

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, פקס: 02-5023655

גליון חודש איר ה'תשס"ח גליון מס' 11

בית הוראה

בית הוראה לענייני ממונות "נתיבות חיים"
שע"י כולל חושן משפט "אוהל יוסף"

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

בית הוראה פתוח בימים א' - ה בין השעות 15:30-18:40,
וביום ו' בין השעות 13:00-11:00.

ניתן לפנות בשעות אלו גם בטלפון: 02*502*3637 או כל היום בפקס: 02*502*3655
כמו"כ ניתן לקבוע תור לדיונים בביה"ד נתיבות חיים בפל': 052*7642*346

דוא"ל: E-mail: beidinn@gmail.com

הרב א. בוטמן שליט"א	הרב י. הול שליט"א
הרב י.מ. נילינגר שליט"א	הרב א. שפירא שליט"א
הגאון הרב י. שובקס שליט"א	הרב א. פלג שליט"א
הרב י. כ"ץ שליט"א	הרב א. שפירא שליט"א
הרב י. פליישמן שליט"א	הרב א. דוברמירקי שליט"א
הגאון הרב נ. נוסבוים שליט"א	הרב מ. ווילינגר שליט"א

מזכירות ריח הדין

חוכן הענינים

א. פסקי דינים - עני המהפך בחררה.
מתי נאמר ומה עונשו?

ב. תנאי בחוזה השולל זכות התדיינות בבית דין
ג. הפרת הבטחה שגרמה הפסדים לשני

פסקי הלכות - עני המהפך בחררה מתי נאמר ומה עונשו?

הרב יוסף פליישמן שליט"א

1. אחד שהשתדל לקנות או לשכור נכס, בין קרקע' בין מטלטלין¹, וכבר השתווה עם המוכר או המשכיר במחיר² ובשאר התנאים³, ועדיין לא עשה קנין⁴, אסור לאחר לקנות או לשכור אותו הנכס. הוא הדין באחד שהשתדל לשכור פועל שאסור לאחר לשכור אותו הפועל⁵. דין זה נקרא בלשון חז"ל 'עני המהפך בחררה'.

2. כמו כן אם אחד שכר פועל לזמן מסוים, אסור לאחר להציע את עצמו למלא את תפקידו של הפועל הקיים⁶.

3. יש אוסרים אפילו במקרה שלא סיכמו את המחיר ושאר התנאים, אבל לולא שהשני היה מציע את עצמו היו מגיעים לבסוף לידי הסכם. יש מפרשים בדיעה זו שהאיסור הוא מן הדין⁷, ויש מפרשים שאין איסור מצד הדין רק מצד המנהג, ורק במקומות שנהגו לאסור⁸. ויש מהאחרונים שסתמו ולא הביאו מנהג זה כלל⁹.

1. בתשו' מהרש"ל (סי' לו, וביש' קידושין פ"ג סי' ב) מדייק מלשון 'מהפך' שדווקא אם הראשון השתדל ישנו דין של עני המהפך. אמנם אין צורך שיטרח הרבה, שהרי גם אם היה רק הסכם בעל פה נחשב לעני המהפך. אלא שהמהרש"ל בא לומר שאם לא עשה שום פעולה כגון ששכר לתקופה מסוימת, ותכנן להמשיך לשכור בגמר התקופה, שאין דינו כמהפך. ועיין רמב"ן בב"ב דף נד ע"ב שסתפק אם נפילה על מציה נחשבת למהפך. ובאמרי יושר ח"ב תשו' עב שכתב במקרה שאחד ביקש לחברו להירם מציה שהמבקש אינו נחשב למהפך. כיון שרק דיבר ולא עשה שום מעשה. 2. קידושין נט ע"א. 3. הבי' בס'י רלו מדייק כן מלשון 'חררה' שהוא מטלטלין. 4. הובא בבית יוסף ונפסק ברמ"א, ומקורו מתשובת מהר"ם מרוטנבורג (ד"ק סי' רע"ז), הובאו דבריו במרדכי (ב"ב סי' תקנ"א). סברתו, שאם לא כן המוכר יפסיד שאחר ששמע הצעה ראשונה לא יוכל לחפש הצעה טובה יותר, מאחר שיהיה אסור לכל ישראל אחר לנהל מו"מ עמו, ויפסיד המוכר. וצ"ע כי אם המוכר אינו מרוצה מהצעת הקונה הראשון הוא יכול להפסיק לנהל עמו מו"מ ויתחיל עם השני, ואפשר לתרץ שעצם הדבר שהמוכר אינו יכול לקבל כמה הצעות מחיר ולמכור במחיר הגבוה ביותר, נחשב להפסד. ועיין בדברי האבני נזר שהובאו בהערה 13 שדן בעניין זה. 5. כך משמע מלשון המהר"ם הנ"ל שכתב "ונתרצו זה לזה ולא היו חסרים רק הקנין" ואם לא סיכמו על כל התנאים חסר יותר מקנין, והגם שהמהר"ם לא הזכיר במפורש רק מחיר עם כל זה כוונתו לכל התנאים. וכן נוטים דברי הפתחי חושן (חלק ד' פ"ט הערה ל"ז). וכ"כ האגרות משה (אה"ע ח"א סי' צא) שכתב שאין דין עני המהפך כל שחסר "איזה תנאים בעניני ממון כאלו שאפשר שלא יבאו לידי גמר". 6. שאם היה קנין הרי הוא גזל ממש וחמור מעני המהפך. 7. כמבואר בתוס' קידושין דף נט ד"ה עני המהפך. הטור בס'י רלו מביאו בשם ר"ת. 8. כ"כ התוס' בקידושין דף נט ע"א ד"ה עני, וכן נפסק בשו"ע סי' רלו ס"ב. 9. הפרישה (סי' רלו סק"א) כותב שנהגו לפסוק דין עני המהפך אפילו כשלא עשו פיסוק דמים, כל שסתמא היה מוכר לראשון. הפרישה מיישב שאין דין זה סותר לדברי המהר"ם הנ"ל שהאיסור הוא רק אם היה פיסוק דמים. מדבריו אלו נראה שכוונתו לומר שמעיקר הדין שייך דין 'עני המהפך' אם היו מגיעים להסכם לולא התערבות השני שאם לא כן היה יכול ליישב שדברי מהר"ם הם מעיקר הדין ודבריו הם ממנהג שנהגו להחמיר. ומה שמזכיר לשון מנהג, שנהגו דין 'עני המהפך' באופן זה, כוונתו להוכיח הדין מן המנהג, בגדר של 'פוק חזי מאי עמא דבר'. לפי זה מובן האיך הזכירו בני דורו של הפרישה (כמו רבותיו הרמ"א והמהרש"ל, והמשאת בנימין) את המהר"ם להלכה ולא ציינו שלא נהגו כן, כיון שדין הפרישה שיש דין 'עני המהפך' אם היו מגיעים לידי הסכם לולא התערבותו של השני כלול בדינו של המהר"ם. לכאורה האגרות משה (ח"מ ח"א סי' ס' ד"ה גם יש לדון) גם כן הבינן כך, שהביא את דברי הפרישה כאילו הוא פירוש על דברי המהר"ם. 10. כן נקטו כמה אחרונים כמו המשפט שלום בס"ק ב' וג' שנוקט שהפרישה מתכוון רק לומר דנהגו להחמיר אף במקרים שאינם אסורים מעיקר הדין. וכך סובר גם הערוך השולחן בס"ס א שכותב "ובפרישה כתב שבימיו פסקו בזה שהוא השגת גבול". דבריו אלו של ערוה"ש משמע גם שבימיו כבר לא נהגו כמו בזמן הפרישה (אמנם הערוה"ש מביא בשם הירושלמי לאסור במקרה שהמוכר הציע את סחורתו בשוק). גם הפתחי חושן בסעיף ט"ז ובהערה ל"ח נוקט בפשיטות שדעת הפרישה אינה אלא מנהג. 11. הפתחי תשובה בס"ק ג' מקשה על הסמ"ע למה אינו מביא את מש"כ בפרישה, ומזה משמע שסתמית דבריו בשו"ע מורה שאין איסור. וכן השו"ע הרב (הפקד והשגת גבול סעיף י"א) סותם ופוסק שמוחר לאחר לקנות אם לא "הושוו עדיין בפסוק דמים", ואינו מציין לחילוקים של הפרישה, ומשמע שדין זה מוחלט. כמו כן לשונו של הערוה"ש שהבאנו בהערה הקודמת משמע שהיום אין לחוש לדברי הפרישה, (אם לא באופן שמציע סחורתו בשוק). גם השבט הלוי (ח"ד סי' ר"ב) הביא רק דין המהר"ם ולא ציין כלל לדברי הפרישה.

4. יש סוברים¹² שכל האיסור של עני המהפך אינו אלא על הקונה והשוכר אבל לא על המוכר והמשכיר. ואם בא קונה שני והציע לקנות בזמן שסוכם עם הקונה הראשון וחזר המוכר ומכר לשני עבר הקונה על אסור עני המהפך ולא המוכר. הסוברים כן, חידשו דין זה מסברא, ואין ראייה לזה¹³.

אף לשיטה זו יש מקרים שאסור למוכר או למשכיר לחזור בהם, מצד איסור מחוסר אמנה, לפני עור ומסייע ידי עוברי עבירה¹⁴.

5. אם הקונה הראשון התעניין במקח, ובקש מן המוכר זמן כדי להחליט אם לקנות, והמוכר הסכים, ובא אחר וקנה את החפץ, לא עבר השני על איסור עני המהפך¹⁵. אמנם בהרבה מקרים יתכן שהמוכר עובר על איסור של מחוסר אמנה¹⁶.

6. האיסור של עני המהפך הוא מדרבנן¹⁷. ויש סוברים שהוא מדברי קבלה¹⁸.

7. העובר על האיסור נקרא רשע¹⁹, ומפרסמים כן ברבים²⁰, ורשות ביד דין להעניש אותו גם בעונשים אחרים כפי הצורך²¹. יש סוברים²² שהוא נפסל גם לעדות ולשבועה.

המשך חמ"א' א'

12. כן פסק האבני נזר ח"מ סי' י"ז והנחלה ליהושע סי' כ"ט. 13. הנחלה ליהושע אינו מביא שום ראייה וכותב "ולשון התוספות מוכח הכי להדיא, ויתכן שכונתו לתוס' בקידושין (שם) שהתיר לבעל הבית לשכור מלמד שמושכר אצל בעה"ב אחר, כיון שבעה"ב השני משוכנע שרק אצל מלמד זה ילמד בנו יפה, ולא הזכירו התוס' איסור על המלמד אם יעבור לבעה"ב השני. ואפשר לחלק שאם אין איסור על בעה"ב אין איסור אף על המלמד, אך במקרה שיש איסור על הקונה מנלן שאין איסור על המוכר. בתשו' אבני נזר הוכיח השואל שיש איסור אף על המוכר מדברי מהר"ם דלעיל שטען שאם יש איסור 'עני המהפך' גם לפני שהגיעו לסכום מוסכם אם כן אם יציע הקונה הראשון דבר מועט פחות משוויה, לא יהא שום אדם רשאי לקנותה ולהוסיף אפילו עד דמי שוויה. ואם אין איסור על המוכר איכ' המוכר יחזור מן הראשון ויכול כל אדם להציע מחיר יותר גבוה. האבני נזר דחה את ראייתו של השואל, וטענתו כי אף אם אין איסור על המוכר, המוכר יפסיד, שהקונה השני ימנע מלקנות אף אם המוכר לא ירצה למכור לראשון, מחמת האיסור של הקונה. האבני נזר אכן דחה את הוכחת השואל, אבל לא הביא הוכחה נגדית, אלא שפשוט לו כן מסברא. יש לציין שגם לדעת האבני נזר אם השני התחיל בעוד שהמוכר עדיין רצה למכור לקונה הראשון, יש איסור על הקונה גם אחרי שהמוכר החליט שלא למכור לקונה הראשון, שעדיין נחשב לעני המהפך' כמבואר בדבריו שם. מה שכתבנו שאין ראייה לסברא זאת, כיון שאין ראייה לנחלה ליהושע. וגם סברת האבני נזר אינו מוכרחת, שיתכן שעצם חזרת המוכר מן ההסכם בגלל הצעת קונה אחר, יש בו איסור עני המהפך, ואף שהמוכר רשאי לעשות מה שהוא רוצה - כפי טענת האבני נזר - היינו רק אם חזר מעצמו, ולא כשהוא חוזר בגלל הצעת השני. ונפק"מ שאם המוכר מעצמו מחפש קונה אחר מותר, וכן נראה בשו"ת מהר"ם אלשיך סי' סז. אמנם בספר הליכות ישראל (יובא בהמשך) לא הבינן כך בדבריו גם בספר הליכות ישראל נראה שחולק על האבני נזר, עיי"ש בסי' מה ששאל את החזון איש על משכירה של דירה, שבהתחלה הסכימה להשכיר חלק מדירתה למשפחה גדולה ואח"כ התחרטה ורצתה להשכיר לזוג צעיר. ההליכות ישראל רצה להתיר מטעם שהצעה הראשונה היתה פוגעת במשכירה, ולא מטעם שאין איסור על המשכיר, והחזון איש השיב שצריך ראייה להתיר באופן זה. נראה שלא ההליכות ישראל ולא החזון איש הסכימו לאבני נזר, שאם כן היה להם להתיר למשכירה מצד שאין איסור על המשכיר, ומאיסור לפני עור' לא דנו שם. האז נדברו (ח"ז סי' פד) טוען על האבני נזר שיהיה איסור על המוכר מצד לפני עור' ומסייע. ולכאורה אינו קשה כלל, כי האבני נזר יכול להסכים שיש איסור לפני עור', וכל טענתו הוא שאין איסור על המוכר מצד עני המהפך, ונפק"מ לאופן המבואר בתשובתו, עיי"ש. 14. האבני נזר הנ"ל כותב שאם המוכר יחזור בו יהיה בגדר 'מחוסר אמנה'. אם השני משלם אותו מחיר שסוכם עם הראשון יש איסור של מחוסר אמנה, ואם השני משלם יותר הדין תלוי במחלוקת הראשונים אם יש איסור 'מחוסר אמנה' בתרי תרעי, עיין בסי' רד סעיף יא ובש"ך ובאחרונים שם. ולגבי לפני עור' עיין הערה הקודמת. 15. כן פסק השבט הלוי שם והוא פשוט כי לא היה הסכם סופי. השבט הלוי דן על מקרה שהמציע הראשון סרב לקנות במחיר שדרש המוכר, והמציע השני ביקש זמן להתיישב בדבר, ועד שנתן השני תשובה הסכים הראשון לקנות במחיר שדרש המוכר, ופסק שימכור המוכר למי שהיה יותר קרוב לגמור. ופשוט שפסק זה אינו רק עצה טובה, אבל מצד הדין יכול למכור למי שירצה, כיון שלא היה פסיקה עם אחד מהם. 16. לכאורה במקרה שהמוכר אמר לשני שהוא מוכן להמתין לו זמן מסוים עד שיתיישב בדבר, יעבור על מחוסר אמנה אם ימכור לאחר לפני גמר הזמן שנתן לו. בשבט הלוי לא התייחס לאיסור זה, ויתכן שדבריו הם במקרה שלא הבטיח המוכר לשני שימתין לו, או יתכן שכל זמן שאין העסקה סגורה ביניהם אין איסור 'מחוסר אמנה'. 17. הפתחי תשובה בס"ק א' מביא בשם ספר ארעא דרבנן סי' תצט שמסתפק אם הוא איסור דאורייתא או דרבנן, וכתב שמשלשון רשע אי אפשר להוכיח שהוא איסור דאורייתא, שמצינו לפעמים שהעובר איסור דרבנן נקרא רשע. אכן בפוסקים אחרים נקטו בפשיטות שאינו אסור מן התורה ממש. במהרי"ט בפירושו לרי"ף בדף נט סבר בתחילה שאינו אלא דין דרבנן והקשה למה נקרא רשע ולא עבריין שהוא התואר הרגיל למי שעובר על איסור דרבנן (עיין שבת דף מ), ומיישב שעני המהפך דינו כיוצא לאומנות חבירו שנלמד מפסוק "ואת אשת רעהו לא תמא" כדאיתא בסנהדרין דף פא, שהוא מדברי קבלה. וכן משמע מלשון רשי' בקידושין שם ד"ה נקרא רשע שפירש הטעם מפני שירד לאומנות חברו. וכן כתב להדיא בשו"ע הרב שם דין י"א "עשו חכמים תקנה". וכן מוכח מלשון המרדכי ב"ב תקנ"א בשם המהר"ם "אין לנו לעשות תקנה". וכן הוא להדיא במרדכי קידושין (סי' תקכ"ד) שדין עני המהפך דומה קצת לדינא דבר מצרא, ודינא דבר מצרא אינו אלא מדרבנן. וכ"כ בשו"ת מהרש"ל סי' לו, ובאבני נזר ח"מ סי' יז. 18. לפי לימוד המהרי"ט מן הפסוק "ואת אשת רעהו לא תמא", שהוא מדברי קבלה. וכן כתב החתם סופר סי' עט שהוא רשע מדברי קבלה. וכן כתב בערוך השלחן בעובר לאו מדברי קבלה. וכן מציין במשפט שלום ד"ה סעיף א' שלדעת המהרי"ט הוא איסור מדברי קבלה. 19. גם קידושין דף נט ע"א. במהרי"ט בפירושו לרי"ף בדף נט כתב שנקרא רשע כיון שהוא נכלל בכלל יורד לאומנות חברו הנלמד מפסוק "ואת אשת רעהו לא תמא" (יחזקאל פ"ח פ"ו), והמשך הפסוק הוא (פסוק כ) "ורשעת הרשע עליו תהיה". ובחז"ס תשו' עט מסביר הא דאיתא בקידושין דף כח ע"א שהקורא לחבירו רשע יורד עמו לחייו, שהוא מצד מדה כנגד מדה, שקרא אותו רשע שהוא התואר של היורד לאומנות חבירו. 20. הגהות מיימוניות חובל ומזיק פרק ה' ס"ק א' והובא דבריו בסמ"ע ס"ק א'. 21. כן כתב מהרש"ל בתשו' שם והחז"ס ח"מ סי' עט הביא דבריו. המהרש"ל מציין שכן ס"ל להרמב"ם ולכאן כוונתו הוא לרמב"ם הל' סנהדרין פכ"ד שכתב שיכולים בית דין להעניש כפי הצורך. בשו"ת חמדת שלמה ח"מ סי' ד' נראה שאין דין זה פשוט אצלו.

תנאי בחוזה השולל זכות התדיינות בבית דין

שאלה:

קונה דירה מתלונן על לקויי בנייה בדירה, וחפץ להזמין את המוכר לדין תורה. אך המוכר טוען שבחוזה הקנייה, שהקונה חתום עליו, כתוב שמוסכם שאין זכות לקונה לתבוע את המוכר לא בבית דין ולא בכל מקום שיפוט אחר. על כן הקונה יכול להציג לפניו את טענותיו, והוא יחליט אם להתייחס אליהן אם לאו. הקונה לעומתו טוען שאכן סמך בעבר על אמינות המוכר אבל לא העלה בדעתו שהמוכר ירמה אותו כל כך, ודורש את זכותו להתדיינות אובייקטיבית.

תשובה:

זרוע בתשובה ל"ט וז"ל: "אכן הירושלמי צריך ליישב מאי שנא על מנת שלא לתבועו מלעשר שנים ושהמלוה את חברו לעשר שנים אין שביעית משמטת, שאינו בכלל לא יגוש בשביעית, ומתריץ) אכן זה עצמו צריך לדעת וכי עבור שאמר לו לא אתבעך קאי בלא יחל דברו אם יתבענו, אלא מיירי כגון שנדר או נתן תקיעת כף שלא לתבועו. ומעתה איסור שבועה ונדר גורמים שלא יוכל לתבועו ודמי לאיסור שבת ויום טוב". תוכן דבריו שם לחלק בין היכא שיש חיסרון בהלואה מצד עצמה שלא ניתנה ליתבע, שאינו בכלל לא יגוש, ובין היכא שההלואה מצד עצמה ניתנה ליתבע אלא דבר אחר מעכב, שהרי הוא בכלל לא יגוש, וס"ל שתנאי שלא לתבועו מועיל רק מכח נדר או שבועה, ומשום כך אין המניעה לתבועה בעצם ההלואה, והרי הוא ככלל חוב שלא ניתן לתבועו במוצאי שביעית, מאחר שהוא בין השמשות של ראש השנה. ומוכח מדבריו שא"א להתנות שיהיה הלוח חייב בדיני שמים והמלוה לא יוכל לתבועו, ואינו נחשב לתנאי שבממוק, שכתב שאין התנאי מועיל רק ע"י נדר ושבועה. ואין לומר שכוונת מהרי"ח דמיירי שלא התנה כן בשעת מתן מעות, שלשון הירושלמי המלוה את חברו ע"מ שלא לתבועו משמע שהתנה בשעת הלואה. ולכאורה ס"ל שזכות המלוה לתבוע בבי"ד אינה זכות ממנית, אלא כל אדם יכול לתבוע חברו בבי"ד, ואם בי"ד רואים שהנתבע לוח מן התובע והוא חייב, בי"ד מצווים לכופו הלוח לפרוע. בדומה לשיטת מהרי"ח א"י נמצא בתשרי מהר"ם רוטנבורג ח"ד סי' תלה שהאומר לא אתבעך אין זו מחילה אלא פיטומי מילי ויכול לתבועו. ובערך שי' סי' עג ס"ב אכן מפרש דעת מהר"ם רוטנבורג כדעת מהרי"ח א"י. וכעין זה בשו"ת הרמב"ם סי' תיט. אלא שיתכן שיש מקום לחלק בין לא אתבעך לנידון דידן שאפשר שתנאי בתחילת החיוב מועיל שלא יתחייב רק בדיני שמים, ורק פטור מדיני אדם אחר ההתחייבות אינו מועיל בלא קניין, ואף שהרווחת זמן מהני בלא קנין כדן מחילה, אף שאינו מוחל על כל הממוק, מכל מקום אפשר שהאומר שלא אתבעך אינו נחשב למקצת מחילה.

לוח העושה הסכם עם המלוה, או מוכר עם קונה, שלא יוכל לתבועו בבי"ד לדעת מהרי"ח א"י ומהרא"ל צינץ ובמקצוע בתורה) אין התנאי מחייב וכפיטומי מילי ויכול לתבועו בבי"ד, ולכאורה אף דעת הרמב"ם ומהר"ם רוטנבורג כן. ולפי הרדב"ז הר"י קורקוס והכסף משנה וגיודלי תרומה שהביאוהו והתומים, התנאי מחייב. ויתכן שדבריהם רק כשאמר בלשון על מנת שאפשר לפרש התנאי שאם יתבע המלוה יחזרו המעות להיות מתנה.

מחילה על כל לקויי בניה אינה מועילה

הנה לכאורה ניתן לפרש התנאי בשתי דרכים, א. שהקונה מחל על כל לקוי שיהיה בדירה, בודעו שאין אפשרות להוציא יותר ממה שהמוכר יתנדב לתת לו. ב. שהמוכר אכן התחייב בדיני שמים לשלם כל מה שדין תורה מחייב אותו, אך שולל מהקונה את הזכות לתבועו בבי"ד. והנה מחילה על כל לקויי בנייה שיהיו אינה מועילה. כמבואר בחרי"מ סי' רלב ס"ו: "כל הלוקח סתם, אינו לוקח אלא הדבר שלם מכל מום. ואם פירש המוכר ואמר על מנת שאין אתה חוזר עלי במום, הרי זה חוזר, עד שיפרש המום שיש בממכרו וימחול הלוקח, או עד שיאמר לו כל מום שימצא במקח זה הפוחת דמיו עד כך וכך קבלתי אותו, שהמוחל צריך לידע הדבר שמוחל לו בו ויפרש אותו". הרי לנו שא"א למחול על מומין מבלי לפרט אותם, וא"כ אין לנו דרך שיועיל התנאי אא"כ נאמר שמועיל תנאי לענין שלא יהיה החיוב רק בדיני שמים, ובתנאי כזה אפשר שמועיל מבלי לפרט המומין, כיון שאין הקונה מוחל על המומין, אלא שמאמין שהמוכר יתנהג איתו ביושר, ולא יצטרך להזמין לדין.

פי מהרי"ח א"י בירושלמי - המלוה על מנת שלא לתבועו מהני רק ע"י נדר ושבועה

והנה בירושלמי שביעית פ"י היא אמרינן המלוה את חברו ע"מ שלא לתבועו שביעית משמטת. וכן נפסק ברמב"ם הלכות שמיטה פ"ט ה"ט. והקשה מהרי"ח אור

1. במלוה שאמר ללוה לא אתבעך הביא בשו"ת מהר"ם ח"ב סי' נד סתירה בין שתי תשובות של מהר"ם מרוטנבורג אם הוי כלשון מחילה על הממוק או לא, עיי"ש ובח"ה סי' כב באריכות.
2. בשו"ע משמע שדין זה הוא אף בקרקעות. שדין זה נכתב כהמשך למה שנכתב בס"ג המוכר לחבירו קרקע או עבד או בהמה או שאר מטלטלים, ונמצא במקום מום שלא ידע בו הלוקח, מחזירו אפי' לאחר כמה שנים. אמנם יש כאן מקום עיון, לפי דברי נתיבות המשפט בס"י סק"ד שכתב שהדין שהקונה צריך לדעת על מה מוחל הוא רק באונאה שכן גזירת הכתוב, ומום ג"כ בכלל איסור אונאה, ולפי דבריו יש מקום לומר שבקרקעות שנתמעטו מאונאה, מועיל מחילה על מומין אף שלא נפרטו. אלא שבספר החינוך מצוה שלו וברמב"ן עה"ת פרשת בהר כתבו שאיסור אונאה הוא אף בקרקעות, ולא נתמעטו קרקעות רק מדין שתות ויותר משתות, והטעם לפי שיש מחילה בקרקעות אפי' ביותר משתות (ועיין מנחת חינוך שם שמדייק מן התוס' שחולקין על החינוך והרמב"ן, ועיין שיטה מקובצת ב"מ נז ע"א, ואכמ"ל). וא"כ לדברי הנתי' שאיסור אונאה הוא אף במומין, הרי שהאיסור קיים אף במום בקרקעות.

הפרת הבטחה שגרמה הפסדים לשני

ממך, ועשאו האומן, ואחר כך אינו רוצה לקחתו, והוא דבר שאם לא יקחנו מיד, יפסיד, חייב. " על פי תשובות הרא"ש אלו פסק בתשובות הגרע"א קמא סי' קלד בד"ה אולם, לגבי מוכרים שעל פי בקשת הלוקחים הביאו פירות למקום מסוים ואחר כך חזרו בהם הלוקחות, שהלוקחות חייבים לפצות את המוכרים על ההוצאות שהוציאו להביא את הפירות ממקום למקום. לכאורה היה נראה שהרא"ש חולק על הסברו של הרב המגיד בהרמב"ם שבמקום שהניזק התכוין להרויח המזיק לא חייב מדינא דגרמי. שהרי במקרה שאמר לאומן לעשות כלי, האומן עשה את הכלי משום שהתכוין להרויח ובכל זאת הרא"ש מחייב את מזמין הכלי כמזיק.

רע"א - הרא"ש אינו חולק על הרמב"ם:

אך הגרע"א שם כתב שיתכן לומר שגם הרמב"ם וגם הראב"ד יודו שבמקום שאמר לחבירו במפורש להוציא כספים חייב אפילו כשבא להרויח ומחלוקתם היא רק במקרה שלא אמר במפורש להוציא, רק שהיה עליו לדעת שמסתמא הלה יוציא הוצאות, שדעת הראב"ד שפטור ודעת הרמב"ם שכיון שלא בא להרויח לא דמי לזרעוני גינה וחייב. לפי זה יתכן והרא"ש לא נחלק כלל עם הרמב"ם והראב"ד שהרי הוא מיידי במקום שאמר במפורש להוציא הוצאות ולכן חייב אפילו שבא להרויח. בנדון שלפנינו - לא מיבעיא לדעת הראב"ד פטור אלא אפילו לדעת הרמב"ם פטור מדינא דגרמי כיון שהלה בא להרויח. לדעת רע"א אפילו הרא"ש יפטור בנדון דידן כיון שלא אמר להדיא לחבירו להוציא הוצאות.

המקנה מיישב את קושיית הראב"ד מזרעוני גינה:

המקנה בהלכות קידושין סי' נ' מיישב את שיטת הרמב"ם ששאני מוכר זרעוני גינה שהקונה לא היה חייב לזרוע את הזרעים ואיהו דאזיק אנפשיה שלא היה לו לזרוע עד שידע בוודאות שהזרעים אכן מתאימים לזריעה. מה שאין כן במקרה בו עוסק הרמב"ם שמנהג המדינה שהמקדש אשה עושה סעודה לכל מרעיו ונחשב כמחויב בדבר שאי אפשר לו לשנות מהמנהג וצריך לעשות סעודה לפי כבודו ולכן האשה שבטלה את הנישואין נחשבת כמזיקה. על פי המקנה מיישב האמרי בינה דיינים כא' את דברי המהר"ק הובא במשנה למלך פרק ו' מהלכות זכיה שכתב שמי שהבטיח לחברו שישתדל בעדו באיזה ענין ועל סמך הבטחה זו הוציא הלה הוצאות, ולבסוף זה שהבטיח חזר בו ואינו מוכן להשתדל בחינם ופסק המהר"ק שהמוציא אפסיד אנפשיה דהוה ליה למיסק אדעתיה שאולי יחזור בו. לפי זה, בנדון דידן הלא אותו שכן שפעל בעירייה לשנות את התב"ע של הבנין לא היה מוכרח להרחיב את דירתו והיה לו לחשוש ששכינו יחזור בו מהסכמתו ולכן הוא אינו זכאי לכיסוי הוצאותיו.

חיוב אדם שביטל את התחייבות וגרם בכך

נזק מ'דין ערב'

האמרי בינה הלכות דיינים סי' כא מסביר את דברי הרמ"א שהבאתי, לגבי אדם שאמר שיבוא למקום מסוים לדון ולא בא שחייב לשלם את ההוצאות, שהחיוב איננו מדינא דגרמי אלא מדין ערב. כלומר, בהאי הגאה שחבירו סמך על הבטחתו שיבוא לדון ויצא לדרך הוא מתחייב שאם הוא לא יעמוד בדיבורו יהיה עליו לשאת בהוצאות. האמרי בינה מדייק כן מלשון המרדכי שהוא המקור לדין 'לך ואני אבוא אחריו' שהרי כתב "דמצינו עוד דברים שמתחייב בלא קנין ומשמע מזה שכוונתו לחיוב ערב שמתחייב בלא קנין.

כעין זה מצאנו בריטב"א ב"מ דף עג ע"ב שכתב "...כיון שנתן לו מעותיו ליקח סחורתו ואלמלא הוא היה לוקח ע"י עצמו או ע"י אחרים אלא שזה הבטיחו שיקח לו וסמך עליו ונתן לו

הפנח בשמ"י

שאלה: שכן ביקש להרחיב את דירתו ולשם כך הוצרך לעשות תוכניות (שינוי תב"ע וכדו') ולקבל את הסכמת השכנים לתוספת. אחד השכנים, שבשעת מעשה חתם והביע את הסכמתו לתוספת הבניה, לאחר זמן חזר בו. התובע טוען שעקב ביטול ההסכמה נגרמו לו נזקים (שכר האדריכל וכו') ולעומתו טוען הנתבע זכותו לחזור בי. הצדק עם מי.

תשובה:

יש לדון בשאלה זו משני היבטים:

א. דינא דגרמי - היות ולתובע נגרם נזק בגלל הסכמת הנתבע לתוספת הבניה, הנתבע חייב לפצותו כדין מזיק ב'גרמי'.

ב. דין ערב - בגלל ההנאה שיש לנתבע בכך שהתובע סומך עליו ומוציא הוצאות על פי חתימתו הוא מתחייב לשלם את ההוצאות אם יחזור בו. חיוב זה נלמד מ'דין ערב', שאדם שאומר לחבירו להלוות כסף לאדם שלישי חייב מדין ערב בהנאה הזו שהמלוה הוציא כסף על פיו. נראה, כי בנדון דידן הנתבע פטור גם מדין ערב וגם מדינא דגרמי.

דינא דגרמי באדם שהפר הבטחה:

מקור לחיוב שכזה בדברי הרמ"א:

כתב הרמ"א בס' יד סעיף ה' מי שאמר לחבירו שילכו לדון במקום אחר, ואמר לו: לך ואני אבוא אחריו, והלך, והשני לא הלך אחריו, צריך לשלם לזה שהלך כל יציאותיו. וביאור הגר"א שם, מסביר שהחיוב הוא מדינא דגרמי. ע"פ דברי הרמ"א כתב הנודע ביהודה אבה"ע תניא סי' צ' לחייב בהוצאות נסיעה את הבעל שהבטיח ליתן גט לאשתו, והאשה הוציאה הוצאות להגיע למקום הבעל, והבעל חזר בו ולא גירשה. וכן כתב החוות יאיר בס' קסח במי שכתב לחבירו שיבא עם בנו החתן וקבע לו זמן חתונה יום פלוני וחבירו השיבו שיהי' כן ושיבא ולא בא וזה הוציא הוצאות החתונה שאם אין לחבירו התנצלות מספיק שנאנס חיוב לשלם לו היזקו.

מחלוקת הראב"ד והרמב"ם באשה שעמדה להינשא

והחליטה שלא להינשא:

כתב הרמב"ם בהלכות זכיה ומתנה פ"ו הכ"ד "הורו רבותי שאם היה מנהג המדינה שיעשה כל אדם (שמתחתן) סעודה ויאכיל לרעייו או יחלק מעות לשמשין ולחזנין וכיוצא בהן ועשה כדרך שעושין כל העם וחזרה (הכלה מהסכמתה לנישואין) בה משלמת הכל, שהרי גרמה לו לאבד ממון וכל הגורם לאבד ממון חבירו משלם..." הראב"ד שם משיג על הרמב"ם וכותב "איני משוה עם רבותיו בזה, וזאת הגרמה דומה (למוכר) לזרעוני גנה ולא צמחו שאינו משלם לו ההוצאה, וכללו של דבר אבוד ממון שבעל הממון עושה אותו אע"פ שגרם לו זה פטור." הרב המגיד שם מיישב קושיית הראב"ד מזרעוני גינה וכותב "ויש לתרץ שאינו דומה לזריעה, ששם היה מוציא בהן הוצאות כדי להרויח בהן ולפיכך אינו בדין שישלם זה מה שהוציא כדי להרויח אבל כאן לא היתה כוונתו להשתכר בדבר אלא להתנהג במנהג העיר וכיון שהוא נסמך עליה והיא חזרה בה בדין הוא שתשלם."

לכאורה נראה שהרא"ש חולק על המגיד משנה:

כתב הרא"ש, הובא בטור חו"מ סי' לט, שאם אדם הבטיח לחבירו שילוה לו כסף ובקשו להכין לו שטר והלווה הוציא הוצאות להכין את השטר והמלווה חזר בו והחליט שלא להלוות חייב מדינא דגרמי על הנזקים שנגרמו ללווה. עוד כתב הרא"ש בתשובה שהובאה להלכה בחו"מ סי' שלג סעיף ח "אמר לאומן: עשה לי דבר פלוני ואקחנו

פ"י מהר"י קורקוס - המלוה על מנת שלא לתובעו חייב הלוה לצאת ידי שמים אמנם בכסף משנה בהלכות שמיטה שם כתב על דברי הרמב"ם וז"ל: "וכתב הר"י קורקוס וז"ל גיל טעם הדבר שאע"פ שאינו יכול לנגוש אותו כיון שהחוב מוטל עליו והוא חייב לפרוע בכל עת לצאת ידי שמים גם אם יתפוס המלוה משל הלוה יכול ליקח אותו בחובו קרינן ביה לא יגוש ולא דמי לקובע זמן שאין עליו שום חיוב בתוך הזמן". ובדומה לזה כתב הרדב"ז שם וז"ל: "גיל טעמא דאע"ג שלא יתבענו כל שעה שהוא רואה אותו הרי הוא נגוש מעצמו, ומדבריהם נראה שהתנאי ע"מ שלא לתובעו חל, ואף על פי כן שביעית משמטת.

אלא שדבריהם נראים כסותרים לכאורה סוגיא מפורשת, שבשבת דף קמח ע"ב מבואר שיטת רב יוסף שהמלוה לחברו אוכלין ביום טוב אינו יכול לתבוע את הלוה בב"מ אפי' אחר יו"ט, מתקנת חכמים, כדי שלא ילוו לרק למי שמאמינים אותו, שלא יבואו לכתוב שטר ביו"ט. ואעפ"כ הלוה חייב לפרוע בדיני שמים, ואם אינו פורע, המלוה יכול להערים על הלוה לקחת ממנו חפץ בהשאלה, ואח"כ לתפוס החפץ כנגד החוב. עוד מביאר שם בגמ' (לפי גירסת הרמב"ן, הרשב"א, הריטב"א וחידושי הר"ן ודלא כרש"י) שאין שביעית משמטת הלוהות יו"ט דלא קרינא ביה י"א יגוש, כיון שאין המלוה יכול לתבוע את הלוה בב"מ. וא"כ אם נאמר שהמלוה ע"מ שלא יתבענו אין המלוה יכול לתבוע בב"מ, לא היתה שביעית יכולה לשמט את החוב.

גירסת התומים בירושלמי - ע"מ שלא לתובעו בשביעית

אמנם בפאת השלחן סי' כט סקמ"ו מיישב דעת הרמב"ם ע"פ גירסת רש"י בסוגיא דשבת, עיי"ש, שאין הוכחה מהגמ' שהלוהות יו"ט אינו בכלל י"א יגוש, וס"ל להרמב"ם שחוב שחייב הלוה לצאת ידי שמים הרי הוא בכלל י"א יגוש. אבל התומים בס"י סז סק"ב ובסקט"ז הקשה על גירסת הכס"מ ור"י קורקוס מסוגיא דשבת, וכתב שאין הרמב"ם יכול לפרש כפי רש"י. עיין שם. ומתרג' ע"פ גירסת ספר התרומות שער מה ח"א דין ח' "התנה עמו שלא יתבענו שביעית שביעית משמט", ומפרש התומים שהתנאי הוא שלא יתבענו בשנה שביעית, ואו שביעית משמטת כיון שיכול לתבוע אחר שביעית, אבל התנה שלא יתבענו כלל אין שביעית משמטת. ודברי התומים צ"ע שהרי המלוה ל"י שנים אין שביעית משמטת, וצ"ל שכיון שיכול לתבוע אחר שביעית ואף בשביעית מהני תפיסה, קרינן לא יגוש. ועיין בגדולי תרומה שם ובפאת השלחן שם שלא היתה לבעה"ז גירסא אחרת.

מקצוע בתורה: תנאי שלא לתובעו לא מהני כלל ובמקצוע בתורה סי' סז סק"א כתב ליישב קושיית התומים מסוגיא דשבת, שתפיסת משכון ברשות

הלוה לאו שמייה נגישה, ואתי שפ"ר דהפ"א בשבת, שבהלוהות יו"ט לא הותרה רק תפיסה ברשות הלוה. אלא שבתנאי שלא יתבענו אמרינן שדינו כאילו התנה המלוה שיוכל למשכן הלוה שלא ברשות ונתנאי כזה מהני כמבואר שם בס"י סא, דלא שדי איגוש וזו בכדי, ובדאי היתה דעת המלוה שיוכל לתפוס שלא ברשות, ותפיסה כזו שמה נגישה. ותירוץ זו צ"ע שא"כ אף בהלוהות יו"ט כל שידע המלוה שהלוהות יו"ט לא ניתנה ליתבע, נימא לא שדי וזו בכדי, וכאילו התנה שיוכל לתפוס. עוד כתב שם לולי דברי הכ"מ ור"י קורקוס, שתנאי שלא לתבוע לא מהני כלל ויכול המלוה לחזור בו, גם יוכל למסור דבריו לב"מ והם יכפו את הלוה מצד כופין על המצוות, וכן יוכלו בע"מ של המלוה לתבוע לזה דלוה מצד שעדר"ג. ודבריו כעין דברי מהר"ח א"ו, שתנאי שלא יתבענו אינו מועיל. ויתכן לומר שאף להר"י קורקוס ודעימיה לא מהני תנאי שלא לתבוע בתורת שיוור, שיהיה הלוה חייב בדיני שמים ולא בדיני אדם, אלא שיש לפרש כוונתם דמהני ע"מ שלא לתבוע בתורת תנאי, שאם תבע המלוה את הלוה חוזרים המעות להיות מתנה.

תנאי שלא לתבוע בשטרי בורות

בקשר לנידון דין יש להזכיר תנאי שלא לתבוע, המצוי ביותר בבוררים אשר חוששים שבעלי הדין - אשר לא יהיו מרוצים מן הפסק - יתבעו אותם על שטעו בדין ושיחזרו בהם או על טענת עיוות הדין, ומכניסים סעף בשטר הבוררות שבעלי הדין אינם רשאים לתבעם בב"מ או בב"מ"ש. אך בשטר בורות ודאי שהתנאי בטל, אף לסוברים שלוה יכול להתנות שלא יתבענו המלוה. שהרי אף מחילה אינה מועלת בחיוב שלא בא לעולם וכמבואר בחי"מ סי' רט ס"ד, וחיוב הבורר כדן מוזק בגרמי הוא רק בפסק הדין. וכל שכן שאין מועיל תנאי שלא לתבוע בב"מ על נזק שיהיה בעתיד, שהרי אין חיוב מוזק תלוי בהתחייבות המוזק אלא חיוב התורה הוא. וכן אין מועיל שיתחייבו בעלי הדין ע"י קנין סודר שלא לתבוע הבוררים, דהוי קנין דברים. ורק תנאי לפטור הדין מאחריות אם יטעה בשיקול הדעת, או בדבר משנה ולא יתאפשר להחזיר הדין, מועיל מדין קרע כסותי והפטר, וכמבואר בקצה"ח סי' כה סק"י, והיינו שבעל הדין מבקש מן הדין לפסוק אף אם קיים חשש שיצא נזק בלתי הפך מן הפסק, וממילא הדין פטור מאחריות על נזק בלתי הפך שנוצר ע"י פסק הדין שפסק ברשות. אך אם בעל הדין טוען שהבורר טעה טעות בדבר משנה, דלא אמרינן קם דינא, ותובע שהבורר יחזור מדבריו, לא שייך לפטור הבורר מדין קרע כסותי והפטר, שהרי אף בקרע כסותי אם בעל הכסות חוזר בו לפני הקריעה או באמצע הקריעה, ודורש שלא יקרע יותר, והקורע המשך לקרוע, יהיה הקורע חייב על מה שקרע שלא ברשות. וכ"ש אם הבעל דין טוען שהיה עיוות הדין ממזד ח"י, שאין הבורר יכול להפטר מדין קרע כסותי

8. נחלקו הראשונים אם העובר במזיד חייב להחזיר את מה שקנה²³. והכרעת הפוסקים שאינו חייב להחזירו²⁴. יש מצדדים שאפילו אם החזיר אינו יוצא מכלל רשע אם לא עשה תשובה²⁵.

9. מצד מידת חסידות ראוי למי שעבר בשוגג על האיסור למוכרו בחזרה למוכר²⁶. ויש סוברים שחייב

להחזיר המקח מן הדין, ואם לא החזירו אחר שנודע לו שעבר על עני המהפך, מעתה הרי הוא נחשב לרשע, אבל סתימת הפוסקים אינו כן²⁷.

10. הגם שאין מחייבים את הקונה למכור בחזרה, אם יש אפשרות לבית דין למנוע הקונה מלקנות מחוייבים הם לעשות כן²⁸.

22. כן כתב המהרש"ם במשפט שלום בריש סי' רלז, יש לו שתי הוכחות ובשתיים יש להתיישב. הוכחה א' היא מהגהות מיימוניות שם שמדמה דין מרים יד על חברו שנקרא רשע לדין 'עני המהפך', שאף המרים יד מכריזין עליו, בא ללמד ונמצא למד, שמרים יד נפסק בשו"ע סי' לד ס"ד שהוא נפסל לעדות. אמנם אינו מוכרח כי ההגהות מיי' לא חידש כלל שכל מי שנקרא רשע פסול לעדות, ואפשר שרק מרים יד שתוארו רשע נלמד מפסוק בתורה 'רשע למה תכה רעך', משא"כ 'עני המהפך' לא מצאנו שנקרא 'רשע' בתורה, ואין לדמות שניהם לכל דבר. ההוכחה השניה היא מתשובת מהר"ם (דפוס לבוב) סי' שה (הובאה בבי" סי' שפו מחודש ב וברמ"א סוף סי' ג וסמ"ע שם סק"ג) שכתב בשם ראב"ן על מקרה של עני המהפך שהוא פסול לעדות. אמנם גם הוכחה הזאת ניתן לדחות, כי המקרה בתשובת מהר"ם הוא באחד שהלוח כסף לגוי, כדי שהגוי יוכל להחזיר חובו ליהודי אחר, ונמצא שע"י ההלואה של השני מפסיד הראשון הרבית שהיה מרוויח עד עכשיו מן הגוי וא"כ אינו רק 'עני המהפך' אלא פסק לחיותיה של מי שהיה מרוויח כבר. וכן כתב בתשו' מהר"ם עצמו שהוא יותר גרוע מעני המהפך ולכן אין ראייה מזה לעני המהפך הרגיל שהוא נפסל לעדות. אמנם בראנ"ח (סוף סימן קכ"ה) גם משמע שלמד מהגהות מיימוניות הנ"ל שעני המהפך נפסל לעדות ולשבועה. יש לציין משמעות הפתחי תשובה בסי' לד סק"ז שכל שקראוהו רבנן 'רשע' פסול לעדות, וא"כ אין צריך לראיות המהרש"ם. 23. הרמב"ן בבי" דף נד ע"ב ד"ה נכסי הכותי וריטב"א בקידושין דף נט ד"ה הא דאמרין מביאים שרבינו תם סובר שהיות שקראוהו חז"ל רשע חייב להחזיר מה שקנה, והם חלקו עליו. 24. הרמב"ן והריטב"א הנ"ל הביאו ראייה נגד ר"ת מהא דרבי אבא שקנה בשוגג קרקע שרב גידל חזר לקנותו, וסירב למכור את הקרקע בחזרה משום שאינו סימן טוב למכור קרקע ואשון, ואם כר"ת שהוא חייב להחזירה מן הדין אין חזרת הקרקע נחשבת למכירה, כיון שחייב להחזירו על כרחו. וכן תמה המהרש"ל בתשו' הנ"ל על ר"ת והביא שהמהרי"ק בסי' קלב פסק בפשיטות שלא כר"ת, וכן פסק המשא"ת בנימין בסי' כז, והביאו ראייה מהא דמכריזין עליו שהוא רשע, ולפי ר"ת שחייב להחזיר, לא היו מכריזין עליו דלא קטלינן בתרי קטלי. והראיה מהא דרבי אבא שסירב למכור דחה השארית יוסף בסי' יז (ועוד אחרונים) ששאני ר' אבא שהיה שוגג והיה פטור מלהחזיר אפילו לר"ת. 25. כ"כ בשו"ת חמדת שלמה שם. טעמו שכיון שאינו חייב להחזיר, אם כן החזרה הוי מתנה בעלמא, ואינו מתקן האיסור, וחייב לעשות תשובה לתקן האיסור. ואם אינו עושה תשובה ומחזיר רק כדי להינצל מן הבושה שקוראים אותו רשע, לא הועיל כלום. וכן כתב בערך שי ריש סי' רלז. 26. בגמ' קידושין שם, אחרי שר' אבא התנצל שלא ידע שרב גידל מחזר לקנותו, אמר לו ר' יצחק נפחא שימכור את הקרקע. וכן כתב המאירי שם שראוי למוכרו למחזר הראשון. והחמדת שלמה בתשו' הנ"ל והעררה"ש בסעיף ב' פסקו שיש למכור ממידת חסידות. ובספר הערות להגר"ש אלישיב שליט"א על קידושין שם כתב שר' יצחק נפחא אמר למוכרו ממידת חסידות, וכתב שם שהיום שאנשים אינם רגילים לדור באותה דירה כל ימי חייהם, אין סימן רע למכור הקרקע הראשון שלו, ועיי"ש עוד נפקא מינה לענין נזקי שכנים שיוצא ממנהג זה שנשטנה היום. 27. הראנ"ח בסוף סי' קכה (והובאו דבריו בכנסת הגדולה הגה"ט ס"ק יט) סובר שמה שאמר ר' יצחק נפחא לר' אבא שימכור את הקרקע אחרי שנודע לו שרב גידל היה מחזר לקנותו הוא מדינא, דנהי שהיה שוגג מתחילה, אבל אחרי שנודע לו הוא צריך למוכרו בחזרה. שאר הפוסקים שכתבו שאינו אלא מידת חסידות חולקים עליו, שהרי לפי דבריו חייבים למוכרו. גם במשפט שלום בסק"א מביא שבזכור לאברהם מובא בשם גאון אחד שחולק על הראנ"ח. לכאורה קשה על הראנ"ח מה שהקשו הרמב"ן והריטב"א על ר"ת, שאם חייב ר' אבא להחזיר מן הדין, אמאי חשש שאינו סימן טוב. ויש ליישב שדעת הראנ"ח בשוגג אינו כשיטת ר"ת, שלדעת ר"ת חייב להחזירו בלי לעשות קניין לשם מכירה, ועל כן הקשו עליו שאם אין מכירה אמאי חשש שאינו סימן טוב, מה שאין כן לפי הראנ"ח חייב למוכרו, ושפיר טען ר' אבא שאם ימכור בחזרה לא יהיה סימן טוב. יש לציין דעת המאירי שאם המחזר הראשון עני והשני קנאו במזיד הרי הוא רשע עד שיחזירו. 28. כן כתב המהרש"ם בסי' רנ"ט מסברא דכיון שנקרא רשע פשיטא שיש לבייד למנועו מלעשות מעשה עבירה.

מעותיו על דעת כן הרי הוא חייב לשלם לו מה שהפסיד בהבטחתו דבהיא הנאה דסמיך עליה ונותן לו ממונו משתעבד ליה משום ערב. וזה ענין שכירות פועלים דבפרקין דלקמן שחייבין לשלם לבעה"ב מה שמפסיד כשחזרו בהן או שבעה"ב חייב לשלם להם מה שמפסידין דכיון שסמכו זה על זה נתחייבו זה לזה במה שיפסידו על פיו, וזה דין גדול.²⁹

אמנם הנחלת צבי (לבעל הפת"ש) סי' רצב האריך לדון האם קיימא לן כשיטת הריטב"א. אך אפשר לומר שגם החולקים על הריטב"א מסכימים שבאופן שהוציא הוצאות על פיו חייב ורק בגוונא שלא הוציא הוצאות, רק מנע את עצמו מלהרויח, סוברים החולקים על הריטב"א שאין לחייבו מדין ערב.

אמנם בנתיבות המשפט סי' ר סעיף יג כתב שאם נתן כסף לחבירו לקנות עבורו סחורה והנותן הוציא הוצאות כי סמך כל כך שחבירו אכן יקנה עבורו את הסחורה והלה לא קנה השליח חייב מדינא דגרמי ומשמע שמדין ערבות אין חיוב.

אמנם נראה שגם מדין ערבות אין לחייב בנדון שלפנינו כיון שאין לשכ"ן שום הנאה בזה שחבירו עושה שינוי תב"ע ולא דמי לערב שערב נהנה, שהרי אין שום הנאה למלוה בהלואה שראוי לו לקחת סיכון, ואינו מלוה רק ע"פ הבטחת הלוה, ובהאי הנאה שיוצא ממון על פיו - מבלי שהמוציא נהנה - משתעבד. מה שאין כן בנידון דידן העושה שינוי תב"ע נהנה מכך, וראוי לו ליטול על עצמו סיכונים, ואין הנאה לשכ"ן מכך שמוציא ממון על פיו, שגם אם העושה שינוי תב"ע אינו סומך עליו לגמרי הרי הוא מוכן להסתכן ולהוציא ממון. וכן אינו דומה ל"לך ואבוא אחריך" ששניהם צריכים לסדר ביניהם את הסכסוך ביניהם על פי דין תורה ויש לכל אחד מהם הנאה אישית ממה שחבירו מסתמך עליו, וממילא ההבטחה ש"לך ואבוא אחריך" מחייבת.