



עלון המשפט

שע"י ביה"ד נתיבות חיים וכולל חו"מ אהל יוסף • בנשיאות הגאון רבי נפתלי נוסבוים שליט"א • בראשות הגאון רבי יוסף פליישמן שליט"א

גליון חודש שבט ה'תשפ"א | 123

הרב יוסף פליישמן שליט"א

פסקי דינים

משביח נכסי חבריו - חלק ג'

בעל הבית דורש מהמשביח שיסלק את השבח מרכושו

כתב הרי"ף ב"מ נ"ח ע"ב: ואי אמר ליה בעל הקרקע טול עציך ואבניך דלא בעינא בנין, הא מילתא ליתא בגמרא בהדיא, ושדרו ממתיבתא... אי א"ל בעל קרקע טול עציך ואבניך שומעין לו... והאי טעמא טפי עדיף ומסתבר מההוא טעמא דכתב' בספר מקח וממכר. ע"כ. וכוונתו לחלוק על רבינו האי גאון בספר המקח המקח שער ז' דין י"ח שכתב שאין אופן שבעה"ב יכול לסלק את המשביח בטענת 'טול עציך ואבניך'.

ובנכס שלא עמד להשבחה הסכימו הראשונים שיש טענת טול עציך ואבניך, אבל אם הנכס עמד להשבחה, ובעה"ב אומר שאינו חפץ בהשבחה, נחלקו הראשונים אם יכול לטעון טול עציך ואבניך. דעת הרמב"ן וסיעתו שאינו יכול לטעון כך, ודעת הרא"ש וסיעתו שיכול לטעון כך, זולת במקרה שהוא טוען כך רק לקנטר, וכפי שכתב הרא"ש ב"מ פ"ח סי' כ"ג: ומסתבר טעמא היכא שלא היה משתמש בחורבה, ויש לו משלו שראוי לבנות בנין כזה בלא קפוח פרנסתו, דאז ודאי תואנה הוא מבקש כדי להפסיד לבעל הבנין, ואין שומעין לו. ע"כ.

בעלון הזה נדון בעיקר דיני 'טול עציך', באיזה אופנים הותר לבעה"ב לטעון כך, ובעז"ה בעלון הבא נדון בדין שבח שאין אפשרות לסלקו, ובעוד דיני 'טול'.

דין טענת טול עציך ואבניך

א. אדם שהשביח נכס חבריו בלי רשות, והנכס לא עמד להשבחה, ובעה"ב טוען שאינו מעוניין בשבח, ונראה לבי"ד שיש טעם בטענתו, רשאי בעה"ב לדרוש מהמשביח לסלק את השבח ולהחזיר את הנכס לקדמותו, ['טול עציך ואבניך'], ובטענה זו הוא נפטר מכל חיוב תשלום למשביח, הגם שהמשביח יפסיד בגלל זה, כיון שהמשביח אינו יכול לכוף על בעה"ב לקבל את השבח שעשה². לדוגמא: שוכר דירה שהתקין וילונות לנוי

ציונים והערות

ואף שהרי"ף כתב שאין ראיה מהגמ', אולם הראשונים (כגון המלחמ' שם והרא"ש סי' כ"ב) פירשו את הגמ' באופן שנלמד ממנה שיש טענה זו, שהנה הגמ' (ב"מ ק"א ע"א) מביאה עובדא: "ההוא {בעה"ב} דאתא לקמיה דרב, אמר ליה זיל שום ליה {למשביח}, אמר ליה לא בעינא, אמר ליה זיל שום ליה וידו על התחונה, אמר ליה לא בעינא, לסוף חזייה דגדרה וקא מנטר לה, אמר ליה, גלית אדעתך דניחא לך, זיל שום ליה וידו על העליונה", ולכא' קשה מדוע מתחילה קיבל רב דבריו ופטר ממשלם? ולכן פירשו הראשונים שכשטען בעה"ב "לא בעינא" בפעם השנייה, כוונתו הייתה לטענת טול, ולכן קיבל רב טענתו ופטר לגמרי ממשלם.

ונראה שאפילו אם המשביח מוחזק בממונו של בעה"ב אינו יכול לטעון 'קים לי' כדעת בעה"מ, כיון שכל הראשונים וכן הרמב"ם (גזילה פ"י ה"ה) והשו"ע (שע"ה ס"ב) פסקו שיש טענת טול (עכ"פ בשדה שאינה עשויה ליטע) וכפי שנביא בהמשך הפרק,

1. ראה להלן סעיף ז' שאסור לטעון טול אם רצונו רק להפסיד או להוריד את מחיר התשלום, ואם בי"ד רואים שטוען טול בלי סיבה אמיתית אין שומעים לו.
2. בפתחת הפרק הבאנו מש"כ הרי"ף שהגמ' לא דנה בשאלה זו, אם בעה"ב יכול לדרוש מהמשביח שיסלק את השבח ולהיפטר מתשלום, והרי"ף הביא בשם רה"ג שלעולם אין טענת טול, והביא בשם הגאונים שחולקים שכן ישנה טענה זו, והרי"ף פסק כדבריהם. אמנם בעה"מ (שם) חלק על הרי"ף ופסק כדעת רה"ג, אבל הוסיף: "ודאי היכא דהוי ההוא בנין שלא כראוי לבעל הקרקע, ולית ליה ביה שום הנאה, דלדידיה מתבעי ליה למבנייה דלאו כהוא בנינא, כגון זו מסתברא דמצי א"ל טול עציך ואבניך, דהא לא מהני ליה ולא מידי". הרמב"ן במלחמת הסכים עם הרי"ף ואף כתב "ושמעת' כי רבינו האי גאון ז"ל חזר בו והסכים באותה תשובה ששדרו ממתבתא", וכן הסכים הראב"ד בכתוב שם, ואף הוא כתב "ויפה עשה הגאון ז"ל שחזר בו".

עלון המשפט

פסקי דינים

דיני משביח נכס חבריו - ג'
בעל הבית דורש מהמשביח שיסלק את השבח מרכושו

תורת המשפט

הזמין בשך כשל"פ וקיבל בשך שלא כשל"פ

יו"ל ע"י "מכון מענה שמחה"
בעריכת הר"ר שלום רוטמן
© כל הזכויות שמורות.

לתגובות והערות:
maanesimcha@gmail.com

בית הוראה לענייני ממונות "בית גרוס"

ע"ש ברוך וברכה גרוס • שע"י כולל חו"מ 'אהל יוסף'

בבית ההוראה ניתן מענה בדיני ממונות ע"י דייני בית הדין ובית ההוראה, סיוע בעריכת צוואות וחוזים, בשפות עברית אנגלית יידיש וצרפתית

זמני בית ההוראה:

ימים א-ה: בין השעות 13:40-15:30

יום ו: בין השעות 11:15-13:00

בגים מאירות 1 ירושלים • טלפון 02-502-3637 • דוא"ל: beisdin@neto.net.il

ד. באופן שבעה"ב חושש קצת שהוצאת חומר הגלם מרכושו תגרום לו נזק קבוע [ומדובר רק בחשש ולא ברור כן], וכגון שהתקין מוצר על אריחים וסביר לחשוש שהסרתו תערער את אחיזת האריחים, יכול בעה"ב לשלם למשביח כמה ששווה חומר הגלם של המשביח, או לתת לו חומר גלם דומה⁵. אבל באופן שנטילת השבח תגרום בוודאות נזק קבוע לבעה"ב, וכגון שהתקין מנעול מספרים לדלת פלדה וא"א לסתום את החור לחלוטין, ויש לו טענה הגיונית שאין לו צורך כלל בשבח, נראה שבעה"ב יכול לעכב על המשביח ליטול את השבח ופטור מלשלם עליו⁶. כל עוד אינו משתמש במנעול הזה⁷.

טענת טול עציץ ואבניך בנכס שעמד להשבחה

ה. אם הנכס עמד להשבחה, והיינו שמסתבר שבעה"ב רגיל היה משביח כך את הנכס בעצמו⁸, ובכ"ז בעה"ב דורש לסלק את השבח, ונראה לבי"ד שאינו מתכוון לקנטר סתם⁹, נחלקו הראשונים והפוסקים אם יש טענת 'טול עציץ'¹⁰. ו"א שאינו יכול לטעון 'טול' ולהיפטר מתשלום¹¹, ו"א שהגם שהנכס עמד להשבחה בכ"ז יכול

לפי מידת החלונות של המשכיר, יכול המשכיר לדרוש ממנו לסלק את הווילונות בתום תקופת השכירות ולהחזיר את הדירה למצבה הקודם, הגם שלא יהיה לשוכר מה לעשות עם הווילונות ויפסיד את כספו.

ב. במקרה שסילוק עבודת המשביח או החזרת המצב לקדמותו עולה כסף, וכגון שצריך לשכור פועלים בשביל כך, חייב המשביח לשלם את ההוצאות³.

ג. כשטוען בעה"ב 'טול עציץ ואבניך', מקבל המשביח רק את חומר הגלם שמרכיב את ההשבחה, אפילו אם שוויו ירד בגלל שקיבעו אותו ברכוש בעה"ב. וכשבא המשביח ליטול את חומר הגלם, אין זכות לבעה"ב לסרב לנטילת השבח [אם אין לו סיבה מיוחדת כלהלן בסעיף הבא], ואפילו אם הוא מציע למשביח את שווי חומר הגלם והוא מצוי לקנייה בשוק, ואפילו אם הוא מציע חמר גלם חילופי זהה, עדיין זכותו של המשביח לדרוש את חומר הגלם שלו דווקא⁴, (ואדרבה, ייתכן שטענת בעה"ב מוכיחה שאינו חפץ באמת בסילוק השבח וטוען 'טול' רק להשתמש מתשלום).

ציונים והערות

- אפשרות טכנית ליטול, שיתבאר בעז"ה בעלון הבא.
- כי אם הוא משתמש במנעול בזמן שאין לו הכרח, הרי זה מגלה שטענת 'טול' לא הייתה אמיתית, וכמעשה שמוכר בגמ' (ב"מ ק"א ע"א).
- זה הפשט של 'שדה העשויה ליטע' כמבואר בעלון 121.
- כל הנידון כאן הוא רק באופן שיש לבעה"ב טענה מסוימת למה הוא דורש לסלק את השבח, אעפ"י שהנכס עמד להשבחה, וכמש"כ הרא"ש (ס' כ"ב) "יש לי נטיעות הרבה אני צריך לשדה לכן... קח נטיעותיך כי אני רוצה לעוקרם ולזרוע תבואה", והיינו שיש לו סיבה אישית להשתמש בשדה שלא באופן הצפוי, וכלשון החזון איש (ב"ב ס' ב' סק"ג) "לא ניחא ליה בגלל הסיבות הפרטיות שלו", אבל אם אינו מציע סיבה הגיונית אין לו שום טענה וכפי שנכתב להלן (סעיף ז').
- בפתיחה לעלון הבאנו דברי הרי"ף שדין טול עציץ לא נתבאר בגמ', ושדרו ממתבתא שיש טענת טול. והנה ברי"ף לא התבאר בפירוש אם ישנה לטענת טול גם בשדה העשויה ליטע, או שדברי הגאונים נאמרו רק בשדה שאינה עשויה ליטע. והטעם לחלק ביניהם, כי בשדה שאינה עשויה ליטע מובן שפיר שיכול בעה"ב לטעון שאינו חפץ בשבח, שהרי השדה לא עמדה בכלל לנטיעה אלא לזריעה, וא"א להכריחו להשביח שדהו שלא כרצונו, אבל בשדה העשויה ליטע, איזו טענה יש לבעה"ב? והרי המשביח עשה בשדה מה שממילא היה בעה"ב אמור לעשות בה שהרי השדה עשויה ליטע? וא"כ אולי כלל אין טענת טול עציץ ואבניך.
- רוב רובם של הראשונים הסכימו לדעת הרי"ף (שלא כדעת רבינו האי גאון) שבאופן עקרוני יש טענת טול, ואף למדו כך בגמ' עצמה וכלעיל אות ב', אלא שהראשונים נחלקו אם ישנה לטענה זו גם בשדה העשויה ליטע. דעת הרמב"ן (ב"מ ק"א ע"א) וסיעתו שאין טענת טול בשדה העש"ל, ודעת הרא"ש (שם ס' כ"ב) וסיעתו שיש טענת טול אפילו בשדה העש"ל, ומחלוקתם תלויה בדרך שלומדים את הגמ' ממנה למדו שיש טענת טול, וכלהלן.
- כך למדו הרמב"ן וסיעתו מהגמ', שהנה בעובדא שהובאה בגמ' (שם) "ההוא דאתא לקמיה דרב, אמר ליה זיל שום ליה, אמר ליה לא בעינא, אמר ליה זיל שום ליה וידו על התחנותה, אמר ליה לא בעינא, לסוף חזייה דגדרה וקא מנטר לה, אמר ליה, גלית אדעתך דניחא לך, זיל שום ליה וידו על העליונה", יש לברר אם העובדא הייתה בשדה העש"ל או בשדה שאינה עש"ל, ומה פשר טענת בעה"ב "לא בעינא" בראשונה ובשנייה. וגם למה שינה רב את הפסק, ומדוע לא השיב לו רב כלום אחר שטען "לא בעינא" בפעם השנייה.
- הרבה ראשונים ביארו את הגמ' בדומה לביאורו של הרמב"ן (שם), שכתב וז"ל: "הא דא"ל רב לההוא גברא זיל שום ליה, סתמא קאמר ליה, לא ידו על העליונה ולא ידו על התחנותה, כדי לידע אם היתה לו שדה העשויה ליטע אם לאו, ואמר ליה ההוא גברא לא בעינא, כלומר אני לא הייתי נוטעה, ואמר ליה שום ליה וידו על התחנותה, ואמר ליה לא בעינא, נראה לי דה"ק ליה, לא בעינא, יטול עציץ ונטיעותיו וילך לו, ואשתיק רב... דדינא קאמר ליה כיון דלא בעי נטיעות, שאם רצונו בשדה לכן אינך רשאי לכופו ליקח נטיעותיו של זה, וכיון דחזייה לבסוף דגדרה, א"ל גלית דעתך דניחא לך, ודעתך לנוטעה, ושום ליה וידו על העליונה, שאם אין דעתך לנוטעה ובשדה לכן אתה רוצה, אמאי מנטרת לה, הרי יש עליו ליטול עציץ ונטיעותיו".

- השו"ע ונושאי כליו לא הביאו דעת בעה"מ כלל, וכתב החו"י (הובא בכללי תפיסה סעי' כ') שלא אומרים קים לי כשיטה שלא הובאה בשו"ע ונו"כ.
- טור (ס' שע"ה) בשם הרמ"ה, ואף שהדין לא הובא בשו"ע, מ"מ לא מצאנו מי שחולק עליו, וכ"פ הערוה"ש (ס"א). וכ"פ הרשב"א (שו"ת החדשות ס' שמ"ג): "וכל שאין שמעון רוצה באותו בנין, חייב ראובן לסתום סתימה חזקה לפי ראות בית דין כדי שלא יהא בו שום נזק לשמעון, וחייב בכל מה שיראו בית דין שהזיקו בחפירתו", ואעפ"י שהרשב"א מדבר באופן שמתחילה מחה בעה"ב במשביח שלא יבנה, מ"מ אפשר ללמוד מדבריו לכל טענת טול.
- כך הדין בהכרח, כי אם יש לבעה"ב זכות גם לטעון טול וגם לדרוש להישאר עם השבח, לא מצאנו לעולם דין ידו על התחנותה, שהרי תמיד יטען בעה"ב טול, ואז ישלם למשביח את דמי חומר הגלם ויפטר מדמי ההוצאות ושכר טירחה, ואיזה בעה"ב יתחייב לשלם ידו על התחנותה? ובהכרח שכשבעה"ב טוען טול אינו יכול להתנגד לסילוק השבח, ואם אינו חפץ בסילוק השבח ישלם ידו על התחנותה, וזהו הסברא הפשוטה, שאם בעה"ב חפץ בהשבחה ישלם עליו כדינו, (וכך היה פשוט לראשונים בסוגיין, שהרי בעובדא דרב שחייבו בשכר, לא דובר על טענה ששמר בגלל שהתכוון לשלם את דמי חומר הגלם). וכן מוכח מהרדב"ז שלהלן (בהערה הבאה) שהתיר לבעה"ב לשלם תמורת העצים רק כשיש חשש שנטילתם תזיק לבעה"ב ומטעם 'כופים על מידת סדום', והיינו שבאופן שאין שום חשש אין בעה"ב יכול לכפות זאת על המשביח.
- מקור הדין הוא הרדב"ז (ח"ו ס' ב' אלפים רנ"ו) שכתב וז"ל: "ואם אמר טול עציץ ואבניך כפי אשר ישימו השמאים כדי שלא תפסיד שאר הבנין ויתרועע היסוד, כגון זו כופין על מדת סדום, וכ"ש אם אמר לו טול עצים כעציץ ואבנים כאבניך דזה נהנה וזה אינו חסר הוא". ונראה שצריך לבאר בדברי הרדב"ז, שלכא"ו אם נטילת השבח מזיקה בוודאי לבעה"ב, מה הוצרך הרדב"ז לטענת כופים על מידת סדום, הרי פשוט שאין למשביח זכות להזיק לבעה"ב? אלא לכא"ו בדין הרדב"ז לא מדובר על היזק ודאי אלא רק על חשש היזק, ובה מצא היתר לבעה"ב לשלם דמים רק מטעם כופים על מידת סדום. וכתב הרדב"ז שכשהוא משלם לו דמים, משלם כשווי חומר הגלם אחר שקיבעו אותו בבניין והורידו אותו (היינו מחיר של מוצר משומש), ואף ששווי יורד מחמת כך, מ"מ אינו חייב לשלם אלא כמה שהחומר גלם היה שווה בשוק אם היו מוציאים אותו מרכוש בעה"ב, והגם שע"ז ירוויח בעה"ב, כי חומר הגלם כשהוא מקובע ברכוש בעה"ב שווה יותר ממה שישלם למשביח עובר חומר הגלם שלו, מ"מ כתב הרדב"ז שאינו משלם אלא כנ"ל "אע"ג שכשסותר אותם אינם שוים כבתחלה". ועי"ש שהרדב"ז דייק כך מלשון הרמב"ם (ג"א פ"ט ה"י) והוא גם לשון השו"ע (שע"ה ס'). ובעלון הבא נדון עוד בדבריו בעז"ה.
- כפי שכתבנו באות הקודמת לכא"ו הרדב"ז מדבר רק במקרה שאין ודאות שנטילת העצים תזיק, אלא שבעה"ב חושש לכך, שאז מעיקר הדין לא היה בעה"ב יכול לעכב את נטילת העצים בגלל חששו, ורק מטעם כופים על מידת סדום הותר לו לשלם תמורת העצים, אבל במקרה שנטילת העצים תזיק בוודאות לבעה"ב, גם לולא טעם 'כופים על מידת סדום' יכול לעכב את המשביח מליטול את עציץ ולהזיק לו. וכיון שהמשביח אינו מסוגל להחזיר את המצב לקדמותו, הרי"ז דומה לדין שבח שאין

צינים והערות

שדין 'טול' נלמד מדין 'אטול' וכמו שהבאנו בפתחה לעלון, וא"כ כיון שבשדה אין טענת 'אטול', לכן אין מקור שבעה"ב יכול לומר 'טול', ורק בבית כיון שיש דין אטול יש גם דין טול. (אבל באינה עש"ל לכל הדעות יש טענת טול אפילו בשדה כי המשביח אינו יכול לכופ על בעה"ב לקבל השבחה שאינו צריך לה).

וביאור הקשר בין זכותו של המשביח לומר "אני נוטל" לזכותו של בעה"ב לומר "טול" נראה, שבאמת הנימוק "מסכים לעצם סברת הרמב"ן שבעשויה ליטע אין טענת טול כיון שמסתמא ניחא ליה בשבח, אלא שבבית העשוי ליבנות אין הקנאת המשביח מוחלטת, שהרי הוא יכול לטעון 'אטול', ולכן יכול בעה"ב לטעון טול, כיון שאינו מן הסברא שזמן שהמשביח אינו מקנה את השבח בצורה מוחלטת והוא יכול לחזור בו, יוכל גם לכפות על בעה"ב לקבל את השבח. וזה שייך רק בבית שיש טענת אטול ולא בשדה שאין טענה זו וההקנאה היא מוחלטת.

וקרוב להסבר שכתבנו בשיטת הנמוק"י כתב האבן האזל (ג"א פ"י ה"ד, וד"ל: "ונראה דספיקו של הר"ף א"ם יכול בעל הקרקע לומר טול עציץ, הוא משום דשמא ידו על התחנתו כבר נתחייב וכבר קנה הבנין לשלם בדין זה, ובוזה שדרו שפיר ממתבתא, דכי היכי דבעל הבנין יכול לומר עצי ואבני אני נוטל, ומוכח דלא נגמור דין זה תיכף במעשה הבנין ולא קנה בעל הקרקע, ה"נ דלא נתחייב".

וזו היא שיטת הנמוק"י וכו', אבל הרבה הראשונים (כמו הרמב"ן) הבינו שדין טול נלמד מהגמ' עצמה בעובדא דרב וכנ"ל, ולא למדוהו מדין אטול, ולכן לא חילקו בין בית לשדה אלא רק בין אינה עש"ל לעש"ל, כי בעש"ל לא מאמינים לבעה"ב שלא ניחא ליה בשבח.

המהר"ט (ח"א סי' ק"ו) הביא את הנימוק"י ונראה שהסכים עמו, אבל הסביר אותו באופן שונה ממה שהסברנו. והוא הוסיף שאפשר שאף הרמב"ן וסיעתו מסכימים לזה, וז"ל: "שאף המפרשים שחלקו בשדה העשויה ליטע דאין שומעין לו שיאמר טול נטיעותיך, אפשר להם שידו בבית אעפ"י שעשויה ליבנות דשומעין לו, וטעמא דמילתא, דבשדה העשויה ליטע מידע ידיע דשדה אילן חשיב טפי משדה לבן וסתם שדה אילן ליטע קאי, וכיון שהשביחו בעי למיתב ליה הוא טופיינא, אבל חצרות ובתים, אעפ"י שעשויות להבנות, מ"מ לא כל אדם עשוי לבזבז נכסיו ולהתעסק בבניינים שממסכנות את בעליהן". והיינו, שבית אינו עשוי ליבנות כ"כ, ולכן יש להסתפק שאולי הרמב"ן היה מודה וכו', כי קשה להגדיר איהו בית עשוי ליבנות ואיך וההגדרה עדינה מאוד.

והש"ך (סק"ב) בדין טול עציץ ציין את המהר"ט. וכן הכנה"ג (ש"ע הגב"י סק"ג) הביא את המהר"ט שסבר כנימוק"י: "אבל מורי הרב ז"ל (המהר"ט) בתשובה כתב, דאפילו למפרשי דסוברים דבשדה אין שומעין לו, בבית יודו דשומעין לו".

ומ"מ נראה ששאר הראשונים שלא חילקו כך חולקים על הנימוק"י, וכן אפשר להוכיח גם מהרמב"ן וגם מהרא"ש, כי הרמב"ן במלחמת (ב"מ נ"ח ע"ב) כתב להדיא "שאין לחלוק בין בית לשדה בשאמר בעל הקרקע טול עציץ ואבניך", וגם הביא להוכיח כדעת הר"ף שיש טענת טול מירושלמי (גיטין פ"ה ה"ו) שלפי הבנתו מבו' שם להדיא שיש טענת טול, וכן מבו' שם להדיא [לפי פשוט אחד של הרמב"ן] שבעש"ל אין טענת טול, והירושלמי מדבר להדיא בבניין, וא"כ מוכח ברמב"ן שגם בבנין העש"ל אין טענת טול (ולעצם הראיה של הרמב"ן מהירושלמי, לפי מה שביארו המפרשים על הירושלמי אין ראיה משם, וכ"נ מירושלמי דומה (ב"ק פ"ט ה"א), ואיכה"מ). וכן מוכח ברא"ש, כי כתב גם לגבי שדה העש"ל (סי' כ"ב), וגם לגבי בית העש"ל (סי' כ"ג) שיש טענת טול אם אינו מבקש תואנה. וכך מפורש בעוד ראשונים, וכגון במאירי (ב"מ ק"א ע"א) הסובר כשיטת הרמב"ן, ובתלמידי הרשב"א (הנ"ל בב"י) שסוברים כרא"ש.

והנה לעיל הבאנו שהרשב"א בסוגיין כתב להדיא כדעת הרמב"ן, וגם ה"ה כתב שהרשב"א מסכים לרמב"ן שרק באינה עש"ל ישנה לטענת טול, וז"ל הרשב"א: "ובשדה העשויה ליטע אם אמר בעל השדה טול נטיעותיך אין שומעין לו, דכמאן דגדרה ומנטר לה דמי, ועדיף מינה". אמנם, לכאורה נראה שסתר הרשב"א את עצמו, כי הנה בגמ' (ב"ק כ"א ע"א) מסופר על אדם שבנה בנין על קרקע של יתומים, ופסק רב נחמן שהבנין שייך ליתומים, והתקשה הרשב"א (שם), כי בגמ' משמע שהיתומים אינם חייבים כלום לבונה, ואילו הדין הוא שהיודר לשדה חבירו שלא ברשות מקבל עכ"פ הוצאות, וכתב הרשב"א ליישב: "ומדוחק יש לי לומר, דכיון שירד לקרקע של יתומים ובנאה מדעתו, אעפ"י שהיא עשויה ליבנות, כל שהן קטנים א"ל לו לגבות יציאותיו מהן עד שיגדלו, ושמא אפילו לכשיגדלו אמרו לו טול עציץ ואבניך", וא"כ מבו' ברשב"א שאפילו בשדה העש"ל יש טענת טול עציץ. והגר"א (שע"ה סקט"ז) הביאו וכתב: "ואף שהרשב"א חזר והקשה על פי' אינו מוכרח ע"ש", (והיינו שהגם שהרשב"א אח"כ הקשה על פירושו, בכ"ז אפשר לנקוט כן לדניא כי הקושיה אינה מוכרחת).

והיה נראה ליישב, שכל הטעם של הרמב"ן והרשב"א שאין לו טענת טול בשדה העש"ל הוא, שאנן סהדי שניחא ליה לבעל השדה בשבח, ולכן כשאומר שלא ניחא

וכדברי הרמב"ן כתבו הרבה ראשונים, הרשב"א (שם), הריטב"א (שם), הר"ן (שם), תלמיד הרשב"א (שם), הר"י מלונלי (על הר"ף שם נ"ח ע"א) והנימוק"י (שם). וכ"נ שלמד רש"י (שם ד"ה לא בעינא), כי למד העובדא דרב בשדה שאינה עשויה ליטע.

ולפי פירוש זה נלמד מהגמ' שיש טענת טול בשדה שאינה עש"ל, כי זו הסיבה שפטר רב את בעה"ב אחר טענתו השנייה. והטעם שלא העמיד הרמב"ן את הגמ' בשדה העש"ל, כתב הרמב"ן שהוא בגלל שאין טענת טול בשדה העש"ל, וז"ל הרמב"ן: "ומיהו בשדה העשויה ליטע אין שומעין לו, דכמאן דגדרה ומנטר לה דמי ועדיף מינה", וכוונתו, שבשדה העש"ל אין מקבלים טענת טול, שהרי ברור לנו שבעה"ב חפץ בהשבחה כיון שהוא עומד לך, וא"כ מאיזה טעם יוכל לטעון טול עציץ ואבניך.

והנה המגיד משנה (ג"א פ"י ה"ה) כתב שנראה ברי"ף (וכן למד ברמב"ם כלהלן) שגם הוא סובר שאין טענת טול אלא בשדה שאינה עש"ל, וז"ל "נראה שאין דעת הרב ז"ל בזה אלא בשדה שאין עשויה ליטע, שאז הדין עם בעל השדה... וכ"נ מן ההלכות", וכתב ע"ז הבי" (שע"ה) "איני רואה בדברי ההלכות הוכחה לזה". ובאמת שיש קצת הוכחה מהר"ף שהבין שאין מהגמ' ראיה כלל לדין טול, כי כתב "הא מילתא ליתא בגמרא בהדיא ושדרו ממתבתא", ולפי שאר הראשונים הדין מבואר בגמ', ועכ"פ עדיין אין ראיה מדברי הר"ף שסבר כהרמב"ן ולא כהרא"ש וכמו שטען הבי"י.

אכן מצאנו גירסא ברי"ף שכתב לפרש הגמ' ממש כהרמב"ן, והדברים נוטים שלמד שהעובדא הייתה בשדה שאינה עש"ל, והיא גירסת האור זרוע (ח"ג פסקי ב"מ סי' שכ"ה) ברי"ף, שציטטו בזה הלשון: "כתב רבי יצחק אלפס זצ"ל, אי אמר בעל הקרקע טול עציץ ואבניך... כי ההוא דאתא לקמיה דרב, א"ל זיל שום ליה וידו על התחנתו, א"ל לא בעינן בנטיעתה שדה לבן היתה לי... עכ"ל", ולגירסא זו משמע מאוד ברי"ף כהרמב"ן (אמנם לפי"ז צ"ע מה כוונת הר"ף שהבאנו בהקדמה שהדבר אינו מפורש בגמ', ואולי כוונתו שאין הכרח ממש לפרש כך את הגמ'. ולהלן הבאנו דברי תלמידי הרשב"א שהבינו ברי"ף לפי גרסתנו להיפך).

12. הרא"ש (ב"מ פ"ח ס"ב) הביא את דעת הראשונים הנ"ל בביאור הגמ', וחלק עליהם שא"א לפרש את העובדא של רב בשדה שאינה עשויה ליטע, א', כי אם כן ודאי מה שהשיב רב בתחילה "זיל שום ליה" כוונתו הייתה לידו על התחנתו, וא"כ מה נשתנה התשובה השנייה של רב מהראשונה. ב', שאם הייתה שדה שאינה עש"ל, למה פסק רב בסוף שידו על העליונה, כי אע"ג שראוהו בסוף שהוא חפץ בהשבחה, אולי א"כ א"ב כפי דיעבד אחר שכבר הושבחה השדה, ולא מכיון שמבחינתו היא שדה העשויה ליטע. [והבי"י (סי' שע"ה) השיב על טענותיו, וראה גם פלפולא חריפתא (שם)].

ומכוח קושיות אלו ביאר הרא"ש בגמ' שהעובדא הייתה בשדה העשויה ליטע, וז"ל (תוס' הרא"ש שם, וכע"ז בפסקים שם): "שמין לו וידו על התחנתו, והני מילי כשבעל השדה רוצה לקיים הנטיעות בשדהו, אבל אם אינו רוצה לקיים, אומר לו קח נטיעותיך ולך, אפילו בשדה העשויה ליטע. וההוא דאתא לקמיה דרב, שדה העשויה ליטע היתה. אמר ליה זיל שום ליה, פי' וידו על העליונה, אמר ליה לא בעינא, יקח נטיעותיו, [אמר ליה] זיל שום ליה וידו על התחנתו, פי' אם יתרצה בכך תרצה ליתן לו כך, [אמר ליה] לא בעינא, אפילו זה אינו רוצה. כיון דחזייה דקא גדר, א"ל גלית אדעתך דניחא לך, ואתה רוצה לקיים, זיל שום ליה וידו על העליונה, כי שדה העשויה ליטע היתה".

כדעת הרא"ש סבר הרמ"ה (הובא בטור שע"ה), וכ"כ בפסקי ריא"ז (ב"מ פ"ח הלכה ה' אות י'), וכ"כ רבינו ירוחם (מישרים נ"ב ח"ב), וכן דעת תלמידי הרשב"א שהובאו בבית יוסף (סי' שע"ה מחו' א') וז"ל: "דאפילו בשדה העשויה ליטע יכול לומר לו טול עציץ ואבניך ונטיעותיך, שאם לא כן נמצא אדם כופה לעשות שדה וגנה וחצר ובתים, וכן נראה מדברי הר"ף שכתב גבי בית שאם אמר בעל הקרקע לבעל הבנין טול עציץ ואבניך שומעין לו, ולא חילק בין עשויה ליבנות לאינה עשויה, ומסתמא בית עשויה ליבנות היא".

ובע"ז בעלון הבא נביא מחלו' רעק"א וחזו"א אם מחלו' הרמב"ן והרא"ש כאן קשורה לביאורם בגמ' (ב"ב ד' ע"ב) בסוגיא של מקיף וניקף.

13. הנה במקור הדין ברי"ף, רמב"ן ורא"ש, לא חילקו בין שדה העשויה ליטע לבין בית העשוי ליבנות, ונראה בפשטות שמי שסובר שיש טענת טול בעש"ל סובר כך בשניהם, או להיפך שאין טענת טול בשניהם, אכן הנימוק"י (ב"מ נ"ח ע"א) חילק להדיא בין בית לשדה, כי הביא את דעת הרמב"ן שאין טענת טול בשדה העש"ל, ובהמשך כתב להוכיח מדברי הר"ף והגאונים שיש טענת טול בבנין העש"ל, "דאפילו בבית העשויה לבנות שומעין לו... ודאי אפ"י עשויה ליבנות יכול אחד מהם לטעון אטול עצי ואבני או טול עציץ ואבניך".

וטעם החילוק הוא, שהנה בגמ' (ב"מ ק"א ע"ב) מבו' שיש למשביח טענת 'עצי ואבני אני נוטל', אבל רק בבית ולא בשדה, כי בשדה הגמ' אומרת שאין למשביח זכות ליטול את הנטיעות בגלל יישוב א"י או בגלל כחשא דארעא, והנה הר"ף בשם הגאונים כתב

'טול'¹³. ולדעת המחבר נוקטים שיכול לטעון כן בכל אופן¹⁴, ובדעת הרמ"א נחלקו הפוסקים איך נקט, והרבה פוסקים כתבו שמסכים למחבר¹⁵.
ו. ויש שצימצמו את המחלוקת הנ"ל, וכתבו שאם טענת בעה"ב

צינים והערות

נראית סבירה בעיני הדיין, מסכימים כל הראשונים שיכול בעה"ב לדרוש כן מהמשיבא אפילו אם הנכס עמד להשבח¹⁶. וכן נראה להלכה, שאם יש לבעה"ב טענה מיוחדת למה הוא טוען טול עציך, וטענתו נראית סבירה והגיונית בעיני ביה"ד, הדין נוטה יותר שלכל

טול גם בעשויה ליטע.

15. הפוסקים נחלקו בדעת הרמ"א, כי הנה כתב המחבר (ס"ו): "היורד לתוך חורבתו של חבירו ובנאה שלא ברשות, שמין לו וידו על התחונתו ואם אמר בעל הבנין עצי ואבני אני נוטל, שומעין לו. אמר ליה בעל הקרקע טול מה שבנית, שומעין לו", וכתב הרמ"א "ודווקא אם החורבה אינה עשויה לבנות, אבל אם עשויה לבנות, או במקום שסתם חורבה עומדת לבנות, דינו כמו חצירות, שיתבאר בסמוך". וכיון שבדברי המחבר היו שני דינים נפרדים, א' לענין טענת 'אטול' של המשיבא, ב' לענין טענת 'טול' של בעה"ב, יש להסתפק לענין מה חילק הרמ"א בין חורבה העש"ל לבין חורבה שאינה עש"ל.

מהסמ"ע (סק"ג) נראה שהבין שהרמ"א חולק על המח', כי הוא מציין על דברי הרמ"א "הטור בשם הרמ"א שכתב", ומביא את שיטת הרמ"א שיש טענת טול בשדה העש"ל, ונראה שהבין בדברי הרמ"א שהוא מחלק בין עש"ל לאינה עש"ל לענין טענת טול, והיינו שהרמ"א סבר כדעת הרמב"ן נגד המח', והסמ"ע אומר שהרמ"א חולק, וכ"כ ברור בדבריו אח"כ (סק"ד), כי הרמ"א כתב שם שאין דין אטול בבית העש"ל, וביאר הסמ"ע שזה מטעם שאין לבעה"ב טענת טול, והיינו שבעש"ל אין טענת טול ואין טענת אטול. אכן בשו"ת שבות יעקב (ח"א סי' ק"ב) חולק על הסמ"ע, ומפרש שהרמ"א התכוון לחלק בין עש"ל לאינה עש"ל רק לענין טענת 'אטול' של המשיבא, שבה אין שומעין לו בשדה העשויה ליטע, אבל לענין טענת 'טול' אף בשדה העשויה ליטע שומעין לו. וכ"כ גם בגר"א (סק"ז) שהרמ"א לא ירד לחלק כלל בדין טול אלא בדין אטול, וכתב שדין טול שנוי במחלוקת.

וכן נראה ברור בדעת הרמ"א, כי בדרכי משה לא התייחס כלל לדין טול, ומאידך כתב להדיא שבעש"ל אין טענת אטול וכדעת תלמידי הרשב"א שהביא הב"י, וא"כ נראה שמה שכתב בשו"ע הוא ממש דין זה, שמש"כ הרמב"ם שיש טענת אטול בחורבה הוא רק באינה עש"ל, אבל בעש"ל דינו כמו שכתב בחצירות, ובחצירות כתב (ס"ז) להדיא שאינו יכול לטעון אטול. ולענין טענת טול, הנה שיטת תלמידי הרשב"א היא להדיא כהרמ"א, כי כתבו: "אבל בשדה העשויה ליטע או בבית העשויה ליבנות אינו יכול לומר לו עצי ואבני אני נוטל, שהוא על דעת שיזכה בו חבירו בנה ונטע, ואם כן כל זמן שלא אמר איני רוצה בו אין הלה יכול לחזור בו, שהרי חצרו קנתה לו מיד", ומפ' שבעה"ב יכול לומר טול והמשיבא אינו יכול לומר אטול, ותלמידי הרשב"א הם מקור דברי הרמ"א.

גם המנחת פתים (שם) הבין במקו"א בדעת הרמ"א שסבר כשיטת הרמ"א, כיון שלא הגיה על המחבר (שמשמעותו שסבר כדעת הרמ"א ש'וכלעיל), ולגבי דברי הרמ"א בחורבה כתב המנח"פ כהנבת הסמ"ע, ונשאר בקושיא שהרמ"א סותר את עצמו, אבל לדינא מסכים שהעיקר הוא כהרמ"א. גם הערוה"ש (סע' י' ו"א) הבין ברמ"א שסובר כהרמ"א ש'ופסק כן להדיא (סע' א'), ויישב דברי הרמ"א בחורבה שהוא מדבר רק "במקום ש"ב ד' רואים שהכרח לבעה"ב לבנות במקום זה לפי מצבו ומצב העיר, ובעצמו היה בונה כן, וזה שבנה בנה כהוגן באופן אשר הבעלים בעצמם לא היו בונים טוב מזה, בזה שפיר פסק דהבעלים אין יכולים לומר טול עציך ואבניך", וזה כמש"כ הרמ"א ש'עצמו בחורבה, שאם הוא אומר טול רק משום תואנה אין שומעים לו, אבל בסתם עש"ל אפשר לומר טול.

16. כבר הזכרנו לעיל שהחזו"א (ב"ב סי' ב' סק"ג) צימצם מאוד את המחלוקת בין הרמב"ן לרא"ש, וז"ל: "ובזמן דאיכא שבחא ומקרי עשו"י ליטע, נחלקו אם לבעה"ב לא ניחא לי מפני סיבות פרטיות שלו... ואמנם נראה דאין כאן מחלוקת, דאין דברי הרמב"ן והרשב"א אלא בשאין לבעל השדה אמתלא וטעם מפני מה לא היה רוצה לנוטעה, ואנו רואים את תשובתו טול נטיעותיך רק להכעיס את היורד כעין 'גם לי גם לך לא יהיה', או כדחיה שלא לשלם, אבל אם הדבר אמת שאינו חפץ בנטיעותיו אלא רוצה בעקירתן, דינו כשדה שאינה עשו"י ליטע... ובזה ניחא דברי תלמידי הרשב"א שהביא ב"י, שכתבו דאף בעשו"י ליטע יכול לומר לו טול, שאם לא כן נמצא חבירו כופהו לעשות כרם או בית, וזה היפוך דברי הרשב"א, אבל דבריהם בזמן דלא ניחא לי באמת וכמש"כ דנמצא חבירו כופהו, אלמא בדלא ניחא לי קיימינן, ודברי הרמ"א ש'הם במקום דלדידיה באמת לא ניחא ליה.

"ובטור ס"י ש"ע קבע להו בפלוגתא, ואין כאן מקום לפלוגתא, אם לא שנאמר דפליגי בסתמא אי חשיבין לי למשקר, ולדעת רמב"ן ורשב"א סתמא מחזקינן לי למשקר, ולדעת הרמ"א סתמא מהימן, אבל בנראה דמשקר מודה הרמ"א ש'כמש"כ בהדיא בבנה חורבתו של חבירו ואמר הלה טול עציך ואבניך, אם לא השתמש בחורבתו ויש לו כדי פרנסתו חוץ מדמי הבנין, אמרינן דתואנה הוא מבקש".

להינה וטוען טול איננו מאמינים לו, וכמו הטעם שכתב הרשב"א "דכמאן דגדרה ומנדר לה דמי", וא"כ יתכן לומר, שבאופן שכן יש סברא שבאמת לא ניחא לו בשבח אפילו בעש"ל, וכגון שאין לו כסף לשלם, אז כן תהיה טענת טול אפילו בעש"ל, וא"כ ייתכן שזו כוונת הרשב"א לגבי יתומים, כי הרמ"א (שם פ"ב ס"ו) למד שהיתומים לא שילמו מיד כיון שלא היה להם כסף לשלם, וא"כ אולי זו כוונת הרשב"א שיתכן שכשיגדלו לא יהיו להם מעות ויוכלו לטעון טול. ולפי זה יוצא שאין חילוק מהותי בין הרמ"א [הסובר שיש טענת טול בעש"ל] לבין הרשב"א [הסובר שאין טענת טול], כי הרמ"א התנה להדיא שיש טענת טול רק באופן ההחורבה הייתה בשימוש וגם אין לו לשלם, ולפי הנ"ל גם הרשב"א סובר שכשאין תנאים דומים לאלו יש טענת טול.

והנה להלן (הערה 16) נביא דברי החזו"א שהניח יסוד כנ"ל שבאמת אין כמעט מחלוקת בין הראשונים, כי באופן שבעה"ב מציג טענה מסתברת למה אינו חפץ בשבח למרות שהשדה עש"ל, כל הראשונים מסכימים שיש טענת טול, וכנ"ל, ובזה יישב (ב"ב סי' ב' סק"ג) מה שנראה כסתירה בין הרשב"א לתלמידיו, כי בעוד שהרשב"א בסוגיין סבר להדיא כהרמב"ן, תלמידיו סברו להדיא כהרמ"א וכנ"ל, וכתב שלפי היסוד שהניח תתיישב הסתירה. ולפי דברינו תתיישב בזה גם הסתירה בדברי הרשב"א עצמו. אכן עדיין צ"ע, כי גם ברשב"א בסוגיין וגם ברשב"א בקרקע של יתומים, בשניהם לא סייג הרשב"א דבריו ולא התייחס לטענת בעה"ב אם היא מסתברת או לא.

ועכ"פ, אם נאמר שהרשב"א סבר כנימוק", יש לנו יישוב נוסף בדברי הרשב"א הנ"ל, כי בסוגיין שכתב שאין טענת טול הזכיר רק שדה, ובקרקע של יתומים שכתב שיש טענת טול מדובר להדיא בבונה בית כשהקרקע לא הוכחשה. ובעלון הבא נביא תירוץ אחר מיושב בדעת הרשב"א.

14. הפוסקים נחלקו בדעת הרמב"ם (ג"ר פ"י) אם סבר כשיטת הרמב"ן או כשיטת הרמ"א. כי הרמב"ם (ה"ד וה"ה) כתב: "היורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות ונטעה, אם היתה שדה העשויה ליטע אומדן... ואם אינה עשויה ליטע שמין לו וידו על התחונתה. אמר לו בעל השדה עקור אילנך וכן שומעין לו", וכתב המגיד משנה (ה"ה) "נראה שאין דעת הרב ז"ל בזה אלא בשדה שאין עשויה ליטע, שאז הדין עם בעל השדה, אבל בעשויה ליטע לא כל הימנו, וכן עיקר", וכ"כ גם בשו"ת הריב"ש (סי' תקט"ו), הביאו הב"י סי' שעה"ה) בדעת הרמב"ם, אמנם שניהם לא הביאו שום הוכחה שהרמב"ם אינו סובר כהרמ"א, ואכן הכסף משנה (ה"ה) חלק בדעת הרמב"ם, וז"ל: "פשט דברי רבינו נראה דאכל מאי דכתב לעיל קאי, בין עשויה ליטע בין אינה עשויה ליטע", והיינו שכיון שבהל"ד כתב הרמב"ם גם דין עש"ל וגם דין אינה עש"ל, והמשיך מיד בהל"ה שבעה"ב יכול לטעון טול ולא חילק בין עש"ל לאינה עש"ל, משמע שבשניהם אפשר לטעון "טול".

בשו"ת פני משה (ח"ב סי' מ"ה) הסכים למ"מ בדעת הרמב"ם ודלא כהכסף משנה, וטען שראיית המ"מ היא, שהנה אחר שכתב הרמב"ם מתחילה את הדין הכללי של עש"ל ואינה עש"ל כנ"ל, פירט וכתב הלכה מיוחדת (ה"ו) שחצר יש לה דין עש"ל, והלכה נוספת (ה"ט) שחורבה יש לה דין אינה עש"ל, ורק כשפירט דיני אינה עש"ל בהל"ט חזר וכתב שיש לבעה"ב טענת טול, אבל כשפירט דין עש"ל בהל"ו לא הזכיר שוב דין טול. והפנמי"ש דוחה את ראיית הב"י, שאפשר לומר שהל"ה היא המשך רק לסוף הל"ד שמדבר על אינה עש"ל. גם האבה"ז (שם) השיב על טענת הב"י בדומה לפנמי"ש, ונקט כדעת המ"מ.

ולהלכה לדעת המחבר, בבית יוסף (שעה"ה) הלך לשיטתו כמש"כ בכס"מ בדעת הרמב"ם, ולכן פסק כדעת הרמ"א, וז"ל: "ולענין ההלכה, מאחר שהרמ"א סובר כדברי הרמ"א ש'ופשט דברי הרמב"ם כך הם, ומסתבר טעמייהו, הכי נקטינן", וגם הסכים לסברת הרמ"א ש'שבכ"ז אם נראה שבעה"ב רק מבקש תואנה אין טענת טול, כי הביא (בד"ה שם ס"ח) דברי הרמ"א ש'במי שבנה מחדש בית חבירו והוסיף חדרים וכו' שבעה"ב יכול לטעון טול על החדר שהוסיף, והקשה הב"י: "יש לגמגם בו ממה שכתב רבינו בסמוך (ס"ט) בשם הרמב"ם שהחצרות ראיות להוסיף בהם בתים ועליות, ויש לדחות, דשאני בתים ועליות שראויים להשכיר למי שידור בהם בפני עצמם, מה שאין כן בחדרים", והיינו שמש"כ הרמב"ם שאין טענת טול במשיבא חצירות הוא מכיון שתמיד אנתנו מבינים שבעה"ב רק מבקש תואנה, שהרי הוא יכול להשכירם, ורק במעשה דהרמ"א ש'היה צריך לבית למגורי עצמו יש טענת טול, ומוכח שכל מקום שתואנה הוא מבקש אין טענת טול.

בשו"ע (שעה"ה סע"א א' ב') העתיק לשון הרמב"ם, ולכאורה דעתו לפסוק כפי שכתב בכס"מ ובב"י בדעת הרמב"ם שבכל ענין אפשר לטעון טול עציך ואבניך. וכן כתב הסמ"ע (סק"ד), וכ"פ הנתי' (שעה"ה סק"א) שאפשר לטעון

הדעות יכול לדרוש מהמשיב לסלק את השבוע ופטור מתשלום¹⁷, וכ"ש במשיב בית [ולא שדה]. ואם אינו מציג לבי"ד סיבה מיוחדת [אבל גם לא נראה שהוא מקנטר סתם], כיון שהוא ספיקא דדינא הולכים אחר המוחזק, ולכן בדר"כ לא יוכלו לחייב את בעל הנכס לשלם¹⁸.

דוגמא לדין זה: בעל 'מוסך רכב' שקיבל רכב לתיקון, והחליט על דעת עצמו שלא שווה לבעה"ב לתקן מנוע ישן כזה אלא להחליפו בחדש,

ציונים והערות

ובדר"כ אכן מחליפים מנוע במצב כזה, אלא שבעה"ב טוען שהוא תכנן למכור מיד את הרכב במחיר זול, ולכן היה מעוניין בתיקון המנוע דווקא ולא לשלם על מנוע חדש, ועכשיו הוא דורש מבעל המוסך שיחזיר את המנוע הישן. ובמקרה זה, כיון שהרכב הוא בגדר שדה העשויה ליטע, הדין תלוי במחלוקת הנ"ל, ומספק א"א להוציא מיד המוחזק¹⁹.

דוגמא נוספת: שוכר דירה ישנה באיזור חם שהתקין מזגנים בשני

וכע"ז מבו' להדיא בפרישה (שע"ה ס"א), שביאר את דעת הרמב"ן וז"ל: "היינו טעמא, דסבירא ליה דמסתמא ניחא ליה ותואנה הוא מבקש, וכמ"ש הרמב"ן דספיקא ז' בחורבה", והרמב"ן שהביא הובא ברא"ש, ולשונו בשלמות הובאה בשיטמ"ק (ב"מ ק"א ע"א): "ומה שכתב הרב {הרי"ף} בשם הגאון במי שאמר טול עצריך ואבניך שומעין לו, ואמר נראין דבריו, אני בעניתי אני רואה את דבריו, כי כל חרבות נתנו ליבנות, וזה מזיק הוא ואין שומעין לו", וגם מדברי הרמב"ן נראה כדברי החזו"ן, שבחורבה העש"ל אין שומעים לו רק באופן שנראה לבי"ד שהוא מזיק לבעה"ב לחינם.

וכך מפורש גם בדברי הב"ח (שם) "ודעת יש אומרים, דבעשויה ליטע אפילו אומר לו קח נטיעותך ולך אין שומעין לו, אלא צריך לשלם לו כשאר שתלי העיר, דאנן סהדי דמשקר במאי דקאמר עקור נטיעותך דודאי ניחא ליה בהני נטיעות".

וכ"נ במאירי (ב"מ ק"א ע"א), שכל הדין אם מקבלים טענת טול או לא, תלוי אם יש לבעה"ב טענה סבירה למה טוען כך, וז"ל: "אמר בעל הקרקע טול עצריך ואבניך, לא הוזכר דין זה בגמרא, אבל הסכימו ראשי הישיבות... אף הוא יכול לומר טול עצריך ואבניך, ומ"מ גדולי המפרשים חולקין בה, מצד שיש כאן הפסד גדול... בטול עצריך ראוי לומר שאין שומעין, וכן יש לחלק בשדה העשויה ליטע, אבל בשאין עשויה ליטע יש לומר בו שיהא יכול לומר כן... הואיל ואפשר שאינו נהנה בנטיעה, וכן הדין בבנין אם ניכר שאינו רוצה בו". ומפורש בדבריו שבשדה העשויה ליטע יש לומר שאין שומעים לו רק מכיון שבא לקלקל סתם (והיא ממש טענת הרמב"ן, עי"ש בכל דבריו ובכל דברי הרמב"ן הנ"ל), וכן בבית דווקא אם אין לו טעם ניכר, ומשמע ברור שאם יש לו טעם ניכר מקבלים טענת טול אפילו בעש"ל. וכן נראה מדברי הר"י מלוניל שהובאו בשיטמ"ק (שם ע"ב), עיין היטב בדבריו.

ויש להוכיח כך מדברי בעה"מ (ב"מ נ"ח ע"ב בדפי הרי"ף), שהנה הוא פסק כשעת רה"ג (שהובא ברי"ף שם) שלעולם אין טענת טול עצריך ואבניך, ובכל זאת כתב שאם בעה"ב מציג טענה מסתברת יש טענת טול, וז"ל: "אבל ודאי היכא דהוי ההוא בנין שלא כראוי לבעל הקרקע ולית ליה ביה שום הנאה, דלדידיה מתבעי ליה למבנייה דלאו כהוא בניא, כגון זו מסתברא דמצי א"ל טול עצריך ואבניך, דהא לא מהני ליה ולא מידי", וא"כ כ"ש הראשונים שהסכימו שיש טענת טול באופן עקרוני, שאם מציג בעה"ב סיבה הגיונית שלא ניחא ליה שישומעים לו.

17. אחר כל הנ"ל נראה להלכה, שאף שבעיקר המחלוקת כיון שהוא ספיקא דדינא הולכים אחר המחזק וכמ"ש השב"י שניבא בהערה הבאה, וא"כ גם בלי יסוד החזו"ן א"א להוציא מידי בעה"ב המוחזק, מ"מ גם באופן [שאינו מצוי בדר"כ] שהמשיב יחיה מוחזק, מ"מ אם הבעה"ב מציג לבי"ד טענה הגיונית ומסתברת למה נוח לו יותר שיטול השני עציו ואבניו, ואינו מחפש תואנה סתם, נראה שיש לפסוק כחזו"ן שלכל הדעות מקבלים טענתו, וכמו שמשמע ברור בראשונים הנ"ל ובדברי הפרישה והב"ח, וכ"ש בבית שבה גם דעת הנימוק"י שהמרה"ט פסק כמוהו ששומעים לו אפילו אם נפסקו בשדה כשיטת הרמב"ן, והכנה"ג והש"ך הביאו דברי המהרי"ט.

18. כ"פ השבות יעקב (שם), שכיון שנחלקו הראשונים א"א להוציא מיד המוחזק, וכ"כ מהר"א ששון (סי' רכ"ד ד"ה תו יש). וכך פסק הכנה"ג (שם סק"ב) בשם מהר"ם די בוטון (בנו של הלחם משנה), והשיג בזה על הב"י שפסק כרא"ש, וז"ל: "דכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא המוציא מחבירו עליו הראיה", ולכן אם אמר טול אפילו בעש"ל א"א לכוף את בעה"ב לשלם. עוד הוסיף הכנה"ג בשם מהר"ם די בוטון שלא כהנימוק"י הנ"ל: "לאו דוקא בשדה נחלקו רבוותא, אלא ה"ה בבית, למאן דאמר דבשדה שומעין לו ה"ה בבית", אלא שהכנה"ג עצמו הביא עליו דברי המהרי"ט הנ"ל שבבית כ"ע מודים שיש טענת טול אפילו בעש"ל.

19. וכיון שא"א להוציא מידי המוחזק, יהיה הדין בזה כלהלן: באופן שבעל הרכב עדיין לא שילם כלום לבעל המוסך, אזי אם בעל המוסך יחליף בחזרה את המנועים, לא יצטרך בעה"ב לשלם לו את דמי פעולת ההחלפה (כמובן שיצטרך לשלם על תיקון המנוע הישן), ואם בעל המוסך לא מוכן להחליף בחזרה את המנועים, ישלם בעה"ב לבעל המוסך את הסכום העודף שקיבל על הרכב יותר ממה שהיה מקבל על הרכב עם המנוע הישן, ואם הפער במחיר יותר קטן ממחיר מנוע חדש, מפסיד בעל המוסך. ואם

והיינו שהחזו"ן א הבין בפשיטות שבמקום שבעה"ב מציג לבי"ד סיבה הגיונית מדוע נוח לו יותר שהמשיב יטול עציו ואבניו, בזה לא יתכן שיחלוק הרמב"ן שאין טענת טול, כמו"כ הבין בפשיטות שאם אינו מציג שום סיבה הגיונית, בזה הרא"ש ודאי יסכים שאין טענת טול, וכמ"ש הרמב"ן עצמו להדיא בחורבה, וא"כ נמצא שאין ביניהם מחלוקת כלל, ולכן כתב החזו"ן שכל המחלוקת ביניהם היא רק באופן שבעיני בי"ד אין הכרע לכאן או לכאן, אם יותר עדיף לו כך או כך, ובעה"ב טוען שלא ניחא ליה, שבהה לדעת הרמב"ן כיון שהשדה עש"ל אינו נאמן ואין מקבלים טענתו, ולדעת הרא"ש לא מחזיקים אותו לשקר ומקבלים טענתו. [יש לציין שבדברי החזו"ן א הם חלק מיסוד גדול שהניח בפשט ההגדרה עשויה ליטע ואינה עשויה ליטע].

והנה מש"כ החזו"ן מתחילה ש"נראה דאין כאן מחלוקת", בדברי הרבה מאוד ראשונים ופוסקים נראה לא כך, וגם החזו"ן עצמו כתב שהטור כתב שיש מחלוקת בין הרמב"ן לרא"ש, וכן מפורש בדברי הב"י הנ"ל, וכ"כ הסמ"ע, הב"ח (שע"ה ס"א), מהר"ם די בוטון, המהרי"ט, הגר"א ואבה"ז, וכן עוד רבים מאוד.

וע"כ כדברי החזו"ן האחרונים, שאמנם יש מחלוקת בין הרמב"ן לרא"ש, אבל המחלוקת מצומצמת מאוד, דווקא למקרה שאין הכרע אם בעה"ב באמת לא ניחא ליה בשבח או שרק מחפש אמתלא, שאז לדעת הרמב"ן בשדה העש"ל אין שומעים לו ובשדה שאינה עש"ל שומעים לו, ולדעת הרא"ש גם בשדה העש"ל לא מחזיקים אותו לשקר ושומעים לו, אבל במקרה שטענת בעה"ב נראית מסתברת בעיני בי"ד ואינו מחפש תואנה סתם, בזה מסכימים כל הדעות ששומעים לו אפילו בשדה העש"ל, ואם נראה לבי"ד שאין לו טענה אלא מחפש תואנה לכל הדעות אין שומעים לו אפילו בשדה שאינה עש"ל.

ובזה יש להביא סמך וראיה לדברי החזו"ן מדברי כמה ראשונים ופוסקים, וכלהלן. החזו"ן הביא סמך לדבריו שהרמב"ן דיבר רק כשאין לו סיבה הגיונית, וז"ל: "שהרי כתבו {הרמב"ן} וסיעתו] דעשו' ליטע הוי כחזינן דגדרה, ופירשו הא דאמרו בגמ' והא דרב כו' מכללא איתמר, היינו דשמעינן מהא דרב דין עשו' ליטע, הרי שבאו מכה אומד הדעת דודאי ניחא לי, [וכ"ה בלשון הנ"ל], אבל אם קמן טעם דבאמת לא ניחא לי, ודאי שומעין לו". והיינו שכל הדין של הרמב"ן נלמד מדין גילה דעתו דניחא ליה, וא"כ באופן שמסתבר שלא ניחא ליה בזה לא דיבר הרמב"ן.

ובאמת שברשב"א הלשון מורחב יותר, ומשמע יותר כדברי החזו"ן, שהנה הרמב"ן [וכן בכל הראשונים שהביאו דבריו] כתב: "בשדה העשויה ליטע אין שומעין לו, דכמאן דגדרה ומנטר לה דמי ועדיף מינה", ולא ביאר הרמב"ן למה עשויה ליטע עדיף לומר שאין שומעין לו יותר מבגילה דעתו, ולכאן נראה להיפך, שבגילה דעתו שניחא ליה פשיטא שאינו יכול לטעון טול, שהרי טען מתחילה שהשדה אינה עשויה ליטע [לשיטת הרמב"ן וסיעתו] והתברר ששיקר וניחא ליה, וא"כ יש לו לאבד טענת טול ולשלם, משא"כ כשהשדה רק עשויה ליטע אבל לא גילה דעתו מעולם ואין לנו הכרח שניחא לו בהשבה, פחות יש לנו לומר שלא יוכל לטעון טול.

אבל הרשב"א ביאר את דבריו, וממנו נשמע כחידוש החזו"ן, וז"ל: "ובשדה העשויה ליטע אם אמר בעל השדה טול נטיעותיך אין שומעין לו, דכמאן דגדרה ומנטר לה דמי, ועדיף מינה, דהא רב א"ל להווא גברא דקגדרה ומנטר לה דישום לו וידו על העליונה משום דגלי אדעתיה דניחא ליה לנטעה". וביאור דבריו נראה, שהרי כשאמר בפירוש מתחילה שלא ניחא ליה, אף שאנו רואים אח"כ שהוא גודר וכו', עדיין יש צד גדול לטעון שרק בדיעבד הסכים בסוף לגדר ולשמור, וחזר בו ממה שטען בתחילה רק מכיון שלא רצה לקלקל את הנעשה כבר (וכמו שטען הרא"ש), וא"כ לכאן היה לרב לפסוק לו כדיון ידו על התחתונה, ובכל זאת לא קיבל רב דבריו ופסק שמשלם וידו על העליונה כיון שהראה שניחא ליה, וא"כ כ"ש באופן שהשדה מלכתחילה עשויה ליטע, שבוודאי ניחא ליה ואין אנו זקוקים לגילוי דעתו, ודאי יש לנו לפסוק שאין לו טענת טול וידו של המשיב על העליונה.

וא"כ מפורש בדברי הרשב"א, וכן בכל הראשונים שכתבו שעש"ל עדיף טפי, שהטעם שאין שומעים לו הוא רק מכיון שאנו מניחים שניחא ליה בהשבה, וא"כ באופן שהוא טוען טענה הגיונית בבי"ד להסביר מדוע לא ניחא ליה, וביה"ד מסכים להסבירו, משמע ששומעים לו אפילו לדעת הרמב"ן וסיעתו, וכדברי החזו"ן.

חדרים, וכשיצא מהדירה הוא דורש תשלום מבעל הדירה, ובעה"ב מסרב לשלם בטענה שממילא הייתה בכוונתו למכור את הדירה, והמזגנים אינם מעלים כלל את ערך הדירה, ובמקרה כזה לפי החזו"א אין השוכר יכול להוציא ממון מבעה"ב.

אם בעה"ב אינו מציג סיבה הגיונית לדרישתו או שהראה שחפץ בהשבחה

ז. זה ששומעים לבעה"ב הטוען טול עציץ ואבניץ, הוא רק אם בי"ד רואים שיש היגיון מסוים בדרישת בעה"ב לסלק את השבח²⁰, אבל אם נראה לבית הדין שהוא טוען כך רק כדי להתנקם במשביח, או לאלץ את המשביח להתפשר בשכר עבודתו, וכן כל כיוצא בזה שנראה שאין לבעה"ב סיבה אמיתית לסלק את השבח, על בית הדין לחייב את בעה"ב לשלם למשביח כפי שהדין מחייבו²¹. ובעה"ב הטוען טול עציץ רק כדי להכריח את המשביח להתפשר במחיר, עובר בכך על איסורים מן התורה²².

ח. אם בעה"ב טוען טול עציץ ואבניץ בגלל שהוא עני ואין לו כסף לשלם על ההשבחה, אף שאין סיבה הגיונית אחרת לסלק את השבח, מ"מ אין מחייבים אותו לשלם למשביח, ואם ירצה המשביח יחזור

וייקח את השבח לעצמו²³ (אם אינו מזיק בכך את נכס בעה"ב, ועכ"פ יש לבעה"ב להימנע מלהשתמש בשבח אם יוכל).

ט. אם אחר שטען בעה"ב טול עציץ ואבניץ השתמש בשבח והראה שחפץ בו, [וכ"ש אם הראה כך ואח"כ בא לטעון טול עציץ], איבד את זכותו לטעון כך²⁴, אפילו בנכס שלא עמד להשבחה, וחייב לשלם למשביח כפי שהתבאר בעלון הקודם, ואם הנכס עמד להשבחה ידו של המשביח על העליונה, ואם הנכס לא עמד להשבחה, נחלקו הראשונים אם ידו על העליונה או על התחתונה, וכפי שיתבאר בעז"ה בעלונים הבאים.

בעה"ב שדרש סילוק השבח ואח"כ חזר בו

י. אם מתחילה דרש בעה"ב מהמשביח בפני בי"ד שיסלק את השבח מנכסיו, ואחר כך חזר בו ואינו מסכים שיטול המשביח את השבח, אין חזרתו מועילה, ורשאי המשביח לטול את השבח, אפילו אם בעה"ב ייצא ניזוק כתוצאה מסילוק השבח²⁵. ויש מי שסובר שלא דווקא אם אמר כך מתחילה בפני בי"ד, אלא אפילו אמר כך שלא בפני בי"ד אינו יכול לחזור בו, אבל דבריו קשים²⁶. עוד יש מי שסובר «המשך בעמוד 8

צייונים והערות

בעינא" נחשב כאומר "טול", אבל כיון שאחר שטען בעה"ב "לא בעינא" גילה דעתו שניחא ליה, לכן פסק לו רב שחייב לשלם כדין ידו על העליונה, ואף שנחלקו הרמב"ן והרא"ש אם העובדא הייתה בעש"ל או באינה בעש"ל, מ"מ כו"ע מסכימים שעכ"פ איבד את זכותו לטעון טול באופן שלפני שגילה דעתו הייתה מועילה טענתו "לא בעינא". וכן הוכיח בשו"ת הרשב"א (ח"ד סי' נ"ד) מסוגיא זו.

25. מקור הדין הוא פירושו של רבינו פנחס אחי הרא"ה שהובא בריטב"א (ב"מ ק"א ע"א ד"ה והא דרב), וז"ל: "כי כשאמרת לו לא בעינא, נתת לו רשות בב"ד לעקור, ואיך יכול לחזור בו, שזה כאומר לחברו בב"ד רצונך השבע וטול, וכשחזרת וגדרת וגלית דעתך דניחא לך, נתחייבת לתת לו שומת מלאכתו הילכך ידו על העליונה [להחליט אם רוצה שכר או את העצים והאבנים]", והריטב"א הסכים עמו, וגם הנימוק"י (שם נ"ח ע"א ד"ה דניחא) הסכים לזה. רבינו פנחס כתב הדין להדיא בשדה, ונלמד מזה שבכה"ג שבעה"ב דרש מהמשביח לסלק את השבח וחזר בו, מותר למשביח לטול את השבח אפילו אם הוא מזיק לבעה"ב, כי מבו' בגמ' (שם) שבשדה אין המשביח רשאי לטול את עצי משום 'כחשא דארעא', והיינו בגלל שמזיק לבעה"ב, וכאן התיירו הראשונים להדיא לעקור עצים משדה כיון שבעל השדה נתן הסכמתו לזה.

והדין נפסק ברמ"א (שע"ה ג'), והוסיף את הדין על דברי המחבר (בסעיף ב') שבדרכ"א היו המשביח רשאי לעקור עץ משדה שהשביח כיון שמזיק לבעה"ב בזה, אבל הוסיף הרמ"א שאם בעה"ב אמר טול מותר למשביח לטול אף שמזיק את בעה"ב, (דן הרמ"א נדפס על סעיף ג', אבל כתבו הסמ"ע (סק"י) והש"ך (סק"ד) שמקום ההגה הוא בסעיף ב' בדין כחשא דארעא).

26. רבינו פנחס כתב את הדין כשאמר כך לפני בי"ד, וברור לכאן שבדווקא כתב בי"ד, וכמו שמוכח מהראיה שהביא, שהרי הדין שאם אמר "רצונך השבע וטול אינו יכול לחזור בו" (סי' כ"ב ס"ג) נאמר דווקא כשאמר כך בפני בי"ד, ואם אמר כך חוץ לבי"ד יכול לחזור בו. גם הרמ"א בדרכי משה (שם ס"ב) הביא את הדין כשאמר כך בפני בי"ד וכדין רצונך השבע וטול.

אכן הרמ"א בשו"ע לא הזכיר בי"ד כלל, ודייק מזה הערוך השלחן (ס"ד) שחזר בו בשו"ע ממש"כ בד"מ, והדין אינו קשור לדין רצונך השבע וטול, ולכן אפילו אם אמר טול עציץ חוץ לבי"ד אינו יכול לחזור, והטעם: "דכיון דמעיקר דינא שלו [של המשביח] הם, אלא בשביל שהפסידו קצת [לבעה"ב] ביכלתו לעכב, וכיון דאמר טול את שלך הוי כמחילה על ההפסד, ומחילה א"צ קנין". אמנם קשה להבין דבריו, כי מעשה העקירה הוא מעשה הזיק, ולכן אמירת טול הוא כמו 'קרע את כסותי', שהגם שהוא מחילה או מזיק ברשות כמש"כ הקצוה"ח (רמ"ו סק"א), אבל אם חוזר בו הניזק לפני מעשה ההזיק חייב המזיק, ולכן ברגע שבעל השדה חוזר בו ממה שאמר טול, אסור למשביח להוציא. גם מה שכתב הערוה"ש שהשבח שייך למשביח אינו פשוט כ"כ, כי כונת המשביח הייתה להקנותו לבעה"ב, עכ"כ שלהרבה ראשונים אם היא שדה העש"ל אין למשביח זכות לטעון 'עצי ואבניי אני נוטל' (וכמו שיבואר בעלונים הבאים), ואפילו אם יש לו זכות לטעון הוא בגלל שע"מ כן לא הקנה.

יש לציין שהגר"א (סק"ו) שנביא באות הבאה חולק עליו בוודאי, שהדין שווה לדין רצונך השבע וטול, וסובר שדווקא אם אמר לפני בי"ד.

בעל הרכב הקדים לשלם סכום מסוים לבעל המוסך, ואינו מסכים לשלם על המנוע החדש, יכול בעל המוסך להחליף את המנועים ולקחת את דמי פעולת ההחלפה מכסף בעה"ב שנמצא בידו, ואם אין מספיק כסף עבור ההחלפה והתיקון, יחזיר המוסך ללקוח את הרכב בלי תיקון ויקח את הכסף עבור החלפת המנוע לחדש והחזרת הישן.

20. לפי ביאור הרמב"ן וסיעתו בגמ' (ב"מ ק"א ע"א בעובדא דרב), הגם שלא היה ברור לרב אם יש מקום לטענת בעה"ב, בכ"ז הרשה לו לטעון טול, ולכן רב שתק עד שראה שגדר, ורואים שכל עוד לא ברור שטענת בעה"ב מופקעת ניתן לקבל טענתו.

21. מבו' ברא"ש (ב"מ פ"ח סי' כ"ג) והובא בטור (שע"ה) שהגם שלדעתם יש טענת טול אפילו בשדה העש"ל, בכ"ז "ומסתבר טעמא היכא שלא היה משתמש בחורבה, ויש לו משלו שראוי לבנות בנין כזה בלא קפוח פונסתו, דאז ודאי תואנה הוא מבקש כדי להפסיד לבעל הבנין, ואין שומעין לו". ופשוט שלשיטת הרמב"ן הדין כן, שהרי לדעתו הטעם שא"א לטעון טול עציץ בכל עש"ל הוא מכיון שתואנה הוא מבקש, וכ"כ להדיא החזו"א (ב"ב סי' ב' סק"ד), וכ"כ הלבוש (ס"ב וסט"ז) שבמקבש תואנה אין טענת טול עציץ, וכן פסקו השבות יעקב (ח"א סי' ק"ב) ומהר"א ששון (סי' רכ"ד).

והנה בדברי הרא"ש מבו' שזקוקים לשני תנאים כדי להוכיח שתואנה הוא מבקש: א', שלא היה משתמש בחורבה מקודם. ב', שיש לו כסף לשלם. ודייקו הפלפולא חריפתא (שם סק"ג) והחזו"א (שם סק"ו ד"ה והנה) שאם לא מתקיימים שני התנאים, והיינו שאפילו אם יש לו לשלם, אבל היה רגיל להשתמש בחורבה וטוען שאין לו צורך לבניין, או שלא היה משתמש בחורבה, אלא שאין לו כסף לשלם, יכול בעה"ב לטעון טול. אמנם החזו"א (שם ד"ה ובפ"ח) סייג שאם יש לו כסף אלא שהיה רגיל להשתמש מקודם בחורבה, אינו יכול להיפטר אלא דווקא 'במשמש בחורבה תשימש הנחוץ לו לענייניו, וחפץ בו יותר מבניין, אז טענתו טענה'.

22. חוץ מזה שייטכן בכך איסורי ממון, שהרי המשביח מוחל לו בטעות, ונמצא שהוא נהנה מממון חברו באיסור, יש בכך גם איסור שקר גמור, כיון שטוען שקר בב"ד, שהרי טענתו אינה אמיתית, וזה לשון האמרי מהרש"ח (ב"מ ק"א ע"א ד"ה ואפשר לומר דדווקא): "דדווקא כשזה באמת אינו רוצה הבנין אז רשאי לומר לו קח לך העצים ואבנים, אבל כשבאמת הוא רוצה בהבנין שבנה זה, רק שאומר שאינו רוצה כדי להפסיד לחברו שיצטרך ע"י זה ליקח ממנו פחות מהפסק דין, אזי עושה עבירה בזה דהא טוען שקר", [וגם מחוץ לבי"ד להרבה ראשונים יש איסור שקר מה"ת כשזה נוגע לממון].

23. נלמד מדברי הרא"ש הנ"ל, שחייב את בעה"ב רק אם יש לו כסף לשלם על ההשבחה בלי קיפוח פונסתו, וכ"פ הסמ"ע (סק"ג) ומפרש כן בדברי הרמ"א. ואפילו באופן שהשבח היה בבית, ואין לבעה"ב כסף וגם אינו משתמש בבית המושבח, עדיין יכול בעה"ב לטעון טול, ואין המשביח יכול לדרוש שיתנו לו לגור בבית והרי זה כאילו יש לבעה"ב כסף לשלם, וכמ"ש הנה"מ (סק"ג): "ואפילו לישוב בו עד שישלם יציאותיו אין כופין אותו, דיכול לומר אין רצוני שתשב בקרקע שלי", וכ"כ החזו"א (שם ד"ה והיכי): "ואם אין ידו משגת, א"ע"ג דאין משתמש בחורבה, אומר לו טול... דכיון דעכשיו אין לו הנאה מהבנין, לאו כל כמיניה לחברו להחזיק בנין על קרקע חברו".

24. כן ביארו הראשונים את הגמ' בעובדא דרב (שהובאה באות ב'), שכשאמר "לא

הזמין בשר כשר לפסח וקיבל בשר שאינו כשר לפסח

שאלה

אחת מהמכירות השכונתיות (מקבלים דף עם רשימת מוצרים, ומזמינים דרך הטלפון), פרסמה בתחילת החורף שאפשר להזמין בשר בקר כשר לפסח. על העופות והדגים לא היה כתוב שהם כשר"פ, ורק על בשר בקר היה כתוב כך.

ראובן הזמין כמות גדולה של בשר בקר במיוחד לפסח, אבל כשהגיע קרטון הבשר לביתו הבחין שאין על הקרטון מדבקה של כשר לפסח, מכיון שכך פתח את הקרטון כדי לראות אם יש מדבקה על המוצר עצמו, אבל גם שם לא הייתה מדבקה. ראובן התקשר למארגן המכירה, והוא אמר לו שהבשר שלהם כשר לפסח כל השנה, אבל ליתר ביטחון שיתקשר למשגיח. המשגיח אמר שבאופן עקרוני הבשר אמור להיות בסדר עבור פסח, אבל בוודאי שאם אין מדבקה לא הייתה השגחה מיוחדת לפסח, ויש טעם להימנע מלהשתמש בו לפסח.

אחרי שהוברר הדבר, פנה ראובן למארגן המכירה וביקש ממנו לבטל את המקח, בטענת מקח טעות, כי לדבריו הוא כמעט אף פעם לא קונה בשר באמצע השנה בגלל מצבו הכלכלי הדחוק, ואם היה מדובר במוצר אחר אולי לא היה עושה עסק, אבל אין לו מה לעשות בכמות כזו גדולה של בשר. לעומתו שאל האחראי אם עדיין יש לו את הקרטון, ענה ראובן שהוא זרק אותו (כדי שיוכל להכניס את הבשר להקפאה), ולכן אמר לו האחראי שהמקסימום שהוא יכול לעשות זה לתת לו זיכוי ע"ס חמישית מהסכום ששילם על הבשר. לטענת האחראי, בגלל שאין את הקרטון אין מה לעשות עם הבשר, וזו אשמת הקונה שהתמהמה עם התשובה של המשגיח. ראובן טוען שהתעכבות תשובת המשגיח לא הייתה באשמתו, והוא מבקש לבטל את המקח.

העומד לדיון

בשאלה זו צריך לדון משני צדדים, ראשית האם זה נידון כלל כמקח טעות, ושנית, גם אם זה נידון כמקח טעות יש לדון בכמה שאלות האם ניתן לבטל את המקח.

כאמור, השאלה היסודית היא האם מקרה זה נידון בכלל כמקח טעות, ואף שהזמין בשר כשר"פ וקיבל בשר שאינו כשר"פ, מ"מ יש לדון כיון שההזמנה הייתה בתקופת חנוכה, שאז רוב הקונים אינם קונים לפסח, וא"כ אין משמעות לזה שפורסם שהבשר כשר"פ, כי הקונה יכול להשתמש בבשר עוד לפני פסח, ואם טענה זו נכונה אין עניין בשאר השאלות והוויכוחים. (חשוב לציין, שמצד טענה זו, אם המכירה הייתה מתקיימת אחרי פורים, שאז רוב הקונים מקפידים בדווקא על כשר"פ, יש לשקול כל מקרה לגופו אם יש טענה לקונה שאינו מוכן להחזיק בכמות גדולה של בשר לתקופה ארוכה, משאי"כ בנידונו שבכל מקרה התכוון הקונה להקפיא את הבשר תקופה ארוכה).

מקור הדין בגמ' ובתורות הדשן

כדי להשיב על שאלה זו יש לבחון את הסוגיא בביצה (ו' ע"ב) הדנה במקרה כעין נידונו, וכן לעיין היטב בתשו' התרומת הדשן (ס' שכ"ב) המובאת להלכה ברמ"א (רל"ג ס"א), ולבדוק אם אפשר ללמוד מתשובתו לנידונו.

הגמ' בביצה דנה (לפי הבנת רש"י) בשינוי במקח בין ביצים שהוטלו ע"י תרנגולת, לבין ביצים שנמצאו במעי תרנגולת שחוטה. שם היה מקרה של אדם שהכריז שהוא מעוניין לקנות ביצים שהוטלו ע"י תרנגולת, ומישהו מכר לו ביצים של תרנגולת שחוטה, והגמ' מסבירה שיש שני חילוקים בין שני סוגי הביצים. א', שביצים שהוטלו ראויות לגדל מהן אפרוחים, משאי"כ ביצי תרנגולת שחוטה שאינן ראויות לכך. ב', שביצים שהוטלו טעמויות יותר מביצי תרנגולת שחוטה.

וכתבה הגמ' שרב אמי פסק בעובדא שם שהמקח בטל, מכיון שאנו מפרשים את דרישת הקונה לביצים שהוטלו שזה בגלל שמטרתו הייתה לגדל אפרוחים, ולכן זה מקח טעות, ושאלה הגמ' שהפסק של רב אמי הוא 'פשיטא', והגמ' מיישבת שרב אמי בא לאפוקי אם הסיבה לדרישת הקונה היא כי הוא רצה ביצים טעמויות יותר, שאז אי"ז נידון כמקח טעות שבטל, אלא המוכר צריך להחזיר לו רק את ההפרש במחיר בין שני סוגי הביצים.

וז"ל הגמ': "מהו דתימא האי לאכילה קא בעי להו, והאי דקאמר דכרא משום דשמינן טפי, למאי נפקא מינה, למיתבא ליה ביני ביני, קא משמע לן", וביאר רש"י: "ואי בעי להו לאכילה אין המקח בטל, דהא בני אכילה ניהו אלא שאלו יפים מהם, ויחזיר לו דמי מעליותן", והיינו שאם היינו יכולים לפרש את כוונת הקונה שהסיבה שדרש ביצים שהוטלו דווקא היא בגלל שהוא רוצה ביצים יותר טעמויות, אז לא הייתה לקונה זכות לבטל את המקח מטעם מקח טעות, וזכותו של הקונה מצומצמת שהוא רק יכול לחייב את המוכר להחזיר לו את ההפרש במחיר בין ביצים שהוטלו לביצים של שחוטה.

התרומת הדשן דן בדומה לזה, בשינוי במקח בין בשר בהמה מסורסת לבשר בהמה שאינה מסורסת, שההבדל ביניהם הוא רק בטעם, וז"ל: "ראובן אמר לשמעון יש לך למכור בשר צאן מאיל מסורס, ואמר לו הן, ומכר לו הבשר, ונמצא מאיל שאינו מסורס, דריחו נודף ואינו טוב לאכול כמסורס, ורצה ראובן לגמרי לחזור במקח, כי אמר דמקח טעות הוא, ושמעון אומר לא תחזור לגמרי במקח, אם אינו שווה הבשר כמסורס תן בו כשוויו, הדין עם מי".

והתרומת הדשן למד מהגמ' ומרש"י הנ"ל, שכיון שיש הבדל רק בריח ובטעם, אי"ז נידון כמקח טעות שבטל, למרות שדרש להדיא בשר איל מסורס ובוודאי יש הבדל בין הבשרים, והמוכר חייב רק להחזיר את הפער במחיר בין סוגי הבשר, והסביר את הטעם שאי"ז נחשב כמוצר אחר לגמרי, כי רוב האנשים מסוגלים לאכול עכ"פ בדיעבד גם את הבשר של הבהמה הבלתי מסורסת.

וז"ל התרוה"ד: "הא קמן דכל היכא דלאכילה קבעי לוקח, אע"ג דקאמר בפירוש למוכר להאי מילתא קבעינא, אי יהיב ליה מוכר מלתא אחריתא מאותו המין דלא שוה לאכילה כי האיך דקבעי, אין המקח טעות לגמרי בשביל כך, אלא יהיב לה דביני ובני, וכפי מעלתו יחזיר לו".

והוסיף התרוה"ד בחידוש נוסף, שלמרות הנ"ל, אם ידוע שהקונה הוא 'איסטניס', והיינו אדם מפונק שאוכל רק בשר משובח, זכותו לבטל את המקח ולדרוש את כל כספו, כיון שלאדם כזה אין הבשר שווה כלום, וז"ל: "וא"ל: "אם ידוע הוא דראובן כ"כ איסתניס דלא קאכיל כלל בשר איל שאינו מסורס, מצינו למימר דמקח טעות לגמרי הוא, דהא לא שווי ליה כלום לאכילה, ואע"ג דלרוב העולם שוה לאכילה, בתר דידיה אזלינן, וכה"ג אמרינן פ' לא יחפור, דאמר רב יוסף, כיון דאנינא דעתי, כקטורא ובית הכסא הוא דמי".

ומדברי התרוה"ד אפשר להוציא שני חידושי דינים הנוגעים לענייננו. ראשית, רואים שכל עוד הקונה קיבל את אותו סוג המוצר שביקש, למרות שבנתונים מסוימים יש הבדל בין מוצר זה למוצר המדויק שביקש, אבל מכיון שסוכ"ס מדובר באותו מוצר, ורוב האנשים אינם מקפידים מדי על השינוי הזה, וגם הקונה המסוים הזה אינו ידוע כמי שמקפיד מאוד על השינוי הזה, אין המקח בטל ואי"ז נידון כמקח טעות, והמוכר חייב רק להחזיר את ההפרש במחיר. שנית, שהדין עשוי להשתנות מאדם לאדם, ואדם שיש לו הקפדה גמורה על המוצר המדויק שביקש, אצלו המקח נידון כמקח טעות ובטל.

ראשונים ופוסקים שאינם מסכימים לדין זה

על הדין הנ"ל צריך להעיר שתי הערות. הערה א', שכל פסק התרוה"ד מבוסס על פירוש רש"י בגמ' שם, אמנם, הרבה ראשונים הסבירו את הגמ' אחרת מרש"י, וגם הגירסא בגמ' שונה לפי הרי"ף והרא"ש, ולפי גירסא זו ולפי ביאור הראשונים אין הסוגיא הנ"ל עוסקת כלל בנידון שינוי ברמת ובאיכות המוצר, וא"כ אין שום בסיס לדין התרוה"ד.

ואפילו הריטב"א שגרס בגמ' כמו רש"י, אבל לפי פירושו בסוגיא נראה שיחלוק

לצד השני, שאם חזר בו לפני שנפסק הדין בבי"ד שהמשיב יכול

ליקח, חזרתו מועילה²⁷.

ציונים והערות

בי"ד, ומדוע כאן בנידונו לא הזכיר את הדעה החולקת, וסתם שמיד אינו יכול לחזור בו? הערה"ש (שם) הקשה כך, וגם משום קושיה זו כתב כנ"ל שהרמ"א בשו"ע חזר בו ממש"כ בד"מ, ולדעתו בשו"ע באמת אין הדין קשור לדין רצונך השבע וטול, וכנ"ל. אכן הגר"א (סק"י) כתב על דברי הרמ"א: "ועיני סי' כ"ב סעיף ג' שכתב דווקא בנשבע", והיינו שסבר שהחולקים שם חולקים גם בנידונו, וסוברים שיכול לחזור בו עד פסק בי"ד. יש לציין שהש"ך שם (סקט"ז וסקי"ח) פסק כדעת רוב הראשונים שמיד אינו יכול לחזור בו, ואם כן גם בנידונו יהיה הדין כך.

המשך מעמ' 7 | תורת המשפט

מבואר שגם אם א"א לבטל את המקח בגלל השינוי, אבל עדיין המוכר צריך להחזיר לקונה את הפער במחיר בין שני המוצרים, ומבו' בשו"ת ושב הכהן (סי' ס"ד, מובא בפת"ש סי' רל"ג) שאפילו אם הפער הוא פחות משיעור אונאה חייב המוכר להחזיר ולא אומרים שהקונה מחל, וא"כ בנידונו אם בשר כשל"פ היה עולה יותר היה המוכר חייב להחזיר את הפער, אכן במציאות אין הבדל במחיר.

נקודה ב', שמבו' בתרוה"ד שצריך להתחשב גם בנסיבות המיוחדות של כל קונה, ואם ידוע שיש לו קפייד לקנות את המוצר המדויק שהזמין דווקא המקח בטל, ומצד זה היה אפשר לומר בנידונו, שמכיון שהייתה לקונה קפייד מיוחדת לקנות דווקא כשל"פ ולא היה קונה משהו אחר, א"כ המקח בטל, והגם שבנידונו לא הייתה ידועה קפיידת הקונה, מ"מ הסיבה שצריך שהקפייד תהיה ידועה היא, כי א"כ לא חייב המוכר להאמין שהקונה הקפיד ע"כ, אבל בנידונו שהמוכר מאמין לקונה הוא כן צריך להתחשב בקפיידתו.

אכן נראה שבנידונו אין קפיידת הקונה מספיקה לבטל את המקח. כי הקפייד של הקונה לקנות דווקא כשל"פ היא, כי הוא לא מוכן להוציא כ"כ הרבה עבור בשר בקר לשבת אלא רק לכבוד יו"ט, והוא מסתפק בשבת רגילה בבשר עוף. וכיון שאין לקונה בעיה אחרת לקנות בשר וכל הבעיה היא רק בגלל המחיר הגבוה, לכן מסתבר לומר שאחר שהמוכר מסכים להחזיר עשרים אחוז מהתשלום, ומסתבר מאוד שאם הקונה היה מוצא לקנות בשר במחיר כ"כ זול היה קונה גם לשבת רגילה, ובפרט שהמציאות היא שכשקונים עוף משלמים כשליש מהסכום על חלקים שאינם נאכלים כעצמות וכדו', משא"כ בבשר שכמעט הכל נאכל, וא"כ יוצא שלמעשה במחיר שהמוכר מציע לו עכשיו מקבל הקונה כמעט את אותה התמורה שהיה מקבל אם היה קונה עוף, ולכן אין לו סיבה לבטל את המקח, כי הקפייד שלו אינה שייכת כי הוא אינו משלם הרבה יותר.

אבל אם יש הבדל בין המחיר שהקונה היה משלם עבור בשר בזול, לבין המחיר שיוצא שהוא משלם עכשיו, והקונה מתעקש שהוא לא היה משלם את זה, והמוכר מאמין לו, מגיע לקונה החזר מסוים, מעין מה שמבו' בגמ' לגבי 'נהנה', והיינו שלא משלמים את המחיר הרגיל של המוצר אלא רק כמה ששווה ההנאה הסופית של הנהנה.

ואם נבוא לברר את השיעור המדויק של החזר, הנה מבו' בגמ' ב"ק (כ' ע"א) שבאופן כללי 'דמי נהנה' הוא שני שלישי מהמחיר הרגיל, כי אומרים שעל אף שהאדם לא היה מוכן לשלם על הדבר את המחיר הרגיל, אבל אם היו מציעים לו את ההנאה בפחות שלישי מהמחיר היה מסכים. ובמקרה דנן, סביר להניח כנ"ל שאם היה מזדמן לקונה בשר בהנחה של עשרים אחוז היה קונה, וא"כ לא מגיע לו החזר כלל, אבל אם הוא מתעקש ומאמינים לו שלא היה מוכן לשלם את המחיר הזה כי עדיין יש פער בין המחיר הזה למחיר בשר עוף, אז מגיע לו החזר עד למחיר שהיה מוכן לשלם, שכאמור מבו' בגמ' שבדר"כ הוא שני שלישי.

העולה לדינא

לסיכום: כיון שהקונה שילם כבר על הבשר והמוכר הוא מוחזק, לכן א"א לבטל את המקח נגד הכרעת התרוה"ד והרמ"א, ובכ"ז, אם הקונה מתעקש והמוכר מאמין לו שלא היה קונה את הבשר אפילו במחיר המוזל, הוא זכאי לקבל החזר עד למחיר שהיה מוכן לשלם.

27. בדין רצונך השבע וטול נחלקו הראשונים מאיזה שלב אינו יכול לחזור בו, רוב הראשונים סוברים שאינו יכול לחזור בו מיד כשאמר כך לפני בי"ד, אפילו אם עדיין לא יצא מבי"ד, אלא א"כ הם עדיין עסוקים באותו עניין, ויש חולקים שיכול לחזור בו אפילו אם אינם עסוקים באותו עניין ואפילו יצא מבי"ד, כל עוד לא נפסק הדין עפ"י דבריו (או שנשבע השני עפ"י דבריו). והנה הראשונים הנ"ל שאמרו שאם אמר טול עצין בפני בי"ד אינו יכול לחזור בו, סברו גם שם כדעה הראשונה (ראה נימוק"י ב"מ י"ח ע"ב), אבל על הרמ"א צ"ע לכאן, כי בדין שם הביא את דעת החולקים שיכול לחזור בו עד פסק

על דין התרוה"ד, כי כתב בהבדל בין ביצים שהוטלו לביצי שחוטה וז"ל: "שהן מבושלות יותר ושוקלין יותר, אבל מ"מ טובים ובריאים הן לגוף כאלו, דאי לא, אפילו בעי להו לאכילה מקח טעות הוא".

הערה שנייה, הרבה אחרונים מקשים על הפסק של התרוה"ד, כי לדעתם דינו נסתר להדיא ממשנה (ב"ב פ"ג ע"ב): "מכר לו חטין יפות ונמצאו רעות, הלוך יכול לחזור בו", ולכאורה בשר שאינו טעים כ"כ יש לו יחס של 'רעות' כלפי בשר יותר טעים, שמבואר במשנה שהקונה יכול לבטל את המקח, וא"כ איך פסק התרוה"ד שהקונה אינו יכול לבטל את המקח?

בגלל קושיא זאת חלקו כמה אחרונים על הרמ"א, וביניהם המהרש"ל (יש"ש ביצה פ"א סי' כ') והב"ח (סי' רל"ג). אמנם, יש כמה אחרונים כמו הסמ"ע (רל"ג סק"ה) ושער משפט (סי' רל"ג) ושו"ת בית יהודה (סי' ס"ז) שמחלקים בין נידון המשנה לנידון התרוה"ד, שהבדל רק ברמת הטעם אינו מוגדר כ"חטיס רעות", וחטיס רעות היינו רק שא"א לאכול את החיטים.

ונביא דברי האחרונים הנ"ל. שהנה עמש"כ הרמ"א שהמקח בטל "אם כן ידוע שהלוך אסטנים שאינו אוכל כלל בשר איל שאינו מסורס", פירש הסמ"ע: "דאז ה"ל לגביה כמכר לו יפות ונמצאו רעות, דהלוך חוזר בו", ומדויק מזה שאם הוא רק פחות טעים אינו בכלל יפות ורעות. והשער משפט הסיק: "ולפע"ד הוי ספיא דדינא, דמדברי רש"י וסמ"ג וסמ"ק משמע כהתרומת הדשן, והרי הרב בדרכי משה בסי' רל"ב ראתה עינו של משה דברי הר"ן דפרק האיש מקדש (שלפי דבריו המקח בטל בגלל יפות ורעות), ואפי' הכי פסק הכא כהתרומת הדשן, משום דפולגתא דרבוותא היא והמוציא מחבירו עליו הראיה".

ואחר כל הדברים הנ"ל, כיון שהרמ"א פסק את תרומת הדשן, לכן אפי' שהרבה חולקים, מ"מ אי אפשר לכופ את המוכר להחזיר את הכסף במקרה שלפי התה"ד המקח אינו בטל.

אם הנידון דנן דומה לנידון התרוה"ד

עכשיו עלינו לדון אם נידונו שווה לנידון התרוה"ד, ואם זה נידון בכלל כמקח טעות או לא.

הנה לפי רש"י והתרוה"ד, עצם העובדא שפורסם שהבשר כשר לפסח והוא אינו כשל"פ, זה עצמו ודאי אינו מהווה סיבה לבטל את המקח, כי בגמ' הקונה ביקש במפורש ביצים שהוטלו ובכ"ז אינו יכול לבטל את המקח בגלל שקיבל ביצי שחוטה, וכן בעובדא של התרוה"ד דרש להדיא סוג א' של בשר וקיבל סוג אחר, ופסק שאין לקונה זכות לבטל את המקח, וא"כ כ"ש בנידונו שהקונה לא ביקש להדיא, אלא נכתב בטעות ע"י המוכר שהבשר כשר לפסח.

אכן עדיין ראינו מבואר שצריך לבדוק כל פעם אם השינוי הוא רק בגדר שינוי קטן באיכות או בטעם, או שהשינוי הוא בגדר של "יפות ונמצאו רעות" שאז הוא מקח טעות, וראינו שהראשונים והאחרונים נחלקו מה נכלל ביפות ונמצאו רעות, והתרוה"ד הגדיר שרק "לא שווי ליה כלום לאכילה" הוא בגדר יפות ונמצאו רעות שמבטל את המקח, וכיון שהרמ"א הכריע כמותו א"א להוציא ממון נגד הכרעתו. וכיון שכן, כיון שבנידונו אין המצב שאינו שווה לו לאכילה כלל, לכאן א"ז בגדר מקח טעות.

אם אפשר לבטל את המקח בגלל קפיידת הקונה

אמנם בפסק של תרוה"ד יש עוד שתי נקודות שחשובות מאוד בנידונו. א',