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

גליון חודש כסלו ה'תשע"ט | 107

פסקי דינים

הרב יוסף פליישמן שליט"א

שכירות פועלים 10
מתי המנהג קובע את ההלכה בשכירות פועלים

עיקר דין מנהג

1. כל הסכם ממוני בין כמה צדדים, ובכלל זה גם הסכמי עבודה בין מעסיק לפועל, נעשה על דעת שההתחייבויות ההדדיות הן על פי מנהג המדינה[1], גם אם המנהג נקבע ע"י הציבור ולא ע"י תלמידי חכמים[2], ואפילו אם המנהג נקבע ע"י גוים[3], ובפרט אם המנהג אינו סותר את ההלכה (ובדין מנהג שנוגד את ההלכה, נרחיב בעז"ה בעלון הבא). ולכן, כל עוד לא סוכם בין הצדדים במפורש אחרת[4], הם חייבים לנהוג כפי המנהג. וטעם הדין, שחז"ל שיערו שמן הסתם דעת הצדדים היא להתחייב כפי המקובל, ולכן כל שלא פירשו אחרת, כאילו סוכם ביניהם במפורש שההסכם כפוף למנהג המדינה[5].

ציונים והערות

1. מקור הדין הוא במשנה (ב"מ פג, א) "השוכר את הפועלים ואמר להם להשכים ולהעריב, מקום שנהגו שלא להשכים ושלא להעריב, אינו רשאי לכופן. מקום שנהגו לזון, יזון. לספק במתיקה, יספק. **הכל כמנהג המדינה**". הירושלמי (ז, א) הוסיף על משנה זו "זאת אומרת המנהג מבטל את ההלכה", ומזה נלמד שהדין אינו מיוחד בשכירות פועלים, אלא כל הסכם ממוני כפוף למנהג המדינה. וכ"כ בהדיא האו"ז (סי' רעט), שאחר שהביא את המשנה הנ"ל ועוד הרבה גמרות בעניין מנהג המדינה, קבע וסיכם: "מכל אלו שמעינן ד**הולכין בממון** אחר מנהג המקום". וכ"כ הרמב"ם (מכירה כו, ח) "זה עיקר גדול, בכל דברי משא ומתן הולכין אחר לשון בני אדם באותו המקום ואחר המנהג", וכ"כ עוד (מכירה טו, ה) לגבי מקח טעות שהמנהג קובע, וז"ל: "כל שהסכימו עליו בני המדינה שהוא מום שמחזיר בו מקח זה, מחזירין, וכל שהסכימו עליו שאינו מום, הרי זה אינו מחזיר בו אלא אם פירש, **שכל הנושא ונותן סתם על מנהג המדינה הוא סומך**", ודבריו נפסקו בשו"ע (רלב, ה) בלי חולק. וכן הוא באג"מ (חו"מ א, עה) שהשווה זה שהמנהג קובע בשכירות פועלים לזה שהמנהג קובע בכל משא ומתן, וכ"כ הפת"ח (ז, הערה יז) שאין הבדל בין שכירות פועלים לשאר הסכם ממוני.

2. וז"ל האג"מ (שם): "ואין חלוק בין אם נעשה המנהג ע"פ חכמי העיר או נהגו מעצמן... דסתם שכירות הוא אדעתא דמנהג, ולא דמי כלל למנהגים אחרים שהם עניני קנסות והתחייבות כאלו שלא היה מהני גם התנו מעצם הדין, לכן צריך שיהיה נעשה ע"פ חכם, אבל מנהגים כאלו שאם היו מתנים היה מהני מעצם הדין, גם המנהג הוא עצם הדין ממש דהוי כהתנו".

3. כן הביא השדי חמד (מערכת המ"מ סי' ריז) מהמריק"ש "כל דבר שאין דינו מפורש אצלנו ואין לנו מנהג ידוע, הולכין אחר הנהגת העכו"ם". וכן מוכח מדברי האג"מ שמובא להלן (הערה 14), וכן בתשובה אחרת (א, עב) הוא דן דיני מנהג במקרה שהיה מנהג של גוים. וכן כתבנו בגליון 35 דין 2 לעניין מק"ט, וכבר כתבנו שלגבי דין המנהגים שווים דיני מק"ט לשכירות פועלים.

4. כך הביאו הראשונים בשם רבינו חננאל (הובא באו"ז סי' רעח, והגה"ה על הרא"ש סי' א) על המשנה הנ"ל, שמדובר כשלא התנו בפי' אחרת, וז"ל: "פר"ח זצ"ל, השוכר את הפועלים **סתם** ואחר כך אמר להם, וכן פי' הר' רבינו יצחק זצ"ל, וכגון **ששכרן סתם**, אבל אם התנה עמהם הכל לפי תנאו". והדין מוסכם אצל כל הפוסקים.

5. הרשב"א (ו, רנד) כתב לעניין נישואין וז"ל: "כל דבר שבממון תנאו קיים... ומוסיף אני על זה, שבכ"מ שנהגו להתנות ולעשות כזה תנאי, אפי' הנושאים שם סתם, גובין מהם אם מתה בלא בנים, **שכל הנושא סתם ע"ד הנוהג שם בישראל נושא**", והיינו שאם יש מנהג, דעתם של הצדדים הוא לנהוג עפ"י המנהג. וכן כתב במקו"א (ב, רסח): "ואפילו בלא תנאי מפורש ובלא הסכמה, דמאחר שפשט הענין כן ביניהם, **כל העושה שם סתם על דרך המנהג הפושט הוא עושה**, ואף על פי שלא כתב ולא התנה הרי הוא כמתנה". וכ"כ בשו"ת הרא"ש (סד, ד) לעניין שמיטת כספים: "ומצאתי התנצלות לעצמי על שמטת ידי עצמי שאיני מתעורר לבטל מנהגם, ואומר אני דאפשר כיון שפשט המנהג שלא להשמט **והכל יודעים**, הוה ליה כאלו התנה המלוה ע"מ שלא תשמטנו שביעית". וכ"כ בשו"ת ר"א מזרחי (סי' טז): "דשאני התם דאיכא **מנהג' ידועה** וברורה ופשוטא לכל בני מתא, והיכא דאיכא מנהגא כי האי גוונא, לא בעינן לא תנאה ולא גלוי דעתא, לא קודם מעשה ולא בשעת מעשה, **דאנן סהדי דאדעתא דהכי** יהבינהו ניהליה ואדעתא דהכי קבלינהו מינייהו, וכן כתב הרמב"ם ז"ל בפרק שביעי מהלכות זכייה ומתנה גבי שושבינות חוזרת, **שזה כמו תנאי היא אף על פי שלא פירש שעל דעת זה שלחם**". וכ"כ הריב"ש (סי' תעה): "ואם יש בעיר מנהג

בית הדין "נתיבות חיים" בארה"ק

שע"י כולל חו"מ 'אהל יוסף' • בנשיאות הגאון רבי נפתלי נוסבוים שליט"א

בס"ד בית הדין מרחיב את פעילותו ברחבי ארה"ק

ירושלים

בראשות הרבנים הגאונים:

רבי נפתלי נוסבוים
רבי יצחק שובקס
רבי אברהם דרבמדיקר
רבי אברהם בוטרמן
רבי יעקב פרבשטיין
רבי צבי ברוומן
רבי יוסף פליישמן

בית שמש

בראשות הרבנים הגאונים:

רבי שלמה שלזינגר • רבי אברהם בוטרמן

תל ציון

בראשות הרב הגאון רבי א. דויטש

איזור הקריות

בראשות הרב הגאון רבי אברהם בוטרמן

ניתן להזמין דיונים בפל': 052-7642-346 או בטל: 02-502-3637 (בשעות 20:00-18:30)

עלון המשפט

פסקי דינים

שכירות פועלים 10
מנהג הקובע בשכירות פועלים

תורת המשפט

זכיה בעיתון שהונח בתיבת דואר או מחוצה לה

יו"ל ע"י "מכון מענה שמחה" בעריכת הר"ר שלום רוטמן

© כל הזכויות שמורות.

לתגובות והערות:
maanesimcha@gmail.com

הצורך בידיעת הצדדים מהמנהג

2. כיון שהטעם שהמנהג מחייב הוא בגלל שהצדדים התחייבו על דעת זה, לכן אין המנהג מחייב אלא אם שני הצדדים ידעו ממנו[6] אפילו אם המנהג אינו נגד הדין[7], ולכן אם אחד מהצדדים יכול להוכיח שלא ידע מהמנהג, אין המנהג מחייבו.

3. ולענין באיזה אופנים יכול אחד מהצדדים לטעון שלא ידע מהמנהג, הדין תלוי: אם מדובר במנהג שכיח, או שהמנהג פורסם בדרך כל שהיא, אזי אף אחד מהצדדים אינו יכול לטעון שלא ידע מהמנהג, ומי שטוען כך צריך להוכיח כדבריו. ואם המנהג אינו שכיח ואינו מפורסם, יכול כל צד לטעון שלא ידע מהמנהג, וכדי לחייב עפ"י המנהג יצטרך השני להוכיח ששניהם ידעו מהמנהג[8], [ודי בזה שידע מהמנהג כדי לחייבו על פיו אף שהמנהג אינו שכיח[9]].

ציונים והערות

שפורעין גם החזנין גם זה, **על דעת כן נכנס**, דאם לא כן הי' לו להתנות".
וכ"כ הסמ"ע (שכח, ב): "כיוצא בזה כתבו הטור והמחבר לעיל ריש סימן [ס"א וסוף סימן] מ"ב, והטעם דכיון דרגילין לכתוב כן, כל המקבל סתם על דעת הנהוג מקבל".
וכ"כ החזו"א (ב"ב ה, ה ד"ה ירו') "לענין להשכים ולהעריב לא שייך לומר מנהג מבטל הלכה, שהרי עפ"י הלכה כל תנאי שבממון קיים, ובשעה שבה"ב שוכר את הפועל ע"מ שיתנהג כמנהג המדינה הוא נשכר", וזה דומה מאוד למש"כ הרמב"ם לעניין מק"ט, שזה עצמו אחד מן התנאים שכל דבר נקבע עפ"י מנהג המדינה, וכן הבין ופסק האג"מ (שם) וז"ל: "אבל מנהגים כאלו שאם היו מתנים היה מהני מעצם הדין, גם המנהג הוא עצם הדין ממש **דהוי כהתנו**".

6. ז"ל הריב"ש (תשו' תעז) "וכל שיש חק קבוע בעיר ומוסכם מן הקהל שכל הבאים מחוץ לעיר לקבוע דירתם בעיר יהיו חייבים בחובות הקהל הקדומים, בזה י"ל שכל הבא לשם בא על דעת הסכמת הקהל וחקם, וידע ומחיל, **כל שיראה לב"ד שנודע אליו החק והתקנה**, אבל אם לא נודע אליו וכשידע זה רצה לצאת מן העיר, נראה שאין כח ביד הקהל לחייבו, שמאחר שאינו מחוייב מן הדין אלא מכח הסכמתם, **כל שלא ידע זה אין ראוי לחייבו דהא לא ידע דמחיל**, אבל אם אין תקנה וחק קבוע בקהל מצד הסכמת הקהל אלא מנהג לבד, נראה שהמנהג הוא בלתי ישר וחוץ מן הדין", ומבואר שאפילו דבר שאינו סתם מנהג אלא המנהג נובע מתקנת חכמי העיר, מ"מ אם מישהו לא ידע ממנו א"א לחייבו עפי"ז. גם בתשו' נוספת (סי' תעה) הצריך מנהג ידוע ומפורסם כדי שייחשב מנהג, וכן כתב בתשו' אחרת (סי' שצב) לעניין מנהג לגבות כתובה ממטלטלים של יתומים, ודבריו הובאו בש"ך (מב, לו), שאם יש מנהג המקום שכותבים תנאי כזה בכל שטר, אפילו אם לא כתבו את התנאי הזה מ"מ זה נחשב כאילו כתבו את התנאי בשטר, וזה רק אם המתחייב ידע מהמנהג, אבל אם לא ידע לא אומרים שנחשב שנכתב התנאי, והש"ך למד שזה הפשט בשו"ע שם, וכ"כ גם האג"מ (שם) להסביר את השו"ע, ומוכח מזה שהמנהג אין לו כוח עצמי לחייב את הצדדים, והכוח שלו מותנה בזה שידעו מהמנהג. האג"מ גם למד שזה הפשט ברמב"ם (אישות טז, ז) ובתשו' השנייה של הריב"ש (סי' שצב) שהבאנו, וכך הוא גם בגר"א (ס"ק לט) שכתב "דעת הרמב"ם דוקא **שידוע המנהג לכל**... כמ"ש בה' אישות, ועש"ך", וכן הבין הערך שי בדבריו, ובזה ביאר (עמ' קכג, א) את הירו' המובא בב"י (סי' שלא) בעניין מנהג אנשי טבריא ואנשי בית מרון (גם הריב"ש בתשו' תעה ביאר את הירו' הזה).

7. כתבנו כן לאפוקי ממה שחידש בשו"ת בצל החכמה (ג, כט), שרק במנהג שהוא נגד הדין צריך שידעו ממנו, אבל אם המנהג אינו נגד הדין אפשר לחייב על פיו אפילו אם לא ידעו ממנו. הבצל החכמה חידש כך גם מכוח ראיה וגם מכוח סברא, וכלהלן.
הראיה שהביא הוא מהריב"ש, שהנה בשתי התשובות הנ"ל התנה הריב"ש להדיא שא"א לחייב עפ"י המנהג אלא אם ידעו ממנו, אבל הבצל החכמה הביא תשו' שלישית (תעה) שבמקרה אחד שדן שם לא התנה כך הריב"ש, ולכן המציא כנ"ל, שרק במקום שהמנהג הוא נגד הדין צריך שידעו ממנו, כיון שלא היה לו להעלות בדעתו שיש מנהג שלא כפי הדין, משא"כ במקום שאין דין מיוחד איך לנהוג, כיון שהיה לו להעלות בדעתו שיש מנהג בזה, לכן המנהג מחייב אותו גם אם לא ידע ממנו. אמנם ראייתו אינה מוכחת כלל, כי בתחילת דבריו באותה תשובה כן כתב הריב"ש שצריך שהמתחייב עפ"י המנהג ידע מהמנהג, ורק אח"כ כשבא לפרש קטע מסוים בירושלמי לא חזר על תנאי זה, וזו אינה טענה, כיון שלא חזר לפרט שוב את כל הלכות מנהג אלא רק לפרש את הגמ'. יש לציין בנוסף, שכל אלו שהביאו את הדין - וביניהם הש"ך - שכדי שייחשב מנהג צריך שיהיה מנהג מפורסם, לא הזכירו שהיינו דווקא במנהג שהוא נגד הדין.
גם הסברא שכתב, שבמקום שאין דין איך לנהוג מוטל על הפועל לברר מה המנהג, דבר זה אינו מסתבר, כי בהרבה דברים אין שום מנהג קבוע וכל אחד נוהג אחרת, וכגון בזמנינו לעניין שעות העבודה, וא"כ מהיכי תיתי לדרוש מהפועל שהיה לו לחשוב בכל דבר אולי יש בזה מנהג ולברר אודותיו, וכן מוזכרות הנהגות אצל הפוסקים - וכמו המקום שפטרו את החזן לשלם מיסים - שאין סיבה להעלות על הדעת שיש כזה מנהג. אכן סברתו נכונה לעניין אם הפועל ידע בהדיא או שמפורסם שיש מנהג מסוים והוא לא חקר מהו בדיוק, שאז אפילו אם לא ידע מהמנהג, כיון שהיה לו לשאול לכן המנהג מחייב אותו, וכמו שכתבנו להלן דין 7 ובהערה שם מהמשפט הפועלים בשם הגר"נ נוסבוים. ולכן, לגבי מחיר של קבלן כגון חשמלאי או אינסטלטור וכדו', למש"כ להלן בדינים 6-5 שאפילו מנהג של יחיד נחשב מנהג, א"כ מי שמזמין חשמלאי והתברר לו אח"כ שיש לחשמלאי מחיר קבוע, לא יכול אח"כ לבוא בטענה שלא ידע כמה בדיוק החשמלאי לוקח לשעת עבודה, ביקור וכו', כיון שזה דבר רגיל שיש לכל חשמלאי או אינסטלטור וכו' מחירים קבועים, ולכן מי שמזמין אותו ולא מברר מחירים חייב לשלם לו מה שהוא רגיל לקחת אם יש ל מחיר קבוע. ועיין בזה בספר שפת תמים (להח"ח, פ"ה) שהמליץ מאוד לקבוע מחיר לפני התחלת המלאכה, וכתב שאחרת עלול המזמין לעבור על גזל ועושק שכר שכיר אם אינו משלם כנהוג.
בנוסף להנ"ל, נראה מוכח מהרמ"א (שלא, א) שלא כחידוש הבצל החכמה, שהנה הרמ"א מדבר באותו המקרה שהריב"ש בסוף התשו' השלישית מדבר בו, והיינו במנהג ש[גם לדברי הבצה"ח] אינו סותר את הדין, ובכל זאת כתב שצריך שהמנהג יהיה שכיח ונעשה הרבה פעמים (הוא מביא את זה ממנהג אחר שעליו כתב כך הריב"ש), והסיבה שצריך שזה יהיה שכיח היא בשביל שבכך המנהג הוא ידוע [וכמבו' בהערה 9], ומנהג אינו מחייב אם לא ידעו עליו, ומוכח שלא כמו הבצל החכמה. וכן מוכח מהאגר"מ (חו"מ א, עה ענף ג) בנידון מפעל שרצה לפטר עובד בלי טענה, שמקודם הוכיח שעפ"י הדין היה אסור למפעל לפטר אותו בלי טענה, ואח"כ כתב שכך הוא גם מנהג המפעל, ולכן פסק "ומטעם זה, בעובדא שאתא לידנו בפועל בבית מטבחים **שידוע** שאין מסלקין פועל בלא טענה, דנתי בהסכם כל הב"ד שסתמא הוי כהתנו לעולם, ולא יכלו לסלקו בלא טענה", וכן לפני זה הוא מדגיש ג' פעמים שצריך שיהיה ידוע, ובא' מהם כתב וז"ל "אבל **מטעם זה יהיה צריך שיהיה המנהג קבוע וידוע** ע"י מה שראינו עד היום שהפועלים ששכר לא סלקם בלא טענה", ולפי הבצל החכמה אין שום צורך שיהיה ידוע.
גם בקובץ תשובות להגרישא"א (ד, רב) נראה שלא סבר כהבצל החכמה, כי פסק (ד"ה והנה בעיקר) על סמך האמרי יושר (ב, קנב) שחוק הגנת הדייר הוא דין תורה - בזמנם שהיה מחסור בדירות (והוא מבוסס על השו"ת חת"ס (חו"מ תשו' מד) שאם הממשלה עושה חוק שגם חז"ל היו עושים יש לחוק דין תורה ולא משנה מי קבע בפועל), ואח"כ הוא ממשיך שבנוסף השכירות הייתה אדעתא דחוק זה, אבל זה רק מטעם "כיון שהמשכיר ידע שקיים חוק דירות שאינו יכול להוציא את השוכר", ומוכח שאף מנהג שיש לו תוקף גמור מן הדין, אם אינו ידוע א"א לחייב על פיו. ויש לתמוה שהרבה ספרי ליקוטים שהודפסו בשנים האחרונות מביאים את הבצל החכמה כאילו הוא דבר מוכח ומוסכם, כשאין לו שום הוכחה והוא נגד הפוסקים והם באים להוציא ממון שלא כדין.

8. מקור הדין הם הריב"ש והרמ"א שהבאנו לעיל, וז"ל הרמ"א: "ואינו קרוי מנהג אלא דבר השכיח ונעשה הרבה פעמים, אבל דבר שאינו נעשה רק פעם אחת או שני פעמים אינו קרוי מנהג", והלשון "פעם או שני פעמים" הוא לאו דווקא אלא נקט לשון הריב"ש, וכמש"כ החכם צבי (תשו' סא) "ואף להריב"ש איכא למימר דאף בשלש פעמים אינו נקבע עד שיהא רגיל הרבה בכל יום, דאדדייקת מסיפא שכתב אחד או שנים, דוק מרישא שכתב דלא דמי לשכירות פועלים שכמה פועלים נשכרים בכל יום". והריב"ש הסביר בטעם הדבר "נראה שבכגון זה צריך שיהיה המנהג ברור לפטור, אם בהסכמת הקהל או שנהגו כן משנים קדמוניות ונהגו לדון ע"פ המנהג ההוא, דהא לא דמי למנהג פועלים, שכמה פועלים נשכרים בכל יום **ויכול אדם לראות איך נוהגים**, אבל בפטור החזן שאין בעיר כי אם חזן אחד, איך יקרא מנהג מה שלא שאלו מס לחזן אחד או שנים, אלא אם כן **ידוע ומפורסם** בעיר שמחמת מנהג העיר לפטור החזנין פטרום", והיינו שצריכים שידע מהמנהג ואם אינו שכיח יתכן שאינו יודע מהמנהג.

9. והיינו, שהתנאי של שכיח הוא לא בכדי להגדיר מה נחשב 'מנהג' - שרק אם זה קורה הרבה זה נחשב מנהג, וא"כ אם זה לא שכיח אי"ז נחשב כלל מנהג וא"א לחייב על פיו, אלא מה שצריך שיהיה שכיח הוא בכדי שנוכל להניח שהצדדים ידעו מהמנהג, אבל גם מנהג לא שכיח יש לו ביסודו תוקף מנהג, וא"כ אם זה לא שכיח

4. כאמור לעיל, באופן שאחד הצדדים נאמן לטעון שלא ידע מהמנהג, או שהוכיח כך, שוב א"א לחייבו עפ"י המנהג, וכן פסקו הרמ"א והש"ך והפוסקים האחרונים[10]. ולכן לדוגמא, עובדת שקיבלה משכורת במזומן והמעסיק לא הפריש עבורה פיצויים במשך השנים, והמעסיק יכול להוכיח שלא ידע מהמנהג שגם באופן זה משלמים פיצויים, אי אפשר אח"כ לחייב את המעסיק בתשלומי פיצויים[11], אם אי אפשר לחייב מחמת דינא דמלכותא[12].

מנהג מיוחד במקום עבודה מסוים

5. 'מנהג המדינה' שמחייב את הצדדים, אינו צריך להיות בהכרח מנהג של מדינה שלמה, אלא כל חברה שיש אצלה מנהג מיוחד, ואפילו מעסיק יחיד שיש אצלו מנהג מיוחד, אם המנהג ידוע למי שבא לעבוד אצלם, המנהג מחייב אותם כמו כל מנהג. ולכן, חברה או מעסיק פרטי שידוע שיש להם תנאים מיוחדים בהעסקת העובדים, כל מי שמסכים לעבוד אצלם ואינו מסכם במפורש אחרת, נחשב שקיבל על עצמו בפירוש את תנאי ההעסקה של החברה או המעסיק הזה[13].

6. אפילו אם המנהג של היחיד הוא בניגוד למנהג המדינה, מכל מקום הקובע הוא המנהג של היחיד ולא של כלל המדינה[14]. כמו"כ, באופן שנקבע מנהג במדינה ע"י גוים [וכאמור שבדר"כ יש לזה תוקף של מנהג], אם ליהודים יש מנהג שונה, הגם שהגוים הם הרוב המכריע באוכלוסיה, בכל זאת הקובע בהסכם שבין יהודים הוא המנהג של היהודים ולא של כלל המדינה[15]. דוגמא לדינים אלו: אם ידוע בציבור המלמדים שאצל חיידר מסוים המלמדים אינם מקבלים תנאי הבראה רגילים, המלמדים אינם יכולים לדרוש למפרע תנאי הבראה, ואפילו אם לא ויתרו במפורש על הזכויות שלהם[16].

7. יש אומרים, שאם הפועל ידע שיש מנהג מיוחד באיזור של המעסיק, או אפילו אם ידע שלמעסיק המסוים הזה יש מנהג מיוחד, הגם שהפועל לא בירר באיזה מנהג בדיוק מדובר, בכל זאת הוא כפוף למנהג ההוא[17]. ולכן, כל מי שקונה דירה בבניין שיש בו שכנים, מתחייב מראש בכל התקנון של הבניין, כי אפילו אם אף אחד לא הודיע לו מראש מה כתוב בתקנון, מ"מ כיון שידוע שלכל בניין יש תקנון מיוחד, מוטל עליו לברר מהו התקנון, ואם לא בירר הוא מתחייב בכל התקנון.

מאיזה זמן המנהג מחייב

8. המנהג שמחייב את הצדדים, הוא המנהג שהיה נהוג בזמן החתימה על חוזה העבודה או בזמן תחילת עבודת הפועל [אם לא חתמו על חוזה], ולכן, אם המנהג התחיל או השתנה אחרי זמן זה, אין המנהג החדש קובע[18], אלא אם חידשו את החוזה ביניהם ולא סוכם ביניהם

ציונים והערות

אבל הצדדים מודים שידעו מהמנהג, אפשר לחייב עפ"י המנהג. וכ"כ הערך שי (חו"מ קפה, י ד"ה במנהג) "ונראה דהני דברים (שצריך להיות שכיח, היינו רק) אם טוען דלא ידע מהמנהג, אבל כשמודה דידע, א"כ אדעתא דהכי קבלו לפועל". ומדברי הריב"ש עצמו מוכח שזה שצריך שיהיה שכיח הוא רק בשביל לדעת שידעו מהמנהג, כי הריב"ש כתב שנחשב מנהג אפילו אם נהגו כך רק פעם או פעמיים באם הוא ידוע ומפורסם, וע"כ שכל החסרון של דבר שאינו שכיח הוא רק שבזה יתכן שהצדדים לא ידעו מהמנהג ולכן הוא אינו מחייב אותם. וכ"כ הרא"מ (סי' טז), כי הסביר את מש"כ הרמב"ם "והוא שיהיה אותו מנהג מדינה פשוט בכל המדינה", בזה"ל: "ודברים הללו דברים של טעם הם, שהרי אין כח המנהג יכול להתפשט גבי ממונא על מי שאינו רוצה להתנהג באותו מנהג", והיינו שהטעם שצריך שיהיה מנהג נפוץ הוא כדי שנדע בבירור שהמתחייב ידע מן המנהג.

10. בנוסף על הריב"ש מקור הדין, פסק כדבריו גם הרמ"א הנ"ל שהתנה שרק מנהג שכיח יש לו תוקף כי אז אנו מניחים שידעו מהמנהג. וכן פסק הש"ך (מב, לו וכן סא, ט), וכ"פ האג"מ הנ"ל, והוסיף שאפילו מנהג של אדם פרטי קובע באם הוא ידוע, וז"ל "ואף שאינו מנהג של כל העיר אלא של איש זה, דעכ"פ הוי כהתנו כיון **ששניהם ידעו** מזה".

11. בדוגמא זו יודה גם הבצל החכמה הנ"ל שאם הוא לא ידע מהמנהג זה לא מחייב אותו, כיון שזה מנהג שלא כפי הדין, שהרי לפי הדין לא מגיע לפועל פיצויים בשום אופן, [ובהרבה מדינות וכמו בארה"ב גם אינו בגדר מנהג], ובוודאי המנהג בזה לא כ"כ מובן מאליו עד שנאמר שכל מעסיק חייב לבדוק אם יש כזה מנהג. וזה דומה לנידון הריב"ש שכתב שהמנהג לפטור חזן ממסים הוא נגד הדין - הגם שאין שום איסור לעשות כן, ולולא שהיה מנהג בזה ודאי היה החזן מחויב לשלם מיסים, ורק בגלל המנהג פטור החזן, וכתב הריב"ש להדיא שהיינו דווקא כשידעו מהמנהג, וא"כ ה"ה ממש בנידון דידן.

12. כידוע שהנידון אם יש דינא דמלכותא דינא באר"י תלוי בטעמים שנאמרו בדין דדמ"ד, והטעם של הר"ן אינו שייך כיום באר"י, ולכן אין ברירות אצל הפוסקים - וביניהם הגרישא"א זצ"ל - אם יש דינא דמלכותא בא"י בזמננו, עיין בספר דינא דמלכותא (פרק נא). בנוסף יש לדון אם דינא דמלכותא הוא הקובע בד"ת בין שני יהודים (עיין ש"ך עג, לט, וקצות ונתי' קד, ו). בקובץ תשובות להגרישא"א (ד, רב) שהבאנו למעלה הוא דן על חוק להגנת הדייר שאסר על המשכיר להוציא את השוכר, והגרישא"א השתמש בחידוש של החת"ס שאולי בזה לכו"ע החוק תקף אפילו אם אין דינא דמלכותא, ולא טען שבלא"ה יש לחייב מצד עצם דין דינא דמלכותא. וברובבתי בדינים באר"י לא נהוג להוציא ממון על סמך דדמ"ד לבד.

13. כבר הבאנו לעיל (הערה 10) שכ"כ האג"מ במפורש, ואין לומר פה שבטלה דעתו כלפי מנהג העולם, כי אין המטרה שלו לשנות את המנהג של כל המדינה, אלא שהוא רוצה שאצלו יהיה נהוג כך. גם החוות יאיר (סי' קו) פסק כן בנידון משרתת שבעלת הבית לא היתה נותנת לה גישה ללחם, ולכן המשרתת ברחה ממנה, וכתב וז"ל: "וכן בסגירת דלתי שידה תיבה שבו הלחם, אם מפורסמת האשה בזה והמשרתת מבנות העיר, סברה וקבלה, ואם לאו ג"כ אזלינן בתר מנהג נשים שהם ביכולת לערכה", והיינו שאם היה ידוע שזו ההתנהגות שלה, לא הולכים אחר המנהג הכללי אלא אחר מנהגה. גם הגר"מ שפרן פסק כן (קובץ הישר והטוב א, לה), והוליד מזה דין מחודש, במקרה של א' שעבד עשרים שנה באופן שבכל שנה חידשו את ההסכם שביניהם, ואחרי עשרים שנה העובד התפטר ותבע מן המעסיק זכויות שמגיעות לו עפ"י החוק ולא ניתנו במשך כל השנים, ופסק הגר"מ שמגיע לעובד רק עבור השנה הראשונה, כיון שבשנה השנייה הוא כבר ידע שהמעסיק אינו נותן לעובדים שלו כפי החוק, וא"כ שוב אין לו טענה כי סבר וקביל שלא לקבל את הזכויות שמגיעות לו לפי החוק.

14. כ"פ האג"מ בתשובה אחרת (חו"מ א, עו) בנידון אם אפשר לפטר מלמד בחיידר בסוף השנה בלי סיבה, והוא פסק שא"א "אף שמנהג בתי ספר של הנכרים שהם מסלקין גם בלא טענה, אינו כלום, **דיש למיזל בתר מנהג של מקום זה יותר ממנהג המדינה**", והוא מביא קצת ראיה ליסוד הזה. וכן מוכח גם מפסק החוות יאיר הנ"ל.

15. כן הוא בהדיא בתשו' האג"מ הנ"ל, אבל רואים בדבריו שאם אין ליהודים מנהג מיוחד, הקובע הוא המנהג של הגוים.

16. וכן פסק הגר"י אליעזרוב (תחומין כרך כ עמ' עא) לגבי תביעת גננת נגד רשת הגנים ע"ז שלא קיבלה את ההטבות שמגיעות לכל גננת לפי ההסכם של הממשלה עם ההסתדרות, ופסק הגר"י שכיון שידוע שרשת הגנים אינה משלמת את ההטבות האלו, לכן הקובע הוא לא מנהג המדינה הכללי, אלא המנהג של רשת הגנים. הוא גם הזכיר שאפילו אם נאמר שהמנהג אינו כ"כ הגון, בכ"ז בהסכם בין שני צדדים המנהג הזה קובע, כי אפשר להם להסכים ולוותר על דבר אף שאינו כ"כ הגון. בסוף המאמר הובא שהבי"ד לערעורים קיבל את דעתו ואת טענתו של הגר"י, כשבראש ההרכב ישב הגרח"ג צימבליסט ואיתו עמו גם הגרז"נ גולדברג.

17. הבאנו למעלה שהשו"ת בצל החכמה (ג, כט) חידש יותר מכך, שכל מנהג שאינו נגד הדין, אפילו אם לא ידעו מהמנהג בכ"ז המנהג קובע, וז"ל "אבל מנהג שאינו נגד הדין, ומכש"כ שכירת פועלים שידע שיצטרך לשלם שכרם, וגם ידוע לכל שאין מנהג כל המקומות שוים, בודאי אדעתא דמנהג העיר נכנס וסבר וקיבל", וכבר כתבנו שאין הכרח לומר כן כיון שיש הרבה דברים שבהרבה מקומות אין בהם מנהג כלל, וכגון שעות העבודה שהוא מזכיר כדוגמא, וא"כ א"א לומר שהצדדים היה להם לחשוב מתחילה שאולי יש במקום הזה מנהג ולברר עליו, ואם לא בירדו עשו את ההסכם ע"ד מנהג שכלל לא הכירו מתחילה.

אכן בציור שכתבנו בפנים, שהם ידעו שיש מנהג קבוע אלא שלא ידעו מה המנהג המדויק, בזה נראה שהמנהג קובע, כיון שהבאנו למעלה מהרמב"ם והש"ע שדעתם של הצדדים היא תמיד שהמנהג יקבע, ולכן גם כאן דעתם היא שהמנהג יקבע, אף שלא טרחו לברר מהו המנהג המדויק. וכ"כ גם המשפט הפועלים (ג, כא) בשם הגר"נ נוסבוים, וז"ל "ידיעת המנהג, היינו אף אם אין הצדדים יודעים את פרטי המנהג בדיוק, אלא יודעים שיש במקום זה או בענף זה מנהג מיוחד בענין מסוים, הרי זה כיודעים מהמנהג".

18. ולא אומרים שהדעת היא שההסכם תלוי ועומד במנהג ואם ישתנה המנהג

שתנאי החוזה הישן ממשיכים[19].

9. אמנם, אם הצדדים התחייבו כפי המנהג, וידוע לכל שמפעם לפעם המנהג הכללי משתנה, ונהוג שבמקרה כזה מעדכנים את הסכמי העבודה כפי המנהג החדש, הדין הוא שהצדדים מחוייבים לשינויים של המנהג, כיון שזה עצמו נחשב למנהג שמעדכנים את ההתחייבויות כפי המנהג החדש[20]. וראה בהערה דוגמא לדין זה[21]. ויש מי שכתב שבכל אופן שההתחייבות ההדדית מקורו במנהג, גם אם אין רגילות שהמנהג משתנה, מ"מ אם המנהג השתנה באמצע תקופת השכירות המנהג החדש קובע, הגם שהמנהג השתנה רק במקרה ורק לאחר שהעבודה כבר התחילה[22]. ונראה שאין דבריו מוכרחים, ויותר מסתבר שכיון שזה לא דבר רגיל שהמנהג משתנה, לכן המנהג שהיה נהוג בזמן ההסכם הוא המחייב לאורך כל תקופת ההסכם[23].

דין 'מנהג גרוע'

10. הרבה ראשונים סוברים שמנהגים שהם בגדר "מנהגים גרועים", הגם שהפכו להיות מנהג המדינה, מ"מ הם אינם מחייבים בדין "הכל כמנהג המדינה", ונחשב כאילו כלל אין מנהג כזה[24], [הגם שאם הצדדים היו מסכמים בפירוש שהם נוהגים כך היה מועיל בזה מחילה[25]]. ומנהגים גרועים היינו מנהגים שהם נגד השכל הישר[26]. ויש ראשונים שחולקים

ציונים והערות

באמצע ישתנה ההסכם, אלא הדעת היא שהם התכוונו להיות כפופים למנהג הספיציפי שהיה קיים בשעה שחתמו על ההסכם. וכן הוא מפורש בקובץ תשובות (ד, רב) ובאג"מ (חו"מ א, עב) שדנו לגבי חוק הגנת הדייר, ותלו את הדין אם המנהג כבר היה קיים בשעת החתימה על החוזה, וז"ל האג"מ: "לאלו **ששכרו אחר שכבר נעשה הדין מהמלכות** ולא התנו בפירוש שכשיבא הזמן יהיה מחוייב לצאת אלא סתם, הוי כהתנו, שאדעתא דדין המלכות השכיר לו".

19. ראה בעלון 83 דין 5.

20. זה שגם מנהג שמשנים את המנהג קובע, מבואר ברבנו יונה (ז, א ד"ה עלה הובא בבדה"ב סי' קסד) וז"ל: "ואם נהגו השותפין להגביה למעלה כל זמן שירצה אחד מהם ואין מקפידין עליו ואין מעכבין זה ע"ז, הכל כמנהג המדינה", והיינו שמעיקר הדין, אם השכנים בנו כותל בגובה מסוים, כל אחד יכול לעכב על מי שרוצה להגביה יותר את הכותל, מכיון שכל שהכותל גבוה יותר הוא יותר מסוכן לנפילה, אבל אם יש מנהג כזה שכל מי שרוצה יכול להגביה את הכותל יותר, אין השכנים יכולים לעכב עליו. וכך פירש הבדק הבית (שם ד"ה כתב הראב"ד) את הראב"ד המובא בטור והרמ"א הביאו לדינא (קסד, ז) וז"ל "כל שאין הקפדה רק בכובד הבנין, אם היה המנהג לשנות (את עובי הכותל) אזלינן בתריה", וביאר הסמ"ע (ס"ק יט), שאם בעל העליה בנה מחומר מסוים עפ"י המנהג, מ"מ אם הבית נפל ויש מנהג שבעל העליה יכול לבנות מחומר אחר, המנהג קובע.

21. דוגמא לדין זה: פועל שמשתכר רק כפי שכר המינימום, ושכר המינימום עלה לאחר תחילת העבודה, המעסיק חייב להעלות את המשכורת של הפועל כפי הסכום המעודכן. ואפילו אם בחוזה שביניהם נקבו את הסכום שהיה אז שכר המינימום ולא הזכירו כלל שהסכום קשור לשכר המינימום, מ"מ חייב המעסיק לעדכן את השכר, כיון שכך המנהג אצל המעסיקים ששכר המשתכרים כפי שכר המינימום מתעדכן כפי השכר הרשמי במדינה.

22. מקרים כאלו יכולים לקרות בהשתנות חוקי המדינה, שהרבה פעמים משתנים פרטים מסוימים בחוק. מי שחידש את הדין הזה הוא המשפט הפועלים (ג, כז) שחידש כך מסברא, וכתב שהסכים לו הגרנ"נ. הסברא שלו היא, שהגם שאם התחדש המנהג והשתנה אחר שהיה סיכום בין הצדדים, המנהג החדש אינו קובע וכמש"כ לעיל, אבל אם מתחילה כשעשו הסכם היה פרט שנקבע רק מחמת המנהג, אנו אומדים את דעת הצדדים שהם מקבלים עליהם את המנהג יהיה מה שיהיה וגם אם ישתנה, ולכן לדוגמא, הגם שעפ"י הדין לא מגיע לפועל ימי מחלה [בהרבה מקרים], בכ"ז מאחר שנהוג היום לתת ימי מחלה והמנהג מחייב, לכן גם אם באמצע תקופת השכירות התווספו ימים בחוק, גם עפ"י דין, הפועל זכאי לתוספת הימים.

23. יותר נראה שלא כחידוש הנ"ל, גם מצד הסברא וגם מצד הראיה, וכלהלן. מצד הסברא ניתן לחלוק, כי בשלמא בחוק שקורה לפעמים שהוא משתנה, וכבר יש מנהג איך מתנהגים כשהוא משתנה, אזי בוודאי הולכים אחר המנהג, אבל במנהג שאינו רגיל להשתנות, יותר מסתבר שדעת הצדדים לא הייתה להתנהג כמו המנהג יהיה מה שיהיה, אלא התחייבו כפי המנהג באותה עת, ולכן אם יש שינויים במנהג שמשנים את ההתחייבויות שלהם, צריך קבלה חדשה, ורק אם התיקון כבר הספיק להתקבל ע"י הציבור לפני תקופת השכירות אזי הוא מחייב אותם, (וקורה לפעמים גם בציבור הרחב שהציבור קבלו את החוק המקורי והתיקונים לא התקבלו, גם - להבדיל באלפי הבדלות - בתקנות חז"ל היו תקנות שלא התקבלו על הציבור, וכמו גבינת עכו"ם, ובאמת התקנות התבטלו).

והיה נראה לכאו' שיש להוכיח נגד המשפט הפועלים מהאג"מ (א, עב), שכתב בנידון חוק הגנת הדייר, שהיה נהוג אז בניו יורק שאם חתמו על חוזה שכירות לשנתיים "והשטר שעשו על שתי שנים הוא רק שלא יוכל השוכר לצאת קודם השתי שנים... [שלכן הדין] הוא **שלא יוכל המשכיר לרבות בדמיה אף כשיתנו המלכות רשות להוסיף**, וכן שלא יוכל המשכיר להוציאו קודם שתי שנים **אף אם המלכות תבטל את דינה**", והיה נראה שכוונתו היא שהשינויים שתעשה הממשלה לא יחולו על הצדדים כל עוד שהחוזה שלהם לא פג, וכיון שבזמן חתימת החוזה לא היה המשכיר יכול להעלות את שכר הדירה בגלל שזה היה המנהג, לכן אפילו אם באמצע השתנה החוק שאפשר להעלות מחירים, בכ"ז המשכיר מנוע מלהעלות מחירים. אמנם יש לדחות, שהכוונה של האג"מ לא הייתה שהמשכיר לא יכול להעלות את המחיר בגלל שזה היה המנהג בזמן חתימת החוזה, אלא שבנידונו מדובר שכתבו את השכ"ד בתוך החוזה, ולכן החוזה מונע את המשכיר להעלות את השכ"ד תוך תקופת השכירות ולא המנהג הישן.

24. כך חידש ר"ת (מובא בתוס' ב"ב ב, א ד"ה בגויל) בדין איזה סוג מחיצה אפשר לחייב שכנים לבנות בין חצרות, וז"ל: "וא"ת, ומאי בעי בגמ' הכל כמנהג המדינה לאתויי מאי, ומשני לאתויי אתרא דנהיגי בהוצא ודפנא, לימא לאתויי כמנהג כל המקומות כמו שנהגו, ונראה לר"ת דדוקא בהוצא ודפנא, אבל פחות מכאן, אפילו נהגו מנהג הדיוט הוא, ומוכיח מכאן דיש מנהגים שאין לסמוך עליהם אפילו היכא דתנן הכל כמנהג המדינה". והסכימו לו הרא"ש (סי' א, וגם בסי' ו פסק שאינו מועיל מנהג לא לבנות כותל בכלל) והמרדכי (סי' תסד).

וכן פסק הרשב"א (ב, רסח) וז"ל: "שנינו מקום שנהגו לבנות גויל גזית כפסין לבנים בונין, הכל כמנהג המדינה, ופרשו הכל לאיתויי הוצא ודפנא, ומ"מ אם נהגו שלא להקפיד כלל על היזק ראיה שעל הבתים וחצרות, מנהג בטעות הוא ואינו מנהג, שאין מחילת ההקפדה אלא בממונות, שאדם רשאי ליתן את שלו או ליזוק בנכסיו, אבל **אינו רשאי לפרוק גדרן של ישראל ושלא לנהוג בצניעות ובגורם להסתלק שכינה מלישראל** הוא, דתנן לא יפתח אדם חלונותיו לחצר השותפין, וגרסינן עלה בגמרא מנא הני מילי, אמר רבי יוחנן דאמר קרא וישא בלעם את עיניו וירא את ישראל שוכן לשבטיו, מה ראה, ראה שאין פתחיהן מכוונין זה לזה, אמר ראויין אלו שתשרה שכינה ביניהן". והמובן בדברי הרשב"א, שהרשב"א הסכים לדיוק של ר"ת, ורק בא להסביר את הטעם של הדין, וזה מה שכתב (שם) "ולא אמרו לאתויי כל מילי ואפילו פחות מהוצא ודפנא, דאלמא עד הוצא ודפנא תלי במנהגא, אבל פחות מכאן **מנהג בטעות הוא** ואינו מנהג, וכן פר"ת ז"ל, וממנה אתה למד למקום שנהגו שלא להקפיד כלל שאינו מנהג", וכ"כ גם בחידושיו (ב"ב ב, א ד"ה בלבינים).

וצ"ל שהגם שהבאנו לעיל שהכח של מנהג הוא שחז"ל שיערו שכל אחד רוצה לנהוג כמו המנהג אם לא כתב בהדיא אחרת, אולם בכ"ז היינו דווקא אם אינו מנהג גרוע, אבל במנהג גרוע אנשים בסתמא לא רוצים לנהוג כן. ומצאתי שכ"כ גם החזו"א (ב"ב א, ב ד"ה כתב הרא"ש).

25. אפילו לענין היזק ראיה בין שכנים כתוב בשו"ע (שם) שאם "יש עדים שמחלו זה לזה על היזק ראייה שוב אינו יכולין למחות", וכן לעניין לבנות פחות מהוצא ודפנא כתב הסמ"ע (ס"ק יב) שלא מועיל המנהג "אם אין השני מרוצה לזה".

26. התה"ד (סי' שמב) הביא את דין ר"ת בזה"ל: "**מנהגים של שטות** שאין לסמוך עלייהו", וכן הריב"ש כתב (סי' תעז) "אי דנהיגי בפחות מהוצא ודפנא מנהג של שטות הוא ואין הולכין אחריו", והוסיף לגבי נידונו "גם זה המנהג (לגבות מסים ממי שלא גר הרבה זמן בעיר) חוץ מכבוד אותם שהנהיגוהו הוא **מנהג מעוקל**", וכ"כ בשו"ת חוט השני (סי' מט), וכן הלחם רב (ס' י) הגדיר שמנהג גרוע היינו שהוא "נגד הסברא", והרשב"א (ב"ב ב, א) כינוהו "מנהג טעות".

מצינו לפעמים שגם מנהג שהוא נגד הדין נקרא מנהג גרוע, כמו בש"ך (עב, לה, וכן שנו, י). אמנם הפשט אינו שהם סוברים שרק מנהג שהוא נגד ההלכה יכול להיקרא מנהג גרוע, כי מקור הדין שהוא גדר פחות מהוצא ודפנא, זה אינו נגד הדין, וע"כ שהש"ך מתכוון לומר שמי שסובר שמנהג גרוע אינו מנהג סובר גם שמנהג שהוא נגד הדין אינו מנהג, וע"ז חלק עליו הגר"א (שם, לג), וטען שמנהג מועיל נגד הדין "ואינו ענין למנהג גרוע", והיינו שהם שני עניינים שונים. (וב"ה מצאתי אח"כ שגם בשו"ת וישב משה (א, קטו) הבין שזו כוונת הגר"א בהשגתו על הש"ך, ולא כמש"כ המנח"י (ז, קכו) שהמציא פשט אחר בדברי הגר"א שמדובר במנהג של כלל הציבור, כי לשון הגר"א "ואינו ענין למנהג גרוע" אינו סובל פירושים אחרים, וגם המקרה שעליו דיברו הש"ך

בדין זה[27], אבל הרמ"א פסק כדעה הראשונה[28], וכן פסקו הרבה פוסקים[29]. אכן לכל הדעות, מנהג שחז"ל קבעו עליו שהוא מנהג גרוע אינו קובע[30].

11. יש שפסקו, שגם במנהג גרוע, מ"מ אם בני העיר הסכימו במעמד כולם שכך ינהגו, המנהג קובע[31]. דוגמא למנהג כזה בעניין שכירות פועלים: אם יש מנהג שלא לשלם שכר פועל ביומו, שהוא מנהג שהוא נגד דין התורה ולכן א"א להחשיבו כמנהג כלל, מ"מ אם הסכימו אנשי העיר במעמד כולם לנהוג כן, יש למנהג תוקף עפ"י דין.

12. ציבור שיש להם עניינים משותפים והם אגודים יחד, ומכיון ששכיח ביניהם מריבות נקבע ביניהם מנהג ציבורי, אזי אפילו אם הוא מנהג גרוע והוא נקבע שלא ע"י תלמידי חכמים, מ"מ המנהג מחייב עפ"י דין[32].

המנהג שעליו דברו הקדמונים היה בחיובי המסים של כלל היהודים בעיר, שאף אם מדובר במנהג גרוע, מ"מ כיון שזה נוגע לכלל הציבור ולעיתים קרובות יש ביניהם ויכוחים, מקבלים את המנהג כדי למנוע מריבות. ויש מי שכתב לדמות מנהגי ועד בית למנהגים שעליהם דיברו הקדמונים, ולכן לדעתו יועילו בהם גם מנהגים גרועים, ונראה שאין דבריו מוכרחים, ומדברי הפוסקים נראה יותר שרק במקום שיש נושאים רבים משותפים ושכיחים הרבה ויכוחים אז סומכים על מנהג גרוע, משאי"כ שכנים בבניין משותף שאין ביניהם כ"כ הרבה נושאים משותפים ובוודאי שב"ה אין ביניהם הרבה ויכוחים, ולכן לא יועיל בהם מנהגים גרועים[33].

ציונים והערות

והגר"א לא היה מנהג של כלל הציבור). עוד נחלקו הש"ך (שנו, י) והקצות (רנט, ג) אם מנהג להחזיר אבידה אחר ייאוש נקרא מנהג גרוע, כי הש"ך טען שהוא מנהג גרוע כיון שהוא נגד הדין, אבל הקצו' חלק וטען שכיון שלפנים משורת הדין מחזירים אבידה אחר ייאוש, לכן אינו מנהג גרוע.

27. האו"ז (ב"ב ב-ג) טען נגד ר"ת וחלק על היסוד שלו, וז"ל "ומוכיח מיכן (ר"ת) שיש מנהג שאין לסמוך עליו אפי' היכא דתנא הכל כמנהג המדינה, ולא ידענא איזה מנהג שאין סומכין עליו, ונראה בעיני דאפי' פחות מיכן הוי מנהג, דהולכין בממון אחר המנהג", והיינו שהוא מסרב לקבל את החידוש של ר"ת. גם הרמב"ן (ב"ב ב, א) כתב על דברי ר"ת "הכל כמנהג המדינה לאתויי הוצא ודפנא, והוא הדין למחצלת הקנים או מחיצה פחותה ממנה אם נהגו בכך, אלא אורח ארעא נקט, ובשם ר"ת ז"ל שמענו שאם נהגו במחיצה פחותה מהוצא ודפנא אין מנהגם אלא מנהג שוטים וכופה אותו לעשות מחיצה מתקיימת, ואין זה נכון". וכשהרמ"א (קנז, ד) הביא את הדין של ר"ת שמנהג לבנות בפחות מהוצא ודפנא אינו מנהג, העיר הגר"א (ס"ק כ) שההגהות אשרי (שמעתיק את האו"ז) והרמב"ן חולקים עליו.

אמנם נראה שגם הרמב"ן מודה שיש מנהגים גרועים שאינם קובעים, כי הנה הרמב"ן פירש את מה שכתבה הגמ' לגבי בניית מחיצה בין החצרות ש"הכל כמנהג המדינה", שהיינו שצריך לבנות מחיצה מאותו חומר שנהוג לבנות ממנו **כותלי בתים**, ואין הכוונה לאיך שנהגו לבנות מחיצה בין חצרות, וא"כ לפי דבריו אם נהגו למשל שבין חצרות בונים מחיצה של הוצא ודפנא אבל בכותלי בתים נהגו לבנות באבנים, אין המנהג של הוצא ודפנא קובע, והיינו מכיון שזה מנהג גרוע. (אלא שמ"מ יתכן שמה שמנהג כזה אינו קובע הוא בגלל שחז"ל הגדירוהו כמנהג גרוע. וכן הנמקו"י (א, א) שהולך בדרך הרמב"ן כתב: "אבל שיעורי הכותל ברחבה אינו תלוי במנהג, אלא דדינא הכי דבציר מהכי קים להו לרבנן דלא קאי, ומשום הכי האריך תנא למימר זה נותן ג' וזה נותן ג', דלא הל"ל אלא הכל כמנהג המדינה ונחזי אנן מנהגא היכי, אלא אשמעינן דאם נהגו להרבות או למעט בשיעורין אלו הרי הוא **מנהג טעות**, וטעמא דבעינן שיעורים גדולים כל כך, אף על פי שאינו אלא משום היזק ראיה, משום דחיישינן שמא יפול ויצטרך להתעצם עמו בב"ד ובין כך ובין כך יהא מזיקו בהיזק ראיה", ורואים בהדיא שסובר שבגלל שזה לא יציב לכן הוא מנהג טעות, וגם שהסיבה שאינו נחשב למנהג הוא בגלל שלא משיגים את המטרה כיון שבמשך הזמן הכותל עלול ליפול, (אבל עדיין אין ראיה שבמנהג שחז"ל לא קבעו שהוא מנהג גרוע שנאמר מעצמנו שאינו קובע). יש לציין שלדעת רבנו יונה (ב, א ד"ה מתניתין) גם אם יש מנהג שלא לבנות כותל כלל מ"מ המנהג חל.

28. לעניין בניית מחיצה הפחותה מהוצא ודפנא הביא הרמ"א רק את שיטת ר"ת, וז"ל (קנז, ד) "ואם נהגו בפחות מקנים והוציץ י"א דלא הולכין אחר המנהג ההוא", ולעניין אם נהגו שלא לבנות כותל כלל פסק (קנז, א) כמו הרשב"א "ואפילו יש מנהג בעיר שלא לעשותו, אין הולכין אחריו וכופין לעשותו", וגבי מסים פסק (קסג, ג) כמו התה"ד "אף על פי שהוא מנהג גרוע אין מדקדקים בענייני המסים", והיינו שלמרות שתמיד פוסקים כר"ת מ"מ בזה אין מדקדקים כדי שלא יריבו, וכמש"כ הסמ"ע (ס"ק כג) "משא"כ בעלמא", וכן דקדק הש"ך (עב, לה) מהפסק הזה שהרמ"א פסק כר"ת.

29. כן פסקו התה"ד והריב"ש הנ"ל, וכן פסק הש"ך (שם), וגם הגר"א שחלק בדין של הש"ך כנ"ל (הערה 26), לא טען אלא שמנהג שהוא נגד הדין אינו בכלל מנהג גרוע, אבל בדין מנהג גרוע נראה שהסכים שאינו נחשב מנהג. וכ"כ הסמ"ע (קסא, ז) שבני החצר אינם יכולים לעכב על מי שרוצה לעשות כביסה בחצר, והגם שהמנהג של בני העיר הוא לעשות בנהר ולא בחצר, אבל המנהג אינו קובע כיון שהוא מנהג גרוע, והעתיקוהו הש"ך (ס"ק ב) והנתי' (חיד' ה).

30. כבר כתבנו שהגם שהרמב"ן חולק על ר"ת, בכ"ז הוא סובר שאם נהגו אחרת מההנהגה שחז"ל קבעו - שלדעת הרמב"ן זהו הנחשב מנהג גרוע, אינו נחשב למנהג.

31. הרמב"ן הנ"ל, הגם שסובר שצריך לבנות מחיצה בין חצרות כמו שנהגו לבנות כותלי בתים ולא מספיק מה שנהגו לבנות בין חצרות, בכ"ז כתב "אבל בודאי אם היה שם מנהג ידוע לשותפין כגון **שהתנו עליו אנשי העיר במעמד כלן**, כופין זה את זה לבנות כמנהגם הידוע", וכ"כ הנמוק"י (שם) בדרך השלילה וז"ל "יש מפרשים שהשותפין אף על פי שנוהגין ביניהם בפחות ממנהג בני העיר כל אחד בשלו אין מנהגם כלום, כיון שלא התנו עליו במעמד בני העיר, הלכך ינהגו כמנהג בני העיר כמו שנהגו כל אחד לבנות בשלהם, וכן נראה דעת הרמב"ן", ונלמד מזה שמנהג שהתנו עליו אנשי העיר במעמד כולם מועיל המנהג אפילו שהוא נגד קביעת חז"ל.

ודברי הנמוק"י הועתקו בד"מ (בקצר קנז, ד. בארוך טז) על מה שהטור הביא את דעת ר"ת שמנהג בפחות מהוצא ודפנא אינו קובע, וז"ל "ונמוקי יוסף כתב ריש השותפין (א, א), הא דלא אזלינן בתר מנהגא אם נהגו בפחות מכך, היינו שהשותפין נהגו ביניהם כך ולא התנו במעמד אנשי העיר", וא"כ מוכח שהד"מ סובר שה"ה בכל מנהג גרוע אם התנו עליו בני העיר במעמד כולם מועיל המנהג (ולא קשה שהנמוק"י כתב שכן ס"ל להרמב"ן והרמב"ן בהדיא חולק על ר"ת, כי כבר כתבנו לעיל שהגם שהרמב"ן חולק על ר"ת לגבי פחות מהוצא ודפנא, אבל גם הוא סובר שיש מנהגים שאינם קובעים, ועליהם כתב שאם הנהיגו אנשי העיר במעמד כולם לנהוג כן המנהג קובע). וכ"כ הש"ך (שנו, י): "ואף על גב דמנהג גרוע שהוא נגד דין תורה לא אזלינן בתריה וכמש"ל סי' ע"ב ס"ק ל"ה וכמה דוכתי, י"ל דהאי מנהג הוא שנתקן כך, ופשיטא דיש ביד הדור לתקן תקנות", והחזו"א פסק כך במקום אחד (ב"ב א, יב ד"ה ויש מנהג).

והנה מצאנו שבמקום אחר כתב החזו"א (ה, ד) "נראה דמנהג גרוע אין הולכין אחריו אף אם הסכימו עליו כל הציבור", ואין מכאן סתירה לפסקו הנ"ל, כי נראה שכוונת החזו"א בדבריו האחרונים אינו למקרה שהציבור ישבו ביחד והחליטו לנהוג כן, אלא למקרה שכל הציבור נוהג כך מעצמו בלי החלטה משותפת לנהוג כך, כי לדוגמא, אם שכנים בדר"כ בונים את המחיצה שביניהם בדבר שהוא יותר חלש מהוצא ודפנא, עצם זה שכולם נוהגים כך יכול להיחשב ש"הסכימו עליו הציבור", כי בפועל כולם נוהגים כך, ובכגון זה כותב החזו"א שכיון שזה מנהג גרוע הוא אינו מועיל, אבל עדיין גם בזה, אם באמת הייתה ישיבה של כלל הציבור והחליטו לנהוג כן, יסכים החזו"א שתקנתם תועיל.

32. המקור לדין זה הוא התה"ד (סי' שמב) שכתב: "נראה דיפה יש לחלק בענייני מסים לבני העיר וכן צורכי חמרים וספנים למהלך שיירא שלהם וכל דבר שרבים מצורפים יחד צריכים למיזל בתר מנהגא דידהו, וכפי הסדר שעושים לעצמן לפי צרכיהם לפי עניינם, דאי מצרכתא להו למיזל בתר דין תורה בכל דבר לעולם תהא מריבה ביניהם, מש"ה מעיקרא מחלו אהדדי לוותר על דין תורה וגמרי ומקני למיזל בתר סדר מנהג דידהו", ומדבריו נראה שהמקור לזה הוא בגמ' (ב"ק קטז, ב) שמבו' שם שהולכים אחר מנהג חמרים הגם שהוא נגד הד"ת. דברי התה"ד נפסקו ברמ"א (קסג, ג) וז"ל: "וכל ענייני מסים הולכין אחר מנהג הקבוע בעיר שעשו כן שלשה פעמים, אף על פי שהוא מנהג גרוע אין מדקדקים בענייני המסים". וכן כתב החזו"א (ב"ב ה, ד).

33. הנה מדברי התה"ד שמביא מקור מ'חמרים' שהם קבוצה מסוימת ולא כלל העיר, רואים שגם מנהג של קבוצה אחת, אם היא באה למנוע מריבות, היא מועילה גם אם היא בגדר "מנהג גרוע". ומזה הבין המנח"י (ז, קכו) שכל מנהגי בית 'ועד בית' יועיל בהם גם מנהג גרוע, כיון שהם נוגעים לכל השכנים שגרים בבית המשותף. אמנם, הוישב משה (א, קטז) חלק עליו, שקבוצת ה'חמרים' שונה מאוד מועד בית, כיון שהחמרים חיים ביחד, וכסדר יש ביניהם עניינים וסידורים משותפים, ולכן כדי למנוע מחלוקת קבעו אצלם שמנהג גרוע קובע, משא"כ שכנים בבניין, שאין ביניהם כסדר ויכוחים ועניינים משותפים, ולכן לא יועיל בהם מנהג גרוע. וכן משמע מאוד מלשון החזו"א (ב"ב ה, ד) שכתב "שענין המס הוא ענין **תמידי**, וקשה הדבר להושיב ב"ד בכל פעם ופעם, וגם הספיקות מרובים", וב"ה בועד בית לא קורה מצב קרוב לזה. ויש להביא ראיה לוישב משה מהסמ"ע שהבאנו לעיל הערה 29 (והש"ך והנתי' הסכימו לו), כי בני החצר הם כמו שכנים שגרים בבית המשותף, ועכ"ז היה פשיטא לסמ"ע שמנהג גרוע אינו קובע שם, וא"כ ה"ה בנידון ועד בית.

הרב שניאור זלמן פרידמן
כולל חושן משפט אהל יוסף

זכייה בעיתון שהונח בתיבת דואר או מחוצה לה

שאלה

אדם שיש לו מינוי לעיתון יומי, והדוור שם את העיתון לפעמים בתיבת הדואר ולפעמים על הרצפה ליד, איזה קניין יש לבעל המינוי בעיתון? האם עצם זה שהוא משלם על העיתון פועל קניין בעיתון? האם הוא זוכה בעיתון ע"י קניין חצר?

ונפק"מ כמובן לעניין אם אדם אחר לקח את העיתון. על איזה איסור הוא עובר? והאם הוא צריך להחזיר לבעל המינוי? ואם כן, האם הוא יכול להחזיר את אותו העיתון אחרי כמה ימים?

כמו"כ, מה הדין בעיתונים חינומיים, האם דיירי הבניין זוכים בעיתונים שהדוור מניח בשטחם ואסור למישהו שאינו מהבניין לקחתם?

תשובה

א. בעל המינוי אינו קונה את העיתון ע"י התשלום החודשי.

ב, לעניין קניין חצר. אם העיתון הונח בתיבת דואר שמורה, ודאי היא קונה עבור הבעלים. ואם התיבה אינה שמורה, והיינו שאפשר להוציא ממנה בקלות, נחלקו האחרונים האם היא קונה עבור הבעלים. אם העיתון הונח בתיבה אבל חלק ממנו יוצא ובולט החוצה, אזי החלק של העיתון שנמצא בתוך התיבה קנוי לבעלים, והחלק שיוצא תלוי אם המקום משתמר לבעלים, שאז הבעלים קונים. ואם העיתון הונח ברצפה ליד התיבה, הדין תלוי כנ"ל, שרק אם החצר משתמרת היא קונה לבעלים.

ג. בכל אופן שהעיתון נקנה לבעלים, מי שלוקח אותו נחשב גזלן גמור.

ד. אם הגזלן רוצה להחזיר את העיתון עצמו אחרי כמה ימים, הדין תלוי במחלוקת ראשונים אם הדבר אפשרי או שצריך להחזיר כסף.

ה. עיתונים חינמיים שהונחו בשטח הבניין, לרוב השיטות הם שייכים לדיירים ואסור לקחתם.

בירור הדין

אם הבעלים קונים את העיתון ע"י התשלום עליו

יש לברר אם עצם התשלום של הבעלים למערכת העיתון פועל פעולת קניין בעיתון[1], והיינו שהתשלום נחשב ל"קניין סיטומתא".

שהנה מבואר בגמ' (ב"מ ע"ד ע"ב) "אמר רב פפי משמיה דרבא, האי סיטומתא קניא, למאי הלכתא, רב חביבא אמר למקניא ממש באתרא דנהיגו למקני", וביאר בזה הרא"ש והוסיף וז"ל: "וכל כיוצא בזה, דאיזה דבר שנהגו לגמור המקח, כגון במקום שנוהגים שנותן הלוקח מטבע אחד למוכר ובזה נגמר המקח". וכן נפסק בשו"ע (סי' ר"א סעי' א' וב').

וא"כ בזמננו שכל הקשר בין הקונה למוכר נגמר ונסגר ע"י העברה בנקאית, לכאורה הרי זה כמנהג לקיים את המקח על פי זה, ומועיל מדין קניין סיטומתא. ואע"ג שבשו"ת מהרש"ם (ח"ג שע"ד) מסתפק לגבי כתיבת חשבונית אם היא מועילה מדין סיטומתא, אין להביא ראיה מנידונו לנידוננו, כיון ששם לא היה מנהג ידוע וברור, משאי"כ בזמננו היות שידוע ומבורר לכל שהפעולה הבנקאית היא הגומרת את המקח, יש צד לומר שהיא מועילה.

וכדי לדעת אם התשלום אצלנו מועיל מדין סיטומתא, יש להרחיב בגדר קניין סיטומתא, וכלהלן.

האחרונים נחלקו בקניין סיטומתא מה גדרו וטעמו. דעת נתיה"מ (סי' ר"א סק"א) שהוא קניין מדרבנן, ואינו אלא ככל מנהג הסוחרים [כעין קניין מעמד שלשתן] שתיקנו חז"ל שיועילו לקיים את הדברים בין המוכר לקונה. לעומתו, החת"ס (יו"ד סי' שי"ד) סובר שהקניין מועיל מדאורייתא, וז"ל: "אך לפע"ד סטומתא הוא קנין דאורייתא ממש, והיכן מצינו שנמנו רבנן על ככה ואמרו שתקנו שמנהג סוחרים קונה, אלא רבא הודיענו (ב"מ ע"ד ע"א) שהדין כן מה"ת, כל שהנהיגו הסוחרים הו"ל כאלו התנו, וכל תנאי שבממון קיים מה"ת, ול"ד לקניני דרבנן, התם לא מחלו בכך הסוחרים מרצונם אלא אנוסים בתקנות חכמים ומטעם הפקר ב"ד, בזה י"ל אין כח ביד ב"ד אלא להפקיע ולא להקנות, אבל מה שהנהיגו מרצונם הטוב כל תנאי שבממון קיים מה"ת בלי ספק, ומבואר להדי' בתשו' מיוחסת סי' רכ"ה". והחולקים על הת"ס טענו לעומתו, שא"א להתנות לעשות קניינים נגד קנייני התורה, וכמבואר בש"ך (סי' קצ"ח סק"י) משם הריטב"א (קידו' כ"ה).

עוד יש לברר בקניין סיטומתא, שהנה מבו' בגמ' שהטעם שקניין כסף אינו מועיל לבדו הוא, שאם ישלם הקונה ובינתיים יישאר המקח אצל המוכר, אנו חוששים שהמוכר לא ידאג עוד לשלמות המקח, ואם הוא יישרף לא יחוש להצילו, כיון שכבר קיבל את כספו והחפץ שייך לקונה, והוא יכול לטעון לקונה "נשרפו חיטיך בעלייה", ומטעם חשש זה עקרו חז"ל את קניין כסף, והמקח אינו נגמר עד שהקונה עושה בו קניין.

ומכאן קשה גם על קניין סיטומתא, שהרי החשש הנ"ל שייך גם בקניין זה, ואיך ייתכן שיועיל יותר מקניין כסף? ואכן הסמ"ע (סי' ר"א סק"ד) כתב שקניין סיטומתא אינו מועיל אלא אם הכסף נמצא עדיין ביד הקונה, שאז המוכר יפחד שאם לא ישמור על המקח הוא לא יקבל כסף, אבל אם המוכר קיבל את הכסף, אכן לא יועיל קניין סיטומתא עקב החשש הנ"ל. ולפי דבריו, כאן בנידוננו שאנו דנים שהעברת הכסף למוכר תיחשב לקניין, לא יוכל זה להועיל בקניין עקב טענת הסמ"ע.

אכן הפת"ש (סי' קצ"ח סק"ג) מביא מהאחרונים (נתיה"מ שם ותשו' רעק"א) שקניין סיטומתא יכול להועיל גם אם מעבירים מקודם את הכסף למוכר, כי "לא פלוג רבנן", והיינו שרק בקניין כסף שבד"כ משלמים לפני קבלת המקח, אז חוששים שהמוכר לא יציל וכנ"ל, אבל בקניינים אחרים כמו סודר וסיטומתא, כיון שאין הדרך לעשותם עם כסף, לא ביטלום רבנן. וכך היא הכרעת רוב האחרונים, וכן פסק הפתחי חושן.

החסרון בקניין מצד "דבר שלא בא לעולם"

ואחרי כל הנ"ל יש לדון עוד, שלכאו' איך יועיל בנידוננו קניין סיתומתא, והרי הקניין אמור לחול על עיתון שבזמן התשלום עדיין לא בא כלל לעולם, וקיי"ל שא"א לעשות קניין בדבר של בא לעולם, כמבו' בפשיטות בגמ' (ב"מ ס"ו ע"ב) ובשו"ע (סי' ר"ט ס"ד).

אכן מצאנו שהראשונים נחלקו לגבי קניין סיטומתא אם מועיל לגבי דבר שלא בא לעולם, וכלהלן.

הנה המרדכי מביא מרבנו יחיאל, שאם נדר לחברו שיקחנו להיות מוהל לבנו, שזה מועיל מטעם סיטומתא, אלא שאם התינוק עדיין לא נולד, אז אי"ז מועיל כיון שזה דשלב"ל. וכך פסקו הקצו' והנתיה"מ (שם סי' ר"א). לעומתם, החת"ס (חו"מ ס"ו) מביא שמפורש בשו"ת הרא"ש (כלל י"ג סי' כ') שאם נהגו כך ודאי שמועיל גם בדשלב"ל, והוא מסביר שאין להקשות מדברי רבנו יחיאל, כיון ששם לא היה מנהג ברור שיחול הקניין גם על דשלב"ל. והחת"ס מנמק את שיטתו, שהרי כל הטעם שלא מהני קניין בדשלב"ל הוא משום שלא סמכא דעתיה, וכלשון הגמ' (ב"מ ט"ז ע"א), וא"כ זה שייך רק כשאין מנהג ברור, אבל אם המנהג הוא שכן יחול, אזי יש סמיכות דעת לקונה והקניין חל.

ובדעת האחרונים הנ"ל שפסקו שאינו מועיל בדשלב"ל, צ"ל שהם סוברים שהסיבה העיקרית שלא מועיל קניין בדשב"ל היא משום שא"א להחיל קניינים בדבר שאינו ממשי, וא"כ גם בסיטומתא לא מועיל (וכפשטות הגמרא בכתובות נ"ט ע"א). או לחילופין ניתן להסביר בדעתם, שלדעתם התקנה של חז"ל שסיטומתא מועיל היא

1. א"ה. כל הנידון אם התשלום פועל קניין בעיתון, הוא רק בהנחה שהתשלום הוא על העיתונים העתידים לבוא לבעל המינוי, אבל אם המציאות היא שהתשלום הוא תשלום על העיתונים שכבר ניתנו לבעל המינוי, אין צד שהעיתון ייקנה ע"י התשלום שעתיד להתקבל עליו בעתיד. וניסינו לברר את המציאות במערכות העיתונים, ונאמר לנו שהתשלום מתקבל אצל העיתון במהלך החודש, והוא בחלקו על העיתונים שהתקבלו מתחילת החודש, ובחלקו על העיתונים שיתקבלו בהמשך החודש. ועדיין יש לברר.

רק לפי הכללים של הקניינים מדאורייתא, ולכן כיון שקניין מדאורייתא אינו חל בדשלב"ל כך גם קניין מדרבנן.

ובנידוננו, באופן שהעיתון נמצא כבר בתוך תיבת המשלם, לכאורה כלל אין חסרון של דשלב"ל, כיון שמבואר בשו"ע (סי' ר"ט ס"ד) שבדשב"ל אם תפס הלוקח מהני, ואין בזה חסרון של כלתה קניינו, משום שהכסף יוצר שיעבוד על המוכר והשיעבוד עדיין קיים, וכמבואר בגמ' (קידו' נ"ט ע"א) וברמ"א (קצ"א ס"ד).

אכן מ"מ יותר נראה שבנידוננו לא יועיל קניין סיטומתא, כיון שכל הדשלב"ל שדנו בהם האחרונים אם מועיל בהם סיטומתא, היה מדובר בדבר מסוים שעתיד לבוא לעולם, וכמו וולד מסוים או הפירות שיצמחו בדקל מסוים, אבל בנידוננו, לא הייתה כוונת הקניין כלל על העיתון המסוים שהדוור מוציא מאמתחתו ומניח לבעל המינוי, וא"כ בכדי שנוכל לומר שהיה כאן קניין, נצטרך לומר שבשעה שהדוור מוציא עיתון אחד מני רבים, מתברר למפרע שהקניין חל עליו מקודם, והיינו מדין 'ברירה', וא"כ מאחר שקיי"ל (בסוגיה בביצה ל"ז ע"ב) שאומרים ברירה רק בדרבנן ולא בדאורייתא, ומכיון שכאן הבעלות הממונית היא דין דאורייתא לחייב את נוטל העיתון משום גזל, לכן אין הקניין יכול לחול בדרך 'ברירה'.

ואין להביא ראייה מהדין שבגמ' (ב"ב קע"ב) שאדם יכול לכתוב שטר "לוויתי **ממך** מנה" וכל המוציא שטר זה יוכל לגבות בו, וכתב הנ"י (שם) וז"ל: "ואי משום שלא נתברר כשכתבו למי נתחייב וקי"ל דאין ברירה בדאורייתא, שאני הכא דכיון שהוא ראוי להתחייב בו לכל אדם אין כאן דין ברירה", וכן פסק הנתיה"מ (סי' ש"א סק"ח) שמהני ברירה בממון. כי הטעם שם אינו שייך כלל בנידוננו, שהרי שם הוא מתחייב ממון, וההתחייבות חלה עכשיו, וצריך לדין ברירה רק לברר למי התחייב, משא"כ בקניין בדשלב"ל בדבר שאינו מסוים, שהקניין כלל לא חל עכשיו - שהרי לכו"ע "עד שלא בא לעולם יכול לחזור בו" וכמבואר בגמ' (ב"מ ס"ו ע"ב), וא"כ צריך לדין ברירה כדי להחיל את הקניין מעיקרו, ובזה ודאי שלא אומרים ברירה מאחר שזה מחיל דינים מדאורייתא.

וכ"ש שלא יועיל בזה ברירה לפי המהרש"ם (ח"א סימן נ"ד) שהאריך להביא שהרשב"א והריב"ש חולקים על פסק הנתיה"מ שיש ברירה בממון, ולדבריו רק אם קנה קרקע בכסף או בשטר ולבסוף הובר באיזו קרקע מדובר, בזה כיון שהשטר והשיעבוד של הכסף קיימים ולא כלתה קניינו לכן חל הקניין בשעה שהובר, אבל סיטומתא בדשלב"ל, ברגע שהוא בא לחול כבר כלתה קניינו, וכיון שאין שייך בזה ברירה לא יוכל לחול עכשיו.

ואחרי כל הנ"ל יש להביא עוד, שבאגרות משה (חו"מ ח"א סי' נ"ב) כתב שלאחר שחז"ל ביטלו את הקניין כסף משום חשש שמא יטען נשרפו חיטך בעליה, שוב אין שום אפשרות להשתמש בתשלום הכסף לתורת קניין, ורק מה שנהגו לתת מטבע יכול להועיל כיון שזה לא בא בתורת תשלום אלא כצורת קניין, וא"כ לפי דבריו, בנידוננו אין מקום לסיטומתא כלל ועיקר, אא"כ נחדש ש**אישור** החברה על קבלת התשלום נחשב כקניין - בלי קשור לעצם התשלום שהתבצע לפנ"ז, [אלא שאז אנו נקלעים שוב לחסרונות הנ"ל].

וא"כ זכינו לדין, שעצם התשלום למערכת העיתון אינה יכולה להחיל קניין בעיתון, והתשלום אינו אלא משעבד את בעלי העיתון לספק עיתון לבעל המינוי.

זכייה בעיתון ע"י קניין חצר

עתה נבוא לבאר אם תיבת הדואר או הרצפה לידה יכולים לקנות את העיתון לבעל המינוי מדין קניין חצר.

והנה, באופן שהעיתון הוכנס כולו לתוך תיבת הדואר, לכאו' כיון שהתיבה היא חצרו של בעל העיתון, הרי הוא קונה אותו בקניין חצר רגיל, אלא שיש בזה חילוק. לדעת הנתיה"מ (סי' ר' סק"ג) כל חצר שיש לה מחיצות מסביב, אף שאינה נעולה במנעול ואינה מקורה, מ"מ היא נחשבת לחצר המשתמרת שהיא קונה לבעלים, וא"כ לדעתו מספיק שהעיתון הוכנס לתיבת דואר רגילה אפילו אם יש לה פתח מלמעלה. אכן לדעת המקנה (קו"א סי ל' ס"ט), בשביל שתיקרא חצר המשתמרת צריך שתהיה החצר נעולה, וא"כ רק אם העיתון הוכנס לתיבה סגורה היטב יקנה אותה בעל העיתון ע"י חצרו.

ובאופן שהעיתון לא נקנה ע"י חצרו של בעל העיתון, וכגון שהונחה על הרצפה לדעת הנתי', או שהתיבה אינה שמורה כ"כ לדעת המקנה, יש לדון אם חל קניין בעיתון מכוח חצר השותפים, וכלהלן.

הנה בגמ' (ב"ב פ"ד ע"ב) מבו': "אמר ר' ינאי אמר רבי, חצר השותפין קונין זה מזה", והיינו ששני אנשים שיש להם חצר משותפת, יכולים לזכות אחד מהשני [לפי ההו"א] ע"י קניין חצר - אף שהיא משותפת, אכן לפי מסקנת הגמ', הדין אינו אלא כשהקונה הכניס את הדבר הנקנה לתוך קופה אישית שלו, שאז אפילו שהחצר משותפת הוא עדיין יכול לזכות ע"י הקופה, אבל אם הדבר מונח סתם בחצר השותפים, אין יכול אחד מן השותפים לזכות בו ע"י קניין חצר. וא"כ מבו' לכאו' בגמ' שחצר השותפים אינה יכולה לזכות לאחד מן השותפים, כיון שהיא משותפת לכמה אנשים, וא"כ בנידוננו לא תוכל החצר לזכות לדייר אחד כיון שהחצר משותפת לרבים.

עוד נידון יש בקצוה"ח (סי' ר"ס סק"א), לגבי אבידה שנכנסה לחצר השותפים אם השותפים זוכים בה, והוא תולה הדין במחלוקת שהובאה בירושלמי אם חצר השותפים מוגדרת בעצמותה שחציה לזה וחציה לזה, או שכולה שייכת לשניהם, ונפק"מ גם לעניין מציאה, שאם החצר חצויה - שכל חלק שייך לאחד מהם, א"כ תלוי באיזה חלק נפלה המציאה, אבל אם החצר כולה שייכת לשניהם, לא יכול אף אחד מהשותפים לזכות במציאה בקניין חצר, שהרי החצר אינה מיוחדת לאף אחד מהם, וכמו שמבו' בגמ' (ב"מ ח' ע"א) ששניים שהגביהו כאחד, אם כל אחד התכוון לקנות רק לעצמו לא זכה אף אחד מהם, ונחשב כאילו שהחפץ מונח על גבי קרקע, וא"כ גם כאן בחצר השותפים, כיון שלכל אחד מהשותפים יש כוח בחצר וכ"א רוצה לנצל זאת לזכות לעצמו, לא קנה החצר עבור אף אחד מהם, וא"כ יוכל כל הרוצה [אפילו אדם זר] לזכות במציאה, כיון שהחפץ לא נקנה לשותפים והוא נשאר בגדר הפקר. [ובאמת לדעת הקצו', אם כוונתם הייתה להדיא שהחצר תזכה לשניהם, הדבר מועיל וזכו שניהם, וכן מבואר בקצו' במקו"א (קע"ו סק"א)].

עוד הביא הקצו' מהלך שונה מהנ"ל בשם המהר"ם מרוטנבורג, שבעצם קניין חצר קונה לאחד מבעלי החצר, אלא שלא מוברר למי מהם קנתה החצר, עד שיעמוד אחד מהם וישתמש עם החצר לעצמו, כי מתנאי השותפות הוא שבשעה שאחד מן השותפים משתמש בחצר הרי היא שייכת לו לגמרי בזמן השימוש, ולכן כשמגיע אחד מהם ומשתמש בחצר הוא זוכה במציאה, ועד שלא הגיע הרי הוא שייך לבעלי החצר - רק כלפי זה שאין אחר יכול לקחתו. ולשיטה זו אין נחשב כאילו החפץ מונח על גבי קרקע כהפקר, ורק לפי המהלך הראשון שכתב הקצו' כיון ששני אנשים עושים פעולות קניין נפרדות לכן לא חל כלום בחפץ, אבל למהלך של המהר"ם כיון שיש זכייה לשניהם הרי נחשב שהחפץ נמצא ברשותם.

אכן הנתיה"מ חולק על המהלך שכתב הקצו' שיתכן שהחפץ נמצא בחצר השותפים ובכ"ז הוא נחשב כהפקר המונח ע"ג קרקע סתם, ולדעתו בוודאי החפץ קנוי לבעלי החצר כלפי אדם זר שאינו שותף בחצר, ולהבנתו, כל עוד שהחצר מחזיקה בחפץ עבור בעלי החצר, הרי זה נחשב שהתחיל הקניין, אלא שהקניין תלוי ועומד עד שיוחלט למי מבעלי החצר החפץ נקנה, וזה באחת מהדרכים האלו: או כשאחד מהשותפים בחצר מפקיע את הקניין חצר ע"י זה שהוא מחליט שהוא אינו רוצה שהחצר תקנה, ואז הוא קונה את החפץ בקניין רגיל ולוקחו לעצמו. או שמיד שמגיע אחד מבעלי החצר נהיית החצר שמורה רק לו ולא לשאר השותפים ואז רק הוא זוכה בחפץ בקניין חצר. או כדרך המהר"ם מרוטנבורג הנ"ל שהחפץ נקנה בברירה לשותף שמשתמש ראשון בחצר.

(ואגב אורחא, לכאו' יש להקשות, למה אין השותפים יכולים לקנות זה מזה בחצר המשותפת לשניהם, והרי המקנה יכול להחליט [באם יש דין ברירה] ששימוש החצר יהיה לחבירו בלבד, ואז יניח לחבירו לקנות בקניין חצר? והנה בשו"ע (קע"ו ס"ב) מובא ששותפים שרוצים להקנות חפץ לשותפות, הם יכולים לשים את החפץ בחצר המשותפת והדבר נקנה להם, ושואל שם הקצוה"ח שהרי אין חצר השותפים קונים זה מזה? והוא מתרץ שאכן אם דעתם שיקנה לשניהם הרי זה מועיל. ומשמע שהקצו' מסכים שהשותפים יכולים לגרום שהברירה תעבוד לאחד ולא לשני. אכן הנתיה"מ על אתר חולק על הקצו', ולדעתו אין אפשרות של ברירה כזאת, וכיון שהחפץ של המקנה נמצא ברשותו א"כ החצר עומדת לשימושו וא"א לקנות שם, ולכן הוא מעמיד את השו"ע שמדובר שאין רשות לשותפים להכניס לחצר אלא רק דברים של השותפות, וא"כ אי"צ לדין ברירה כלל והחפץ נקנה לשותפות. לעומתם, המחנ"א סובר כצד ההפוך מהם, שאין שום בעיה בזה שאחד יברר את החצר לשימושו של השני וישאיל לו מקומו, וא"כ למחנ"א אין בעיה ששותף יקנה לחברו דרך החצר המשותפת, ובע"כ שמה שמבו' בגמ' שאין השותפין קונים זה מזה מדובר שהחפץ כבר היה מונח שם ורק אח"כ נהיו שותפים. ובנתיה"מ (קע"ו סק"ב) הקשה עליו שהרי בגמ' (ב"ב פ"ד ע"ב) מוכח שלא כדבריו, והאו"ש (שלוחין פ"ד ה"א) מביא ירושלמי מפורש כמחנ"א[2]).

סיכום הדין לגבי הזכייה בחצר השותפים

היוצא מהנ"ל לנידוננו, שלפי המהלך הראשון של הקצו', כיון ששטח הבניין הוא חצר השותפים וא"א לזכות בו בקניין חצר, א"כ נחשב שהעיתון אינו נמצא כלל בחצר השותפים, ולכן בעל העיתון אינו יכול לזכות בו בקניין חצר, אבל לפי המהלך של המהר"ם מרוטנבורג ולפי הנתיה"מ, החצר קונה לבעלי החצר עכ"פ שלא יוכל

2. ותהיה מזה נפק"מ לגבי ערובי חצירות, שלקצו' ולמחנ"א יכול להניח את העירוב בחדר מדרגות שיקנה לכולם, משא"כ לנתי' לא יחול הקניין.

אדם זר לקח את העיתון.

עוד יש לדון בנידון קניין חצר, שאם החצר פתוחה לכל, א"א להחשיבה כלל כחצר המשתמרת ואין אפשרות לקנות על ידה. אכן לשיטת הקצוה"ח (ר"ס סק"ב) אם מדובר בחפץ שכל אחד יודע למי הוא שייך, נחשב שהחצר משתמרת לדעתו והיא קונה לו, כיון שכל אחד יודע שאם יקח את החפץ הוא עובר על גזל. וא"כ בנידוננו, אם הדוור הניח את העיתון במקום פתוח לכל, לא יזכה בו בעל העיתון כיון שהחצר אינה משתמרת, אלא רק לדעת קצוה"ח יוכל לזכות בקניין חצר כיון שכל אחד יודע שהעיתון שייך לבעל מינוי מהבניין.

איזה דין יש למי שנוטל עיתון שאינו שלו

הנה אם העיתון היה מונח בתוך התיבה ממש [לדעת הנתי' תיבה סגורה היטב ולדעת המקנה גם תיבה רגילה], א"כ זכה בו בעל העיתון בקניין חצר, ומי שנוטל את העיתון עובר על גזל גמור. וגם אם העיתון היה מונח בחצר הבניין המשותפת לכל השכנים, ויותר מזה, אפילו אם החצר אינה משתמרת כלל [גם לולא דעת הקצו' שהיא משתמרת לדעתו], מ"מ גם אז יהיה דין הנוטל כגזלן גמור, וכלהלן.

שהנה מערכת העיתון לא הוציאו את העיתון מרשותם אלא על דעת שיקחנו בעל המינוי, ובוודאי לא הייתה דעתם להפקיר את העיתון ושזכיית בעל המינוי תהיה תלויה בחסדי אנשים אחרים, וא"כ כל זמן שהעיתון לא הגיע לידי בעל המינוי, הרי העיתון נשאר בבעלות מערכת העיתון, [ואפילו אם יטען הטוען שבאופן שיקרה אונס כלשהוא לעיתון לא יקבל בעל המינוי עיתון חילופי, וא"כ אולי זה מוכיח שהעיתון אינו נשאר בבעלות מערכת העיתון, אין זו טענה כלל, כי זה רק בגלל שזה כתנאי בין הצדדים שבמקרה כזה לא יהיו חייבים לספק עיתון אחר, אבל אין זה אומר שדעת מערכת העיתון להפקיר את העיתון, וכ"ש אם יש נוהל שמקבלים עיתון חילופי], וא"כ אם יקח מישהו אחר את העיתון הרי הוא גזלן גמור.

ומעתה, בוודאי גם זוכה בעל המינוי בעיתון בקניין חצר [לדעת המהר"ם מרוטנבורג שהקצו' הביאו באחרונה וכן הנתיה"מ], שהרי גם בחצר השותפים זוכים בדבר בעלי החצר, אלא שהזכייה הסופית תלויה בברירה מי מבעלי החצר יקנה ראשון וכנ"ל, וא"כ כאן שהעיתון מיועד לבעל המינוי ואם שותף אדם אחר יקח את העיתון הוא יעבור על גזל, א"כ איסורא לא ניחא להו לשאר בעלי החצר למיקני, וממילא חל הקניין חצר רק לבעל המינוי.

חיוב השבה של הגוזל עיתון

ויש לדון באדם שעבר ולקח עיתון של מישהו אחר, והוא חייב לקיים "והשיב את הגזילה אשר גזל", אם מותר לו להחזיר את העיתון שלקח לאחר יום או יומיים ויותר. שמצד אחד הרי הוא מחזיר את אשר גזל, אבל מצד שני, העיתון של אתמול לא שווה היום כלום.

ולכאו' נראה שדבר זה תלוי במחלוקת בגמ' (ב"ק צ"ז ע"א) במי שגזל מטבע והמלכות פסלה אותה, אם הוא יכול לומר לגזל "הרי שלך לפניך", והצדדים הם, אם נחשב שחוסר השוויות העכשווי של המטבע ניכר במטבע עצמה וא"כ אין מדובר באותה מטבע שגזל, או שסוכ"ס הסיבה שהמטבע איננה שווה אינה ניכרת בגוף המטבע וא"כ יכול לומר הש"ל. ובדבר זה נחלקו השו"ע והרמ"א, וא"כ אם גוזל העיתון טוען הש"ל א"א לחייבו יותר מזה. וכעין זה יש בפת"ש (שס"ג) לגבי גזל אתרוג ומחזירו אחר הסוכות.

קריאה בעיתון בלי לקחתו

ולענין אם מותר לקרוא בעיתון על מקומו בלי כוונת לקיחה כלל, לכאו' צריך לאמוד את דעת בעלי המינויים מה דעתם בזה, שאם הם מקפידים על זה הרי זה אסור, כיון שהוא שואל שלא מדעת, וגם אם עדיין לא קנו את העיתון והוא עדיין שייך לחברה כנ"ל, מ"מ דעת החברה היא על פי רצונותיו של בעל המינוי. ואם בעלי המינויים אינם מקפידים, א"כ הרי זה בגדר שהפקיר את השימוש לציבור, וכעין המבואר בשו"ע (סי' שנ"ט ס"א) שאם לא מקפידים שלוקחים קיסם מהגדר הדבר מותר, ואע"ג שיש מידת חסידות לא לקחת כמבואר שם, לכאורה היינו רק בשימוש המחסר, אבל כאן שאינה אלא קריאה בעלמא ואינה מחסרו, לכאו' אין כ"כ מידת חסידות להחמיר בזה. ואע"ג שבהשתמשות בספרים לפי סתמא דגמ' זה נחשב להפסד, מ"מ כאן שזה שימוש חד פעמי, הבלאי הוא דבר שאין מקפידים עליו, ודוגמא לדבר מובא בנתיה"מ (סי' רס"ז) ששימוש בכלי אבידה בשביל צונן נחשב כ"הפקירו לכך". אולם במציאות נראה שהרבה מקפידים.

בנוסף לכל הנ"ל, יש מקום לומר שהשכנים יכולים לעכב שאינם רוצים שהלובי שלהם יהפך להיות עמדת לקריאת עיתונים, וא"כ יהיה קפידה גם בשימוש.

לקיחת עיתונים חינמיים מבניין

אם המקום הוא חצר שאינו משתמרת, לא קנו השותפים, וא"כ הרי זה כמו מציאה וכל הרוצה יכול לבוא וליקח. ואם זו חצר המשתמרת, זכתה החצר לשותפים לפחות כלפי עצמם, וא"כ אסור לאדם זר לקחתם, ורק לדרך הראשונה של הקצו' נחשב שהעיתון עדיין כמונח על גבי קרקע, ויהיה מותר לכל אחד לקחת. אלא שלכל הדעות, אם הוא לוקח באופן שבוודאי בעלי העיתון מקפידים, וכגון שלוקח כמות גדולה, פשוט שהדבר אסור.

הגליון מוקדש לעילוי נשמת

מרת שינה מינדל בת ר' יהודה ליב ע"ה - אמו של ידידנו הדיין הרב יונתן דוד הול שליט"א

נלב"ע כ"ט כסליו

ת.נ.צ.ב.ה.

בית הוראה לענייני ממונות "בית גרוס" שע"י כולל חו"מ אוהל יוסף

ע"ש ברוך וברכה גרוס

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

ישמח לב מבקשי ה'

הננו להודיע לציבור הרחב, הצמאים לדבר ה' זו הלכה

שבס"ד יינתן מענה בבית ההוראה גם בעניני אורח חיים ויורה דעה בנשיאות הגאון ר' ישראל גנס שליט"א

ביום ב'

הגאון רבי ישראל גנס שליט"א

בשעות 14.00 - 14.45

בימים ג', ד', ה'

תלמידו המובהק מורה ההוראה

הרה"ג ר' אהרן הלר שליט"א

בשעות 13.30 - 14.00