

עלון המשפט



ביה"ד "נתיבות חיים" שעי' מוסדות מענה שמחה י-ם בנשיאות הגאון הרב נפתלי נוסבוים שליט"א פנים מאירות 1 י-ם טל: 02-5023637/55

גליון חודש תמוז ה'תשע"א | 38

תוכן העניינים:

א | מקח טעות חלק ד' - השתמש הקונה לאחר שראה את המום

ב | שאל כלי מגמ"ח, האם יכול להשאילו לאחרים

ג | רכישת דירה מכונס נכסים

הרב יוסף פליישמן שליט"א

מקח טעות חלק ד' השתמש הקונה לאחר שראה את המום

1. אם הקונה השתמש בחפץ לאחר שנודע לו שיש בו מום, איבד את הזכות לבטל את המקח.¹ הסיבה לכך היא שהשימוש הינו הוכחה שמחל על זכותו להחזיר את החפץ, שאם עדיין רוצה להחזיר כיצד הוא משתמש בחפץ שאינו שלו?² אמנם אם לא ידוע לנו שהקונה ידע מהמום, אין הוכחה מהשימוש שבדק לפני כן וידע ממנו, ולכן לא איבד את זכות הביטול.³

1 כן פסקו הרמב"ם בהלכות מכירה פרק טו הלכה ג והשו"ע בס' רלב סעיף ג. המגיד משנה שם (על פי ביאור האחרונים) כותב שהרמב"ם למד את הדין במקח וממכר מהדין בהלכות אישות פרק כה ה"ו "בא על אשה ושהה כמה ימים וטען שמום זה לא נראה לי עד עתה... אין שומעין לו... חזקתו שידע ורצה". והנה המגיד משנה בהלכות אישות שם והב"ש בס' קיז ס"ק יט מסבירים שמקור הדין בטענת מומין באשה הוא מהגמ' בכתובות דף עה ע"ב שאם אדם מכניס אשה לחופה ולאחר מכן טען שמצא בה מומין, יש שתי חזקות סותרות, חזקה אחת היא שאין אדם מכניס אשה לחופה לפני שבדק אותה ממומין ולכן ודאי בדק לפני החופה והסכים, וחזקה אחרת כנגדה שאין אדם מסכים להתחתן עם אשה שיש בה מומין. ומחדש הרמב"ם שרק אם לא היתה אלא כניסה לחופה החזקה שבדק היא חזקה שוות ערך לחזקה הנגדית, אבל ביאה היא ראיה מוכחת שהאדם בדק את האשה ממומין וגוברת על החזקה הנגדית. וכן מסביר בשו"ת מהרי"ק שורש קה בדעת הרמב"ם. מדברי הרמב"ם בהלכות אישות יוצא שהביאה מוכיחה שני דברים: הדבר הראשון שהבעל ראה כבר את המומין, שאין אדם בא על אשתו לפני שבדק. והשני שמחל על המומין, שאין אדם בא על אשה אם לא שמחליט לוותר על טענות מקח טעות. וסובר המגיד משנה שאף בקונה חפץ ומשתמש בו, יש החזקה השניה שודאי החליט לוותר על טענת מקח טעות. אמנם בשו"ת גליא מסכת ס' י ובשו"ת בית שלמה חו"מ ס' סב ובספר מחנה אפרים (בחידושים על הרמב"ם) הקשו שבהלכות אישות כתב הרמב"ם שרק אם שהה כמה ימים לאחר שבא על אשתו אינו יכול לטעון טענת מומין, משמע שביאה בפני עצמה עדיין אינה שוללת טענה זו. וכן כתבו המגיד משנה שם והב"ש שם שמיד לאחר הביאה עדיין יכול הבעל לטעון טענת מום. ובשו"ת גליא מסכת כתב שאף לפי הכסף משנה שהבא על אשתו אפילו אם לא שהה כמה ימים אינו יכול לטעון מקח טעות, מכל מקום קשה ששם ההוכחה שמחל היא ממה ששתק ולא ממה שבא עליה ואין ראיה שהשימוש מהווה מחילה, ומפני קושיא זו חולק בשו"ת גליא מסכת על המגיד משנה וסובר שמקור דברי הרמב"ם בהלכות מכירה הוא מסברא, שהרי אם הקונה רוצה לבטל את המקח לאחר שמצא מום, אסור לו להשתמש בו, וייחשב כגנב על השימוש, ואפילו אם ישלם על השימוש, מכל מקום השימוש היה באיסור, ולכן בהכרח לומר שהקונה החליט לוותר על זכותו לבטל את המקח. בשו"ת בית שלמה מיישב דברי המגיד משנה שהרמב"ם למד מהגמ' שאם בא על אשתו לאחר שידע מהמום ודאי מחל עליו, וכל הנידון בגמ' אם אומרים חזקה שאדם בודק את אשתו ממומין הוא רק לענין השאלה אם הבעל ידע מהמום, ולכן סובר הרמב"ם שאם ידע מהמום והשתמש ודאי מחל עליו. יש לציין שנידון הזה אינו קשור לדעה המובאת במגיד משנה שהבאנו בגליון 35 דין 6 שלא ניתן לבטל מקח אם הקונה היה יכול לבדוק בקלות לפני הקניה, שנידון דין הוא אפילו במום שלא היה ניתן להבחין בקלות לפני הקניה או התשלום ורק לפני השימוש נודע לקונה מהמום. גם יש נפקא מינה בדין זה אם הקונה עדיין לא ישלם, שאז אין טענה על הקונה למה לא בדק לפני הקניה, וכמו שכתבנו שם בדין 8, אבל אם השתמש הפסיד את הזכות לבטל המקח לרוב הפוסקים אף אם עדיין לא ישלם. עיין דין 2.

2 גם באונאה יתר על שתות שיש זכות לקונה לבטל את המקח כתב בחידושי הריטב"א ב"מ דף נ ע"ב ד"ה יתר על שתות "ואם נשתמש בו אחר שהכיר באונאה קודם שיודיע למוכר מחל אונאתו שאם לא כן לא היה לו להשתמש בו כיון דהוי ביטול מקח", וכתב שם שכן דעת הרמב"ם, ולכאורה כוונתו לדברי הרמב"ם שהובאו בהערה 1 לענין טענת מום, וסובר הריטב"א שבכל מקרה שיש לקונה זכות ביטול מקח, השימוש הוא הוכחה ליתור על זכות זו. ועיין שם בהוצאת מוסד הרב קוק הערה 600.

3 כן מביא בספר מטה שמעון ס' רלב הגהות הטור ס"ק מג בשם הראנ"ח וכן כתב בשו"ת גליא מסכת ס' י. ובדין זה שונה שימוש בחפץ מביאה על אשה, שבביאה חידש הרמב"ם בהלכות אישות פרק כה ה"ו שהיא הוכחה שהבעל בדק וידע מהמום (והשלטי גיבורים בכתובות דף לה ע"א אות ג חולק על הרמב"ם אף לענין ביאה וסובר שאינה הוכחה שידע, והביאו הב"ש בס' קיז ס"ק יט). בשו"ת הרדב"ז ח"ד ס' קלו מביא בשם תשובת רב האי גאון שקונה שהשתמש וטוען שלא ידע מהמום חייב להישבע על כך, והקשה הרדב"ז הרי אין נשבעים שבועת היסת ללא טענת ודאי, ותרין שבדבר שהתובע אינו יכול לדעת משיבועים אפילו בלי טענת ודאי. ובספר משפט שלום ס' רלב סעיף ג מקשה על הרדב"ז שאנן קי"ל שאין נשבעים שבועת היסת אפילו אם התובע אינו יכול לדעת, ומיישב שהחזקה שאדם בודק לפני ששתמש נחשבת כטענת ודאי של

בית הוראה לענייני ממונות "נתיבות חיים"

שעי' כולל חושן משפט אוהל יוסף

בית ההוראה מיועד לבירור עניינים הקשורים לדיני ממונות, ניתן להתייעץ עם חברי בית הדין "נתיבות חיים" בענייני ממונות, וכן ניתן לקבל סיוע בעריכת חוזים צוואות וכדו' ללא צורך בקביעת תור. ניתן לקבל תשובות גם באידיש, באנגלית ובצרפתית.

בית ההוראה פתוח בימים א - ה בין השעות 13:40-15:30

וביום ו' עם הגר"נ נוסבוים בין השעות 11:00-13:00

ניתן לפנות בשעות אלו גם בטלפון:

02-502-3637

או כל היום בפקס: 02-502-3655

דוא"ל: beisdin@neto.net.il

כמו"כ 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 דלהלן:

יום א'

הגאון הרב יצחק שובקס שליט"א

יום ב'

הגאון הרב נפתלי נוסבוים שליט"א

יום ג'

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

יום ד'

הרב יעקב פרבשטיין שליט"א

יום ה'

הגאון הרב אברהם דברמדיקר שליט"א

בו החליט שלא לבטל⁷. ויש פוסקים שמחלקים בין תלמיד חכם שאיבד את הזכות לבטל את המקח, שהרי הוא יודע את הדין שקונה שמחזיר את המקח אסור לו להשתמש ובהכרח שחזר בו, לבין עם הארץ שלא איבד את הזכות, משום שמסתמא לא חזר מהודעתו, אלא השתמש מחמת שלא ידע שאסור⁸. ולמעשה צריך עיון אם בית הדין יכול לחייב את המוכר להחזיר את הכסף, מאחר ולדעת רוב הפוסקים המקח בטל, או שהמוכר יכול לטעון 'קים לי'⁹.

4. יש מקרים שניתן לבטל את המקח אף לאחר שהשתמש בו. כגון: מקח שאחזקתו עולה כסף, אין השימוש מוכיח על ויתור, משום שניתן להסביר את העובדה שהקונה השתמש כתמורה לאחזקת המקח¹⁰. כמו כן, אם הקונה נאלץ להשתמש במקח באופן זמני, כגון: שקנה רכב ומצא מום באמצע הנסיעה, אין המשך הנסיעה מוכיח על ויתור¹¹. ולפעמים

7 בשו"ת גליא מסכת סי' י טוען שאין להשוות אונאה יותר משתות לטענת מום, שבאונאה הקונה מעוניין במקח כמות שהוא, אלא שאינו מרוצה מהמחיר ששילם, ולכן אם גילה דעתו שהוא מקפיד ניתן להסביר את העובדה שהשתמש בכך שחשב שהמוכר מעוניין בקיום המקח ויסיים מרצונו להחזיר לו את הפרש ולא תתבטל המקח. אבל בטענת מום, הרי אם הקונה אינו מוותר על המום, בהכרח שאינו רוצה לקנות את החפץ ומעוניין בביטול מקח, ואם משתמש בו הרי הוא מוכיח שדעתו לקיים את המקח והחפץ יישאר בבעלותו. בספר נחלת צבי סי' רלב סק"א דוחה את טענת הגליא מסכת, ומפרש בסברת הריטב"א, שברגע שהקונה הודיע למוכר שהוא מעוניין בביטול המקח, המקח מתבטל סופית, ואין הקונה יכול לחזור בו מהביטול אלא באמצעות קנין חדש, ולכן אין השימוש מהווה ביטול של ביטול המקח.

8 כן דעת הערוך השולחן בסי' רלב סעיף ד. ומטעם שסברת הגליא מסכת נכונה שבטענת מום השימוש מהווה הוכחה שחזר בו מכוונתו לבטל את המקח, אלא שכל זה בתלמיד חכם שיועד השימוש הוא הוכחה על ויתור, אבל אם אינו תלמיד חכם לא ניתן להוכיח מהשימוש שחזר בו מכוונתו לבטל את המקח. הפתחי תשובה בסי' רלב סק"א מביא בשם ספר ארחות משפט נתיב לב סי' יז שכתב שכל עם הארץ שהשתמש במקח לאחר שראה את המום אין הוכחה שמחל, כיון שעמי הארץ אינם יודעים שאסור להשתמש במקח ולפי הבנתם כל עוד שהמוכר משתמש בכספו הקונה יכול להשתמש במקח. והפתחי תשובה חולק עליו מטעם שלא נתנו חכמים דבריהם לשיעורים, ולכן אין לחלק בין תלמיד חכם לעם הארץ (אמנם מסתפק קצת שאולי בדין שמקורו אינו מחכמי התלמוד, אלא סברת הפוסקים, יש לחלק בין תלמיד חכם לעם הארץ). ולפי סברת הפתחי תשובה נראה שאף אם גילה הקונה את דעתו שרוצה לבטל אין לחלק בין תלמיד חכם לעם הארץ מטעם שלא נתנו חכמים דבריהם לשיעורים, ושלא כהערוך השולחן.

9 הפתחי תשובה בסי' רלב סק"א כתב שצריך עיון אם המוכר יכול לומר 'קים לי' כהגליא מסכת שלכאורה דבריו הם דברים של טעם. ואולי לדין במקרה שהקונה תלמיד חכם יש להכריע שהמוכר יכול לטעון 'קים לי' כהגליא מסכת, כיון שהגליא מסכת אינו דעת יחיד, שהרי יש לצרף אף את דעת הערוך השולחן שסובר כן כשהקונה תלמיד חכם.

10 כן מחדש הנתיבות בסי' רלב סק"א, וטעמו שחפץ הנמצא בבית הקונה כשהמקח בטל דינו כאבידה, ובאבידה הדין בשו"ע סי' רסז סעיף כב שבעל חי שעושה ואוכל, יעשה ויאכל, ואם כן בכל מקרה שהמקח בטל והחזקתו עולה כסף הקונה רשאי להשתמש בו, וממילא אין השימוש מוכיח על ויתור, שהרי אף אם מבטל את המקח הרי הוא משתמש בדין. לפי חידוש זה מיישבים הפתחי תשובה שם סק"א ובשו"ת גליא מסכת סי' י את קושיית השלטי גיבורים על התשובות מיימוני שאין קונה סוס יכול לבטל את המקח לאחר שרכב עליו (עיין הערה 6), ותיצרו דחינו מטעם שסוס עושה ואוכל (ומכל מקום קשה שבתשובות מיימוני שם חייב את הקונה לשלם את הפחת, ואם הקונה האכיל את הסוס היה צריך לחשב דמי שכירות עבור השימוש בסוס ולקזז את האוכל מהחשבון, וכדין שומר אבידה). אמנם נראה שדין זה הוא רק אם לא היה יכול להודיע למוכר, או שהודיע והמוכר לא הספיק לביטול את המקח בחזרה. אבל אם היה יכול להודיע למוכר ולא הודיע, מסתבר שאין היתר לקונה להשתמש, שהרי המוכר רוצה להשתמש בו לעצמו, וממילא השימוש הוא כויתור על טענת ביטול מקח.

11 כן פסקו הפתחי תשובה בסי' רלב סוף סק"א והערוך השולחן שם סעיף ד. עיין

2. יש מי שאומר שאם הקונה עדיין לא שילם עבור החפץ, יכול לבטל את המקח, אף אם השתמש בחפץ לאחר שראה את המום, משום שכאשר הקונה מוחזק בכסף אינו מוותר בקלות⁴. אבל רוב הפוסקים חולקים על זה⁵.

3. קונה שמצא מום והודיע למוכר שרוצה לבטל את המקח ולאחר מכן השתמש בחפץ, לדעת הרבה פוסקים לא איבד את זכותו לבטל את המקח, כיון שמסתמא לא חזר בו מרצונו לבטל⁶. אמנם יש פוסקים שחולקים וסוברים שגם במקרה זה השימוש מהווה הוכחה שהקונה חזר

המוכר שהקונה ידע מהמום. אלא שתמה שאם מדמים שימוש בחפץ לביאה על אשה, אף בשבועה לא יהיה הקונה נאמן שלא ידע, ואם אינו דומה מנלן שיש חיוב שבועה והניח בצריך עיון.

4 כן חידש המחנה אפרים כדי ליישב את קושייתו על המגיד משנה שהובאה בהערה 1, שבבעל שבא על אשתו יש צורך שישעה כמה ימים מה שאין כן במקח וממכר איבד את זכותו מיד עם השימוש, ותיירץ שאשה שאני כיון שהכתובה עדיין תחת ידו לכן אינו מאבד את זכותו בביאה בלבד. ולפי זה גם קונה שהשתמש בחפץ, אם הוא מוחזק בכסף, אין השימוש מוכיח שויתר על המום. בספר משפטיק ליעקב ח"א סי' ד מחדש שלפי השיטות שהביא בפתחי תשובה סי' רכז סק"ב שהדין שאי אפשר לתבוע אונאה לאחר שעבר זמן 'שיראה לתגר', הוא רק בקונה ששילם כבר, אבל אם עדיין לא שילם יכול לטעון טענת אונאה לעולם, אותן שיטות יסברו כהמחנה אפרים שאם עדיין לא שילם יכול לדרוש ביטול מקח אף לאחר שהשתמש, שהרי גם השיהוי בזמן וגם השימוש הן ראייה על ויתור. אמנם, אין דבריו נראים, שודאי השימוש הוא הוכחה יותר משיהוי בזמן, שהרי שימוש הוא ראייה על ויתור גם בטענת מום, מה שאין כן שיהוי בזמן הוא ראייה באונאה בלבד, ואם כן אין ראייה משיטות אלו כדעת המחנה אפרים. גם בספר נחלת צבי ריש סי' רכז כתב במפורש שאין לדמות שיהוי באונאה לשימוש במקח טעות, שבאונאה נאמן הקונה לומר שלא ידע מהאונאה במיגו שהיה אומר פרעתי, וכן יש סברא שלא מחל שכיון שהכסף בידו אין לו סיבה למהר לתבוע אונאתו, אבל אם ידע מהמום ונשתמש, שלפי הצד שלא מחל עבר על איסור גזל, בהכרח שמחל.

5 כן כתבו בשו"ת גליא מסכת סי' י ובספר נחלת צבי ריש סי' רכז במפורש. וכן משמע מסתימת לשון הרמב"ם בהלכות מכירה פרק טו הלכה ג והשו"ע בסי' רלב סעיף ג שלא חילקו בין אם שילם הקונה לבין אם לא שילם. וכן משמע במשנה למלך שם שלא חילק בין קודם תשלומים לאחריהם רק לענין אם לא בדק לפני הקניה ולא לענין זה. ויש להסתפק אם הקונה יכול לטעון 'קים לי' כהמחנה אפרים, כיון שהוא יחיד וגם לא חידש כן רק לפי דעת המגיד משנה שבבא על אשתו צריך שישעה כמה ימים (עיין הערה 1). בשו"ת הרדב"ז ח"ד סוף סי' קלו כתב שאין הקונה יכול לטעון מקח טעות לאחר שהשתמש אפילו אם עוד לא שילם עבור המקח. אמנם אין ראייה שהוא חולק על המחנה אפרים, כיון שבמקרה הנידון שם הקונה שהיה זמן רב עד שטען 'מקח טעות' ובאופן זה גם המחנה אפרים יודה שאינו יכול לבטל המקח.

6 בחידושי הריטב"א ב"מ דף נ"ב ד"ה יתר על שתות לאחר שכתב לענין אונאה יותר משתות שאם הקונה השתמש אינו יכול לבטל את המקח (עיין הערה 2) מוסיף וז"ל: "ואם הכיר אונאתו והודיעו ואחר כך נשתמש בו לא מחל אונאתו, אלא שחייב לשלם למוכר מה שנסתמש או מה שהפסיד בתשמישו, אם רצה המתאנה לבטל המקח". ומזה למדו המחנה אפרים בהלכות אונאה סי' ה, דברי משפט סי' רלב סעיף ג ומשפט שלום שם שהוא הדין במקח טעות ההודעה נחשבת כגילוי דעת שהשימוש אינו ויתור על זכות ביטול מקח, שהרי בשניהם יש דין ביטול מקח ושייך סברא זו. וכן דעת הכנסת הגדולה בסי' רלב הגהות בית יוסף ס"ק לז, שמביא שם תשובות מיימוני ספר קנין אות ז שפסק בקונה סוס שרכב עליו לאחר שנודע לו שיש בו מום, שהקונה חייב לשלם למוכר מה שנפחת הסוס מהרכיבה, והקשה השלטי גיבורים בב"מ דף ל"ע"ב סוף אות א שאם רכב והשתמש לאחר שנודע לו מהמום, הרי איבד את הזכות לבטל את המקח, ולמה צריך לשלם את הפחת, ומתיר הכנסת הגדולה שמדובר שהקונה הודיע למוכר שרוצה לבטל את המקח. הרי שסובר שלאחר שהודיע אין השימוש נחשב לויתור. וכן כתב בספר נחלת צבי סי' רלב סק"א (הובאו דבריו הערה הבאה). מלשון הריטב"א לכאורה נראה שהודעה על המום מספיקה לגילוי דעת שרוצה לבטל את המקח, אבל בספר משפט שלום שם כתב שהקונה צריך להוסיף שהוא מבקש לבטל את המקח, אבל אם התלונן על המום ולא אמר שרוצה לבטל ואחר כך השתמש בחפץ, איבד את הזכות לבטל את המקח.

או אפילו אם נודע לו מהמום לאחר שהציג את הסחורה ולא הסירה מהמדפים והמשיך למכור¹⁷. וכן אם הקונה הוביל את החפץ לעיר אחרת ממקום מגוריו של המוכר לאחר שנודע לו מהמום¹⁸. או שעשה בו שינויים¹⁹. ויש מי שחולק על זה²⁰.

6. סוחר שקנה סחורה מסיטונאי וחלק מהסחורה היה פגום, אם לאחר שהבחין בפגם מכר אפילו מקצת מן הפגומים, אינו יכול לבטל את המקח. וכן הקונה דברי מאכל ואכל חלק מהפגומים, אינו יכול לבטל את המקח²¹. ומשמעות הפוסקים היא שאפילו אם רק השתמש במקצת מהפגומים ויש לו עדיין יכולת מעשיית להחזיר את כל הסחורה, אין לו זכות לבטל את המקח²². ויש שכתבו שאפילו אם בשעה שהשתמש

אפילו אם התחיל להשתמש לאחר שגילה המום¹². כגון: אשה שקנתה בגד לחתונת בנה וגילתה מום במועד סמוך מאוד לחתונה ולבשה את הבגד משום שלא היתה לה אפשרות להשיג בגד חילופי מתאים, אין לבישת הבגד מוכיחה על ויתור. קונה שהשתמש במקח אינו יכול לטעון שהיה אנוס להשתמש, אלא אם יוכיח את אנוסו¹³. ויש מי שחולק וכתב שבכל המקרים האלו הקונה צריך למסור מודעה בפני עדים שאינו מוחל על טענת ביטול מקח¹⁴. אבל סתימת הפוסקים אינה כן.

5. ישנם פעולות נוספות שיכולות להוות הוכחה על ויתור זכות ביטול מקח, כגון: שהחליף סחורה בסחורה אחרת ומצא בה מום ולאחר מכן ראה שהשני משתמש בסחורה שקיבל בתמורה ושתק¹⁵. או בעל חנות שקנה סחורה והציג אותה למכירה לאחר שנודע לו שיש בה מום¹⁶,

אם הרדב"ז סובר בהחלט שבכל מקרה כזה איבד הקונה את הזכות לבטל המקח, או צירף סברא זו לסניף בלבד. אבל בשו"ת תועפות ראם חו"מ סי' כא מפרש שעצם העובדה שלקח את הסחורה לחנות כדי למכור מראה על כך שמרוצה מהסחורה ולכן דינו כאילו השתמש. אמנם, צריך עיון אם הובלה לחנות מבלי לתת לקונים למשמש ייחשב כהוכחה על ויתור על טענת ביטול מקח, שהרי חזקה שאין אדם מתרצה לקנות דבר שיש בו מום, וכדי לפטור את המוכר יש צורך להוכחה מפורשת שהקונה יתן, וכמבואר בהערה הקודמת, והובלה לחנות יכולה להתפרש שהקונה אינו מוותר על זכותו לבטל מקח, אלא מנסה אם יצליח למכור ולחסוך את ביטול המקח ואם לא יצליח יבטל את המקח (אם הוא באופן שעדיין ניתן לבטל את המקח מהחלק של מכר אף לאחר שמכר חלק, עיין לקמן דינים 7,8). ודברי הרדב"ז ניתן לפרש כשנתן לקונים למשמש, שזה נזק לסחורה אבל במקרה שהקונה יטען שניסה למכור לטובת המוכר, באופן שאינו גורם שום נזק למוכר, ייתכן מאוד שעצם הניסיון לא יישמש כהוכחה שמחל על טענת ביטול מקח.

17. כן פסק בשו"ת בית שלמה חו"מ סי' סב וטעמו שמכירת חלק מהסחורה הרי היא כשימוש. וכן פסקו בשו"ת בעי חיי ח"ב סי' פב ובכנסת הגדולה הגהות הטור אות ט בשם מהר"א בן אשר, וכתבו טעם נוסף שהמוכר יכול לטעון שאינו מסכים לבטל את המקח אלא אם יחזיר הקונה את כל הסחורה, והקונה אינו יכול לעשות כן מאחר שמכר חלק ממנו.

18. כן פסק בשו"ת תועפות ראם חו"מ סי' כא והביאו בספר משפט שלום סי' רלב סק"ז. אמנם, מסתבר שאם הקונה יכול להסביר למה לקח את הסחורה למקום אחר על אף שהוא רוצה לבטל את המקח, לא איבד את זכותו וכמו שכתבנו בסוף הערה 14.

19. כן כתב הלחם משנה בהלכות מכירה פרק טז ה"ו, אמנם בסוף דבריו מסתפק קצת שמה עשיית מום נוסף במקח אין דינו כשימוש. טעם ספיקו הוא שיש לחלק בין שימוש בחפץ שמורה על בעלות שמשמש כדרך שאדם עושה בשלו, אבל להזיק את החפץ הרי זה הפסד לכל מי שיהיה בעל החפץ ואינו מורה על כך שרוצה להחזיק את החפץ לעצמו. ולפי זה אם הזיק תוך כדי ניסיון לתקן את החפץ, ייחשב כשימוש בוודאות. וכן אם עשה פעולה שהיא תיקון בשבילו ונזק בשביל אחרים, כגון שחתך לפי מידות שהוא צריך, או שכתב שמו, לא יוכל לבטל את המקח. ולפי הסברא שכתב בשו"ת גליא מסכת סי' י (עיין הערה 1) ששימוש מוכיח על ויתור, כיון שאסור להשתמש בחפץ של חברו, אם כן כל שכן אם הזיק הרי זה מוכיח על ויתור.

20. בספר קרית מלך רב שם הביא הלחם משנה שהובא בהערה הקודמת וכתב "ולענ"ד נראה עיקר דעשה מום אחר שנודע לו המום הראשון אינו כנשתמש לומר שמחל ואינו יכול להחזיר אלא הוי כמזיק ומשלם הנזק למוכר". אמנם, מלשון הרמב"ם שם והשו"ע בס' רלב סעיף יג שכתבו "המוכר דבר שהיה מום במכרו, ועשה בו הלוקח מום אחר קודם שידוע לו המום הראשון... מחזיר המקח לבעליו ומשלם דמי המום שעשה", משמע שאם עשה מום לאחר שנודע לו מהמום הראשון אינו יכול לבטל את המקח, וכדעת הלחם משנה. ולכאורה בנזק שהוא תועלת לקונה מודה בעל קרית מלך רב שאינו יכול לבטל את המקח וכמו שכתבנו בהערה הקודמת.

21. שו"ת פני משה ח"ב סי' נה ושו"ת בעי חיי לבעל הכנסת הגדולה ח"ב סי' פב וכן הוכיח בדברי גאונים כלל ו אות יא משו"ת הרשב"ש סי' תקפ"ט ומשו"ת דברי חיים [צאנז] ח"א אבה"ע סי' צב והביאו במשפט שלום סי' רלב סוף סעיף ג ובשו"ת בית שלמה חו"מ סי' סב.

22. יש מקום לדון בטעם הדין שאם מכר מקצת אינו יכול לבטל את המקח, האם

שם בפתחי תשובה שמביא בשם ספר ארחות משפט סי' לב אות יז שדן בקונה סוס שמצא מום באמצע הדרך והמשיך לרכוב עד לעיר, ומסתפק אם עדיין יכול לבטל את המקח, כיון שהשימוש היה באונס, והפתחי תשובה פוסק שודאי יכול לבטל את המקח אם היה אנוס. וכתב שכל זה נוגע אם מצא מום בעגלה, אבל אם מצא מום בסוס, גם אם אינו אנוס רשאי להמשיך ולרכוב מטעם הנתיבות שהובא בהערה הקודמת. לפי דברי הפתחי תשובה גם קונה רכב שמצא מום באמצע הדרך רשאי להמשיך בנסיעה, אלא שיש לדון בכל מקרה לגופו, שאם היתה לו אפשרות להחנות את הרכב בתחנת ביניים ולהמשיך את הנסיעה בתחבורה ציבורית, והוא המשיך לנסוע עם הרכב ולקח אותו למקום יותר מרוחק ממקומו של המוכר, לכאורה לא תהיה לו טענת אונס ולא יוכל לבטל את המקח.

12. בספר משפט שלמה ח"ד סי' כז דן באדם ששכר רכב ליום לטיול משפחתי בתקופת הקיץ ומצא שהמזגן אינו תקין לאחר שכל המשפחה כבר היו ברכב. ולא היתה לו אפשרות להשיג רכב חילופי, ובדיעבד נסע עם רכב זה ודורש פיצוי על כך שהמזגן לא היה תקין. ופסק שיש מקום לפצות אותו, כיון שהנסיעה ברכב אינו מוכיח על ויתור, שהרי לא היתה לו ברירה אחרת ומדמה לדין שהובא בהערה הקודמת.

13. כן מבואר בשו"ע סי' רכז סעיף ז לענין מתאנה שתובע אונאה לאחר הזמן שקבעו חז"ל וטוען שהיה אנוס ולכן לא יכל לברר את ההונאה בזמן, עליו עליו חובת ההוכחה. ובפתחי תשובה סי' רלב סוף סק"א מדמה טענת אונס כשהשתמש במקח טעות לטענת אונס באונאה ומשמע שדינם שווה אף לענין חובת ההוכחה. 14. בספר משפט שלום על שו"ע סי' רלב סעיף ג מביא בשם הדעת קדושים שטוען שאם הקונה עדיין רוצה לבטל את המקח היה עליו למסור מודעה בפני עדים, אם היתה אפשרות כזאת, ואם לא מסר מודעה הרי זה הוכחה שויתר על זכות הביטול. אבל באמת דבריו מוקשים, שלא מצינו שיש צורך למסור מודעה, רק אם אדם עושה דבר שמראה על הסכמה ובאמת אינו מסכים, שאם לא ימסור מודעה נאמר דברים שבכל אינם דברים ונלך אחר המשתמע ממעשיו. וכגון המוכר באונס, שאם אינו מוסר מודעה אנו אומרים שמסתמא 'אגב אונסא וזווי גמר ומקני', וצריך מודעה להוכיח שאינו רוצה למכור. אבל בנידון דידן שמעיקר הדין יש לקונה זכות לבטל את המקח, והשימוש אינו מוכיח על ויתור כיון שהיה אנוס, עצם העובדה שלא מסר מודעה אינו מוכיח שויתר. וכן כתב בשו"ת בית שלמה ח"א סי' סב שאין שימוש עושה ויתור על זכות ביטול מקח עד שתהא הוכחה ברורה שויתר, אבל אם אין הוכחה ברורה אין מחילה. והטעם שהכלל הוא שאין אדם מוחל על זכויותיו, וכמבואר ברמ"א סי' רסד סעיף ד ובש"ך סי' עה ס"ק כב, ובפרט במומין שמבואר בגמ' כתובות דף עה ע"ב שחזקה אין אדם מתפייס במומין. ועוד טעם שמחילה בלב אינה מועילה אלא אם כן היא בגדר דברים שבלבו ובלב כל אדם.

15. כן פסק בשו"ת בעי חיי ח"ב סי' פב. לפי זה ייתכן שאף במכר רגיל הדין כן, אם הקונה ראה שהמוכר משתמש בכסף והוא מכיר את המוכר שהוא בעל חוב גדול ולא יוכל להחזיר לו את הכסף אם המקח יתבטל ולא מחה בו, איבד את זכותו לבטל. אמנם לפי דעת הסוברים שבמקח טעות הכסף הוא כהלואה ביד המוכר ולא כפיקדון (עיין שו"ע סוף סי' רלב ובספר שב שמעתתא שמעתא ד סוף פרק טו) אין הוכחה משתיקת הקונה שויתר על זכותו לבטל את המקח, שהרי אף אם המקח בטל אינו יכול למחות במוכר שלא להשתמש בכסף.

16. כן כתב בשו"ת הרדב"ז ח"ד סי' קלו על אדם שקנה בגדים צבועים והצבע היה יורד באמצעות משמוש ביד, המוכר ראה את המום ואף על פי כן המשיך לנסות למכור אותם. בספר משפט שלום סי' רלב סוף סק"ו מפרש שהצגת הסחורה לקונים ונתינת רשות למשמש בהם היא השימוש, אמנם מסתפק שם

8. מוכר הטוען שהקונה השתמש במקח לאחר שידע שיש בו מום, עליו להוכיח את דבריו.²⁷
9. האחרונים הסתפקו בקונה שקיבל חפץ שונה ממה שהזמין והשתמש בו, אם גם בזה ויתר על זכות ביטול מקח, או כיון שקיבל חפץ שונה אין המקח חל כלל.²⁸
10. דעת הפוסקים שאף שוכר שהמשיך להשתמש לאחר שראה את המום, איבד את הזכות לבטל את ההסכם, אף מכאן ולהבא, וכדין קונה שהשתמש.²⁹ אבל אם השתמש בתקופה שהמום במושכר אינו מפריע לשוכר, כגון ששכר דירה לשנה וגר בה בחורף על אף שידע שהמזגן אינו תקין, לא איבד את זכותו לבטל את המקח אם המשכיר יסרב לתקן את המום כשיצטרך.³⁰
11. גם אם הקונה איבד את זכותו לבטל את המקח, אם המקח שווה פחות בגלל המום, עדיין זכאי לדרוש שיחזירו לו את ההפרש, באופנים שלפי הלכות אונאה זכאי לדרוש כן.³¹

יהיה דוקא בכלו. ובמוכר שני מינים אם יכול לטעון כן הדבר תלוי – לפי ביאורו של הנתניבות בסוף סי' קפב – במחלוקת הרמב"ם והרשב"ם שהובאה בשו"ע סי' רטז סעיף ה. יש לציין שמדברי הערוך השולחן סי' רלב ס"ט נראה שלא כדעת הבעי חיי והערך ש"י שכתב שבאופן שקנה כמה פריטים ממין אחד ואין אחד קשור לשני אין המוכר והקונה יכולים לטעון ביטול מקח בכלו.

27 כן פסק בשו"ת בית שלמה חו"מ ח"א סי' סב ובשו"ת פני משה ח"ב סוף סי' נה, והטעם, משום שחזקה שאדם אינו מסכים לקבל מקח שיש בו מום, ואפשר להוציא ממון מהמוכר על פי חזקה זו (כן כתב בשו"ת פני משה במפורש. בשו"ת בית שלמה לא כתב במפורש שאפילו אם המוכר מוחזק הדין כן, אבל כן משמע מדבריו). הערוך השולחן פסק בס' רלב סעיף ח לענין אם המוכר טוען שהקונה ידע מהמום בשעה שקנה ואף על פי כן קנה, שאם המוכר מוחזק הרי הוא נאמן. לכאורה היה מקום לומר שהוא הדין אם טוען המוכר שהקונה השתמש לאחר שראה את המום, שהרי שתי הטענות הן נגד החזקה שאין אדם קונה דבר שיש בו מום. אבל באמת יש לחלק ביניהם, שיותר שכיח שאדם יסכים לקנות דבר שיש בו מום בגלל שמחירו יותר זול וכדו', מאשר שיקנה בחזקה מושלם ואף על פי כן יוותר אחר כך על המומים. וצריך עיון אם לפי דעת הערוך השולחן כשהמוכר מוחזק אם נאמן לטעון שהקונה השתמש לאחר שידע שיש בו מום במיגו שהיה טוען שהקונה הסכים מראש, או שאינו נאמן כיון שהמיגו הוא נגד חזקה.

28 בספר מחנה אפרים חידושים על הרמב"ם הלכות מכירה פרק טו ה"ג ובשו"ת פני משה ח"ב סי' נה הסתפקו בזה, וכתב המחנה אפרים בצד הספק שאין השימוש נחשב לויתור, כיון שאף המוכר יכול לחזור בו. והיינו על פי מה שנפסק בשו"ע סי' רלג שאם המוכר נתן מין שונה ממה שסיכמו בשעת המקח שניהם יכולים לחזור בהם. אמנם, לא ביאר למה אין הקונה יכול לוותר על זכותו לבטל מקח כל עוד שעדיין קיימת למוכר זכות זו. ואפשר לבאר בדבריו, כיון שהמוכר עדיין יכול לבטל, לא מסתבר שהקונה רוצה לקנות בדרך שהמוכר יכול לבטל והוא לא יוכל, או אפשר, כיון ששניהם יכולים לבטל אין כאן מקח כלל ויש צורך בקנין חדש בהסכמת שני הצדדים ולא בדרך של ויתור. ובפני משה נסתפק בזה משום שהשימוש אינו מספיק הוכחה שהקונה מסכים לקנות אפילו מין אחר.

29 כן כתב בשו"ת רמב"ח סי' מא שלאחר סי' לט, וכתב שאף שהשוכר יכול לטעון שהוא רשאי להשתמש כיון שהוא משלם דמי שכירות, וממילא אין השימוש מוכיח על ויתור, אף על פי כן לא מסתבר לחלק בזה, והש"ך בס' רלב סוף סק"ג מציין את דברי הרמב"ח. וכן כתבו בפשיטות בספר משפט שלמה ח"ד סי' כז ובספר עמק המשפט שכירות בתים פרק כב. ומה שכתב בספר פתחי חושן הלכות שכירות פ"ו הערה כט שהמהר"ם פדוואה בס' לט חולק אינו מדוקדק. ועיין שו"ת מהר"ם שעל דיסקין פסקים סי' רח מה שכתב בזה. ועיין בשו"ת מהר"ם פדוואה שם שעל העבר שהשוכר השתמש בחפץ שהיה בו מום אינו יכול לדרוש קיצוץ.

30 כן מצדד בשו"ת רמב"ח שם.

31 כן כתבו בספר דברי בגאונים כלל ו סי' יג ובספר משפט שלום סי' רלב סוף סעיף ג. עיין בגליון 35 דין 13 ובהערה 35 שהוכחנו שכן הדין במקרה שהקונה לא בדק את המקח לפני הקניה ואיבד את זכותו לבטל את המקח שעדיין יכול לתבוע אונאה.

במקצת מהפגומים סבר ששאר הסחורה אינה פגומה ולאחר מכן נודע לו שיש עוד פגומים, אינו יכול לבטל את המקח.²³ ויש שכתבו שדין זה הוא רק כשסיכמו על מחיר כולל על כל הסחורה, אבל באופן שסיכמו על כל פריט מחיר בנפרד, אף אם השתמש או מכר פריט אחד עדיין יכול לבטל את המקח בשאר הפריטים, כיון שכל פריט הוא מקח לעצמו.²⁴

7. יש מי שכתב שאפילו אם הקונה מכר את החלק שאינו פגום לאחר שהבחין בפגם, אם סוכם על מחיר כולל על כל הסחורה והמוכר לא ידע שחלקה פגומה, שוב אין הקונה יכול לבטל את המקח.²⁵ ויש להסתפק כשנשתמש בחלק שאינו פגום אבל לא מכר אותו, אם יכול לבטל את המקח. ואם הסחורה כוללת כמה מינים וסוכם על מחיר כולל נראה שתלוי במחלוקת הפוסקים.²⁶

הטעם הוא משום שאנו רואים שמחל על אותו מום בחלק מן הסחורה אומדים דעתו שמחל על המום אף בשאר הסחורה, ולפי זה הוא הדין בנשתמש במקצת גם כן אינו יכול לבטל. או שהטעם הוא שכיון שאם בא לבטל את המקח במקצת מן הסחורה יכול המוכר לטעון או החזר את כל הסחורה או קיים את המקח בכולה, וכמו שיבואר להלן, לכן אם מכר מקצת מן הסחורה אף על פי שלא מחל על המום בשאר הסחורה, המוכר יכול לסרב לאפשר לבטל את המקח כיון שהקונה אינו מחזיר את כל הסחורה. וסברא זו הוזכרה בשו"ת בעי חיי שם. ולפי זה יש לומר שאם נשתמש בחלק מהפגומים, כיון שעדיין יש לו יכולת מעשית להחזיר את כל הסחורה, אין ראייה שמחל על המום בשאר הסחורה. אמנם מסתימת הפוסקים שהובאו בהערה הקודמת משמע שאף באופן שאין המוכר יכול לטעון כן, כל שהשתמש הקונה אפילו במקצת מן הפגומים ויתר על זכותו לבטל את המקח. וכן מוכח בערך ש"י רלב.

23 שו"ת דברי חיים [צאנז] ח"א אבה"ע סי' צב. וכתב שאין הקונה יכול לטעון שלא נתכוון למחול אלא על מה שמצא בו מום לפני השימוש, שכיון שמצא מום באחד היה עליו לבדוק את שאר הסחורה אם יש בה מום. ועיין שם שנסתפק קצת באופן שעדיין לא שילם. ועיין גם בגליון 35 דין 7.

24 כן פסק בשו"ת בית שלמה חו"מ ח"א סי' סב. עיין שם שמוכיח מהגמ' בב"ב דף פו ע"ב (נפסק בשו"ע סי' ר סעיף ז) שאם מפרטים את המחיר של כל פריט, נחשב כל פריט לעסקה נפרדת, ולכן אין קשר בין עסקה אחת לשניה. ויש לציין שדבריו יובנו יותר אם ננקוט טעם שהובאה בהערה 22 שכל הטעם הוא משום שהמוכר טוען שאינו מסכים לביטול מקח במקצתו, כאן שהן עסקאות נפרדות אינו יכול לטעון כן. אבל לטעם הראשון שהוא משום שאנו אומדים דעתו שמוחל על המום היה מקום לטעון שמה בכך שהם עסקאות נפרדות מכל מקום רואים אנו שאינו מקפיד על המום. אך אינו מוכרח שמכל מקום כיון שחשובים כעסקאות נפרדות אין אנו רואים במחילה בעסקא אחת ראייה על מחילה בעסקא אחרת, וצ"ע. ויש לציין שמשמע קצת בערך ש"י רלב שחולק בדין זה. וראה לקמן במוכר במחיר אחד כמה מינים שנחלקו הראשונים אם יכול לבטל המקח בכלו.

25 כן כתב בספר ערך ש"י רלב, וטעמו על פי מה שפסק הנתניבות בס' קפב סק"ח ובידושים ס"ק טו שהמוכר הרבה סחורה במחיר כולל ונתבטל המקח במקצתו שדינו שהקונה יכול לטעון שאינו חפץ בקיום המקח במקצתו ויכול לבטל את כל המקח. ולגבי המוכר, אם יכול לטעון שאינו מוכן למכור מקצת מן הסחורה, כתב הנתניבות שדוקא אם לא ידע המוכר בשעת המקח שמקצתו תבטל יכול לטעון כן. ולפי זה כתב הערך ש"י שאף אם השתמש הקונה בחלק שאינו פגום, אם המוכר לא ידע שחלק פגום, יש ראייה על מחילת המום בכל הסחורה, שהרי יודע שהמוכר יכול לדרוש שביטול מקח יהיה על כל הסחורה, ולא היה לו להשתמש בסחורה כלל. וכעין דבריו כתב בשו"ת בעי חיי ח"ב סי' פב שאף במוכר סחורות חלוקות (היינו ממינים שונים, משפט שלום סי' רלב ס"ג), אלא שמדובר שם שהקונה מכר חלק מהסחורה ואין לו אפשרות להחזיר את כולה, יכול המוכר לטעון שאין זכות לקונה לבטל את המקח, כיון שאינו מחזיר לו את כל הסחורה. אבל אם הקונה השתמש בחלק שאינו פגום יתכן שיהא נפק"מ בין הערך ש"י לבעל הבעי חיי, שלסברת הבעי חיי יש לומר, כיון שיש לקונה יכולת מעשית להחזיר גם לאחר השימוש יכול לבטל את המקח. ולסברת הערך ש"י לא יוכל לבטל שכיון שזכותו של המוכר לדרוש את ביטולו של כל המקח ובמקרה זה היה אסור על הקונה להשתמש אף בחלק שאינו פגום. וראה בשו"ת דברי חיים [צאנז] ח"א חו"מ סי' צב שנראה שנחית לסברת הערך ש"י.

26 עיין בהערה הקודמת שטעם הדין הוא שהמוכר יכול לדרוש שביטול המקח

שאל כלי מגמ"ח, האם יכול להשאילו לאחרים

שאלה:

שאל חפץ מגמ"ח כלים, האם יכול להשאילו לאחרים.
ומה הדין כשעבר השואל והשאילו לאחר והחפץ התקלקל אצל השני מחמת השימוש, האם השואל הראשון או השני חייבים לשלם, כיון שהשימוש של השני היה שלא כדין.

תשובה:

השואל חפץ המיועד להשאלה אינו רשאי להשאיל לאחרים כיון שהבעלים חוששים שיבריחו את החפץ ממנו. אבל אם שאל מגמ"ח המשאיל לכל פונה מבלי לברר עליו, רשאי השואל להשאיל לאחרים.
אם השואל השאיל לאחר שלא כדין והחפץ התקלקל אצל השני מחמת השימוש, הראשון פטור מאחריות לכל הדעות כיון שמסר לבן דעת. לגבי השני, נחלקו הפוסקים אם דינו כגזלן כיון שהוא משתמש שלא ברשות וחייב לשלם, או אם אינו גזלן אלא מעביר על דעת בעל הבית ודינו כשואל שפטור מ'מתה מחמת מלאכה'. ולמעשה השני יכול לטעון 'קים לי' ולהיפטר. עוד נחלקו הפוסקים אם הבעלים יכולים להוציא את החפץ מיד השואל השני אף בתוך זמן השאילה, כיון שלא הסכים שהוא ישתמש בו, או אינו יכול, כיון שבדיעבד זכה השני בזכות השימוש במשך תקופת השאילה. ולמעשה השני יכול לטעון 'קים לי' ואין הבעלים יכולים להוציא את החפץ מידו.

רשב"א – יש מקרים שהשואל רשאי להשאיל

כתב בשו"ת הרשב"א ח"א סי' אלף קמה וז"ל: "ואפילו השוכר בית מחברו יכול הוא להשכיר לאחרים, ולא אמרו אין השוכר רשאי להשכיר ואין השואל רשאי להשאיל אלא במטלטלין שאין דרכן של בעלים להשתכר ולהשאיל עימהם, מפני שאפשר להבריחם ואינו רוצה שיהיו מטלטלין אצל אחרים. אבל מטלטלים שאין עשויין להבריח שדרכן של בעלים להשתכר ולהשאיל עימהם, משכיר משאיל לאחרים". הרשב"א הביא שתי ראיות לדבריו, ראיה ראשונה מב"מ דף עט ע"ב, השוכר את הספינה ופרקה בחצי הדרך נותן לו שכר חצי הדרך ואין לו עליו אלא תרעומת, וביארו התוספות בשם ר"ח את מסקנת הגמרא שבאמצע הדרך מוכר השוכר את הסחורה שהוא מוביל בספינה לאדם אחר, נמצא שהספינה מושכרת בהמשך הדרך לקונה של הסחורה ובעל הספינה צריך לעבוד איתו, ויש לו תרעומת שמא הקונה הוא אדם קשה יותר מהראשון והוא לא מעוניין לעבוד איתו, אבל עם כל זה אינו יכול לעכב על השוכר מלמכור את סחורתו לאחר. ומוכח ששוכר ספינה יחד עם שירותי הובלת הספינה יכול להעביר את זכויותיו לאדם אחר. ראיה נוספת מב"מ דף יא ע"א, מעשה ברבן גמליאל וזקנים שהיו באים בספינה אמר רבן גמליאל עישור שאני עתיד למוד נתון ליהושע ומקומו מושכר לי ועשור אחר שאני עתיד למוד נתון לעקיבא בן יוסף שיזכה בו לעניים ומקומו מושכר לו. אמר רבי יהושע עישור שאני עתיד למוד נתון לרבי אלעזר בן עזריה ומקומו מושכר לו ונתקבלו זה מזה. ומוכח שרבי יהושע השכיר לרבי אלעזר בן עזריה את המקום ששכר מרבן גמליאל. וממשיך הרשב"א "ולא בשכירות בלבד אמרו אלא אפילו בשאלה שלא תאמר מי שמשאיל לא היה בדעתו להשאיל ולעשות חסד אלא לזה". ומביא הרשב"א על כך שתי ראיות, ראיה ראשונה מכתובות דף לד ע"ב "הניח להם (ליורשים) אביהם פרה שאולה, משתמשין בה כל ימי שאלתה". ראיה נוספת מגיטין דף לז ע"א "אמר רבי יהודה השאילו מקום לתנור וכירה כותבין עליו פרוזבול²". הרי שהמלווה יכול לגבות מהלווה קרקע שאולה שיש לו. ואם נאמר שכל המשאיל מטלטלין או קרקע לא השאיל אלא לזה בלבד, כיצד

כותבים עליו פרוזבול, הרי המשאיל כאילו התנה שלא יהא השואל רשאי להשאילו לאחרים ואין כותבין עליו פרוזבול.

מחלוקת האחרונים בביאור דברי הרשב"א

בספר מחנה אפרים הלכות שכירות סי' יט הביין מדברי הרשב"א שכל דבר שעשוי להשכיר ולהרוויח ממנו אין המשכיר יכול לומר 'אין רצוני שיהא פיקדוני ביד אחר'. והוא הדין בחפץ העשוי להשאלה, רשאי השואל להשאיל לאחר, ואין אומרים שדעתו של המשאיל היתה לעשות חסד רק לשואל זה וכמו שכתב הרשב"א.

אמנם בספר ערך ש"י סי' שמב הביא דברי המחנה אפרים וחולק עליו. וכתב שדברי הרשב"א אינם אלא במקום שהבעלים משתכרים יחד עם החפץ, וכגון שוכר ספינה שבעל הספינה משיט את הספינה³, ואין השוכר או השואל השני יכול להבריחם, לכן מותר להשכיר אותם לאחרים, אבל שואל מטלטלין שהשני יכול להבריחם, אסור להשאיל לאחרים, אף אם עשוי לכך. ומהראיות שהביא הרשב"א אין ראיה לחידושו של המחנה אפרים שהשוכר את הספינה מדובר שבעל הספינה נמצא בתוכה. ומרבי יהושע שהשכיר את הקרקע של רבן גמליאל וכן מהדין שכותבין פרוזבול על קרקע שאולה אין ראיה, כיון שאין אפשרות להבריח קרקע ולכן יכול להשכירה ולהשאילה לאחר. ועל הראיה שהביא הרשב"א מכתובות "הניח להם אביהם פרה שאולה, משתמשין בה כל ימי שאלתה" כתב הערך ש"י שאין ראיה, כיון שמיתה לא שיכחא לא אומרים אדעתא דהכי לא השאיל, ואין מפקיעים זכות היורשים בגלל קפידתו של משאיל עכשיו.

דעת רוב הפוסקים שהרשב"א התייר רק במקרה שלא ניתן להבריח

הרמ"א בס"י שמב מביא את דברי הרשב"א להלכה וז"ל: "מיהו דבר שאי אפשר להבריח ולכפור בו כגון בית או ספינה מותר להשאיל". הרי שפירש את דברי הרשב"א כמו שפירש הערך ש"י, שרק בדבר שאין השני יכול להבריח ניתן להשאיל לאחר. וכן נראה מלשון העיר שושן שם וז"ל: "אבל מטלטלין שאינן עשויין להבריח שדרכן של בעלים להשתכר ולהישאל עימהם כגון ספינה, וכן בית מותר להשאיל ולהשכיר לאחרים". וכן כתב

1 רבן גמליאל רצה להקנות את התרומות והמעשרות למי שצריך לקבל אותן, וכדי שיחול הקנין השכיר את המקום שהן נמצאים בו.

2 מלווה שאינו רוצה שהחובות יישמטו בשביעית צריך לכתוב פרוזבול. חז"ל הגבילו שלא ניתן לכתוב פרוזבול אלא אם יש ללווה קרקע מהמלווה יכול לגבות את חובו ממנה. גם אם יש ללווה קרקע שאולה בלבד יכול המלווה לכתוב פרוזבול.

3 גירסת הרשב"א שלנו היא "אבל מטלטלים שאין עשויין להבריח שדרכן של בעלים להשתכר ולהשאיל עימהם" משמע כדברי הערך ש"י, אבל במחנה אפרים נראה שהיתה לו גירסה אחרת "אבל מטלטלין שעשויים להשאיל ולהשתכר בהם".

בערוך השולחן שם סעיף ב' ז"ל: "ומתשובת הרשב"א שהביא הבית יוסף משמע דווקא שהבעלים עימהם". וכן פסק בשו"ע הרב הלכות שאלה סעיף ד' ז"ל: "ולכן השואל ספר מחברו רשאי להניח לאחר לקרות בו ברשותו ואינו חושש שמא אין רצונם של בעלים שיהיה פיקדונם ביד אחר כיון שעדיין הוא בביתו וברשותו, ואין לחוש כלל שמא המשאיל אינו רוצה להשאיל ולעשות חסד אלא לזה ולא לזה, שכיון שאנו רואים שעשה חסד בממונו והשאיל ספרו ללמוד לזה, מן הסתם אינו מקפיד בחסד זה שעשה גם על אחר שילמוד כל ימי משך שאילתו שהשאיל לראשון". הרי שהביא את סברת הרשב"א שאין אומרים שרצה לעשות חסד רק עם זה ולא עם אחר דווקא כשהספר נשאר בביתו של השואל הראשון, ולא כשנותן לשואל השני לקחת את הספר לביתו.

נמצא שהשואל כלי מגמ"ח שמשאיל לכל המבקש, ולא התנה עם השואל שלא ישאיל לאחרים, לדעת המחנה אפרים יכול להשאיל לאחר, שאין את הטעם ש"אין רצוני שיהא פיקדוני ביד אחר" כיון שמשאיל לכולם. ולדעת הערך ש"י אין יכול להשאיל לאחר, מחשש שמא יבריא. בספר פתחי חושן חלק שאלה פ"ט הערה כח כתב שמסתבר מגמ"ח המשאיל לכל מי שפונה ומבקש, בין אם הוא מכיר אותו ובין אם לאו, רשאי השואל להשאיל אחרים, וכדין שומר שיכול להפקיד את הפיקדון אצל מי שהמפקיד רגיל להפקיד בידו, כמבואר בשו"ע סי' רצ"א סעיף כו. ייתכן לומר שאף המחנה אפרים שסובר שאין חשש הברחה, אין זה אלא באדם שרגיל להשאיל לכל הפונה אליו, ולכן מותר, אבל בסתם חפץ העשוי להשאלה מודה לערך ש"י שאסור להשאילו לאחרים משום חשש הברחה.

שומר שמסר לשומר שלא כדין האם חייב השומר הראשון

בגמ' ב"מ דף לו ע"א "אתמר שומר שמסר לשומר רב אמר פטור ורבי יוחנן אמר חייב... ואמר רבא הלכתא שומר שמסר לשומר חייב, לא מבעיא שומר שכר שמסר לשומר חנם דגרועי גרעה לשמירתו, אלא אפילו שומר חנם שמסר לשומר שכר חייב, מאי טעמא דאמר ליה את מהימנת לי בשבועה האיך לא מהימן לי בשבועה". בפשיטות משמע מהגמ' ששומר שמסר לשומר אינו פושע, אלא שעליו להביא עדים מה קרה לפיקדון ואינו נפטר בשבועת השומר השני. וכן כתב הר"ף בדף כ' ע"א ז"ל: "שמעינן מינה דהיכא דאיכא עדים דנטרה שני כי אורחיה ונאנסה לא מחייב שומר קמא לשלומי דהא ליכא למימר אנת מהימן לי איהו לא מהימן. ואף על גב דלכתחילה לא מצי למימסר פיקדונו ביד אחר שאין רצונו שיהא פיקדונו ביד אחר, בדיעבד לא מחייבין ליה, דלא קיימא לן כרבי מאיר דאמר כל המעביר על דעת בעל הבית נקרא גזלן". וכן דעת הרא"ש בפ"ג סי' ו' וכתב שאף הדין שאין השואל רשאי להשאיל הוא לכתחילה בלבד אבל בדיעבד אין זה פשיעה. וכן פסק הש"ך בס' רצ"א ס"ק מז.

אמנם, דעת הרמב"ם בפ"ד מהלכות שאלה ה"ח שאם מסר לשומר אחר פושע הוא. ז"ל: "אם מסרן לאחר הרי זה פושע וחייב לשלם, אלא אם כן הביא השומר השני ראיה שלא פשע". והקשה בספר מחנה אפרים הלכות שומרים סי' כט שאם דעת הרמב"ם שהוא פושע, אמאי נפטר כשמביא עדים שהשני לא פשע, הרי תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב. ותירץ שדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס נאמר רק כשהפיקדון היה במקום שאינו שומר, כגון שהטמין את הפיקדון בצריף העשוי מעלי ערבה ונגנב, שהמקום אינו ראוי לשמירה מחשש שריפה. אבל בשומר שמסר לשומר הפשיעה היא מחמת שהמפקיד חושש שהשומר השני לא ישמור כראוי, אבל אם התברר שהשני שמר כראוי הוברר שהחשש היה לשווא ולא היתה פשיעה. ועוד שהשומר הראשון חייב לשמור במקום שומר, ומה לי אם שמרו בביתו או בבית חברו, כיון שהניח במקום שומר אין המקום

גורם לאונס.

ובספר קהילות יעקב ב"מ סי' לה הקשה על סברא זו, כיון שעצם המסירה היא פשיעה ולא היה לו למסור לשומר השני ונגנב בבית השני נקרא שבא האונס מחמת הפשיעה. ותירץ שחייב של תחילתו בפשיעה וסופו באונס הוא רק כשפשע ולא היה החפץ שמור כלל אפילו שמירה פחותה, שאז נחשב כאילו הפיקדון אבוד. אבל שומר שמסר לשומר לא פשע בשמירה אלא בשבועה, שפשע בכך שגם שלא יוכל להישבע, ובמקום שהחפץ היה במקום שומר אין חיוב של תחילתו בפשיעה וסופו באונס. ועיין שם שהש"ך בס' רצ"א ס"ק מו' אינו מפרש כן בדברי הרמב"ם, שהרי כתב שלפי הרמב"ם ששומר שכר שמסר לשומר חנם וגרע בשמירה נחשב לפושע, אינו פטור רק ממתה כדרכה, ומטעם מלאך המוות מה לי הכא ומה לי התם, אבל בגנת אונס חייב מדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס. והקהילות יעקב תמה עליו שהרמב"ם הזכיר פשיעה גם בשומר שלא גרע בשמירה וכתב שאם יש עדים שהשני לא פשע הראשון פטור.

ועל כל פנים הש"ך פוסק כדעת הרא"ש ששואל שהשאיל לאחר פטור כיון שאין בזה פשיעה.

אם השואל השני חייב על מתה מחמת מלאכה

הש"ך סימן עב ס"ק קמ' מביא את דעת העיר שושן ששואל ספר שהשאיל לאחר שלא ברשות הבעלים, והשואל השני הפחית את שווי הספר כתוצאה מהשימוש, דינו כשולח יד וצריך לשלם מה שנפחת, ואין לו פטור של 'מתה מחמת מלאכה'. וכן דעת ה"ט בס' שסו. וכן כתב הב"ח באה"צ סי' כח ששואל המקדש אשה בחפץ שאול בלא ידיעת הבעלים דינו כמקדש בגזל. וכן כתב הפרי מגדים או"ח סי' תרל"ז משבצות זהב סק"ד לגבי סוכה גזולה, שאם שאל קורה מחברו לסכך בו והשאילו לאחר הרי זה גזל. אבל הש"ך שם הוכיח מדברי הר"ף והרא"ש בשומר שמסר לשומר שכיון שמסר לבן דעת לא פשע ואינו נעשה גזלן, ואף שלא היה לו רשות להשאיל אינו אלא מעביר על דעת בעל הבית, שאסור לעשות כן אבל אינו נעשה גזלן. ביאור דבריו ששומר חנם שקיבל חפץ לשמור והמפקיד לא נתן רשות לשום אדם להשתמש בו, והשומר נתן לאחר להשתמש, נחשב לשולח יד ששואל שלא מדעת גזלן הוא. אבל שואל שקיבל רשות להשתמש, אף שהרשות מוגבלת רק לו ולא לאחרים, אם השאל לאחרים אינו גזלן, אלא מעביר על דעת בעל הבית, וכדין השואל חמור לילך בבקעה והלך בהר ומתה שקיימא לן כחכמים שפטור.

באבני מילואים סי' כח סק"נ כתב שיש לחלק בין שואל לזמן לשואל סתם, ששואל לזמן קנה את זכות השימוש למשך כל הזמן, וממילא אם השאל לאחרים אינו גזלן, שהרי מעביר את זכות השימוש שהיא שלו. אבל שואל סתם אין לו קנין בחפץ אלא רשות שימוש והרשות היא רק לו אישית, וממילא אם השאל לאחרים הרי הוא כגזלן. וכתב שאפילו לדעת רבינו תם שהביאו התוספות בשבת דף קמח ע"א סתם שאלה שלושים יום, אף על פי כן אינו דינו כשאלה לזמן, ומוכיח כן מהשיטה מקובצת בכתובות דף לד ע"ב שכתב שבסתם שאלה ומת השואל תוך שלושים יום אין היורשים רשאים להשתמש. ונראה שסברתו היא על פי מה שכתב הנמוקי יוסף בב"ב דף ה' שבסתם הלוואה אין חזקה שאין אדם פורע תוך זמנו, והיינו שרק אם הוא זקוק לכסף הוא יכול לעכב אותו שלושים יום, וכן בשאלה סתם יכול להשתמש כל זמן שצריך ועד שלושים יום, אבל לא קנה את זכות השימוש למשך שלושים יום, לכן אם השאל לאחרים דינו כגזלן. אמנם, החזון איש באבה"ע סי' מ' אות י' חולק על האבני מילואים וסובר שאפילו בסתם שאלה, כל עוד שהמשאיל לא תבע את פיקדונו בחזרה, אין השואל השני כגזלן, כיון שהוא משתמש בזכות השימוש של השואל הראשון ולא בחלקו של המשאיל.

רכישת דירה מכונס נכסים

שאלה:

מעשה בא לדינו, אדם חייב כסף רב ואין לו לפרוע ובית המשפט מינה כונס נכסים למכור את דירתו כדי לפרוע לנושה. הדירה נמצאת בשכונה חילונית. אדם שומר תורה שביקש להציע הצעה כדי לזכות במכרז, הלך לשאול לבעל הדירה אם יש לו התנגדות שהוא יקנה את הדירה, בעל הדירה לא הביע התנגדות אבל גם סירב להסכים עם המהלך, על אף שהודה שחייב כסף לנושה, לדבריו כל הנושא כואב לו מאוד ואינו רוצה לדבר עליו. על סמך זה שבעל הדירה לא התנגד ואף הודה בחוב הציע הצעה מסוימת והפקיד 10% מסך הצעתו ואכן ההצעה זכתה. הקונה התעורר שמא נהג שלא כשורה לקנות דירה שנמכרת למורת רוחם של בעליה, ובא לשאול אם עליו לחזור מהצעתו ולהפסיד את סכום הפיקדון, או אולי יש מקום להתיר.

תשובה:

אם החוב נובע מהלוואה או עסקה שהיתה בין החייב לנושה, הנושה הוא גוי (ויש מקום לומר שאף יהודי שאינו שומר תורה ומצוות דינו לענין זה כגוי) והחייב מודה בקיומו של החוב, מותר לכתחילה להציע הצעה ואף לקנות את הדירה. גם במקרה שהחוב נובע מנזק וכדו', או שהנושה שומר תורה ומצוות, יש מקום להקל בדיעבד להמשיך בקניית הדירה, אם ישנם הוכחות שהחייב – בעל הדירה – התייאש.

יאוש בקרקע – סתירה ברמב"ם

דין תורה, אלא שהוא אלם שאינו שומע לדין תורה, אין מקום לומר שאם שומר תו"מ קנה ממנו זכה בזכותו להיות אלם.

סברת התומים – המלווה כסף לגוי משתעבד לפי דיניהם

עוד מביא הנתיבות שם בשם התומים בסי' קד ס"ק ב-ג שכתב "שכל שנתחייב לגוי הוא כשיעבד עצמו לדין של דיניהם". ומשמע בדבריו שאף אם נמכר הקרקע בפחות משווייה הדין כן. לפי סברא זו אף במקרה שלווה כסף מיהודי שאינו שומר תורה ומצוות ואינו מציינת לדין תורה, יש לומר שהשתעבד לפי חוקי המדינה. כיון שידע שהמלווה יגבה ממנו בלשכת ההוצאה לפועל. ואם לפי חוקי המדינה מוכרים את הדירה במכרז לכל המרבה במחיר ולא מחייבים את הנושה לקבל את הדירה לפי שוויה, ודאי שהלווה השתעבד שהמלווה יוציא ממכירת נכסיו את כל כספו ובמזומן, ולא יצטרך לקבל דירה במקום כסף.

סברא זו ניתן לומר רק אם החוב נובע מהלוואה או מעסק, אבל בחוב הנובע מנזק לא ניתן לומר שהחייב השתעבד לפי חוקי המדינה, שהרי החוב לא נוצר על פי הסכמתו.

סברת הנתיבות – יש יאוש בקרקע אם הנגזל אינו יכול להוציא מהגוי בדיניהם

אמנם, בספר אולם המשפט שם דוחה את דברי הנתיבות שטעם הרמב"ם והשו"ע הוא משום שיש זכות לגוי לפי דיניהם, אלא הטעם הוא שהקונה זוכה מדין יאוש, שהחייב מתייאש. ובאמת שהנתיבות עצמו בסי' שעא סק"א מסביר את הדין המבואר בשו"ע ס' רלו מדין יאוש. ומבאר שהטעם שאין מועיל יאוש בקרקע הוא שאין יאוש מועיל אם הדבר נמצא ברשות הבעלים, וכמו שכתב הרמב"ן במלחמות ב"מ דף יד ע"ב שאין מועיל יאוש באבדה לאחר שהגביה המוצא, שכיון שהמוצא מחויב להשיב הרי הוא שומר את האבדה לבעליה והרי זה כאילו האבדה נמצאת ברשות בעליה ואין יאוש מועיל על דבר שנמצא ברשותו, ולכן אף קרקע לעולם נמצא ברשות בעליו ויכול להוציא את הקרקע בבית דין ואין יאוש מועיל. וכל זה במקום שיכול להוציא מהגזלן בבית דין, או אפילו בגזלן גוי ויכול להוציא ממנו בדיניהם, אבל אם אינו יכול להוציא ממנו בדיניהם מועיל יאוש אף

איתא בגיטין דף נח ע"ב: "תנו רבנן הבא מחמת חוב ומחמת אנפרות אין בו משום סיקריקון" ונחלקו הראשונים בביאור הגמ'. הרמב"ם בהלכות גזילה פ"י ה"א מפרש "גוי בעל זרוע שאנס נכסי ישראל וירד לתוך שדהו מחמת שהיה לו חוב על בעל השדה או מחמת שיש לו נזק ביד זה הישראלי או מחמת שהפסיד ממנו ואחר שתקף על השדה מכרה לישראל אחר אין הבעלים יכולין להוציא מיד הלוקח". וכן נפסק בשו"ע סימן רלו סעיף ז. אמנם, הסמ"ע שם ס"ק טו והש"ך שם סק"ג מביאים דעת הרא"ש בב"ק פ"ו ס' ז שחולק על הרמב"ם וסובר שאם גוי לקח קרקע מחמת חוב ומכר ליהודי, יכול הנגזל להוציא את הקרקע מהקונה לעולם, ונראה שדעתם נוטה לפסוק כהרא"ש.

הש"ך שם סק"ז ובספר כפות תמרים סוכה דף ל ע"ב הבינו שטעם הרמב"ם הוא מדין שהחייב מתייאש תמהו עליו שלכאורה הוא סותר את עצמו ממה שפסק בפ"ח הלכה יד שאין יאוש בקרקע וז"ל: "הקרקע אינה נקנית לגזלן לעולם אלא ברשות בעליה קיימת, ואפילו נמכרה לאלף זה אחר זה ונתיאשו הבעלים הרי זה חוזרת לנגזל בלא דמים".

סברת המהרי"ט והרדב"ז – הקונה מקבל את זכות הגוי

הנתיבות המשפט בסי' רלו סק"א מביא מהמשנה למלך בשם המהרי"ט והרדב"ז שטעם הרמב"ם שהקונה מהגוי אינו חייב להחזיר לנגזל הוא משום שקנה את זכותו של הגוי, וכמו שיש לגוי זכות לפי דיניהם נגד החייב, יש גם זכות זו לקונה. ובערוך השולחן שם סעיף ז כתב יותר מכך שאף הרא"ש מודה במקרה שהגוי גבה את הקרקע בחובו לפי דיניהם שאין החייב יכול להוציא את הקרקע מידי הקונה.

סברא זו שייך רק אם הנושה גוי, שהדין החל עליו הוא הדין של אותה מדינה¹. אבל אם הנושה הוא יהודי שאינו שומר תורה ומצוות, שחל עליו

1 מושג זה שהקונה מגוי קנה את זכותו נמצא גם בשו"ע ס' קנד סעיפים יח-ט. ניתן להסביר דין זה על פי מה שכתב הרמב"ם בהלכות מלכים פ"י הלכה יב וז"ל: "שני עכו"ם שבאו לפניך לדון בדיני ישראל ורצו שניהן לדון דין תורה דנין האחד רוצה והאחד אינו רוצה אין כופין אותו לדון אלא בדיניהן. היה ישראל ועכו"ם אם יש זכות לישראל בדיניהן דנין לו בדיניהם ואומרים לו כך דיניכם, ואם יש זכות לישראל בדיניהן דנין לו דין תורה ואומרים לו כך דינינו. ויראה לי שאין עושין כן לגר תושב אלא לעולם דנין לו בדיניהם". מדברי הרמב"ם נראה שלא רק בריב בין שני גוים חל הדין של המדינה, אלא אף בריב שבין יהודי וגוי חל הדין של המדינה, וכל מה שמחייבים את הגוי לפי דינו אינו רק על שאינו שומר שבע מצוות בני נח ולא מעיקר הדין. וכן מפרש בחזון איש ב"ק ריש ס' י, ומסתפק שם במקרה שגוי חייב לפי דינו ולפי דיניהם אינו חייב, אם חז"ל הטילו עליו את החיוב שיש בדיניהם ואם הגוי לא ישלם יהיה גזל בידו, או שחז"ל הורו לבית דין לחייב את הגוי שבא לדון

בפניהם, אבל אם לא הגיע לבית דין לדון אין גזל בידו, כיון שעיקר דינו הוא דיניהם. אם נאמר שכל עוד שלא הגיע לבית דין יש לו את הזכות שיש לו בדיניהם, אף אם בדיניהם אין לו זכות זו, ניתן לפרש כוונת הפוסקים שהביא הנתיבות היא שבאמת יש לגוי זכות שיש לו בדיניהם, והיהודי שקנה ממנו זכה זכות זו. אמנם, בשו"ת הרמ"א ס' י סובר שמעיקר הדין יש לדון לגוי לפי דיניו, ואם כן צריך עיון בכוונת הפוסקים.

מקרים שאם יחזור הקונה מהצעתו לא יהיו מציעים אחרים עם הצעות גבוהות שביט משפט יאשר אותן וייתן למכור להם וממילא באמצעות הצעתו הגבוהה הוא מסייע להוציא את הדירה מהבעלים, או שהנושה לא יוכל לקבל את כל חובו וממילא יהיה מוכן להתפשר עם החייב ואין החייב מתייאש.

גם דין זה שמועיל ייאוש בקרקע אינו מוסכם, ומשמעות הש"ך בסי' שע"א סק"ב והקצות שם סק"א שלדעת הרמב"ם אינו מועיל יאוש בקרקע כלל. ואף הנתביבות לא כתב שאף הרמב"ם שנפסק בשו"ע סי' שע"א מסכים עם כך, אלא שבא ליישב את הדין שנפסק בסי' רלו.

החייב מתייאש מגוף הקרקע ולא משווייה

לכאורה יש לדחות שבנידון דין אין החייב מתייאש מהדירה, שהרי אינו מוכן שיבוא אדם מהרחוב ויעשה חזקה בדירה ויזכה בו מההפקר, אלא עדיין זקוק לדירה כדי לפרוע בה את חובותיו, יוצא שיש לו עדיין זיקה לדירה. ואינו דומה למקרה המבואר בסי' רלו, ששם הנושה כבר גבה את הדירה בחובו והחוב כבר נפרע ואין לחייב שום קשר לדירה, אבל בנידון דין עדיין לא היתה גבייה והחוב עדיין לא נפרע.

אמנם, נראה להוכיח שמועיל ייאוש מגוף הדבר אף אם המתיאש עדיין זקוק לדמי, וניתן לזכות בגוף הדבר ולהתחייב בדמיו. כן כתבו בשיטה מקובצת ב"ק דף סו סוף ע"א בשם תלמידי ר"פ, בסמ"ע סי' שסח סוף סק"ג, בקצות סי' שנג סק"ב ובחידושי הגר"י שקאפ ב"מ סי' כא אות ד. וכן יש להוכיח מדברי התוספות בכריתות דף כד ע"א שמועיל ייאוש אף אם אינו מתייאש מכל הדבר.

בקרקע², משום שהקונה מהגוי יכול לטעון לנגזל שהוא בא בכוח הגוי שיש לו זכות נגדו לפי דיניהם. ולכן גם בדין המבואר בשו"ע סי' קמח סעיף ב במי שהשדה שלו מוקפת בארבע שדות של אנשים שונים, ויש לו דרך באחת מן השדות ושכח באיזו מהן, וממילא אינו יכול לתבוע בבית דין אף אחד מהם, אם לאחר מכן קנה אדם אחד את ארבעת השדות, נמצא שיש לו דרך בוודאות אצל הקונה הזה, מכל מקום איבד זכותו מדין יאוש, כיון שלא היתה לו את היכולת לתבוע את בעלי השדות בבית דין מועיל יאוש אף בקרקע.

ולפי זה בנידון דין שזכותו של הכונס למכור את הדירה היא על פי חוקי המדינה, ואין לבעל הדירה שום דרך לפעול שהדירה תישאר בבעלותו, והקונה מעיד שניכר על החייב שהוא מתייאש יש לצדד שמועיל יאוש בקרקע. אמנם, לא ניתן לקבוע בכך כללים ויש לדון בכל מקרה לגופו, שיש

2 הנתביבות מביא בקושייתו את הדין שבסי' רלו, אבל לאחר שמיישב שיש ייאוש בקרקע במקום שאינו שאינו יכול להוציא בדנינים, אינו מסביר כיצד מתיישב הדין בסי' רלו על פי זה. לכאורה נראה כוונתו שכיון שאינו יכול להוציא מהגוי בדניניהם מתייאש. אבל קשה שבסי' רלו סעיף ט נפסק "במה דברים אמורים בשאין שופטים כדי שיוכל להוציא שדהו מיד העובד כוכבים אבל אם יש שופטים בארץ והיה אפשר להוציא מיד עובד כוכבים בדין ולא עשה אז ודאי נתייאש". משמע שרק אם יכול להוציא בדניניהם ואינו עושה זאת הרי זה כהוכחה שמתיאש, אבל אם אינו יכול להוציא בדניניהם אין הוכחה שהתייאש. ואולי יש לחלק בין אם לפי דיניהם יש זכות לגוי שאז מתייאש, לבין אם אין זכות לגוי בדניניהם, אלא שאין ליהודי זכות הגנה מבית המשפט כשהגוי גזל אותו שאז אינו מתייאש, בסוברו שמצב זה ישנתה.

המשך מעמ' 6 | הרב נפתלי בן חיים שליט"א | שאל כלי מגמ"ח, האם יכול להשאילו לאחרים

עד שיבוא המשאיל להוציא ממנה, מכל מקום אי אפשר לקדש בהנאת השימוש, כיון שהשימוש הוא הנאה מתמשכת דקימא לן (שו"ע אבה"ע סי' כח סעיף טו) 'ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף' הרי זה כמקדש במלוה.

מדברי המחנה אפרים והחזון איש נראה שהרא"ש חולק על התרומת הדשן וסובר שאם השואל קידש ללא רשות המשאיל אינה מקודשת. וכן כתב הקרבן נתנאל על הרא"ש שם אות ל שאפילו בדיעבד אינה מקודשת. ודלא כבית שמואל שם ס"ק מח שהשווה דעת הרא"ש לדעת התרומת הדשן שבדיעבד מקודשת.

מי נקרא המוחזק כשיש ספק בחפץ שאול

הקצות בסי' מב סק"ב מביא מחלוקת בין שתי תוספות כשיש ספק על חפץ שאול שעתידי לחזור למשאיל מי נקרא מוחזק. דעת התוספות בב"ב דף סא ע"ב שהמשאיל מוחזק, ודעת התוספות בב"ב דף קב ע"א שרק בקרקע אומרים שהבעלים מוחזקים אבל במטלטלים כיון שהוא ביד השואל הוא המוחזק. והנתביבות שם סק"י פסק שהעיקר כדברי התוספות בב"ב שהשואל הוא המוחזק. וכן כתב המחנה אפרים (לפני שכתב את הכרעתו שהמשאיל יכול להוציא מיד השואל השני) שאין המשאיל יכול להוציא מיד השואל השני כיון שהשואל מוחזק ויכול לטעון 'קים לי' כהתרומת הדשן. בנוסף לכך, בספק של מחלוקת הפוסקים סובר הנתביבות בכללי תפיסה אות כב שהשוכר (או השואל) נחשב למוחזק, אפילו בקרקע שבחזקת בעליה עומדת.

לפי זה שואל שהשאיל לאחרים והחפץ התקלקל כתוצאה מהשימוש של השואל השני, הרי הוא יכול להיפטר בטענת 'קים לי' כדעות הפוסרות.

עבר והשאיל לאחר אם יכול המשאיל להוציא מיד השני

הטור באעה"ז סי' כח מביא דעת חלק מהראשונים שהשואל חפץ מחברו וקידש בו אשה מקודשת, ואחר כך מביא את הרא"ש (קידושין פ"א סי' כ) שצריך שיהיה רשות לשואל להשאיל לאחרים, או שהודיע למשאיל שמקדש בו אשה. ובדרכי משה מביא בשם התרומת הדשן שמה שכתב הרא"ש שצריך להודיע למשאיל הוא רק לכתחילה אבל בדיעבד גם אם לא הודיע מקודשת. ובספר מחנה אפרים הלכות שאלה סי' ו מבאר מחלוקתם, שהתרומת הדשן סובר ששואל יש לו קניין השתמשות בחפץ, ואם השאיל לאחר, אפילו שלא כדין, זכה השואל השני בזכות השימוש ואין המשאיל יכול להוציא ממנו, ולכן אף האשה מתקדשת בזכות זו. אבל הרא"ש סובר שאין השואל השני זוכה בזכות השימוש בחפץ והמשאיל יכול להוציא ממנו בטענת 'אין רצוני שיהא פיקדוני ביד אחר', ולכן אין האשה מקודשת כיון שלא זכתה בכלום. וכתב המחנה אפרים שהעיקר להלכה הוא שאם השואל השאיל לאחר, המשאיל יכול למחות ולהוציא מיד השני.

החזון איש באבה"ע סי' מ אות ט מבאר את דעת הרא"ש, שאף שהרא"ש סובר ששואל שהשאיל לאחרים ללא רשות אינו גזלן אלא מעביר על דעת בעלים, מכל מקום הועילה הקפידא של המשאיל שיוכל להוציא מיד השואל השני, וממילא יוצא שהאשה לא זכתה בשום קניין באמצעות משיכת החפץ, ולכן אינה מקודשת. ואף שהאשה יכולה להשתמש בחפץ

"עלון המשפט" יוצא לאור על ידי "מכון מענה שמחה", כל הזכויות שמורות

הקדשות והנצחות לעלון הבא תתקבלנה בברכה בטלפון: 057-3167845