

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: 02-5023637/55

גליון חודש ניסן ה'תשע"א | 37

תוכן העניינים:

- א | פסקי דינים – דיני מקח טעות – חלק ג' – מום שניתן לתיקון – חלק ב'
- ב | בניה מתחת גינת חבירו בבית משותף
- ג | תשלום דמי שדכנות בהלכה – חלק ב'

מודעה רבא לאורייתא

בשמחה רבה הננו לבשר ולהזמין את הציבור הרחב לכנס הגדול

יום העיון השנים עשר בענייני זכויות יוצרים

אשר יתקיים בעזהשי"ת

ביום שני כ"ח ניסן תשע"א

בהיכל כוללנו ביהמ"ד היכל שמואל רח' פנים מאירות 1 עיה"ק ירושלים

במעמד ובראשות

גדולי הדיינים שליט"א

- | | |
|-------|------------------------------------|
| 15.30 | מנחה |
| 15.50 | הגאון ר' משה שלזינגר שליט"א |
| 16.10 | הגאון ר' זלמן נחמיה גולדברג שליט"א |
| 17.00 | הגאון ר' אריה דביר שליט"א |
| 18.00 | הגאון ר' מנדל שפרן שליט"א |

ניתן להאזין לשיעורים בשידור חי ב"קול הלשון" טל: 03-6171111 ואח"כ כוכבית או בשלוחה 172 לאחר השיעורים

בית הוראה לענייני ממונות "נתיבות חיים"

שע"י כולל חושן משפט אוהל יוסף

בית ההוראה נותן מענה טלפוני

בטלפון: 02-5023637

בימים א-ה בין השעות 3.30-1.40

ובימי שישי בין השעות 1-11

בית ההוראה יהיה סגור מיום ו' ניסן עד כ"ו ניסן

הרב יוסף פליישמן שליט"א

דיני מקח טעות – חלק ג'

מום שניתן לתיקון – חלק ב'

הקדמה: ישנם מקרים שעל אף שהתגלה מום בגוף המקח¹ ומחמתו הקונה היה יכול לבטל את המקח, מכל מקום יש למוכר את הזכות לתקן את המום ולמנוע ביטול מקח. להלן נבאר פרטי הדינים והתנאים לכך.

1. אם בכדי לתקן את המקח² מחמת קלקול שבו יש צורך להחליף או להוסיף³ חלקים

1 בגליון הקודם דינים 7-8 כתבנו שהמוכר יכול לתקן מום שאינו בגוף המקח אלא בדברים חיצוניים, אף אם המום בגוף המקח, יש למוכר אפשרות לתקן, אבל במקרה זה יש כמה הגבלות ותנאים וכפי שיתבאר להלן.

2 בשו"ע חו"מ סי' רלב סעיף ה נפסק "ראובן שמכר לשמעון בתים שיש לו בעיר אחרת, וקודם גמר המקח נכנסו עובדי כוכבים בבתי וקלקלו קצת מקומות ועשו הכתלים ועקרו דלתות הבית והחלונות, ורוצה שמעון לחזור בו, וראובן טוען שכיון שהוא מום עובר ינכה לו מן הדמים כדי שיחזיר הבית לקדמותו ויקיים המקח, הדין עם ראובן. הגה: שהרי בית מכר לו ועדיין נקרא בית. וכן מום שאינו בגוף הבית, כגון שיש לאחר דרך עליו או אמת המים עוברת שם, מסלק המים והמקח קיים. אבל אם המום בגוף הבית, כגון שאמר לו שיש לו כותל שלם, ונמצא רעוע, אינו יכול לבנות לו כותל שלם. וכל כיוצא בזה". מקור דברי המחבר הוא בשו"ת הרא"ש כלל צו סי' ו ומקור הוספת הרמ"א "וכן מום וכו'" הוא בשו"ת ר"י מיגאש סי' נא ומובא בהגהות מרדכי כתובות סי' רצב. הר"י מיגאש שם מחלק בין מקרה שהמום הוא בדבר חיצוני ולא בבית עצמו, שהמוכר יכול למנוע ביטול המקח על ידי תיקון הפגם, לבין אם המום הוא בגוף המקח וכגון שהקירות היו נראות כאילו הן עשויות מאבנים שלמות ובאמת היו מדובקות, שאין המוכר יכול להרוס את הקירות ולבנות מחדש, כיון שלאחר הבניה יהיה הבית בגדר 'פנים חדשות' ולא אותו הבית שנמכר. ומביא מקור לכך מהמשנה בכלים פרק כו משנה ד על סנדל טמא שנקרעו מקום החיבור של שני הרצועות ותוקן לאחר מכן שהוא טהור מדין 'פנים חדשות באו לכאן' והסנדל הראשון כבר איננו קיים. מדברי הרמ"א נראה שאין מחלוקת בין הרא"ש והר"י מיגאש, (שהרי מביא דברי הר"י מיגאש לאחר שהוסיף הסבר על דברי הרא"ש מבלי לציין שיש מחלוקת) אלא שבמקרה של הרא"ש שם בית עדיין קיים ובמקרה של הר"י מיגאש אין השם קיים. וכן כתב בנתיבות המשפט חידושים שם סק"ז על דברי הרא"ש "שהרי בית מכר לו" שאין התיקון נחשב ל'פנים חדשות', אבל אם התיקון מוגדר כ'פנים חדשות' אין המקח יכול לחול על התיקון כיון שהוא דבר שלא בא לעולם. האחרונים נתקשו למה באמת במקרה של הרא"ש שהגויס עקרו דלתות וחלונות ועשו הקירות, המוכר יכול לתקן כיון שבית מכר לו ועדיין נקרא בית ולא אומרים 'פנים חדשות באו לכאן', ובמקרה של הר"י מיגאש שצריך לבנות קיר מחדש המקח בטל. האור שמח בהלכות מכירה פרק יז סוף הלכה ט כותב שהרא"ש והר"י מיגאש אכן חולקים ושלא כמשמעות הרמ"א. הערוך השולחן בסעיף י נראה שמשביר (אינו מפורש שם, אבל כן נראה לאחר העיון בדבריו ועיי' שם) שבמקרה של הרא"ש המוכר הזכיר רק 'בית' ושם 'בית' קיים אף לפני התיקון, אבל במקרה של הר"י מיגאש המוכר פירש שמוכר 'כותל שלם' ולכן לא יספיק אם קיים שם 'בית' אלא צריך שהכותל יהיה קיים, כיון שהכותל הוא מעיקר המקח, וכיון שהכותל הוא בגדר 'פנים חדשות' בטל המקח. מדברי הערוך השולחן שמביא גם את דברי הנתיבות שתלוי ב'פנים חדשות' משמע שאם פירט דבר מסוים הכלול במקח, עדיין ניתן לתקן, אלא שיש צורך שתיקון פרט זה לא יהיה בגדר 'פנים חדשות', אבל אין עצם הפירוט גורם שלא תהיה למוכר אפשרות לתקן. וכן כתב במנחת פתים שם. ועיי' הערה 13 שיש שמפרשים דברי הר"י מיגאש בדרך אחרת.

3 היינו רק תוספת שהיא בגדר 'פנים חדשות', משום שהוא כולל במקח דבר שלא היה קיים בשעת המקח, וכן הוא לשון הר"י מיגאש שהובא בהערה הקודמת "לפי שהבנין והחידוש שמחדש בהם לא היה בביתם קודם החליפין". אבל תיקון שאינו בגדר הוספה, כגון לשמן חלקים במכשיר, להדביק או ליישר, אינו מוגדר כ'פנים חדשות', אף אם המכשיר לא פעל לפני זה.

הגליון מוקדש לעילוי נשמת

הר"ר פרץ בן הר"ר מרדכי יהודה זצ"ל ת. נ. צ. ב. ה. הונצח ע"י בנו הי"ו

עיקריים⁴, המוכר אינו רשאי לתקן ולמנוע ביטול המקח⁵. דוגמאות לכך: מכר דירה, ונודע שאין בדירה צנרת מים וביוב או שאין חלונות, כך שהמקום ראוי למחסן בלבד ולא למגורים, וכן גם אם הצנרת מקולקלת ומוכרחים להחליפה, המוכר אינו יכול להוסיף או להחליף צנרת מים וביוב או לפתוח חלונות⁶. או אם סוכם על מספר חדרים, ויש צורך להרוס את הקירות הפנימיות ולבנותן מחדש בכדי להעמיד את המקח בצורה הנדרשת, המוכר אינו יכול לתקן, משום שלאחר הריסת הקירות אותם חדרים שסיכמו, אינם בעולם⁷.

2. יש שכתבו שזכות המוכר למנוע ביטול מקח על ידי תיקון, אינו אלא כשמדובר בתיקון קל וקטן ביחס למקח⁸. אבל דעת רוב הפוסקים שאין

4 מדברי השו"ע ושו"ת הרא"ש שהובאו בהערה 2 מוכח שניתן להוסיף חלקים שאינם עיקריים, שהרי כתבו שניתן לתקן דלתות וחלונות שנעקרו, הרי שהוספת דלתות וחלונות אינה מבטלת את המקח, כיון שאינם חלקים עיקריים. לענין החלפת חלקים במכשירי חשמל נראה שאם המדובר בפרט שאנשים מתעניינים עליו לפני קניית המכשיר נחשב הדבר לעיקרי ולא ניתן להחליפו. וכגון לגבי מנוע במקרה, סוג המנוע קובע את טיב המקרה בעיני אנשים, וממילא הוא נחשב לחלק עיקרי, ולכן אם יש בעיה במנוע אין המוכר יכול להחליף את כל המנוע ולקיים את המקח. אבל אם המוכר מחליף חלק קטן מהמנוע, שטיבו אינו נחשב בעיני אנשים, אין זה בגדר 'פנים חדשות' והמקח קיים. וכן הדין במחשבים, חלקים שרגילות לפרט אותם כשמפרסמים מחשב למכירה, הרי הם נחשבים לחלקים עיקריים, ואין המוכר יכול להחליפם. אבל חלקים שאין רגילות לפרט, יכול המוכר להחליף (אף אם המחשב אינו פועל כלל ללא חלק זה, עיין דין 3) ובתנאי שאין צורך לפרק את כל המחשב וכפי שכתבנו בדין 2.

5 בשו"ת ר"י מיגאש סי' נא למד שאין המוכר יכול לתקן מומים שבגוף החפץ מן הדין המבואר בכתובות דף עד ע"ב באדם שקידש אשה על מנת שאין בה מום ונמצא בה מום והלכה אצל רופא וריפא אותה אינה מקודשת. ובספר שער משפט סי' רלב סק"ג הקשה שהתוספות שם ד"ה חכם ובפסקי הרא"ש שם סי' יג מפרשים את הגמרא שם שאין החיסרון מצד שבשעת קידושין היה לה מום, אלא מצד שאין הבעל רוצה אשה שהתרפאה מהמום. בשו"ת שואל ומשיב תליתאה ח"ג סי' ט ובספר אמרי בינה קידושין סי' טז מיישבים שהר"י מיגאש מפרש את הגמרא שהחיסרון הוא משום שבשעת קידושין היה בה מום והריפוי אינו מועיל למנוע ביטול הקידושין ושלא כהתוספות והרא"ש. אבל על השו"ע קשה שבאבן העזר סי' לט סעיף ו כתב כסברת התוספות והרא"ש שהקידושין בטלים משום שהבעל מקפיד גם על מומין שנתרפאה מהן, ובח"מ סי' רלב פסק כהר"י מיגאש. ובספר אולם המשפט מיישב שעיקר הטעם שלא ניתן לתקן הוא מצד 'פנים חדשות באו לכאן', והדין אמת מסברא אף אם אין ראייה מהגמ' במומין שנתרפאו, ולכן נפסק בשו"ע כהר"י מיגאש אף אף שהוא חולק על ראייתו.

6 בשו"ת ר"י מיגאש שם כותב שאם היו בורות שיחין ומערות בקרקע הבית אינו מועיל מה שיתקן המוכר את הקרקע לאחר המכירה. ואף שאי אפשר לומר במקרה זה 'פנים חדשות באו לכאן', מכל מקום אפשר לבטל המקח כיון שאין הבית שלם. ולכאורה נראה שהטעם הוא משום שאי אפשר להחשיב את המבנה כבית כל עוד שיש בו בורות שיחין ומערות ולכן אין זה בגדר 'שמו עליו'. וכן בדוגמה שכתבנו אין המקום ראוי למגורים אלא רק למחסן ועל ידי התיקון נשתנה שמו, וכל סברת הרא"ש לאפשר לתקן הוא מטעם ששמו עליו, הרי שאם אין שמו עליו לא. ואף שבספר מגן האלף (הובא להלן הערה 13) כתב שבמקרה של הרא"ש לא היה הבית ראוי למגורים, ואף על פי כן כתב הרא"ש שאפשר לתקן, מכל מקום בנידון הרא"ש אף שהיה הכרח לתקן, מכל מקום לא נשתנה שמו לשם אחר, מה שאין כן מקום הראוי למחסן נשתנה שמו. אמנם כבר כתבנו בהערה 2 שהר"י מיגאש עצמו אינו מזכיר את החילוק בין אם שמו עליו או לא, ואפשר שהוא סובר שבמום גדול כבורות שיחין ומערות המקח בטל אף אם שמו עליו, והרמ"א שכתב שתלוי אם שמו עליו לא הביא את הדין של בורות שיחין ומערות ויתכן שסובר שהמוכר יכול לקיים.

7 כן פסק הרמ"א בסי' רלב סעיף ה בשם שו"ת הר"י מיגאש סי' נא לענין אם פירש שמוכר בית עם כותל שלם. עיין הערה 2. בנידון זה שפירש מספר החדרים, אין שם חדרים ללא קירות פנימיות וממילא הרי זה כאילו פירש דירה עם קירות פנימיות.

8 כן מדייק הפרישה בסי' רלב סק"ה מלשון שו"ת הרא"ש (הובא בהערה 2)

הבדל בין תיקון קל לכבד, והמוכר יכול לתקן כל פגם שאדם מן השורה נוהג לתקן⁹. אבל חפץ פגום, שאדם מן השורה היה מתייאש מלתקנו, המוכר אינו יכול לתקן לכל הדעות¹⁰. וכן מכשיר שאינו תקין ויש צורך לפרק ולהרכיב מחדש כדי לתקנו, המוכר אינו יכול לתקן¹¹.

3. יש שכתבו שאם החפץ אינו ראוי לשימוש כלל ללא התיקון, אין המוכר יכול לתקן, אף אם אין הפגם בגוף החפץ והתיקון נעשה בקלות¹². אבל דעת רוב הפוסקים שהמוכר יכול לתקן כל פגם שאינו בגוף החפץ, גם אם לפני התיקון לא ניתן להשתמש כלל¹³.

"וראובן אומר שהקלקול הוא דבר מועט כנגד ערך הבתים", וז"ל הפרישה "ורצה לומר ודאי אם היה הקלקול פחת וחסרון גדול בבית היה הדין עם שמעון שיכול לומר אינו רוצה בבית מקולקל אפילו על ידי ניכוי אבל השתא שאין כאן אלא קלקול מועט וקל לתקנו אמאי לא יקבלו על ידי ניכוי".

9 בספר מנחת פתים שם הביא את הפרישה (שהובא בהערה הקודמת) וחולק עליו וסובר שמה שכתב הרא"ש שהקלקול מועט אינו עיקר הטעם ואין הדין תלוי בכך. ומוכיח משו"ת הר"י מיגאש (הובא בהערה 2) שאין הבדל בין תיקון קל לתיקון כבד, אלא אם לאחר התיקון יהיה המקח בגדר 'פנים חדשות' או לא. יש לציין שהשו"ע ושאר אחרונים שהביאו את דין הרא"ש השמיטו את המשפט 'שהקלקול מועט' ומשמע שסברו שאין חילוק בכך.

10 בשו"ת הר"י מיגאש סי' נא מוכיח שתיקון יסודי הוא בגדר 'פנים חדשות' מהמשנה בכלים פרק כו משנה ד על סנדל טמא שנקרעו מקום החיבור של שני הרצועות ותוקן לאחר מכן שהוא טהור מדין 'פנים חדשות באו לכאן', ורש"י בשבת דף קיב ע"א ד"ה טהור מסביר את הטעם שלסנדל כזה בטל שם סנדל וז"ל: "דתו לא מתקני ליה, ואי נמי מתקני ליה חדוש הוא, והשתא מיהא בטיל ליה". והביאו במשנה ברורה סי' שח ס"ק נח. הרי שלאחר שהתקלקל באופן כזה שאנשים מן השורה אינם מתקנים בטל השם של הכלי, ושוב אם המוכר יתקן ייחשב כאילו נותן דבר אחר ולא זה שנמכר.

11 כיון שאף זה מוגדר כ'פנים חדשות', וכמו שמצינו אצל טומאה שאם ניקבו את כלי טמא וחזרו ותיקנו, הכלי טהור מן התורה, אלא שיש מקרים שרובן גזרו שיחזור לטומאה ישנה. וכן כתב הר"י מיגאש שם שאם נמצא הכותל רעוע וצריך לבנותו מחדש הוי 'פנים חדשות' והמקח בטל, ולא חילק בין אם משתמשים באותם אבנים או אם אבנים אחרות, הרי שכל סתירה ובנין מחדש מגדירה כפנים חדשות. לגבי מחשבים נייחים ייתכן שהפירוק אינו סיבה לביטול המקח, כיון שאף היצרן מוכר כל חלק בנפרד ולא מחשב שלם, וממילא שם מחשב קיים אף לפני ההרכבה. אבל אם יש צורך לפרק חלק מסוים כדי לתקנו, כגון לפתוח את הדיסק הקשיח ולפרק אותו לחלקים, יכול הקונה לבטל את המקח.

12 בשו"ע א"ח הלכות פסח סי' תל"ז סעיף ג נפסק "המשכיר בית לחבירו בחזקת בדוק ונמצא שאינו בדוק, על השוכר לבדוק ואינו מקח טעות... שהרי מצוה הוא עושה". ומוסיף הרמ"א "ויש אומרים דצריך להחזיר לו שכר הבדיקה הואיל והתנה בהדיא שיהיה בדוק". מדברי הרמ"א יוצא מכל החידוש בבדיקת חמץ הוא שהשוכר מקבל שכר בדיקת החמץ בלבד ואינו יכול לבטל את הסכם השכירות. והקשה המגן אברהם בסק"ז אמאי צריך לסברא שבדיקת חמץ היא מצוה, הרי בכל מום יכול המוכר לתקן ולמנוע ביטול מקח כמבואר בח"מ סי' רלב סעיף ה. ומיישב שהחידוש בבדיקת חמץ הוא שאף אם התנה שהבית בדוק לא יוכל לבטל את ההסכם, אבל בשאר מומים אם התנה אין המוכר יכול לתקן והמקח בטל. המקור חיים שם סק"ז (ובנתיבות סי' רלג סק"ד מציין לדבריו אלו) חולק על המגן אברהם וסובר שאין חילוק בין אם התנה או לא, אלא החילוק הוא שאין המוכר יכול לתקן רק אם המקח ראוי לשימוש בדוחק אף לפני התיקון, אבל בית לא בדוק שחז"ל אסרו לגור בו בפסח נחשב כאינו ראוי לשימוש כלל לפני התיקון וכל מום המונע את השימוש דינו כמום בגוף הדבר ואין המוכר יכול לתקן, ולכן צריך לטעם שבדיקת חמץ היא מצוה.

13 המגן האלף על המקור חיים שם חולק עליו וסובר שאף אם אינו ראוי לשימוש כלל יכול המוכר לתקן, ולדבריו אף במקרה של הרא"ש שנפסק בח"מ סי' רלב שעשנו את הקירות ועקרו דלתות (עיין הערה 2) לא היתה אפשרות להשתמש בבית, ואף על פי כן פסק הרא"ש שהמוכר יכול לתקן. ועוד שאינו מסתבר לומר על בית שאינו בדוק שאינו ראוי לדירה כלל מחמת הצורך בהוצאה כספית קטנה. גם האור שמה בהלכות מכירה פרק יז ה"ט ד"ה אמנם כתב שבמקרה של הרא"ש לא היה הבית ראוי לדירה לפני התיקון. גם מדברי המנחת פתים בסי' רלב שמפרש

4. יש שכתבו שאם המוכר פירש בשעת המכירה שאין במקח מום פלוני, והמום אכן נמצא, המקח בטל ואין המוכר יכול לתקן, גם אם אין המום בגוף המקח¹⁴. דעת רוב הפוסקים שהעובדה שהמוכר פירש שהמום אינו קיים במקח אינו משנה את הדין¹⁵, אבל אם הקונה התנה בתנאי גמור שמום זה אינו קיים, אין המוכר יכול לתקן, כיון שהתנאי

דברי הר"י מיגאש שמום בגוף המקח אין המוכר יכול לתקן שמדובר כשאי אפשר להשתמש במקח, מוכח שלא כהמקור חיים, שהרי הר"י מיגאש מחלק בין מום בגוף המקח למום שאינו בגוף המקח, הרי שמום שאינו בגוף המקח ניתן לתקן גם אם לא היה ניתן להשתמש בו לפני התיקון. וכן נראה מדברי המגן אברהם שם וביאור הגר"א שם שכתבו שבית שאינו בדוק הוא מום שאינו בגוף המקח, ואם לא היה מתנה במפורש לא היתה אפשרות לבטל את המקח, ושלא כהמקור חיים שסובר שבית שאינו בדוק הוא מום בגוף המקח, כיון שאינו ראוי לשימוש לפני הבדיקה.

14 כן דעת המגן אברהם, לפי הבנת המקור חיים שם והאור שמח שם בדבריו. וראיתם שלא ייתכן שהדין של השו"ע הוא בתנאי גמור, שאם כן לא נתקיים התנאי המקח בטל ולא ניתן לבטל את התנאי המפורש על ידי חזקה שאדם רוצה לקיים מצוות בממונו שהרי פירש שאינו רוצה בכך, ובהכרח שמדובר כשהמשכיר אמר שהוא בדוק והשוכר שתק ובמקרה זה כתב המגן אברהם שאין המוכר יכול לתקן. והמקור חיים מביא ראיה לדבריו מדברי הפרי חדש שם. והמגן האלף שם כתב שדעת הר"י מיגאש (עיי' הערה 2) כהמגן אברהם, שאם המוכר מפרש פרט מסוים אין אפשרות לתקן, שהרי כתב שאם אמר המוכר 'כותל שלם' אינו יכול לתקן. אמנם מדברי הנתניבות בס' רלב חידושים סק"ז משמע שאף אם פירש המוכר פרט מסוים, עדיין המוכר יכול לתקן, כל עוד שאין התיקון מוגדר כלפנים חדשות, וכן נראה בספר מנחת פתים שם.

15 כן דעת המקור חיים והאור שמח ושלא כהבנתם בדעת המגן אברהם, וכן כתב במחצית השקל שם. ולפי מה שמפרש בשו"ע הרב ס' תל"ז סעיף ז בדברי המגן אברהם אפשר שאף המגן אברהם סובר כן, ומה שכתב המגן אברהם שאם התנה אין המוכר יכול לתקן היינו שהתנה הקונה תנאי גמור, ואף על פי כן בבית שאינו בדוק המקח קיים כיון שבדיקת חמץ היא מצוה. ובאמת שכדבריו מוכח בחידושי הריטב"א בפסחים דף ד ע"ב ד"ה המשכיר שמבאר שיטת הרמב"ן המובאת ברמ"א שעליו מוסבים דברי המגן אברהם, וכתב "על מנת כן שכרו ואקפיד בדבר", הרי שאף בתנאי גמור המקח קיים. וכן כתב המשנה ברורה בשער הציון שם ס"ק יז שכוונת הרמ"א והמגן אברהם על תנאי גמור ואף על פי כן המקח קיים כפי שמוכח בריטב"א. וכן כתב הערוך השולחן שם סעיף ה, שאף אם התנה הקונה אנו מפרשים שרצה שהבית יהיה בדוק אבל לא רצה שיתבטל המקח אם אינו בדוק, ומשמע שאפילו בתנאי גמור אומרים כן. ואם דברי המגן אברהם בתנאי גמור שוב אין הכרח שאם התנה המוכר בלבד אינו יכול לתקן. מצינו פוסקים נוספים שדנים בשאלה זו אם המוכר יכול לתקן כשהתנה על פרט מסוים. בספר מחנה אפרים הלכות מכירה דיני אונאה ס' ו הסתפק בזה והכריע שהמוכר יכול לתקן על פי הגמ' בביצה דף ז ע"א שאם הקונה דרש ביציים מטיב מסוים ולא קיבל את מבוקשו והוא זקוק להם לאכילה, המקח קיים (ועיי' גליון 36 הערה 10 שהארכנו בדין זה). וכן הוכיחו מראיה זו המקור חיים שם ובשו"ת ושב הכהן ס' סד. אמנם המחנה אפרים מציין שם שאף שכן מוכח לפי גירסת הר"ן בביצה ושכן ההלכה, מכל מקום לדעת הראב"ד בהלכות מכירה פרק טו ה"ב שסובר שאם המוכר אמר לקונה הילך שק זה שיש בו מאה אגוזים ונמצא צ"ט המקח בטל, גם בנידון דידן אם המקח אינו במצב שאמר המוכר המקח בטל, אבל הרמב"ם חולק על הראב"ד בזה. ועיי' גליון 36 הערה 5-6 שישנם פירושים אחרים בדעת הראב"ד ולפי זה אין ראיה מדעת הראב"ד לנידון דידן. עוד מוכיחים המחנה אפרים ובשו"ת ושב הכהן שם שניתן לתקן אפילו כשהתנו בפירוש מדעת הראב"ה שנפסק ברמ"א ס' רלג "מכר לו כסף בחזקת כסף צרוף ונמצא כסף סיגים, המקח קיים... דהכל מין כסף", ומפרשים שהטעם הוא כיון שאפשר לתקן ולצרף הסיגים ולהוציא כסף צרוף. וכתבו שאף הראב"ן שמוכר בש"ך שם סק"א שחולק, אינו אלא בדבר שאי אפשר לתקן, אבל אם אפשר לתקן המקח קיים. והנתיבות שם סק"ד כתב שדברי השי"ך שהמקח בטל הוא אף אם אפשר לתקן, והטעם הוא כיון שאינו ראוי לאותו שימוש וכשיטתו במקור חיים שם.

לא התקיים¹⁶. ויש סוברים שאפילו בתנאי גמור המוכר יכול לתקן¹⁷.
5. יש שכתבו שאם עלות התיקון הוא יותר משיעור אונאה, אין המוכר יכול לתקן. ולכן הקונה מטלטלין במאה שקל, אין המוכר יכול לתקן אם התיקון עולה יותר מעשרים שקל¹⁸. ויש חולקים¹⁹.
6. במוצרים תעשייתיים שנהוג להקפיד שהמוצר ייצא תקין מהמפעל ושלא יעבור תיקון, אין המוכר יכול לתקן²⁰.
7. שוכר, או אפילו קונה שזקוק למקח מיידית, יכול לבטל את המקח,

« המשך בעמוד 8

16 כן דעת המגן אברהם לפי הבנת השו"ע הרב. עיי' בהערה הקודמת. ולדעת המקור חיים, הפרי חדש והאור שמח שהובאו שם אף אומדנא שאדם רוצה לקיים מצוות בממונו לא יועיל בתנאי מפורש, וכן דעת המהר"ם חלאווה בפסחים דף ד ע"ב ד"ה איבעיא להו.

17 בספר שער משפט ס' רלב סק"ג הקשה על המגן אברהם שכתב שבהתנה אין אפשרות לתקן מדברי הר"י מיגאש שהוכיח שאי אפשר לתקן מומין שבגוף החפץ מדין מקדש אשה על מנת שאין עליה מומין שאינו מועיל אם תתרפא (עיי' הערה 5) ולפי המגן אברהם אין ראיה שהרי בקידושין היה תנאי מפורש. ומשמע שהשער משפט סובר שמדברי הר"י מיגאש מוכח שאף בתנאי גמור ניתן לתקן, אם אין התיקון בגוף המקח. אבל מדברי המחנה אפרים ושו"ת ושב הכהן שכתבו שאף אם התנה המוכר ניתן לתקן, אין להוכיח שאף אם הקונה מתנה בתנאי גמור ניתן לתקן, שיש סברא לחלק בין תנאי גמור לבין אמר המוכר שאינו קפידא כל כך. ואף שכתבו התוספות בב"מ דף סו ע"א ד"ה פטומי שתנאי שאמר המוכר בתחילת המקח לטובת הקונה נחשב לתנאי גמור, מכל מקום עדיין מסתבר לומר שלענין תיקון יש הבדל ביניהם. וכן מחלק בחידושי מהר"ם חלאווה בפסחים דף ד ע"ב. וכן מפורש במחנה אפרים שם שבתנאי גמור המקח בטל.

18 בספר דברי משפט ס' רלב מיישב את קושיית המגן אברהם שהובאה בהערה 12, שהגמ' צריכה את הטעם של 'ניחא ליה לאיניש למיעבד מצוה בממוניה' בבדיקת חמץ ולא סגי בכך שלעולם יכול המוכר לתקן, באופן שבדיקת חמץ עולה שתי זהובים וכל השכירות עלה שלשה זהובים, יוצא שנתאנה השוכר ביותר מפלגא, והרמ"א פוסק בס' רכז סעיף כט שיש ביטול מקח באונאה בקרקע יותר מפלגא. ואף שתירוץ זה מיישב את הקושיא רק לפי דעת הסוברים שיש אונאה בקרקע ביותר מפלגא, מכל מקום במטלטלין שיש אונאה וביטול מקח לכל הדעות ביותר משות, אפשר שכל הפוסקים יסכימו עם חידושו של הדברי משפט. שהרי כשם שאם נתאנה הקונה ביותר משותות יכול לבטל את המקח אף אם המוכר רוצה להחזיר לו את האונאה, כן גם במום, אם הקונה נתאנה באמצעות המום יותר משותות יכול לבטל את המקח, אף אם המוכר רוצה לתקן את המום על חשבונו.

19 בשו"ת ושב הכהן ס' סד חולק וסובר שאין הבדל אם עלות התיקון היא יותר משיעור אונאה, ולעולם המוכר יכול לתקן. עיי' שם שמפרש הדין שנפסק ברמ"א ס' רלג "מכר לו כסף בחזקת כסף צרוף ונמצא כסף סיגים, המקח קיים" שהוא מדין שהמוכר יכול לתקן, וכתב שאין הבדל אם ההונאה תתנה או יותר משותות. וכן משמע מלשון הערוך השולחן ס' רלב סוף סעיף י שכתב "ובדבר שאינו בגוף הבית אין יכול הקונה לומר למה אני תני כי המוכר יכול לומר כן היתה כוונתי לתקן לך הכל בטוב", משמע שאין דין אונאה בכך.

20 כן פסק בשו"ת קנין תורה ח"ד ס' קנא לענין כלה שקנתה שעון כמתנה לחתן, השעון היה מקולקל והמוכר רצה לתקן, ופסק שהכלה יכולה לדרוש את כספה בחזרה בטענה שאינה רוצה לתת מתנה שעון שעבר תיקון. וכן פסק בספר פתחי חושן הלכות אונאה פרק יג סוף הערה ו' ומוסיף שלא רק כלה שקונה מתנה לחתן, אלא כל מוצר שאנשים מקפידים שלא לקנות מתוקן, הדין כן, ואפשרות התיקון הוא רק בדבר הדומה לכסף סיגים שלאחר הצירוף אינו יכול לחזור לקלוקלו. וכן מסתבר, שהרי דין מום תלוי במנהג המדינה, ואם המנהג הוא שמוצר כזה שעבר תיקון אי אפשר למוכרו כחדש וניתן לבטל את המקח מסיבה זאת, אם כן אף לאחר התיקון יהיה מום במקח. דוגמא לכך מצאנו גם בתוספות כתובות דף עד ע"ב ד"ה חכם שמסבירים את הדין שאם קידש על מנת שאין עליה מומין והיה עליה מום והתרפא על ידי רופא אינה מקודשת, משום "שאף עתה לאחר שנתרפאת היא נמאסת בעיניו כשזוכר שהיה בה מומין" וכן פסק השו"ע באבן העזר ס' לט סעיף ו' ועיי' ב"ש שם ס"ק יז שאפילו אם נתרפאה לפני שנודע המום לבעל אינה מקודשת.

בניה מתחת גינת חבירו בבית משותף

ידועים לכל דבר ודבר בפני עצמו, אבל במקום שנהגו שהמוכר כך מכר כן, הרי זה מכור, וסומכים על המנהג בין בקרקעות בין במטלטלין, וזה עיקר גדול בכל דברי משא ומתן, הולכים אחר לשון בני אדם באותו מקום, ואחר המנהג.¹ לפי זה יוצא שקבלן שמכר את הדירות, אין לו באוויר ולא בתהום כלום, הכל מכור לדיירים. ומה שיש לנו לדון הוא על חצר או גינה המוצמדות לדירה מסוימת, מה משמעותה של הצמדה זו, מה הם השטחים שהופכים להיות בבעלות בלעדית של בעל הדירה שהצמידו לו, ומה נשאר בבעלות כל הדיירים.

מחלוקת הרא"ש והרשב"א במוכר חצר

הטור בס' ריד מביא מחלוקת הראשונים במוכר חצר לחבירו אם מכר לו את כל האוויר שמעל לחצר, הרא"ש סובר שמכר לו את כל האוויר, מאחר ומוכרים לומר שמכר לו קצת אוויר, שהרי אי אפשר להשתמש בקרקע החצר ללא אוויר מעליו, ולא מוגדר עד לאיזה גובה מגיע האוויר שמכר לו, לכן אומרים שמכר לו את כל האוויר, אולם לא את העומק. והרשב"א סובר שאף בחצר לא מכר את האוויר רק עד גובה כותלי החצר, ובחורבה – סובר הרשב"א – כיון שעשויה להיבנות יש לו באוויר כגובה של בית רגיל, ובגינה וזכרם מודה הרשב"א שקנה את כל האוויר, כיון שהם מיועדים לגידולי קרקע וחייבים שהאוויר ישאר פנוי בהכרח לומר שהמוכר לא שייר לעצמו זכות לבנות מעל הגינה או הכרם. שתי דעות אילו הובאו בשו"ע ס' ריד סעיף ד וסעיף ה והרמ"א הכריע כדעת הרא"ש, שאף בחצר קנה את כל הגובה.

לפי זה היה אמור להיות שהקונה דירה עם חצר צמודה לדירה והשימוש בחצר הוא לבעל הדירה בלבד, יש לו לדעת הרא"ש את כל האוויר מעל החצר. ובמקרה שיבנה תקרה מעל חלק מהחצר ויספח אותו לדירתו, יוכל לדרוש תשלום על השימוש בשטח, מכל שכן שבא לבנות מעליו, כיון שכל האוויר שלו.

בזמנינו חצר מוצמדת אינה כוללת בעלות לכל הגובה

אבל נראה שבזמנינו הרא"ש יודה בחצר המוצמדת לדירה בבית משותף שאין לבעל החצר בעלות רק עד גובה תקרת הדירה. והטעם הוא, שהרי מקובל בבית משותף שיש בו אפשרות הרחבה שכל אחד מהדיירים בבנין בונה כנגד דירתו ומרחיבה, בענין שאינו מזיק לאחרים ולא פוגע בזכויותיהם. ואם כן כאשר מצמידים חצר לאחת מן הדירות אין זה כדי לשלול את הזכויות של שאר הדיירים, אלא לתת לבעל החצר זכויות בשטח החצר עצמה כנגד דירתו, וכדי שתשמש לו לתשימי חצר. ואף הרא"ש סובר שיש לבעל החצר עד רום רקיע, אינו אלא מטעם שגבולות אוויר החצר אינן מוגדרות. אבל בזמנינו ניתן להגדיר את הגבולות שכל דייר מרחיב כנגד דירתו ולא יותר.

לאידך גיסא, היה מקום גם לומר שאף הרשב"א סובר שקונה חצר יש לו אוויר עד כותלי החצר, מכל מקום בחורבה העתידה להבנות כתב שיש לו עד גובה בית, ובגינה וזכרם כתב שיש לו כל הגובה, שהכל תלוי בדרך השימוש, ואם כן בחצר בזמנינו שאין לה תשימי קבוע, אלא יש המשתמשים בה כמקום לשתילת דשא ועצים, יש המשתמשים בה כעין מרפסת ויש הבונים בה תוספת לדירתם. אם כן היה מקום לומר שיש לו את כל האוויר, כיון שיש בחצר גם תשימי של עצים, והרי זה דומה לגינה שיש לה כל הגובה.

אולם באמת נראה שכל דברי הרשב"א בגינה וזכרם הם בגלל שכל השימוש הוא לצמחים הדורשים אוויר ואור, לכן אומרים שהמוכר מכר גם את האוויר. אבל כאשר ישנם מספר אפשרויות של שימוש, והשימוש לעצים או דשא אינו השימוש היחיד, ובפרט שמקובל שכל דייר בונה כנגד דירתו, יש לומר שאין לבעל החצר אלא שיעבוד שלא למנוע ממנו את השימוש שהוא מעוניין בה, אבל לא בעלות על כל האוויר.

שאלה:

רבים השואלים, כיום שבבניינים רבים ניתנת האפשרות לתוספות בניה, מהם הזכויות של כל דייר בבנין וכיצד דנים בזה בני הדין. במאמר זה נתייחס למקרה בו יש לכמה דירות בבנין גינה המוצמדת לדירתם, לא רק לדיירים בקומת הקרקע, אלא גם לדירות נוספות, מאחר והבנין בנוי על שיפוע ההר. ואחד הדיירים, בעל גינה פרטית רוצה לבנות חדר בגינה ואף לחפור קומה מתחתיה ולבנות שם מחסן. לעומתו, השכן שגר מתחתיו רוצה אף הוא להרחיב את דירתו ולבנות מתחת לגינה של העליון כנגד דירתו. בעל הגינה טוען שהגינה היא שלו עד התהום, ואילו היה נוטע שם עצים לא יוכל התחתון לבנות שם כלום. התחתון טוען שלכל אחד יש את הזכות לבנות במפלס של דירתו.

תשובה:

דייר שיש לו חצר או גינה צמודה יכול לעכב על דיירים מלבנות בצורה שתוספת הבניה תזיק לשימוש שיש לו בחצר או בגינה. אבל הבעלות בשטחים שמעל ומתחת מפלס דירתו היא של כל הדיירים במשותף. ואם בעל החצר או הגינה הרחיב את דירתו לשטח זה, שוב אינו יכול למנוע משאר הדיירים להשתמש מעל או מתחת לחצר או הגינה בכפוף לזכותם מצד השותפות.

מקורות

הקונה בית לא קנה עומק ורום

ראשית נקדים להביא את דין הגמ' והפוסקים ולאחר מכן נדון האם בזמנינו הדין שונה מצד המנהג.

בב"ב דף סג ע"ב מבואר שהמוכר בית לחבירו לא מכר את האוויר מעל הבית, ולא את התהום מתחת, אלא אם כן כתב במפורש שמוכר גם הגובה והעומק. וכן נפסק בשו"ע ס' ריד סעיף ד "אם לא כתב לו עומק ורום כלל, אלא מכר הבית סתם, אין לו באוויר שעל גג הבית ולא למטה ולא כלום".

לפי זה היה אמור להיות שהקונה דירה מקבלן אין לו אלא דירתו בלבד, לא האוויר שמעל הגג ולא התהום שמתחת לבנין, ואם הדיירים יוסיפו דירות על הגג או יחפרו מתחת לבנין ויוסיפו מחסנים וכדומה, הרי הם של הקבלן.

בזמנינו קבלן המוכר דירות אינו משייר לעצמו כלום

אולם היום קבלן המוכר דירות, אינו רשאי – לפי החוק – לשייר לעצמו כלום, אלא מוכר את כל קרקע, את הגובה ואת התהום לכל הדיירים, והחוק מסדיר בין הדיירים, מהם החלקים שנמצאים בבעלותם של כל דייר לעצמו ומהם החלקים שהם רכוש משותף, כלומר בבעלות כל הדיירים בשותפות. רוב רובם של הדירות הנמכרות היום הן בבתים משותפים, [ובהם דן מאמר זה] והקבלן מתחייב בחוזה המכר לרשום לדיירים את חלקם בחלקה בטאבו או במנהל מקרקעי ישראל, וכן לרשום את הבית כבית משותף בפנקס בתים משותפים, ולציין את החלקים שהם בבעלות כל דייר לעצמו ואת החלקים המשותפים.²

גם אם הקבלן לא התחייב בחוזה המכר לרשום את הבנין בפנקס בתים משותפים, הדין כן מצד מנהג המדינה. ההלכה היא שכל הדיינים המבוארים בגמ' ובפוסקים מהלכו במקום ומה אינו כלול אינם רק במקום שאין מנהג, אבל במקום שיש מנהג המנהג קובע. וכמבואר ברמב"ם ובשו"ע ס' רטו סעיף ח וז"ל: "אף במוכר ולוקח אין כל אלו הדברים האמורים וכיצא בהם אלא במקום שאין שם מנהג, ולא שמות

1 ענינים קשורים לחוקי המדינה במאמר זה נבדקו ע"י כותב המאמר עם מספר ע"ד העוסקים בתחום זה, נכתבו על דרך הכלל ואינם מתייחסים למקרים חריגים.

ולהלן נוכיח יסוד זה.

ולפי זה נראה שכל זמן שאין בעל החצר בונה בה, אין הדיירים העליונים רשאים לבנות מעל החצר, כיוון שהאוויר משועבד לבעל החצר לצורך גינה אשר מצריך את האוויר מלמעלה, אלא אם כן הדייר העליון רוצה להוציא מרפסת ללא עמודים באופן שאין מפריע לתשמישי החצר. אבל אם בעל החצר הרחוב את דירתו לשטח החצר, הרי ניצל את השטח שבבעלותו ובניה מעליו כבר לא תזיק, שוב יכולים הדיירים העליונים להרחיב מעליו מבלי לפצות אותו על כך, כיון שהשטח שמעל הבניה בחצר הוא רכוש משותף.

ובפרט שלפי החוק המובן הוא כי החלק המוצמד לדירה מבחינת בעלות הוא החלק כנגד הדירה בלבד.

בניה מתחת לגינה שנמכרה

לגבי מוכר כרם אם יכול לבנות מתחתיו הביא הבית יוסף בס' ריד סעיף ה מחלוקת הראשונים, הרא"ה סובר שהקונה קנה גם הקרקע לכל עומק הכרם, כיון שהשורשים יונקים אף ממימי התהום, והבניה מתחתיה תזיק לשורשים. והרשב"א סובר שלא קנה את העומק עד שיפרש המוכר. בשו"ע שם סעיף ד נפסק כדעת הרשב"א שהקונה לא זכה בכל העומק, ועוד נראה שבזמנינו לכל הדעות לא קנה את כל העומק של הגינה, מהטעם שביארנו לעיל, שאין החצר או גינה מיועדים לעצים בלבד, אלא משמש גם עבור תוספת בניה, אין לבעל הגינה קנין גמור בכל העומק אלא שעבוד בלבד שלא להזיק ל'.

אם זכות למנוע את המוכר משימוש במקום מסוים מוכיחה שהוא כלול במקום

אמנם, יש לעיין בטענת בעל הגינה שיכול למנוע את הדיירים האחרים מלבנות, כיון שאם יבוא לטעת עצים יוכל למנוע מכל הדיירים מלבנות מתחת לגינה ומעליה, וזכות עיכוב זו מוכיחה שקנה לכל הגובה והעומק, ואף אם יבוא לבנות תוספת לדירתו בגינה, לא פקע בעלות בגובה ובעומק.

ונראה להוכיח שלא בכל מקרה שיש לקונה טענה נגד המוכר לעכב עליו מלבנות, הרי זו הוכחה על בעלותו. הנה קונה בית שמבואר בגמ' שהעומק והרום נשארים בבעלות המוכר, מכל מקום כתב הטור שם בשם הר"י מיגאש וז"ל: "וכן כתב הר"י יוסף הלוי שאין המוכר יכול לחפור תחת הבית כדי שלא יזיק וא"כ מה תועיל למוכר שיוור עומקא ורומא, שאם חפר הלוקח בורות שיחין ומערות הרי הן של מוכר". הרי שאף שהקונה יכול למנוע את המוכר מלבנות, מכל מקום הבעלות על העומק והגובה הוא של המוכר.

אולם לענין מוכר שדה וכרם כתב הבית יוסף בשם הרשב"א שמכר את כל האוויר מעליו, כיון שאין המוכר יכול לבנות שם שלא יזיק לנטיעות, והרא"ה מוסיף שהקונה זוכה אף בקרקע עד לתהום כדי שלא להזיק ליניקת השורשים. ולכאורה לפי מה שהבאנו מהר"י מיגאש אפשרות למנוע מלבנות אינה מקנה זכויות בנסכ. והרא"ה

2 ואף שיש מקום לחלק בין המבואר בראשונים לגבי מכירת חצר שמדובר שהמוכר משאיר לעצמו את העומק לבין נידונינו שהקבלן מוכר בדרך כלל את כל הדירות, ואינו משאיר לעצמו כלום, ואולי באופן זה מוכר לבעל החצר את כל העומק, כיון שאינו חושש לשייר. אולם נראה שאינו כן שהרי המוכר את חלק החיצוני בשדה ושייר את החלק הפנימי לעצמו, צריך ליקח לו דרך שאמרין שמכר הכל ולא שייר לעצמו, אבל כשמכר את הפנימי ושייר את החיצון, אמרין שמכר בעין יפה ונתן לקונה גם דרך. וכאשר מכר לשניים ביחד דינו כשייר לעצמו את הפנימי, והיינו שלא נתן לפנימי דרך על חשבון האחר. ואם כן לכאורה גם כאן לא אמרין בגלל שהוא מוכר הכל ייתן ביד רחבה לאחד על חשבון השני, אלא כיוון שמוכר לשנים אין אחד פוגע בזכות חבירו ואין נותן לאחד יותר מחבירו. ועדיין יש לחלק בין דרך הלוקחת בפועל ממה שמכר לחיצון לבין אוויר ועומק שאינו פוגע בדיירים האחרים מלהשתמש בדירתם, אלא מונע זכויות בניה עתידיות. אולם כיוון שעל כל פנים המנהג הנובע מהחוק הוא שהעומק והרום שייך לכל הדיירים הרי שבכל ענין אין לבעל החצר זכויות קניניות בעומק ורום.

והרשב"א כתבו שמכר סברא זו הרי זה נכלל בכלל המכירה. ולא מצינו שיש בזה מחלוקת, גם בבית יוסף אינו נראה שיש סתירה בין הדינים ושניהם הובאו בשו"ע.

לכן נראה שבשדה וכרם שעומדים לעצים ונטיעות וזהו ייעודם, אין המוכר עומד לבנות שם, לא מעליהם הרשב"א ולא מתחתם לרא"ה, לכן מסתמא נכלל במכירה ותולים שהמוכר לא התכוון לשייר חלקים אלו לעצמו. וכן הוא לשון השו"ע "שאין עשוי לבנות על גבו ואינו משייר", מה שאין כן בבית שיש שחופרים בו מתחת או בונים עליה מעל, אומרים שאף שאין המוכר יכול לבנות ללא הסכמת הקונה, מכל מקום משייר לעצמו על הצד שבעתיד תהיה לו אפשרות שימוש.

ולפי זה נראה בחצר או גינה מוצמדת, ששכיח שבעתיד ישתנה התב"ע ויבנו בשטח זה, שאין לבעל החצר זכויות קנייניות מעל גובה החצר ומתחתיו, רק זכויות שימוש ומניעה מאחרים לבנות כל זמן שתזיק לו. ולכן לאחר שבנה בעל החצר יכולים גם העליון והתחתון לבנות. מה גם שהמנהג מכח החוק כך הוא.

בניה על רכוש משותף

חשוב להדגיש שאף לאחר שבנה בעל החצר, לא הפך להיות המפלט מעליו לקניינו של השכן מעליו, אלא שטח זה הוא חלק מרכוש המשותף ולכל הדיירים יש חלק בו כפי חלקם ברכוש המשותף. אלא שיש נידון אם הקרובים לשטח זה שיכולים לבנות ולספח לדירתם יכולים לטעון נגד שאר הדיירים, שהם רשאים לבנות מדין 'כופין על מדת סדום', או ששאר הדיירים יכולים לעכב עליו.

מצאנו בהלכה דוגמאות שמתירים לאדם להשתמש ברשותו של חבירו בעל כרחו, כשאין בשימוש זה הפרעה. בשו"ע סי' קנג סעיף יג נפסק שמותר לאדם להניח סולם של שלוש שליבות בחצר חבירו כדי לעלות באמצעות הסולם לעליה, ואין בעל החצר יכול לעכב על בעל הסולם "שהרי אומרים לו אין לך הפסד בזה, כל זמן שתראה תטלנו". מקור דין זה הוא מהרמב"ם, הטור חולק עליו וסובר שלא ניתן לכופף על בעל החצר להרשות לבעל העליה לעלות דרך חצירו, אבל הרמ"א שתק ולא חלק על המחבר שפסק מהרמב"ם. וכן כתב הרמ"א שם בסעיף ה לענין הוצאת זיזים מעל חצר חבירו כשאין חשש שחבירו יזקק מהם.

האם כופין על אדם לתת מחלקו לאחר כשאינו מפסיד כלום

אולם שם הוא רק השתמשות בשל חבירו שמשתמש באווירו או במקומו אבל אינו לקיחת רשותו כשאין מפריע לו. וכן משמע בעליות רבינו יונה ב"ב דף צט גבי לקיחת דרך הרבים שאין שייך 'כופין על מדת סדום' בלקיחת גוף הקרקע. וכן מצאנו בפוסקים שאין כופין אדם לוותר על שלו אף כשאין לו מה לעשות עם שלו וכפי שעולה מדברי שו"ת מהרשד"ם ב סי' תט ובסי' תסד לענין החלפת דרך השותפין בחצר כשאין להם שום הבדל. וכן כתב דבר פשוט בשו"ת שבט הלוי ח"ח סי' רצט וז"ל: "אולם בדבר הספק האם שייך בכה"ג לכפות מדין כפי' על מדת סדום – לדידי פשיטא לי דלא שייך כופין על מדת סדום שיוותר אדם על מה ששייך לו, ואינו דומה לסוגית ב"ק כ' ושו"ע חו"מ סי' שס"ג, ואינו דומה להאי דב"ב י"א ע"ב שהפנימי יסתום המבוי, כאשר הרגיש הכותב בעצמו דמבוי אינם בעלים גמורים. וכן אינו דומה כלל להאי דב"ב י"ב ע"ב דבמקום שכ"א יש לו ומקבל רק האחד רוצה שיתנו לו קרוב למים או לשאר נכסיו, - אבל אין שום טעם שיוותר אדם על שלו ממש מטעם כופין על מדת סדום".⁵

«המשך בעמוד 8

3 הערת המערכת: בגליון 24 נדפס שיעורו של הגר"ש זעפרני שליט"א שהביא באריכות כל דעות פוסקי זמנינו לענין בניה בחללים. ובגליון 28 נדפס שיעורו של הגר"מ שפרן שליט"א לענין תשלומי איזון.

4 אמנם, שם מייירי בהחלפת דבר שכעת משתמש בו רק שאין לו נפק"מ בהחלפה, אבל במה שאין משתמש כלל אין ראייה משו"ת מהרשד"ם שאין כופין.

5 עיין עוד בשו"ת נודע ביהודה תנינא סי' כד שכתב בתחילה דבר פשוט שלקחת דבר מהשני ממש אף שאין מזיק או מפסיד לו פשוט שאינו חייב להסכים, ואינו מידת סדום, אולם אח"כ הביא דברי המרדכי והרמ"א בס' שסג שמשמע שהו' מידת סדום, וכתב שכל זה אינו אלא להרמב"ם (עיין שו"ע סי' קעד סעיף א) אבל להרא"ש

תשלום דמי שדכנות בהלכה מתוך שיעור שנמסר ביום עיון כח תשרי תשע"א

מאמר ב' – כשיש כמה שדכנים

הקדמה: בגליון הקודם הארכנו לבאר בס"ד מקור חיוב תשלום דמי שדכנות, גובה התשלום, זמן התשלום ועל מי חל החיוב. במאמר זה נעסוק במקרה שהיו מעורבים כמה שדכנים בשידוך אחד. מקרים כאלו מצויים מאוד בשידוכים ורוב השאלות והתביעות לדמי שדכנות הם קשורים לנושא זה.

השידוך¹.

שינוי המנהג לענין שיש 'אמצעי'

במשך הדורות השתנה המנהג שיש לחלק לשלשה חלקים, וכמו שכתב בספר עטרת צבי שם ס"ק יז "אבל ראיתי נוהגים שמחלקים לג' חלקים, שליש למתחיל, שליש לאמצעי שליש לגומר". וכן כתב בשו"ת נודע ביהודה תנינא חו"מ ס' לו. וכן כתב בשו"ת שב יעקב חו"מ ס' יג ובשו"ת ר' טיאה ווייל חו"מ ט' ט שכן היה המנהג בפראג על פי תקנות המהר"ל מפראג שחילקו את השדכנות לשלשה חלקים: מתחיל, אמצעי וגומר, והיו נותנים למתחיל שליש, ואם היה מתחיל רק מצד אחד היה מקבל רק שישית. אמנם, בשו"ת שאילת שלום תנינא ס' פב כתב שמציע מצד אחד אינו מקבל כלום. אבל בשו"ת הליכות ישראל ס' ל כתב שהמנהג בזמנינו שנותנים שליש מצד אחד. וכל זה רק במציע, אבל על 'אמצעי' כתוב בתקנות מהר"ל מפראג שצריך דוקא שיהיה 'אמצעי' משני הצדדים.

שינוי המנהג לענין גדר 'מתחיל'

כמו כן, גם לענין התקנה שהמתחיל חייב לדבר אל הצדדים מסכום הנדוניא ולקבל תשובה, השתנה המנהג, והמציע השידוך או העסק, באופן שקודם הצעתו לא עלה על דעת הצדדים להתקשר ביניהם, נקרא 'מתחיל' אף אם לא נכנס בפרטים נקרא מתחיל. אבל אם גם בלעדי המציע היה הענין ידוע, אין המציע נקרא 'מתחיל' אלא אם נכנס גם בפרטים ואף השווה ביניהם בפרט מסוים. וכן כתב בפתחי תשובה שם בשם שו"ת שב יעקב חו"מ ס' יג וכן כתב בערוך השולחן שם וז"ל: "ומתחיל נקרא מי שהציע השידוך או העסק באופן שקודם הצעתו לא עלה ע"ד הצדדים להתקשר, ואז אף אם לא עסק בהפרטים נקרא מתחיל. אבל אם גם בלעדו היה הענין ידוע אין זה מתחיל כלל אם לא שנכנס בהפרטים ובאיזה מהפרטים עשה השואה ביניהם ואף שאח"כ היה איש אחר שגמר מ"מ נקרא מתחיל לפי שעסק בהפרטים ואם גם אחד מפרטיו לא נתקיים אינו מתחיל כלל". וכן כתב בשו"ת בצל החכמה ח"ג ס' י, ומוסיף לבאר את הטעם שלא ניתן לדרוש היום מהמציע לדבר על הנדוניא וז"ל: "שבזמנינו הרבה פעמים מקפידין הצדדים שהשדכן לא ידע את כל הפרטים שהתנו ביניהם, ובמיוחד מקפידים שלא ידע את הסכום שעל כל צד ליתן".

נמצא שהיום 'מתחיל' – היינו כל מי שהציע את רעיון השידוך לצדדים, יקבל שליש מהסכום הנהוג לשלם על שידוך, אף אם לא נכנס לדבר על פרטי הנדוניא. ואם הרעיון היה ידוע לכולם אינו נקרא מתחיל, אלא אם השווה את הצדדים בפרט מסוים.

ופשוט שדוקא אם הצדדים התחילו לשקול את ההצעה ולחשוב עליה, יקבל שליש. אבל שדכן שמציע וההצעה לא גרמה לצדדים לחשוב עליה, לא יקבל שליש. וכל שכן אם הבחור עדיין אינו בגיל השידוכין, אלא שהשדכן רוצה להקדים ולתפוס את כל ההצעות כדי שהוא יהיה המתחיל ונותן רשימה של הרבה שמות (וכפי שמצוי בחוגים שמשדכים בדרך כלל בין עצמם), אינו נקרא 'מתחיל'.

הגדרת 'מתחיל' 'אמצעי' ו'גומר'

כידוע, בכל שידוך שמעורבים בו כמה שדכנים הפעולות מתחלקות בין שלושה שדכנים 'מתחיל' 'אמצעי' ו'גומר'. 'מתחיל' הוא המציע השידוך לשני הצדדים. 'אמצעי' הוא הממשיך במשא ומתן בין שני הצדדים על עניני הכספים, מקום הדיור, סגנון הלבוש וכדומה. וה'גומר' הוא המסיים בסיכום כל הענינים ומשכנע את הצדדים לגמור את השידוך. לפעמים גם יכול להיות שפעולה אחת מתוך שלוש אלו תתחלק בין שני שדכנים, וכגון ששנים הציעו, או שיש שני שדכנים שכל אחד עבד עם צד אחר.

גובה התשלום מעיקר הדין עבור עבודה חלקית

והנה מעיקר הדין בכל פעולה או טובה שאדם עושה לחבירו והוא חייב לשלם לו מדין 'יורד' או מדין 'נהנה', משלמים לו כמו משלמים לפועלים בעיר שעושים מלאכה זו. אם כמה אנשים עשו פעולה אחת יחד, יש לשלם לכולם יחד כשם שמקובל לשלם לאחד שעושה מלאכה זו, וכל העובדים יתחלקו ביניהם בכסף וכל אחד יקבל כפי חלקו היחסי בעבודה. ולדוגמא אם כמה אנשים ירדו לתוך שדה של אחר, אחד חרש לפני הזריעה, אחד זרע, אחד חרש לאחר הזריעה ואחד השקה את השדה. אם נהוג לשכור פועל לכל עבודה בנפרד, יצטרך בעל השדה לשלם לכל אחד כפי הנהוג. אבל אם נהוג לשכור פועל אחד לעשות את כל העבודות, ובדרך זו יוצא יותר זול מאשר לשכור פועל אחד לכל עבודה, יצטרך בעל השדה לשלם לכולם יחד כפי שנהוג לשלם לפועל שעושה את כל העבודות, והם יתחלקו ביניהם כפי ערך עלות כל עבודה בנפרד.

כמו כן בשידוכים, אם אחד הציע בלבד, יש לבדוק כמה היו משלמים עבור הצעה בלבד (אם ההצעה תצא לפועל). וכן בשידוך שעלה על דרך המלך ויש צורך לגמור כמה נקודות בלבד, יש לשלם כפי מה שהיו משלמים לשדכן שיגמור שידוך כזה. כיון שבדרך תשלום זו יהיה קשה לשער בכל שידוך בנפרד כמה לשלם לכל שדכן שיהיה מעורב, תיקנו הקדמונים תקנות רבות כיצד לחלק בין השדכנים.

תקנת ד' ארצות בגדר 'מתחיל' ושאין 'אמצעי'

התקנות הראשונות היו ששכר השדכנות יתחלק רק לשנים, למתחיל ולגומר, חצי חצי, ולא לשלש כמו שנהגו אחר כך, וכמו שכתוב בשם פנקס ד' ארצות (פנקס ליטא) אות לד (הובא בפתחי תשובה סוף ס' קפה) כמה תקנות.

א. המתחיל והגומר יש להם בשדכנות ואין לאמצעי כלום.

ב. המתחיל הוא רק מי שהציע לצדדים סך הנדוניא והצדדים ישיבו על דבריו.

ג. שכר השדכנות הוא מכל מאה שאק (מטבע ליטאי) מקבל השדכן מח גרוש (מטבע פולני).

בהתחלה היה השדכן מקבל אחוזים מהנדוניא בלבד, אחר כך תיקנו שיתנו שכר שדכנות גם מהתכשיטים שהכניסה הכלה. (היום המנהג הוא לשלם לשדכנים סכום קצוב, ללא קשר עם סכום הנדוניא.)

לפי תקנות אלו מציע רעיון שלא נכנס לפרטי הנדוניא אינו מקבל כלום, שאין מקבלים שכר על הצעת רעיונות בלבד ללא פרטים מעשיים. כמו כן, אין מקבלים שכר על פעולה של 'אמצעי' אף על פי שסייע לקרב את הצדדים, אלא רק על גמר

1 בטעם הדבר שלא היו משלמים על אמצעי, יכול להיות שכיון שגם המתחיל היה צריך לעסוק קצת בקירוב הצדדים, לכן תיקנו שעל קירוב דעת נוסף בלבד אין משלמים. כמו שבזמנינו לא משלמים לר"מ בשיבה שהמליץ טוב על הבחור, שהרי כל אחד מבין שעל קירוב הדעת כזה לא משלמים שכר.

מיהו 'אמצעי' ומה נדרש ממנו לעשות

'אמצעי' הוא "מי שמקרב דיעות המחוטנים בדבר הנדוניא וכדומה", או "מי שמקרב הצדדים שיהיו ראויים להתחתן מצד מעלתם ומצד עושרם וייחוסם וטיב העלם" (לשון שו"ת אבני נזר חו"מ סי' לו). כמו כן אם יש לצדדים חילוקי דעות או שבמשפחתם נוהגים מנהגים בענין הלבוש וכדומה וצריך לפשר ביניהם, גם העושה תפקיד זה נקרא 'אמצעי'.

אמנם כדי להיות בגדר 'אמצעי' צריך לפתור בעיות הקיימות אצל הצדדים המונעות גמר השידוך, לשכנע ולהסיר 'חסמים', ורק העושה כן נקרא 'אמצעי'. אבל המספק מידע לצדדים, בין מידע על המשפחה ובין מידע על הבחור או הבחורה. וכגון משגיח בישיבה שעונה על שאלות שצד הכלה שואל אותו על הבחור, אינו בגדר 'אמצעי' ולא יקבל על כך שום שכר. ורק אם המשגיח עבד לשכנע את השואל וסילק דעות קדומות שהיה לצד הכלה על הבחור, הוא מוגדר כ'אמצעי'.

כמו כן אם צד החתן הגיע להסכמה עקרונית על השידוך, אלא שרצה לדעת מה הם התנאים הכספיים, התבייש לשאול לצד הכלה ישירות, ולכן ביקש משדכן שילך ויברר זאת אצל צד הכלה, השדכן העביר את התשובה ולאחר מכן המשיכו הצדדים בעצמם בכל המשא ומתן עד שגמרו את השידוך. השדכן הזה ששאל את צד הכלה והעביר את התשובה, אינו נקרא 'אמצעי', שהרי לא עבד כלל לשכנע את אחד הצדדים לתת יותר או לוותר יותר, כל פעולתו היתה העברת מידע בלבד, ולכן אינו נקרא 'אמצעי'.

וכן אם הצדדים ידעו מהצעה מסוימת, צד אחד שלח שדכן לברר אצל הצד השני אם הוא מסכים לשידוך, ולאחר ששמעו שיש הסכמה עקרונית המשיכו לבד את כל השידוך, גם כן אינו מוגדר כ'אמצעי'. כמו כן סידור טכני של מועד ומקום פגישה בין הצדדים אינו מוגדר כפעולת 'אמצעי'.

שכר 'אמצעי' – שלישי או דבר מועט

הבאנו לעיל מנהג פראג לתת שלישי 'אמצעי', מנהג זה אינו מוסכם על כל הפוסקים בכל המקומות. הערוך השולחן בסוף סי' קפה כתב "האמצעיים לא יטלו כלום, דמדינא העיקר הוא הגומר, והמתחיל כיון שהציע את הענין ראוי לבוא על שכרו גם כן, אבל האמצעי מה עשה, ומכל מקום נהוג עלמא ליתן חלק קצת גם לאמצעי". וכן כתב גם באבן העזר סי' נ סעיף מב "המנהג שהמתחיל נוטל מחצה והגומר מחצה, ומי שעסקו באמצע מדינא אין להם כלום, ומכל מקום המנהג ליתן גם להם דבר מה כי אין ביכולת להעמיד זה על קו הדין". גם בספר פתחי חושן שכירות פרק יד הערה י כתב כדברי הערוך השולחן שנותנין רק מהוה לאמצעי. אבל בשו"ת אבני נזר חו"מ סי' לו הביא את שני המנהגים אם ה'אמצעי' מקבל שלישי או שאינו מקבל כלום.

'מתחיל' או 'גומר' שהוא גם 'אמצעי'

והנה היום יש הרבה מקרים שאחד הצדדים את השידוך ולא המשיך לעבוד עליו, ושדכן אחר נכנס והתעסק בכל המשא ומתן שבין הצדדים עד גמר השידוך. והעולם נוהגים במקרה זה שהמציע מקבל שלישי והשני מקבל שני שלישי. וטעם מנהג זה הוא שהשני בדרך כלל עשה גם את עבודת קירוב דעת שבין הצדדים וגם את גמר השידוך, ולכן מקבל את חלק ה'אמצעי' ואת חלק ה'גומר'. וכן כתב הגאון רבי מנדל שפרן שליט"א בקובץ הישר והטוב חלק ז. ולפי זה יכול גם להיות מקרה הפוך שהמציע גם קירב את דעות הצדדים והביא אותם להסכמה עקרונית, אלא שמחמת איזו סיבה לא נגמר השידוך, ובא שדכן אחר והסיר את המניעה וגמר את השידוך בלי הרבה משא ומתן בין הצדדים. במקרה זה הראשון יקבל שני שלישי, חלק ה'מתחיל' וחלק ה'אמצעי', והשני יקבל שלישי, כיון שהוא עשה את פעולת ה'גומר' בלבד.²

2 אבל בספר משפטי התורה ח"ב סי' לב כתב שבכל פעם שיש שני שדכנים מקבל ה'מתחיל' שלישי וה'גומר' שני שלישי ולא חילק בין אם ה'מתחיל' קירב דעת הצדדים, או ה'גומר'. וצ"ע.

ואם יש כמה אנשים שעשו פעולת 'אמצעי', שעבדו לשכנע ולקרב דעות המחוטנים, כגון שאחד סידר את הנושא של הנדוניא ואחד סידר את הנושא של היחוס וכדומה, הרי כולם עשו את העבודה של ה'אמצעי' ויתחלקו ביניהם בשליש של ה'אמצעי', אבל ה'מתחיל' וה'גומר' יקבלו את חלקם, היינו כל אחד שלישי, שהרי השדכנים באמצע עשו רק את העבודה של ה'אמצעי' ולכן יתחלקו ביניהם רק בשליש.

כשהציע את הבחור לבת הגדולה והשידוך נעשה עם הצעירה

לפי האמור שהגדרת 'מתחיל' ו'אמצעי' תלויה שמהות הפעולה, יכול גם להיות מקרה שפעולת ה'אמצעי' קדמה לפעולת ה'מתחיל'. וכמו שנשאל בשו"ת אבני נזר חו"מ סי' לו על שדכן שהציע לגביר אחד שידוך עבור בנו עם בת גביר אחר ועשה את כל הפעולות וקירב דעתם, ולא עלתה בידו שידוך זה שאבי הבת שידך את בתו עם חתן אחר, אך להגביר הזה היה בת יותר צעירה ובאו אח"כ שדכנים אחרים ושידכו את הצעירה עם הבחור הראשון. ועתה תובע גם השדכן הראשון שכר שדכנות כי פעולתו היתה ניכרת שעיקר הדבר שיהיו ראויים להשתדך מצד מעלתם עושרם וייחוסם וכו' וזוהי הרי קירב דעתם. והשיב האבני נזר שהשדכן הראשון הרי לא התחיל בשידוך עם הבת הצעירה כלל ורק קירב דיעות המחוטנים ואם כן אינו רק 'אמצעי' ומגיע לו שלישי לנוהגים לתת ל'אמצעי' שלישי, ואף שה'אמצעי' הוא לפני ה'מתחיל', שהרי קירב את המחוטנים לפני שעלתה ההצעה השניה, מכל מקום השדכן הראשון עשה את פעולת הקירוב ודינו כ'אמצעי'.

וכתב שם עוד חידוש שצד הכלה אינו צריך לשלם כלום לשדכן הראשון, רק צד החתן צריך לשלם שלישי מחלקו "שהרי זה פשוט שחייב שדכנות חל על החתן ועל הכלה כי להם עשה את הטובה רק שהמחוטנים משלמים עבורם, ובנידון ידון שלא נתכוין השדכן הראשון לעשות טובה לצעירה, כי נתכוין לגדולה, ובגרמא נעשה טובה לצעירה, אין מגיע לו ממנה כלום". והיינו שאף קירוב דיעות הצדדים הוא להנאת החתן והכלה, והכלה לא נתחייבה כלום כיון שהוא לא עשה את העבודה בשביל הנאתה, אלא בשביל הנאת אחותה, והעושה פעולה להנאת אחד ובסוף נהנה אדם אחר ממנה, אין השני חייב לשלם עבור ההנאה, ורק החתן נתחייב לשלם עבור קירוב הדעת שנעשה לו לשידוך הזה.

ויש מקום לדון בדבריו, על פי מה שכתבנו במאמר הקודם בשם ספר ערך ש"י שפעולת השדכנות היא גם טובה להורים, וההורים משלמים עבור הנאת עצמם, אם כן עבודת השדכן הראשון היתה אף להנאת אבי הכלה וגם הוא נהנה בסוף מקירוב הצדדים שעשה השדכן, ויצטרך גם הוא לשלם לשדכן כמו צד החתן. וצ"ע.

אם השדכן רק הציע את השידוך ואח"כ גמרו הצדדים עצמם ביניהם את השידוך

גם נראה פשוט שאם לאחר שהשדכן הציע את השידוך לשני הצדדים גמרו הם בעצמם את כל השידוך, והשדכן לא עשה כלום לאחר ההצעה, אלא המחוטנים, יצטרכו לשלם לשדכן את כל דמי השדכנות, כיון שלא היו צריכים להגיע לשדכן 'אמצעי' ו'גומר', נמצא שהראשון הציע הצעה כל כך טובה שנכלל בה גם פעולת קירוב הדעות וגם פעולת הגמר, ולכן יש לשלם לו את כל הסכום. וכמו ביורד לתוך שדה חבירו שיזרע את הזרעים באופן כל כך טוב שאין צריך יותר לחרוש לאחר הזריעה, יצטרכו לשלם לו את השכר של כל פעולות הזרע והחורש יחד כיון שבפעולתו נכללים שניהם.

במאמר הבא נכתוב בס"ד על מקרה ששדכן אחד הציע שידוך ומעוניין להמשיך לעבוד עד גמר השידוך, אם מותר לשדכן אחר להתערב ולנסות לגמור את השידוך, אם מותר לצדדים לבקש משדכן אחר לגמור וכמה יש לשלם במקרה כזה למציע. וכן נכתוב על משך הזמן שיכול לעבור בין ההצעה לגמר השידוך ועדיין יהיו חייבים לשלם למציע ועל דין קרובים שסייעו לשידוך.

אבל אם הוא מטיל את התפקיד על הקונה ומוכן לשלם את ההוצאות והקונה מסרב לטפל בעצמו²², או אפילו אם המוכר בעצמו מזמין את שרותי התיקון אלא שהוא מבקש מהקונה שישלם עבור התיקון והמוכר יחזיר לו את ההוצאות לאחר מכן²³, הקונה יכול לבטל את המקח.
9. יש מהפוסקים שסוברים שאם ניתן לתקן את הפגם, הקונה יכול לכוף את המוכר לתקנו²⁴.

22 בדרך זו מיישב בספר אולם המשפט סי' רלב סעיף ה את קושיית המגן אברהם שהובאה בהערה 12, שאלמלא שבדיקת חמץ היא מצוה, היה השוכר יכול לסרב לטפל בבדיקה, אף אם המשכיר יחזיר לו את ההוצאות. ואף שבשו"ת הרא"ש (עיין הערה 2) כתב שהקונה ינכה את עלות התיקון מהדמים ויתקן בעצמו, לא דווקא הוא, אלא שהקונה לא עמד על כך שהוא רוצה שהמוכר יתקן, אבל באמת זכותו של הקונה לעמוד על כך. וכן כתב שם בסעיף יז לענין שמן עכור שניתן להפכו לשמן צלול, שעל המוכר לטרוח בכך. אמנם מדברי הפרישה שהובאו בהערה 8 שרק בקלקול קטן חייב הקונה לקבל את המקח בניכוי עלות התיקון אבל בקלקול גדול הקונה יכול לסרב לקבל את המקח אפילו על ידי ניכוי, נראה לכאורה שסובר שעל הקונה לטפל בתיקון, שאם כדברי האולם המשפט שהמוכר מטפל מה איכפת לו לקונה בין תיקון קל לתיקון כבד, בסופו של דבר יקבל מקח מושלם מבלי לטרוח כלום, אם לא שנפרש בדעת הפרישה שתיקון קל הקונה צריך לעשות בעצמו ותיקון כבד יכול לדרוש מהמוכר. אבל בחידושי הריטב"א וחידושי רבינו דוד בפסחים דף ד ע"ב נראה שעצם הטרחא לשכור אדם לבדוק חמץ היה יכול להיות סיבה לביטול מקח, אלמלא שהיא מצוה. וכן כתב המגיה בבאר היטב בסי' רלג סק"ד לענין מכר כסף צרוף ונמצא סיגים שהמקח קיים "רק דהוצאות וטרחת התכה היא על המוכר", וכן יש להוכיח מלשון הערוך השלחן בסי' רלב סעיף י בביאור דינו של הרא"ש "יכול (המוכר) לומר כן כוונתי לתקן לך הכל", משמע שהמוכר מתקן. וכן מסתבר, שהרי מאיזה טעם יצטרך הקונה לטרוח כדי להשלים התחייבות המוכר.

23 בדרך זו מיישב בספר מגן האלף סי' תלז את קושיית המגן אברהם שהובאה בהערה 12, שאלמלא שבדיקת חמץ היא מצוה, היה השוכר יכול לסרב להקדים לשלם עבור הבדיקה ולחזור ולתבוע את המשכיר בדינא ודינא שיחזיר לו את ההוצאות. וכתב שכל מה שהרא"ש כתב שהקונה יתקן וינכה את ההוצאות מהדמים, אינו רק אם עדיין דמי המקח בידו, אבל אם הקונה הקדים לשלם, יכול לדרוש מהמוכר לתקן בעצמו או להקדים לו את הכסף. וכן כתב בבאר היטב סי' רלג סק"ד. וכן נראה בחידושי ר' דוד ובמאירי פסחים שם, ורק במצוה אמרינן ניהא ליה לשלם על מנת להשתלם אח"כ.

24 כן כתב בספר אולם המשפט סי' רלב סעיף ה בפשיטות שכל תיקון שהמוכר יכול לעשות הקונה יכול גם לחייב אותו לעשות, ושני הדינים תלויים זה בזה, שאם מדובר בתיקון שהוא בגדר 'פנים חדשות' המוכר אינו יכול לתקן והקונה אינו יכול לדרוש מהמוכר לעשות כן, ואם אינו בגדר 'פנים חדשות' המוכר יכול ואף חייב לתקן. ומסתבר שאם המוכר לא יתקן בית דין יטיל עליו 'מי שפרע' אם היה קניין כסף, וייתכן שקנין המשיכה במקח מחייב את המוכר קניין גמור לתקן ואינו יכול לחזור בו. עיין מה שכתבנו בגליון הקודם הערה 21.

אם יצטרך להתעכב עד שהמקח יתוקן²¹.

8. זכותו של המוכר לתקן היא רק אם מטפל בעצמו בכל הקשור לתיקון,

21 כן כתב בספר אור שמח הלכות מכירה פרק יז ה"ט ליישב קושיית המגן אברהם בבית שאינו בדוק (עיין הערה 12), ומחלק בין חפץ שקנוי לזמן ממושך שאין כל כך קפידא בזמן התיקון לבין חפץ שקנוי לזמן קצר שהעיכוב בזמן התיקון הוא נזק משמעותי. בדומה לזה כתב הט"ז ביו"ד סי' רלו ס"ק יג "מי שעושה מקח עם חבירו שיעמיד לו סחורה פלונית ליריד, שאז זמן מכירתה ולא בתר הכי, ואירע אונס להמקבל שלא יוכל להעמידה לאותו זמן, אלא אחר זמן, פשיטא דפטור מלקבלה". המקרה של הט"ז הוא שהמקבל מעמיד לאחר היריד, כשכבר כלה הזמן, אבל מסתבר שהוא הדין אם הקונה מפסיד חלק מהזמן, שיכול לבטל את המקח, כיון שגם חלק מהזמן שאין לו את הסחורה הוא הפסד בשבילו. חידוש זה מצינו גם בב"ח בסי' רלב אות ד עיין שם שהקשה על הרא"ש שפסק שהמוכר יכול לתקן ולמנוע ביטול מקח מהראב"ד בהלכות מכירה פרק טו ה"א שפסק "היה תופס שק מלא אגוזים ואמר לו הילך שק זה בדינא ויש בו סאה של אגוזים והלך ומדד ולא היה בו סאה הרי זה חוזר, אף על פי שזה רוצה להשלים לו הסאה", ולפי דברי הרא"ש למה אין המוכר יכול להשלים כמו שיכול לתקן, ומתוך שדברי הראב"ד אמורים "היכא דלוקח נתון אמתלא לדבריו שהיה צריך סאה של אגוזים לשעה ושוב אין לו צורך בהם ואדעתא דהכי שהמוכר יחזר אחר אגוזים להשלים הסאה ולהמתין לו עד שישלים לא הייתי קונה דשוב אין לי צורך באגוזים". הרי שבכל מקרה שהקונה יכול לתת אמתלא טובה שהוא מפסיד מהמתנה על התיקון, ושלא היה קונה אם היה יודע שיפסיד חלק מהזמן, המקח בטל. וכן כתב בספר אולם המשפט סי' רלב סעיף יז שאם הקונה גילה דעתו שצריך שמן צלול בזמן הקרוב, והמוכר נתן לו שמן עכור, אין המוכר יכול לדרוש מהקונה להמתין עד שהשמן יחזור להיות צלול. ואם כן בכל מקרה שהמוכר רוצה לתקן יש לשקול עד כמה נחוץ לקונה או לשוכר לקבל את החפץ בזמן ולא להמתין עד שיתוקן. בספר מגן האלף או"ח סי' תלז סק"ז גם כן כתב חידוש זה כדי ליישב קושיית המגן אברהם, אלא שהוא מחדש יותר מכל הפוסקים שהוזכרו, שהב"ח כותב שהקונה צריך לטעון שהיה צריך את המקח רק באותו זמן ואם היה יודע שלא יקבל מהמוכר אלא לאחר זמן לא היה קונה אצלו, אבל בכל מקרה אחר שאין בהמתנה נזק כל כך המקח קיים, והמגן האלף מחדש שבסתמא כל קונה בית רוצה לקבל אותו שלם וראוי לשימוש מיד, ואינו רוצה להמתין עד שיסתיים התיקון, שהרי היכן יגור כל משך זמן התיקון, וכל מה שכתב הרא"ש שהמוכר יכול לתקן ולעכב את הקונה, היינו רק בקונה לשם סחורה או השקעה, שהמתנת הזמן אינו נזק בשבילו כלל, וכפי שהיה המקרה של הרא"ש שקנה בתים במקום אחר, ולא כדי לגור בהם. בקובץ הישר והטוב ח"ו שאלה ח נשאלו על אדם שקנה מקפיא לפני החגים והמוכר תקנו רק לאחר החגים. הקונה טען שאם היה יודע שלא יהיה לו את המקפיא לחגים לא היה קונה כלל ורצה לבטל את המקח. ופסקו שם שאם עיקר מטרת הקונה היה עבור החגים יש לקבל את טענתו. אמנם נראה, אף שטענת הקונה יכולה להיות נכונה, מכל מקום עליו להראות שבאמת אינו צריך את המקפיא רק לתקופת החגים, אבל בדרך כלל אין אדם קונה מקפיא שמחזיק מעמד שנים עבור תקופת החגים בלבד. שהרי אפילו המגן האלף לא כתב כן אלא בבית שאין הקונה יכול לגור ברחוב ולא בקניית מטלטלין שבדרך כלל אין קפידא כל כך בזמן.

והרי זה כעשיר ועני ויש להם בית מרחץ בשותפות שמבואר בשו"ע סי' קעא סעיף ו שהעשיר יכול להשתמש בו כל היום כל זמן שאין מפריע לעני להשתמש בו אם יכול. ויתרה מזאת יאמר שלא ירשום שטח זה בטאבו כתוספת לדירתו, אלא יישאר רשום כרכוש המשותף וכך לא יגדל חלקו בשותפות. אבל למעשה הרבה בתי דינים רואים בבניה קבועה עם יציקה של בטון וכדומה לקיחת דבר לעצמו מהשותפות, כיוון שידוע שלאחר שהשטח יוספח לדירתו לא יתן לאחרים להשתמש, אף אם יוצר מצב שיוכלו להשתמש.

ועדיין יש מקום לומר שכל שותף יכול להשתמש בשותפות כל זמן שאינו מפריע לשאר השותפים מלהשתמש, ואם כן יאמר הבונה כיוון שרק מדירתו יש גישה לשטח זה, הרי אני משתמש בו, וכל דייר שיתאפשר לו לבוא ולהשתמש לא אמנע ממנו,

לא שייך 'מידת סדום', שהרי יכול לקבל על זכות זו כסף ממנו. אולם גם שם בנוגע ביהודה מדובר בהשתמשות זמנית ולא בלקיחת בעלות. ועיין עוד קובץ שיעורים ב"ב אות רסב בדברי המרדכי.

"עלון המשפט" יוצא לאור על ידי "מכון מענה שמחה", כל הזכויות שמורות
הקדשות והנצחות לעלון הבא תקבלנה בברכה בטלפון: 057-3167845