

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

40 | גליון חודש תשרי ה'תשע"ב

תוכן העניינים:

א | פסקי דינים – דיני מקח טעות – חלק ו' – חיוב שמירה על חפץ שנקנה בטעות
ב | ויכוחים בין שכנים הקשורים לבניית סוכות

מודעה רבא לאורייתא

בשמחה רבה הננו לבשר ולהזמין את הציבור הרחב לכנס הגדול

יום העיון הארבעה עשר בענייני ועד הבית

אשר יתקיים בעזהשי"ת

ביום חמישי כ"ט תשרי תשע"ב

בהיכל כוללנו ביהמ"ד היכל שמואל

רח' פנים מאירות 1 עיה"ק ירושלים

במעמד ובראשות גדולי הדיינים שליט"א

מנחה 15.30

הגאון ר' משה שלזינגר שליט"א 15.50

הגאון ר' יהודא סילמן שליט"א 16.00

הגאון ר' נפתלי נוסבוים שליט"א 17.00

הגאון ר' מנחם מנדל הכהן שפרן שליט"א 18.00

ערבית 19.30

בין הנושאים שיועלו:

הקריטריונים לקביעת גובה תשלום היחסי של דמי ועד הבית – שטח הדירה או מספר נפשות או שאין בזה נפקא מינה. גובה התשלום במקרה של הפרדת דירה לשנים או צירוף שתי דירות לאחת. השתתפות ועד הבית במקום חניה או מחסן שנהפך לדירה. האם יש חיוב תשלום בדירה שנשארה ריקה לתקופה ממושכת. איזה תשלומי ועד הבית חלים על השוכר ואיזה על המשכיר. באיזה מקרים ניתן לפנות למשכיר לגבות תשלום דמי ועד הבית. בנין חדש שחלק מהדיירים קיבלו מפתח מהקבלן, האם חל חיוב תשלום גם על הדיירים שטרם נכנסו לדירתם. מהדיירים שטרם קיבלו את המפתח, האם חל חיוב תשלום על הקבלן. האם חיובים ידירי קומות קרקע להשתתף בחלק מתשלום ועד הבית המיועד אחזקת המעלית. ניתוק מהסקה מרכזית. כמה מהדיירים צריכים להסכים לביצוע עבודה כגון צבע בכדי לחייב את כל הדיירים בהשתתפות. מה הדין בביצוע תיקונים או שיפוצים בדבר שמשפיע רק על חלק מהדיירים. איזה החלטות רשאי ועד הבית לקבל בלי לבקש הסכמת הדיירים.

ינתן זמן בסופו של כל שיעור עבור שאלות ניתן להאזין לשיעורים בשידור חי בקול הלשון" טל: 03-6171111 ואח"כ * או בשלוחה 172 לאחר השיעורים

הרב יוסף פליישמן שליט"א

פסקי דינים – מקח טעות חלק ו' חיוב שמירה על חפץ שנקנה בטעות

1. הקונה חפץ ושילם עבורו ומצא בו מום, והחפץ נגנב או נאבד¹ לפני שהספיק להודיע למוכר שמצא מום, נחלקו הראשונים אם הקונה דינו כשומר חנים ופטור², או כשומר שכר וחייב בגניבה ואבדה³. וכן נחלקו האחרונים בדעת השו"ע⁴. ואם החפץ נאבד לפני שהקונה שילם, יש אומרים

1 אבל אם קנה פירות והרקיבו או התלעו, מבואר בשו"ע חו"מ סי' רלב סעיף כב שאם הקונה היה יכול להודיע למוכר ולא הודיע חייב, כיון שאם היה מודיע היה המוכר יכול לאכול אותם מיד, אבל אם לא היה יכול להודיע או שההודעה לא היתה מועילה, הרי הוא פטור, כיון שהוא אנוס, שלא היה יכול לעשות כלום למנוע שלא ירקיבו. עיין סמ"ע שם ס"ק נו ו"ח ס"ק כ.

2 התוספות בב"מ דף מב ע"ב ד"ה הכא כתבו לענין ספסירא (סרסור) שמכר ליתומים שור שאין לו שיניים טוחנות והשור לא אכל ומת מרעב וז"ל: "אף על גב דמקח טעות הוא... דספסירא תובע ליתמי שורו שמת בפשיעה והם שומרים חנם עליו". הרי שקונה דבר שיש בו מום דינו כשומר חנים עליו. וכן כתב בחידושי הריטב"א החדשים שם ד"ה משתבע וז"ל: "דכל מקח טעות כיון דחייב הלוקח לתת סחורתו למוכר ולוקח נמי יכול לעכבו עד שיתן לו המוכר דמיו הרי נעשה הלוקח שומר עליו וכאותה שאמרו כל האומנין שומר שכר אלא דהכא דיו להיות כשומר חנים כיון דהוה כאן מקח טעות". יש לציין שמה שהביא הנתיבות בסי' רלב סק"ט בשם הריטב"א שהקונה הוא שומר שכר, כוונתו לריטב"א הישנים המובא בהערה הבאה.

3 כן דעת הראב"ד שהובא בפסקי הרא"ש ב"מ פ"ג סי' כד ובחידושי הריטב"א הישנים ב"מ דף מב ע"ב ד"ה אחר וז"ל: "... ועומד השור לחזור לבעליו ויחזיר להם הדמים וצריכים הם לשומרו עד שיחזירוהו לבעליו נמצא שהיתומים שומרי שכר על השור בשביל מעותיהם שהם באחריותו". התומים בסי' עב ס"ק כב טוען שהרא"ש עצמו חולק על הראב"ד, שהרי טעם הראב"ד הוא שהקונה תופס את החפץ כמשכון על החזרת התשלום, ובפסקי הרא"ש קידושין פ"א סי' י סובר כהתוספות בב"מ דף פ ע"ב ד"ה דקא תפיס שמלווה על המשכון אינו נעשה שומר שכר מטעם זה, כיון שלפני ההלוואה היה לו את הכסף אצלו ולא הרוויח כלום מההלוואה, ורק אומן שמרוויח שכר על התיקון, כסף חדש שלא היה לו לפני כן נעשה שומר שכר מטעם שתופס את החפץ עבור השכר, ולפי זה אף הקונה הרי היה לו את הכסף לפני הקניה ולא הרוויח כלום מהקניה. ובאמת שאף הריטב"א החדשים כתב בב"מ דף פ ע"ב כסברת התוספות שיש לחלק בין מלווה על המשכון ובין אומן ואף על פי כן לענין מקח טעות מדמה את הקונה לאומן. ואפשר ליישב שלכן באמת התכוון הריטב"א במה שכתב לענין מקח טעות "אלא דהכא דיו להיות כשומר חנים כיון דהוה כאן מקח טעות", שמתכוון לומר שאין הקונה נהנה כלום ממה שהוא תופס את החפץ כנגד התשלום, כיון שהמקח התבטל ולא הרוויח ממנו כלום.

4 הרמב"ם בהלכות מכירה פרק טז ה"ג כתב לענין קונה שהעביר את החפץ למדינה אחרת ואחר כך מצא בו מום וז"ל: "ואפילו אבד או נגנב אחר שהודיעו הרי הוא ברשות מוכר". הבית יוסף בסי' רלב אות יט התקשה במלים 'אחר שהודיעו' שמשמע שכל עוד שהקונה לא הודיע למוכר שמצא מום הרי הוא חייב בגניבה ואבדה, ותמה שהרי לא היתה לקונה אפשרות להודיע ולמה יתחייב באחריות, ולכן נדחק לפרש שכוונת הרמב"ם היא שהקונה הודיע בשעת הקניה שהוא מתכנן להעביר את החפץ למדינה אחרת, שאם לא הודיע על כך הרי הוא חייב באחריות, אבל אין הקונה חייב באחריות כל עוד שלא הודיע למוכר שמצא מום. הרי שהבית יוסף סובר בפשיטות שהקונה פטור מגניבה ואבדה גם לפני שהודיע למוכר שמצא מום. וכן דעת הפרישה והסמ"ע בס"ק נא שהקונה פטור מגניבה ואבדה, אלא שחולק על הבית יוסף בכוונת המלים 'אחרי שהודיעו', ומפרש שהרמב"ם בא למעט שאם היתה אפשרות לקונה להודיע ופשע ולא הודיע, הרי הוא חייב בגניבה ואבדה, אבל אם לא היתה לו אפשרות להודיע הרי הוא פטור. ובס"ק נו כתב שאף אם לא הודיע בשעת הקניה שמתכנן להעביר למדינה אחרת הרי הוא פטור מגניבה ואבדה. אמנם, רוב האחרונים חולקים על הבית יוסף והסמ"ע ומפרשים בדעת הרמב"ם שהקונה דינו כשומר שכר. הב"ח באות יט כתב שלשון 'אחר שהודיעו' הוא דווקא, שכל עוד שלא הודיע הקונה למוכר שנמצא מום בחפץ וביקש ממנו שייקחנו בחזרה, הרי הוא חייב באחריות, ומטעם "שהרי אם ידמנו לו מי שרוצה ללקחו מידו הוא מזבין ליה". וכן כתב הלבוש שם סעיף כב וז"ל: "דכל זמן שהוא בידו לא גרע הוא משומר שכר דהא ברשותו הוא למוכרו ואפשר שישתכר בו אף על פי שיש בו מום". הש"ך בס"ק יז מביא את דברי הב"ח ונראה שמסכים עמו (וכן כתב הנתיבות בסק"ט שהש"ך סובר כהב"ח). הנתיבות בסק"ט הקשה על פירוש הסמ"ע שאם הקונה דינו כשומר חנים על החפץ, למה יתחייב בגניבה ואבדה אם היה יכול להודיע למוכר ולא הודיע, הרי הקונה שמר כראוי.

בית הוראה לענייני ממונות "נתיבות חיים"

שע"י כולל חושן משפט אוהל יוסף בית ההוראה נותן מענה טלפוני

בטלפון: 02-5023637 או בפקס 02-5023655

בימים א-ה בין השעות 3.30-1.40 ובימי שישי בין השעות 11-1

שאינו אפילו שומר חנם ופטור מפשיעה⁵, יש אומרים שאפילו לדעת הסוברים שקונה דינו כשומר שכן, אין זה אלא אם שילם, אבל זה שלא שילם הרי הוא שומר חנם⁶ ויש אומרים שאין חילוק בין אם שילם או לא והרי הוא שומר שכן⁷.

ולכן מסכים עם פירוש הב"ח בדברי הרמב"ם שהקונה דינו כשומר שכן, והאריך לחקור בטעם הרמב"ם שדינו כשומר שכן, ומסיק כסברת הב"ח שאם הקונה היה מוצא קונה אחר שיקנהו ביוקר הרי היה יכול למכור לו ולהרוויח ומחמת הנאה זו דינו כשומר שכן. עוד מביא סברת הריטב"א (הישנים) והראב"ד שהובאו בהערות 2-3 שדינו כשומר שכן משום שהוא תופס את החפץ כמשכון על החזר התשלום וכדין אומן, וכתב שהתוספות בב"מ דף פ"ב ד"ה דקא תפיס חולקים על סברא זו שכתבו שמלווה על המשכון אינו נעשה שומר שכן מטעם זה כיון שלפני ההלוואה היה לו את הכסף אצלו ולא הרוויח כלום מההלוואה, ורק אומן שמרוויח שכן על התיקון, כסף חדש שלא היה לו לפני כן נעשה שומר שכן, ולפי זה אף הקונה היה לו את הכסף לפני הקניה ולא הרוויח כלום מהקניה. גם הבאר הגולה בסק"ה הכריע שהקונה הוא שומר שכן וחייב בגניבה ואבידה, ואפילו אם לא היתה לו שהות להודיע למוכר ומטעם הב"ח והנתיבות. בספר אבן האזל הלכות מכירה פרק טז ה"ג מקשה על טעם הב"ח והנתיבות שברוך כלל בחפץ שנתגלה בו מום אף אחד לא יקנה אותו במחיר יותר גבוה ממה שהקונה שילם למוכר, ואם כן לא יהיה הקונה שומר שכן עליו, שהרי אינו נהנה כלום (ולטענת הנתיבות שהקונה יכול לקדש בו אשה לא התייחס האבן האזל). ולכן מפרש ברמב"ם כדברי היד רמה בב"ב דף צח ע"א אות סב שהקונה אינו זכאי לקבל את כספו בחזרה אם אינו מחזיר את החפץ שקנה, אלא אם כן נאנס, והטעם הוא מצד אומדנא, והמוכר לא היה מסכים שיהיה נתני במקח שאם ימצא מום יתבטל המקח והוא יחזיר את הכסף מבלי לקבל את החפץ בחזרה. ועיין בהגהות מילואי משפט על הנתיבות שם הערה 41 שמסביר את דעת הסמ"ע שתלוי אם היתה לקונה אפשרות להודיע על פי סברת האבן האזל, שאם היתה לקונה אפשרות להודיע יש יותר אומדנא לחייבו בגניבה ואבידה. ועיין שם בהערה 43 שיש נפקא מינה לדינא בין סברת האבן האזל לבין סברת האחרים שהחייב הוא מדין חיוב שמירה, אם הוול החפץ בין שעת הקניה לשעת הגניבה ואבידה, שהנתיבות בס"ק יא סובר שהקונה יכול לדרוש כספו בחזרה מדין ביטול מקח בניכוי שווי החפץ בשעת אבידה שהוא חייב מדין שומר, אבל לפי סברת האבן האזל אין הקונה יכול לבטל את המקח כלל כיון שאינו יכול להחזיר את החפץ, וממילא אינו יכול לתבוע אלא את הפער שבין שווי החפץ בשעת הקניה לבין הסכום ששילם ומדין אונאה. עוד נפקא מינה אם הקונה יכול להיפטר בדין 'בעליו עמו', שלסברת האבן האזל אינו יכול, כיון שחיובו הוא על פי האומדנא ולא מצד דיני שומרים. הלחם משנה בהלכות מכירה פרק טז ה"ד וכן בספר מחנה אפרים דיני אונאה ס"י כה מפרשים גם כן בדברי הרמב"ם שהקונה נעשה שומר שכן עד שיודיע למוכר, וכן פוסק הערוך השולחן שם סעיף לב.

5 כן פסק בספר מחנה אפרים דיני אונאה ס"י כה, ומוכיח כן מהגמ' בקידושין דף יב ע"ב באדם שקידש אשה במחצלת של הדס שאינה שווה פרוטה ולאחר שהאשה קיבלה אותה אמר שהוא מקדש אותה בארבע זוז הנמצאות בה, והגמ' אומרת "מי דמי התם בתורת פקדון יחינהו ניהלה, סברה אי שדינא להו ומיתברי מחייבנא בהו, הכא בתורת קדושין יחינהו ניהלה ואי איתא דלא ניחא לה לישדינהו" והיינו ששתיקת האשה מוכיחה שהיא מסכימה להתקדש בארבע זוז שאם לא כן היתה צריכה לזרוק אותם, וכתב רש"י ד"ה התם "דהא לא עתורי בשמירה", והיינו שכיון שהסכימה לקבל את המחצלת עבור קידושין ולא עבור שמירה, אם אינה מסכימה להתקדש בארבע זוז אלא במחצלת והמחצלת אינה שווה פרוטה, הרי היא רשאית לזרוק אותה ואינה חייבת בשמירה. ומסיים המחנה אפרים "ויש לחלק קצת", ובהלכות שומרים ס"י יב מוסיף המחנה אפרים עוד שכן משמע גם בחידושי הריטב"א שהובאו בהערה 2, שאף כדי לחייב את הקונה כשומר חנם צריך להגיע לסברא שתופס את החפץ עבור הכסף, וסברא זו אינה שייכת במקרה שהקונה עדיין לא שילם. וכן מצדד בשו"ת משכן בצלאל אות מ סוף פסקה ו שאם הקונה לא שילם אינו אפילו שומר חנם. ואפשר שאף לסברת האבן האזל בהערה הקודמת שיש אומדנא שהקונה חייב להחזיר את החפץ כדי לבטל את המקח, אין זה אלא אם הקונה תובע את כספו בחזרה, אבל לא כשעדיין לא שילם.

6 כן פסק בשו"ת ישועות יעקב ח"מ ס"ח שאם עדיין לא שילם אינו חייב בגניבה ואבידה, כיון שאי אפשר לומר בזה כסברת הראב"ד שהובאה בהערה 3, שתופס את החפץ עבור הכסף. ומשמע שם בדבריו שעל כל פנים הוא שומר חנם אלא שאינו חייב בגניבה ואבידה. כמו כן בדברי האבן האזל משמע שרק אם הקונה שילם אינו יכול לתבוע את כספו בחזרה אם החפץ נגנב או נאבד, אבל אם עדיין לא שילם פטור מלשלם, שכתב ז"ל: "דאין המוכר מחוייב להחזיר המעות אלא כשיחזיר לו הלוקח המקח ואינו מדין שומר" אבל יתכן שדבריו אינם אלא לענין גניבה ואבידה אבל מודה שגם בלי האומדנא חייב הקונה בשמירה כשומר חנם.

7 כן הדין לפי סברת הלבוש והנתיבות שהובאה בהערה 4, שגם אם הקונה עדיין לא שילם הרי הוא שומר שכן כיון שיכול למכורו ביוקר. וכן כתב בהגהות ברכת משה על

2. אם הקונה הודיע מראש למוכר שהוא לוקח את החפץ למקום אחר, או שהיה מובן מתוך העניין שדעתו לעשות כן⁸, ולאחר שלקח למקום אחר נודע לו שיש בו מום, הקונה אינו חייב לטרוח להחזיר את החפץ למקומו של המוכר, אלא הטרחה מוטלת על המוכר⁹. כמו כן, לאחר שהקונה הודיע למוכר שיש מום בחפץ ושהוא מבטל את המקח, הרי הוא נפטר מאחריות גניבה ואבידה לכל הדעות¹⁰, ואינו חייב אלא על פשיעה¹¹.

3. אם הקונה לקח את החפץ לביתו הנמצא באותו עיר, ואין טרחה גדולה להחזיר את החפץ לחנות, נחלקו הפוסקים על מי מוטלת הטרחה המועטת להחזיר את החפץ לחנות. רוב הפוסקים סוברים שגם בזה די אם הקונה יודיע למוכר ולאחר ההודעה נפטר מאחריות מיד¹². אבל יש פוסקים הסוברים שהקונה חייב להחזיר לחנות ואינו נפטר מאחריות עד שיעשה כן¹³. ויש מי שאומר שהקונה נפטר מאחריות רק לאחר שהודיע וגם היתה

מחנה אפרים הלכות שומרים ס"י ב.

8 כן כתב בנתיבות ס"י רלב סק"י שאם מובן מתוך העניין אין צורך להודיע, וכן פסק הערוך השולחן שם סעיף לג. יש לציין שכל הקונה חפץ כבד, כמקרה, תנור וכדומה, הרי זה כאילו לקח את החפץ למקום אחר לאחר שהודיע, כיון שיש טרחה גדולה להחזיר, אפילו לחנות סמוכה, והמוכר ידע שהקונה ייקח לביתו.

9 שו"ע ס"י רלב סעיף כא.

10 לשון הרמב"ם בהלכות מכירה פרק טז ה"ג: "ואפילו אבד או נגנב אחר שהודיעו הרי הוא ברשות מוכר", ועיין בהערה 4 שהביית יוסף שהתקשה למה חייב לפני שהודיע על גניבה ואבידה ושנחלקו הפוסקים בפירוש דברי הרמב"ם, אבל לכל הדעות לאחר שהודיע הרי הוא פטור מגניבה ואבידה.

11 כן נראה מדיוק לשון הרמב"ם והשו"ע שלא פטרו את הקונה אלא מגניבה ואבידה, משמע שבפשיעה עדיין חייב. וכן יש להוכיח ממה שכתבו הראשונים שהובאו בהערה 3 שהקונה דינו כאומן, כיון שתופס את החפץ עבור החזרת התשלום, ובאומן נפסק בשו"ע ס"י שו שלאחר שמודיע שגמר את התיקון (ואינו מעכב את החפץ עבור התשלום) הרי הוא שומר חנם. וכן לפי ההסבר של הב"ח והנתיבות שהקונה דינו כשומר שכן כיון שיכול להרוויח אם ימכור את החפץ, יש לומר שלאחר ההודעה דינו כשומר חנם, על פי מה שכתב התוספות בב"מ דף מט ע"א ד"ה אלא שאדם שמחזיק בממון חבירו ומודיע לבעל הממון ומבקש ממנו שייקח את שלו יורד מחיובי שמירה שלו בדדגה אחת, אם היה שומר שכן חוזר להיות שומר חנם ואם היה שומר חנם נפטר אף מפשיעה. ואם כן בנידון דידן שלפני ההודעה היה שומר שכן לדעת רוב הפוסקים שהובאו בהערה 4 וכן לדעת הסמ"ע שלאחר שיש לו אפשרות להודיע דינו כשומר שכן, לאחר ההודעה דינו כשומר חנם. אמנם הש"ך בס"י שו סק"ב כתב שחילוק התוספות דחוק ומחלק בדרך אחרת, והנתיבות שם סק"ב מסביר חילוק הש"ך שרק באומן שיש לו זכות לעכב את החפץ עבור השכר אנו מפרשים את דבריו שאמר לבעל החפץ ליטול את שלו, שהוא מרשה לבעל החפץ לקחת את שלו גם לפני תשלום השכר, אולם אינו דורש ממנו לקחת את החפץ, אבל מי שאינו מעכב עבור תשלום אנו מפרשים דבריו שהוא דורש מהבעלים לקחת את שלהם ואינו רוצה להיות שומר כלל. ולפי זה בנידון דידן אם הקונה כבר שילם יהיה דינו כשומר חנם לאחר ההודעה, כיון שהיה יכול לעכב את החפץ עבור החזרת הכסף, ואם עדיין לא שילם ואמר למוכר שייקח בחזרה את החפץ, ייפטר מכל דיני שמירה ואפילו מפשיעה.

12 לשון הרמב"ם בהלכות מכירה פרק טז ה"ד והשו"ע בס"י רלב סעיף כב לענין קונה שלא לקח את החפץ למקום אחר הוא 'הלוקח מקח ונמצא בו מום ואבד אחר כך או נגנב הרי זה ברשות לוקח עד שיחזירו למוכר', ומשמע שאינו נפטר מחיוב גניבה ואבידה עד שיחזיר ליד המוכר. אבל הסמ"ע שם ס"ק נד מפרש "דצה לומר עד שיודיעו למוכר שחזר במקח ויקחו לנפשו ומיד שהודיעו נפטר הלוקח". וכן מפרש הפרישה בסוף ס"ק יט. היה מקום לומר שהסמ"ע לשיטתו שהקונה דינו כשומר חנם ורק אם יכול להודיע ואינו מודיע הרי הוא חייב באחריות, לכן מספיק להיפטר מאחריות אם מודיע, אבל לסוברים שהקונה דינו כשומר שכן גם אם לא התרשל (עיין הערה 4) יש מקום לומר שאינו נפטר מאחריות עד שיחזיר למוכר. אבל באמת מוכח מהפוסקים שאף אם הקונה דינו כשומר שכן הרי הוא נפטר בהודעה בלבד גם אם הוא נמצא באותו מקום, שהרי הב"ח בסק"כ והנתיבות בסק"כ פוסקים שדי בהודעה אף כסוברים שדינו כשומר שכן. וכן הכסף משנה שם הסתפק בהלכה ג אם הקונה דינו כשומר חנם או שומר שכן ובהלכה ד כתב בפשיטות שדי בהודעה למוכר. בשינויי נוסחאות שברמב"ם מהדורת שבת פרנקל מביאים גירסא שהראב"ד מגיה ומוסיף על מה שכתב הרמב"ם "עד שיחזירו למוכר" וז"ל: "או שיאמר טול את שלך והבא מעות", ולפי גירסא זו מפורש בראב"ד כדעת הסמ"ע.

13 כן דעת המהרש"ל בספר עמודי שלמה על הסמ"ג לא תעשה קע שלשון הרמב"ם

למוכר שהות ליטול את החפץ ולא עשה כן¹⁴.

4. אם הקונה לקח את החפץ למקום אחר מבלי להודיע למוכר מראש שדעתו לעשות כן, הרי הוא חייב לשלוח את החפץ בחזרה למקומו של המוכר, כגון לסניף הדואר הסמוך לחנות, ולהודיע למוכר אודות המום¹⁵.

והשו"ע שהובא בהערה הקודמת "עד שיחזירו למוכר" הוא דווקא, והטעם הוא "מאחר שאין צריך טיפול והוצאה על החזרה". והיינו שחייבו את הקונה להחזיר את החפץ שקנה ליד המוכר ממש, כיון שאין לו הוצאה או טירחה בכך. ולכאורה קשה על המהרש"ל שבשו"ע סעיף כב כתב לעניין אם הפירות התליוו "ואם היה לו להודיע למוכר ולא הודיעו", ומשמע שדי בהודעה בלבד ואין צורך להביא ליד המוכר אף אם הוא נמצא במקומו של המוכר. והמהרש"ל נדחק שמדובר שם בדבר שצריך טיפול והוצאה להביא למוכר, והוא דוחק גדול שהשו"ע יתנום ויכתוב לענין גניבה ואבידה שצריך להחזיר ליד המוכר דווקא ולענין התליוע שצריך רק להודיע, ובאמת אין חילוק בין גניבה להתליוע אלא בין אם יש טרחה או אין טרחה. האבן האזל בהלכות מכירה פרק טז ה"ג סובר כהמהרש"ל אבל מטעם אחר, שיש אומדנא שכיון שהקונה הוא התובע ביטול מקח ודורש את כספו בחזרה, אין המוכר מחויב להחזיר את הכסף עד שייביא הקונה את החפץ. ולכן אם נגנב אחר שהודיע לפני שהחזיר למוכר, אין הקונה יכול לתבוע את כספו, כיון שאינו מחזיר את החפץ, מה שאין כן אם התליוע, הקונה יכול להחזיר את הפירות שהתליועו, ואינו חייב על הנזק כיון שהודיע והנזק לא הגיע בגלל רשלנותו. ובה פיישב לשון הרמב"ם בהלכה ד שכתב: "הלוקח מקח מחבירו ונמצא בו מום ואחר כך אבד או נגנב הרי הוא ברשות לוקח, ואם התליוע נפסד מחמת אורך הזמן הרי זה ברשות המוכר", שמייירי לאחר שהודיע ואף על פי כן אינו נפטר מגניבה בהודעה בלבד, ובהתליוע נפטר בהודעה. אמנם הכסף משנה מקשה שם על הרמב"ם שאם הודיע הרי הוא פטור גם מגניבה ואם לא הודיע הרי הוא חייב גם בהתליוע, ומוכח שסובר כהסמ"ע שאף לענין גניבה די בהודעה בלבד.

14 כן חידש הערוך השולחן בסעיף לה מסברא. אולם לדעת רוב הפוסקים נפטר הקונה מאחריות מיד לאחר שמודיע. לדעת הבית יוסף והסמ"ע שהובאו בהערה 4 ובהערה 17, כל חיובו של הקונה כשאינו מודיע הוא על התרשלותו שלא להודיע מיד, ואם כן פשוט שלאחר שהודיע נפטר מיד. ואפילו לדעת הב"ח והנתיבות שחייב באחריות מצד ליכול למכור ולהרוויח, מכל מקום לאחר שהודיע שכוונתו לבטל את המקח, יש דעה בפוסקים (עיין גליון 38 הערה 7) שהביטול הוא החלטתי ושוב אינו יכול לחזור בו ולמכור את החפץ או לקדש בו אשה. גם מסתבר שלאחר שאמר למוכר שייקח את החפץ שוב אינו רשאי להשתמש, וכמו שכתב הש"ך בס' ק"ק ס"ג שאם הלואה אמר למלוה שמעותיו צרות אין ללווה שוב זכות להשתמש במעות. ואם הקונה שוב אינו יכול למכור את החפץ או לקדש, מסתבר שהוא פטור מאחריות, גם אם המוכר לא יכול לקחתו בחזרה באופן פיזי. ולפי סברת הראב"ד שהובאה בהערה 3 שהקונה נעשה שומר שטר מדין אומן, נראה שתלוי במחלוקת הפוסקים אם אומן שאמר טול את שלך ולא היתה שהות לבעל החפץ ליטול אם דינו כשוכר שטר, שבספר שער משפט סימן קפו סוף ד"ה אלא דקשה פסק שהוה שומר חנם (והוא מדמה למקח טעות, ואם כן מוכח שהוא חולק על הערוך השולחן), וכן פסק בשו"ת הר הכרמל ח"מ סי' ב שאם שומר אמר למפקיד 'טול את שלך' נפטר מאחריות אף אם המפקיד לא היה יכול ליטול, ומדייק כן מהנימוקי יוסף, וכן משמע מלשון הנתיבות בס' שו"ק ס"ב שכתב "דמאחר שגמרו והודיעו אינו מחוייב שוב להחזיקו אצלו". ועיין נתיבות בס' עב סק"ז שכתב לגבי מלוה על המשכון שאם הוא שומר שטר מפני שתופסו על מעות החוב, אם כבר אינו תופס על המעות אלא שהוא שומר היום ואומר לו שביאו למחר ואז יחזיר, מכל מקום אם אלא שומר חנם כיון שמכל מקום אינו תופסו על המעות. וגם לפי מה דקיימא לן שאומן שומר שטר משום שנהנה במה שמשתכר באומנותו אף על פי שאין האומן יכול להחזיר את החפץ שתוקן אלא למחרת הוי שומר חנם. וקל וחומר בנידון דידן שאין הקונה מעכב את החזרת החפץ אלא שאין הבעלים יכולים ליקחו שאינו אלא שומר חנם. אמנם, התשב"ץ בח"ב טור ב סימן כד מחדש שאומן שאמר גמרתיו עדיין דינו כשומר שטר, כל עוד שבעל הכלי אינו יכול לקחת את החפץ בחזרה, ומדייק כן מלשון הטור והשו"ע בס' שו"ק ס"ב "או שאמר האומן גמרתיו ולא לקחו הבעלים הכלי", שמשמע שאם הבעלים לא היו יכולים לקחת את הכלי, עדיין נשאר האומן שומר שטר.

15 לשון השו"ע בס' רלב סעיף כא "ואם לא הודיע למוכר שמוליכו למדינה אחרת והוליכו ונמצא בו שם מום הרי זה ברשות לוקח עד שיחזיר המקח במומו למוכר", ומשמע שצריך להחזיר ליד המוכר ממש. אבל הסמ"ע בס"ק נג כתב "בפרישה כתבתי דאינו רוצה לומר דיתנו לידו אלא שביאו לעיר שהמוכר דר שם ויאמר לו הנה מקחך לפניך בבית כי אני חוזר בו", והיינו שהמוכר אינו אמור להפסיד מכך שהקונה לקח למקום אחר מבלי להודיע מראש, ולכן על הקונה לתקן את השינוי שעשה ולהחזיר לאותו מקום, ושוב מוטל על המוכר לטרוח ולקחת מביתו של הקונה, כמו בכל קונה שטול לקח למקום אחר וכדעת הסמ"ע שהובאה בהערה 12.

ולדעת המחמירים בדין 3 חייב להחזירו עד החנות¹⁶. כל עוד שהקונה לא עשה את המוטל עליו, הרי הוא חייב באחריות גניבה ואבידה לדעת רוב הפוסקים שהובאו בדין 1.

5. אם הקונה היה יכול להודיע למוכר לאתגר שיש מום בחפץ והתירש ולא הודיע והחפץ נגנב או נאבד, או שהיו פירות והרקיבו, ואם הקונה היה מודיע מסתבר שהמוכר היה יכול להציל, הקונה חייב¹⁷.

6. אם הקונה שילם עבור החפץ ולאחר שמצא מום הודיע למוכר ואמר לו שהוא מעכב את החפץ אצלו עד שיקבל את הכסף בחזרה, הרי הוא חייב בגניבה ואבידה¹⁸. ואפילו אם הקונה גם אמר שאינו אחראי על החפץ¹⁹.

16 לדעת המהרש"ל והאבן האזל שהובאה בהערה 13 שהקונה חייב להביא ליד המוכר, גם במקרה זה אין המוכר אמור להפסיד מכך שהקונה שינה מהמקובל ולקח למקום אחר מבלי להודיע מראש. כמו כן במקרה שאין טרחה והוצאה נוספת להביא ליד המוכר שייך הטעם של המהרש"ל שאין טרחה או הוצאה להחזיר לידו, וכן הטעם של האבן האזל שהקונה אינו יכול לדרוש את כספו כל עוד שלא החזיר.

17 כן פסק הסמ"ע בס"ק נא, ובכך מפרש לשון הרמב"ם והטור "ואפילו אבד או נגנב אחר שהודיעו הרי הוא ברשות מוכר", שאם היה יכול להודיע שמצא מום ולא הודיע חייב. טעם הסמ"ע הוא שאם המוכר היה יודע היה לוקח את החפץ בחזרה ושומר אותו שמירה מעולה שלא ייגנב. ובס"ק נה וס"ק נו הוסיף שחייב זה הוא רק במקרה שמתמא שינה תועלת בהודעה להציל מהנזק. בזמננו שיש בהרבה חנויות מערכת אבטחה עם מצלמות, אכן יש שמירה יותר מעולה על חפצים יקרי ערך בחנויות מאשר בבתי הקלוחות. הנתיבות בס"ק ט מסכים עם הסמ"ע במקרה שהיו פירות והרקיבו שהקונה חייב מטעם שאם היה מודיע היה המוכר אוכל את הפירות לפני שהרקיבו, אבל במקרה שנגנב מוכיח הנתיבות שאי אפשר לחייב שומר חנם ששמר כראוי על כך שאם היה מודיע היה המפקיד שומר שמירה יותר מעולה, ולכן חולק על הסמ"ע וסובר שהרמב"ם מחייב את הקונה כשומר שטר גם אם לא היה יכול להודיע. בהגהות מילואי משפט על הנתיבות הערה 41 מיישב את דעת הסמ"ע על פי סברת האבן האזל שהובאה בהערה 4, שאף ששומר חנם פטור מכך, מכל מקום במקח טעות יש אומדנא שהמוכר לא יפסיד מכך שהקונה התמהמה ולא נהג כדרך העולם. דעת הבית יוסף נראה כדעת הסמ"ע, אף שהוא מפרש בדברי הרמב"ם פירוש אחר (עיין הערה 4) מכל מקום מלשונו שהקשה "ואם לא היה לו שהות להודיעו איכא למתמה אמאי הוא ברשות לוקח" נראה שאם היה לו שהות להודיע שפיר מובן לבית יוסף שהוא חייב. למעשה יוצא שלדעת הרמב"ם – בין לפירוש הסמ"ע ובין לפירוש הנתיבות – יהיה חייב במקרה שהתירש ולא הודיע. אבל לשיטת התוספות והריטב"א שהובאו בהערה 2 שסוברים שהקונה דינו כשומר חנם, ובדבריהם לא ניתן לדייק כשם שדייקו בלשון הרמב"ם, אם כן יהיה תלוי במחלוקת הסמ"ע והנתיבות אם הקונה חייב במקרה שהיה יכול להודיע ולא הודיע ונגנב.

18 לגבי אומן שגמר את התיקון מבוואר בב"מ דף פ ע"ב "וכולן שאמרו טול את שלך והבא מעות שומר חנם... הבא מעות וטול את שלך שומר שטר", והטעם הוא שאם הוא מזכיר קודם להביא את השטר הרי זה כאילו אומר שלא יחזיר את החפץ עד שיקבל את שכרו, ודינו כשומר שטר מטעם שהוא תופס את החפץ כמשכון. ולפי זה להראב"ד שהובא בהערה 3 שסובר שהקונה דינו כאומן, יהיה חייב בגניבה ואבידה אם מעכב את החפץ עבור החזרת הכסף. ובשינוי נוסחאות ברמב"ם מהדורת שבתי פרנקל על הרמב"ם מביאים גירסא שהראב"ד מוסיף על דברי הרמב"ם בהלכות מכירה פרק טז ה"ד שהקונה חייב בגניבה ואבידה עד שיחזיר את החפץ "או שיאמר לו טול את שלך והבא מעות", משמע שאם אמר 'הבא מעות וטול את שלך' עדיין הוא שומר שטר. וכן לפי סברת הב"ח והנתיבות שהובאה בהערה 3 שהקונה דינו כשומר שטר כיון שייכול למכור את החפץ ולהרוויח, אם כן הנאה זו יש לו אף לאחר שהודיע על המום, כל עוד שאינו מבקש להחזיר את החפץ למוכר, וכן משמע מלשון הב"ח שכתב שהוא שומר שטר עד "שיודיע למוכר ולומר לו טול את שלך", ואם מעכב עבור הכסף אינו נחשב כאילו אמר 'טול את שלך', שהרי בשלב זה עדיין אינו רוצה להחזיר. אמנם יש לדון לדעת הראשונים שהובאו בהערה 2 שהקונה הוא שומר חנם וכן לדעת הראשונים שהובאו שם שסוברים שרק אומן נעשה שומר שטר על שיכול לעכב את החפץ ולא מלווה על המשכון, יש מקום לומר שאינו נעשה שומר שטר, וכן אף לפי סברת הב"ח והנתיבות שייכול למכור את החפץ ולהרוויח ממנו, מכל מקום לאחר שהודיע שכוונתו לבטל את המקח, יש דעה בפוסקים (עיין גליון 38 הערה 7) שהביטול הוא החלטתי ושוב אינו יכול לחזור בו ולמכור את החפץ או לקדש בו אשה. ויתכן לצרף סברא נוספת שלאחר שגילה דעתו שמעכב את החפץ עבור התשלום הרי הוא נעשה שומר שטר מדינא דרבי יצחק שבעל חוב קונה משכון, אבל אין זה ברור, שהרי הש"ך בס' עב סק"ט סובר שדין רבי יצחק אינו אלא אם החייב אינו יכול לשלם במעות. ועיין קצות סי' עב סק"ז וסק"ב.

19 כן פסק הנתיבות בס' שו"ע סעיף ב והוכיח כן מגמ' ב"ק דף לו ע"ב.

«המשך בעמוד הבא»

7. יש מי שאומר שכל חיוב אחריות של הקונה הוא רק אם המוכר לא ידע שיש מום בחפץ, אבל אם ידע שיש בו מום ורצה לרמות את הקונה, אין הקונה חייב באחריות כלל²⁰, ופטור אפילו מפשיעה²¹.

8. לפני שנמשיך בדיני שמירה יש להקדים שני דינים, וכדלהלן: דיני ביטול מקח מחמת מום אמורים גם אם לא היתה אפשרות למוכר לבדוק את המקח לפני המכירה, וכגון חנות שמכרה מוצר בקופסא סגורה, ואין המוכר יכול להיפטור בטענה שהוא מכר את מה שקנה ואינו אשם בכך שיש מום²².

20. כן חידש הערוך השולחן בסעיף לה ו"ל: "ונראה לי דכל אלו הדברים אינם אלא במום שהמוכר לא ידעו, אבל כשידע מהמום ומכר לו במרמה הויתר תמיד ברשות המוכר בין לקלקול בין לגניבה ואבידה אפילו כשלא הודיעו דלמה יהיה הלוקח שומר על דבר שהמוכר עשה שלא כהוגן". ניתן להסביר את דבריו בשתי דרכים: (א) בדומה למה שאמרו ביבמות דף ק"ע"א ובכתובות דף פ"ו ע"א שאם אדם עושה שלא כהוגן מענישים אותו כגמולו ומחייבים אותו יותר משורת הדין. (ב) אומדנא שהקונה לא היה מסכים לקבל על עצמו חיובי שמירה כלפי מי שמנסה לרמות אותו. בהגהות ברכת משה על ספר מחנה אפרים הלכות שומרים ס' יב טוען שלפי השיטות (עיין הערה 4) שהקונה חייב באחריות מצד שיכול לקדש בו אשה, יהיה הקונה חייב גם במקרה זה שהמוכר מכר לו במרמה. אבל לכאורה טענתו אינה מובנת, שאם כן אף לסברא האחרת שחייב באחריות מדין שתופס כמשכונן, יהיה חייב אף במרמה, מאותה טענה, ואם כן דינו של הערוך השולחן אינו לפי שיטתו שהובאה בהערה 4 שהקונה דינו כשומר שכו. בנוסף לכך, לפי שתי הסברות שכתבנו בדברי הערוך השולחן נראה שאף אם יש הנאה לקונה שיכול לקדש אשה מכל מקום אינו חייב בשמירה, אם מצד עשה שלא כהוגן, אם מצד שהקונה אינו מסכים לקבל על עצמו שמירה.

21. בדברי הערוך השולחן מוכח שאפילו שומר חנים אינו, שהרי כתב שפטור גם מקלקול אפילו כשלא הודיע, והרי שומר חנים שיכול להודיע לבעלים שהפירות מתקלקלות ואינו עושה כן הוא פושע וחייב לכל הדעות (עיין הערה 17), ואף על פי כן פטור הערוך השולחן במקרה שהמוכר עשה במרמה. וכן נראה גם מלשונו שכתב "למה יהיה הלוקח שומר על דבר שמוכר עשה שלא כהוגן", הרי שאינו שומר כלל. אמנם יש לעיין אם יש לפסוק בפשיטות להוציא ממון על פי דעת הערוך השולחן, שהרי דבריו הם חידוש גדול לחדש מעצמינו דין של "הוא עשה שלא כהוגן", או אומדנא שלא נתכוון לקבל שמירה. וגם לא משמע כן בדברי השו"ע סעיף כא שהרי לענין אם המוכר חייב לשלם הוצאות הדרך בהולכה מחלק השו"ע במפורש בין אם המוכר ידע ובין אם לא ידע, משמע שבשאר הדינים המוזכרים בסעיף זה אין חילוק בין אם המוכר ידע ובין אם לא ידע. יתכן שהערוך השולחן דייק כן מהגמ' בב"מ דף מב ע"ב בסרסור שמכר שור שאין לו שיניים טוחנות ליתומים והיתומים מסרו לרועה ולא ידעו מהמום והשור מת מרעב, ומבואר בגמ' שהסרסור גם לא ידע מהמום, אבל אם המוכר היה יודע מהמום לא היה מקום לחייב את הרועה, ומפרש הערוך השולחן שהטעם הוא שכיון שהמוכר ידע מהמום וניסה לרמות, אין הרועה נעשה שומר אפילו שהוא שומר שכו. אבל הראשונים פירשו שהטעם שהרועה פטור אם המוכר ידע, כיון שאי אפשר לחייב את הרועה על הנזק שגרם בכך שלא בדק אם השור אוכל, ולא הודיע למוכר, כיון שהמוכר כבר ידע מהמום, וכלשון חידושי הרשב"א שם "שהן עצמם פשעו בשלהם".

22. כן נראה מהגמ' בב"מ דף מב ע"ב במעשה בסרסור שמכר שור שאין לו שיניים טוחנות ליתומים והיתומים מסרו לרועה ולא ידעו מהמום והשור מת מרעב, שיש דין ביטול מקח, למרות שהסרסור לא ידע מהמום והשור לא היה אצלו מספיק זמן שיכול להבחין וכלשון הגמ' "ספסירא דזבן מהכא ומזבין להכא". אמנם הרמב"ם בהלכות מכירה פרק טז הלכה יא כתב "היה המוכר ספסר שלוקח מזה ומוכר ואינו משהה המקח עמו ולא ידע מום זה הרי הספסר נשבע שבועת היסת שלא ידע במום זה ויפטור". הטור בסי' רלב הבין בדעת הרמב"ם שהמוכר אין חייב להחזיר את התשלום כיון שלא ידע שיש בו מום, והטור חולק וכתב "ואסקינן שהמוכר חייב לשלם ליתמי אף על פי שהיה סרסור שקונה ומוכר ואפשר שלא הכיר בו מכל מקום הטעה אותם וצריך לשלם", והיינו שמהגמ' בב"מ מוכח שלא כדעת הרמב"ם, וכן הבין המגיד משנה בדעת הרמב"ם וכתב "וביאור המעשה לדעת הרב צריך עיון". וכן הדרכי משה באות ד מסכים עם המגיד משנה שחולק על הרמב"ם. הבית יוסף מביא תירוץ בשם חכם לא ידוע המכונה 'המרשים' ליישב את הקושיא מהגמ' על הרמב"ם וחולק עליו ומיישב בדרך האחרת, ולפי שני יישובים אלו יוצא שדעת הרמב"ם באמת היא כהבנת הטור שאם המוכר לא היה אמור לדעת שיש מום בחפץ, אין הקונה יכול לתבוע אותו בטענת ביטול מקח. אמנם, הדרכי משה והב"ח ועוד אחרונים כתבו שיישוב הבית יוסף דחוק, ועל היישוב של 'המרשים' כבר חלק הבית יוסף ולכן אין לפסוק כן אלא כמשמעות הגמ' שניתן לטעון 'מקח טעות' גם נגד מוכר שלא היה יכול לדעת שיש בו מום. הב"ח באות טו, ש"ך ס"ק יב, ביאור הגר"א ס"ק כו, נתיבות סק"ו ועוד אחרונים מפרשים דברי הרמב"ם שרק אם הקונה פשע וגרם הפסד לסרסור פטור (עיין הערה 24) ולפי דבריהם גם הרמב"ם מודה

9. אם הקונה היה יכול למצוא את המום בבדיקה קלה, כגון שקנה בד והצבע משתנה תוך כדי משמוש ביד, יש אומרים שאם לא בדק בשעת הקניה, שוב אינו יכול לבטל את המקח²³. והרבה פוסקים סוברים שעדיין ניתן לבטל את המקח. פרטי דינים אלו נתבארו בגליון 35 מדין 6 והלאה.

10. קנה חפץ שיש בו מום והקונה – שלא הבחין במום – לא טיפל כראוי לחפץ שיש בו מום כזה ומחמת כן החפץ התקלקל עוד יותר, כגון שקנה רכב שהמדהחום לא היה תקין וכתוצאה מכך לא ידע הקונה שהמנוע התחמם יותר מדי והמשיך בנסיעה עד שהמנוע התקלקל, אם מדובר בפגם נדיר שקונה סביר לא היה בודק אחריו וגם לא היה מבחין בו מעצמו²⁴, או שקונה זה שאינו מבין ברכבים לא היה אמור לבדוק ולא לגלות מעצמו את המום²⁵, הרי הוא פטור על הנזק שגרם, אפילו אם גם המוכר לא אמור לבדוק את הרכב ולדעת מהמום²⁶,

לטור שניתן לבטל מקח גם אם המוכר לא היה יכול לדעת מהמום. הטור מביא ראייה שהרא"ש חולק על הרמב"ם, ממה שכתב בשו"ת הרא"ש כלל קב ס' י שיש טענת ביטול מקח אם קנה ביצים ונמצאו מזורות, אף שהמוכר לא היה יכול לדעת. והבית יוסף הביא דעת המרשים שהרמב"ם באמת חילק על הרא"ש שסיסבור שאי אפשר לבטל מקח בביצים מזורות. אבל הבית יוסף חולק על המרשים וסובר שחידושו של הרמב"ם הוא רק במקרה שהקונה היה יכול לבדוק ולמצוא את המום, כמו בשור שאין לו שיניים, אבל במקום שהקונה לא היה יכול לבדוק, כמו בביצים, שאין הדרך לפתוח את ביצים ולבדוק אלא בשעת אכילה, גם הרמב"ם מודה שניתן לבטל את המקח אף אם המוכר לא היה יכול לדעת מהמום. בשו"ת פני משה ח"ב ס' נה, בשו"ת נחפה בכסף חו"מ ס' כו ובשו"ת הבית יהודה חו"מ סוף ס' סז הסכימו לחילוקי של הבית יוסף בדעת הרמב"ם. לפי זה במקרה שגם הקונה לא היה אמור לבדוק בשעת הקניה, הרי הוא יכול לדרוש ביטול מקח לדעת רוב רובם של הפוסקים.

23. כן כתב המגיד משנה בהלכות מכירה פרק טו ה"ג בשם 'יש מי שכתב'. בשו"ת מהרש"ם חו"מ ס' ס' שפה הקשה על דעה זו מהגמ' בב"מ דף מב ע"ב בסרסור שמכר שור שאין לו שיניים טוחנות לאפוטרופוס של יתומים והאפוטרופוס מסרו לרועה ולא ידע מהמום והשור מת מרעב, שיש דין ביטול מקח אף שהקונה היה יכול לבדוק בשעת הקניה, ולכן דוחה דעה זו מהלכה וסובר שיש לקונה זכות לבטל מקח גם אם היה יכול לבדוק ולא בדק. אבל בספר שושנת יעקב על שו"ע ס' רלב מיישב שטעם הי"ש מי שכתב הוא שאם הקונה אינו בודק ממומין הרי הוא מוכיח שהוא מוחל עליהן, אבל אפוטרופוס של יתומים אינו ראוי למחול על כך. ואפילו מהרמב"ם והשו"ע שכתבו דין שור שאין לו שיניים באדם שקנה לעצמו, מכל מקום מיישב דעת הי"ש מי שכתב על פי מה שכתב בחידושי הרמב"ן שם שיש שוורים שיכולים לאכול גם אם אין להם שיניים טוחנות וממילא לא ניתן לגלות המום בבדיקת השיניים.

24. כן מיישב הב"ח באות טו את הקושיא שהבאנו בהערה 22 על הרמב"ם שסובר שסרסור פטור מטענות מום מהגמ' בשור שלא היו שיניים טוחנות שהסרסור חייב להחזיר לקונה את כספו, שכל חידושו של הרמב"ם הוא רק במקום שהקונה פשע בכך שלא בדק ולא מנע מיתת הבהמה, אבל בגמ' הסרסור חייב כיון שהקונה היה אפוטרופוס עם פשע, שהרי מסר לרועה וסמך עליו ולא היה עליו לבדוק. הש"ך ס"ק י"ב הסכים עם חילוק הב"ח וכן כתבו בביאור הגר"א שם ס"ק כו ובהגהות רע"א סעיף יח, וכן דעת הנתיבות בסק"ו שרק אם הקונה גרם הפסד שלא יוכל הסרסור להחזיר ליה שמכר לו הסרסור פטור. ומדברי הפוסקים האלו יוצא שאם הקונה אנוס בנזק שנגרם למוכר, הרי הוא פטור, ולכן אם לא היה שום סיבה לקונה לחשוש שקיים מום או שאינו נהוג שקונה יבדוק מומים אלו, הרי הוא פטור. וכן פסק בשו"ת בית יהודה ח"א חו"מ ס' סז ומדייק כן מלשון הרמב"ם שהסרסור פטור "מפני שהיה על הלוקח לבדוק השור בפני עצמו", הרי שאם הקונה לא היה אמור לבדוק הרי הוא פטור על הנזק שנגרם.

25. לפי סברת הב"ח וסיעתו שהבאנו בהערה הקודמת האפוטרופוס פטור כיון שמסר לרועה ולא היה מוטל עליו לבדוק, משמע שיש לדון בכל אדם בנפרד, אם הקונה הזה – לפי ידיעת המוכר – היה אמור לבדוק.

26. המקרה שהאחרונים שהובאו בהערה 24 פוטרים את הקונה אם לא בדק הוא בסרסור שמכר שור שאין לו שיניים טוחנות ליתומים והיתומים מסרו לרועה ולא ידעו מהמום והשור מת מרעב, אפילו שהסרסור לא ידע מהמום והשור לא היה אצלו מספיק זמן שיכול להבחין. האחרונים הביאו הוכחה נוספת מהמרדכי בב"מ ס' רצא בשם מהר"ם שכתב באחד שקנה טבעת שהיה אמור להיות של זהב והקונה שברו ומצאו שהוא בדיל, ופסק המרדכי שהקונה זכאי לקבל מלוא כספו בחזרה, אף ששבר את הטבעת "דמה ששברו לאו פשיעה היא דלא הוה ליה למידע שיש בו עופרת" ומביאו הרמ"א בסעיף יח, הרי שהקונה פטור גם אם הזיק בידים וגם אם המוכר לא היה יכול לדעת מהמום.

והקונה זכאי לדרוש תיקון הרכב²⁷ או ביטול מקח.

11. הקונה אינו חייב לבדוק את המקח ממומים שאינם מצויים והקונים אינם נוהגים לבדוק אחריהם. ולכן, אם מצא מום כזה, הרי הוא יכול לבטל את המקח אף לאחר שהשתמש בחפץ, ואף אם החפץ התקלקל יותר כתוצאה מכך שהקונה לא גילה את המום, ואפילו אם הקונים יכולים להבחין מעצמם במום. אמנם, כל זה אם המוכר היה אמור לבדוק ולדעת מהמום²⁸, אבל אם המוכר קונה מאחרים ולא היה אמור לבדוק²⁹ ולדעת מהמום, והמום אינו נדיר כל כך והקונה היה יכול לבדוק אם יש בו מום³⁰, הדין תלוי במחלוקת הפוסקים שהובאה בדין 1 אם הקונה דינו כשומר חנים או כשומר שכר³¹. לסוברים שדינו כשומר חנים הרי הוא פטור מן הנזק ויכול לבטל את המקח³². ולסוברים שדינו כשומר שכר, יש אומרים

27 יש מקרים שהמום אינו בגוף המקח והמוכר יכול לתקן את הנזק ולמנוע ביטול מקח. פרטי דינים אלו נתבארו בגליון 37.

28 מהגמ' בב"מ דף מב ע"ב ומהרמב"ם בהלכות מכירה פרק טז הלכה יא מוכח שמוכר שאינו סרסור, אלא מוכר את שלו אינו יכול לבוא בטענה על הקונה שהיה לו לבדוק ולהודיע על המום, כיון שהיה מוטל עליו לדעת בעצמו מהמום. עיין הערה 22.

29 ברמב"ם הלכות מכירה פרק טז הלכה יא ובשו"ע סי' רלב סעיף יח מבואר שסרסור שקונה מזה ומוכר לזה צריך להישבע שבועת היסט שלא ידע שיש בו מום. אמנם, כל זה במקום ששכיח הסרסור יבדוק, וכמו שכתב בשו"ת הרא"ש סי' כד "דקרויב לוודאי הוא דסתם ספסירא בקי במומי בהמה וגם מעיין בהו", אבל במקרה שאינו מסתבר שהסרסור ידע מהמום אינו צריך להישבע, שהרי המוכר הוא הנתבע ולא ניתן לחייב אותו שבועת היסט רק בטענת ברי או כשיש רגליים לדבר. ואף שבחידושי הרמב"ן בב"מ דף מב ע"ב ועוד ראשונים כתבו על המקרה שבגמ' שהסרסור צריך להישבע מכיון שהוא יודע בעצמו אם ידע מהמום והקונים אינם יודעים, אין זה אלא לפי מסקנת הגמ' שם שהרועה חייב לשלם לסרסור, ולכן מוטל על הסרסור שבועה מדין שבועת הנוטלים, אבל אם באים לחייב את הסרסור בביטול מקח, לא ניתן להשיבוע אותו אלא אם שכח שידע.

30 שאם לא כן הקונה יכול לטעון שלא ידע שהמוכר הוא סרסור, וסמך על כך שודאי כבר בדק. וכן משמע בשו"ת מהריט"ן סי' רכה שכתב שהטעם שהלוקח מסרסור שלא בדק חייב באחריות "ואם לא הראה אותם איהו דאפסיד אנפשיה", ואם הקונה לא ידע שהוא סרסור לא שייך "איהו דאפסיד אנפשיה". וכן לפי מה שכתב הנתובות בסק"ז בטעם שהקונה חייב באחריות "חייבו הוא כיון דספסרא הוא שמוכר מיד.. הוי כאילו אמר זיל עיין בה...ועלך קא סמיכנא". וכן משמע בשו"ת בית יהודה סי' סז שכתב "דהא טעם הרמב"ם ז"ל דפוטו לסרסור לאו משום שאין דרך הסרסור להשהות המקח אצלו כדי שיבדוק לחוד אלא גם מטעם שסיים הרב ז"ל מפני שהיה על הלוקח לבדוק השור בפני עצמו ולהחזירו לו קודם שימות עד כאן", וכשהקונה לא ידע שהוא סרסור אין מקום לחייב אותו על שלא בדק.

31 שומר חנים פטור אם שמר בדרך הרגיל, ולכן לא נדרש ממנו לבדוק יותר מהמקובל, אבל שומר שכר חייב לעשות יותר מהמקובל. וכן כתב בשו"ת מהר"ק סוף שורש קנג להסביר את הגמ' בב"מ דף מב ע"ב בסרסור שמכר שור שאין לו שיניים טוחנות לאפוטרופוס והאפוטרופוס מסרו לרועה ולא ידעו מהמום והשור מת מרעב, שהרועה שהוא שומר שכר חייב על מיתת השור כיון שלא בדק, ומסביר המהר"ק "דהא מילתא דלא שכיחא כלל שלא יהא לשור ככי ושיני", ולכן רק שומר שכר חייב. ואף שבחידושי הרשב"א ובחידושי הר"ן שם כתבו שאף אם השור היה נמצא ביד האפוטרופוס שהוא שומר חנים הוא חייב, אין זה אלא במקרה שם שלא היה לאפוטרופוס שוורים נוספים, ואם האפוטרופוס לא היה שם לב שהשור אינו אוכל היתה זו פשיעה, אבל אצל הרועה שיש לו הרבה בהמות ואינו שם לב אלא אם יבדוק, אינו חייב אלא מדין שומר שכר.

32 הרמב"א בסי' רלב סעיף יח פסק שאם הקונה לא שם לב שאין לשור שיניים, הרי הוא פטור ויכול לדרוש ביטול מקח אפילו מסרסור, וכדעת הטור שחלק על הרמב"ם (עיין הערה 22). ולפי האחרונים שהובאו בהערה 24 מסבירים דעת הרמב"ם שהקונה חייב על שלא בדק ובכך גרם הפסד, הרי שהרמב"א חולק אף על כך וסובר שאף אם הקונה לא בדק הרי הוא פטור על הנזקים שנגרמו. ובביאור הגר"א ס"ק כו מסביר שהרמב"א סובר שהקונה דינו כשומר חנים ולכן פטור על שלא בדק, ורק הרועה שהוא שומר שכר חייב. ואם כן כל הפוסקים שהובאו בהערה 2 בסוברים שהקונה דינו כשומר חנים אף לאחר שמצא את המום, כל שכן שלפני כן הוא שומר חנים ופטור על שלא בדק דבר שאין רגילות לבדוק.

שאם השתמש או הזיק מבלי לבדוק שוב אינו יכול לבטל את המקח³³ ויש אומרים שעדיין יכול לבטל את המקח אלא חייב לשלם על הנזק שנגרם מחמת שלא בדק³⁴. ולמעשה, אם הקונה עדיין לא שילם הרי הוא יכול לטעון 'קים לי' שלא היה חייב לבדוק ואם כבר שילם המוכר יכול לטעון 'קים לי' שהקונה היה חייב לבדוק ולסרב לבטל את המקח³⁵.

12. גם מוכר שאמור להכיר את המומים, אם הקונה ידע שבמקרה הזה המוכר לא בדק ולא יודע מהמומים ואף על פי כן לא בדק בעצמו דינו כדין הקונה ממוכר שקונה מאחרים ואינו בודק³⁶, ויש מי שהסתפק בזה³⁷.

13. גם במקרה שמוטל על הקונה לבדוק, אם לא בדק ומצא את המום לאחר זמן רב והחפץ לא התקלקל כתוצאה מהזמן שעבר, עדיין יכול הקונה לבטל את המקח, כיון שהמוכר לא הפסיד כלום מכך³⁸, אבל אם אין המוכר יכול להחזיר את המקח לזה שמכר לו אלא עד זמן מסוים והקונה ידע מכך, אינו יכול לבטל את המקח לאחר שעבר הזמן וכמבואר בדין 11³⁹.

33 כן כתב האבן האזל בהלכות מכירה פרק טז הלכה יא ומסביר על פי סברתו שהובאה בהערה 4, שיש אומרים שאין הקונה יכול לדרוש ביטול מקח אם אינו מחזיר את החפץ שקנה, בדומה לזה כתב בספר שיעורי מרן הגר"י מפוניבז' בב"מ סי' כט ומפורש שם שאין לקונה חיובי שמירה, אלא שאינו יכול מקבל את כספו חזרה אם אינו מחזיר את החפץ, ומדמה לדין המבואר בגמ' בב"מ דף פב ע"א לעניין מלווה על המשכון "אבד קתא דמגלא אבד אלפא זוזי", רק שאם נהג עם החפץ כמקובל לא ניתן לדרוש ממנו את החפץ חזרה בשלימות. הנתובות בסק"ז מדקדק מלשון השו"ע שהקונה מפסיד הכל, ומתקשה שמצד חיובי שמירה לא ניתן לחייב אותו רק על הנזק שגרם לשור אבל עדיין הוא יכול לתבוע את ההפרש שבין שווי השור לפני שמת לבין המחיר ששילם, ואף אם הסרסור הפסיד שאינו יכול שוב להחזיר את השור לזה שמכרו לו, אי אפשר לחייב על כך מדיני שומרים, ולכן מיישב שהסרסור מסתמך על הקונה שיבדוק את המומים ולכן דין הסרסור עם הקונה כדין 'מראה דינו לשולחני' ולכן הוא חייב על כל נזק שנגרם. ולפי הנתובות אם הסרסור הפסיד שלא יוכל להחזיר את המקח לזה שמכר לו, הרי הקונה חייב אף על כך. אמנם יש לציין שאף לפי סברת הנתובות הקונה חייב באחריות רק על מה ששילם הסרסור למוכר, אבל לא על הרווחים שהסרסור תנכן להרוויח, ולכן אף במקרה כזה, הקונה יוכל לדרוש את הפער שבין מה ששילם לבין מה שהסרסור שילם. גם האור שמח על הרמב"ם שם מפרש בדברי הרמב"ם שאם קנה מסרסור אינו יכול לבטל את המקח כלל.

34 לפי מה שהסבירו האחרונים שהובאו בהערה 24 בדעת הרמב"ם שחיוב הקונה שקנה מסרסור הוא על שלא בדק והוא חייב בשמירה כשומר שכר, אם כן די בכך שישלם עבור הנזק שנגרם בכך שלא בדק, אבל עדיין יכול לדרוש ביטול מקח. וכן כתב הנתובות בסק"ו בדעת המחבר שהקונה חייב מצד שדינו כשומר שכר, אבל צריך עיון שהרי הבית יוסף שהובא בהערה 4 סובר שהקונה דינו כשומר חנים.

35 כן פסק בשו"ת מהרשד"ם סוף סי' קמז שהמוחזק יכול לומר 'קים לי' כהרמב"ם, הביאו בספר פרי האדמה על הרמב"ם שם. ולעניין אם הקונה עדיין לא שילם כתב בשו"ת פני משה ח"ב סי' נה שיכול לטעון 'קים לי' כהפוטרים ולהימנע מלשלם.

36 כן כתב בשו"ת מהרי"ט צהלון סי' רכה וטעמו משום שהמוכר מראה לקונה שהוא אינו בודק ושהוא סומך עליו שיבדוק. וכן נראה מדברי הנתובות סק"ז שכתב שהסרסור הרי הוא כאילו מבקש מהקונה שיבדוק את המומים, ואם כן כל שכן מוכר שמראה לקונה שלא בדק ממומים שהקונה חייב לבדוק.

37 בשו"ת בית יהודה חו"מ סי' סז צידד לומר שהכל תלוי בשם של המוכר אם הוא בעל הבית או סרסור וכתב וז"ל: "דכל מדות חכמים שוות הם ולא נתנו דבריהם לשיעורין וסתם בעל בית בכל גוונא הוא מפסיד וכן סתם סרסור אינו מפסיד" ושוב הסתפק בזה. ובאמת שקשה להבין הצד שכך מידת חכמים, לפי פירוש הב"ח ודעימיה שהובא בהערה 24 הרמב"ם חידש דין סרסור מסברא ואין לו מקור בגמ'.

38 כן כתב בשו"ת פני משה ח"ב סי' נה בנידון שאחד קנה חפץ מסרסור ולקחו למקום אחר בידיעת המוכר, ופסק שאף שהקונה בדק לאחר זמן רב לאחר שהגיע למקום שהלך, אף על פי כן הוא יכול לבטל את המקח, כיון שהסרסור לא הפסיד מהזמן שעבר, וכתב שאף המהרש"ך שיובא בהערה הבאה סובר כן. טעם נוסף כתב שם שכיון שהקונה אמר למוכר שדעתו להעבירו למקום אחר, הרי זה כאילו פירש שלא יבדוק עד שיגיע לשם. וכן כתב בשו"ת מהר"י לבית הלוי סוף סי' פה.

39 בשו"ת מהרש"ך ח"א סי' יט כתב באחד שקנה שפחה מסרסור ונמצאת מעוברת – שמוגדר כמום – שלפי דעת הרמב"ם בהלכות מכירה פרק טז הלכה יא שהובאה בהערה 22 יש צורך שהקונה יבדוק את השפחה מיד לאחר הקניה. והקשה בשו"ת מהר"י לבית הלוי סוף סי' פה, שהרי אין שום נזק אם הקונה היה בודק לאחר זמן, ואף לפי הרמב"ם

« המשך בעמוד 8 »

ויכוחים בין שכנים הקשורים לבניית סוכות

ברשות הרבים יש להם לבנות ולפרק סמוך לחג ככל שניתן, וכן להיזהר שלא לחסום את המעברים, שהרי על כך אין בני רשות הרבים מוחלים.

שניים שרוצים לבנות סוכה בחצר הבית המשותף

בזמננו בשכונות החדשות לא מצוי כל כך לבנות סוכה ברשות הרבים, מה שמצוי יותר הוא לבנות בחצר שהוא רכוש משותף. גם בזה מותר אם לא חוסמים את המעבר וכדומה, אף אם במשך השנה היה ניתן למנוע שלא לבנות מחסן בחצר, כיון שהיא משמשת למשחקים וכדומה, מכל מקום השטח מיועד בין השאר גם לצורך בניית סוכה לחג הסוכות. השאלה היא כיצד לעשות כשיש שני שכנים רוצים לבנות סוכה בחצר ואין אפשרות לשניהם יחד. מצינו בענין זה שני מקורות בפוסקים לענין שימוש ברשות הרבים ולענין חצר משותפת.

ב"ב דף ס ע"א שנינו "אין מוציאין זיזין וגזוזטראות לרשות הרבים אלא אם רצה כונס לתוך שלו ומוציא", וכתב הר"ף בדף לב ע"ב בשם איכא מאן דאמר "הני מילי למטה מגמל ורוכבו אבל למעלה מגמל ורוכבו מוציאין". והיינו שהשימוש הגבוה ביותר שבני רשות הרבים יכולים להשתמש הוא בגובה גמל ורוכבו, ומעל שיעור זה מותר להוציא מרפסות לאויר רשות הרבים, וכן נפסק ברמ"א סי' קנה סעיף כז. וכתב ביד רמה שם שאם שני שכנים רוצים להוציא מרפסת מעל אויר מבוי או רשות הרבים יש לחלק ביניהם שיהיה מקום לשניהם.

וכן כתב בחידושי הריטב"א שם לענין פתיחת חלון מול חלון שיש איסור מצד היזק ראייה, שאחד יוכל להסתכל בבית השני, שאם שנים רוצים לפתוח חלון אחד מול השני יש לפשר ביניהם. וכן נפסק ברמ"א סי' קנד סעיף ג. ובמקרה שאחד מפסיד קצת אם יזיז את חלונו והשני מפסיד הרבה כתב הנתניבות שם בסק"ו שזה שמפסיד הרבה ישלם לשני את ההפסד המועט שיש לו. ואם לא ניתן לפשר ביניהם, כתב החזון איש ב"ב סי' יב אות ג שיש להטיל גורל.

המקור לכפיה על פשרה במקום שני הצדדים צודקים

והנה המקור לפשרה במקרים אלו הוא בגמ' סנהדרין דף לב ע"ב "תניא צדק צדק תרדף אחד לדן ואחד לפשרה. כיצד שתי ספינות עוברות בנהר ופגעו זה בזה, אם עוברות שתיהן שתיהן טובעות, בזה אחר זה שתיהן עוברות, וכן שני גמלים שהיו עולים במעלות בית חורון ופגעו זה בזה, אם עלו שניהן שניהן נופלין, בזה אחר זה שניהן עולין, הא כיצד טעונה ושאינה טעונה תידחה שאינה טעונה מפני טעונה, קרובה ושאינה קרובה תידחה מפני שאינה קרובה, היו שתיהן קרובות שתיהן רחוקות הטל פשרה ביניהן ומעלות שכן זו לזו". וכתב המאירי שם "יש דברים שאין מדת הדין שולטת בהם ואתה צריך לחזר בהם אחר מה שראוי יותר ולהכריע את האחד למה שאין מדת הדין מחייבתו דרך פשרה ומדה מעולה. והוא שאמרנו כתוב אחד אומר בצדק תשפוט עמיתך וכתוב אחד אומר צדק צדק תרדף כאן לדן כאן לפשרה". והיינו שבמקום שאי אפשר להכריע על פי הדין מי קודם למי ואי אפשר לחלק בין השנים יש לפסוק על פי ההיגיון לדחות את זה שסובל פחות מפני זה שיסבול יותר, או על פי פשרה. וכן כתב בספר משך חכמה תחילת פרשת שופטים וז"ל: "פירוש, הך פשרה הוא במקום שאין דין על זה. לכן כיון שאין על זה דין, מצוה בפשרה, והמצוה על בעלי הדין, שבעלי הדין מצווים לפשר. אמנם במקום שיש דין, שעל פי דין אחד זכאי ואחד חייב, רק

שאלה:

האם מותר לבנות סוכה ברשות הרבים או בחצר הבית המשותף?
מה הדין כשיש שני שכנים המעוניינים לבנות סוכה בחצר הבית המשותף, ואין מקום לשניהם?
מה הדין כשיש שני שכנים המעוניינים לבנות סוכה על גבי פיגומים ואין אפשרות לשניהם יחד?
האם יש 'חזקה' למי שנהג שנים רבות לבנות סוכה במקום מסוים?
האם ניתן למנוע להתקין מזגן, סורגים או חבלי כביסה מעל מרפסת סוכה?

תשובה:

כשיש צורך, מותר לבנות בצדי רשות הרבים או בחצר הבית המשותף, ויש להקפיד להמנע מנזק מהותי לציבור העוברים ושבים או דיירי הבנין, וכן להשתדל לבנות ולפרק בסמוך לחג ככל שניתן.
יש לחלק את המקום בין שניהם, או להתחלק בשנים לסירוגין. אם לא ניתן האחד יבנה והשני יקבל פיצוי כספי, ויש להעדיף את זה שיסבול יותר אם לא יבנה שם סוכה. אם שניהם שווים בצורך ושניהם מעדיפים לבנות סוכה ולשלם פיצוי, יש להטיל גורל מי יבנה ומי יקבל פיצוי כספי.
הדין שווה כמו בבניית סוכה בחצר המשותפת. ואם אחד רוצה לשמר את זכותו לבנות סוכה על גבי פיגומים בעתיד, הרי הוא יכול לעכב היום ולדרוש חלוקת השטח, ולא לתת לשכן אחר לבנות פיגומים על כל השטח האפשרי.
ברוב המקרים אין טענה כזאת. פרטי הדינים מבוארים בפנים המאמר.
ניתן לעכב מלהוציא מזגן, גם אם אין שלושה טפחים ברוחב המזגן, אבל יש שלושה טפחים בצירוף רוחב המזגן עם עובי מסגרת הברזל שהמזגן מותקן עליו. לא ניתן לעכב להתקין סורגים או חבלי כביסה, כיון שמעיקר הדין הסוכה כשרה.

סוכה ברשות הרבים, מחלוקת המגן אברהם ושאר אחרונים

הרמ"א באו"ח סי' תרלז סעיף ג פוסק "לא יעשה סוכה לכתחלה בקרקע של חבירו שלא מדעתו, וכן בקרקע שהיא של רבים, מיהו בדיעבד יצא". מקור דבריו הוא מהאור זרוע והגהות אשרי". ובמגן אברהם שם סק"ג תמה על המנהג לעשות סוכות ברשות הרבים, וכתב שאף אם נאמר שהיהודים מוחלים על כך, אבל הגויים אינם מוחלים, ומסקנתו שאין לברך על סוכה זו. במשנה ברורה שם סק"י מביא דעת האליה רבה שמותר לברך על סוכה ברשות הרבים, וכן דעת המאמר מרדכי שמיקל. עוד מביא דעת השואל ומשיב בח"א סי' קכח שארבע אמות הסמוכות לבית הן של בעל הבית ואין רשות הרבים. עוד מביא בבאור הלכה שם בשם ספר בכורי יעקב שמיקל מטעם שאם אין השלטון מוחה על כך הרי זה כאילו נתנו רשות והרמ"א פוסק בחו"מ סי' קסב סעיף א שהמלך יכול לעשות ברשות הרבים כרצונו. ומסיים שיש להקל בזה מאחר שאין מקום אחר שכשר לבניית סוכות.
האחרונים מביאים שהמגן אברהם עצמו בפירושו על התוספתא ב"ק פ"ז אות כז מביא מקור מהתוספתא להתיר לבנות סוכה ברשות הרבים. שכתוב בתוספתא שם כגון "מסככין על פתחי חניויתיהן ברשות הרבים בחג אף על פי שיש להן רשות...", וכתב המגן אברהם "צריך לומר שכן לב בית דין מתנה שמותר לעשות סוכה ברשות הרבים, ואם כן יש ללמוד מזה שגם עתה העושין סוכה ברשות הרבים אין בהן משום גזל". כמובן שהבונים סוכה

שבאים לדין, אז אין הבעלי דינין מצווים לפשר, רק ברצונם תלוי אם ירצו דוקא בדין רשאים. רק על הדין כל זמן שאינו יודע או שלא נגמר הדין אמרו בפרק קמא דסנהדרין דמצוה לדיינים לאמר להם לפשר אי פשרה בעיתו (אי דינא בעיתו)... ורק על פשרה במקום שיש דין, שהדין עושה, פליגי תנאי אם רשות או מצוה, אבל על בעל הדין במקום שאין דין, מצוה לכולי עלמא לפשר. [וראה עוד בספר תורת חיים סנהדרין שם ובשו"ת משיב דבר ח"ג סי' י].

ולפי זה במקום ששנים רוצים לפתוח חלון ואין אפשרות לשניהם, יש לפשר ביניהם שאחד מהם יפתח והשני יקבל פיצוי כספי, ואם שניהם מתעקשים שרוצים דוקא לפתוח את החלון ולא פיצוי, יש להטיל גורל ביניהם. וכתב בספר ערך ש"י שם שהגורל יהיה מי יפתח חלון ומי יקבל פיצוי כספי, אבל לא להטיל גורל שאחד יפתח חלון והשני יפסיד הכל.

עוד מצאנו, בשו"ע יו"ד סי' טז סעיף ו נפסק שאם שני אנשים שקנו שור ובנו משני מוכרים ושניהם רוצים לשחוט ביום אחד, כל הקודם לשחוט זריז ונשכר והשני יצטרך להמתין ולשחוט למחרת, כדי שלא לעבור על איסור 'אותו ואת בנו לא תשחטו ביום אחד', וכתב הט"ז שם שאם שניהם שאין בית דין צריך להטיל גורל ביניהם אלא לתת לזריז לזכות, והתבואות שור שם מוכיח מהגמ' בסנהדרין שהובא לעיל שבית דין צריך להטיל גורל.

לפי זה בנידון דידן, כששני שכנים רוצים לבנות סוכה בחצר, אם יש מספיק מקום לשתי סוכות קטנות, ודאי שיש לאפשר אפשרות זו. כמו כן, אם ניתן לעשות הסדר שמתחלקים בשנים שכל אחד יבנה בשנה אחרת לסירוגין, יש לחלק בצורה זו. אבל אם השכנים אינם יכולים או אינם רוצים בדרך זו, ויש רק אפשרות שהאחד יבנה סוכה והשני לא יבנה, יש לפשר שאחד יבנה וישלם פיצוי כספי לשני. ואם שניהם מתעקשים לבנות ולשלם את הפיצוי יש להטיל גורל ביניהם. יש להדגיש שלא מדובר על חלוקת שותפות, החצר משמש למשחקים וכדומה במשך השנה וימשיך לשמש לכך, אלא השכנים זכאים לעשות שימוש חריג בחצר לצורך סוכה, ויש שני שכנים שזכאים לכך ומעוניינים לממש את זכותם ואין אפשרות לשניהם יחד, לכן יש לדאוג לאיזון בין כל השכנים.

לבנות סוכה על גבי פיגומים

במקום שיש צורך, ניתן גם לשכן להוציא סוכה על גבי פיגומים. למרות שהאוויר הוא רכוש משותף, מכל מקום יש אפשרות לעשות שימוש חורג ברכוש המשותף כשהצורך הוא למצוות סוכה. אבל יש להקפיד שלא למנוע אור בצורה מהותית מהשכן מלמטה. מניעת אור היא נזק שאסור לעשות אפילו לא לשבעה ימים. כמו כן, יש להקפיד לפרק את הפיגומים לאחר סוכות ושהחלק שמוכרח להישאר מחובר לבנין במשך השנה יהיה במקום נסתר שאינו מזיק ליופי של הבניין. יש זכות לשכנים לעכב שלא ייפגעו ביופי החיצוני של הבניין. פגיעה ביופי עלולה אף לגרום להורדת ערך הדירה. בכל מקרה עדיף לבקש מראש הסכמת השכנים כדי למנוע מחלוקת.

אם שני שכנים רוצים לבנות סוכה על פיגומים בעמודה אחת, באופן שאין אפשרות ששניהם יבנו, הדין הוא כמו בבניית סוכה בחצר, שאם יש אחד שיש לו אפשרות לבנות במקום אחר ולשני אין שום אפשרות, זה שיש לו אפשרות יידחה. ואם שניהם שווים יש לפשר בדרך של פיצוי כספי או להטיל גורל מי יבנה ומי יסתפק בפיצוי כספי, וכאמור לעיל יש לדאוג לאיזון מירבי בין כל השכנים.

במקום שאחד רוצה לבנות פיגומים היום והשני עדיין אינו זקוק לכך, אבל הוא רוצה לשמר את זכותו לעשות כן לאחר שמשפחתו תתרחב, כתב החזון

איש שם לענין חלון שזה שרוצה לפתוח חלון בעתיד יכול לדרוש שיעשו חלוקה או גורל. והוא הדין לענין סוכה שאדם יכול לשמר את זכותו ודינם כאילו שניהם רוצים לבנות בבת אחת. ואם העליון יטען שהוא רוצה לבנות סוכה גדולה באפן זמני ולאחר שהתחתון ירצה לבנות יקטין את הסוכה שלו כדי שתהיה חלוקה שווה, הדין הוא שניתן לעכב, כיון שלצורך בניית סוכה על פיגומים יש צורך להכין תשתית קבועה עם עלות כספית גבוהה, והתחתון יכול לטעון שלאחר שהעליון יבנה סוכה גדולה יצטרך להתעצם איתו בדין כדי לדרוש ממנו להקטין את הסוכה. וכן נפסק בשו"ע סי' קנה סעיף יח ובסי' קנד סעיף טז.

חזקה בבניית סוכה בחצר המשותפת או עלי גבי פיגומים

במשנה ב"ב פ"ג מ"ג מבואר שאדם שמשתמש שלוש שנים בקרקע הידועה שהיא של אדם אחר, אין לו חזקה אלא אם יטען שקנה את הקרקע, אבל אם אין לו 'טענה' אלא שלא אמרו כלום עד היום, אין לו חזקה וחייב להשיב את הקרקע. כדי שאדם יכול לזכות בקרקע של חברו צריך שיהיה לו חזקה של שלוש שנים וטענה שקנה. ונחלקו הראשונים לענין חזקת תשמישין וחזקת נזיקין, והיינו שכן שיש לו חזקה לעשות שימוש מסוים או נזק מסוים בחצר שכינו, האם הוא צריך חזקה של שלוש שנים וטענה. דעת הרמב"ם בהלכות שכנים פ"ח ה"א שאין צריך שלוש שנים ולא טענה, אלא אם הניזוק ראה ושתק זכה השכן מיד. ודעת הרשב"ם בב"ב דף נח ע"ב והטור בס' קנג שיש צורך בחזקה של שלוש שנים וטענה של קניה, אלא טענת שתיקה לבד או פחות משלוש שנים אינן חזקה. בשו"ע סעיף ב פסק כדעת הרמב"ם והרמ"א מביא את דעת הטור.

בגמ' ב"ב דף ו ע"ב "אמר רבינא האי כשורא דמטלטלא, עד תלתין יומין לא היה חזקה בתר תלתין יומין חזקה, ואי סוכה דמצוה היא עד שבעה יומין לא היה חזקה בתר שבעה יומין חזקה, ואי חבריה בטינא לאלתר הוי חזקה". מדובר בשתי חצרות שיש ביניהם קיר משותף ובעל חצר אחת סמך על הקיר קורה שנועדה להחזיק את הסכך וטוען שיש לו חזקה. לכאורה גמ' זו מוכח שיש חזקה גם בפחות משלוש שנים וכדעת הרמב"ם. הסמ"ע בס"ק לג כותב שבדרישה סי' קנז כתב שהסוברים שיש צורך בחזקה של שלוש שנים יפרשו גמ' זו לענין סוג חזקה אחר לגמרי.

הסיבה שבסוכה דמצוה אין חזקה תוך שבעה ימים הוא מצד שאדם מרשה לשכן לעשות סוכה מבלי לתת לו רשות קבועה. ושבעה ימים לאו דוקא אלא אפילו שמונה, שהרי בשמיני עצרת אסור לפרק סוכה. ומוכח מהגמ' שגם לסוברים שיש חזקת תשמישין לאלתר, אם עשה לסוכות בלבד אין לו חזקה, כיון שעשה כן לצורך ארעי בלבד. ומשמע שאף לסוכות בשנים הבאות אין לו חזקה. אמנם, מסתבר שאחד שעשה סוכה שנים רבות יש לו חזקה לפחות לחג הסוכות לפי השיטות שאין צריך טענה, כיון שהשכנים נוכחו לראות שהמעשה הארעי חוזר על עצמו כל שנה.

סיבה נוספת שאין חזקה על פי מה ששינוי בב"ב פ"ג מ"ה "אלו דברים שאין להם חזקה, היה מעמיד בהמה בחצר תנור וכירים ורחים ומגדל תרנגולין ונותן זבלו בחצר אינה חזקה". והיינו שאין חזקה כששותף עושה שימוש חריג בחצר המשותפת ששותפים אינם מקפידים עליו, כיון שחזקה בנויה על כך שהשתיקה במקום שהיה ראוי למחות היא הוכחה על זכות, ואם שותפים אינם מקפידים, השתיקה לא מוכיחה כלום. ולפי זה בסוכה ששכנים לא מקפידים ובפרט לפי האמור לעיל שאין יכולים להקפיד, אין חזקה. אבל אם אדם יבנה סוכה על גבי פיגומים ויעשה שינוי קבע בצורה ששכנים מקפידים והשכנים ישתקו, תהיה לו חזקה לדעת הסוברים שאין צריך טענה.

« המשך בעמוד הבא »

אדם שקנה מרפסת סוכה מהקבלן, אף שאין לו בעלות על כל האוויר שמעל המרפסת¹, מכל מקום יש לו שעבוד באוויר שהדיירים העליונים לא יזיקו לשימוש הייעודי של המרפסת, ולכן יכול גם לעכב שלא לפסול לו את הסוכה. אבל אדם שקנה חצר גדולה, שודאי לא מיועדת כולה לסוכה, אינו יכול לעכב מהשכנים לבנות מעליו כמקובל, אם אינם מפריעים לשימוש של החצר, ועדיין יהיה לבעל החצר אפשרות סבירה לבנות סוכה.

אמנם, יש לדון במקרה שבעל החצר הגדולה היה נוהג לבנות סוכה במקום מסוים, והשכן העליון רוצה לבנות מרפסת או סוכה על גבי פיגומים מעל מקום זה, בטענה שיש לבעל החצר מקום חילופי לסוכה, האם בעל החצר יכול לטעון שיש לו חזקה לבנות סוכה במקום זה.

והנה הבונה סוכה ברכוש המשותף יש מקום לדון שתהיה לו חזקה, אם הוא עושה שימוש חריג ברכוש המשותף, אבל הבונה סוכה בחצרו הפרטית, אינו עושה שום שימוש באוויר שמעליו ולכן נראה ברור שאין לו חזקה, גם אם עשה את הסוכה בצורה של בניית קבע. שהרי כדי שתהיה חזקה צריך שהטוען חזקה השתמש בחצר חבירו ובעל החצר לא מחה. כגון המוציא זיו מעל חצר חבירו (עין שו"ע סי' קנ"ג סעיף ב) משתמש באוויר חבירו. וכן אפילו הפותח חלון לחצר חבירו (עין שם סי' קנ"ד סעיף ז) אף שאינו עושה שימוש בתוך חצר חבירו, מכל מקום הוא משתמש באוויר של חבירו. אבל הבונה סוכה אינו עושה שום שימוש באוויר מעליה. ואף שיש דין שאסור לבנות סוכה מתחת לבית או מתחת סוכה, מכל מקום הבונה סוכה אינו עושה שימוש בכיפת השמים, שהרי אין דין שסוכה חייבת להיות תחת כיפת השמים, אלא שאם יש בית או סוכה מעליה הסוכה נפסלת. ולדעתי נראה ששימוש זה גרוע מחלון ואינו עושה חזקה, וממילא יוכל השכן מלמעלה לטעון לו שיש לו אפשרות לבנות סוכה במקום אחר.

מזגן או חבלי כביסה מעל סוכה כשיש ספק אם הסוכה פסולה

אדם שיש לו בדירתו מרפסת סוכה מהקבלן, או כתוצאה מחלוקה שנעשתה בהסכמת השכנים. ברור ששכן מעליו אינו רשאי להוציא מזגן שרוחבו יותר משלושה טפחים מעל הסוכה. שהרי זה פוסל את הסוכה בוודאות – בשטח שמתחת למזגן – ופוגע בשעבוד שיש לו באוויר שמעל המרפסת. אמנם, יש לדון מה הדין בדבר שספק אם פוסל את הסוכה וכגון, מזגן שרוחבו פחות משלושה טפחים, אבל המזגן מונח על גבי מסגרת מברזל, ואם נצרף

1 הערת המערכת: עיין עלון המשפט גליון 37 עמוד 4.

את עובי המסגרת לרוחבו של המזגן נקבל רוחב של יותר משלושה טפחים, והספק הוא אם מצרפים את המסגרת יחד עם המזגן מדין לבדו (אוויר פחות משלושה טפחים נחשב כאילו אינו קיים) כיון שהאוויר ביניהם הוא פחות משלושה טפחים. התוספות בסוכה דף יז ע"א ד"ה אילו והרא"ש בפסקים פ"א סי' לג מסתפקים אם אומרים לבדו להחמיר ומחשבים את האוויר כאילו אינו וממילא מצרפים את רוחב שני הפסולים, וכן נפסק בטור ושו"ע או"ח סוף סי' תרלב. למעשה מצד הלכות סוכה אסור לשבת תחת סוכה כזו, אבל בדיני ממונות יש להסתפק אם בעל הסוכה יכול לטעון לעליון שהוא פוסל לו את סוכתו מספק, או שהעליון יכול לטעון 'קים לי' כהצד בתוספות ובפוסקים שהסוכה לא נפסלת ואיני מזיק אותך. שהרי האוויר אינו בבעלות בעל הסוכה, אלא שיש לו שעבוד שאסור להזיק לו והעליון טוען 'קים לי' שאיני מזיק.

מצאנו נידון כזה בשני מקומות בפוסקים. בשו"ע חו"מ סי' מט סעיף ו מבואר שאסור לעדים שכתבו לכתוב שטר אחר כיון שכבר עשו שליחותם, אלא אם כן עשו טעות בשטר הראשון וכתוצאה מהטעות השטר נפסל. וכתב הש"ך בסק"ו שאם עשו ספק טעות גם כן אסור להם לכתוב שטר חדש, ומוכיח משו"ע אבן העזר סי' קכב שאם העדים כתבו גט והם "מסופקים אם הוא כשר מכמה חומרות שנהגו להחמיר", אסור להם לכתוב גט נוסף ללא ציווי הבעל. אבל הקצות שם סק"ג חולק על הש"ך וסובר שאם יש ספק אמיתי ולא רק חומרא בעלמא, ניתן לכתוב שטר אחר, כיון שלא ניתן לגבות בבית דין באמצעות השטר הראשון.

עוד מצאנו בשו"ע חו"מ סי' שו סעיף ה שאם שוחט הטריף את הבהמה מספק הרי הוא פטור מלשלם על הנזק. אבל הש"ך בסק"י פוסק שאם לפי הלכות שחיטה שבידינו אסור לאכול את הבהמה, אף שהאיסור מדין ספק, הרי השוחט חייב על הנזק. ורק אם לפי הלכות שחיטה הבהמה כשירה, אלא שבעל הבהמה רוצה להחמיר, השוחט פטור.

לפי זה בנידון דידן אם יש שלושה טפחים בצירוף רוחב המזגן ועובי המסגרת, ניתן לעכב, כיון שבשו"ע נפסק שהסוכה ספק פסולה וממילא אסור לשבת תחתיה. אבל אם אין בהם שלושה טפחים אלא בצירוף האוויר, וכן מצוי בסורגים או חבלי כביסה שגם אם נצרף את עובי הברזלים או החבלים לא נגיע לשלושה טפחים, אלא אם כן מצרפים אף האוויר. באופן זה הסוכה כשירה לפי השו"ע, אלא שיש שרוצים להחמיר גם בזה (עיין שו"ת מנחת יצחק ח"ח סי' נו ושו"ת מנחת שלמה ח"א סי' צא אות יט), ודאי שאין בעל הסוכה יכול לעכב על העליון. אמנם, לכתחילה ניתן להניח סכך כשר בין החבלים או הסורגים כדי להכשיר את הסוכה לכתחילה לכל הדעות, אבל מן הדין אין בעל הסוכה יכול לדרוש מהעליון כלום.

המשך מעמ' 5 | הרב יוסף פליישמן שליט"א | חיוב שמירה על חפץ שנקנה בטעות

לא יבדוק מיד⁴¹, הקונה יכול לבטל את המקח אפילו לאחר זמן רב. ולכן בזמנינו שלא נהוג כלל לבדוק כסף אם הוא מזויף ניתן להחזיר כסף מזויף אפילו לאחר זמן רב, גם אם נותן הכסף הפסיד מכך, בדומה לדין המבואר בסעיף 10⁴².

בזמנינו שאינו נהוג לבדוק, הרי מקבל הכסף אנוס ואינו חייב על מה שהנותן הפסיד. וכן כתב בשו"ת בית יהודה סי' סז ומוכיח כן מהבית יוסף בסי' רלב סעיף טז שכתב לעניין ביצים מוזרות שהקונה יכול להחזיר אפילו לסרסור מטעם "דהא אין אדם עשוי לבקע ביצים אלא בשעה שהוא צריך להם".

41 כן כתב בשו"ת פני משה שהובא בהערה 38 שאם הקונה אמר שהוא מעביר את הסחורה למקום אחר, היה המוכר צריך להבין שלא יבדוק עד שיגיע לשם.

42 בספר שמרו משפט ח"ב סי' ח נשאל על שאלה בזמנינו שלווה פרע למלווה בכסף מזויף, והמלווה לא גילה את הזיוף עד לאחר זמן רב והלווה הפסיד מכך, ומדמה את השאלה לדברי הפוסקים שהובאו בהערה 39 שהבאנו לעיל, ולפי דברינו, אין לדמות דין כסף מזויף בזמנינו לדין שהיה בעבר, כיון שבזמנינו לא נהוג לבדוק.

14. גם אם המוכר הפסיד בכך שהקונה לא בדק מיד שלא יוכל להחזירו לזה שמכר לו, אם לא נהוג לבדוק מיד⁴⁰, או שהמוכר היה יכול להבין שהקונה

אין צורך שיבדוק מיד. ובשו"ת נחפה בכסף ח"א חו"מ סי' כו מיישב שבנידון המהרש"ך הסרסור היה מפסיד אם הקונה לא היה בודק מיד, כיון שהוא קנה מגוי והגוי אינו מקבל החזרות אחר זמן רב. בשו"ת מהריט"ץ סי' רכה נשאל על אדם שקיבל מטבע וראה שהנותן קיבלו מאדם אחר מבלי לבדוק ואף על פי כן לא בדק, ולאחר זמן רב מצא שהמטבע מזויפת, והביא שם דעת הרמב"ם ומסיים "הרי נראה מכאן בנידון דידן שיכול לומר לו היה לך להראותו תכף ולהחזירו ואני אחזירנו לבעליו וכיון שלא החזרת תכף אתה הפסדת על עצמך". ומשמע שהטעם הוא משום שלאחר זמן רב לא יוכל נותן המטבע להחזיר למי שנתן לו. וכן כתב בספר פרי האדמה על הרמב"ם שם "אם פשע הלוקח ולא בדק וביני ביני הלך המוכר עם הבעלים דוודאי יש לו טענה לסרסור לומר אם היית בודק הייתי מחזירו לבעליו".

40 המהריט"ץ שהובא בהערה הקודמת מדגיש "שהראית מעותיך לשולחני כדרך כל הארץ", והיינו שבזמניהם היה מצוי כסף מזויף, והיה נהוג להראות לשולחני, אבל