרי כדאיתא בפ' הכונס (דף ס' ע"ב). ואם נאמר כן בטלה ירושת בנו הבכור דכל הנחלות ויתירש

הבת עם הבנים. ובכלל עוקר כל דיני התורה השלמה, ומה לנו לספרי הקודש המקודשים שחברו לנו רבי ואחריו רבינא ורב אשי, ילמדו את בניהם דיני הגויים ויבנו להם במות טלואות בבית מדרסי הגויים, חלילה לא תהיה כזאת בישראל ח"ו שמתחנן התורה עליה שק. ובמ"ש דינא דמלכותא דינא יגעתי הרבה, שאמרת - אפשר דשמואל אמר כן כשהמלך רוצה שיידינו בארצו חכמי הגויים וע"פ הספרים שנתחברו להם? [בתמיהה - כן מבואר מדקדוק בלשונו ובהמשך דבריו, וכן מבואר להדיא בבלבוש]... ובדבר שבממון יכול לשעבד עצמו וליתן משלו שלא מן הדין כמ"ש מתנה ש"ח להיות כשוואל וכענין ערב דמשתעבד אף על גב דהוי אסמכתא".

לכאורה מבואר ברשב"א, שירושית הבעל ניתן לבטל ע"י תנאי כמבואר בגמרא (וכן פסקו הרשב"א ורוב הראשונים, וע' בב"ש ס' צ"ב ס"ק ט"ז שלשיטת ר"ח ור"י וה"ג עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה ולא ניתן להתנות לבטל ירושת הבעל), ועוד שאם נהגו כן אינו יורשו אף אם לא התנו להדיא, ואמנם אסור לנהוג בכל דבריהם כדיני גויים (ונראה מדבריו שגם לנהוג בדין מסוים כדיני הגויים - לא משום סיבה מיוחדת - אלא רק משום שכך נהגו הגויים, גם כן אסור), אבל מ"מ לא כתב שהמנהג בטל. אבל על ירושת האב את בתו לא ניתן להתנות לבטל, ולכן אם נהגו גם בזה כדיני גויים לא חל המנהג כלל לעקור נחלה דאורייתא.

דעת הריב"ש והרמ"א במקום מנהג שירושה יש לה הפסק

הנה מהרמ"א משמע שהבין את דברי הרשב"א כמו שהביא אותם הב"י, והיינו שגם ירושת הבעל לא ניתן לבטל ע"י מנהג לדון כדיני עכו"ם, וז"ל (ס' שסט ס"א): "הנושא אשה במקום שדנין בדיני עובדי כוכבים ומתה אשתו, לא יוכל אבי אשתו או שאר יורשיה לומר כל הנושא אשה על דעת המנהג הוא נושא ונדון הדבר בדיני עובדי כוכבים דאם מתה לא יורשה בעלה או כדומה לזה, וליכא בזה משום דינא דמלכותא (ב"י בס"מ כ"ו בשם תשובת הרשב"א)... דאם כן בטלו כל דיני ישראל". אלא שבמקום אחר פסק הרמ"א כדברי הריב"ש שמשמע מדבריו שאם נהגו כדיני גויים זה מחייב (ומיירי בקהלת אנוסים), וז"ל (ס' רמח): "ואם עשה הצוואה במקום שנהגו לדון בערכאות של עו"ג, ובאו אח"כ (למקום אחר) לדון בדיני ישראל, לא אמרינן דירושה אין לה הפסק (ריב"ש ס"מ נ"ב)".

ולכאורה קשה, הרי ירושה אין לה הפסק ובמה נשתנה הדין אם נהגו כדיני עכו"ם, הרי ירושה היא ממילא ואינה תלויה בדעתם. וז"ל שו"ת תשב"ץ (ח"א ס' סא): "וכיון שבנדון זה אותו שהיא יורש דבר תורה הקנה אותה ירושה לישראל ראוי ליורשו, הנה מה טוב, וחס ושלום להפיקע זכותו למעבד ביה תרתי לריעותא לדון בדיני עכו"ם ולאבד זכות ישראל. ומ"ש כי כן נהגו מעולם קהל מירוק" גם כי י' הדבר כן אין מביאין ראייה ממנהג של איסור, ותא חזי מה סלקא בהו". ובקצוה"ח (ס' רמ"ח ס"ק ג') הביא דברי התשב"ץ, וכתב שגם המהרי"ט (שו"ת מהרי"ט ח"ב - חו"מ ס' ו) ס"ל כוותיה ודלא כהריב"ש. גם בפת"ש (ס"ק ב') הביא מהחת"ס (חו"מ ס' קמ"ב) שכתב דפשוט דאילו ראה הרמ"א דברי התשב"ץ לא היה חולק עליו כי דבריו נראין.

ובישוב דברי הרמ"א כתב המהרי"ט, שאין כוונת הרמ"א לומר סתם שיש לירושה הפסק, אלא באמת רק למתנה יש הפסק ולא לירושה, ולכן כה"ג שנהגו ע"פ דיני עכו"ם ע"כ שכוונתו למתנה שיהיה לה הפסק, וז"ל: "ואפשר לומר על דעתו של מהר"ם איסור... באותם העומדים בחזקת עכו"ם וא"א להם לזוז מנימוסיהם כי אפסקיה למתנה אמר' בתורת מתנה הוא דיהב... וכן אותם בני מירוקה שנהגו מעולם ברצונם לדון בדיני העכו"ם דכל מילי דתלוי ברצונם דמצי למימר דאדעתא דהכי נחית מעיקר, בכל דבר שאפשר להתקיים בדיננו אף על גב דלא פי' כמאן דפירש דמי ולא צריך למעקריה בהדיא דסתמן כפירושן".

הסמ"ע (שסט ס"ק כ) יישב דברי הרמ"א בשם הריב"ש, וז"ל: "וי"ל דשאני התם כיון דהמצוה מת באותו מקום שדנין בדיני גויים ועשה צוואה סתם ואחריו לפלוגי, אמרינן דודאי דעתו היה כמו שמורגל בפי הבריות דמפרשים ואחריו לפלוגי כפשוטו ואפילו אם הראשון ראוי לירש, ומשו"ה פסק שדנין בדיני גויים, משא"כ כאן בהנושא אשה דבשעה שנשאו זה את זה לא היה שעת הירושה ולא היה אז שום גילוי דעת שנשאה אדעתא דמנהגא, והבעל עומד עתה לפנינו ואומר שלא היתה דעתנו אז לישא על דעת שאם תמות שלא יירשנה, דבזה ודאי לא עקרי דין תורה". ומשמע כוונתו, שאם עשה מעשה מסוים מסתמא ע"ד המנהג התכוון, משא"כ כשנשאה אשה ואין ענין ירושה עולה על הפרק כעת, ודאי שנאמן לומר שלא התכוון למנהג לעקור ההלכה.

וע' בנה"מ (שם בס' ש"ט) ומוכח מדבריו שאם יש מנהג כדיני הגויים זה מחייב, ושאינה הכא שנאמן לומר שלא על דעת המנהג נשא עיי"ש, וע"ע בדבריו ס' רנח סק"ג. וע' גם בתשו' חת"ס (חו"מ ס' קמב) שכתב וז"ל: "וכיון שבכונה ובלשון תליא מילתא ואלו האנשים לא הכירו לשון התורה כי כל הנהגותיהם בערכאות של גויים היה, א"כ גם דין תורה הוא שמתנה היא ולא ירושה... וקרוב לזה כונת הסמ"ע". אמנם הערוך השולחן (ס' רמח ס"ק

ח) הביא הסבר זה וחלק עליו להלכה.

ומ"מ מבואר דמהרי"ט והסמ"ע והח"ס והנה"מ, כולם הסבירו את דברי הרמ"א בשם הריב"ש דדווקא שם המנהג קיים לעקור ירושה, משום שמפרשים דבריו ע"פ המנהג שכשהוא אומר נכסי לך כוונתו משום מתנה ולא משום ירושה, ולכן יכול לומר ואחר כך לפלוני וירושה יש לה הפסק, אבל בעלמא אם הוריש לא ניתן לבטל את הירושה אח"כ ע"י מנהג.

הלבוש יש לו דרך אחרת לבאר דברי הרמ"א בשם הרשב"א שגם במקום שנהגו לדון בדיני גוים לא נתבטלה ירושת הבעל, וז"ל (בס"י כ"ו, שלכאורה בא לפרש דברי שו"ת הרשב"א שמובאים בב"י שם): "ואפילו במקום שהולכין במנהגי הערכאות בהרבה עניינים, אינם יכולין לכוף לדון כמנהגם בכל דבר מן הסתם, כגון הנושא אשה במקום שנהגין בהרבה עניינים לדון על פי ערכאות, ומתה אשתו בלא בנים, לא יוכל אבי האשה או יורשיה לומר שהכל יודעים שאנו הולכין אחר ערכאות שלהם". ומשמע מדבריו שהסיבה שמנהג לא מבטל ירושה היינו רק במקום שנהגו בהרבה עניינים כדיני עכו"ם ואין מה ראייה שנהגו כן גם לענין ירושת הבעל, אבל אם באמת נהגו כן גם בירושת הבעל שפיר מהני המנהג לבטל ההלכה.

וע' בהגהות רבי עקיבא איגר (חו"מ סי' ג ס"א), וז"ל: "נ"ב בשו"ת מגן גבורי' סי' ה' כ' בשם הרש"ך ח"ב סי' רכ"ט על מחלוקת בין תובע לתובע, א' אומר שרצונו להתדיין בדת וא' אומר שאין לו להתדיין אלא בפני אחרים שכך הוא המנהג במקום שנעשה העסק הדין עמו. כיון דבמקום שנעשה העסק יש מנהג להתדיין כפי דרך הסוחר' ולא כפי ד"ת מנהג מבטל הלכה והביא ההיא דאסטימ' עיין שם".

וע' בשו"ת בעי חיי (לבעל כנה"ג) (חו"מ ח"א סי' קנח) שהסביר דברי המהרש"ך, וז"ל: "שהיה מנהג אותו מקו' שלא לדון בעיסקי משא ומתן כפי דין התורה שאם היו דנין כן על פי התורה לא היה קיום והעמדה להם, אלא היו דנין על פי מנהג הסוחר' כפי נימוסיהם וכפי תקנותיהם, וכל זה היו דנין אפילו בדיני ישראל על פי המנהג, על זה כתב הרב שאף אם הלכו למקום אחר חייבים להתנהג על פי המנהג שנהגו במקום שנעשה העסק, אבל שילכו להתדיין לפני הערכאות לא התיר הרב ז"ל..."

ו"ל דמשא ומתן שאני, דיש מקומות שאם יתנהגו על פי דין התורה הגמור לא יהיה להם קיום והעמדה ויתבטל המשא ומתן, ולכך כל שאינם דנין לפני הערכאות אלא לנהוג שיתנהגו הם בעצמם בנימוסי העכו"ם כדי שיתקיים המשא ומתן מנהגם מפני ישובה של עיר, אבל בדיני ירושות דלא שייך בדינא דמשא ומתן ואין כאן טענה מפני שיתקיים המשא ומתן אפילו להתנהג במישפט העכו"ם בלתי עמוד לפנייהם אסור. נמצאת למד שלש מדות בדנין זה, ללכת לדון לפנייהם אפי' דמשא ומתן ואפי' בדנין כדינו ואפי' שניהם רוצים אסור להתנהג בנימוס העכו"ם. בלתי עמוד לפנייהם במשא ומתן מותר, בשאר דברים שאינם משא ומתן כירושות ומתנות והדומה להם אפי' לנהוג בנימוסיהם בלתי עמוד לפנייהם אסור, עכ"ל הבעי חיי.

ומיהו לדברינו מיושב שפיר דברי מהרש"ך עם דברי הרשב"א, דהרשב"א לא התכוון לאסור דיני ישראל לדון כדיני עכו"ם אם כך קבלו הצדדים על עצמם מתחילת העסק, ואדרבה גם הוא סובר כמהרש"ך, אלא שאסר לנהוג כך בכל דיניהם לחקות הגוים, ובדיני ירושה פסק שלא חל מנהג או התחייבות היות

שירושה היא ממילא ולא תלוי בדעת הצדדים.

אמנם גם לפי משמעות דברי הרשב"א כפי שהם מופיעים בב"י, נראה טעם הדבר שהמנהג לא מבטל אפילו ירושה דבעל, היינו משום שכיון שהמנהג נבע ממה שנהגו כן בדיני גוים א"כ מנהג גרוע הוא, וקיי"ל שמנהג גרוע אין הולכים אחריו כמבואר בתוס' בריש ב"ב. אבל אם שני צדדים התנו כן להדיא ביניהם שכל עסקיהם יהיו לפי דיני העכו"ם, נראה דלכ"ע חלה ההתחייבות.

היצא מכל הנ"ל:

בשעת הלוואה או הסכם ממוני אחר, מותר להתנות להתחייב במה שאינו חייב מדין תורה, כמו שמותר לש"ח להתנות להיות כש"ש או להיות פטור מכלום. והתנאי חל.

אם התנו מראש בשעת ההתקשרות ביניהם שבכל עניניהם בעסקה זו ידונו לפי דיני עכו"ם, אז בית דין ישראל דנים אותם לפי דיני העכו"ם. (כן יוצא מדברי הראנ"ח, הלבוש, גידולי תרומה, סמ"ע, ט"ז, תומים, נה"מ, רע"א בשם מהרש"ך, וברכי יוסף. וכן לכאורה מסכים לזה הרשב"א, גם אם יתפרשו דבריו לענין מנהג כמשמעות דבריו כפי שהובאו בב"י בס"י כ"ו. ונראה מהרשב"א שאסור לנהוג בדבר מסוים כדיני עכו"ם אם עושים את זה משום שמעדיפים דיני עכו"ם על פני דיני ישראל.)

ומיהו נראה, דהיינו דווקא לעניני התחייבויות שניתן להתחייב ע"פ דין תורה. אבל להקנות דשלב"ל או דבר שאין בו ממש וכו' לא חל, שהרי הא שדנים אותו לפי דיני עכו"ם היינו משום שיכול לקבל על עצמו התחייבות מעבר לדין תורה, אבל מה שלפי דין תורה לא תופס כלל לא ניתן להתחייב ע"י קבלת דיני עכו"ם.

לפרש כוונת הכתוב בשטר ע"פ מנהג שנהגו כעכו"ם מהני (כההיא דריב"ש שפירשו לשון נכסי לך דהוה משום מתנה גם בראוי לירשו) - מהרי"ט, סמ"ע, נה"מ, חת"ס.

אסור לקבל על עצמו לדון בערכאות. ואם קבל מראש, דעת הרא"ש שמפרשים דבריו שילך לערכאות רק אם הנתבע הוא סרבן. ואם קבל להדיא בקנין מראש לדון בערכאות, לדעת הסמ"ע דנים אותו דיני ישראל אבל אם יש זכות בדיני עכו"ם שאין לו בדיני ישראל חייב לדון בערכאות. וכל הפוסקים חלקו עליו, ולדעת התומים ונתה"מ דנים אותו בדיני ישראל לפי הזכות שיש לו בדיני עכו"ם. ולדעת הט"ז דנים אותו דיני ישראל לפי דין ישראל ולא לפי דיני עכו"ם, אבל אם קבל על עצמו דיני עכו"ם (ולא קבל על עצמו לדון לפני עכו"ם) גם הט"ז מודה שדנים דיני ישראל כדיני עכו"ם.

לקבל על עצמם אחר שיש ביניהם דו"ד שידונו ע"פ דיני עכו"ם גם בבית דין, נראה לענ"ד שאסור, שהרי אסור לא רק לייקר דיני עכו"ם וערכאותיהם, אלא גם אסור לייקר דיני עכו"ם. ובחזו"א (סנהדרין ט"ו: ד) ש"אין נפקותא בין בא לפני אינם ישראל ובין ישראל ששופט ע"פ חקים בדויים, ועוד הדבר יותר מגונה שהמירו את משפטי התורה על משפטי הבל, ואם יסכימו בני העיר על זה אין בהסכמתם ממש, ואם יכופו על זה משפטם גזלנותא ועושק ומרימים יד בתורת משה". ומ"מ אולי כששני אנשים רצונם בזה והתחייבו לזה יש תוקף להתחייבות, וכמו שהתחייבו למה שהשופט יפסק בערכאות (ע' בישועות ישראל סי' כו). ומ"מ אולי אין בית דין חייב להזדקק להם בזה ולדון אותם בכה"ג, ויש להתיישב בזה.

בית הוראה לענייני ממונות "בית גרוס"

ע"ש ברוך וברכה גרוס

שע"י כולל חושן משפט אוהל יוסף

בבית ההוראה ניתן יעוץ בדיני ממונות ע"י דיניי בית הדין ובית ההוראה ● סיוע בעריכת צוואות וחוזים ● בשפות עברית אנגלית יידיש וצרפתית ● בית ההוראה פתוח בימים א-ה בין השעות 13:40-15:30 וביום שישי בין השעות 11:15-13:00 ● Les lundis et mercredis nous traitons vos questions en francais ● טלפון 02-502-3637 דוא"ל: beisdin@neto.net.il

כמו כן ניתן מענה בענייני אורח חיים ויורה דעה ע"י מו"צ דלהלן:

יום א'	הרב יצחק זאב רוזנבלט	13:45-14:15
יום ב'	הגאון הרב ר' ישראל גנס	14:00-14:30
יום ג'	הרב אהרן הלוי וואזנר	13:45-14:15
יום ד'	הרב יצחק זאב רוזנבלט	13:45-14:15
יום ה'	הרב אהרן הלוי וואזנר	13:45-14:15

תשובות בעניני רבית בימי ראשון 14:30-15:30 ע"י הרב ר' פנחס וינד בעמח"ס 'ברית פנחס' על הל' רבית. ניתן לערוך היתר עיסקא' במקום.

הדיינים יושבים בבית הוראה כדלהלן

יום א'	הרב אברהם בוטרמן והרב שלמה וייספיש והרב גבריאל לוברובים
יום ב'	הרב יצחק בלחסן והרב אלחנן רזניק [גם צרפתית]
יום ג'	הרה"ג ר' יצחק שובקס והרב יצחק מרקובסקי
יום ד'	הרב ברוך שובקס, הרב חיים הררי והרב אליה יפה [גם צרפתית]
יום ה'	הרה"ג ר' אברהם דרברמדיקר, הרב אשר שפירא והרב שלמה פרץ
יום ו'	הגאון הרב נפתלי נוסבוים, הרב משה ויליגר, הרב דוד סעמיאטיצקי