

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

תיק 1178541/9

בבית הדין הרבני האזורי באר שבע

נימוקי הדיין

הרב אברהם הרוש

התובע: פלוני (ע"י ב"כ עו"ד אילן בורדה ועו"ד אור עזריה) נגד

הנתבעת: פלונית (ע"י ב"כ עו"ד שלומי אטיאס ועו"ד רונית אטיאס)

הנדון: הוצאות משפט וחייב עלות רוא"ח בבדיקת טענת הברחה

פסק דין

[...]

כעת נדון בשאלה על מי להטיל את שכ"ט של הרוא"ח, שכאמור, הוא כ-43,000 ₪ ועוד כ-8,000 ₪ עלות השגת מסמכים ע"י הצדדים.

לדעתנו יש להטיל את כל העלות הנ"ל על הבעל, מכיון שהתברר שהיתה הברחה כל שהיא, ועל הבעל לשאת בשכ"ט הרוא"ח, כפי החלטת ביה"ד מיום 20.11.2018 והסכמות הצדדים המפורשות מיום 22.11.2018. שלא הוגבלו בסכום כלשהו. משנה תוקף יש לעובדה שביה"ד שאל את האשה אם עומדת על תביעתה להברחה לאור הממצאים של הרוא"ח המצביעים על הברחה מינורית, והאשה עמדה על כך בתגובתה מיום 31.5.2022.

נימוקים מורחבים בעניין זה ינתנו בנפרד בהמשך.

[...]

ניתן ביום כ"ה באלול התשפ"ב (21/09/2022).

הרב אברהם הרוש

הרב אבידן משה שפנייר

הרב אליהו אריאל אדרי – אב"ד

נימוקי הרב אברהם הרוש

ביום כ"ה באלול התשפ"ב (21/09/2022) נתן ביה"ד החלטה בתיק זה, שקטע ממנה צוטט לעיל. ההחלטה נחתמה ע"י שלושת חברי ההרכב. להלן אפרט את הנימוקים שהביאוני להחלטה זו. יודגש כי נימוקים אלו הינם דעתי האישית בלבד ואינם בהכרח משקפים את דעת חבריי להרכב.

רקע

ביום 6.9.2018 הגיש הבעל תביעת גירושין כרוכה, בה פירט את הרכוש וחובות של הצדדים.

ביום 8.10.2022 הגיש גם ב"כ האשה תביעת רכוש, בה כתב (סעיפים 33-34):

"בנקודת זמן בו החליט הנתבע לסיים את מערכת היחסים עם התובעת, החל מתכנן את הליך הגירושין, תוך הברחת כספים מחשבון הבנק המשותף של בני הזוג לחשבון העסקי שפתח בבנק יהב, ביום 11.01.2017, ללא ידיעתה של התובעת.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

לחשבון זה הוברחו כספים גם מקופות גמל ופנסיה [...] עוד התברר לתובעת כי הנתבע פתח במקביל לא פחות מחמישה חשבונות בנק חדשים על שמו.

ביום י"ב בכסלו תשע"ט (20.11.2018) התקיים דיון בין הצדדים. בדיון, העלה ב"כ האשה טענה של הברחת כספים במשך שנים רבות, וכפי המוזכר בפרוטוקול הדיון:

"ב"כ האשה: יש שישה חשבונות ואנחנו טוענים שהיו הברחות כספים במשך 7 שנים אחורה אנחנו מבקשים לבדוק גם את החשבונות האלו.

ביה"ד: נמנה רו"ח שיבדוק את החשבונות הללו בנפרד ואם יתברר שהוא הבריח כספים הוא ישלם את שכרו של הרו"ח ואם יתברר שלא היו הברחות כספים היא תשלם את שכרו של הרו"ח."

כך גם בהחלטת ביה"ד מאותו יום:

"הופיעו הצדדים וב"כ לדיון במכלול העניינים.

לאחר דין ודברים הגיעו הצדדים להסכמות כדלקמן:

[...]

ד. ימונה רו"ח גד שפירא לשום זכויות נוספות שנטען כי הוברחו. עלות הרו"ח החקירתי תהא על האשה. ככל שיתברר שנעשתה הברחה מצד הבעל יישא הוא בעלות.

יומיים לאחר מכן, ביום י"ד בכסלו תשע"ט (22.11.2018), הצדדים חזרו לסידור גט. הצדדים חתמו על הסכם גירושין, שכלל רשימת נושאים בהם קיים "אי הסכמות שיידונו לאחר הגט" ורשימת "הסכמות הצדדים". ברשימת הסכמות הצדדים נכתב (סעיף 3), ברוח החלטה הנ"ל:

"ימונה רואה חשבון חקירתי לשום זכויות שהוברחו מחשבונות הבנק (משרדו של אבי יחזקאל). האישה תישא בעלות רואה החשבון – ככל שיתברר שאכן הוברחו כספים, הבעל יישא בעלות."

ביום 23.2.2022 הוגשה חו"ד הסופית של רואה החשבון לביה"ד, בכותרת: "טענות להברחות כספים מחשבונות הבעל בתקופה של 7 שנים שקדמו למועד הקרע". הדו"ח השלם מכיל 1,330 עמודים (הדו"ח עצמו 59 עמודים, וכ-1,270 עמודים של נספחים). הדו"ח הצביע על מספר חששות של משיכות/ העברות כספים חשודות במהלך השנים. עלות שכ"ט של רואה החשבון הסתכמה בסך 43,008 ש"ח, בנוסף לסך 3,197 ש"ח ששילמה האשה וסך 4,680 ש"ח ששילם הבעל להשגת מסמכים (כך לפי תגובת האשה מיום 31.5.2022 ותגובת האיש מיום 31.3.2022).

ביה"ד התייחס לחששות ההברחה בהחלטה מיום י"ז באייר תשפ"ב (18.05.2022), ומיקד את הדיון לחמש חששות, בהם תיתכן הברחה:

1. ביום 11.6.2018, משיכת מט"ח בסך \$4,000 (כ-14,000 ש"ח) מהחשבון המשותף.
2. בימים 7-10.6.2018, משיכת מזומן בסך 4,000 + 6,000 ש"ח מחשבון הבעל.
3. ביום 27.6.2018, הלואה בסך 100,000 ש"ח בחשבון הבעל שנמשכה כולה למחרת.
4. מניות בחשבון הבעל מיטב דש טרייד עד סך 14,000 ש"ח. [נציין, שהתברר בסוף שהיה יתרה בסך 2,869 במועד הקרע, שהוכנס לדו"ח האיזון].
5. ביום 8.10.2018, העברת 12,000 ש"ח לחשבון האחות מחשבון הבעל.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בסיכום הדברים, כתב ביה"ד (הדגשה במקור):

"תיתכן הברחה" בסעיף 1 (משיכת מט"ח לא מוסברת היטב) בסך כ-14,000 ש"ח (אם כי הבעל הציג קיזוז כנגדה); בסעיף 2 (משיכת מזומן לא מוסברת) בסך 10,000 ש"ח, אך לא מוכחת; בסעיף 3 בהלוואה 100,000 ש"ח, במידה והוכנסה כחוב לאיזון, שהוסבר רק שימוש חלקי; סעיף 9 (חשבון מניות שיש להכניס לאיזון) בסך 14,000 ש"ח; סעיף 10 (העברה לאחות) בסך 12,000 ש"ח.

א"כ מדובר בסה"כ ב-50,000 ש"ח (חוץ מההלוואה), כאשר מחצית האשה כ-25,000 ש"ח. במסגרת הסכומים הכוללים של איזון הצדדים, זה סכום יחסית קטן (וגם לא בהכרח שהכל הוא באמת הברחה, וכן יש אף בדברים הנ"ל טענת קיזוים של הבעל), כך שקשה להצדיק את הבירור המעמיק והיקר של הרו"ח עבור סכום כזה.

כאמור לעיל נא תודיע התובעת עד לתאריך 30.5.22. האם היא עומדת על תביעתה שכאמור לעיל עומדת לכל היותר על סך של 25,000 שקלים."

בתגובה ביום 31.5.2022 עמד ב"כ האשה על טענתו להברחת כספים, וביקש לחייב את הבעל ("לשיטת ביה"ד הנכבד") סך 110,000 ש"ח עבור חציה של האשה בהברחות, בנוסף לסך 43,008 ש"ח שכ"ט לרו"ח חקירתו, וסך 3,197 ש"ח הוצאות האשה לאיתור מסמכים.

לכן, כחלק מפס"ד בנושא הרכושי, היה עלינו לתת הכרעה סופית בנושא ההברחות הנטענות. למעשה, בהמשך להחלטה הנ"ל, נכתב בהחלטה מיום כ"ה באלול תשפ"ב (21/09/2022):

"עבור סעיף 1, לאחר קיזוז הריביות עבור הלוואה 170,000 ש"ח יש לחייב את הבעל בסך 1,522 ש"ח, כפי הודאתו בתגובתו מיום 31.3.2022 (סעיף 34).

עבור סעיף 2 יש לחייב אותו במחצית סך 10,000 ש"ח, כלומר 5,000 ש"ח.

עבור סעיף 3 אין לחייב, כיון שההלוואה לא נכנסה לדו"ח האקטואר, ולא חויבה האשה במחציתה, אלא רק בחלק שאכן הוציא הבעל לצורך תשלום האשראי, וכנ"ל.

עבור סעיף 9 אין לחייב, מכיון שהיתרה שהיתה בסך 2,869 ש"ח כבר נכללה בדו"ח.

עבור סעיף 10 יש לחייב במחצית סך 12,000 ש"ח, כלומר 6,000 ש"ח.

לכן, למסקנה, יש לחייב את הבעל עבור חשש הברחות סך 12,522 ש"ח."

לאחר הסיכום הנזכר, עולה שסך ההברחות הינו קטן בהרבה ביחס לחשש שעלה מפי ב"כ האשה, וכמו כן קטן מהמאמצים הכספיים הכרוכים בהגעה למסקנה זו. נקודות אלו מעלות תהייה האם סכום כה מזערי ביחס לנטען מצדיק חקירה כה רחבה ומעמיקה, שעלותה עולה על הסכום עצמו פי כמה וכמה? זאת ועוד, יש להעיר שתוצאה זו של ההברחה, שביה"ד הגיע למסקנה על הסכום הכולל שלה, יכולה הייתה היבדק ע"י בדיקה פשוטה של שיחזור חשבונות הבנק לשנה האחרונה, ובוה היה נמנע עיכוב גדול של התיק הרכושי, וכמובן לענייננו היה נמנע מהצדדים לשאת בתשלום של שכ"ט של רואה החשבון, שכאמור, הוא כ-43,000 ש"ח ועוד כ-8,000 ש"ח עלות השגת מסמכים ע"י הצדדים.

ביה"ד שקל בכובד ראש נידון זה והגיע למסקנה לכדלהלן:

"לדעתנו יש להטיל את כל העלות הנ"ל על הבעל, מכיון שהתברר שהיתה הברחה כל שהיא, ועל הבעל לשאת בשכ"ט רואה החשבון, כפי החלטת

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ביה"ד מיום 20.11.2018 והסכמות הצדדים המפורשות מיום 22.11.2018 שלא הוגבלו בסכום כלשהו. משנה תוקף יש לעובדה שביה"ד שאל את האשה אם עומדת על תביעתה להברחה לאור הממצאים של הרו"ח המצביעים על הברחה מינורית, והאשה עמדה על כך בתגובתה מיום 31.5.22.

עוד צויין בהחלטה זו שנימוקים מורחבים ימסרו לצדדים בהמשך.

דיון והכרעה

בפסה"ד המקורי נכתב שנימוקים מורחבים ימסרו, והרי הגיעה העת לפרוע שטר זה. אעלה את הנימוקים שהיו עימדי, ואלה שעמדו בשורש קבלת החלטה זו.

נתייחס ראשונה לספק, כאשר עולה פער כה גדול בין התשלום של סכום ההברחה בפועל לבין עלות הבדיקה, פער זה מעלה חשש אמיתי של אומדן – שיתכן והיה קיים בעת חתמו הצדדים על הסכמה משותפת – שכל וההברחה הינה בתוך תחום העלות של הבדיקה או מתקרב אליה, כי אז יש טעם שהמכריח ישלם עבור בדיקה זו. אולם, אם ההברחה היא כה קטנה באופן משמעותי מעלות הבדיקה עצמה, נראה שלא על זה ניסובה הסכמת הצד שהכריח לשאת את תשלום החקירה. נאמר יותר מזה, שיתכן ואף הטוען להברחה – לו היה יודע שזו מסקנת הדברים, לא היה מעלה בדעתו לדרוש חקירה שעלותה כה גדולה. עוד נאמר, כאמור לעיל, מבדיקה של נתוני החשבונות ומסקנת ההברחה עולה נתון מיוחד, ההברחות שאותרו יכולים היו הצדדים לבדוק בבדיקה פשוטה של שיחזור חשבונות הבנק לשנה האחרונה, שמצטרף לשאלה, האם בעקבות כן הדרישה של האשה לרו"ח חקירתי ולהטיל את החיוב על הבעל הייתה מוצדקת, בהינתן ויכולנו להגיע לאותה המסקנה בבדיקה ללא עלות כמעט.

לדעתי, טיעונים אלו ניתנים להיאמר רק אם ביה"ד היה יוזם מהלך של בדיקה לגילוי הברחות מבלי הסכמות הצדדים, כי אז יכולנו להעלות טיעונים מעין אלו, וכפי שניכח להלן.

כמו כן, סבורני שיכול היה ביה"ד לבחון אפשרות זו של רו"ח חקירתי אף מבלי הסכמות הצדדים, ולעניין זה הייתה מספיקה דרישה של האשה שלא התעסקה בניהול השותף של חשבונות הבנק וראתה התנהלות המעלה חשד של הברחה, כגון פתיחת חשבוות בנק נפרדים בסמוך לפרידה. לטעמי, ישנו משקל לבירור בשאלת יסוד זו, על מי ביה"ד צריך להטיל הוצאות אלו של בירור זה אף מבלי שהייתה הסכמה של שני בעלי הדין. בעקבות בירור זה ניבחן את הנימוקים, ודחייתן, במקרה דנן שכתבו הסכם והתחייבו זה לזה.

המפתח לבירור זה מחייב להיכנס לסוגיית חיוב הוצאות משפט וגדריו, ונבחן האם ניתן להקיש מכאן לכל חיובי הוצאות הנצרכות לברר את התביעה.

א. יסודות בחיוב הוצאות

תפיסת היסוד בשאלת הוצאות משפט על דרך הכלל הינה שאין הצד השני חב בהוצאות השני, וכך הוא לשון הגמ' במסכת סנהדרין (דף לא ע"ב):

”כי אתא רב דימי אמר רבי יוחנן: התוקף את חברו בדין, אחד אומר: נדון כאן, ואחד אומר: נלך למקום הוועד כופין אותו וילך למקום הוועד. אמר לפניו רבי אלעזר: רבי, מי שנושה בחברו מנה יוציא מנה על מנה? אלא, כופין אותו ודן בעירו. איתמר נמי, אמר רב ספרא (אמר רבי יוחנן): שנים שנתעצמו בדין, אחד אומר נדון כאן ואחד אומר: נלך למקום הוועד - כופין אותו ודן בעירו, ואם הוצרך דבר לשאול כותבין ושולחין.”

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

מבואר בגמ' להדיא שאין הלווה חייב לשלם למלוה הוצאות הדרך, שכן אם היה עליו לשלם לו הוצאות – אין זה נחשב מוציא מנה על מנה. כן כתבו להדיא בתוס' על אתר, וז"ל:

"ויוציא מנה על מנה - מכאן למתחייב בדין דלא משלם לאידך יציאותיו אף על פי שמזיקו לילך לו לדון בעיר אחרת."

יעויין בהגהה בצד הגליון שמעירים שרש"ל מחק זה, ומייחס פירוש זה למהר"ם מרוטנבורק ואינו מהתוספות. אולם בפסקי תוס' מופיע הלכה זו, וכן מביא האגודה (סנהדרין פרק ג סימן לט) בשם ר"י, וז"ל:

"פירש ר"י מכאן שהמתחייב לא משלם לאידך יציאותיו מדקאמר יוציא מנה על מנה."

וכן ראיתי שכתב לערער על דברי המהרש"ל ביד דוד (לרבי יוסף דוד ב"ר יצחק זינצהיים) על אתר, וז"ל: "אמנם ראיתי במרדכי שכתב כן בשם ר"י ומסתמא הוא ר"י בעל התוספות."

וכן פוסק הרא"ש (פ"ג מסנהדרין סימן מ) וכן הוא ברשב"א בתשובה (ח"א סימן תתקמ) וכן סתימת רבותינו הראשונים. אלא שראיתי במאירי על אתר שהביא יש מהראשונים שמחייבין את הלווה לשלם הוצאות, ומיד דחה שיטה זו מכח סוגיין, וז"ל:

"כל שאמרנו שהמלוה יכול לכוף את הלוה י"א שאם תובעו שיפרע לו הוצאותיו רשאי ולא יראה לי כן ואפילו יצא הלווה זכאי שאם כן היאך אמרו דרך תמיהה יוציא מנה על מנה וכו'."

נקודה זו יוצאת ברורה מהראשונים, אף שיש לערער על הראיה מהגמ', וכפי שמצאתי בערוך לנר על אתר. מכל מקום, אריכות הדברים היא אך למותר, שכן כך למדו רבותינו וכך היא סתימת ההלכה, וכפי שנביא להלן.

יעויין בשו"ת הריב"ש (סימן תעה) שאף הוא הביא ראיה זו שלא מחייבים בהוצאות מהגמ' הנזכרת, ועל בסיס אותו הגיון כתב שאם ישנם הוצאות נלוות שביה"ד נזקק להן כדי להוציא דין לאמיתו, כגון שכר סופר ושכר שטרי טענה ומעשה ב"ד, וכן אם יש לביה"ד שאלה לביורר ששולחים לביה"ד אחר לשאול או למומחה, כל זאת על שני בעלי הדין לשאת בתשלום באופן שווה. ראיה מפורשת לזה הביא מהגמ' בב"ב (דף קסח ע"א) גבי שטר ברורין, וכן הביא לגבי שכר הדיינים מהגמ' בכתובות (דף קה ע"א), וז"ל הריב"ש:

"ואשר שאלתם מענין ההוצאות שנעשית בזה הריב על מי לפורעם, דעו כי הוצאות הסופר לכתוב הטענות על שניהם לפורעם. כמו ששינונו בב"ב פרק גט פשוט (קס"ז): אין כותבין שטרי ברורין ומעשה ב"ד, אלא מדעת שניהם. ושניהם נותנין שכר. ומפרש בגמרא /מסכת בבא בתרא/ (קס"ח) מאי שטרי ברורין, הכא תרגימו שטרי טענתא. ומעשה ב"ד היינו פסקי דינין. וקתני נמי בהו שניהם נותנים שכר. ובכלל זה כל הוצאות שצריכין לעשות הדיינין בפסק דינם כגון אם הוצרכו לשאול כדאמרינן בפ' זה בורר (ל"א): שנים שנתעצמו בדין אחד אומר נדון כאן. ואחד אומר נלך לבית הועד. כופין אותו ודן בעירו. ואם הוצרך דבר לשאול כותבין ושולחין ושואלין. שהרי למ"ד התם כופין אותו והולך לבי' הועד, כל אחד עושה הוצאותיו לעצמו. ואין המתחייב בדין פורע אותם לחברו. והיינו דקאמרינן התם /מסכת בבא בתרא/ אמר לפניו רבי אלעזר. מי שנושה בחברו מנה, יוציא מנה על מנה, אלא כופין אותו ודן בעירו. והוכיחו מכאן המפרשים ז"ל שאין המתחייב בדין פורע ההוצאות. שאם כן מאי קשיא ליה לרבי אלעזר, הרי לא יוציא מנה, על מנה. שהרי אם יתחייב הלוה הוא יפרע ההוצאות. אלא שמע מינה שכל אחד מבעלי דינין עושה

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ההוצאה לעצמו, אם הולכים לבית הועד. ואם כן למאי דקיי"ל כופין אותו ודן בעירו. אם הוצרכו לשאול שכותבין ושולחין ושואלין פורעין בין שניהם שכר השליחות. וכמו שאם היו צריכין לפרוע שכר לדיין כגון אם היה בטל ממלאכתו, היו פורעים אותו בין שניהם, כדאמרינן בכתובות בפרק שני דייני גזרות (ק"ה) קרנא הוה שקיל איסתרא מזכאי ואיסתרא מחייב, ודאין להו דינא. הכי נמי אם הדיין צריך לעשות הוצאות כדי להוציא הדין לאמתו פורעין בין שניהם."

דברי הריב"ש הללו הובאו באין חולק בב"י (חו"מ סימן יד) ונפסקו בשו"ע (שם סימן יג), וכפי שנביא להלן. למעשה, הלכה זו מהווה מפתח לחיוב הדדי כאשר ביה"ד נזקק לעדות מומחה, או כל סיוע אחר המועיל לדיינים להוציא את דינם.

להלכה, כפי שאמרנו, פוסק השו"ע שולחן ערוך (חושן משפט סימן יד סעיף ה) כך:

"המתחייב בדין אינו חייב לשלם לשכנגדו יציאותיו, אף על פי שהזקיקו לדון בעיר אחרת."

כמו כן, לגבי דינו של הריב"ש בדבר חלוקת התשלום בין שני בעלי הדין כאשר הוצאה זו קשורה לבירור האמת ונעשה ע"י בית הדין, נפסק כך (חו"מ סימן יג סעיף ג):

"אין כופין את האדם שיתן טענותיו בכתב. ואין לדיין לקבל טענות בכתב, אלא ישמעו טענותיהם מפיהם ויצוו לסופר לכתבם. ולא יכתבו אלא מדעת שניהם, ושניהם נותנים שכר הסופר."

וכן נפסק (שם סעיף ב) לגבי שטר בירורין, עיי"ש.

יעויין בפד"ר (ח"ו עמוד 83) שהביא ממקור זה הלכה המורה על השתתפות שווה בין שני בעלי הדין במסי המשפט.

הסברה הפשוטה שביסוד הלכות אלו הינה שאין ההוצאות כרוכות בחיוב עצמו, ואינן חלק ממנו, ועל כן אם נגרמו הוצאות לא ניתן לחייב בגינן ואינן אלא גרמא. לענ"ד ניתן לומר יותר מזה, שמהות הדין צריכה להתברר בבית הדין, ועל כן דרישה של אחד מבעלי הדין לברר את דינו הוא מעשה לגיטימי ונכון, ואין בזה כדי לייצר סיבת חיוב היזקית. מכח סברא זו ניתן להבין את דינו של הריב"ש, וכפי שהוא עצמו מבארה, שכיון שנכון לברר את הדין – הרי שאם לבירור הדין מתחייב מביה"ד להוציא הוצאה נצרכת, נכון יהיה לחייב את שניהם כיון שכעת שהם נמצאים בביה"ד בירור האמת נוגע לשניהם באופן שווה. הנפק"מ הברורה בין שני ההיבטים הינה האם

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ישנה חובה לשלם הוצאות כדי לצאת ידי שמים. אם החיוב הוא גרמא, הרי שיש עכ"פ חיוב לצי"ש,¹ אולם לפי ההבנה השניה הרי שזה פחות מגרמא² ואין אף חיוב לצי"ש.

ב. הוצאות משפט לאדם המסרב לירד לדין וגדרו

כך הוא הדין במידה ובעל הדין אינו מסרב לברר דינו. אולם, אם בעל הדין מסרב, הרי שמעתה נפתח הצהר לחייבו בהוצאות הסרבנות, וכך כותב הרא"ש (מסכת סנהדרין פרק ג סימן מ), וז"ל:

"מכאן ראייה מי שנתחייב בדין אינו משלם לשכנגדו יציאותיו אף על פי שהזקיקו לדון בעיר אחרת והני מילי דלא מסרב למיקם בדינא אלא שרצה לדון בעיר אחרת. אבל אם היה מסרב לבוא לב"ד והוצרך התובע להוציא הוצאות לכופו לירד עמו לדין היה ר"מ מחייבו לפרוע כל יציאותיו והביא ראייה מפרק הגוזל בתרא (דף ק"ב) דאמר רבא שליחא דבי דינא מהימן כבי תרי והני מילי לשמתא אבל למיכתב עליה פתיחא לא מהימן דמונא קמחסר ליה. פירוש קודם שיקרעו כתב הפתיחא עליו לתת שכר הסופר שכתב הפתיחא והוא הדין לכל שאר הוצאות שהוציא."

כדברים האלו כתב בשו"ת הרא"ש (כלל קז סימן ו ד"ה ומה שתבע).

מקור הדברים הוא רבו של הרא"ש המהר"ם מרוטנבורק (שו"ת מהר"ם מרוטנבורג דפוס פראג סימן תצז), וז"ל:

"ה"מ לשמות' כו' (ב"ק קי"ב ע"ב) מכאן פסק רבינו ז"ל אם אדם תובע את חברו וחבירו מסרב לירד עמו לדין או לעשות ציוי ב"ד שעל הנתבע לפרוע לו כל יציאותיו שמוציא מיום שכתבו לו סרבנות או אם הנתבע אלם כל כך שאין ב"ד רשאים לכתוב לתובע עליו סרבנות מ"מ צריך לפרוע לו כל יציאותיו מיום שכתבו עליו שאר [דבריו] גיזומים כמו אם לא תעשה לו דין נכתוב לך מרורות. וראי' מכאן דבעי למיתב שכר פתיחא אלמא שצריך לפרוע לו השכר שלא [רצה] לעשות ציוי ב"ד בע"א א"כ גם [הכא] כמו כן צריך לפרוע לתובע

¹המקור לחיוב בדיני שמים הוא במשנה ב"ק (דף נט ע"ב): "השולח את הבערה ביד חרש שוטה וקטן פטור בדיני אדם וחייב בדיני שמים". ובברייתא (שם נה ע"ב) נאמר: "אמר ר' יהושע: ארבעה דברים, העושה אותן פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, ואלו הן...". הגמרא מבארת בפירוט כל מקרה.

מקרים אלו נפסקו בשו"ע, עיין בשו"ע חו"מ (סימן שצו סעיף ד ושם בסמ"ע ס"ק ט; סימן תיח סעיף יא; סימן לב סעיף ב ברמ"א שם; סימן כח סעיף א ובסמ"ע שם ס"ק י), ובמאירי על אתר בב"ק מביא עוד מספר מקרים לחייב יד"ש.

וכן כותב מהרש"ל ביש"ש (פ"ט סימן יח): "דכל דיני גרמא חייבין בדיני שמים, בין מינכר, בין לא מינכר". כך כותב הרשב"א בתשובה (מיוחסות סימן רמ) בנוגע למי שהתחיל בהפצת שמועה שהגיעה אל השר וגרמה לנזק כספי, ועוד מקורות רבים.

לפי זה נכון יהיה לקבוע שיש בגרמא חיוב בדיני שמים. אולם, קביעה זו מסייג קצוה"ח (סימן לב ס"ק א) וכותב: "וכמה מיני גרמא איכא שנפטר מתשלומין אפילו בדיני שמים...". יעויין בנחל יצחק (סימן עה ס"ק ה-ו), שהבין דבריו שכוונתו היא שאין חיוב בדיני שמים אלא רק במקרים שבהם נאמר בגמרא שיש חיוב, ועל כך הוא משיג מדברי המאירי שהובאו לעיל. אולם יש להעיר שהקצוה"ח לא סייג את דבריו למקרים הכתובים בגמרא, אלא כתב שאין חיוב גורף בדיני שמים, וצריך לבחון כל מקרה לגופו. כך גם מסיק הנחל יצחק, שיתכן לפרש כך ככוונת קצות החושן.

אמנם ניתן לומר שאף אם נגדיר הוצאות משפט כגרמא, יש סיבה לפטור, שכן רבים מהפוסקים פוטרים כגרמא בשוגג כיון שאין כונה להזיק, יעויין במאירי ב"ק (דף נו ע"א) ורא"ה ור"י מלוניל (שם), וכן בשו"ת המבי"ט (חלק ב סימן נד), ובשו"ת המהרי"ט (חלק א סימן צה), ובחזו"א (ב"ק סימן ד ס"ק ה).

²יעויין בש"ך (חו"מ סימן סא ס"ק י) שכתב דבר דומה על דין מבטל כיסו של חברו, וז"ל: "המבטל כיסו של חברו אין לו עליו אלא תרעומת, וגרע מגרמא בניזקין דפטור".

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

כל יציאותיו שהוציא ע"פ ב"ד מאותו יום שלא רצה לעשות לו דין או ציוי ב"ד."

וכן פסק ברבינו ירוחם (נתיב ג חלק א), וכן הביא להלכה הנמוק"י (ב"ק דף לט ע"ב ד"ה ממנא) בשם הרא"ש, וכן פוסק הריב"ש (סימן תעה), וכן הביא במהרי"ק (סימן יא), וז"ל:

"ונלע"ד שאין לו לכתוב סרבנות על לוי מן הספק ולא מבעיא לדברי רבינו מאיר דסבירא ליה דעל הנתבע לפרוע כל ההוצאות שעשה התובע כשהנתבע מסרב לעשות ציווי ב"ד כמו שכתב התשב"ץ בשמו וכן נמצא בתשובה בשמו."

כאן המקום להעיר על לשונו של המהר"ם שהובאה לעיל, ממנו נשמע שלא מדובר רק על סרבנות להופיע בפני ביה"ד, אלא אף סרבנות לקיים את פסק הדין נמדדת באותו משורה ונחשבת כסרבנות שמשלמים הוצאות בגינה. להלן ניבחן את גבולות הסרבנות ומידת ההרחבה לדין זה.

ג. בחינת התשלום בעת הסירוב

לפני שנבחן לעומק את גדרי הדין בסרבן והעולה ממנו, יש לשאול מה כלול במה שכותבים הראשונים שמשלמים את התשלום לסירוב, שכן ישנם שני פרשנויות שניתן לומר. נחלק זאת כך: פרשנות רחבה לחיוב זה, ממנה עולה שיש לתת לשני תשלום מלא על כל ההוצאות שתביעה זו הולידה לאחר שהתברר שהלה סרבן. או שמא ניתן לתת פרשנות מצמצמת, שעיקרה הוא שכל מה שיש לשלם לשני הן ההוצאות שהוציא הלה בגין סרבנות בעל דינו, ולא כולל הוצאות המשפט עצמו. נעיר שמלשון המהר"ם המובאים לעיל והרא"ש, וכן היא לשון השו"ע, נראה שלא נחתו לעניין זה, ובדבריהם נראה שכל ההוצאות יש לשאת. אולם, מראיית הגמ' לגבי שטר פתיחתא יש להוכיח שיש לשאת רק בהוצאות הפתיחתא, ולא ההוצאות הנלוות האחרות. להלן אי"ה נעסוק בזה.

עיון בסוגיא זו של סרבנות מעלה ששיטה זו של חיוב הוצאות בעת הסירוב, אף שמרן שו"ע פסקה, נראה שאינה כה פשוטה. שכן מהמרדכי נראה שפטר הוצאות אף בעת סירוב, וכך העלה מאותה הגמ' עצמה שהביא תוס' לפטור הוצאות באופן רגיל, וכך הוא לשון המרדכי (סנהדרין פרק זה בורר רמז תשז):

"מכאן מוכיח ר"י דאם הוציא ראובן יציאותיו כדי לכוף את שמעון לדין דשמעון לא יפרע הוצאה אף על פי שראובן זכה בתביעתו דאם לא כן מאי פריך הכא מי שנושה בחבירו מנה יוציא מנה על מנה מה בכך מכל מקום הלוה יפרע הכל אלא ש"מ דאין צריך לפרוע הוצאה."

מלשון "כדי לכוף" משמע שהנידון הוא בעת סירובו של שמעון לרדת עם ראובן לדין, וא"כ צריך לומר ששיטת המרדכי הינה שאף בעת סירוב אין לחייב הוצאות. אולם, לפי זה יש לשאול מה יעשה המרדכי עם ראיית הרא"ש והמהר"ם משטר פתיחתא? כמו כן, ניתן לתמוה מהי הדרך לכפותו לרדת לדין? להלן נביא את דברי הרשב"א שהתייחס לראיה זו, וניישב לפי סברת הרשב"א.

לא מן הנמנע שהדיוק בדברי המרדכי אינו נכון, והכונה של דבריו במה שכתב כדי לכוף את שמעון הינה שתובע אותו לדין, ובדין יעמידו אותו על חיובו. ואם כנים הדברים לא נמצא שיטה בראשונים הפוטרת חיוב הוצאות בסרבנות, וכפי הראיה משטר פתיחתא בגמ' בב"ק. כעין ראיה להבנה זו ראיתי בלשונו של הישועות ישראל (סימן יד ס"ק ד), שלפני שמביא חידוש דינו (שנביאו להלן) מקדים את הדין הפשוט, שאין לחייב הוצאות בהליכה לביה"ד, וכותב כך:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

"אמנם נראה לענ"ד דדוקא בכפה המלוה את הלוח ויצא הלוח חייב בזה א"צ הלוח לשלם לו הוצאות דע"ד הנאתו עשה כמ"ש רש"ל ביש"ש."

הרי שהשתמש במילה כפיה בעוסקו על הליכה פשוטה לביה"ד לברר את דינו.

שיטת נוספת, והיא שיטת ביניים בין שיטת הרא"ש למרדכי, הינה שיטת הריב"ש שהובאה לעיל, ממנה משמע שלא ניתן לחייב הוצאות בסרבן באופן גורף, אלא רק אם אכן הנתבע שסירב לרדת לדין נמצא חייב בדינו. אולם אם יצא זכאי בדינו לא ניתן לחייבו לשלם הוצאות אף עבור סרבנותו, וכך הוא לשון הריב"ש:

"אמנם אם הנתבע מסרב מלבא לדין, והוצרך התובע לעשות הוצאות כדי לכופו לבא לדין ויצא הנתבע מחוייב, בענין זה חייב לפרוע ההוצאות ההם כדאמרינן בפרק הגוזל בתרא (ק"ב:): דבעי למיתן זוזא דפתיחא."

על דברי הריב"ש הללו יש לתמוה, שכן ראיית הראשונים מחיוב הוצאות בעת סירוב נלמד מהוצאות הפתיחא שהנתבע משלם על זה שלא הגיע לביה"ד, וא"כ מה שייך לחלק בין זה לשאלה האם יצא חייב בדינו או זכאי בדינו? ודאי שהוצאות הפתיחא יהא חייב לשלם, וא"כ אף הוצאות הסרבנות יהא חייב לשלם, ולא משנה מה תהא תוצאת הדין.

תמיהה זו עלתה זה מכבר בתומים (סימן יד ס"ק ד), ומכח זה כתב לחלק, שאם אכן יצא הנתבע זכאי בדינו בגין זה שהתובע בדה טענות מליבו ושיקר בטענותיו, כי אז פטור הנתבע לשלם הוצאות, שכן יש אמת בסרבנות זו. מה שא"כ אם התובע תבע את דינו בתמימות לב, והנתבע יצא זכאי בדינו, במקרה כזה יודה הריב"ש שיש מקום לחייב את הנתבע על סרבנותו משום מזיק.

ישוב זה של התומים יש בו קושי בדברי הריב"ש, שכן לא מצאנו מקום לחלוקה זו בדברי הריב"ש, ומהגמ' נראה שהוצאות פתיחא לעולם יהא חייב לשלם. ואולי זו הסיבה שהסמ"ע (סי' יד ס"ק כז) והלבוש לא הביאו חילוק זה, וכתבו דברי הריב"ש בסתמא.

והנה ראיתי בשו"ת מהרא"ל צינץ (סימן ל), וכן הוא בתפארת יעקב (שם), שכתבו ליישב שהוצאות פתיחא לעולם יהא חייב לשלם הנתבע שסירב לדין, שכן היה עליו להופיע לדין, וסירובו להגיע זה עצמו הסיבה להוצאת הפתיחא עליו. וכיון שכך, הוא זה שצריך לשלם עליה. מה שא"כ הוצאת הסרבנות אינם מחייבים באופן גורף, שכן יכול לטעון הנתבע לאחר שיצא זכאי בדין שהתובע הוא זה שהביא את ההוצאות על עצמו.

ישוב זה יש בו קושי גדול, שכן מה מקום יש לחלק בין הפתיחא ובין הסרבנות, שכן שניהם נמצאים על אותו ציר, והוא כפייה כנגד הסרבן לרדת לדין. כמו כן, אם נמצא שאכן יש מקום לחלק ביניהם, כי אז ירדה הראיה מפתיחא על סירוב, שכן אין דמיון ביניהם. וקשה לומר שכל ההבחנה ביניהם הינה כאשר יצא הנתבע זכאי, אולם כאשר יצא הנתבע חייב בדין לא ניתן לחלק ביניהם, וזה דוחק גדול ומנלן לומר זאת?

כעין ישוב לשאלה זו ראיתי בדברי הישועות ישראל (חה"מ סי' יד אות ו), שעשה פשרה בין שני ההסברים המובאים לעיל, וכתב שאכן הסרבנות לא הייתה מוצדקת באף שלב, ועל כן ניתן וצריך לחייב הוצאות באופן כזה של סירוב, אף אם יצא הנתבע זכאי. אולם אם התברר שהנתבע יצא זכאי בגלל שטענות התובע היו טענות סרק ובדיית טענות והתברר כשקרן, כי אז לא ניתן להעניש את הנתבע, שאמנם לא היה בסדר שסירב אולם לא ניתן לתת "פרס" לתובע, שאף הוא לא התנהג כדין. מנגד, הוצאות הפתיחא הינם הוצאות ראשוניות שמשלמים באופן ישיר, עוד לפני שמיעת הטענות.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

לולי דמסתפינא אמינא שהחילוק בין הפתיחה ולבין הוצאות הסרבנות בנוי על דברינו לעיל, שכן דעת הריב"ש הינה שמחייבים לשלם את כל הוצאות על בירור הדין משהתברר שהוא סרבן, ולא רק על הסרבנות. ולפי"ז החילוק הוא אחר, שהוצאות הסירוב עצמן לעולם יהא חייב לשלם כפי הפתיחה עצמה, שכן זה כלול בסרבנות. אולם הוצאות הנדרשות לבירור הדין, זה תלוי בשאלה האם יצא חייב בדינו או זכאי. יסוד הסברא בנוי על התפיסה שחייב ההוצאות הוא חלק מהדין עצמו, אולם אם לא הייתה כאן סרבנות אלא הוצאות על בירור הדין, הרי כבר כתבנו לעיל שבירור הדין הוא מהזכויות המוקנות לבעלי הדין, ועל כן לא ניתן לראותם ככאלה שניתן לכרוך אותם עם החיוב עצמו. אולם משנתברר שבעל הדין סרבן, כי אז ניתן לראות את הוצאות הדין כמקשה אחת עם החיוב עצמו. כעת מובן ששאלה זו של חיוב הוצאות באופן כזה תלויה בשאלה האם יצא זכאי בדין או חייב, שאם יצא חייב – הרי שהחיוב הוא מוגדל וכרוך בחיוב ההוצאות; אולם, אם יצא זכאי בדין – הרי שלא ניתן לראות חיוב מוגדל, מאחר ואין חיוב כלל. ובזה אתי שפיר חילוק האחרונים הנזכר. ואילו לתומים והנתיבות (סימן יד ס"ק כג) ייתכן וכל החיוב לשלם הוא רק על הוצאות הסירוב, ועל כן מיאנו בחילוק בין הפתיחה לסרבנות, וכפי מה שהקשינו לעיל. יעויין עוד בערוך השולחן (יד ס"ק י) ובמאזנים למשפט (סימן יד ס"ק י).

ד. דעת השו"ע בפסיקת הוצאות בעת סירוב והתנאים לכך

כך הוא לשון השו"ע בחושן משפט (סימן יד סעיף ה):

"המתחייב בדין אינו חייב לשלם לשכנגדו יציאותיו, אף על פי שהזקיקו לדון בעיר אחרת. וה"מ דלא מסרב למיקם בדינא, אלא שרוצה לדון בעיר אחרת. אבל אם היה מסרב לבא לב"ד, והוצרך התובע להוציא הוצאות לכופו לירד לדין, חייב לפרוע לו כל הוצאותיו (שהוציא משעה שנעשה סרבן)."

מתחילת דברי השו"ע ניתן להבין שפוסק כריב"ש, שכן מתחיל הלכה זו במי שהתחייב בדין, ונדמה שכלפיו אמורה הלכה זו, ואילו אם לא נתחייב בדין לא שייך דינים אלו. אולם ניתן לומר שדווקא על הרישא נסובה פתיחה זו, ויש בזה חידוש שעל אף שנמצא חייב בדין לא ניתן לחייבו בהוצאות משפט אם לא נתגלה כסרבן, אולם באשר לדינו של הסרבן – ניתן לומר שזה לא משנה אם יצא חייב בדין או זכאי, לעולם ישלם הוצאות.

ואכן נחלקו נוה"כ בדעת מרן שו"ע. דעת הסמ"ע (ס"ק כח) שהשו"ע פוסק כדעת הריב"ש, ואילו הרמ"א מסיק כדברי הרא"ש, ועל כרחך לדבריו לעולם חייב בהוצאות הסרבנות בין יצא חייב ובין יצא זכאי. מנגד, דעת הבאר הגולה (אותיות מ-ס) הינה שאין מחלוקת בין הרמ"א לשו"ע, ושניהם פוסקים כרא"ש ולא כהריב"ש. ולפי"ז, תחילת הדברים של השו"ע נסובים על דין הרישא.

ה. כפייה ע"י ערכאות בעת סירוב והשתת הוצאות הכרוכות בכך

בדין זה של סרבנות ישנה מחלוקת ראשונים יסודית האם ניתן לחייב הוצאות שנזקק להוציא בערכאות בגין סירובו של הנתבע.

הרא"ש בתשובה (כלל קז סימן ו) כותב כך:

"ומה שתבע ר' שלמה שיפרע לו רבי ישראל ההוצאה שהוציא על זה [כדי לכופו את ר' ישראל שיעשה לו דין אם יש לו לר' שלמה לברר שתבע את ר' ישראל לבא עמו לדין על תביעת שטר י"ב אלף זהובים וסירב ר' ישראל לבא עמו לדין והוצרך ר' שלמה להוציא על זה הוצאות עד שכפוהו לבא עמו לדין

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

חייב ר' ישראל לפרוע לו כל הוצאות שהוציא על זה, כי כן כתב ר' מאיר מרוטנבורג ז"ל. והביא ראיה מהא דאמרין בפרק הגזול בתרא (ק"יב:) אמר רבא שליח דבי דינא דינא מהימן כבי תרי וה"מ לשמתא אבל לפתיחא לא מאי טעמא ממונא הוא דמחסר ליה דבעי למיתב זווי דפתיחא. פי' אם שלחו בית דין שליח להזמין את ראובן לבא לדין עם שמעון ולא בא ראובן שליח נאמן כשני עדים ואין צריך להעמיד עליו עדים כשמזמינו לבא לדין, וה"מ לשמתא כלומר מנדין את ראובן על שלא בא לבית דין על נאמנות השליח שאומר שהזמינו. אבל לפתיחא לא כלומר אבל לכתוב נדוי על ראובן אין סומכין על השליח אלא אם כן יש אחר עמו שמעיד שהזמינו לבית דין לפי שיש לראובן חסרון ממון בעדות השליח שהרי כשיבא ראובן לב"ד להתיר לו נדויו לא יתירו לו עד שיפרע ראובן שכר הסופר שנתן שמעון לסופר לכתוב נדוי על ראובן. ומכאן דקדק רבינו מאיר ז"ל אף על גב דמוכח בסנהדרין בריש זה בורר (כ"ג) שאין הנתבע חייב לשלם לתובע ההוצאה שהוציא כדי לתבעו לדין מדקאמר התם שכופין את הלוה לדון בעירו שלא יצטרך המלוה להוציא מנה על מנה ה"מ כשאינו מסרב לבא לבית דין. אבל אם תבעו לדין ולא רצה לבא עמו לדין וצריך התובע להוציא הוצאות לכופו שירד עמו לדין חייב הנתבע לשלם כל אותן ההוצאות מדחזינן הכא שחייב ראובן ליתן לסופר שכר הכותב שכתב הנדוי על ראובן שסרב לבא לדין. וההוצאה שחייבתי את רבי ישראל שיפרע לר' שלמה אחר שיברר רבי שלמה בעדים שתבע את ר' ישראל שיבא עמו לדין על התביעה הזאת וסרב לבא עמו לדין לא תהיה פרעון הוצאתו בשבועת רבי שלמה שישבע כמה הוציא ויטול. אלא יברר רבי שלמה כל הדרך שהוצרך לילך לכופו את רבי ישראל שיעשה לו דין והשלוחים ששלח וכיוצא בזה ושכר הסופר ובית דין ישומו כמה היה ראוי שיוציא רבי שלמה בדרכים הללו ובהוצאות השלוחים והסופרים ועל פי שומת בית דין יפרע ר' ישראל לר' שלמה כל ההוצאות שהוציא עד שהביאו לב"ד ונפסק הדין."

תשובת הרא"ש עוסקת בהליכה לערכאות בשל סרבנות הנתבע, וחייב הרא"ש הוצאות אלו. אולם נעיר מיד שלמעשה הערכאות לא חייבו את הנתבע ודנו דינו, אלא חייבו אותו ללכת ולדון בפני ביה"ד של ישראל. לעומת תשובה זו, נראה שהרשב"א התנגד לחיוב זה של ערכאות אף אם הגיעו לזה בשל סרבנות הנתבע, וכך הוא הלשון של הרשב"א (חלק א סימן תתקמ):

"שאלת טוען ונטען שבאו לדון והוצרך הטוען להוציא הוצאות כדי שיזכה בדין וזכה אם מכריח לשלם לו ההוצאות מן הדין אם לאו? ואם אין מחייבין מן הדין על ההוצאות אם יש תקנה בזה מן הגאונים ז"ל משום נעילת דלת?

תשובה ההוצאות אלו שאמר' לא ידעתי מה הן ועל מה הוציא הוצאות, ואם בא לדין בבית דין של ישראל אם הוצאות כתיבת שטרי טענות שניהם נותני' שכר כדתנן (ב"ב דף קס"ח) אין כותבין שטרי ברורין הכא תרגימו שטרי טענתא. הוצרך ללכת אחריו למקום שהוא בזה מבואר הוא שאינו חייב בהוצאה שהרי אמרו בשנים שנתעצמו בדין מלוה אומ' נדון כאן ולוה אומר נלך לבית הוועד כופין אותו ודן בעיר /בעירו/ כדי שלא יוציא מאתים על מנה /סנהדרין לא/ ואם איתא מאי מוציא מאתים והא משלם לוה לזה כל ההוצאות? ואם שלחו לו בית דין לבא לדון עם בעל דינו ולא בא והוצרך הטוען לכתוב עליו גם זה מבואר בגמרא בריש פרק הגזול בתרא (דף ק"יב) שהנתבע פורע הפתיחה. דגרסינן התם /ב"ק ק"ב/ שליחא דבי דינא מהימן כבי תרי. וה"מ לשמתא אבל פתיחא לא מאי טעמא ממונא קא מחסר ליה דבעי מיתב זווא דפתיחא. ואם תבעו בערכאות של גוים והוצרך להוציא הוצאות בדיינין וטוענין והיאך ישלם ואדרבא הוא עושה שלא כהוגן ועובר על לפניהם ולא לפני גוים. ואפלו סרב הנתבע ומתוך סירובו הוצרך להעמידו בערכאות ולהוציא הוצאות גם כן

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בזה יראה לי שאינו חייב דאינו אלא גרמא בנזקין בעלמא. ואינו דומה לדינא דגרמי שעושה מעשה בגוף הדבר שהוא מזיקו כשורף שטרותיו של חברו ודומין לו. וכך אינו דומה להוצאות דפתיחא משום דב"ד מחייבין אותו על שסירב לבא לפנייהם ליום שקובעין."

הנה כי כן פטר הרשב"א בהוצאות אף בסרבן, וסיבת הפטור מבאר הרשב"א כיון דהוי גרמא, ואינו דומה לגרמי שעושה מעשה בגוף הדבר. ומכאן מתקשה הרשב"א מהוצאות פתיחא, דשם מחייבים את הנתבע, וכפי ראיית המהר"ם והרא"ש. מיישב הרשב"א דבפתיחא ההוצאה היא על פי ביה"ד שמסרב להופיע בפניהם, והוא כעין קנס שסירב לבוא, והוא זה הנושא תשלום זה כיון שקונסים אותו. להלן נבאר שהשימוש במונח קנס נכתב באג"מ, אולם אין החובה לומר כן.

לעיל הבאנו דעת המרדכי שפטר בסרבנות, והקשינו עליו מהגמ' בב"ק לגבי שטר פתיחא מה יענה על ראיית הרא"ש. והישוב לזה הוא כפי שכתב הרשב"א, ששם החיוב הוא של ביה"ד שסירב לבוא בפניהם, ואין החיוב כלפי התובע ובגין הסרבנות.

ו. דיון בהבנת שיטת הרשב"א בחיוב הוצאות בעת סירוב לרדת לדין

יש לדון ברשב"א מה יהא הדין בכל סרבנות, ואף אם לא הייתה בערכאות, האם גם זה יכלל בגרמא, או שמא סרבנות זו יש לחייב, וכפי שמחייבים בפתיחא, אלא ההליכה בערכאות והוצאות על הליך זה הוא הנקרא גרמא.

מעיון בתשובת הרשב"א ומהישוב שלו לגבי פתיחא נראה שסובר הרשב"א כדעת המרדכי, שכל הוצאות – ואף אם נגרמו בשל סרבנות – דינם כגרמא, ודלא כשיטת הרא"ש. שאל"כ היה על הרשב"א ליישב שבפתיחא הוי סרבנות כלפי הבע"ד, והסרבנות להוציא היזק יש בה, אולם הליכה לערכאות אינו הכרח, והוצאות הדין שם הם בגדר גרמא. ולפי"ז, מחלוקת הרשב"א והרא"ש הינה מחלוקת קוטבית ואינה קשורה בדווקא להליכה לערכאות.

אולם מהב"י נראה שלא למד כן, שכן הב"י מביא את דברי הרשב"א בתשובה בכפיפה אחת עם דברי הרא"ש שיש לחייב הוצאות בסירוב. אולם, לאחר מכן עובר הב"י לעסוק בהוצאות לערכאות עבור סרבנותו, ועל זה מביא את הרשב"א שפוטר וכותב שהרא"ש בתשובה מחייב, וכתב שמסתברים דברי הרא"ש.

כבנה זו נראה אף בשו"ע, וכפי שנביא להלן את לשונו. אולם, לא ביאר לנו מרן השו"ע מה ההבדל בין סרבנות בפני ב"ד ישראל ובין סרבנות של ערכאות, והרי בשניהם הוי גרמא או שנימא בשניהם הוי מעשה היזק, ומה החילוק ביניהם? ולא ניתן לומר שההבדל הוא איסור ערכאות, שכן הרשב"א עוסק אף באופן שקיבל רשות לדון בפני ערכאות. ומכאן קשה לי על מה שראיתי בשו"ת מהרשד"ם (חו"מ סימן לה) שכתב שאין מחלוקת היכא שקיבל רשות מביה"ד, וכן משמע בשו"ת הרמ"א (סימן קח) שהרשב"א עוסק בהלך מעצמו לערכאות ואף אם היה מותר לו פוטר, ואולם אם קיבל רשות מביה"ד ניתן לחייב אף להרשב"א. ולענ"ד לא ניתן לומר כפי דבריהם, שכן הרשב"א כותב להדיא שאף שעשה זאת בהיתר הוי גרמא, וזהו טעם הפטור, ומה לי אם עשה ברשות ביה"ד או לא. ולשמחתי ראיתי שבכנה"ג (הגהות בית יוסף חו"מ סימן יד אות כח) תמה על דבריהם, וכך לשונו:

"אלא שכל זה איננו שוה לי, שמהטעם שנתן הרשב"א ז"ל נראה דבכל גונא פוטר אותו, בין שלחו בין לא שלחו בעדו, בין נטל רשות מב"ד בין לא נטל."

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

כהבנה זו של הב"ד, המחלקת בין חיוב הוצאות בערכאות ובין סירוב בפני ביה"ד, ששם אף הרשב"א מודה שמחייבים, מצאתי בדברי האג"מ (חו"מ חלק ב סימן כו), ומשם גם עולה הישוב לדברים שהתקשינו, וז"ל:

"ועיינתי בהתשובה סימן תתק"מ ומפורש בו שני הדינים דין הרישא בהוצאות בשביל סירובו לדייני ישראל כתב שחייב מהא דמשלם דמי פתיחא ממש כמש"כ הרא"ש בשם הר"מ, והוסיף דין הסיפא שלערכאות אף שהוצרך מחמת סירובו, וכוונתו אף באופן שהתירו לו לילך בערכאות כהא דסימן כ"ו, דמ"מ אין לחייבו להמסרב לשלם ההוצאות משום דהוא רק גרמא בניזקין כיון שאינו מעשה בגוף הדבר, ומסיק ול"ד לפתיחא משום דב"ד מחייבין אותו על שסירב לבא לפניו, ואין כוונתו דפתיחא שאני משאר הוצאות דליכא בזה שום חלוק וברישא הא הרשב"א בעצמו מחייב גם בכל הוצאות שהיתה השאלה עליהן, אבל כוונתו דכיון דב"ד מחייבין אותו על שסירב לבא לפניו, היינו שאין זה מן הדין אלא מקנסא אין זה אלא על הסירוב לב"ד ישראל עד שהוצרך להוציא הוצאות לכפיה לבא לפניו, אבל לערכאות אף שנתנו לו רשות ולא עשה איסור במה שתבע בערכאות, מ"מ לא קנסוהו משום דליכא עכ"פ דין שיהיה מחוייב הנתבע לילך לערכאות והב"ד לא יסייעוהו להביאו לערכאות, לכן לא שייך שיקנסוהו כשלא חייב לשלם ההוצאות מדינא, ומכיון שהוא גרמא בניזקין שפטור מדינא לא חייבוהו בהוצאות."

האגרות משה מחדש חידוש גדול, שאכן הוי גרמא בכל סירוב, אולם מפתיחא למדנו שחכמים קנסו סרבנות בפני ביה"ד של ישראל, אולם בערכאות לא קנסו שכן אין לו החובה ללכת בפני ערכאות.

לענ"ד, ואחר בקשת המחילה, הבנה זו של האג"מ אינה מחויבת, וניתן להישאר בהבנה שחיוב הסירוב הוא לא גרמא אלא חיוב "מוגדל" של מקור החיוב עצמו, וכיון שהבירור מתבקש בביה"ד הרי שהליכה לשם אינה נחשבת כהוצאה, אולם אם התברר שיש כאן סירוב להוציא את הדין לאמתו, הרי שכעת החיוב הוא על כלל הדין ולא הוי גרמא. אולם בפני ערכאות לא ניתן לראות זאת כחלק מהחיוב עצמו, כיון שלא שם המקום לברר זאת. ומכאן גם ניתן לומר שמה שכתב האג"מ שחיוב על הסרבנות הוא קנס אין דברי זה מחייב, אלא החיוב הוא מצד הדין, והאג"מ לשיטתו שכתב שכל סרבנות נחשבת כגרמא ראה צורך להגדיר את החיוב על הסרבנות כקנס. אולם לדידנו, אין הדבר מתחייב. אולם יש להודות שהמרדכי שהבאנו לעיל, הפוטר בהוצאות אף בסירוב להגיע לביה"ד, על כרחך יצטרך לומר שהוצאות הפתיחא הוי קנס, וכפי הפרשנות הראשונה שנביא להלן.

לענ"ד עיקר ההבדל בין שני סוגי הפרשנות שניתן לומר ברשב"א, הוא על מה שכתב ליישב שבפתיחא החיוב הוא כלפי ביה"ד על הסירוב להופיע בביה"ד. יש לתהות מה הדגש בדברי הרשב"א? הבנה אחת ניתן לומר שהדגש הוא על הסירוב להופיע בפני ביה"ד, ולא שיש כאן סירוב להופיע כלפי בעל דין השני, וא"כ העניין כאן הוא לא כלפי בעל דינו אלא משנכנסו ביה"ד לעניין הרי שכעת חוסר הופעתו הינה פגיעה כלפי ביה"ד, וכך ניתן לבאר בדעת המרדכי שהבאנו לעיל שפוטר חיוב הוצאות אף בסרבנות. אולם ניתן לומר שהדגש ברשב"א הינו אחר, ועיקר החיוב הוא כלפי סרבנות רק אם נעשתה בפני ביה"ד, וזו כוונתו שזה כלפי ביה"ד. ולפי"ז חיוב הוצאות הוא כלפי בעל הדין, והתנאי הוא שזה נעשה בפני ביה"ד ולא בפני ערכאות, שם אין חיוב של אדם לברר דינו ועל כן לא ניתן לחייב סרבנות.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ז. פסיקת השו"ע בחיוב הוצאות בהליכה לערכאות בעקבות סירוב

נביא את דברי שו"ע (חור"מ סימן יד סעיף ה) ונדרון בשיטתו, וז"ל:

"המתחייב בדין אינו חייב לשלם לשכנגדו יציאותיו, אף על פי שהזקיקו לדון בעיר אחרת. וה"מ דלא מסרב למימם בדינא, אלא שרוצה לדון בעיר אחרת. אבל אם היה מסרב לבא לב"ד, והוצרך התובע להוציא הוצאות לכופו לירד לדין, חייב לפרוע לו כל הוצאותיו (שהוציא משעה שנעשה סרבן) (מהרי"ק שורש א' / י"א, קמ"ד ונ"י פ' הגזול בתרא ומהרי"ו ותשובת הרא"ש כלל ק"ח / ק"ז / וכלל ע"ג סי' ב'). ויש מי שאומר שאם תבעו בערכאות והוציא הוצאות בדיינים וטוענים, אף על פי שמתוך סרובו הוצרך להוליכו בערכאות, אינו חייב לשלם הוצאותיו. הגה: ויש חולקין וסבירא להו דאם הוצרך להוציא עליו הוצאות לכופו על ידי ערכאות של עכו"ם, חייב לשלם לו (תשובת הרא"ש כלל ע"ג סימן ב'), וכן נראה לי עיקר, ובלבד שעשאו ברשות ב"ד, כדלקמן סי' כ"ו. מי שאמר לחבירו שילכו לדון במקום אחר, ואמר לו: לך ואני אבוא אחרך, והלך, והשני לא הלך אחריו, צריך לשלם לזה שהלך כל יציאותיו (מרדכי ס"פ זה בורר). כשהסרבן צריך לשלם ההוצאות אין אומרים שישבע כמה הוציא, ויטול, אלא צריך לברר כמה הוציא, או הב"ד ישומו לו הוצאותיו וכזה ישלם לו. (תשובת הרא"ש כלל ק"ז).

מהשו"ע נראה כפי הבנה שניה שהראינו לעיל, הבאה לחלק בין סרבנות רגילה וחיוב על פי ביה"ד לבין כפייה ע"י ערכאות, שכן ברישא כתב שחייב אם סירב ולאחר מכן הביא דעת הרשב"א ב"ויש מי שאומר" שפטור בהוצאות בפני ערכאות. הרמ"א ממשיך הבנה זו, ועל כן כתב להשיג על השו"ע בעניין הערכאות ופסק שעיקר הדברי הרא"ש ולא כפי הרשב"א. ולפי"ז, בדין סרבנות רגילה בפני ביה"ד ישנה תמימות דעים שיש לחייב, אולם בחיוב הבא בערכאות דעת השו"ע הינה כדעת הרשב"א ואילו הרמ"א חולק ופוסק כהרא"ש.

אולם האמת חייבת להיאמר, דמבאר הגולה (אות ע) משמע להדיא כפי ההבנה הראשונה, שכן סובר הבאר הגולה שהשו"ע סותם כדעת הרא"ש מכך שהביא בסתם לחייב הוצאות בסרבנות, ובכלל זה יש לכלול אף הליכה בפני ערכאות כתוצאה מסרבנות, ורק לאחר מכן הביא מרן י"א שהוא הרשב"א לפטור בערכאות, ועל כרחק הוא בכל הוצאות בגין הסרבנות, שכן כשם שכן סתימת הרישא כך היא ההבנה בסיפא. ומה שלא כתב כן להדיא שעוסק בכל סרבנות, היינו מאחר והרשב"א עוסק בהליכה בפני ערכאות בהדיא, והביא דבריו המפורשים של הרשב"א.

דברי באר הגולה יש בהן כדי ליישב את מה שכותב הב"י שדברי הרא"ש מסתברים עם דבריו בשו"ע שהביא רק את דברי הרשב"א, ולדברי באר הגולה מרן השו"ע סותם כדעת הרא"ש. ומה שהביא הרמ"א שהרא"ש חולק, ממנו משמע שלא כהבנה זו, אין בזה כדי ללמד על דעת השו"ע. [ולהדיא כתב באר הגולה (שם) שדברי הרמ"א עפ"י הרא"ש כלולים במש"כ המחבר לעיל שחייב לפרוע לו כל הוצאותיו].

אולם מפשט דברי השו"ע נראה שהשו"ע חזר בו מדבריו בב"י³, וסתם כדברי הרשב"א.

בפת"ש (ס"ק יד) מביא בשם שו"ת ושב הכהן שאין מחלוקת בין הרא"ש לרשב"א, ושניהם עוסקים בנידונים שונים. הרא"ש עוסק במציאות שהערכאות כפו את הסרבן לדון בפני ישראל, שבכה"ג יש מקום לחייב אף להרשב"א, ואילו הרשב"א דן במציאות בה דנו הערכאות את הסרבן,

³נעיר שהרמ"א בתשובה (סימן קח) נאחז בדברי הב"י שהכריע כדברי הרא"ש, אולם מדבריו על השו"ע נראה שהבין שהשו"ע פוסק כדברי הרשב"א, ועל כן בחר לחלוק ולהכריע כדברי הרא"ש.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

שבכה"ג אין מקום לחייב אף להרא"ש. יעויין בשו"ת אג"מ הנזכר שצידד בהבנה זו. האג"מ הוא לשיטתו בביאור דברי הרשב"א, שעיקר הנקודה איתה מתמודד הרשב"א הוא ההליכה בפני ערכאות וסטיה מבירור הדין בפני ביה"ד ישראל, ובאופן כזה מעבר לזה שכל סרבנות הינה גרמא, גם ביה"ד לא ראו צורך לקנוס. אולם, בפני ביה"ד, שאז הבירור הוא מתבקש, הרי שאף אם הוי גרמא מכל מקום ראו חכמים צורך לקנוס, ועל כן, אם עיקר הכפייה היא כדי להעמידו בביה"ד של ישראל, כי אז הרשב"א יודה שחייב לשלם הוצאות. עוד נאמר שמהבנה זו מוכח שבסתם סרבן בפני ביה"ד ישראל פשוט שאף הרשב"א יחייב.

נעיר שאף לדידנו חלוקה זו של ה"ושב הכהן", מתיישבת ומסתברת.

ביש"ש ב"ק (פרק הגוזל בתרא סימן יד בסופו), אחר שהביא תשובת הרשב"א שא"צ לשלם ההוצאות דעלו לו להביאו לדייני ערכאות, כתב דישרו דבריו בעיניו היכא דלא נטל רשות מב"ד, ואף היכא שאין צריך ליטול רשות מב"ד, כגון שכתב לו בשטר שיכול לכופו בעש"ג והוא אלם, מ"מ פטור מטעם גרמא. אבל היכא דהוא אלם ונטל רשותא מב"ד והרשוהו, ועל פי ב"ד נזקק עמו בפני עש"ג, פשיטא דמחויב לשלם ודמי לפתיחא דב"ד.

מבואר יוצא מדבריו שבהליכה לערכאות מבלי אישור ביה"ד – אף בהסכמת בעל הדין – לא ניתן לחייב בהוצאות מפני דהוי גרמא, אולם אם זה נעשה באישור ביה"ד ניתן לחייב וכפי הראיה מפתחא. לענ"ד, מדבריו גם נראה שבסרבנות ניתן לחייב על הכל, וגם אם מפני כן נזקק ללכת לערכאות, ובתנאי שנעשה בביה"ד, ועל כן מובן מדוע הכריע דלא כהרשב"א. אולם, אם נימא כדברי האג"מ, יש לתהות מדוע העדיף את דבריו על פני הרשב"א שדחה הראיה מפתחא? ואכן האג"מ הביא את דברי היש"ש, וכתב לשיטתו שהכרעת היש"ש הייתה שלדעתו יש לחייב קנס אף אם קיבל אישור מביה"ד לדון בערכאות בניגוד לדעת הרשב"א. הקושי שבזה הוא איך הכריח היפך הרשב"א בשאלת הקנס, וז"ל האג"מ:

"הרי מפורש שסובר [היש"ש – א.ה.]. כה"ח שברמ"א, אך היש"ש לא הביא תשובת הרא"ש דאפשר שסובר נמי שאין ראה מהרא"ש כדלעיל, אבל מסברת עצמו פליג על הרשב"א דסובר ששייך שיקנסוהו גם לשלם הוצאות שעלו להביאו לדייני ערכאות, דמדינא הא היש"ש נמי כתב שהוא גרמא וישרו בעיניו דברי הרשב"א בזה. ועיין בש"ך ס"ק י"ג שכתב על הרמ"א שמסיק כדברי היש"ש חולקין שברמ"א וכן פסק ביש"ש ומשמע שכן סובר גם הש"ך."

לענ"ד, מדברי הש"ך ניתן להוכיח להיפך מדברי האג"מ, שכן הוא סובר שהכרעת היש"ש מתאימה לדברי הרמ"א שהכריע כרא"ש, ואי נימא דהוי גרמא ולמרות כן חייב היש"ש מחמת קנס, מדוע השווה שיטת הרא"ש שלא כתב דהוי גרמא לדברי היש"ש? אולם קושיא זו אינה קשה על האג"מ, מאחר ולשיטתו אף לדעת הרא"ש הוי גרמא אלא שהרחיב את הקנס והרשב"א צמצם אותו, או שלא נחלקו כלל, וכהבנת והשב כהן וכפי שצידד.

ת. דיון במקור הדין לחיוב הוצאות בערכאות

מ"ן הב"י שהביא את מחלוקת הרשב"א והרא"ש ציין לדברי הרא"ש בתשובה (כלל עג סימן ג), וז"ל התשובה שם:

"תשובה שמעתי וגם ראיתי בדברי גאון אם יכולין לשלוח ללוה שילך ויחזור בתוך ל' ישרו לו שליח על יציאת הלוה, כי כל יציאות שיוציא המלוה בגרמת הלוה שמרחיק פרעון המלוה על הלוה לפרוע. כדאמרינן בערכין (כג:): המקדיש נכסיו והיה עליו כתובת אשה ובעל חוב מוסיף עוד דינר ופודה הנכסים משום דרבי אבהו, ולשון מוסיף משמע שמוסיף על הלואתו וגובה

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הדינר עם שאר החוב וה"ה יציאה שגורם לו. והראיה שכתב רבינו משה שהבעל חוב במדינה אחרת היינו כגון שטוען המלוה שהוא במדינה אחרת ואין שליח יכול לילך אליו ולחזור בתוך ל' יום אם יביא מזה ראיה ב"ד יורדין לנכסיו מיד בשטר מקויים משום נעילת דלת שלא יהא כל אחד לזה מעות מחברו וילך וישב לו במדינת הים."

הנידון ברא"ש עוסק בשאלה האם יש להודיע ללוה שיורדין לנכסיו, ועל מי עלות השליח אם צריך להודיע ללוה שיגיע לדון לפני הירידה לנכסיו. על זה הכריע שעלות השליח הינה על הלווה, וראיית הרא"ש מהגמ' בערכין. לפני שניבחן ראייה זו, ונעמוד על דברי הב"י איך למד מכאן לנידונו בהוצאות ע"י ערכאות, נעיין בדברי הרא"ש בפסקיו מסכת כתובות (פרק ט סימן כז) שהביא ראייה זו, ומשם יש ללמוד דבר נוסף, וז"ל:

"האי איפשר לשדורי ולאודועי דכתב רב אלפס ז"ל יראה לפרש האי אפשרות בכדי שילך שליח ויחזור בתוך שלשים יום שהוא זמן בית דין דטפי משלשים יום אין לנו כח לאחר פירעון הלוה. והמלוה יוסיף על חובו שכר השליח ויגבהו עם חובו כההיא דערכין (דף כג ב) המקדיש נכסיו והיו עליו כתובת אשה ובע"ח מוסיף עוד דינר ופודה הנכסים משום דרבי אבהו ולשון מוסיף משמע שמוסיף על הלוואתו וגובה הדינר עם שאר חובו והוא הדין להוצאת השליח שהוא לטובת הלוה שמן הדין הוא ראוי לירד לנכסיו מיד משום נעילת דלת. ואם אין שליח יכול לילך ולחזור בתוך שלשים יום ב"ד יורדין לנכסיו מיד ומגבין לו חובו."

הרא"ש בתשובה מחדש יסוד "כי כל יציאות שיוציא המלוה בגרמת הלוה שמרחיק פרעון המלוה על הלוה לפרוע", והוכיח יסוד זה מהגמ' בערכין שאם הקדיש הלווה נכסיו פודה אותו המלווה ומוסיף דינר על הפדיה ומחייב את הלווה בחוב בתוספת הדינר, ובכך מסתכם כל החוב. הרי על כרחך שניתן להרחיב את החוב ולהגדירו מחדש, בתוספת ההוצאות שהוציא כדי לגבות חובו. נדמה שבפסקיו צמצם יסוד זה, וכתב שמהגמ' בערכין למדים שכך הוא אם זה נעשה לטובת הלווה, וכמו שרואים בפדיית ההקדש, שאם לא היה פודהו הרי שנוסף להקדש היה ללוה את תשלום החוב. דבר זה צריך עיון.

לעיל הבאנו מהב"י שכתב בשם הרא"ש שמחייבים את הסרבן בהוצאות אף אם בעקבות כן הוצרך המלוה ללכת לערכאות, בניגוד לעמדת הרשב"א, והפנה הב"י לתשובת הרא"ש הנזכרת לעיל, בה דן על הוצאות השליח להודיע ללוה שיורדים לנכסיו. דברי הב"י צריכים עיון רב, שכן הרא"ש כלל לא עוסק בנידון זה של הוצאות סרבנות בהליכה לערכאות. זאת ועוד, אפילו הרשב"א שמתנגד להוצאות סירוב בהליכה לערכאות דהוי גרמא, הסכים עם הלכה זו שיש לשלוח ללוה שליח והלוה משלם, והטעם לזה כותב הרשב"א בתשובה (חלק ד סימן רי), הביאו הב"י (סימן קו), וז"ל:

"הילכך לתקנת הלוה אמרו אף על פי שהיה לנו לומר שנפרעין שלא בפניו כיון ששטר מלוה ביד אחרים וכיון שתקנתו היא שאמרו אינו בדין שיוציא מלוה שכר השליח ונמצא מפסיד. ומיהו נראה ודאי שאם נפטר נתבע מן הדין התובע משלם שכר השליח. וכן נראה בעיני אף על פי שלא שמעתי."

תמיהה זו גרמה לרע"א ואמרי ברוך להפנות לשו"ת ושב הכהן (סימן צט) שהפנה במקום זה לתשובת הרא"ש שהזכרנו אנו לעיל (סימן קו), שם עוסק הרא"ש בחייבוהו הערכאות לדון בפני ישראל והוצאות אלו חייב הרא"ש, ובעקבות כן מעיר שאין סתירה בן הרא"ש לרשב"א והנידונים אחרים, וכפי שהבאנו לעיל. אף האג"מ (חושן משפט חלק ב סימן כו) חש בקושי זה, והעיר כך:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

"והנה לא נמצא תשובה זו בתשובת הרא"ש שלפנינו לא בסימן ג' שמצויין בב"י ולא בסימן ב' שמצויין ברמ"א, אבל בכלל ק"ז סימן ו' בעובדא שהמלכה צייתה להרא"ש שידון הריב שבין ר' שלמה בן אלבגל ובין ר' ישראל בן אלחדאב, כתב בסוף הסימן שכשיברר ר"ש איך שר' ישראל סירב לבא עמו לדין ויברר ר"ש כמה עלו ההוצאות יתחייב ר' ישראל לפרוע לו כל ההוצאות, ושם הא היו הרבה הוצאות שהוציא בערכאות דודאי עד שבא ריבם לפני המלכה היו בכמה ערכאות. ואולי ט"ס הוא בהציון שבב"י וברמ"א וצריך להיות כלל ק"ז סימן ו', אבל א"כ צדק הגהות אמרי ברוך בשם ושב הכהן שכתב שהרא"ש לא פליג על הרשב"א דהרשב"א מיירי בנידון הוצאות שהיה במשפט הערכאות והרא"ש מיירי מהוצאות שהוציא בערכאות שיהיה מוכרח לילך עמו לדיני ישראל, דבעובדא זו הא איירי הרא"ש שעלו לר' שלמה הוצאות הרבה בערכאות והמלכה שיבא ר' ישראל עמו לדון לפני הרא"ש שהוא דיין המומחה שבישראל. ואולי ניחא מה שהמחבר לא הביא כלל היש חולקין שהביא הרמ"א אף שהוא בעצמו כתב בב"י על דברי תשובת הרא"ש והכי מסתבר, שהוא משום שהמחבר סובר שרק ההוצאות שהוציא שהערכאות יביאו אותו לדיני ישראל חייב ולא ההוצאות שהוציא לדון בדיני הערכאות, והביא מתשובת הרא"ש לא למחלוקת על הרשב"א אלא להוסיף שגם הוצאות אלו להביאו לדיני ישראל שהוציא ע"י ערכאות נמי הוא כשאר הוצאות כפיה לבא לב"ד, וע"ז כתב בב"י והכי מסתבר ולכן לא הוצרך להביאו בש"ע שהוא בכלל הרישא דמסרב לבא לב"ד חייב לפרוע לו כל הוצאותיו שהוציא להביאו לב"ד, ומדסתם כל הוצאותיו הוא אף אם הוצרך להוציא ע"י ערכאות, אבל הרמ"א הביא דיש חולקין משום דמפרש דלהרא"ש חייב לפרוע גם הוצאות שהוציא למשפט ערכאות, דמשמע לרמ"א מהעובדא שמתחלה היתה כוונתו גם לכופו לידון בערכאות אך שיצא מזה שהמלכה כפאתו לילך לידון לפני הרא"ש, שאם לא היה צריך לפרוע ההוצאות שעלו לידון בערכאות סובר הרמ"א שאף שיצא מזה כפיה לבא לדיני ישראל לא היה לו להרא"ש לחייבו לפרוע, ולכן סובר הרמ"א שראיה מזה שלהרא"ש חייב לפרוע אף כשנידונו בערכאות."

ט. הרחבת החיוב המקורי והכנסת ההוצאות לחיוב זה

אמנם, אם נרצה ללכת בדרכם של הב"י והדרכי משה ולא לשנות הגירסא בדבריהם, נראה שיש לומר שהכלל היוצא מדברי הרא"ש בתשובה סימן עג הינו רחב, ותוכנו הוא שכל הוצאה שנגרמת למלוה בשל הלואה יש לראות בה חלק מההלואה עצמה, וכפי שמוכח בגמ' בערכין. ההגדרה היוצאת משם היא שאחריות החזרת המלוה הינה על הלואה, וכל עיכוב הגורם להוצאה היא על הלואה. ואם כנים הדברים, הרי גם אם נגרם למלוה הוצאות סירוב בהליכה לערכאות, אף הוצאות אלו יש לראותן חלק מההלואה עצמה, ואין המלוה צריך להפסיד, ואחריות החזרת המלוה בשלימותה על הלואה. אם כנים הדברים, צודקים דברי הרמ"א שהרא"ש חולק על הרשב"א, ולא כפי תשובת ושב הכהן.

אולם, בזה התגברנו על הקושי בב"י. ברם, עדיין יש להתקשות בדברי הרא"ש בפסקיו, שכן הטעם שכתב הרא"ש בפסקיו לדין זה הוא רק בגלל שיש בזה הנאה ללוה, ולא ציין להגדרה שהביא בתשובת הרא"ש. ליישב בדוחק, יש לומר שההגדרה בתשובת הרא"ש היא הגדרה רחבה, שכן סובר הרא"ש וכן מוכרח גם בתשובתו בסימן קו, אולם בפסקיו הביא הגדרה מצמצמת יותר, שגם החולקים עליו חייבים להסכים עימה. ואכן, הרשב"א החולק עם הרא"ש בדין ערכאות הסכים שיש לחייב את השליח שנשלח ללוה, מהנימוק שהביא הרא"ש בפסקיו.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הקושי העולה מישוב זה הינו פשוט, שכן אם אכן כנים הדברים, כי אז נפלה גם הראיה שהביא הרא"ש בתשובה להגדרה שהגיע אליה. אם ניתן לצמצם ולומר שרק היכן שזה לטובת הלוה אז ניתן לחייב את הלוה בהוצאות, ובכך ניתן להסביר את המשנה בערכין שמוסיפים דינר העולה לפדיון על ההלוואה כי זה לטובת הלוה, אם כך מניין כעת נלמד על הגדרה הרחבה שרוצה הרא"ש בתשובה לומר, שכל הוצאות הנגרמות למלוה בגין הלווה יש להשית על המלוה, והוכיח זאת מהגמ' בערכין. ולדברי הרא"ש בפסקיו, אזלה לה הראיה מערכין.

אולם לדרכינו יש ליישב אף קושיא זו ולומר, שלמד הרא"ש הגדרה זו מדין הסרבן (ויסוד דין סרבן נלמד מהגמ' בב"ק קיב לגבי פתיחא), שכבר כעת נפתחה הדרך לחייב הוצאות. ועל כרחך ההגדרה בזה הינה שכל מה שניתן לעשות הוא לדרוש שנושא התביעה יתברר בביה"ד, והוצאות אלו לא ניתן לדרוש כיון שכך נכון וראוי לעשות. אולם מעת הסירוב, כעת משתנים הדברים ולא נכון לעכב את המלוה או כל תביעה אחרת, ומאחר והסירוב אינו מוצדק ההוצאות הנילוות הופכות להיות חלק מהחייב המקורי על התביעה. הגדרה זו הולמת את מה שנכתב בגמ' בערכין.

י. ברור שיטת היש"ש

איברא שדברינו אינם פשוטים כלל, ומדברי היש"ש בבא קמא (פרק י סימן יד) משמע לכאורה דלא כדברינו. לאחר שהביא היש"ש את החיוב לשלם הוצאות בסרבן, כתב לסייג זאת, וז"ל:

"מ"מ נ"ל, שאר הוצאת שמוציא כדי לגבות חובו. כגון שהלך בעבורו למקום פלוני, או שכר שליח לשלוח אחרי המעות. אינו משלם, אפילו כתב לו בכתב לשלם לו כל הוצאותיו. הוי כאסמכתא, ולא קניא. וכן כתב הרא"ש בתשובה (כלל ס"ח סימן ח'). והטור"ר הביאו בסימן ס"א וז"ל: גם הקנס שרגילין לכתוב בשטרות, שיפרע כל ההוצאות (לבד) [עם] הכפל, היאך יגבו. והלא אסמכתא הוא. והשיב, אם היה מעשה בא לידי לגבות ההוצאה, לא הייתי פוסק לגבות, אם לא נעשה הקנין בב"ד חשוב, דלא כאסמכתא, דהיינו שלשה שיודעים ובקיאים בדיני אסמכתא. וה"ה מה שנותן שכר לשליח להזמין אינו משלם. אבל היכא שיש לו שטר על חבירו, והגיע כבר זמנו, ויש לו נכסים. רק שהב"ד אין יורדין לנכסים. לחוב לו שלא בפניו. ומודיעים לו ע"י שליח. אין לומר שהמלוה ישלם שכר השליח, כמו הכא. דשאני התם, שאותה הוצאה היא לטובת הנתבע. כן הוא דעת הרא"ש בפרק הכותב (כתובות פ"ט סימן כ"ז). שהמלוה שלח אחריו להודיעו יוסיף שכר השליח על חובו. כההיא דערכין (כ"ג ע"ב) המקדיש נכסיו, והיה עליו כתובת אשה ובעל חוב. מוסיף עוד דינר ופודה הנכסים, משום דר' אבהו. שלא יהא נראה הקדש יוצא בלא פדיון. ולשון מוסיף משמע, שמוסיף עוד דינר על הלוואתו, וגובה הדינר עם שאר חובו, וה"ה להוצאת השליח, שהוא לטובת הלוה. שמן הדין היה ראוי לירד לנכסיו מיד, משום נעילת דלת ע"כ. ואין לדמות שכר השליח שמוזמנים לדין להאי דינר דר' אבהו. דשאני התם, דהוי נמי קצת טובת הלוה. שאלמלא לא פדאו היו אותן הנכסים הקדש, וחובו היה נשאר עליו. ועוד שהלוה גרם הזיקו בידים, שהוא הקדישה. אבל שליח להזמין לדין, דליכא אפילו חד מה"ט. פשיטא שפטור. דהא לא סריב בדינא. אלא המלוה לטובת עצמו הזמין, ואף בזה ששולחין אחריו להודיעוהו איכא לשדות ביה נרגא, שאינו דומה לדינר דר' אבהו, ושם אכתוב המסקנא."

מספר דינים עולים מדברי היש"ש. ראשית, כותב היש"ש שאם הוצרך המלוה להוציא הוצאות על מנת לגבות את חובו, לא ניתן לחייב את הלוה בהוצאות אלו, והביא לדין זה ראיה מדברי תשובת הרא"ש (כלל סח סימן יב). לכאורה נראה מהלכה זו שאין דברי היש"ש מסכימים עם

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

היסוד שאמרנו, שכן לדברינו אם עיכוב החזרת המלוה גורם לה הלוה ויש בזה הוצאות למלוה, הרי שמי שצריך לשאת בזה הוא הלוה, וכפי שיוצא מדברי תשובת הרא"ש (סימן עג) שהבאנו. דברי היש"ש צריכים עיון, ולהלן נתייחס לזה. זאת ועוד, הוסיף היש"ש לבאר לנו שאף אם התחייב הלוה לשלם הוצאות אלו יש בזה אסמכתא, ואף בנקודה זו נעסוק, שכן יש לזה השלכה ישירה לדברינו. דברי היש"ש הללו הביא הש"ך (סימן יד ס"ק י), ונראה שמסכים עימו.

נקודה נוספת מעלה היש"ש, ששליח להזמינו לדין אין על הלוה לשלם. מבאר היש"ש ששליח זה לא ניתן ללמוד מהגמ' בערכין, שכן בערכין ישנם שני סיבות מדוע על הלוה לשלם את פדיית ההקדש ולהוסיף דינר: הראשונה, זה לטובתו. והשנייה, שכיון שהלוה הקדיש – הרי בזה הוא הזיק את המלוה, וכיון שכך הוא צריך לשלם היזק זה, והתשלום הוא הפדיון שצריך לשלם המלוה לגביית חובו. שתי סיבות הללו אינם קיימים בשליח להזמינו לדין. הראשון – אין זה טובתו; והשנייה – הוא לא הזיקו כיון שהוא עדיין לא התגלה כסרבן.

עוד כותב היש"ש, שלפי זה אף שליח להודיע ללוה שגובים מנכסיו יש מקום לפטור את הלוה מלשלם, ודלא כהרא"ש, וכתב שיש לדחות הראיה מהגמ' בערכין (דף כג ע"ב).

לא ביאר לנו היש"ש מהי הדחיה לראיה זו מהגמ', ברם נראה ממה שהביא לעיל שישנם שני פרמטרים ללימוד מהגמ' בערכין. הפרמטר הראשון הוא הנאת הלוה, והשני הוא שבהקדש הוא הזיקו במה שהקדיש את כסף ההלוואה, וכעת אין לו להשיב את ההלוואה. בשליח להודיעו שיורדים לנכסיו, אמנם יש כאן הנאה ללוה, ברם לא ניתן לראות בזה היזק של הלוה שניתן לחייבו לשלם על שליח זה.

ואכן, בקצוה"ח הביא לדחות ראיה זו של הרא"ש מהגמ' בערכין, מפני שבערכין הוי מזיק שעבודו של חברו, וכך לשונו של הקצוה"ח (סימן יד ס"ק ב):

”ובעיקר ראיית הרא"ש נראה דכיון דמזיק שעבודו של חברו חייב (גיטין מא, א) כ"ז זה שהקדיש נכסיו הרי הזיק שעבודו וכמו יתומים שמכרו שעבודו של בע"ח דחייבים לשלם (עיין טור סימן ק"ז סעיף ז') משום הכי צריך הלוה לשלם למלוה דמים של הפדיון, אבל זה ששולח שליח אחרי הלוה נהי דלטובתו היה, לא פשע במה שהלך למרחוק, ואפילו הגיע כבר זמנו ולא פרע מ"מ אינו אלא מניעה בעלמא, אבל הקדיש הלוה הוי מזיק בידיים משום הכי צריך לשלם.”

מיישב הקצוה"ח, שהרא"ש לשיטתו (ב"ק פ"ט ס"י יג) גבי דוחף מטבע לים היכא דמצי בר אמוראי למשקל, דאין זה אלא גרמא בעלמא ופטור כיון דלא הזיק גוף הדבר אלא מצי למשקליה, ואף על גב דצריך הוצאות לזה לא הוי דינא דגרמי, ועל כן לא ניתן לחייב בגין היזק זה וכל החיוב בשולח שליח להודיעו הוא רק בגלל זה שהנהנהו. לפי"ז יצא לחדש שלדעת הרמב"ם (פ"ז מחובל הי"א) ושו"ע (סימן שפו סעיף א) שמחייבים בזורק דינר לים מדינא דגרמי, הרי שלשיטתם אזלה לה הראיה מערכין, דשם הוי בגין ההיזק, ולא דמי לשולח שליח להודיעו על הגביה.

נראה א"כ מדברי הקצוה"ח שהסכים עם דברי היש"ש, וכמו כן הביא ראיה שהוצאות אינן בכלל התביעה העיקרית, שכן גם בזורק מטבע לים פטור המזיק לשלם הוצאות, על אף שכעת היתווספו לניזק הוצאות בהוצאת המטבע מן הים. סימוכין לזה הביא הקצוה"ח מדברי המרדכי (ב"ק רמזים קטז וריג). קושיא זו מהגמ' בב"ק (דף צח ע"א) גבי זורק מטבע הקשה האמרי בינה (סימן כא) על דברי הנתיבות, שנשמע ממנו כדברינו, ולהלן נביא הדברים ונרחיב אודות הגדרה זו מזוית נוספת.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

יא. דברי הגר"א בבאור מחלוקת הרא"ש והרשב"א

שיטה נוספת מצינו בבאור מחלוקת הרא"ש והרשב"א, והיא שיטת הגר"א המפורסמת. מבאר הגר"א (סי' יד ס"ק ל) שיסוד המחלוקת בין הרא"ש לרשב"א (ויש מי שאומר בשו"ע) הוא בבאור ההבדל בין גרמא לגרמי. דעת הרשב"א כדעת ר"י [בתוס' ב"ב כב ע"ב ס"ה זאת], שגרמי זה שעושה הוא עצמו את ההיזק ובשעת מעשה בא ההיזק, ואילו הרא"ש מפרש את חיוב הגרמי כריצב"א, שבדבר שכיח קנסינן, וסרבנות של אדם לברר דינו בפני ביה"ד הוי דבר שכיח ועל כן קנסו.

הקושי בדברי הגר"א הינו שהמעייין בדברי הרא"ש בב"ב יראה שמשמע ממנו דמקבל את דברי ר"י בגדר הגרמי. אולם, סימוכין לדברי הגר"א ניתן לראות בפסיקת הרמ"א (סימן שפו סעיף ג) וכן הוא בש"ך (שם ס"ק ו) שמצדד בשיטת הריצב"א.

האג"מ מציין לנפק"מ בין השיטות בתובע שהלך לערכאות בגין סרבנותו של הנתבע, אולם לא טרח לבקש רשות מביה"ד. לדעת הי"ש"ש והש"ך ורוב השיטות, ובוודאי כפי השיטה שמצדד בה האג"מ שגם לדעת הרא"ש הוי גרמא, הרי שאם לא נטל רשות מביה"ד – ולדעת הי"ש"ש אף אם לא היה צריך ליטול רשות מביה"ד, שכן כתב לו הלווה שיש לו רשות ללכת לערכאות ובכה"ג לא עובר על איסור – לא נוטל הוצאות, ורק ברשות ביה"ד ניתן ליטול הוצאות. אולם לדעת הגר"א, כיון דהוי גרמי – אף בלא נטל רשות מביה"ד ניתן לחייב הוצאות, ובאג"מ מסיים כך:

"ונמצא שהגר"א הוא דעת יחיד בזה, ואף אם היו עוד שיטות הסוברים כהגר"א אין לחייב להוציא ממון בפלוגתא דרבוותא."

יעויין בערך ש"י (חו"מ סימן כו ס"ק ד) משמע שמחייב הוצאות בסרבן אף בלא נטל רשות מביה"ד, ובכך מבאר דברי הרמ"א (שם סעיף ד). לדברי הגר"א מובנים דבריו, שכן סובר שדבר זה של"ה לא נשמע לביה"ד שכיח הוא, ולכן ניתן לחייבו אף אם לא נטל רשות וחייב לשלם לו הוצאותיו. כמו כן יעויין בשו"ת נאות דשא (סימנים נא ונב) שכך משמע.

יב. קנה זרעים לזריעה ולא הצמיחו

להשלמת הנידון שהעלנו נוסף נדבך נוסף בחיוב הוצאות. מבואר במשנה ובגמ' ב"ב (דף צג ע"א) אם ידוע שקנה זרעים לזריעה ולא צמחו הוי מק"ט.

וכתבו הרי"ף (מו"ע"א בדפי הרי"ף) ורא"ש (פרק ו סימן א) דדוקא אם לא צמחו מחמת עצמם (ומסתמא אמרינן כן), אבל אם היה ברד וכיו"ב שמנע את הצמיחה פטור המוכר (דתלינן בזה).

והוסיף הרי"ן (צב ע"א ד"ה מתניתין) שאם זרעם בטרשים או בשנת בצורת תלינן בריעותא ופטור המוכר, וכן פוסק מרן השו"ע (סימן רלב סעיף כ).

ממשיכה הגמ' לברר דין ההוצאות בזרעים שלא צמחו, ומובאת מח' האם יכול הלוקח לתבוע דמי הוצאות הזריעה מהמוכר, לת"ק – אינו יכול, ולרשב"ג – יכול. ופסקו הראשונים כת"ק (מ"מ פט"ז מהל' מכירה ה"ג).

למד מכך הרמב"ם (פט"ז מהל' מכירה ה"ג) דה"ה כשהודיע למוכר שנוסע לחו"ל ואח"כ נמצא במקח מום, אין מחזיר לו המוכר את הוצאות הנסיעה לשם.

אמנם כתב הרמ"ה הובא בטור (סימן רלב סעיף כ) שכל זה כשלא ידע המוכר מהמום, אבל אם ידע המוכר מהמום – חייב לשלם לקונה את הוצאות הנסיעה מדינא דגרמי (דבזה ת"ק מודה לרשב"ג).

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הרמב"ן בדד"ג (בקונטרס שלו) חלוק ע"ז, וסובר דגם אם ידע המוכר מהמום הוי גרמא ופטור המוכר, וכ"מ בתוס' (צב ע"א ד"ה המוכר) דהעמיד מחלוקת רשב"ג ות"ק כשידע המוכר, ורק בזה רשב"ג מחייב ות"ק פוטר. יעויין באמרי בינה (סי' כא) שהביא שמפשיט הראב"ד בהוצאות סעודת אירוסין משמע שחולק על הרמ"ה, וכן סובר ההגהות מימוניות (פט"ז מהל' מכירה ה"ב), אולם בישועות ישראל (סימן יד) כתב על דברי הרמ"ה שהם פשוטים, ואף הראב"ד יסכים עימם.

וכתבו הב"ח (שם) והפרישה (סוס"ק יט) שהרמב"ם יסכים לרמ"ה דכשידע המוכר מהמום חייב בהוצאות של הקונה, רק שהרמב"ם מיירי כשהמוכר לא ידע מהמום (דלאו ברשיעי עסקינן), וכ"פ השו"ע את דברי הרמ"ה (במפורש) אע"פ שהביא כלשון הרמב"ם.

ומדין זרעים התקשה הראב"ד על דינו של הרמב"ם (פ"ו מהל' זכיה ומתנה הכ"ד) שפוסק כך:

"הורו רבותי שאם היה מנהג המדינה שיעשה כל אדם סעודה ויאכיל לריעיו או יחלק מעות לשמשין ולחזנין וכיוצא בהן ועשה כדרך שעושיין כל העם וחזרה בה משלמת הכל, שהרי גרמה לו לאבד ממון וכל הגורם לאבד ממון חבירו משלם, והוא שיהיו לו עדים כמה הוציא שאין זה נשבע ונוטל."

על פסיקה זו חולק הראב"ד, כאמור, וכך לשונו:

"א"א איני משה עם רבותיו בזה וזאת הגרמה דומה לזרעוני גנה ולא צמחו שאינו משלם לו (אלא) ההוצאה, וכללו של דבר אבוד ממון שבעל הממון עושה אותו אף על פי שגרם לו זה פטור."

נמצא שנחלקו הרמב"ם והראב"ד בדין אשה שביטלה אירוסיה והאיש תובע הוצאות הסעודה. הרמב"ם פוסק שהאשה צריכה לשלם לו הוצאות אלו, ואילו הראב"ד פוסק דהוי גרמא ופטורה האשה לשלם הוצאות אלו, וכפי שראינו בדין זרעים שלא צמחו.

הרב המגיד יישב קושיא זו מדין זרעים כך, וז"ל:

"ויש לתרץ שאינו דומה לזריעה ששם היה מוציא בהן הוצאות כדי להרויח בהן ולפיכך אינו בדין שישלם זה מה שהוציא כדי להרויח אבל כאן לא היתה כוונתו להשתכר בדבר אלא להתנהג במנהג העיר וכיון שהוא נסמך עליה והיא חזרה בה בדין הוא שתשלם וכ"נ שאינו דומה למה ששנינו בתוספתא הלוקח קנקנים מחבירו ונמצאו פטסאות ונשתברו חייב להעמיד לו דמי קנקנים אבל לא דמי יין דהתם היה מתכוין ליהנות בתשמישן. זה נראה דעת המחבר וצ"ע."

נמצא חילוקו של הרב המגיד הוא שבזרעוני הגינה הלוקח עשה ע"מ להרויח וזה נעשה שלא באחריות המוכר, ואילו באירוסין הוצאות אלו הם מנהג המדינה.

יעויין בחלקת מחוקק (סימן נ ס"ק י) שכתב ליישב שחזרה מאירוסין הוי גרמא, אולם השו"ע פוסק כדברי הריצב"א שבגרמא דשכיח קנסו חכמים, וכן פוסק הרמ"א (סי' שפו סעיף ג). אולם יש קושי בביאור זה, מאחר ומהגר"א (סימן יד ס"ק ל) בהוצאות משפט בהליכה בערכאות כתב לתלות שתי הדעות המובאות שם במחלוקת זו של הריצב"א ור"י, ולפי"ז שם דעת השו"ע כדעת ר"י וחלוק על הריצב"א, עיי"ש.

עוד יעויין בט"ז (סי' נ ס"ק ה) שבזרעוני גינה אין ההזיק ניכר בשעת מכירה, ואפשר שהמוכר עצמו לא ידע שהזרע רע (ולא העיר מהרמ"ה, וצ"ע), ובשעת הנזק – דהיינו כשלא צמח – אין המוכר עושה כלום, אבל כאן בשעת חזרתה נעשה הנזק, דכל ולא חזרה הוצאות הסעודה היה בהן משום תועלת וכשחזרה אין בהן משום תועלת, ועקימת שפתיים הוי מעשה. כעין זה מצאתי בשער משפט

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

(סי' שפא ס"ק א), וכן באור שמח על הרמב"ם. ישוב נוסף מביא האמרי בינה ונביאו להלן. להלכה, פוסק השו"ע באה"ע (סי' נ סעי' ג) כדעת הרמב"ם, וכפי חילוקו של המ"מ.

יג. הוציא הוצאות על פיו

הנה כי כן מצאנו שבדין הוצאות בביטול אירוסין נחלקו קמאי, ולפי"ז נתקשו רבים מדין "לך ואבוא אחריך" שישנה הסכמה בין הפוסקים (נביאם להלן) שחייב לכו"ע. יסוד הדין מבואר בדברי המרדכי מסכת סנהדרין (פרק זה בורר רמז תשז), וז"ל:

"אמנם אם ראובן אמר לשמעון נלך לב"ד הגדול ואמר שמעון ואני אבא אחריך לאותו ב"ד הגדול אם יחזור ראובן ויטעון על שמעון ויאמר אני פזרתי מעותי על שהלכתי לב"ד נגדך ולא באת אני שואל ממך יציאותי רבינו מאיר מחייב את ראובן לשלם כל יציאותיו אף על פי שלא נדר לו."

ועיין בחדושי אנשי שם איך שהעמיד את דברי המרדכי, וכן בשער משפט (סימן יד ס"ק ב). ברמ"א (ח"מ סימן יד סעיף ה) פוסק כדברי המרדכי הללו.

יסוד זה מובא בתשובת הרא"ש (כלל קד סי' ו) והשו"ע פוסק כן (סימן שלג סעיף ח), וז"ל:

"אמר לאומן: עשה לי דבר פלוני ואקחנו ממך, ועשאו האומן, ואחר כך אינו רוצה לקחתו, והוא דבר שאם לא יקחנו מיד, יפסיד, חייב."

וכן הוא בפועלים שהלכו וראו את השדה לחה וכו' שחייב בעה"ב לשלם שהחיוב הוא משום גרמי לפי התוס', עיי"ש, וכן פוסק השו"ע (סימן שלג סעיף א).

יסוד החיוב בשני דינים אלו הינו על פי דברי המרדכי בלך ואבוא אחריך, וכפי ביאורו של הקצוה"ח (סי' רז ס"ק ד). וכן מובא ברמ"א (סימן ר סעיף ז) מתשובת הרא"ש (כלל קב סי' א), וז"ל:

"פתח לו המוכר חבית יין, וכשמדד לו החצי רוצה הלוקח לחזור ולא ליקח יותר, והמוכר אומר שהמותר יחמיץ, צריך הלוקח ליקח כולו או לקבל אחריות על המותר, אם יתקלקל שישלם לו כל החבית כפי מה שהיה שוה בשעה שקנאו."

ועיין שם בסמ"ע ובנתיבות. ומכאן למד הנתיבות (סי' ר ס"ק יג) הלכה, וז"ל:

"ויש ללמוד מכאן, דאם אמר אחד לחבירו הבא לי סחורה פלונית ידוע שדמיה קצובין ואקנה אותה, ואח"כ לא רצה לקנות דמשלם לו יציאותיו, דדמי להך דהכא, וגם דמי להא דסימן [י"ד סעיף ה' בהג"ה] בא"ל לך ואני אבוא אחריך דחייב מצד גורם היזק."

עוד יעויין בפת"ש (ח"מ סימן יד סעיף ה) מתשובת חות יאיר (סי' קסח) שכתב:

"ומזה פסקתי במי שכתב לחבירו שיבוא עם בנו החתן וקבע לו זמן חתונה יום פלוני, וחבירו השיבו שיהיה כן ושיבוא, ולא בא, וזה הוציא הוצאות החתונה, שאם אין לחבירו התנצלות מספיק שנאנס, חייב לשלם לו היזק, ע"ש."

וכן בשו"ת נודע ביהודה (מהדו"ת אה"ע סימן צ), הביאו הפת"ש (אה"ע סימן קנד), וז"ל:

"ובר מן דין עכ"פ יכולים ליקח כל אשר נמצא בידו ולהחזיר לה עבור הוצאותיה מעלזוס לכאן ומכאן לשם כיון שע"פ דבריו באתה שהבטיח שתבוא ויתן לה גט ועכשיו שחוזר בו צריך להחזיר הוצאותיה דלא גרע מהאומר לחבירו לך ואני אבוא אחריך והלך והשני לא הלך אחריו שצריך לשלם כל הוצאותיו כמבואר בחו"מ סי' י"ד סעיף ה' בהג"ה."

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

עוד הביא הקצוה"ח (שם) מדברי הסמ"ע (סימן לט ס"ק מו) באומר לחבירו שיכין שטר וילוח לו, אם חזר בו מההלוואה צריך לשלם לו הוצאות השטר מדינא דגרמי. וכן משמע בחידושי רעק"א (שם) שצ"י לסימן שלג סעיף ה, והיינו דין חזרת פועל בדבר האבוד, שהטעם מפני שסמך עליו, וכמ"ש הריטב"א.

ומכח זה התקשו קצוה"ח (שם) והנתיבות (סימן רו ס"ק ח) בדברי הטור (סימן רו סעיף כד), וז"ל:

"שאלה לא"א הרא"ש ז"ל (כלל ס"ו סי' ט), ראובן היתה לו פרה והיה ירא לשוחטה שמא תמצא טריפה, אמר לו שמעון שחוט אותה ואם תמצא טרפה אתן לך בשביל בשרה כך וכך ואם תמצא כשירה כך וכך, ונתן שמעון משכון ביד שלישי ושחט ראובן את הפרה ונטרפה כו', וראה שמעון הפסד וחזר בו וכו'. תשובה, יראה לי שמקח זה נעשה בלא קנין כי לא היה כאן אלא דברים בעלמא ויכול שמעון לחזור בו, אף על פי שנתן משכון ביד שלישי בשביל זה לא נגמר המקח, חדא דמעות אינו קונה, ועוד אפילו אי הוי מעות קונה נתינת המשכון אינו קונה, "ע"ש.

תמהו הקצוה"ח והנתיבות, מדוע לא חייב מדין לך ואבוא אחריו? בקצוה"ח יישב שכיון דרוב בהמות כשרות הוי אונס ופטור באונס [לגבי פטור מאונס בכה"ג יעויין בחוות יאיר (סי' קסח) ובשו"ת הרמ"א (סימנים יב, פו), ואכמ"ל].

יעויין באמרי בינה (סימן כא) שכתב שלכאורה לך ואבוא אחריו תלוי במחלוקת הרמב"ם והראב"ד בהוציא הוצאות לסעודת אירוסין, אלא שהביא את המקנה (סי' נ) שכתב לחלק בין זרעוני גינה שפטור ובין הוצאות סעודת אירוסין, שבזרעוני גינה לא היה לו לזרוע עד שיתברר טיב הזרעים, בניגוד לסעודת אירוסין שאינו יכול לשנות מהנוהג ולא היה עליו להמתין. ולפי"ז, כותב האמרי בינה שהיסוד הוא האם עשה הוצאות אלו על פי דעתו או שמא היה מוכרח לעשות כן.

רע"א בתשובה (סי' קלד) התקשה אף הוא מאי שנא בין זרעונים והוצאות סעודה לבין לך ואבוא אחריו, וכתב ליישב שבזרעונים והוצאות אירוסין הוא עשה על דעת עצמו ולא נאמר לו לעשות, אולם בלך ואבוא אחריו נאמר לו לעשות כן ומכח זה הלך, ועל כן חייב שם. ולפי"ז נאמר שאם מפרש שהולך להוציא על פיו הוצאות⁴, ודאי יודה הראב"ד שצריך לשאת בהוצאות, ויצא א"כ נפק"מ לדינא אם פירש להדיא שהולך להוציא הוצאות על פיו. דברי רע"א הובאו בפת"ש (חור"מ סימן רט סעיף יא), וחילוק זה גם כתב בדברי מלכיאל (חלק ה סימן קכה).

אולם יש להדגיש שבלך ואבוא אחריו לא סגי באמירה גרידא, אלא צריך אמירה ועשיית מעשה על פיו, וכן מבואר בנתיבות המשפט (ביאורים סימן שלג ס"ק ג) שכתב להוכיח את היסוד שלו שבחזרת פועלים בדבר האבד הוי תקנת חכמים, ואל"כ צריכים להיות פטורים, וז"ל:

"תדע דתקנת חכמים היא, דהא ודאי במוכר סחורה ולא קנו מידו [וחזר בו הלוקח], אף שהפסיד הסוחר ע"י זה אפ"ה פטור, וכאן חייב, אלא ודאי דתקנת חכמים היא בפועל [ועיין מה שכתבתי לעיל בסימן ש"ו סעיף ג' אות ו']".

המקרה שדיבר בו הנתיבות הוא באמירת הלוקח גרידא, ובזה לא ניתן לחייבו בהוצאות המוכר אף אם הפסיד בעקבות כן דהוי גרמא.

⁴יש לעיין בזה, שכן עדיין ישנה הבחנה בין מציאות בה צוה לו לעשות, או לפחות אמר לו, לבין הודיע לו בלבד. ולפי"ז, אף במפרש השני שהולך להוציא אין ראייה, ומסתמא גם באירוסין מודיע מראש שהולך לעשות סעודה, אלא שסו"ס עשה מדעתו ולא עפ"י צווי האשה. וצ"ע, שכן אם המנהג לעשות כן, הוי כאילו צייתה אותו, ואם מפרש שהולך לעשות כפי המנהג כי אז דומה ממש לצמחים שלא צמחו, וצ"ע.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

יד. דברי הישועות ישראל

לאחר שהתברר לנו יסוד ההבדל בין זרעים ובין לך ואבוא אחריך, יש להביא חידוש דין הנוגע לנפסק בשו"ע בסרבן. כותב הישועות ישראל, וז"ל:

"אמנם נראה לענ"ד דדוקא בכפה המלוה את הלוח ויצא הלוח חייב בזה א"צ הלוח לשלם לו הוצאות דע"ד הנאתו עשה כמ"ש רש"ל ביש"ש אבל במקום שכפה המלוה את הלוח ונמצא שהמלוה שיקר בתביעתו שנתברר שלא היה חייב לו בזה וודאי חייב המלוה להחזיר לו ההוצאות שהרי ע"י כפיה שלו הוצרך להוציא הוצאות והרי איבד מעותיו של זה ע"י גרמתו ודמי ממש ללך ואבוא אחריך ולא בא שצריך לשלם לו ההוצאות כיון של פי דיבורו הוציא זה ממונו."

שני דברים חידש הישועות ישראל: הראשון, הרחיב את הגדרת חיוב הוצאות בסרבנות. השני, הגדיר לנו שדין 'לך ואבוא אחריך' לא ניתן לכבול למציאות של התחייבות לעשות פעולה ועל סמך דבריו עשה, אלא גם אם גרם לו לעשות פעולה מתבקשת וממנה יצא חיוב הוצאות, הרי שאם פעולה זו הייתה לשווא יש לחייב הוצאות.

ומכאן תמה הישועות ישראל על הראב"ד, מה ראה להשוות בין זרעים שלא צמחו לאישה שביטלה אירוסיה, שבזרעים המוכר לא ידע על המום ועל כן לא ניתן לחייבו, משא"כ בביטול אירוסין. כמו כן הזכיר שבזרעים, אכן דעת השו"ע שבידע המוכר עליו לשלם הוצאות.

לגבי הדבר הראשון, נעיר שהרחבה לדין הסרבן כבר מצינו בדברי הרמ"א בתשובה (סימן קח) שלא הסתפק בהגדרה המצומצמת שסירב לרדת לדין ובעקבות כן נגרמו הוצאות, אלא כתב גם שאם הופיע לביה"ד ומדבריו נראה שמעכב את ביה"ד מלהכריע בגין טענות סתמיות גם אז יחשב כסרבן, וכך לשונו של הרמ"א (שו"ת הרמ"א סימן קח):

"אמנם אם ימשיכה עוד בטענות רעועות ובהמשכות כדי שלא יהא גמר לדבר זה תוך שלשים יום ומצדו יבצר, מוסיף על הנח"ש הנ"ל שתהיה כרוכה בצוארו, הנני מוכן ומזומן להסכים עם אותן שנתנו רשות לכמר קלמן לתבוע אותו בעש"כ ולהוציא את של האלמנה מיד חמיה שלא בטובתו, ואיהו דאפסיד אנפשיה. גם יתחייב כל הוצאות והיזקות שיגיע לאלמנה או באי כחה ע"י זה כדין המסרב וכמ"ש הרא"ש כלל ע"ג סימן ג',⁵ שמאחר שמכריח להכריחו ע"י כותים מחוייב לו כל הוצאותיו."

הרי לנו שאף הרמ"א הסכים עם הרחבה זו. לנענ"ד הרחבה זאת יכולה לצאת לפועל בגין ההגדרה שכתבנו לעיל בדין חיוב הוצאות בסרבן,⁶ ואם נאמר אחרת לא ניתן להרחיב דין זה, בפרט לפי הבנת הרשב"א שהסרבנות היא כלפי ביה"ד.

יעויין בפד"ר (חלק י עמוד 15) שראה בדברי הישועות ישראל דברים נכוחים ופשוטים שאין לערער עליהם, ולא ניתן לתלות אותם במחלוקת הרא"ש והרשב"א שהבאנו לעיל. וכך הוא לשון הגר"ש ישראלי זצ"ל בפד"ר הנ"ל:

⁵ כאן המקום להעיר ששוב נראה שמביא כמקור לחיוב הוצאות ואף בערכאות את תשובת הרא"ש (סימן עג), שעוסק בכל עיכוב הבא מחמת הנתבע יש על התובע לשלם, ונשמע שהוא ממש כהגדרתנו לעיל.

⁶ אולם עיי"ש בישועות ישראל שחילק בין מלווה שבא בתרמית לבין לווה, שבלווה שבא בתרמית תלוי בפלוגתא דראשונים, וכפי שהובא בדברי הגר"ש ישראלי זצ"ל לקמן, וכן כתב בפד"ר (חלק ו עמ' 82-83). ולענ"ד שאין לחלק בכך, וגם בלווה ששיקר דינו כסרבן. שוב מצאתי שכתב כן הרה"ג שמחה הכהן קוק זצ"ל במאמר: "חיוב תשלום שכר טירחה והוצאות משפט" בתורה שבעל פה (חוברת כז, עמ' קלט).

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

"דברי ישועות ישראל הם פשוטים ומוכרחים, דכשהמלוה בא בעקפיין ומרמה, זה דומה ממש למה שפוסק הרמ"א בלך ואני אבוא אחריו ולא בא, שהוא חייב. ודבריו מיוסדים על חילוקו של המהרש"ל בים של שלמה כפי שציין שם, שהרי אין חולק על מה שפוסק בשו"ע, ומקורו בגמרא שלהי פ"ג דסנהדרין, בלוח שלא רצה להתדיין כאן כי אם בפני בי"ד הגדול דאין המלוה יכול לכופו להתדיין כאן, ואף אם יפסיד הלוח יהא פטור מלשלם למלוה הוצאותיו, וכפי שציין שם שמדברי הרשב"א, הרא"ש והריב"ש נראה שפטור לגמרי אף שנתברר אח"כ שהלוח חייב אלא שרצה לגזול ממנו ממונו בתרמית, ואין מחייבים אותו מצד דינא דגרמי, ומאי שנא מלך ואני אבוא אחריו שחייב, ע"כ כחילוקו של המהרש"ל שהמלוה עושה זאת להנאתו, היינו מיזמתו הוא, שהרי אין הלוח כופה עליו שיתבע ממנו ויוציא על זה הוצאות. ולא כן בלך ואני אבא אחריו, שהוא בדברים אלה מביא את חבירו להוציא הוצאות. וכמו כן בדיוק המלוה שתובע במרמה, בתביעתו הוא כופה על הלוח את ההוצאות בכדי להפטר מתביעתו, ע"כ חייב בדינא דגרמי, וכן כל כהאי גוונא, תביעה שהתובע יודע שהוא שיקר ובא על השני במרמה לגזול ממנו ולגרום לו הוצאות חנם, הר"ז ממש הדין של לך ואני אבא אחריו."

וכן ראיתי שהביא הגר"מ שטרנבוך בסברא דידיה (תשובות והנהגות כרך ד סימן שג), וז"ל:

"ונראה עוד דבכל מקום שניכר שהתובע ידע בעצמו שאין ממש בתביעתו, ובמזיד רצה לצער ולגרום נזק להנתבע, שיהיו להנתבע הוצאות עורך דין וכדומה, מחייבין אנו אותו בהוצאות, ומצאתי בישועת ישראל ח"מ סימן י"ד (בעין משפט י"ד) כדברינו."

חיוב דומה לישועות ישראל מצאתי שכתב לחייב בשו"ת ציץ אליעזר (חלק כ סימן סג) שדן אודות זוג שהסכימו ביניהם להתגרש ולשם כך בא לבי"ד, ובבואם התחרט צד אחד וחזר בו מההסכם, והצד השני תובע לחייבו בהוצאותיו, וכתב לחייבו מדין לך ואבוא אחריו הנפסק ברמ"א בסימן יד שהבאנו לעיל. והביא ראיה מדברי החשק שלמה, וז"ל:

"נידון הדומה יותר לנידוננו מצינו בספר חשק שלמה (קדמון) על חו"מ בסימן י"ד אות י"ז, וז"ל: שמעון שהיה חייב לראובן סך מה, ונתחייב לוי במעמד ג' לפרוע לראובן, ושילך עמו למקום פלוני ויפרענו, וכן עשה ראובן שהלך עם לוי לאותו מקום, וכיון שהלך לשם השיבו לוי כי להד"מ, כי הוא לא התחייב לו כלום, ובכך חזר ראובן למקומו, ועכשיו תובע מלוי שיפרע לו כל הוצאותיו בין בהליכה בין בחזרה, כי על פי דיבורו הלך לשם שיפרענו, נראה שחייב לוי לפרוע לראובן יציאותיו בין בהליכה בין בחזרה אחר שיתברר שהוא נתחייב במעמד שלשה לפרוע לו, וכשבילו הלך עמו לגבות מעותיו עכ"ל."

ועל כן גם בנדו"ד יש לחייב את הבעל בהוצאות האשה באשר בגללו הלכה האשה לבי"ד בהיותו והבטיח לה לקיים בפני בי"ד הסכם הגירושין שהסכימו ביניהם, וגם מתוך ההסכם מתברר שאמנם הבטיח לתת הג"פ עוד לפני הדין על הסכסוכים הכספיים ויתר הסכסוכים שביניהם."

אלא שיש לתמוה מדוע לא הביא את דינו של הישועות ישראל שעונות אף להגדרה שלו, וכן נשמטו ממנו דברי הנוב"י (סימן צ) שהבאנו לעיל שפסק אף הוא כן במקרה דומה לזה.

ומכאן לדבר השני היוצא מדברי הישוע"י, שהגדיר הגדרה מחודשת לגדר הדין של סרבן, ונראה שעל פי דבריו יש להבין את דברי הגר"א והנתיבות, וכפי שנבאר להלן.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

טו. יסוד חיוב של לך ואבוא אחריך

ביסוד חיוב זה של לך ואבוא אחריך כותב הגאון (סי' יד ס"ק לא) שהוא דומה לסרבן [וסרבן נלמד מהוצאות פתיחא ב"ק קיב], ולאחר מה שכתב, סיים הגר"א בצ"ע.

אולם באמרי בינה (סימן כא) ובבאר אליהו (סי' יד ס"ק כא) חולקים וסוברים שהוי או משום גרמי או משום שחבירו הוציא הוצאות על פיו ומדין ערבות, עיין בשיטמ"ק (ב"מ עג) ושם בשיטת הריטב"א.

לפום ריהטא דברי האמרי בינה מסתברים, שחיוב זה של לך ואבוא אחריך הינו חיוב הנובע בגין ההתחייבות שלו והוי חיוב של ערב, וכפי הריטב"א שהבאנו, או חיוב של גרמי. ומה לך להשוות לדין סרבן, ששם ההוצאות הינם רק על הסרכנות להופיע בפני ביה"ד, והוצאות אלו הם שחלים על התובע, ובפרט לשיטת הרשב"א שצימצם את הראיה מפתיחא שהוי קנס של ביה"ד על חוסר הגעתו לביור דינו.

טז. תמיהת האמרי בינה על נתיה"מ וישובה

מכח זה תמה האמרי בינה על דברי הנתיבות (סימן רלב ס"ק י), שהביא את דברי הרמב"ם והשו"ע (סימן רלב סעיף י) המובאים לעיל, והוסיף לחדש הלכה. וזה לשון האמרי בינה (דיני דינים סימן כא):

“ולמה שנתבאר הטעם בלך ואני אבא אחריך דחייב לשלם מפני דעפ"י הוציא נראה דלא כמו שכתב הנתיבו' (סי' רל"ב ס"ק י) לדון ממ"ש שם בש"ע במוכר לחבירו מקח והוליו למ"א ונמצא בו מום אם לא הודיעו למוכר שמוליו למדינה אחרת ה"ז ברשות לוקח עד שיחזיר המקח למוכר וע"כ דהלוקח הוי כמזיק בזה ממילא אם חטף ראובן חפץ משמעון והוליו למ"א חייב ראובן להחזיר לו על הוצאותיו דהוי מזיק בידים ועוד לא גרע מלך ואני אבא אחריך עיין שם ולמ"ש בלך ואני אבא אחריך הטעם כיון דעשה עפ"י וסמך דעתו עליו נתחייב לשלם משא"כ בלא היזק ממון רק גרם לו להפסיד ממון אחר תליא במחלוקת הפוסקים (סי' שפ"ו) בדוחף מטבע ש"ח לים אם חייב לשלם כיון דלא חסרו מגוף הממון דדעת רא"ש ומרדכי אף דגרם לו לתת ממון אחר לבר אמוראי למשקלא ל"ה רק גרמא ופטור וה"נ דכוותיה ואף דשם אם אגביה אמרינן השבה מעליא בעי למיעבד וכמבואר שם בש"ך (ס"ק ד') וא"כ אם חטף והוליו למ"א אגביה מ"מ א"צ להוליו אחריו דלא עדיף מגולן ממש רק בדוחף לים אם הגביה אין זה השבה כלל אבל אם מראה לו מקום שהוליו שמה י"ל דפטור מטעם מזיק והא דמשמע בלוקח שהוליו למ"א דחייב בדמי הוצאה להוליו למקום המוכר נראה דהוא דוקא אם כבר נתן דמי המקח להמוכר ובא להוציא מיד המוכר בזה חייב הלוקח להחזיר למקום אחר.”

חידש לך הנתיבות שאם חטף ראובן חפץ משמעון והוליו למ"א חייב ראובן להחזיר לו על הוצאותיו דהוי מזיק בידים, וסיים בדבריו ועוד לא גרע מלך ואני אבא אחריך. חידוש זה של הנתיבות נשען על דברי הרמב"ם שנפסקו בשו"ע, שאם ישנו מקח טעות והמוכר לא ידע שהלוקח יקח את החפץ למקום רחוק – על הלוקח לשלם הוצאות אלו ולהביא את המקח בפני המוכר. על חידוש זה של הנתיבות תמה האמרי בינה, שיסוד החיוב בלך ואבוא אחריך הינו יסוד הסכמי הנובע מדיני ערבות, ולא ניתן להשליך מכאן על דינו של הנתיבות שאין כל הסכמה ביניהם, אלא יש כאן גרמא בהוצאות השבת החפץ. זאת ועוד, הוכיח האמרי בינה מהגמ' בב"ק (דף צח ע"א), שם עוסקת הגמ' בהשליך מטבע של חבירו לים פטור המזיק, שכן המטבע עומדת לפניו רק יש כאן הוצאות העלאת המטבע מהים, וחיוב זה של הוצאות הוי גרמא ופטור, וכך היא הכרעת הרא"ש שם.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ליישב את דברי הנתיבות יש לומר שלמד שחיוב הוצאות שמצינו בלך ואבוא אחרך לימד עיקרון רחב יותר, ולפיו ישנה אחריות למעשי האדם בתביעת היסוד ולנילוה אחריו, וחיוב זה יכול להיות בשני אופנים: הראשון, והיותר פשוט, אם אמר לו מפורש 'לך' והלה הבין שצריך ללכת אחריו, וחוסר הגעתו מולידה הוצאות, שיש לזה שלא הגיע חיוב לשלם הוצאות אלו, ועל אופן זה דיבר המרדכי המובא לעיל. אולם ישנו חיוב נוסף, שיכול להיוולד כתוצאה ממעשה בזדון של אדם המוליד אחריות על מעשיו, ולא גרע מחיוב הסכמי שבמידת מה הינו קל יותר. וכך יוצא מדברי הישועות ישראל, שמצא לחייב אדם שחייב את השני ללכת למקום רחוק בטענות שקריות, הרי שגרם לו ללכת אף אם לא אמר לו בפועל, וכן במקרה הנידון בנתיבות שלקח את החפץ למקום רחוק וגרם לשני הוצאות כדי ללכת ולהביאו. ולענ"ד לזה כיון הגאון, שיסוד הדין בלך ואבוא אחרך יכול להילמד בדין הסרבן, היינו שבסרבן מצינו הרחבה לחיוב נוסף לתביעה הבסיסית לשלם עבור הוצאות הכפיה ללכת לביה"ד, וגם כאן ישנה השפעה של גורם התביעה הבסיסית מולידה חיוב נוסף זה כתוצאה מאחריותו להשיב לו בתביעה הבסיסית, וכעין לך ואבוא אחרך הנולד כתוצאה ממעשה בזדון ולא כאמירה. ולפי"ז, הדגש בהבדל בין זרעים שלא צמחו שפטור ובין לך ואבוא אחרך הינו בשניים: הראשון, שמדגיש הישועות ישראל שאם היה בזדון ודאי חייב. זאת ועוד, החילוק שהביא רע"א בתשובה שצריך שיהיה ברור שמעשה זה מוביל לחיוב הוצאות, ולא שניתן להבין אחרת ובכך ניתן להימנע מחיוב הוצאות.

אולם, יש להעיר ביושר שמדברי הישועות ישראל נראה שלמד שב'לך ואבוא אחרך' יסוד החיוב הוא מדין גרמי, ולא מדין הרחבת החיוב, ומוכח כן ממה שחייב את המלוה ולא את הלוה, ובמציאות זו לא שייך לדבר על חיוב מורחב.

יז. בירור ספקו של הגר"א

לדרך זו שהלכנו, ברורה הכוונה בדברי הגר"א שסיים בצ"ע, שכן זה עצמו ספקו של הגר"א, עד כמה ניתן ללמוד מהוצאות סירוב על הרחבת התביעה הבסיסית, ובזה גם לכלול את החיוב בלך ואבוא אחרך, או לחילופין לצמצם את החיוב בסרבנות רק למקרה בולט וברור של סרבנות ולהותירו בגבולותיו המצומצמים, והחיוב בלך ואבוא נשען על חיוב אחר הנובע מדיני ערבות או גרמי.

הנפק"מ הברורה היוצאת מספק זה היא השאלה, האם הרשב"א והרא"ש שנחלקו בגדרי הדין בהוצאות הסירוב יחלקו אף על דינו של המרדכי בלך ואבוא אחרך, ונדמה שזהו ספקו של הגר"א.

יעויין בבאר אליהו לגרא"י קוק שביאר שספקו של הגר"א הוא לשיטתו בבאור החיוב בהוצאות, לדעת הרא"ש שהוא כריצב"א שיסוד החיוב הוא גרמי בדבר שהוא שכיח, נמצא שספקו של הגר"א הינו האם לך ואבוא אחרך הוא שכיח. בדבר זה נכנס הגרא"י קוק להכריע שאם נלמד שיסוד החיוב הינו מדין ערבות, וכפי האמרי בינה, בזה יש להכריע ספקו של הגר"א ולומר שאף הרשב"א יודה על חיוב זה של לך ואבוא אחרך.

ואכן בפד"ר (ח"ג עמוד 31) כתבו שהרמ"א שהביא את דין לך ואבוא אחרך, ודין זה תקף אף לדעת הרשב"א ולא רק לדעת הרא"ש, החיוב אינו מדין מזיק אלא מדין התחייבות. וכן הוא בפד"ר (חלק 2 עמוד 25) שכתבו שהוא מדין ערבות או מדין גרמי, עיי"ש, וכן הוא בדברי הגר"ש ישראלי שהבאנו לעיל החולק על הגר"מ אליהו שרצה לתלות דין זה במחלוקת הרא"ש והרשב"א.

אולם, לולי דמסתפינא, אמינא שאף לדברינו בהגדרת החיוב של הוצאות נראה שאף הרשב"א הפוטר בחיוב הוצאות בערכאות יודה להגדרה זו, ויחייב הוצאות היכן שהחיוב נובע מהתביעה

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

עצמה ומתחייב ממנו, וכפי הבנת רע"א שהבאנו. לפי זה, היסוד של הרשב"א לפטור הוצאות בסרבן כשתובע בערכאות הינו שאין הליך זה מתחייב, וניתן לכפות באופן אחר ע"י בית הדין ולא ללכת לערכאות, וכיון שכך – הוי להנאתו של התובע ולא ניתן לחייב. ובזה ניתן ליישב דברי הרמ"א בתשובה המובאת לעיל, שכתב שאף הרשב"א יודה לחייב אם הלך לערכאות ברשות ביה"ד, ולהגדרה זו שכתבנו הדברים מתיישבים היטב.

כדברינו מצאתי בערך ש"י (סימן יד) שהביא שו"ת נאות דשא בשם שו"ת רמ"א (סימן פו) דכל זמן שלא נטל רשות מב"ד אפשר דמיקרי יכול להציל בענין אחר ואינו חייב לשלם לו ההוצאות.

אמנם לעיל הבאנו מדברי כנה"ג להקשות על מהלך זה ממה שהרשב"א עצמו כותב שהוי גרמא – ונראה שכל החיוב מוגדר כגרמא וזה יסוד הפטור – ולפי"ז לא ניתן לומר ברשב"א שאם ישנה רשות בית הדין יחייב כיון שעדיין הוי גרמא.

כעת, לפי הדברים שכתבנו, מתיישבים הדברים, שכן הגדרת הרשב"א אינה נובעת מדיני הגרמא, אלא הגרמא הוא סימן למחוייבות ההליך. נמצא שאם אין ברירה וחייב לכפותו על ההליך, אז ניתן לכלול חיוב הוצאות זה בהגדרת החיוב המקורית.

יח. הוכחה לנדון שלנו מדברי הקצוה"ח

כדי לענות על זה עוד, ניגש לקושיא נוספת של האמרי בינה על דברי הנתיבות (ראה לעיל אות טז). הקשה האמרי בינה קושיא אלימתא מזורק מטבע לים שפטור דהוי גרמא, ומאי שנא מלקח את החפץ למקום רחוק ואומר לו שהחפץ שם, והו"ל למימר דסגי בזה כדי להשיב ואין הוצאות ההחזרה מוטלות על הלוקח. ולעיל הבאנו שהקצוה"ח הקשה זאת על הרא"ש בחיוב הוצאות לשליח שמודיע על ירידה לנכסי הלוה, וכתב שמכאן הוכחה לדברי הרא"ש שהביאור בגמ' בערכין נשען על חיוב נוסף, שאל"כ לא ניתן לחייב בגרמא, עיין לעיל מה שהבאנו. נראה א"כ מדבריו של קצוה"ח שהוספת המנה למילוה מתחייבת מדין הסירוב, וכפי ההגדרה של הרא"ש בתשובה, על אף שביסוד החיוב הוי גרמא. ואכן, כך מסיים הקצוה"ח (סימן יד ס"ק ב) את דבריו, וז"ל:

גם לדעת הרא"ש דדוחף מטבע פטור היינו מדין מזיק, אבל לזה שצריך לפרוע בשומת ב"ד א"כ כי הקדיש צריך הלוה להשלים וצ"ע.

לדברינו, כך הוא הביאור אף ברשב"א. אף שמדיני נזיקין הוי גרמא, מכל מקום בהגדרת החיוב המקורית יש להסתכל על ההוצאות כחלק מהחיוב, ובזה שונה מדין זורק מטבע, ששם כל החיוב מושגת על דיני נזיקין. בזה מבואר המשך הגמ' שאם נטל את המנה זורק – חל עליו חיוב הבא מדיני השבת הגזילה, וחיוב זה הוא זה המחייב הוצאות, אף שיסוד המעשה מוגדר כמעשה של גרמא, ודברי האמרי בינה בבאור המשך גמ' זו (ש"אין זה השבה כלל) תמוהים.

לפי דברינו, ספקו של הגר"א אינו אלא ספק ביסוד החיוב, האם מדיני נזיקין או בהרחבת התביעה, ולפי"ז יחייב הגר"א לכל הדעות, ולא נתכוין הגר"א ללמדונו שיש יסוד לפטור, אלא כל ספקו הוא באשר לסיבת החיוב.

ואולי כוונת הגר"א במה שכתב צ"ע, היינו שישנה השלכה לשאלה מהי סיבת החיוב לסרבנות, והנפק"מ היא האם ניתן לחייב באונס או בשוגג. שאם החיוב הוא מדיני גרמי, או חיוב ערבות, אולי יש מקום לפטור באונס, וכפי שמצינו בגרמי באונס, וכן ב"לך ואבוא אחריו" הבאנו שיש שפטור באונס. אולם, אם הגדרת החיוב הוא הרחבת החיוב המקורי, אז אין מקום לפטור מחמת האונס, כיון שאונס לא כמאן דעביד.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

יעויין בגר"מ שטרנבוך (תשובות והנהגות כרך ד סימן שג) שכותב שאמנם הגר"א מעיר ותמה על הרמ"א על חיוב זה של 'לך ואבוא אחרריך', שמניין שזה לא תלוי במחלוקת הרא"ש והרשב"א, אולם אף הגר"א מסכים עם מסקנת דברי הרמ"א, וכך לשון התשובות והנהגות:

"וכונתו [של הגר"א – א.ה.] שזהו לא חמור כמי שהוצרך לילך לערכאות, ומנליה לרמ"א שגם בזה צריכים לשלם, ומיהו נראה שהגר"א אמנם תמה על הרמ"א, אבל אינו מוכח שלמעשה חולק עליו, רק הניח בצ"ע."

אחר הדברים האלה, יש לומר שאף היש"ש שהבאנו לעיל – ממנו משמע שהוצאות המלוה לגבות הלואתו לא ניתן לחייב, כוונתו הוצאות שאינם מחויבות, והמלוה בוחר לעשות על מנת לגבות את חובו, ובמסגרת זו לא מוצא היש"ש מקום לחייב על הוצאות אלו והוי גרמא. אולם אם הלוח מערים קושי לגבות חוב זה, וכגון סרבנות וכיוצא בזה, נראה שאף היש"ש יחייב הוצאות אלו.

כדברינו מצאתי שהביא בספר דברי גאונים (כלל נב) בשם שו"ת חסד לאברהם לנכדו של התיבות ר' אברהם תאומים (מהדו"ת סימן ד), וז"ל:

"נלפענ"ד ברור, דהא דצריך המסרב להשיב ההוצאה לאו מדיני דגרמי היא, כי אם מדין מזיק ממש,⁷ דכל שלקח של חברו בהלואה או בפקדון השבה בעי למיעבד ועליה דידיה רמיא להשיב לאשר אשם לו כל הוצאותיו. וכל זה, שהמלוה צריך להוציא בכדי לגבות המעות חל על הלוח מדינא, וראיה גדולה לזה מדברי הרמב"ם ז"ל פ"ו מהלכות מכירה שכתב במכר לחבירו דבר שיש בו מום והוליכו למדינה אחרת ולא הודיעו למוכר שהוא מוליכו לשם צריך להחזיר המקח על הוצאותיו, והרי התם הלוקח לא ידע מהמום דמה"ט הוא בא לבטל המקח, ואפילו הכי חל עליו הוצאות החזרה, ואי מדינא דגרמי מחייבין ליה היה לו לפטור בשוגג וכו'. וע"כ דהוצאות החזרה חל על הלוקח מדין מזיק גמור ולא מדיני דגרמי, ואף בשוגג חייב דמזיק גמור הוא. ומזה הוכיח מורי ז"ל בה"מ שם בלוח שיצא ממקום שדר בו תחילה דחייב לשלוח הלואתו למקום שלוח על הוצאותיו, דההוצאה הזיק גמור הוא ולא גורם וכו' והואיל ושמענו דכל הוצאות החזרת הפירעון חל על הלוח מדין גמור, ק"ו כשהוא מונע את עצמו מלדון ומלשלם כדת והמלוה מוכרח להוציא ממון בערכאות בכדי לגבות חובו שכל הוצאה חל על הלוח מדינא ושפיר שייך בזה תקנת נגזל לכו"ע וכו'. ויצא לנו מזה לענין הלכה דכשיצא הנתבע חייב בדינו התובע נשבע ונוטל על כל ההוצאה מדינא וכו'."

יט. קביעת גובה ההוצאות

לאחר שצידדנו בתפיסה הסוברת שיש מקום להסתכל על חיוב הוצאות בעת סירוב כהגדלת החיוב המקורי ולכוללו בחיוב אחד, לפי"ז על ביה"ד היכולת לחייב את מלוא החיוב על הצד המסרב. כעת יש לברר מהן הקריטריונים לקביעת גובה ההוצאות הנצרך, שאותו מחייב ביה"ד.

פוסק הרמ"א שהוצאות אלו שמשלם הסרבן יש על בעל הדין לברר כמה הוציא או שביה"ד ישומו את ההוצאות ויחייבו, ואין אומרים שישבע ויטול.

יסוד הדין הוא מהרא"ש בתשובה (כלל קז סימן ו) הביאו הרמ"א בדרכי משה הארוך (סימן יד ס"ק ה). והקשה הסמ"ע (שם ס"ק ל) על דבריו מאי שנא ממקיף את חבירו, שכתב בשו"ע (סימן קנח

⁷ יש להעיר שגם הוא בדבריו לא כתב מדין הרחבת הלואה, אלא דין מזיק, והגדרה זו צ"ע, שכן לא מצינו גדר מחודש כזה בניזקין, ובפרט דהוי גרמא, אלא אם נבאר שהוא מתכוין להגדרה שכתבנו ורואה בזה היזק, וצ"ע.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

סעיף ט) שאם אין המקיף יכול לברר כמה הוציא, ישבע כעין שבועה דאורייתא. ותירץ דשאני התם שהוציא ברשות ולהנאת הניקף, משא"כ הכא, וכך בדין יורד שלא ברשות שפסק השו"ע (סימן שעה סעיף ח) שנשבע כמה הוציא ויטול, דעכ"פ אין לבעל השדה הפסד. וסיים הסמ"ע: "ולא כמ"ש בעיר שושן ז"ל דלא כל כמיניה שיוציא מה שירצה ע"ד שזה ישלם לו הכל".

בש"ך (שם ס"ק טז) הקשה שמתשובת הרא"ש משמע שאף אם מברר כמה הוציא אינו משלם לו בלי שומת ב"ד, דלאו כל כמיניה להוציא כמה שירצה וזה ישלם לו, וזה גם כוונת הלבוש, ולא קשה מה שתמה עליו הסמ"ע. אלא שמעיר שמלשון הרמ"א וגם בד"מ משמע שבבירור לחוד או בשומא לחוד סגי, וסיים בצ"ע. בפת"ש (שם ס"ק טז) כתב שגם הרמ"א סובר כהבנת הש"ך, וגם לאחר שיברר כמה הוציא צריך שומא אם לא הוציא יותר מהראוי, ולראיה הביא פסיקת הרמ"א (ח"מ סימן קפב סעיף ג) הפוסק כך:

"מי שצוה לאחד שיתעסק לו באיזה דבר והוא הוציא עליו הוצאות, אם הוציא עליו יותר מן הרגילות להוציא על עסק כזה א"צ להחזיר, דלא אסיק אדעתיה שיוציא כל כך. אבל אם לא הוציא יותר מן הרגילות, חייב לשלם לו (מהרי"ק שורש י"). ואם יש טענה ביניהם, עיין לעיל סימן צ"א סעיף ג' וסימן צ"ג סעיף ד'."

נמצא לפי"ז, שדעת הסמ"ע שמה שהביא ברמ"א הוא שני אופנים של שומא: או בבירור כמה הוציא או ע"י שומת ב"ד, ודוחה דברי הלבוש. אולם הש"ך סבור שצריך שני תנאים לשומת החיוב, הראשון שיאמר כמה הוציא, והשני שומת ביה"ד אם לא הוציא יותר מהראוי, יעויין בנתיבות (סימן יד ס"ק ו) שהסכים עם הש"ך.

עוד כתב בנתי"מ (שם) שאין צריך לברר אלא רק ענייני הוצאות, כגון כמה שלוחים שלח וכמה נסיעות נסע, ואז אפילו אינו מברר כמה הוציא יכול לומר שישומו לו בפחות שבשומות. עוד כתב שאם אי אפשר לברר וגם לא ע"י שומת ב"ד, באמת נוטל בשבועה כדין ניזק שנשבע ונוטל, עיין שם.

גם בשער משפט (שם ס"ק ד) מפרש דברי הרא"ש כעין דברי הנה"מ, שאם ידוע שהיו לו הוצאות שמין כפחות שבהוצאות, אבל כשמברר בדיוק כמה הוציא והוא בדרך הממוצע, ודאי שלא היה צריך להמתין עד שימצא בזול, וכעין מ"ש השו"ע (אה"ע סימן נ סעיף ג) גבי הוצאות סעודה בשידוך שנתבטל, שאם עשה סעודה כדרך כל העולם, אף על פי שאין הכרח שיעשה סעודה, כיון שדרך לעשות כן צריכים לשלם מדינא דגרמי.

אולם התקשו האחרונים, השער משפט הנזכר והתומים (ס"ק ה) וכן הנחל יצחק על אתר, דמ"ש ממוסר, שסובר הרמ"א שעשו בו תקנת נגזל (סימן שפח סעיף ז), וה"נ כיון שחייב מדינא דגרמי למה לא עשו בו תקנת נגזל שישבע כמה הוציא ויטול. ובשלמא הרא"ש לשיטתו שסובר שלא עשו תקנת נגזל במוסר, ניחא, אבל על הרמ"א קשה למה סתם כאן כשיטת הרא"ש. ותירץ שער משפט דשאני מוסר שנתכוין להזיק, משא"כ במסרב שלא נתכוין להזיק אלא סבור שהדין עמו ומחמת כן סירב לדין, ובזה לכו"ע לא עשו תקנת נגזל.

לענ"ד נראה ליישב דהרמ"א איירי במסרב, וגם זה שהוציא ההוצאות היה בטוח שהדין עמו ויקבל הוצאותיו, ושייך לומר שמא בזבז יותר מן הראוי על דעת שיוציא ממנו, אבל בנדון ד"לך ואני אבא אחריו" הרי בשעה שהוציא ההוצאות לא עלה על דעתו שזה לא יבא, ולא הוציא ע"ד לקבל ממי שהוא הוצאותיו, בזה אפשר שלכו"ע עשו בו תקנת נגזל ונשבע ונוטל. בזה יש ליישב את מה שפוסק הרמ"א בתשובה (סימן פו) שמביא את המרדכי ב"לך ואבוא אחריו" וכותב שהתובע

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ישבע כמה הוציא ויטול, וצריך ביאור איך מתיישבים הדברים עם דבריו הנזכרים לעיל, בה פוסק שהולכים אחר שומת ביה"ד. ולדברינו ניאח.

אולם נראה שסברא זו בה אנו אומרים שאין לחייב אלא מה שהיה נצרך על פי ביה"ד, הינה סברא טובה לפטור רק היכן שהחיוב אינו בא בעקבות התחייבותו המפורשת (כפי שהתחייב במקרה שלנו), אלא כשהחיוב הינו מראש על פי ביה"ד, כי אז חיוב זה שהוא לא הסכים איתו מראש יש להתבונן עד כמה אכן יש להצריך הוצאה זו, והאם יתכן היה למנוע הוצאה זו. ולפי זה יתכן ואם אכן היה ניתן לעלות על הברחה זו על פי דפי חשבון מהבנק לפי התקופה האחרונה, כי אז יש לפטור על הוצאה זו שלא הייתה נצרכת. אולם אומדן זה לא שייך במקרה דנן שהבעל התחייב לשלם כל ההוצאות אם תימצא הברחה.

כ. סוגי האומדנא ובחינתם

אלא שהסברא לפטור בכל זאת מתבססת על אומדנא. נעיר בקצרה על גדרי אומדנא, ולדעתי לא ניתן להשתמש באומדנא כאן, כיון שהיא לא עומדת בגדרי האומדנא שנכתוב להלן.

ג' פנים יש לה לאומדנא: הראשון, האם ניתן ללכת בדיני ממונות אחר אומדנא, והאם ניתן להוציא ממון ע"י אומדנא. אף שיש עימי דברים בפן זה של אומדנא, מכל מקום אריכות בזה תהיה סטייה מהנידון, ונעצור בזה. יעויין בשו"ת יביע אומר (חלק ז' חו"מ סימן ח) ובמקורות הדין שם.

הפן השני הינו שימוש באומדן השופך אור על פרשנות עסקה בין שני אנשים או יותר. כוונת הדברים הינה האם ניתן ליצוק תנאים שלא נאמרו בעת עשיית ההסכם על סמך סברא שעל דעת כן נעשה ההסכם.

הפן השלישי הינו העדפת פרשנות חיצונית על פי אומדן על פני הכתוב בשטר. אופן זה יש לו פנים רבות בין סטייה מהכתוב ובין הכנסת האומדן לתוך הכתוב.

הפן הראשון אף הוא קשור לנושא האומדן הכללי, אולם ניתן להעמידו בפני עצמו, בניגוד לשני הפנים האחרים שהם על פי רוב הולכים יחד, ותמיד יש למקד את הדיון הייחודי בו נידון העניין, ובעניינינו אנו יש לדון בשני העניינים האחרונים. כיון שהארכנו בעניינים אלו בשני פסקי דין: תיק מספר 1182883/6 ותיק מספר 1294108/1, על כן לא נאריך בזה, רק נעמוד בקצרה על העקרונות העולים משם.

כא. אומדן בן שני צדדים

תחילת עניין זה של ביטול התחייבות על יסוד אומדנא נידון בגמ' בכתובות (דף מז ע"ב), וז"ל:

"לימא, בפלוגתא דרבי אלעזר בן עזריה ורבנן קמיפלגי; דתנן: נתארמלה או נתגרשה, בין מן הנשואין בין מן האירוסין - גובה את הכל; ר"א ב"ע אומר: מן הנשואין - גובה את הכל, ומן האירוסין - בתולה גובה מאתים, ואלמנה מנה, שלא כתב לה אלא על מנת לכונסה."

הגמ' עוסקת באדם הכותב לארוסתו כתובה ותוספת כתובה, וטרם נשא אותה היא התלאמנה או התגרשה. דעת ראב"ע היא שעיקר כתובה מגיע לה כדינה, אך התוספת שכתב לו מדעתו – הרי שכל מה שכתב לה הוא על מנת לכונסה, ולא לשלב האירוסין, וכיון שהנשואין לא יצאו לפועל הרי התוספת שהתחייב בטלה. על יסוד דברים אלו למדו תוס' הגדרה, שאף אם הקידושין חלו, ואיתם יש לכאורה להתחייביותו שלו לחול, מכל מקום אנו אומדים דעת הנותן שלא על דעת כן

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

נתן, ומכח זה מבטלים את נתינת תוספת הכתובה. מיד מקשים על זה תוס' קושיא, לא לפני שמקדימים לנו לא להיבהל מסברא זו, שכן מצאנו כמותה עוד פעמים בש"ס, וז"ל:

"אין לתמוה בסברא זאת דבכמה מקומות בש"ס מצינו כן ואם תאמר אם כן כל אדם הלוקח פרה מחבירו ונטרפה או מתה אנן סהדי שלא על מנת כן לקחה וי"ל דהתם אנן סהדי שבאותו ספק היה רוצה ליכנס ואפי' אם אומר לו אם תטרף יש לך לקבל הפסד היה לוקחה אבל הכא לא כתב כלל כי אם ע"מ לכוונסה ואין דעתו כלל להכניס עצמו בספק וכן ההוא דזבין ולא איצטריכו ליה זוזי והא דפריך בסוף הגוזל קמא (ב"ק דף קי:) יבמה שנפלה לפני מוכה שחין תיפוק בלא חליצה דאדעתא דהכי לא קידשה אף על גב דבאותו ספק מסתמא היתה נכנסת בשעת קדושין אומר רבינו יצחק דלא פריך התם אלא משום דהוי דומיא דקאמר התם נתן כסף לאנשי משמר ומת שהוא שלהם ומסיק התם ש"מ כסף מכפר מחצה דאי לא מכפר לימא דאדעתא דהכי לא יהיב דהואיל ואינו תלוי אלא בנותן יש לנו ללכת אחר דעתו וכיון שבו תלוי ודאי אינו רוצה ליכנס בשום ספק ולא דמי ללוקח חפץ ואירע בו אונס דלא אמרינן דאדעתא דהכי לא קנה ומבטל המקח דאינו תלוי בדעת הקונה לבדו דהא איכא נמי דעת מקנה שלא היה מקנה לו לדעתו אם לא יפרש להכי פריך שפיר מיבמה שנפלה לפני מוכה שחין משום דבדידה תלוין הקידושין שברור לנו שהוא לא יעכב בשביל שום דבר שאירע אחר מיתתו כי אינו חושש במה שאירע אחריו ולהכי לא פריך מאשה שנעשה בעלה בעל מום תיפוק בלא גט דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה כיון דתלוי נמי בדעת המקדש וכן כל הנהו דמייתי התם אין תלוי אלא בדעתו."

מתקשים תוס' מדוע לא חלה אומדנא כזו בכל מכר שתכלית המכר לא יצאה לפועל בגין מום כלשהוא, וכגון אדם שקונה בהמה לשוחטה ונטרפה, האם יעלה על הדעת להחזיר בהמה זו כיון שתכליתה של המכירה לא יצאה לפועל מצד הקונה? מיישבים תוס' שישנו הבדל עקרוני בין המקרה בסוגייתנו ובין המקרה בקניית פרה, שכן במקח ישנם שני צדדים, ואופי המכר צריך להתאים לשני הצדדים. וכשם שהלוקח לא היה קונה אם היה יודע שהפרה תיהפך לטריפה, הוא הדין המוכר לא היה מוכר אם היה יודע שהמכר חוזר בתנאים מסוימים, ועל כן שניהם לוקחים סיכון, והלוקח נכנס מראש לעיסקא זו מתוך ידיעה שיתכן ותיהפך טריפה. משא"כ במציאות של התחייבות של תוספת כתובה, שישנו צד אחד המתחייב לשני.

וכן כתב לבאר המהרא"ל צינץ בשו"ת משיבת נפש (אה"ע סימן עג), וז"ל:

"אמנם, בתר העיון בלאו הכי, הגם שדברי כבוד תורתו אין צריכין חיזוק, דמקח טעות מיקרי מום שהיה מעיקרא ואומדנא דבתר הכי לא מיקרי רק אומדנא דהוה כאילו התנה, מכל מקום לא סגי במה שנבדיל ביניהם בקריאת השם לבד, שביטול המקח אינו תולה בגזירת הכתוב רק בדעת האנושי כפי מה שיגמרו בדעתם לקנות או למכור. ומה שכתבו התוספות לחלק בין היכא דתליא נמי בדעת אחרת, היינו משום דבלוקח בהמה ונטרפה, אף שברור לנו שאילו היה הלוקח יודע שתיטרף לא היה קונה, מכל מקום איכא למימר שאם היה רוצה שיתבטל המקח בסיבת אונס העתיד, לא היה המוכר מתרצה באופן הלזה כלל. ולכן יש לנו לומר שהלוקח היה מתרצה מתחילתו לקנות ולכנוס בספק הלזה.

והיינו טעמא דמפלגין בין היכא דמעיקרא זבוני בטעות הוה, דהיכא דהוה מום מעיקרא אמרינן מסתמא לא היה הלוקח מתרצה שיטעהו המוכר וישטה בו, ואפילו במום שגם המוכר לא ידע בו, כי יש לנו לומר שבוודאי הלוקח אינו מתרצה לקנות אף אם ימצא בו מום בשעת מכירה. ויש לנו לומר יותר,

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

שהמוכר היה מתרצה למוכרו אף שאם יימצא מום בשעת מעשה יתבטל המקח, לא יימנע המוכר למוכרה בשביל שיקבל עליו ספק זה. ויהיה איך שיהיה, על כורחך עיקר קיום המקח תולה בדעת מוכר ולוקח כפי מה שיוסכם דעתם במכירה.”

דברי תוס' אמנם לא הובאו בהלכה בשו"ע, אבל קנו להן שביתה כדבר מוסכם בין ספרות השו"ת הרבים, ואין כאן המקום לסופרם כי רבים הם, ולהלן אביא קצתם.

ביסוד דברי תוס' מונחת תפיסה נוספת, שהמילים הברורות הנאמרות בשעת ההסכם הם אלו המחייבות, וכל הטלת תנאים מצריכה הסכמת שני הצדדים, ואם ישנו שימוש באומדן צריך הוא לעמוד בשני פרמטרים: הראשון, שאומדנא זו כל כך ברורה שניתן להסתכל עליה כאילו התנה בפועל, והפרמטר הנוסף, שהשני היה מסכים לתנאי זה. שני פרמטרים הללו למעשה שומטים את היכולת ללכת אחר האומדן במכר, וכן כתב לבאר הרב בית הלוי (חלק ג סימן ג), וז"ל:

”והנה אין לפקפק בכל זה מהא דכתבו התוס' בב"ק שם דהא דפריך נימא דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה הוא רק בנפלה מן האירוסין ולא בנפלה מן הנשואין וכן כתבו התוס' בכתובות דף מ"ז יעו"ש, זה אינו דרך שם דאין שום טעות בהקידושין בעצמם דהרי המקדש היה שלם וגם בשעה שנתקדשה היתה יודעת מספק זה דיכול להיות שתפול להיות זקוקה להמוכה שחין ואין שם ביטול מצד טעות בקידושין רק צריכין לבטלו משום תנאי וכמו שנתבאר למעלה שפיר חילקו התוס' בין אירוסין לנשואין דהרי בכל דבר שנעשה בין שני אנשים אין ביד אחד להטיל תנאי בדבר אם לא מדעת שניהם ושפיר כתבו התוס' דבנשואין שהוא ודאי אינו רוצה לבטל הנשואין ע"י התנאי דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות איננה יכולה לומר דאדעתא דהכי לא נתקדשה, ורק בנפלה מן האירוסין דלא איכפת ליה כלל בהתנאי אם יתבטלו הקידושין כשתפול לפני אחיו שפיר אמרינן דתלוי רק בה ובדעתה ואדעתה דהכי לא קידשה נפשה...”

ואם כנים הדברים בהבנת דברי תוס', הרי לנו שנחסמה הדרך ללכת אחר אומדנא כל שזה תלוי בשני הצדדים. על פניו נראה שכן היא אף שיטת הרמב"ם בהלכות מכירה (פרק יא הלכה ט), וז"ל:

”אבל המוכר סתם אף על פי שהיה בלבו שמפני כך וכך הוא מוכר, ואף על פי שמראין הדברים שאינו מוכר אלא לעשות כך וכך ולא נעשה אינו חוזר, שהרי לא פירש ודברים שבלב אינן דברים.”

לעיל מינה ביאר הרמב"ם שרק באופן של התניה מפורשת ניתן לשנות בין הצדדים, ובלי התניה זו הוי דברים שבלב ולא תועיל אומדנא, והטעם לכך הינו מפני שלא פירש הדברים.

כדברי הרמב"ם הללו פוסק השו"ע בחו"מ (סימן רז סעיף ד).

לפי"ז ניתן ליישב הסתירה בדעת הרמב"ם מהנפסק בהלכות זכיה ומתנה (פרק ו הלכה א), בה נותן הרמב"ם מקום לאומדנא, וז"ל:

”לעולם אומדין דעת הנותן, אם היו הדברים מראין סוף דעתו עושין על פי האומדן אף על פי שלא פירש, כיצד מי שהלך בנו למדינת הים ושמע שמת וכתב כל נכסיו לאחר מתנה גלויה גמורה ואחר כך בא בנו אין מתנתו קיימת, שהדברים מוכיחין שאילו ידע שבנו קיים לא היה נותן כל נכסיו, לפיכך אם שייר מנכסיו כל שהוא בין קרקע בין במטלטלין מתנתו קיימת.”

ואף דברי הרמב"ם הללו נפסקו בשו"ע (חו"מ סימן רמו סעיף א).

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ליישב הדברים נראה לומר על פי שיטת תוס', שבמתנה נקל ללכת אחרת אומדנא מאחר ותלוי הדבר רק בדעתו של הנותן ואולם במכר שתלוי בשני הצדדים לא ניתן ללכת אחר מהאומדן, ובזה יש ליישב את הסתירה ברמב"ם ובשו"ע.

יעויין בשו"ת מהר"ם מלובלין (סימן קח) שכתב כחילוק הזה, ובטעם הדבר כתב, וז"ל:

"וטעמא דמילתא דבדבר קל אנו דוחים המתנה ואומדין דעתו של אדם שלא היתה כוונתו לזה ואלו היה יודע דיתילד ענין זה לא היה נותן והוי כאלו לא נתן מתנה זו מרצונו. כדאשכחנא לענין מסירת מודעא דגבי מסירת מודעא דמכר צריך שיכירו העדים באונסו וגבי מתנה אין צריכין להכיר באונסו דדי לנו בגילוי מילתא בעלמא כדאיתא בפרק חזקת הבתים ובכל הפוסקים."

דברי המהר"ם הללו הובאו בש"ך (סימן רמו ס"ק א) ובנתיחה"מ (שם).

הביא לזה מהר"ם לובלין ראייה מדין מסירת מודעא, שיש הבדל בין מתנה שלא צריכים העדים להכיר באונסו ובין מכר שצריך שיכירו העדים אונסו, עיי"ש.

כביאור זה מבאר הגר"א דעתו של הרמ"א. על דברי השו"ע שהבאנו לעיל (סימן רו סעיף ד) שפוסק את דברי הרמב"ם בענין מוכר סתם, הביא הרמ"א שתי דעות נוספות. דעה ראשונה, שבמכר מועיל אומדנא דמוכח, ולהלן נדון בשיטה זו, ודעה נוספת – דעת האור זרוע – שבמתנה דברים שבלב הויין דברים.

בביאור דעה זו של האור זרוע כותב הגר"א (שם ס"ק יד) שדעה זו סבורה שבמכר לא ניתן ללכת אחר אומדנא ואף אומדנא דמוכח, וכל הראיות שהולכים אחר אומדנא בש"ס הינם רק בנותן מתנה. שתי ראיות עקרויות הן. ראייה ראשונה שטר מברחת (כתובות דף ע"ב), וראייה שניה שכ"מ שנתן מתנה ועמד מחוליו שבטלה מתנתו, ואף ראייה זו עוסקת במתנה. וכך היא לשונו של הרי"א ז' בכתובות (דף נו ע"א מדפי הרי"ף אות ח):

"ולא אמרו דברים שבלב אינם דברים אלא במכר הואיל ומכר לו במעותיו אין לנו לילך אחר דברים שבלב, אבל במתנה אנו הולכים אחר דברים שבלב שאם אנו מכירין דעתו שאינו גומר ומקנה בלבו, אין מתנתו מתנה שהרי שכ"מ אע"פ שנתן נכסיו במתנה סתם הואיל ואנו מכירין שאינו נותן אלא על דעת שימות אם עמד מחוליו חוזר ממתנתו כמו שביאר מז"ה בפסקיו."

נמצא שגדר זה של מתנה שונה הוא מהותית ממכר, ובמתנה אמרינן שדברים שבלב הויין דברים, וטוען הגר"א שזו דעה שניה שמביא הרמ"א שחולק על דעה ראשונה.

כותב אבן האזל (הלכות מכירה פרק יא הלכה ט) שאף שיטת הרמב"ם היא כדעת ריא"ז, וז"ל:

"ומדברי הרמב"ם מוכח דסובר כשיטת ריא"ז שכתב בפ"ו מה' זכיה ומתנה הל' א' וז"ל לעולם אומדין דעת הנותן אם היו הדברים מראין סוף דעתו עושין ע"פ האומדן אף על פי שלא פירש כיצד וכו', וכתב שם בפרק זה כל עניני אומדנא ודין ש"מ כתב מפ"ח ואילך, ומבואר דמש"כ הרמ"א דבמתנה דברים שבלב הויין דברים אין הכונה בכל גווני אלא היכי דאיכא אומדנא וכן הוא לשון ריא"ז שהביא הש"ג שצייין לזה הרמ"א וז"ל אבל במתנה אנו הולכין אחר דברים שבלב שאם אנו מכירין דעתו שאינו גומר ומקנה בלבו אין מתנתו מתנה."

ובביאור החילוק בין מכר למתנה כותב אבן האזל, וז"ל:

"יש נ"מ בין מתנה למכר דבמכר אפי' בתנאי הוי דברים שבלב וטעמא דכיון שאינו תלוי בדעתו לבד לא מהני דעתו אפי' לעשות תנאי כיון שאינו מתנה

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

עם הלוקח אבל במתנה צריך להיות מהני תנאי אפי' היכי דהתנאי הוא בלבו כיון שאנו הולכין אחר דעתו לבד, אלא דמ"מ ודאי לא מהני אם יחשוב בלבו תנאי כיון שאינו נאמן אח"כ לומר שדעתו היה על תנאי ולכן צריך ע"כ אומדנא, אבל בשבועה כיון שאינו נוגע אלא לו לבד נאמן לומר תנאי היה בלבו."

יעויין בשו"ת דברי ריבות (סימן קכט) שאף הוא ביאר את דעת הרמב"ם כפי דברי ריא"ז שהביא שלטי גיבורים.

נמצא א"כ לפי באורו של הגר"א שתי הדעות שהובאו ברמ"א חלוקות בשאלה האם אף במכר ישנו שימוש של אומדנא היכא דהוי אומדנא דמוכח, ודעת הרמב"ם וריא"ז וכן תוס', שלא מועיל אומדנא במכר ורק בנותן מועיל אומדנא דמוכח.

כנגד שיטת הגר"א עומדת שיטת הסמ"ע, שמבאר אחרת את הדעות שהובאו ברמ"א. הסמ"ע מבאר שדעות אלו משלימות האחת את חברתה, לומר שבמכר – על מנת לבטל את מקח צריך אומדנא דמוכח ומועיל אף במכר, אולם במתנה לא צריך גילוי דעת כזה גדול של אומדנא דמוכח על מנת לבטל מתנה זו. כיון שנותן המתנה לא קיבל תמורה למתנתו, הרי שהוא לא תלוי במקבל המתנה ויכול הוא לעשות כרצונו, ועל כן ניתן בגילוי דעת קטן אף לבטל את המתנה. וכך היא לשונו של הסמ"ע (ס"ק י):

"הטעם, דדוקא במכר דקיבל מעות מסתמא גמר ומקני אם לא דפירש, משא"כ במתנה דהוא בחנם, דאומדן דעת כל דהו מבטל המעשה ואמרינן ביה דלא גמר בדעתו ליתנו לו בחנם."

נמצא א"כ לשיטת הסמ"ע שאף במכר התלוי בשני הצדדים ניתן להכריע על פי האומדנא היכא דהוי אומדנא מוכחת, היינו דהוי בליבו ובכל אדם, ואכן זאת דעת התוס' בקדושין (דף מט ע"ב ד"ה דברים) ובכתובות (דף צז ע"א) ושם בראשונים נוספים על אחר, וכן יעויין ברמב"ן בכתובות (דף עח ע"ב). נעיר שהגאון ודאי מכיר ויודע של שיטות אלו, אלא שסובר שדעה שניה ברמ"א חלוקה על שיטות ראשונים אלו, וכמו כן נאמר בדעת הסמ"ע שאף הוא מבאר את התוס' בכתובות דף מז ע"ב כפי הבנתו, אלא שלפי באורו כל דברי תוס' אמורים באומדנא שאינה מוכחת, אולם באומדנא מוכחת אף במכר יש וניתן ללכת אחרי האומדנא.

וכן כותב להדיא במשנה למלך (הלכות זכיה ומתנה פרק ו הל' א), והביא שם פוסקים נוספים שכך פוסקים ולהלן נמנאם, וכך אף מסיק הנוב"י (חלק יו"ד מהדו"ק סימן סט), וז"ל:

"עד כאן לא כתבו התו' דבמוכר כיון שתלוי בדעת שניהם לא אזלינן בתר אומדנא דלוקח היינו משום דמסתמא אין המוכר מתרצה לזה שאם יתקלקל החפץ יבוטל המקח דאטו בשופטני עסקינן שיתרצה לזה שהוא רק טובת חבירו לבד דלהיפוך שאם יקלקל המעות שיבוטל המקח הוא דבר שלא שכיח שיתקלקל מעות מזומנים וא"כ כיון שמסתמא דבר זה הוא רק טובת אחד מהם והדבר תלוי בשניהם מה אנן משגיחין בתר אומדנא דחד מינייהו. אבל בשידוכין בעובדא דהרא"ש שקלקלה אחות המשודכת דאמרינן אומדנא דמוכח דבשעת השידוך לא נתקשרו אדעתא שיפגמו משפחתם וישחיתו נחלתם. אומדנא זו היא טובת ב' הצדדים בשעת השידוך שהרי היה יכול להיות להיפך שיזדמן פגם במשפחת המשודך ואמרינן אדעתא דהכי לא נתקשרו שני הצדדים. נמצא אומדנא זה בשעת מעשה היה לטובת שניהם ואמרינן אנן סהדי ששני הצדדים לא נתקשרו אם יהיה ח"ו פגם ואין זה דומה לדברי התוס' במוכר ולוקח ודברי הרא"ש שרירין וקיימין. ולדעתי סברא זו ישירה ואמתית ויודה בה כל מי ששכלו זך וישר."

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ובזה מיישב דעת הרא"ש בתשובה, ממנו משמע שניתן לבטל מקח על יסוד אומדנא בין שני צדדים.

למסקנה זו של המל"מ והנוב"י ישנם פוסקים רבים שמצטרפים, הלא המה שו"ת פני משה להר"מ בנבשתי (ח"א סימן סב), שו"ת מהר"י בן לב (ח"ב סימן מה), וכן הביא שם תשובת מהרש"ך, וכן הביא בשו"ת חכם צבי (סימן מא), שו"ת כוכב מיעקב (ח"א סימן מא), שו"ת הרי בשמים (ח"ד סימן קמז), שו"ת מהר"י הכהן (תנינא אהע"ז סימן יג), שו"ת גינת ורדים (ח"מ סימן מט), וכן הוא בשו"ת חיים שאל (סימן יא), שו"ת פאת נגב (י"ד סימן כ), שו"ת עבודת השם (י"ד סימן ז), שו"ת מנחת שי (ח"א סימן צד), ובבית מאיר צלעות הבית (ח"א סימן ו), וכן חזיתי בספר אור הישר בדברי הרב מקליווא (סימן ה), ועוד. ואולם, כך הוא רק אם ישנה אומדנא דמוכח.

סיכום יפה את הדברים הנוב"י הנזכר, וז"ל:

"נמצא שיש ג' חלוקים בדבר. דבר שהוא אומדנא שאינו רוצה לכנוס באותו ספק כלל אפילו תליא בדעת שניהם אזלינן בתר אומדנא דחד לבטל אפילו מעשה שכבר נעשה כמו זבין ולא איצטריכו ליה זוזי וכן נתן מעות לחתנו ומתה בתו בעודה ארוסה. ובדבר שיש סברא לומר שהיה מכניס עצמו בספק אף שיש ג"כ אומדנא שאם היה יודע בודאי שיארע דבר זה לא הי' עושה אם היה הדבר תלוי בדעת שניהם אי אפשר לבטל הדבר והיינו המוכר פרה וכדומה. ואם הדבר תלוי בדעת חד שפיר גם בזה אזלינן בתר אומדנא."

נמצא א"כ, אף אם נקבל שיטת הסמ"ע, מכל מקום בין שני צדדים יש לנו ללכת רק אחר אומדנא דמוכח, ולענ"ד שני פרמטרים צריכים להיות שרירין וקיימין בעת השימוש באומדנא: האחד, שזה ברור לכולם, והוי בליבו ובלב כל אדם והוי כהתנה במפורש. התנאי והפרמטר הנוסף, שהשני היה מסכים לתנאי זה.

כב. שימוש באומדנא בשטר

מכאן נגיע לאומדנא בשטרות. מרן השו"ע (ח"מ סימן סא סעיף טו) פוסק שלא הולכים אחר אומדנא בשטרות, וז"ל:

"מדקדקין לשון השטר ודנין על פי אותו דקדוק, ולא אמרינן האי גברא לא גמיר כולי האי והיה סבור שהדין היה בענין כך ומפני כך כתב אותו לשון."

הרי לנו שלא ניתן להעמיס כוונה לתוך הדברים הברורים של השטר, ולעולם הולכין אחר לשונו של השטר. ולפי"ז דומה הדבר למה שראינו לעיל בשיטת הרמב"ם וריא"ז שבמכר לא הולכים אחר אומדנא, ונראה שה"ה בשטר. בשטר נראה שהוא לכו"ע, מאחר ויסוד העניין מדוע הולכים אחר אומדנא דמוכח במכר לחולקים על שיטת ריא"ז, הוא מאחר ולא ראה צורך להתנות בשעת קיום המכר כיון דהוי בליבו ובלב כל אדם, וכפי שהבאנו. אמנם, כך הוא בעת קיום המכר, שלא נותנים הצדדים דעתם להתנות כיון שצורת ההתנהלות סביב המכר היא עצמה הופכת להיות חלק מהמכר, כל והוי אומדנא דמוכח, ואילו בשטר – שעיקר עניינו הוא הדברים המחייבים הכתובים בשטר – הרי שעל הצדדים לדייק טפי ולהוסיף את כל מכבר ההתניות לשטר, וממה שלא הביאו התניה כל שהיא הרי על כרחך שלא רצו בה. כמו כן, אם ניתן לדייק מהכתוב, הרי הוא קודם בסדר העדיפות על פני האומדן וכפי שמוכח מדברי הריב"ש (סימן תפ שהוא מקור לדברי השו"ע הנזכר). עוד נאמר שהריב"ש מבאר לנו שדקדוק הכתוב גובר אפילו על הכלל של יד בעל השטר על התחונה, ולדבריו ניתן להוציא ממון על פי דקדוק זה כיון שהיסוד בשטרות שהכתוב בו הוא המחייב.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הוכחה נוספת ליסוד זה ראיתי שהביא בשו"ת אבקת רוכל (סימן קח) תשובה ממהר"ר שמואל בכ"ר משה הלוי זלה"ה. תשובה זו מופיעה בשו"ת מהר"י בירב (סימן ט), ושם הוא חתום על תשובה זו, הביא הרב שם ראיה בשם התשב"ץ (ואצלנו מופיע תשובה זו בשו"ת הרשב"ש סימן עח) מהגמ' בשבועות (דף מא ע"ב), שם כותבת הגמ' שהאומר לחבירו אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני והלך ופרעו בפני עדים אחרים "אינו נאמן". כך היא גירסת רש"י, וכן נראה שהיא סברת רבינו האי ז"ל ורבינו יוסף הלוי ז"ל. אולם גירסת רוב הראשונים היא "נאמן", ואפילו לגרסת רש"י ור"ח ור' יוסף נ' מיגאש ז"ל שגורסים "אינו נאמן", מודים הם שאם הביא עדים שהודה שכבר פרעו נאמן, דהודאה מילתא אחריתי היא ולא פסלם אלא מפרעון, אבל מהודאה לא פסלם, וכן כתב הרי"ף בתשובה. הרי לנו שלמרות שאין הבדל מהותי בין אם מעידים על הפירעון ובין אם מעידים על הודאה בפניהם שפרע, מכל מקום אין אנו מנסים ליצוק כוונה אחרת מלבד מה שאמר או כתב בשטר. וכך כתב שם בשו"ת אבקת רוכל:

"א"כ יראה בפירוש שבתנאים שמתנה אדם עם חבירו אין לנו להלוך אחר הכונה אלא מה שאומרים בפ"י בלשונם שהרי לדעת הרי"ף ולדעת רבינו יהוסף אם באו עדי' שפרעו אינו נאמן ואם הביא עדים שהודה בפניהם שפרע נאמן ואף על גב דלכאורה נראה שאין הפרש אין אנו הולכים אלא אחר הלשון."

דא עקא, מיד אחר הלכה זו פוסק השו"ע (סימן סא סעיף טז) הלכה נוספת שעל פניו סותרת את הנאמר בהלכה הקודמת, וכך היא לשון ההלכה:

"יש מי שאומר שתנאי שאדם מתנה עם חבירו אין הולכים אחר הלשון הכתוב, אלא אחר הכוונה."

עוד יש לנו להקשות על הלכה זו, ונקדים לבאר שמקור הדברים הוא הרשב"א שמביאו רבינו ירוחם, וכאמור נפסקה בשו"ע (שם). וכתב שם הסמ"ע (ס"ק כו) שדין זה של העדפת הכוונה על פני הלשון נוהג אף בנדירים, והפנה אותנו להל' נדרים (יו"ד סימן ריח). את דברי הסמ"ע הביאו התומים והנתיבות. עיון נוסף בהגהות הגר"א (ס"ק לט) מראה שאף הוא הפנה לדיני נדרים, והביא את הגמרות עליהם נסמכים אותן ההלכות בסימן ריח שהביא הסמ"ע. עוד צרף הגאון גמרא נוספת במסכת ב"ק (דף פ ע"א) שאף היא קשורה לשבועה.

נעיר שעל קירוב הדעת בין הלכות שטרות והלכות נדרים כבר גילה דעתו השו"ע בהלכות הלואה (סימן מג סעיף כח), ואף לזה רמז הגאון, וז"ל השו"ע:

"כל זמן הכתוב בשטר, כגון עד הפסח או עד הקציר, דנים אותו כמו בנדירים."

כוונת השו"ע היא כפי הפרשנות שנותנים לנדירים, וכפי שנפסק בהל' נדרים (יו"ד סימן רכ סעיף יא), וכן ביאר הסמ"ע (שם ס"ק נא).

נציין שאף הלכה זו מקורה ברבינו ירוחם, ומביא זאת הב"י על אתר בהלכות הלואה.

וכן פוסק בשו"ת לחם רב (סימן קיג), וז"ל:

"א"כ נראה דבנדירים אף על פי שאין הלשון מוכיח אזלינן בתר כוונתו. וידוע דשטרות ונדירים שוים, דכי היכי דבנדירים אזלינן אחר לשון בני אדם, הכי נמי בשטרות..."

וכך כותב בשו"ת מהרש"ך (חלק ד סימן פב), וז"ל:

"הנה כתב הריב"ש ז"ל בסימן ר"ז [ד"ה ובזה] מ"ש המפרשים שבכל עניני שטרות הולכים בהם אחר לשון בני אדם דומיא דנדירים, כדמשמע בסוף פרק

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

קונם יין [שם סג"א] דמדמי שטרות לנדריים לענין שיש לכתוב בשטרות לשון שמשמעותו כן בנדריים, והאריך שם להוכיח דדינא דשטרות הוי ג"כ לענין נדריים, וא"כ יראה ג"כ דכי היכי דאיכא מלתא שיש לדון בנדריים שיש ללכת אחר כוונת הנודר אעפ"י שיהיה כנגד הוצאת פיו, גם בשטרות נמי אית לן למימר שיש לנו ללכת אחר הכונה אעפ"י שיהיה כנגד מה שכתוב בפירוש בשטר.

דא עקא שהשוואה זו נתקלת בקושי רב לאור דברי הריב"ש. נשאל הריב"ש (שו"ת הריב"ש סימן קצה) במקרה שקהילה לקחה סופר צעיר שיהיה לעזור לסופר הותיק, ובאותו העת נסיבות העניין הראו שכל מה שצריך את שכירותו של הסופר הצעיר הוא כדי להיות לעזור לסופר הותיק, ואולם בשטר ההתקשרות עם הסופר הצעיר לא העלו תנאי זה אף שהיה ברור ששכירותו היא לעזור לסופר הותיק. הסופר הותיק עזב את משרתו, וחברי הקהילה אומרים שכעת לא צריך את הסופר הצעיר ואין הם מחוייבים להמשך עיסוקו, ואולם הסופר טוען שבשטר ההתקשרות עימו לא עלה אף תנאי כזה, ועל כן אין הם יכולים לפטר אותו.

השיב הריב"ש שאף אם נאמר שזו אכן אומדנת היסוד בשלב ההתקשרות עם הסופר הצעיר, מכל מקום בניגוד לנדריים ששם הולכים אחר אומד הדעת אף אם הלשון אומרת אחרת, מכל מקום בהתחייבות בין אדם לרעהו אין הדבר כן, וז"ל:

"ועוד דכל הני הוו בנדריים שנודר אדם בינו לבין עצמו והולכין אחר כונתו משום דבעי' שיהו פיו ולבו שוים. אבל במי שנותן מתנה לחבירו כל שלשון המתנה כולל הולכין אחריו ואין הולכין בזה בתר אומדנא א"כ הוא אומדנא דמוכח, כההיא דמי שהלך בנו למדינת הים דפרק מי שמת (קמו): וכההוא דזבין נכסיה אדעתא למיסק לא"י ופי' כן בשעת המכירה ובקרקעות דוקא כפי הדעת שכתבתי למעלה. וכגון זה כתב הרמב"ן ז"ל בפרק יש נוחלין דבנדר שנודר אדם בינו לבין עצמו לא בעינן תנאי כפול ולא שיהא אפשר לקיימו ע"י שליח ושאר דקדוקי התנאי אף על גב דבעינן הכי בתנאים שבין אדם לחבירו דומיא דבני גד ובני ראובן. ובהא נמי א"ל הכי. ולכן בנדון זה הולכין אחר לשון המתנה שהיא סתם ולא אחר לשון שאלת ר' אברהם אף אם היה נראה מלשונו שיהיה רבי חיים נגרר אחריו."

ביסוד סברתו של הריב"ש עומדת התפיסה שבנדריים עיקר העניין הוא כוונת הנודר, והוא יכול לפרש כוונתו אף אם לא פירש כן בלשון השבועה, ובתנאי שאכן נראה שזו הייתה כוונתו. משא"כ בהתחייבות או מתנה לאדם נוסף, כיון שהתחייבות זו תקיפה אף לאדם השני צריך שזה יהיה ברור אף לאדם השני ושיסכים עליה, ולא מספיק לומר שכך הייתה הכונה. כביאור זה מבואר להדיא בנחל יצחק (סימן סא) וכן מבואר בבית מאיר (אבן העזר סימן קיח), וז"ל:

"ויראה לע"ד משום דמה שנוגע לחבירו כיון שחבירו אי אפשר לעמוד על כונת לבו אמרינן איפכא דברים שבלב לא הוה דברים והולכים אחר משמעות הלשון שכולל וחבירו סמך על המשמעות ועפ"ז נגמר הקנין וא"כ איך יש ללמוד מזה לתנאי שאדם מתנה עם חבירו."

דברים אלו של הריב"ש מביא הב"י ביו"ד (סימן ריח), ופוסק כן הרמ"א (סימן ריח סעיף א) על דברי השו"ע שפוסק:

"כל הנודר, או נשבע, רואין דברים שבגללן נשבע או נדר, ולומדים מהם לאיזה נתכוון. והולכין אחר הענין, ולא אחר משמעות דבור..."

מוסיף הרמ"א:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

"הגה: וכל זה דוקא בנודר בינו לבין עצמו, אבל בנודר לחבירו, כל שלשון הנדר כולל הולכין אחריו, אם לא באומדנא דמוכח (כך משמע בריב"ש ובהרמב"ן)."

פסיקה זו יש בה קושי רב, שכן השו"ע פוסק את דברי הרשב"א שהביא רבינו ירוחם שתנאי שאדם מתנה עם חבירו הולכים אחר הכונה, ואילו כאן פוסק הרמ"א כפי הריב"ש שלא ניתן ללכת אחר אומדן הדעת, וכן הקשה בספר מראות צובאות (סוף הספר בליקוטים), וז"ל:

"בחור"מ סוף סימן ס"א יש מי שאומר שתנאי שאדם מתנה עם חבירו, אין הולכין אחר הלשון הכתוב, אלא אחר הכוונה, ובכ"י הביא כן בשם רי"ו, וכתב הסמ"ע משום דילפינן שטרות מגדרים ע"ש, וכ"מ בנדרים ס"ג א' דילפינן שטרות מגדרים.

וצ"ע שזה סותר למ"ש הרמ"א ביו"ד סי' רי"ח ס"א בהגהה, דגם בנדרים שהולכין בו אחר הכוונה, הוא דוקא כשנודר בינו לבין עצמו, אבל בנודר לחבירו, כל שלשון הנדר כולל, הולכין אחריו, ע"כ, והוא מתשו' הריב"ש סי' קצ"ה, וצ"ע."

בקושיא זו התקשה אף הבית מאיר (אהע"ז סימן קיח).

בישוב סתירה זו עלו מספר ישובים, והאריך בהן הגאון ר' יצחק אלחנן ספקטור בנחל יצחק (חור"מ סימן סא) והארכנו בבאור הלכה זו בפס"ד 1182883/6.

מדברי הנחל יצחק משמע שהישוב המרכזי שיש לומר הוא שכל דברי הרשב"א עוסקים באומדנא דמוכח, ובאופן כזה ניתן ללכת אחר הכונה אף אם אינה כלשונו של השטר. כך נראה מראיות הרשב"א גבי שכ"מ שעמד מחוליו, וכן ניתן לבאר שבמקרה שמקדש את האשה בעל מנת שאראך מאתיים זון, ברור שהתכוון – ובהתאם לכך הסכימה האשה – שיראה לה משלו.

חילוק זה יש בו גם לבאר את דברי הריב"ש, שכן סברת הריב"ש הינה שלא ניתן לאמוד את דעת הנותן וללכת אחר הכונה אף אם הלשון לא מראה כן, אם הצד השני בוחר לפרש כפי הלשון ולא רוצה כלל ללכת אחר הכונה שלא הייתה ידועה לו, ובכוונה נכתב כן ועל דעת כן נסמך. כך ניתן לומר באומדנא פשוטה שאינה אלא מראה שאולי ישנה כוונה אחרת, אבל אין היא מחייבת את הצד השני. אמנם באומדנא דמוכח, הרי שלא ניתן להתעלם ממצייאות ברורה זו, ועל כן הצד השני לא יכול לומר שסמך על הלשון ולא ידע על קיומה של הכוונה, מאחר והיא ידועה לכל.

למעשה, חילוק זה מופיע בריב"ש עצמו, שאם הייתה אומדנא מוכחת הרי שודאי יש ללכת אחריה גם אם בלשון לא מפורש כן, שכן האומדנא עצמה היא הפירוש הנכון לשטר זה.

וכן הבאנו לשונו של הרמ"א בהלכות נדרים שפסק כדברי הריב"ש, וציין שאם יש אומדנא דמוכח הולכים אחר הכונה.

וכן ראיתי מפורש בשו"ת מהרשד"ם (חלק יורה דעה סימן צב) שכך כתב, וז"ל:

"אבל כשנודר זה נשבע לחברו כנ"ד צריך אומדנא דמוכח כדי שילך אחר הכונה אעפ"י שלא נתפרש מ"מ נר' בעיני דאין לך אומדנא דמוכח טפי מהאי דאנן סהדי דעל דעת כן לא נשבע לצאת מן בית הכנסת אשר היו רגילי' אשר הוא מצוה גדולה לאדם לקבו' מקו' קבוע לתפלתו."

וכן הסיק המהרש"ם (חלק ג סימן קד) בנידונו, וז"ל:

"כבר נתבאר דישי דיעות דלא אזלי' אחר הכוונה אלא אחר הלשון השטר א"כ המוחזק יכול לומר קי"ל, י"ל דהא באיכא אומדנא דמוכח לכ"ע אזלי' אחר

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הכוונה ובנ"ד הרי כיון דכל המכוון שידור שם הי' רק באופן כשהוא חתנו ועם בתו ידורו שם דאל"כ אם ישא אשה אחרת אדרבא רצונו שידור במק"א שלא יראה צרתו בעיניו תמיד ואיכא אומדנא דמוכח על הכוונה ולכ"ע אזלי בתרה.

יעויין בבית מאיר בהערה שם שאף הוא סובר כן, שיש לבאר דעת מרן הב"י בסימן סא שעוסק באומדנא דמוכח, ובזה יש לישב שאף מרן הב"י יסכים עם דברי הריב"ש.

יעויין בנחל יצחק (שם) שעל פי ביאור זה מבאר דעת השו"ע כמה שכתב "יש מי שאומר", ולא כתב זאת בסתם, הרי שרומז השו"ע שעל דעה זו יש חולקים. מבאר ר' יצחק אלחנן שישנה דעה כזו הסוברת שבמכר אף אומדנא דמכח אינה מועילה, ולהלן תתבאר ביתר שאת מחלוקת זו. נמצא א"כ למסקנה זו של הנחל יצחק שיש לצמצם דברי השו"ע בחושן משפט סימן סא שהביא דברי הרשב"א שהולכים אחר הכונה, כך הוא רק באופן שישנה אומדנא דמוכח מהי הכונה, ומכח אומדנא זו אנחנו דוחקים את הלשון, אך אם אין אומדנא דמוכח הרי שלא ניתן להוציא מפשט הלשון ולפרש בהתאם לכוונה.

בהגדרת אומדנא דמוכח על פני אומדנא רגילה, צריך לומר שאומדנא דמוכח הינה אומדנא הידועה לכל, אף לשני הצדדים ולא רק לאחד מהן, וכפי שביארו רבים באחרונים, יעויין בשו"ת הרא"ם (סימן טז) ועוד, לעומת אומדנא רגילה שאינה ברורה די הצורך כדי לומר שאף הצד השני היה צריך לדעת על זה, יעויין ברמב"ן (כתובות ע"ב) שמבאר גדר זה של אומדנא דמוכח בהרחבה.

אם נקבל ישוב זה, הרי שיתכן לומר שמרן השו"ע לשיטתו שפוסק שבמכר לא ניתן ללכת אף אחר אומדנא דמוכח, ועל כן כתב הלכה זו כ"ש מי שאומר" לרמוז על כך ששיטה זו אינה מתיישבת עם שיטת הרמב"ם, שבמכר התלוי בשני הצדדים לא ניתן ללכת אחר האומדנא. כמו כן, אף לרמ"א שמביא חולקים במכר שיועיל אומדנא דמוכח, יש לומר שבשטר הוא יותר חמור ושם לא תועיל אף אומדנא דמוכח, או שלדעת הרמ"א יועיל אומדנא דמוכח אף בשטרות וכפי שפוסק במכר, ואף בזה יש ליישב את שאלה מהריב"ש.

ישוב נוסף הינו בדרך שדרכנו לעיל. בשימוש באומדנא שיש לחלק בין מכר למתנה היינו לומר שכל דברי הרשב"א ורבינו ירוחם נאמר באומדנא של נותן מתנה בה לא צריך אומדנא דמוכח, לעומת מכר בה נצטרך אומדנא דמוכח. ולפי"ז יש לומר שדברי הריב"ש שפוסק הרמ"א בנדירים שלא אזלינן בתר אומדנא יש לומר דהוי במכר, ועל כן לא מהני אומדנא רגילה ככה"ג.

נמצא אף לפי הבנה זו שאין הבדל בין אומדנא בעת מכר ובין השימוש שאומדנא בשטר, דבשניהם נחלק בין מכר ובין מתנה. הקושי בישוב זה הוא דברי הריב"ש עצמו (סימן צה) שפוסק הרמ"א, שאין לילך אחר אומדנא כל ויש שני צדדים, והוא עוסק במתנה ולא במכר. ואכן, הנחל יצחק מביא ישוב זה, וכותב שיש בו מן הדוחק.

ולדברי הנחל יצחק⁸ צריך לומר שאף שמצינו חילוק זה בין מכר למתנה בדברי הסמ"ע, מכל מקום באומדנא שבאה לשנות ממה שכתוב בשטר צריכים אנו להגיע לאומדנא דמוכח אף בנותן מתנה, הסברא פשוטה, כיון שהאומדן הוא לא רק משנה את התנאים אלא הוא סוטה מפשטות הכתוב בשטר, לזה לכ"ע צריך אומדנא דמוכח.

⁸נעיר ביושר שאנו בפסה"ד הנזכר צידדנו בעמדה זו שיש לחלק בין מכר למתנה אף בשטר, וכפי התירוק שהעלה הנחל יצחק, אולם לקושטא דמילתא הנחל יצחק מיאן ביישוב זה וראה בו דוחק.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

כג. השימוש באומדנא במקרה דנן

במקרה דנן, פשט המילים בהסכם שנחתם בין האיש והאישה מורה בברור שכל ונמצאה הברחה על הבעל לשאת בתשלום הרו"ח חקירתו, ואין בה הגבלת סכום מוגדר מתי אין הבעל צריך לשלם על הוצאות אלו. אלא שישנה סברא לומר שיש אומדנא, שאם היו יודעים שני בני הזוג שמחיר הרו"ח חקירתו עולה על מחיר ההברחה עצמה שניהם היו נמנעים מללכת לרו"ח חקירתו, ועל כן לא ניתן לחייב את האיש בכל הסכום של הרו"ח חקירתו כי אדעתא דהכי הוא לא הסכים ללכת לרו"ח חקירתו. לדעתי, אומדנא זו רחוקה מאוד מלהיות אומדנא דמוכח בגדר של אנן סהדי, כיון שהאישה בודאי לא ידעה על אומדן זה הפוטר את הבעל לשעבר מתשלום הרו"ח חקירתו, וכבר אומדנא זו אינה נכונה, שכן האישה ודאי הלכה לבדיקה זו מתוך הנחה שכל תוצאה בה יתברר שישנה הברחה אזי הבעל הוא זה שישא בתשלום וכפי לשון ההסכם. זאת ועוד, ניתן לומר שהאישה עצמה הרויחה בבדיקה זו של שבע שנים אחורה בדיקה המניחה את דעתה בכל תקופה זו, אף שבפועל נמצא שרק בסוף התקופה נמצאה הברחה בסכום לא גדול. וכיון שכך, לא ניתן לומר כלפי האישה שהייתה מוותרת על בדיקה זו, וכל הסכמתה ללכת לבדיקה זו היא ההתניה שרק אם לא תמצא כלל הברחה כי אז היא זאת שתשלם את הרו"ח חקירתו.

ואמנם, אם הבעל לשעבר לא היה מסכים על התניה זו, אז ביה"ד היה צריך לשום האם ישנו צורך בבדיקה זו ולחייב בהתאם לשומא זו, ויתכן שאם ביה"ד היה מוצא שבדיקה זו מיותרת כי אז היה על האישה לשלם בבדיקה זו. אולם זה לא המקרה המונח בפנינו, שכן הבעל לשעבר הסכים עם בדיקה זו על אף שידע את הסיכונים והסיכויים. נראה לענ"ד שאומדנא דמוכח ודאי אין כאן, ונראה שאף אומדן דעת רגיל לא מתקיים כאן, ואף אם נגדיר את הבעל כנותן ולא כמוכר כיון שלא היה מוכרח הבעל להסכים, מכל מקום אין באומדן זה כדי לפטור את הבעל לשלם את הרו"ח חקירתו.

וכבר הבאנו לעיל דברי המהרא"ל צינץ בשו"ת משיבת נפש (אבהע"ז סימן עג), בבאור דברי תוס' בקונה בהמה ונטרפה שאין זה מקח טעות, שכן אף שברור לנו שאילו היה הלוקח יודע שתיתרף לא היה קונה, מכל מקום יש לומר שאם היה רוצה שיתבטל המקח בסיבת אונס העתיד, לא היה המוכר מתרצה באופן הלזה כלל. ולכן יש לנו לומר שהלוקח היה מתרצה מתחילתו לקנות ולכנוס בספק הלזה, והוא הדין במקרה דנן אם האישה הייתה יודעת שהבעל לא היה מתרצה לשלם עבור ברו"ח אם ימצא תוצאה כזאת, היא לא הייתה מתרצת לעשות את הבדיקה בתנאים הללו.

נראה עוד לומר לפי האמור לעיל, שאם לא הייתה הסכמה על הליכה לרו"ח חקירתו, מכל מקום על ביה"ד היה לחייב את שני הצדדים ללכת לבדיקה זו, ולפי התפיסה שכתבנו למעלה ביה"ד היה מטיל את חיוב ההוצאות על הבעל כיון שכך הוא בגדר אחריותו על הדברים שלקח, ובכלל התביעה המקורית להשבת הכסף השייך לאישה ישנה החובה לברר האם וכמה לקח, וכיון שהבעל מסרב להודות היה על ביה"ד לעשות בבדיקה זו ולחייבו. א"כ לא ניתן להגדיר את הבעל לשעבר כאילו יזם את המוכנות לשלם על הבדיקה מדעתו ולהתייחס אליו כאל נותן, אלא ישנה החובה לעשות כן, ועל כן ההגדרה היא כאל מוכר והסכם בין שני צדדים. כ"ש לדעת הנחל יצחק שמיאן בחילוק בין נותן למוכר בשטר, ולדידיה בשטר לעולם יצטרכו אומדנא דמוכח, וזאת אין לפנינו.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

כד. היה עליו להתנות

יש נקודה נוספת, שבגינה יש לדחות אומדנא זו הסוברת שאם היה יודע הבעל לשעבר שכלל ההברחה הינו סכום פחות משמעותי מהבדיקה עצמה הרי שלא על דעת כן התנה. נקדים את שהבאנו לעיל, שהיסוד המחייב בין שני אנשים הוא ההסכמות שהגיעו אליהן במסגרת המכר או כתיבת השטר, ובמקרה דנן ההסכם שנחתם בין שניהם. טיעון זה העולה מבין השיטין, בו משתמש הבעל לשעבר, אם הוא טיעון כל כך טוב היה על הבעל להעלותו בשלב גיבוש ההסכם ולהתנות כן בהסכם עצמו, מכיון והבעל ודאי ידע מהו תיחום הלקיחה של הכספים, והאשה כלל לא ידעה, הרי שהיה על הבעל להכניס לתוך הסכמתו התניה המגבילה זאת לסכום מסויים, וכפי שאכן התברר שהיה. אשר על כן, מדלא עשה כן, צריך לומר שקיבל על עצמו את כל המרחב הקיים העונה להגדרה של הברחה. נידון זה של היה עליו להתנות מבואר בגמ' ונפסק להלכה, וכפי שנרחיב להלן.

הנה בריש כתובות ישנו נידון בטענת אונס בגיטין, וכך הוא לשון הגמ' בכתובות (דף ג ע"א):

”ת”ש: מההוא דאמר להו אי לא אתינא מכאן ועד שלשים יום ליהוי גיטא, אתא בסוף תלתין יומין ופסקיה מברא, ואמר להו חזו דאתאי חזו דאתאי, ואמר שמואל: לא שמיה מתיא! אונסא דשכיח שאני, דכיון דאיבעי ליה לאתנויי ולא אתני, איהו הוא דאפסיד אנפשיה.”

נידון הגמ' עוסק בשאלה האם אדם שהתנה תנאי מסויים ונאנס בקיום התנאי, האם האונס מהוי טענת פטור על כלל ההתניה ומבטל את חלות המעשה. אחד מהמקרים הנידונים הינו אדם שנתן גט לאשתו והתנה שאם לא יגיע תוך שלושים יום הגט יחול, ולסוף היום השלושים האדם עומד כמעט לפנינו ואומר שהוא הגיע, אולם הוא לא מוצא סירה שתעביר אותו את הנהר על מנת שהגעו אליה תבטל את נתינת הגט מכח ההתניה שאם יגיע הגט לא יחול. בגמ' כתוב שהגט חל. מכאן הגמ' רצתה להוכיח שאין טענת אונס בגיטין, ולהלן נעסוק בהוכחת הגמ' ובדחייתה.

נקדים לבאר את סיבת הספק בגמ', מדוע איפוא יש לסטות מהתנאי שהוציא מפיו, ואיך יש ביד האונס כדי לבטל את תנאו המפורש? זאת ועוד, יש קושי גדול, שכן תנאו היה אם אגיע, ואף אם נקבל שהיה אונס ומחמת כן לא הגיע, סוף סוף לא ניתן להגדיר ע"י האונס את מציאותו כאילו בא על מנת לבטל את חלות הגט, יעויין במה שכתב הש"ך (חו"מ סימן כא ס"ק ג) שאונס רחמנא פטריה אמרינן, אולם אונס לא כמאן דעביד.

יעויין ברש"י (שם) שכתב לבאר כך:

”דמדאורייתא לא הוי גיטא - שמצינו טענת אונס מן התורה שנאמר (דברים כב) ולנערה לא תעשה דבר.”

מבואר מרש"י שהיסוד לראות בטענת אונס טענה הפוטרת – לקוח מהתורה, שפוטרת את האונס מעונש.

דברי רש"י הללו קשים עד למאוד, ועוררו רבים לעיין בדבריו, שכן התורה פטרה אונס מעונשים, ואיך יש בזה כדי להועיל לסוגייתנו ולראות במעשה האונס כדי להגדיר מחדש את התנאי, ועוד יותר להגדיר את המעשה שלו ככזה שהוא כאילו בא.

עוד יש לתמוה על רש"י מהסוגיא בנדרים (דף כז ע"א), שם אכן הגמ' העלתה טענה זו, אולם למסקנת הגמ' נידחתה סברא זו. כך הוא לשון הגמ':

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

"ההוא גברא דאתפיס זכוותא בבי דינא, ואמר: אי לא אתינא עד תלתין יומין ליבטלון הני זכוותאי, איתניס ולא אתא, אמר רב הונא: בטיל זכוותיה. אמר ליה רבא: אנוס הוא, ואנוס רחמנא פטריה, דכתיב: ולנערה לא תעשה דבר! וכי תימא קטלא שאני, והתנן, נדרי אונסין: הדירו חבירו שיאכל אצלו, וחלה הוא או שחלה בנו, או שערכו נהר - הרי אלו נדרי אונסין."

מלשון הגמ' נראה שקטלא שאני, ולא ניתן להביא ראיה מהפסוק ולנערה לא תיעשה דבר, ולכן הגמ' שבה להקשות על רב הונא מהדין של נדרי אונסין⁹.

ואכן הר"ן כתב לבאר את הגמ' בשונה מרש"י, וז"ל:

"כלומר דבמקום קטלא איכא טענת אונס אבל במידי אחרני לא והתנן נדרי אונסין וכו' הרי אלו נדרי אונסין לפי שלא עלה [על לב] מדיר להדירו אם יארע לו כך הכא נמי גבי מתפיס זכוותיה נימא דלא עלה על דעתו דליבטלן זכוותיה כל היכא דלא מצי למיתי ורב הונא דלא שני ליה מידי משמע דלא חש לפרכיה משום דהתם לא ה"ל למדיר לאתנווי דמאי איכפת ליה אבל הכא כיון דה"ל לאתנווי ולא אתני איהו דאפסיד אנפשיה."

מלמדינו הר"ן שכדי לשנות מקיום התנאי על כרחינו לרדת לתורת אומדנא ולאמוד את כוונת המתנה באופן כזה שלא הביא בדעתו שיארע לו אונס, ולא על דעת כן התנה.

יעויין בקוב"ש (כתובות אות א-ג), חדושי הגרנ"ט (כתובות עמוד קיא), חי' ר"ש רוזובסקי (כתובות עמוד ט).

על בסיס הבנה זו, לענ"ד כך יש לבאר את רש"י, ועל יסוד דברי הגר"ש שקאפ (כתובות סי' נ), שיסוד ספק הגמ' הוא על משמעות לשון התנאי. האם בזה שאומר אם לא באתי יהיה גט, מונח ג"כ אם לא יבא אונס יתקיים התנאי באי ביאתו, או דמשמעות הלשון אם לא באתי היא דווקא אם לא באתי ברצון. והביאור בזה, שבכל פעולה שאדם תולה בדעתו, כוונתו שתעשה פעולה זו דווקא ברצונו, ועל זה מיייתנן קרא ד'ולנערה לא תעשה דבר', והיינו שכמו שהתורה לא חשבה מעשה לעניין עונש רק הנעשה ברצונו של האדם, כך הוא לשון בני אדם גם כן¹⁰.

בכך יש ליישב אף את השאלה הנוספת באונס, שלא אמרינן כמאן דעביד, שבאמת מצד המעשה יש בכחו לחול על כל האופנים, ולכן יכול מי שמתנה למחול על התנאי, ולאחר שהתנאי בטל חל המעשה כפי שהוא חל תמיד בלי התניה מקדימה. אולם, כל עוד ויש תנאי המעשה כולו תלוי בתנאי, וישנו חיסרון בכוחו של המעשה שצמוד אליו תנאי גם אם בפועל לא ביטל את התנאי בידיים באי-ביאתו, מכל מקום אין המעשה יכול לחול אלא כפי שקבע האדם ע"י הצבת תנאי, ועל כן כיון שקבע בפירוש דווקא אם לא יבוא, והכוונה שברצונו וכפי האומדן, כי אז יחול המעשה, הרי שאין המעשה יכול לחול אם לא בא שלא ברצונו, אע"פ שאין כאן ביטול תנאי בידיים, אלא בעינן דווקא קיום התנאי בפועל כדי שיחול המעשה, ומכח זה יש מקום לבטל את המעשה, עיי"ש.

יעויין בדברי הרא"ה בסוגיין שמפרש עוד יותר מזה, שאין זה רק שכיח אונס בקיום התנאי יש השפעה על חלות המעשה, אלא שהאונס עצמו על התנאי הופך להיות אונס על המעשה עצמו,

⁹ יש ליישב בדוחק דברי רש"י בסוגיין שלאחר שהגמ' הוכיחה מהמשנה של נדרי אונסין שמהני טענת אונס, הדרינן לפסוק של לנערה לא תעשה דבר ולומדים משם גם לקיום תנאי באונס דלא מהני.

¹⁰ ולפי זה מדוקדק מאוד לשון רש"י "שמצינו טענת אונס מן התורה", משמע שהוא מעין ראיה משם ולא שעצם הדין יהא כמו שבתורה.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ויתכן שיש כאן גט מעושה אם נאמר שהגט יחול גם אם לא קיים את התנאי ברצון. דבר זה יש בו חידוש גדול יותר, ומבואר כמין חומר בדברי הגר"ש רוזובסקי בחידושו על כתובות, עיי"ש.

כעת יש לנו לגשת לתירוץ הגמ', שהיה עליו להתנות. בפשטות, ביאור דחיית הגמ' כך הוא, שאין מכאן הוכחה לטענת אונס בגיטין, שכן באונס מסוג זה היה עליו להעלות על הדעת שכך יקרה, ואם לא היה רוצה שהגט יחול היה עליו להתנות. ומכאן, כיון שלא התנה, הביא בחשבון שהגט יחול על אף שלא יצליח להגיע מחמת הסירה.

כה. ביאור רע"א בדברי רש"י ודחייתו

כביאור זה מבאר (המפרש המיוחס לרש"י בנדרים כז ע"ב), וז"ל:

"דלמא אונסא דמיגליא שאני - ומעברא אונסא דמיגליא הוא דזימנין דלא משתכחא בהאי גיסא ומבעיא ליה לאסוקי אדעתיה (ודלמא אסיק אדעתיה) ואפי' הכי לא התנה משום הכי אי מיתניס בהאי זמן אמר גמר ומקני דליהוי גט אפילו עיכבו שום אונס אבל בעלמא אי איתניס פטור."

מדברי רש"י שכתב 'אפילו עיכבו שום אונס' למד הגרע"א (גליון רבי עקיבא איגר יו"ד סימן רלב סעיף יב) הלכה מעניינת, וז"ל:

"די"ל דהיכי דיש מברא ושכיח דזמנין דלא משתכחא בהך גיסא ואנו דנין מדלא התנה דעתיה דאף דיפסקיה מברא וכיון דרוצה לשעבד עצמו אף שיהיה אונס ממילא אף דאירע אונס אחר לא נפטר דודאי אי אסיק אדעתיה עליו היה מחייב עצמו דמה הפרש לו בין אונס זה לאונס אחר אבל בעלמא היינו היכא דליכא מברא ואין לפנינו ענין אונס דשכיח בזה יש טענת אונס וצ"ע לדינא."

ולפי ביאורו של רע"א על פי רש"י כך הוא ביאור הגמ', דכיון שהיה אונס דשכיח יש אומדנא שמעלה על דעתו שיתכן ויארע כאן אונס, ומכיון שלא התנה כלול בתנאי שגם אם יתעכב מחמת אונס יהיה נחשב שיתקיים התנאי (ולא כפי האומדנא המפקעת מקרה של אונס). לכן הכריח מכאן הגרע"א דגם אם ארע אונס אחר, ואף אונס דלא שכיח, ג"כ נתקיים התנאי שכן מה הפרש יש בין אונס זה לאונס אחר.

ולפי באור זה, הרי על כרחך שישנה הבנה מרחיבה הסבורה לומר שאף אם ישנו סיבת פטור היכולה להיות, כגון אונס דלא שכיח, מכל מקום אם ישנו אונס שכיח היה על האדם להתנות על אונס זה, ומדלא עשה כן על כרחך נסתלקה ממנו היכולת לטענת פטור על יסוד אונס, אף אם הוא לא שכיח, כיון שרואים אנו כאילו קיבל על עצמו בעת ההתניה שאף אם יארע אונס הוא משאיר את המעשה בעינו עומד.

במקרה דנן, ברורה ההשוואה, שכן אם הבעל לא התנה התניה זו, על כרחך כלול בזה שמקבל על עצמו שכל הברחה בכל סכום הוא מקבל על עצמו לשלם את הוצאות הרו"ח חקירתו.

אולם, האמת חייבת להיאמר שביאורו של רע"א מעלה קשיים מלשון הגמ' והראשונים. ראשית, לשון הגמ' בכתובות הלשון הוא: "דכיון שאיבעי ליה לאתנויי ולא אתני איהו דאפסיד

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אנפשיה", ולפי באור רע"א אין כאן כלל הפסד, שהרי אנו דנים לומר שכך היה רצונו מתחילה שגם באונס יתקיים התנאי¹¹.

עוד יש להביא מלשון תוס' בנדרים (כו ע"א ד"ה וכי תימא קטלא שאני), וז"ל:

"וכי תימא קטלא שאני – אבל הכא לעולם הוי פושע ממה שלא התנה להוציא אונס מן הכלל."

וזה ודאי קשה, מה שייך לקוראו פושע, והרי אין הדיון אלא האם הוא כולל בתנאו אף את האונס או לא?

על כן יש לבאר את הגמ' באופן אחר ובצורה מצמצמת יותר. לעיל הבאנו שיש שפרשו את הגמ' שישנה השפעה לאונס בקיום התנאי על המעשה עצמו, ועל כן אנו מניחים שברצונו היה לקיים את התנאי ולהגיע ועל סמך זה התנה תנאו, שיוכל לבטל את מעשה הגט בעצם הגעתו, ואח"כ אירע אונס שכפה אותו לא לעמוד בתנאו. הרי שבמציאות זו הפרשנות היא שהמעשה עצמו מושפע באופן ישיר מאונס זה, ואין כאן מעשה רצוני. וא"כ, אם היה אונס כזה שיכול היה להעלות על דעתו שיאירע והוי אונס שכיח, לא ניתן להשליך על המעשה ולומר שהמעשה אינו רצוני, שכן היה עליו להעלות על הדעת אונס כזה ולהתנות. ומדלא התנה, כבר לא ניתן לומר שהוא אונס אלא פושע, או כלשון הגמ' "איהו דאפסיד אנפשיה" במה שלא התנה על אונס כזה שאם יאירע, לא על דעת כן הוא עושה המעשה. נמצא א"כ שעיקר מה שכתבו תוס' שהוא פושע, הכוונה לאפוקי שם אונס על המעשה.

פרשנות זו הינה מצמצמת, ולא מכריחה אותנו להגיע לחדושו של הגרע"א, שהיכא שיש אונס נוסף לא שכיח אין דין אונס אף עליו, שכן לרע"א אנו מניחים ששקל זאת המתנה והביא בחשבון את האונסים השכיחים, וממילא קיבל מציאות אונס אף לאונס לא שכיח. ולפי דברינו באמת ניתן לומר שלא העלה דעתו קיומו של האונס, אלא שאם אירע אונס שכיח אין לו דין אונס משום שהיה עליו להעלות על דעתו בשעת עשיית התנאי ולהתנות אף עליו, וממילא אם אירע אונס דלא שכיח דלא הו"ל כלל לאסוקי אדעתיה – ממילא מבטל האונס את המעשה.

שאלה זו הועלתה גם ע"י שער משפט (סימן נה ס"ק ג), וכן דן בה באמרי בינה (דיינים סי' כח).

והביא השער משפט ראייה מלשון הראשונים שכתבו דג' מיני אונסין הן: שכיח, לא שכיח כלל, ושכיח ולא שכיח. בלא שכיח כלל, אף בגיטין יש טענת אונס, דלא אסיק אדעתיה להתנות. ובשכיח, אין טענת אונס דהו"ל לאתנווי, והואיל דלא אתני והדבר הוא שכיח ע"כ נחית אדעתא דאונס. ובודאי בכל העניינים יש אונס דשכיח, ובכ"ז אף דנחית עד"ז, הואיל דלא התנה, מ"מ אם אירע אונס דשכיח ולא שכיח הראשונים דלא אסיק אדעתיה, ועל כן יש טענת אונס, ולא אמרינן הואיל דנחית להתחייב באונס דשכיח מתחייב אף באונס דשכיח ולא שכיח הואיל דלא אסיק אדעתו.

וכן נראה אף ממה שהביא שם הגרע"א את דעת מהריק"ש ז"ל דהרבה אונסין דשכיחי המצטרפין מקרי ל"ש, וכ"כ כנה"ג שם, וכן מבואר מדברי מהר"א ששון ומתשובת הראנ"ח. הרי אף דאיתרמי אונס דשכיח, מ"מ אם מתרמי השכיח ולא שכיח יש טענת אונס, דכמה אונסין דשכיחו לא הוי כלא שכיח כלל, רק כשכיח ולא שכיח. ובכ"ז יש טענת אונס, ולא אומרים הואיל

¹¹ ויש לדחוק ולומר שלאדם הרגיל יש באירועים אלו משום אונס, וגרימת הפסד וחוסר התניה היא עצמה ההפסד, ואף על פי כן הפרשנות שאנו נותנים לדבריו הינה שמדלא התנה כנראה שהביא בדעתו אף מקרה זה והתרצה לכך, ועיקר הכוונה בלשון הגמרא הוא על התוצאה שכעת הוא מתחרט נוצר מציאות של הפסד.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

דלא אתני על אונס השכיח ונחית ע"ז להתחייב, אם היה מסיק אדעת' אונס דל"ש ושכיח היה ג"כ נחית להתחייב, אלא כיון דלא אסיק אדעת' ולא התנה בפירוש להתחייב יכול לטעון טענת אונס.

ובכך יש לדחות את הראיה מדברי רש"י מדכתב "אפילו עיכבו שום אונס", שאפשר לדייק מיני' דאף אונס דל"ש ל"ה אונס, וזה לא נכון, שהרי אפילו בגט דאין טענת אונס מ"מ אונס דל"ש כלל כמו אכלו ארי יש טענות אונס, כמבואר בגיטין (דף עג ע"א) ובשו"ע אה"ע (סי' קמד סעיף א). ואף אם יש טענות אונס, ובמת אמרינן דהוי גט מטעם דלא ניחא ליה דתיפול קמי יבם, מ"מ באכלו ארי דל"ש כלל לא אסיק אדעתיה שירצה שיהיה גט, כמבואר בתוס' ריש כתובות (ג ע"א ד"ה איכא דאמרי). הרי דמה דלא אסיק אדעתיה יש טענת אונס.

א"ו דכוונת רש"י במש"כ "שום אונס" היינו דשכיח. וממילא, גם אונס דשכיח ול"ש במקום דיש טענת אונס, כיון דלא אסיק אדעת' א"צ להתנות, ואף במקום דיש אונס דשכיח, מ"מ זה אסיק אדעת' ונחית להתחייב בזה ולא על אונס השכיח ול"ש.

ולנידון דנן יש לומר, שודאי אם נקבל את הסברו המרחיב של רע"א, הרי שהיה על הבעל להתנות על גובה ההברחה ולסייג זאת בחיוב שלו לשלם את הוצאות הר"ח במלואן, ומדלא עשה כן יש לומר ודאי התחייב על כל הברחה מכל סכום כלשהו, שכן בהחלט תוצאות מעין אלו שהעלה הר"ח חקירתו הינן בגדר דבר שכיח. ואף אם נאמר שלא העלה על דעתו, היה עליו להתנות על אופנים כאלו ואחרים המגבילות את הסכמתו לשלם עלות זו, ומדלא עשה כן הביאור הוא לפי רע"א שקיבל על עצמו את כלל התוצאות שאמורות לצאת.

ונראה שאף החולקים על רע"א מודים שבאונס שכיח היה עליו להתנות, וכפי לשון הגמ' וכן פוסק הרמ"א והש"ך ביו"ד רלב. וכיון שהבעל היחיד שהיה מודע להתנהלות החשבון שלו ודאי הוא זה שהיה צריך להתנות תנאי זה, שכן עיקר החיוב הוא על הבעל שטוען שלא הבריח כלום והסכים לבדיקת עומק, ואם היה סבור שסכום כזה ביחס לעלות הבדיקה לא סביר לשלם, היה עליו להתנות זאת לפני ההליכה לבדיקה שנעשתה על דעתו המלאה בקניין ובהתחייבות.

יעויין עוד בדברי המהרי"ק (שו"ת המהרי"ק סימן י) שחייב הוצאות, ושלל שימוש באומדנא על יסוד זה, שהיה עליו להתנות ולא התנה, עיי"ש, ולהלן נדון ביסוד נוסף העולה מדברי המהרי"ק הללו.

כו. שלילת אומדנא זו והשימוש בה

עוד נאמר, והוא עיקר גדול, שאומדנא זו יש לדחות כיון שהיא נוגדת הלכה ברורה בנידון זה ממש, וכך היא המידה שלעולם משלם לו כל ההוצאות, אף אם עולות על התוצאה הרצויה, הלא הוא לפנינו ההברחה המצומצמת שהתגלתה, ונידון זה הוא דין יורד ברשות.

מקור הדברים הינו בתוספתא מסכת בבא קמא (פרק י הלכה ז):

"היורד לחורבתו של חברו ובנאה שלא ברשות שמין לו וידו על התחנותה היורד ברשות שמין לו וידו על העליונה כיצד ידו על העליונה אם השבח יתר על ההוצאה נותן לו את השבח ואם הוצאה יתירה על השבח נותן לו את הוצאה."

וכן פוסק הרמב"ם (הלכות גזלה ואבדה פרק י הלכה ז), וז"ל:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

"היורד לשדה חבירו ברשות אפילו נטע שדה שאינה עשויה ליטע שמין לו וידו על העליונה, שאם היתה ההוצאה יתירה על השבח נוטל ההוצאה ואם השבח יתר על ההוצאה נוטל השבח, ובעל בנכסי אשתו והשותף בשדה שיש לו חלק בה כיוורד ברשות הן ושמין להם וידם על העליונה."

להלכה, מרן השו"ע הביא את דברי הרמב"ם בחו"מ (סימן שעה סעיף ד).

אלא שקשה לנו על סוף דברי הרמב"ם, שהחיל על שותף ובעל בנכסי אשתו דין יורד ברשות, וכן משמעות דברי השו"ע (שם סעיף ה) שכתב: "בעל בנכסי אשתו קטנה והשותף בשדה שיש לו חלק בה, כיוורד ברשות, ושמין להם וידו על העליונה". ולעיל (סימן קעח סעיף ג) כתב כן המחבר לענין שותף, והרמ"א שם כתב ש"אין השותף נוטל הוצאה רק כפי השבח שמשביח, ואם לא השביח כלום אינו נוטל כלום", ולכאורה הוא דלא כמשמעות לשון הרמב"ם והשו"ע שדין ידו על העליונה הוא ליטול היותר שבשבח וההוצאות, והיינו שאף אם ההוצאה יתירה על השבח נוטל ההוצאה. ואכן העיר זאת הסמ"ע (סימן קעח ס"ק ד וסימן שעה ס"ק ח), וכתב שבאמת אין דינו ממש כיוורד ברשות, ודייק שלכן כתב שדינו "כיוורד ברשות", בכ"ף הדמיון, ורק לענין שבח יתר על ההוצאה שנוטל השבח כיוורד ברשות. ובמשפט שלום (סימן קעח) הביא שיש חולקים על הסמ"ע וסוברים שדינו כיוורד ברשות ממש גם לענין הוצאה יתירה על השבח.

ובזה יש לבאר את הדעות בבאור הגמ' במסכת כתובות (דף פ ע"א):

"ההיא איתתא דנפלו לה ארבע מאה זוזי בי חוזאי, אזיל גברא אפיק שית מאה אייתי ארבע מאה, בהדי דקאתי איצטריך ליה חד זוזא ושקל מנייהו, אתא לקמיה דר' אמי, א"ל: מה שהוציא הוציא, ומה שאכל אכל. אמרו ליה רבנן לר' אמי: ה"מ היכא דקאכיל פירא, הא קרנא קאכיל והוצאה היא! א"כ, הוה ליה הוציא ולא אכל, ישבע כמה הוציא ויטול."

מפשט דברי הגמ' נראה שהבעל זכאי במלוא החזר הוצאותיו העומדות על סך שש מאות, על אף שהסכום עצמו שצריך להביא הינו עומד על סכום של ארבע מאות, נמצא שיש לבעל דין יורד ברשות לקבל את ההוצאות אף אם עומדות ביתר על השבח. אולם, יעויין בטור אה"ע (סימן פח) שמשמע ממנו שהבעל יקבל את הוצאותיו עד השבח ולא יתר מזה, וא"כ יבאר את הגמ' שיטול הבעל הוצאותיו רק עד ארבע מאות ולא יותר מזה. למעשה, שתי דעות אלו הובאו במאירי על אתר, וז"ל:

"הוזכר בכאן מעשה באחד שנפלו לאשתו ארבע מאות זוז בירשה והלך בעלה והוציא שש מאות בהוצאת הדרך והביא ארבע מאות של ירשה ואלו הרויח בהם כלום היינו דנין בו מה שהוציא הוציא וכו' אבל זה לא הרויח כלום והוציא מהם דינר אחד להוצאתו ואחר שלא היה אותו דינר של ריוח לא היה בדין מה שהוציא הוציא וכו' [אלא] בדין הוציא ולא אכל וישבע כמה הוציא ויטול ומיהו דוקא כל אותם ארבע מאות ויש אומרים אף כל השש מאות אם יש לה נכסי מלוג מצד אחד ואף על פי שכתבנו שכל שלא השביח כלום אינו נוטל כלום אף אני אומר שהבאת המעות והוצאתם ממקום הקרוב להפסד נקרא שבח לפי ענין המקום או האדם שהוציאם משם או ממנו ואלמלא הבאתו לא היו שוים כלום."

והנה כך הוא לשון השו"ע (אה"ע סימן פח סעיף י):

"המוציא הוצאות על נכסי מלוג של אשתו קטנה ומיאנה בו, רואין כמה אכל וכמה הוציא וכמה השביח, ושמין לו כאריס, שהרי ברשות ירד. ואם הוא רוצה ליטול הוצאה שיעור שבח, שומעין לו; ואם הוציא קימעה ואכל הרבה, מה שאכל אכל."

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

פשט דברי השו"ע מורים כפי שלמדס הסמ"ע, שבעל בנכסי אשתו קטנה לא נוטל הוצאות אלא עד שיעור שבח ולא יותר מזה, ועל כרחך שלענין זה לא הוי יורד ברשות. ומכאן קשה על הב"ש (ס"ק כ) שביאר דעת הרמב"ם והשו"ע שדין הבעל כיורד ברשות ממש ונוטל הוצאותיו לגמרי אף אם עולות על השבח, וזה צ"ע, שכן מלשון השו"ע מבואר להיפך. ואכן הקשו זאת ההפלאה והבית יעקב, וכך הוא לשון ההפלאה (קונטרס אחרון סימן פח ס"ק ט):

"ואם ההוצאה הוא יותר משכר אריסי העיר אז נוטל הוצאה שיעור שבח. אבל אם ההוצאה יתירה על השבח אינו נוטל אלא שיעור שבח ולא יותר, וכן הדין ממש בשותף. ודברי הב"ש בס"ק כ' שתמה בזה על הסמ"ע אינם מובנים כלל דהרי מפורש בדברי השו"ע כאן הוצאה שיעור שבח, משמע ולא יותר, וכן מפורש בהרא"ש פ' האשה שנפלו."

ועיין בבית יעקב איך שכתב ליישב דברי הב"ש, וכן יעויין עוד בבית מאיר על אתר שהרחיב בגדר זה, ואכמ"ל.

עוד יעויין בהפלאה שכדי ליישב את לשון הגמ' בכתובות מבאר שיתכן והמדובר במעות, ולשם כך צריך הרשאה מאת האישה, ומכח ההרשאה שב דינו להיות יורד ברשות, ובכה"ג יטול הבעל את כל הוצאותיו העומדות על 600. וכך הוא לשון ההפלאה:

"צ"ע אם הוא דוקא מחמת תקנתא דרבנן אבל אם הוא הוציא ברשותה דינו כיורד ברשות, דלא גרע מאחר שיוורד ברשות. ובזה הוי א"ש לשון הש"ס [כתובות פ א] גבי האי אתתא דנפלו לה ת' זווי ב'י' חוזאי וכו', א"כ הו"ל הוציא ולא אכל ישבע כמה הוציא ויטול. דלכאורה אין הלשון מדוקדק דהא קאמר הש"ס עלה דמתני' דקתני ישבע כמה הוציא והוא שיש שבח כשיעור הוצאה, והכא דהשבח הוא כמ"ש הטור ששמין המעות כמה שוה כאן יותר ממה שהיו שוין כשהי' שם א"כ ע"כ לא הוי שבח ככל המעות, וההוצאה הי' יותר מן המעות ואיך קאמר סתמא ישבע כמה הוציא והל"ל שיטול רק כשיעור השבח. ולפמ"ש י"ל כיון דבעל בנכסי אשתו צריך הרשאה א"כ מסתמא הי' בהרשאתה ונוטל כל הוצאתיו."

אלא שסיים שישוב זה הוא לדעת הרשב"א, אבל לדעת תרוה"ד המובא ברמ"א (אה"ע סי' פ"ה סעיף ד') דבמעות מזומנים א"צ הרשאה, אין זה מוכרח.

ועיין בנחל יצחק (חו"מ סימן צא סעיף ג ענף ב) שאף הוא טרח להעמיד את הגמ' על פשיטותה, ואכמ"ל.

נמצא א"כ שביורד ברשות משלם ההוצאות אף אם עולות על השבח, ולא משתמשים באומדנא זו שאם היה יודע שההוצאות יתרות על השבח לא היה אומר לו לרדת אלא משלם לו כל הוצאות. ומכאן רואים שאומדנא זו אינה קיימת, ולכל הפחות לא משתמשים באומדנא זו.

וכדברים הללו נפסק אף בהוצאות נילוות, וכן פוסק השו"ע (חו"מ סימן קכב סעיף ו), וז"ל:

"המרשה את חברו, כל ההוצאות שיוציא המורשה על דין זה, המשלח חייב בהם (וע"ל סי' שע"ה ס"ד), שכך כותבין בהרשאה: כל דמתעני (פירוש הרמב"ם בפ"ג משלוחין כל שתוציא בדין זה עלי לשלמו) לך מן דינא, עלי הדר."

ומדברי הרמ"א שהשווה לסימן שעה סעיף ד, על כרחך בא לומר שדינו כיורד ברשות, ואף אם ההוצאות יתרות על השליחות עצמה משלם לו הוצאותיו, וכן מבואר בסמ"ע (ס"ק יב), וז"ל:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

"ולאחר שכתב לו כל דמתעני, נראה דאף אם הוציא הוצאה יתר ממה שקיבל, צריך לשלם לו כל ההוצאה ולא כשיעור מה שקיבל, וכמו שכתבתי בסמ"ע בסימן שע"ה (ס"ז) [סק"ז], ועיין דרישה מ"ש עוד מזה."

דברי הסמ"ע הובאו בש"ך (ס"ק כב) ללא חולק.

הרי על כרחך שאומדנא זו לומר שאם הוצאות החוקר עולות על ההכרח עוצמה, לא על זה התכוין הבעל לשעבר, הינה אומדנא הנסתרת מהלכה זו. והביאור הוא פשוט, שכל והתנו הולכים אחר התנאי ואין ביד אומדנא זו כדי לשנות.

כז. הקושי בדברי המהרי"ק ושובו

אחר הדברים הללו, חזות קשה ראיתי בדברי המהרי"ק, ויש לעיין בהן. כותב המהרי"ק בתשובותיו (סימן ז):

"והרי לך דהיכא דעושי ברשות כל כה"ג נשבע ונוטל. ואם כן הוא שאמר לו שמעון ליעקב השתדל וכו' וכל מה שתוציא מחמת זה אפרע לך אין רשות גדול ועדיף מעושה ברשות הוא דהתם לא אמר ליה בהדיא כל מה שתוציא אפרע לך והכא א"ל בהדיא ואם כן היה שמעון חייב לפרוע ליעקב גיסו מה שישבע שהוציא בדבר זה. ואמנם נראה לע"ד שאם היה יעקב טוען דבר שאין רגילות כלל בכדבר הזה שלא חייב שמעון לפרוע לו אלא שאפשר להיות ראוי שהוציא כל כך דאיכא למימר שלא אסיק שמעון אדעתיה שהיה יעקב מפזר כל כך בדבר זה. וראייה יש מפרק מי שאחזו (דף ע"ג) אלא שאין בידי להאריך כל כך אבל במה שאפשר לומר שכך פזר בהשתדלות הגט או ישבע שמעון שלא אמר לו לגיסו יעקב שיפרע לו מה שיוציא בהשתדלות הגט או ישבע יעקב ויטול כדפיר'."

הנראה מדברי המהרי"ק שאף אם נתן לו הרשאה להוציא והבטיחו שישלם לו, אין צריך לברר בעדים אלא סגי בזה שישבע. חידוש נוסף כתב, שזה בתנאי שהוצאה זו הייתה סבירה שהיה המרשה יכול להעלות על דעתו. אולם, אם הוצאה זו אינה עולה על הדעת ואינה סבירה, אינו משלם לו הבעלים הוצאה זו.

ולכאורה הוא לא כדברי הסמ"ע שהבאנו, שלעולם ישלם על ההוצאות אף אם עולות על השבח, ואין שימוש באומדנא זו האומרת שאם היה יודע שההוצאות עולות על השבח כי אז אינו שווה לו להוציא הוצאות אלו ולא יצטרך לשלם. וכן דימה זאת הסמ"ע הנזכר בהוצאות שליח.

כדי ליישב זאת, נצטרך לדחוק בדברי המהרי"ק, שכל חידושו הינו שעל הוצאות לא צריך בירור ע"י עדים אלא סגי בשבועה, ועל נאמנות השבועה כותב שזה בתנאי שהוצאות אלו סבירות. אולם, אם ישנו בירור מדוייק ע"י עדים שהוציא יותר, בודאי לא עולה על הדעת¹² לפוטרו מלשלם לו הוצאות אלו כיון שעל פי דיבורו הוציא הלה הוצאות.

¹²לכאורה קשה לומר כן, שהרי המהרי"ק כתב שיש ראייה לכך מגיטין עג, ואם הוא דין אומדנא ניחא, אך אם הוא רק לענין נאמנות שבועה, אין שום קשר לשם. זאת ועוד, מהרמ"א (סימן קפב סעיף ג) מוכח שלמד לא כך, שכן סתם כדברי המהרי"ק, ולא ביאר שהוא לענין נאמנות השבועה בלבד. אלא, שכפי שראינו, מדברי הסמ"ע והש"ך נראה שהוצאות אלו יש לחייב אף אם עולות על השבח, וכפי דין יורד ברשות, וא"כ קשה יהיה לומר שהסמ"ע פליג ארמ"א. וכן מוכח מדברי ההפלאה ונחל יצחק שביארו את הגמ' בכתובות כפשוטה, ששילם על הוצאות הדרך יותר מהסכום שהיה עליו להביא והאישה תצטרך להשלים לו על הסכום עד כדי ההוצאות שהוציא, ומוכח מכאן דלא כהבנה הפשוטה במהרי"ק.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

דברי המהרי"ק הללו נפסקו בשני מקומות. החידוש הראשון, שמי שיודע על ההוצאות והשני אינו יודע כי אז סגי בזה שמי שיודע ישבע כמה הוציא ויטול, פוסק הרמ"א (חו"מ סימן צא סעיף ג).

החידוש השני שהבאנו, אף הוא נפסק ברמ"א (חו"מ סימן קפב סעיף ג), וז"ל:

"מי שצוה לאחד שיתעסק לו באיזה דבר והוא הוציא עליו הוצאות, אם הוציא עליו יותר מן הרגילות להוציא על עסק כזה א"צ להחזיר, דלא אסיק אדעתיה שיוציא כל כך. אבל אם לא הוציא יותר מן הרגילות, חייב לשלם לו (מהרי"ק שורש י). ואם יש טענה ביניהם, עיין לעיל סימן צ"א סעיף ג' וסימן צ"ג סעיף ד'."

ושמחתי באומרים לי שהפתחי חושן (חלק ג (פקדון ושאלה) פרק יא הערה יד), אף הוא ביאר כן בדברי המהרי"ק, וז"ל:

"ויש לעיין שבמהרי"ק (שורש י, שהוא מקור לדברי הרמ"א) איירי שאמר לו בפירוש שישלם לו כל מה שיוציא, ולמה השמיט הרמ"א פרט זה, ואפשר דס"ל להרמ"א דכיון שטעם המהרי"ק הוא משום דדמיא ליורד ברשות, והרי ביורד ברשות נוטל מה שהוציא אף על פי שלא ביקשו שירד, וכן משמע מדברי הרמ"א בתשובה (סימן פו), ומשמע שבהוצאות רגילות נשבע ונוטל, אבל ביותר מהרגיל, אפילו בשבועה אינו נוטל, ואף על פי שהבטיח לשלם לו הוצאותיו, לא עלה על דעתו שיפזר כל כך, ומ"מ משמע מדבריו שאם יברר בעדים שהוציא חייב בכל אופן להחזיר לו, עיין שם. אמנם במה דמשמע שם שלכן נשבע ונוטל משום שעשה ברשות, צ"ע, שהרי בסימן שעה (סעיף ה) משמע שאפילו יורד שלא ברשות נשבע ונוטל, ואפשר דמיירי כשלא הועיל בשליחותו, שירד שלא ברשות אינו נוטל אלא שיעור שבח, ואילו יורד ברשות נשבע ונוטל."

יש להעיר מדברי החזו"א (חו"מ סימן א ס"ק כד) שכתב לצמצם את דברי הש"ך (סימן צא ס"ק כב), וביאר שדבריו נאמרו דוקא כשהתביעה היתה בסכום גדול מן ההוצאות, אלא שלא זכה בדין, אבל אין לו רשות להוציא הוצאות יותר מסכום התביעה. ומ"מ אם הוציא בתחילה מקצת וסבר שזה יספיק, ואירע שצריך עוד הוצאות כדי לגבות, אף שכל ההוצאה היא יותר מסכום התביעה חייב לשלם לו, שמ"מ לא פשע, עיין שם.

ואף לדברי החזו"א אין בזה כדי לסתור דברינו, שכן האישה סברה שישנה הברחה גדולה יותר, וההליכה לחקירה זו נעשתה על דעת שניהם, וכפי התנאים שהתנו בהסכם ביניהם, שכל ותימצא הברחה על איש לשאת בתשלום הרואה חשבון חקירתו, וכך היה.

עוד נוסיף בנידו"ד, שעבור בדיקת שבע שנים כפי שהוסכם, זוהי העלות, ואין כאן הוצאות יותר מהרגיל, כך שהגבלת המהרי"ק והרמ"א (שפוסק כמותו) לא שייכת בנידו"ד, אף אם נלמד דיבריהם שאם הסכום שהוציא השליח הינו ביותר ממה שאמדו ביה"ד כי אז לא ניתן לחייבו ע"ז

ואולי נדחוק שהמהרי"ק סובר כפי החילוק שכותב החזו"א שהבאנו, שעל ספק שבח הרשה להוציא, וגם אם לא הניב את השבח הצפוי בסוף צריך לשלם ההוצאות, אך לא עלה על דעתו לפזר מראש הרבה מהראוי לצורך הענין, ועל זה מעולם לא הרשהו. בכך יש לבאר גם את הגמ' בכתובות, ואפשר לומר שלא ידע מראש כמה נפלו לה בבי חוזאי – שאם ידע שנפלו רק 400, אין שום היגיון להוציא מראש 600 ולהפסיד בנוסף לטורח – או לאידך גיסא, לא היה יודע הוצאות הדרך מראש, אף שקצת לא משמע כן לפום ריהטא שלא ידעו כמה היה וחשבו שאולי יש שם יותר להצדיק את ההוצאות, או שאירע שההוצאות היו יותר ממה שחשב מראש, וצ"ע בזה.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

מכל מקום אין זה שייך לנידון דנן שעלות הבדיקה לשבע שנים אינה נאמדת באופן שונה ממה שעלתה בפועל.

כח. חיוב הוצאות במקרה דנן אף ללא מעשה קניין

נציין שהסכם זה נחתם בביה"ד וניתן לו תוקף פסק דין ואף נעשה קניין. אולם, לענ"ד אף אם לא נעשה קניין על הסכם זה היה על האיש לשלם וכפי ההתניה בגופו של ההסכם, והוא מדין 'לך ואבוא אחריך'. הארכנו לעיל בגדר זה, והבאנו דברי הטור (סימן רז) שהביא מאביו הרא"ש, וז"ל:

"שאלה לא"א הרא"ש ז"ל (כלל ס"ו סי' ט), ראובן היתה לו פרה והיה ירא לשוחטה שמא תמצא טריפה, אמר לו שמעון שחוט אותה ואם תמצא טרפה אתן לך בשביל בשרה כך וכך ואם תמצא כשירה כך וכך, ונתן שמעון משכון ביד שלישי ושחט ראובן את הפרה ונטרפה כו', וראה שמעון הפסד וחזר בו וכו'. תשובה, יראה לי שמקח זה נעשה בלא קניין כי לא היה כאן אלא דברים בעלמא ויכול שמעון לחזור בו, אף על פי שנתן משכון ביד שלישי בשביל זה לא נגמר המקח, חדא דמעוה אינו קונה, ועוד אפילו אי הוי מעוה קונה נתינת המשכון אינו קונה, "ע"ש.

ותמהו הקצוה"ח (סימן רז ס"ק ד) והנתיבות (שם ס"ק ח) מדוע לא חייב מדין 'לך ואבוא אחריך', ועיין בדבריהם מה שכתבו ליישב. מכל מקום, לדבריהם נמצא שבהתניה בין שני צדדים לעשות מעשה ולהתחייב בהוצאות, ניתן לחייב על בסיס התניה זו אף ללא מעשה קניין מדין לך ואבוא אחריך.

כט. גלגול הוצאות מכח החיוב המקורי של ההברחה

נקודה נוספת שיש לבחון, ולפיה ניתן לחייב את הבעל על כל מלוא תשלום הרואה חשבון, הוא על יסוד דברי תוס' בב"ק (דף צח ע"א) שכתבו לחדש שאם נוצרה סיבת חיוב על חלק מהחיוב, ניתן להרחיב את החיוב על מלוא החיובים, אף אם לכתחילה לא היה ניתן לחייב מכחם. יסוד הדברים כתוב בסוגיא בב"ק (שם):

"ואמר רבה: השף מטבע של חברו - פטור; מאי טעמא? דהא לא עבד ולא מידי [...] מתיב רבא: הכהו על עינו וסמאה, על אזנו וחרשו - עבד יוצא בה לחירות; כנגד עינו ואינו רואה, כנגד אזנו ואינו שומע - אין עבד יוצא בהן לחירות! רבה לטעמיה, דאמר רבה: חרשו לאביו - נהרג, שאי אפשר לחרישה בלא חבורה, דטפתא דדמא נפלת ליה באוניה."

מבואר בגמ' שהכאה כנגד האוזן נחשבת גרמא ולא ניתן לחייב מכחה, וגם העבד אינו יוצא לחירות. אך בהכחו על אוזנו יוצא לחירות, אף שלכאורה לא עביד ולא מידי, והגמ' מבארת שהוא מכח הטפת דם שיש באוזן בעקבות מכה זו. ולעניין תשלום הנזק יש לשאול מה חדושו של רבה, ברור שיש חובה לשלם על חיסרון זה? בזה חדשו לנו תוס' שמשלם על כל ההיזק מכח החיסרון הקטן, וזהו חדושו של רבה, וז"ל תוס' (שם ד"ה מתיב):

"וכיון דיש חסרון באותו קלקול חייב על כל הקלקול כמו בשפייה דחייב בכל הקלקול דליחייביה על מה שחסריה לא היה צריך רבה להשמיענו דחייב."

הרי לנו יסוד חשוב שנלמד מדברי תוס'. כל וישנו חיסרון קטן, ניתן לגלגל את כל החיוב אף אלו שלא ניתן לחייבם, וכמו המקרה שמוזכר בסוגיא, עיקרון זה אינו חדש ומופיע בפוסקים באופן נוסף.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

על יסוד עיקרון זה כתב קצוה"ח ליישב את הסתירה העולה מהסוגיות בבא קמא. בגמ' שם (דף יא ע"א) כתוב:

"...והתניא אחרים אומרים מנין שעל בעל הבור להעלות שור מבורו ת"ל כסף ישיב לבעליו והמת, א"ל אביי לרבא האי טורח נבילה היכי דמי אילימא דבבירא שויה זוזא ואגודא שויה ארבע כי טרח בדנפשיה טרח [פירש רש"י (ד"ה בדנפשיה) וריוח דנפשיה קא עביד דשיים ליה לניזק בדמי יתירא ולמה לי קרא דוהמת]. א"ל לא צריכא דבבירא שויה זוזא ואגודא נמי זוזא."

מבואר מגמ' זו ששמים את פחת ערך הבהמה כשהיא בתוך הבור, ועל כן כדי לחסוך מהמזיק שלא ישלם את הפער בין השווי בתוך הבור לשווי שלו בשפת הבור, הוא יעדיף להעלות את הבהמה מהבור. ומכאן שאם הוא לא עושה כן, הרי שהוא צריך לשלם את מלוא הנזק לפי שווי הבהמה כשהיא בתוך הבור. ואילו מהגמ' בב"ק (דף צח ע"א) משמע להדיא שאם הפיל מטבע לים (בלי ליטלו בידו), המזיק אומר לו הרי שלך לפניך ולא צריך לשלם את ההוצאה מהמים?

ומיישב הקצות החושן (סימן שפו ס"ק י) כך, וז"ל:

"ונראה לפי מ"ש תוס' פרק הגוזל דף צ"ח (ע"א) ד"ה מתיב רבא כו' אי אפשר לחרישה בלא טיפתא דדמא וז"ל, כיון דאיכא חסרון באותו קלקול חייב על כל הקלקול כמו בשפייה דחייב על כל הקלקול, דלחייביה על מה שחסריה לא היה צריך רבה להשמיענו דחייב ע"ש. וכיון דאפילו בשף מטבע דאין משום היזק כיון דיש לו תקנה ע"י צורף להחזירו כבראשונה ואפ"ה כל שיש בו חסרון חייב בכל הקלקול, א"כ ה"ה גבי העלאה דבור כיון שהיה שם היזק קצת על ידי הבור חייב בכל הקלקול ומחויב לשלם כל מה שיצטרך להוציאו מן הבור."

סובר הקצוה"ח שישנו הבדל בין הגמ' בב"ק (דף יא ע"א), שנוסף להיזק של ההוצאה מהבור מצטרף היזק לבהמה עצמה, ובכה"ג ניתן לגלגל את החיוב על המזיק בצירוף לנזק המקורי של המתת הבהמה. אולם בגמ' בב"ק (דף צח ע"א), שם אין שום נזק – אלא כל ההיזק הוא בהרחקת המטבע מהניזוק וכל החיסרון הוא העלאת המטבע מהים, זה הוי גרמא.

יעויין בשערי ישר (שער א פרק י) שכתב ליישב קושיית הקצוה"ח באופן אחר, וז"ל:

"ובע"כ הטעם בזה דהורג בהמה עליו לשלם דמי בהמה מעליא, רק שמצדף הנבילה לתשלומים שעליו להשלים דמים שבצירוף הנבילה ביחד יכול לקנות בהמה מעליא כבהמה הראשונה, ומשו"ה אם הנבילה אינה שוה דמים אם אפילו ע"י גרמא, מ"מ כיון שהיא נמכרת בזול על המזיק להוסיף דמים עד שיעלה הדמים עם דמי הנבילה בכדי סכום דמי בהמה שלימה, דלענין תשלומי חוב ודאי שאינו יכול לשלם בחפץ שאינו שוה דמים ע"י איזה סיבה שתהיה, דהרי הלוהו בישוב לא יחזיר לו במדבר. ואכמ"ל."

כותב הגאון ר' שמעון שקאפ שבנזקי בור הדיון הוא לא על הגדרת הנזק, אלא על השימוש בנבילה להשבת ותשלום דמי הנזק, ובכה"ג אין ההשבה קרויה השבה כאשר הוא בבור, ויש לזה השפעה על שוויה של הנבילה, ולכן כחלק מההשבה ותשלום שמים את הבהמה כפי מקומה. ואילו בגמ' בב"ק צח העיסוק הוא אחר, שכיון שאין נזק כלל אלא רק טירחת השבה, ע"ז אין שם נזק ורק גרמא ועל כן פטור. יעויין בחדושי ר' שמעון שקאפ (ב"ק סי' יב) שהרחיב בסוגיא ובבאורה.

ישוב דומה לשערי ישר כבר כתב קצוה"ח, ודחה ישוב זה, וז"ל:

"גם אין לחלק ולומר דכיון דבעל הבור עשה נזק קצת וצריך שומא כמה היה הנזק ושומא אין לך אלא מקומו ושעתו ובבור אינו שוה כל כך, אבל בדוחף

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

מטבע לים דליכא נזק כלל ואינו צריך שומא כלל מש"ה פטור, דא"כ בריפוי דבהמה במקום נזק נמי נימא הכי, אלא ע"כ דאין שמין אלא הנזק ומה שיש לו תקנה ע"י הוצאה אינו נחשב בכלל השומא, וא"כ בבור נמי נימא הכי והדרא קושיא לדוכתיה, וכעת צ"ע."

בעיון ראשוני יש לומר שמחלוקת השערי ישר והקצוה"ח תלויה בחקירה שהביא בספר אפיקי ים (חלק א סי' כא), וז"ל:

"ויש לחקור. אם הא דאמרינן דהנבלה היא לניזוק. הוא בתורת תשלומין. דבאמת החיוב על המזיק לשלם לו כל דמי השור שהוזק. ואי לאו דגילה לן קרא דבעלים מטפלין בנבלה. הוה אמינא דעל המזיק לשלם לו כל מה שהי' שורו שוה. והנבילה יקח לעצמו. דגם בכדי שיווי הנבלה נכנס בכלל הנזק. דעלי' לשלם לו שור תחת השור. וכדאמר בש"ס אי ס"ד נבילה דמזיק היא. ליכתוב רחמנא שור תחת השור ולישתוק. ופרש"י ז"ל ולישתוק קרא מיני' דלא איצטריך להכי. דפשיטא לן כיון דשלם שור תחת השור נבילה שלו היא. וחזינן דאי לאו קרא דוהמת יהי' לו דילפינן דבעלים מטפלין בנבילה. הו"א שישלם המזיק שור תחת השור והנבילה יקח לעצמו. וא"כ גם לבתר דגלי לן קרא דהבעלים מטפלין בנבילה. י"ל דנשארה הסברא גם לפי האמת. דגם בכדי שיווי הנבילה היא בכלל הנזק. ורק דגלי קרא דבכדי שיווי הנבילה יגבה מגוף הנבילה. ומיד לאחר הנזק קמה לה הנבילה ברשותי' דניזוק. ואם פחתה דמים משעת מיתה עד שעת העמדה בדין. פסידא דידי' הוי. או דהא דגלי קרא דבעלים מטפלין בנבילה. היינו לומר. דבכדי הנבילה לא נכנס בכלל הנזק. דהנזק לא הוי מעיקרו רק על הפחת שפחתה מיתה. ונבילה דניזוק היא כמתחילה. ולא דנוטלה בתורת תשלומין. ודיוק לשון רש"י ז"ל בד"ה לניזוק וז"ל שיטלנו "בדמים" ועלי' ישלים המזיק. דמשמע קצת דהויה בתורת תשלומין דנוטלה בדמים."

חוקר האפיקי ים האם הנזק הוא עד שוויה של הנבילה או שמא הנזק הוא שלם, והנבילה כעת נמדדת כחלק מחיוב התשלום. לפי"ז, הקצוה"ח למד כאופן הראשון, והשערי ישר למד כאופן השני.

לא כאן המקום להאריך בזה, יעויין בקה"י (ב"ק סימן י) ובקונטרסי שעורים (ב"ק סי' ו).

אולם, ישנו יסוד חשוב שנלמד מדברי שניהם, ששאלת היסוד הינה מהו החיוב? האם החיוב הוא השבת החפץ למצבו הקודם או שמא לא לגרום לשני הוצאה בעקבות מעשה שלי. וברור שאם נבחן את הגדר כפי האופן השני הוי עצם ההוצאה גרמא. ומכאן שבהלואה יסוד השאלה אינה במעשה היזק אלא בחובת השבה למצבו הקודם, ועל כן אף אם הוי גרמא יש לחייב, כיון שכל עוד ולא השיב את החוב לא יצא, וכפי הגמ' שהביא ר' שמעון הלוהו בישוב לא יחזיר במדבר, אף אם השבה במדבר יש בה גרמא, והוא מתאים עם הדברים שהזכרנו לעיל.

עוד יעויין בקצוה"ח (שם) שהביא דברי המרדכי בענין פטור רפוי בהמה במקום נזק, וסובר שהוא חולק על תוס' הנזכר, ולפי דבריו עקרון זה של תוס' שנוי במחלוקת.

אולם בחזו"א (ב"ק סימן ג אות יב) חולק על קצוה"ח וסבור שלא יתכן לומר שיש מחלוקת בעקרון שחידשו תוס', מאחר והוא יוצא מפורש מהסוגיא, אלא החילוק בין הנידון של המרדכי ונידון התוס' הוא בשאלה מתי ניתן לכרוך את החיוב המשני לחיוב המקורי ולכלול אותו בתשלום אחד. שבשף וחסריה או בחירשו, כיון שהחסיר דבר ממשי חשיב נזק ולא גרמא ומשלם על מה ששוה, כמו שף צורה יפה ומשלם שויה כמבואר בב"ק (דף כג ע"ב), וכן חרשו, דע"י טיפתא דדמא שזה היזק ממשי משלם כל מה שאיפחת מדמה, ואין כאן ב' נזקים, דסיבת החרשות הוא ע"י

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הטיפתא דדמא דנפל באודניה וחשיב כל הנזק כממשי וניכר. והוא הדין בשור, שכל ההפחתה מהשווי כשהוא בבור נגרמה כתוצאה ממיתתו של השור, ומיתה לא הוי מעשה שניתן להשבה ולא הוי גרמא, בניגוד לריפוי שבו עוסק המרדכי, עיי"ש.

דוגמא נוספת למציאות בה ניתן לגלגל את החיוב על החיוב המקורי מצינו בדוגמא הבאה. פוסק השולחן ערוך (חו"מ סימן רסד סעיף ז), וז"ל:

"וכן מי שברח מבית האסורים והיתה מעבורת לפניו, וא"ל: העבירני ואני נותן לך דינר, והעבירו, אין לו אלא שכרו הראוי לו. ואם היה צייד, ואמר ליה: בטל מצודתך והעבירני, נותן לו כל מה שהתנה עמו, וכן כל כיוצא בזה. הגה: י"א הא דאין לו אלא שכרו היינו בדבר שאין רגילות ליתן עליו הרבה, אבל בדבר שדרך ליתן הרבה, כגון השבעת שדים או רפואה, חייב ליתן לו כל מה שהתנה עמו (תוספות והרא"ש פרק מצות חליצה). ובשדכנות אין לו אלא שכרו, אף על פי שהתנה עמו לתת לו הרבה (הרא"ש כלל ק"ה סי' א' ומרדכי פ' הגוזל בתרא בשם מוהר"ם)."

והנה לגבי התשלום כאשר הוכח שהוא בטל מעבודתו כמה ישלם, האם כפי שהסכימו עימו אף שבפועל הוא לא היה מרויח כסכום זה, או שישלם כמה שניתן לאמוד שיכול להרויח, נחלקו בזה האחרונים, הסמ"ע והקצוה"ח. וכך הוא לשון הקצוה"ח (שם ס"ק ב):

"ז"ל הסמ"ע (סק"כ), ועיין פרישה ודרישה שם הוכחתי מדברי הרא"ש (ב"מ פ"ב סי' כ"ח) והטור והרמב"ם (פי"ב מגזילה ה"ז) דכל מה דפסק עמו ממש קאמר ואפילו אינו נראה לעינים שהיה לו ריוח כל כך אם היה צודה דגים, מ"מ כיון דעכ"פ היה לו לצוד דגים ואפשר שהיה עולה במצודתו כך דגים כשיעור פסיקתו שכר זה מש"ה צריך ליתן לו כל שכרו עכ"ל וע"ש. ונראה מדבריו שאם נראה לעינים בבירור שאי אפשר בשום פנים להעלות כ"כ דמים כמו שיעור פסיקתו אין צריך ליתן אלא כשיעור שהיה יכול לצוד.

אבל לעד"נ מלשון הרא"ש דכל כה"ג נמי צריך ליתן כל מה שפסק. ע"ש פרק אלו מציאות ז"ל, אבל אינו מחויב להניח מלאכתו ולהשיב אבידה ולפרוק ולפחות משכרו, אבל אם יש שם ב"ד או הבעלים והם אומרים לו הנח מלאכתך והשב או פרוק ויתנו לך כל שכרך, חייב ליתן לו כל שכרו אף אם פסק לו יותר מן הראוי לו, מידי דהוי אטול דינר והעבירני דנותן לו שכרו (משום) [משלם] דאמרינן פרק הגוזל (ב"ק קטז, א) מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא, אמר רמי בר חמא הכא בצייד השולה דגים מן הים דאמר ליה אפסדני כוורא בזוזי. וכיון שיש לו קצת הפסד יטול כל מה שפסק לו עכ"ל. ומדכתב אם יש לו קצת הפסד יטול כל מה שפסק א"כ מבואר דאין צריך שיהיה עולה במצודתו כשיעור מה שפסק לו. וכן כתב א"ז בספר מעדני מלך (פלפולא חריפתא) על הרא"ש שם (אות ה') וז"ל, וכיון שיש לו קצת הפסד וכו' כדאשכחן כה"ג בפרק כיצד הרגל כמ"ש לעיל עכ"ל. והיינו מה שאמרו שם (ב"ק כ, ב) גבי זה נהנה וזה לא חסר דפטור דאם חסר קצת כמו בשחרוריתא דאשייתא מגלגלין עליו את הכל, וה"נ בטול דינר והעבירני מיקרי זה נהנה דהא צריך למעבורת, אלא דאם לא היה חסר כלום הו"ל זה נהנה וזה לא חסר, אבל אם יש לו הפסד קצת מגלגלין עליו כל מה שפסק דמה לי משתמש בביתו או משתמש בגופו. ואם כי מדברי האחרונים לא נראה הכי אבל מדברי הרא"ש ומדברי מעדני מלך מבואר להדיא דאפילו בהפסד קצת צריך ליתן כל מה שפסק."

מהסמ"ע משמע שמשלם כמה שניתן לאמוד שיכול להרויח באותו יום, וזה הסכום שחייב לשלם לו, ואם פסק יותר מזה לא ישלם את היתר. ואילו הקצוה"ח מחדש שאף את היתר מחוייב

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

לשלם, כל מה שפסק עימו ממש, ואף אם אין דרך שיכול להרויח כך. היסוד הוא כפי שראינו בתוס', שברגע שישנה סיבת חיוב לתשלום, מגלגלים את כלל החיוב, וכיון שכך סיכמו – הוא ישלם את מלוא הסיכום ביניהם.

הקצוה"ח הפנה למקום שלישי, בו נאמר עיקרון זה. למעשה זה גמ' מפורשת בגמ' בב"ק (דף כ"ב) בסוגיית זה נהנה וזה לא חסר, שאף אם לא משלמים בזה נהנה וזה אינו חסר, מבואר בגמ' שכשיש שחרוריתא דאשייתא מחוייב לשלם. נחלקו הראשונים בכוונת הגמ' כמה משלם. הרמ"ה כותב שמשלם רק כנגד השחרוריתא שגרם לו, והיינו מה שחסר, ואילו ברא"ש מבואר שמשלם את כל החיוב שנהנה, והיינו שמגלגלים את כל החיוב. יעויין בשו"ע (חור"מ סימן שסג סעיף ו) ושם בקצוה"ח (ס"ק ד) שהביא מחלוקת זו וביאר הדברים. ביסוד הדברים ניתן לומר, שכיון שישנה סיבת חיוב על חיסרון, ניתן להרחיב את החיוב אף על השאר וכבר לא הוי מידת סדום¹³. כך הוא גם בנוזיקין, שניתן להרחיב את החיוב על הגרמא, וכבר לא הוי גבייה של גרמא אלא על חיוב מורחב.

ולפי"ז נראה לומר גם במקרה דנן, שנמצאה הברחה על סכום מסויים, שודאי על הברחה זו יש לחייב את הבעל לשלם, ולפי העיקרון שהבאנו לעיל יש לגלגל את כל מלוא הוצאות הבדיקה על הבעל מכח חיוב ההברחה עצמה. לשמחת ראיית שיש מי שעשה שימוש דומה לסברא זו, וכך הם דברי הגר"מ שטרנבוך (תשובות והנהגות כרך ה סימן שפ"ו), וז"ל:

”עובדא באה לפנינו באדם שהזיק לחבירו, והמזיק מודה אבל טוען שהנזק מועט, והניזק טוען שהנזק גדול, ואין בידינו להכריע ולאמוד את הנזק, והחלטנו להביא שמאי מומחה שיאמוד את הנזק, והמזיק טוען שאינו רוצה לשלם את שכרו של השמאי.

ונראה דאף שאם זרק מטבע לים הגדול ועולה כסף להוציאו, המזיק אינו חייב (ב"ק צח. וברש"י שם), היינו כיון שחסר במעשה ההזיק, אבל כשיש הזיק אפילו מועט, חובת המזיק לשלם את הוצאות שכרו של השמאי, שכן הבית דין אינם יכולים לפסוק מבלי חוות דעתו של השמאי המומחה, והמזיק הוא הגורם לצורך לאמוד, ולכן תשלום ההוצאות עליו ולא על הניזק שאינו חייב מאומה.

וסיוע לדברינו יש מדברי התוס' בב"ק צח. (ד"ה מתיב רבא) שאם חירשו פטור אבל בטיפתא דדמא חייב על הכל, והיינו שאם אין כאן אלא גרמא פטור, אבל כשיש כאן מעשה הזיק שוב חייב על הגרמא גם כן וע"ש, והוא הדין בעניינינו באדם שהזיק לחבירו, חייב לשלם גם עבור הוצאות צדדיות כמו שכר טרחה לשמאי מומחה שבלעדיו בית דין לא יכולים לקבוע שווי הנזק, והיינו מפני שאין ספק בקיומו של נזק,¹⁴ ועוד כיון שאין ספק בקיומו של הנזק שכן המזיק מודה אלא שחולקים המזיק והניזק בשיעור שוויו, יד המזיק על התחתונה וצריך להוכיח דבריו שנחשב אצלינו כשמא.

¹³ אף שיש לחלק, ששם מן הראוי לשלם על עצם ההנאה, אך כל שאין חיסרון הוא בגדר מידת סדום, משא"כ בגרמא אין חיוב כלל בעיקר הדבר.

¹⁴ על פניו נראה שיש לחלק, ששם אין ספק בקיומו של נזק, והצורך בשמאי הוא צורך של ביה"ד לפסוק את אומד הנזק, משא"כ בנידו"ד שלא היה ידוע שהיה הברחה, וזו חלק מטענות ודו"ד של הצדדים, וצורך שלהם, שכל אחד נושא בהוצאות להוכיח את צדקת דבריו. אולם, זה אינו, שכן אם אכן לא הייתה הברחה כלל כי אז גם לא הייתה הצדקה לבדיקה. אולם לאחר שהתבררה ההברחה, הרי שזה הוכיח על הצורך בבדיקה, ובפרט היו חשדות המצדיקים בבדיקה, ובכה"ג מצינו שיש לחייב שבועה כגון שבועת השותפין וכו'. ואף שניתן להעיר על זה שעל ההברחה שנמצאה ניתן היה להעלות ע"י תדפיס חשבונות העו"ש, ולא ע"י החוקר, לזה יש לומר שכיון שהוא הסכים לא ניתן להלין על הסכמה זו ולחזור בה.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

וכל זה מעיקר הדין, אבל אם יש תקנה אחרת בבית הדין הזה עליהם לקבוע!"
איברא, יש מקום לתהות על סברא זו מכח דברי הרשב"א שראינו לעיל, שחייב בסרבנות
ופטר כשהלך לערכאות, וא"כ יש לשאול מדוע לא מגלגלים את ההוצאות שהוציא בערכאות נוסף
לחייב הקיים, ואף אם נאמר דהוי גרמא.¹⁵

אמנם, מה שראינו לעיל שכשלא מסרב וישנם הוצאות לא ניתן לגלגל את הוצאות אלו על
החייב המקורי, הוא בגלל שהוצאות משפט בעת שאינו מסרב אינם אפילו בגדר של גרמא, ועל
כן לא ניתן לגלגל חייב הוצאות אלו, אבל על דברי הרשב"א הנזכרים יש לתהות, וצ"ע.

ל. אסמכתא בחיוב הוצאות

נקודה נוספת שיש לדון במקרה דנן היא שאלת האסמכתא, האם ישנה אסמכתא בהתניה זו, שכן
האיש סבור שהוא לא הבריח והסכים לשלם הוצאות. אולם, כל הסכמתו היא בהתאם למה שסבור
שהצדק עימו ולא תימצא שום הברחה.

עוד נעיר שהסכם זה קיבל תוקף פס"ד על פי דיין אחד, ולפטור דיני אסמכתא יש להקפיד על
שלושה דיינים, כשאחד בקי בדיני אסמכתא, ולעשות קניין בביה"ד חשוב ודלא כאסמכתא, וכפי
המצויין בשו"ע (ח"מ סימן רז סעיף טו וסימן נה סעיף א).

הנה כי כן עלינו להיכנס לגדרי חיוב אסמכתא בהוצאות, ולראות האם ישנה מניעה לחיוב זה
בהתניה מדיני אסמכתא.

כתב בשו"ע (סימן סא סעיף ה):

"שטר שכתוב בו שיפרע ההוצאות על [בסמ"ע (ס"ק יב) גורס 'עד'] הכפל,
אסמכתא הוא ואינו גובה."

מקורו טהור מתשובת הרא"ש (כלל סח סימן יב). וכתב הב"י (שם) בשם הרשב"א (ח"ג סי' רכז)
שנשאל:

"על שטר שכתוב בו שאם לא יפרענו לזמן פלוני קבל עליו ליתן לו כל הוצאה
והפסד שיבא ויעשה מחמת חוב זה, ותובע המלוה שהיתה לו סחורה מזומנת
לקנות שהיה בה ריוח, ובשביל שלא פרע הפסיד אותו ריוח, והשיב שאינו
חייב."

ומבאר הד"מ (שם) שודאי טעמו של הרשב"א משום דהוי אסמכתא, וכמ"ש הרא"ש הנ"ל.
והקשה דהא לא הוי אסמכתא אלא בקנס שמשלם מה שאינו חייב לו, אבל כאן שמפסידו (פירש
בהגהות דו"פ שהוציא הוצאות על ידו) לא הוי אסמכתא, ודמי לאם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא
שחייב לשלם. יעויין ברא"ש שהבאנו לעיל מהטור (סימן רז) שאף ממנו משמע שדין הוצאות לא
הוי אסמכתא, מאחר ודמי לאם אוביר ולא אעביד אשלם מיטבא שחייב לשלם.

ותירץ הב"ח דשאני מקבל שדה שההפסד מזומן, אבל מניעת ריוח בסחורה הוי כמבטל כיסו
ש"אין לו עליו אלא תרעומת, וגרע מגרמא בנזקין דפטור, ותו דמי ערב בדבר שהיה ודאי ריוח,
דילמא אף היה מגיע הפסד". ומשמע מדברי הב"ח דמבטל כיסו הוי פחות מגרמא, וכונתו שאילו

¹⁵ היינו על דרך הקצות, אך לדרך החזו"א לא קשה מידי, שלא מוכח מדברי התוס' להרחיב לגרמא. ומכאן
ראיה לשיטת החזו"א.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בגרמא שיש חיוב לצי"ש לשלם מהני חיובו דלא ליהוי אסמכתא, אבל במבטל כיסו שאין שום חיוב – לא מהני התחייבות לשלם להוציא מדין אסמכתא.

יעויין במה שכתבנו לעיל על חיוב הוצאות משפט בלא סירב. ומכל מקום, בהך דנדון הרא"ש דהוי הוצאות ממש הוי בכלל גרמא, ואם לא היה מתחייב ביותר מההוצאות היה חייב, אלא מכיון שהתחייב הכפל, והיינו יותר ממה שהוציא הוי אסמכתא. מדברי ההגהות דו"פ (דרישה ופרישה) נראה שמפרש מה שכתב "עד הכפל" היינו אמנם הוצאות מרובות אבל לא יותר ממה שהוציא, ולכן הוקשה לרמ"א למה הוי אסמכתא. ובתומים הסכים לדברי הב"ח.

ביחס להוצאות, כך אף עולה מהסמ"ע (סימן סא ס"ק יב) שמתרץ דכל שהתחייב רק הוצאות רגילות באמת לא הוי אסמכתא, וכמ"ש הרמ"א (סימן עא סעיף ג) בשם תשובת הרא"ש דהוי בכלל כל תנאי שבממון קיים, ושאי הכא שקיבל עליו אפילו הוצאות מרובות, ומיישב בזה תמיהת הד"מ, דכיון שקיבל בדרך אסמכתא, אף אם הוציא כ"כ יש לומר שלא עלה על דעתו שיוציא כ"כ ויתחייב בזה. והסכים הש"ך (שם ס"ק י) לדברי הסמ"ע, והוסיף שבתירוצו של הב"ח לא מיושבת תמיהת הד"מ כלפי חיוב הוצאות.

אולם ביש"ש פ' הגוזל בתרא (סימן יד) נראה שמפרש בדעת הרא"ש שאפילו לא התחייב בדרך גוזמא אלא שישלם לו כל הוצאותיו, אינו מועיל משום דהוי אסמכתא, ולכאורה צ"ע מנין לו. ואפשר שהיש"ש סובר דכל שמתחייב בכל הוצאותיו, כיון שאפשר שיבא לידי גוזמא שוב הו"ל בכלל אסמכתא.

ועל דברי היש"ש יש לתמוה ממה שהבאנו לעיל. עוד יעויין במרדכי מסכת בבא קמא (פרק הגוזל עצים רמז קטו), וז"ל:

"(מ"מ) הואיל וקיבל עליו לשלם חייב דכולם גרמות נינהו ואי לאו שקיבל עליו היה פטור לד"ה והיינו טעמא דאמר האי מאן דזבין ארעא לעובד כוכבים אמיצרא דישראל משמתנין ליה עד דקביל עליה כל אונסא דאיתליד [*מיניה] משמע שאם לא היה מקבל לא היה חייב משום דגרמא בניזקין הוא ולא בר הזיקא ממש אלא קנסא קנסו ליה..."

הרי שלדבריו ניתן לחייב הוצאות בהתחייבות, ואף אם מעיקר הדין אינו חייב והוי גרמא מכל מקום אין מניעה להתחייב ולא הוי אסמכתא, והביא ראייה אלימתא לדבריו מהסוגיא בב"ק (דף קיד ע"א), עיי"ש. וכן הביאו רוב הראשונים על אתר, עיי"ש ואכמ"ל.

ובב"י (אהע"ז סימן נ) הביא בשם המהרי"ק, וז"ל:

"וכתב מהרי"ק בשורש קצ"ד (קצג ענף ה) ע"ז אף על גב דפשיטא דלפעמים אין דמי הבושת עולים כמו סך הקנס אפילו הכי לא הוי אסמכתא דלא חשיב גוזמא אלא דבר שהוא רחוק מהדעת."

זאת ועוד, אף על דברי הב"ח שחילק בין הוצאות למניעת רוח, תמה בספר שער משפט (סימן סא ס"ק ב), שהרי גם באם אוכיר ולא אעביד אינו אלא מניעת הריוח, ואפ"ה מהני כתיבתו (או משום שכך נהגו) להתחייב, אף על פי שבלא כתיבה לא היה חייב, וכמו שהוכיח הרא"ש בפ' כיצד הרגל מכאן שהנועל ביתו של חבירו דקיימא לאגרא פטור משום דהוי כמבטל כיסו. ואם כי שלסברא שניה של הב"ח יש לחלק בין שדה דפירות עבידי דאתו, משא"כ בסחורה שיתכן שיהא הפסד, קשה מהא דזולשפט (ב"מ דף עג ע"ב) דהוי כסחורה, ואפ"ה כתב הרא"ש דמהני תנאו להתחייב דומיא דאשלם במיטבא. וא"כ תו קשה תמיהת הד"מ על הרשב"א למה הוי בכלל אסמכתא.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

וע"כ כתב השעמ"ש ליישב טעם הרשב"א דכשכתב לו שישלם הוצאה והפסד יש לפרש כונת השטר דהיינו הפסד הקרן, ולא נתכוין להתחייב בהפסד מניעת הריוח, אבל אה"נ אם התחייב בפירוש לשלם מניעת הריוח לא הוי אסמכתא וחייב לשלם אם היה יכול להרויח כדרך העולם.

הן אמת דבערך ש"י (סימן יא) הבין בדעת הב"ח שסובר כהיש"ש, שאפילו מתחייב לשלם לו כל הוצאותיו הוי אסמכתא (לענ"ד לא משמע כן בב"ח, וכמ"ש לעיל), ודלא כהסמ"ע דבלא גזים לא הוי אסמכתא. וכתב ליישב דעת היש"ש והב"ח דס"ל כמ"ש בש"מ בשם הראב"ד, דדוקא באם אוביר ולא אעביד דבידו ופושע הוא לא הוי אסמכתא, אבל כשמתחייב אם לא יפרע יש צד אונס בדבר, ואף אם מתחייב לשלם ההפסד הוי אסמכתא. ומ"ש הסמ"ע דעד הכפל הוי גוזמא משום שלא עלה על דעתו הוצאות גדולות, תמה הערך ש"י שבהלואה בסכום קטן עלול להגיע סכום ההוצאות הרגילות עד הכפל. וע"כ העלה הערך ש"י שאין להוציא ממון נגד היש"ש והב"ח, ובמה שפירש השעמ"ש בדעת הרשב"א הסכים הערך ש"י, וכתב שכן מבואר להדיא בתשובת הרשב"א (ח"ג סימן רכז), ועי' אמרי בינה (דיני הלוואה סי' נג).

נעיר שבמקום אחר (בסוף סימן יד וכן בסימן ר סעיף ז) כתב הערך ש"י שבמקום שחייב לשלם הוצאות, צריך לשלם לו גם שכר טרחתו.

מסקנת דברי הערך ש"י קשים מנשוא, וכפי שראינו רוב מנין ובנין בפוסקים לא ס"ל כן.

כן יעויין בב"י (סימן יד) שהביא בשם רבינו ירוחם שמועיל תנאי לחיוב הוצאות, וז"ל:

"כתב רבינו ירוחם בנ"ג ח"א (טו). שטר אדרכתא ואחלטתא נראה שיפרע אותם התובע שהם לתועלתו לגבות חובו¹⁶ זולתי אם התנה לפרוע כל ההוצאות."

וכן ראיתי שפוסק המהרא"ל צינץ בתשובה (סימן ל) שהסכם בין הצדדים לחיוב הוצאות מהני.

ובמנח"פ (סימן סא) הסכים לסברת השעמ"ש דלעיל שבנדון הרשב"א אין הנדון אלא אם מניעת ריוח הוא בכלל הפסד, אבל אם מתחייב בפירוש במניעת ריוח מהני. אלא שמה דמשמע שגם בהפסד, כגון באם אוביר אינו מועיל אלא מדין מתחייב במה שאינו חייב וצריך קנין, כתב המנח"פ דבכמה מקומות מוכח דבאם אוביר סגי באמירה בעלמא. אלא שכתב דאפשר דמ"מ בעינן מעשה קנין, כגון במקבל שדה צריך חזקה בשדה, וכן בשליח שקיבל מעות צריך שימשוך המעות.

יעויין עוד במחנ"א (הל' שומרים סימן ח) שכתב להוכיח מהא דזולשפט שחייב לשלם, ואפילו רב אשי לא פליג אלא משום דהוי אסמכתא משום דלאו בידו, אבל אם הוא בידו חייב אף על פי שאינו אלא מבטל כיסו שהוא גרמא. ולפי"ז כתב שגם שומר בעבדים שטרות וקרקעות שקיבל עליו להתחייב בפשיעה חייב, שהרי גם פשיעה הוא בכלל גרמא אלא שהתורה חייבתו, וכשמיעטו עוש"ק היינו כשלא התנה, אבל כשהתנה חזר לדין מתחייב בגרמא שמועיל. ומביא מדברי הב"י (סוף סי' סו) בשם הריטב"א שחייב שומרים בפשיעה הוא מפני שסמך עליו בעל הפקדון, וכן משמע בני"ב בפ' המקבל, ואפילו בדברים בלא קנין מתחייב. מיהו היינו דוקא בפשיעה, אבל בגו"א שאינו

¹⁶ יסוד זה של תועלת הבאנו לעיל (אות ח) לגבי תועלת הלוה בשליח, שיודיע ללוה על ירידה לנכסיו, ובתועלת יש להשית את החיוב רק עליו. מרבינו ירוחם משמע, בדומה לכך, שאם יש תועלת למלוה יש להשית עליו את החיוב. ולכאורה יל"ע מכאן על היסוד דלעיל, שיש להוסיף על החוב ולהרחיבו לכל הקשור לגבייתו כדי שיצא המלווה עם "נטו" של ערך החוב, שנראה מדברי ר' ירוחם שהוצאות המלוה לתועלתו אין להשית על הלוה. לענ"ד יש לומר שכל ואין סרבנות, והמלוה רוצה לזרו את הליך הגביה, כי אז כיון דהוי תועלת שלו יש להשית עליו, וכפי הוצאות משפט ללא סרבנות שהינו מעשה מוצדק לברר התביעה ולכן אין להשית חיוב זה על התובע.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בכלל גרמא אינו מתחייב בלא קנין. ומביא מדברי הירושלמי בריש פ"ב דשבועות דהך אם אוביר ולא אעביד דחייב היינו דוקא לאחר שזכה, והיינו שהחזיק בשדה, ועי' בדבריו עוד (הל' שכירות סימן יח) ובמנח"פ (סי' שכח) ואמרי בינה (דיני הלואה סימן נג).

וכן נשאל בשו"ת מנחת יצחק (חלק ה סימן קיח), וז"ל:

"ע"ד שנים שבאו לדון לפני דיינים, והתחייבו בשטר, וחתמו, שמקבלים עליהם, כל מה שיפסקו הבית דין, והשטר נקרא סאבמישאן פארם בלע"ז, ויש לו גם תוקף מצד דינא דמלכותא, דיכולים להכריח ע"י המלכות, לכופו ולקיים מה שנתחייב בשטר, והמנהג בערכאות, שהמפסיד משלם כל ההוצאות הדין, וכדי שלא ילכו לערכאות, אם נכון לכתוב בשטר הנ"ל, שהמפסיד ישלם כל ההוצאות של עורכי הדין, גם התשלום בעד הפסק דין שמשלמים להקהלה, וגם אם יש ממש בהתחייבות זו עפ"י הדין, או לא עכ"ד."

וכתב המנחת יצחק דל"ה משום אסמכתא, עפ"י המבואר (בחו"מ סי' רז סעיף טו), וככל הנראה כוונתו לנכתב ברמ"א, וז"ל:

"י"א דאם השלישו משכנות זה כנגד זה במשפטי גוים ובשטרותיהן, קנו אפילו באסמכתא, משום דינא דמלכותא דינא (בית יוסף בשם רשב"א) (ועיין לעיל סי' ס"ח)."

הנה כי כן רוב מניין ובנין מהפוסקים כותבים שכל וההוצאות סבירות ונצרכות ואין בהן שום גוזמא, כי אז לא שייך לראות בהסכם זה אסמכתא, ויש שמעירים שאף לא צריך קנין וכפי שראינו, וכך הוא אף במקרה דנן.

דא עקא, שהגר"מ פיינשטיין (שו"ת אגרות משה חו"מ חלק ב סימן כו) העיר הערה יסודית ונצרכת בגדר הדין הכתוב בדברי הראשונים שהבאנו ובנוה"כ, ולדבריו השוואה זו לאם אוביר ולא אעביד אינה נכונה תמיד, ויש לבחון האם גדר זה נכון בכל חיוב הוצאות. נביא דבריו ונעיין האם במקרה דנן ניתן להשוות לגדר זה, וז"ל:

"הנה כמדומני שם חו"מ בסימן ס"א איירי בשטר שנכתב בשעה שנעשה הדבר שבאם יזדמן שיהיה איזה סכסוך אחר זמן שיפרע הנתבע שיפסיד את ההוצאות, שלא רצה לעשות המלוה ושאר ענין שעשו השטר ביניהם אלא באופן שלא יפסידהו בהוצאות, שודאי שייך שיתנה שאינו רוצה להלוות לו, או כל שאר ענין שעשו, באופן שיהיה רשאי להפסיד לו בטענות שאינם כלום לדינא שלכן התנה שאם יתבעהו לב"ד ויתחייב בב"ד מחמת שידונו שאין טענותיו כלום יתחייב לשלם לו הוצאותיו, וכל הנידון הוא מדין אסמכתא שהוא ממש כהא דהמקבל שדה מחברו שודאי שייך להתנות שאינו רוצה ליתן לו השדה בקבלנות אלא כשיתחייב לשלם כשיוביר ולא יעבוד את השדה שג"כ הנידון הוא מדין אסמכתא, שמפורש בגמ' ב"מ דף ק"ד ע"ב חלוק אשלם במיטבא לאשלם אלפא זווי דבלא גזים לא הוי אסמכתא ובגזים הוא אסמכתא, שכן סובר הסמ"ע גם הכא שיש חלוק בין גזים ללא גזים דלשלם סתם הוצאה אין זו אסמכתא, אבל לשלם הוצאות יתירות שאין דרך בנ"א להוציא הוא אסמכתא אף שהפסידו גם הוצאה היתירה ואף של"ד לאשלם אלפא זווי דלא הפסידו זה כלל דאף אם היה עובד את השדה לא היה לו סך זה והוי זה מילתא יתירתא להתחייב בעלמא בלא שום טעם באם לא יעשה שלא גמיר ומקנה, מ"מ סובר הטור דכיון דהטעם דמילתא יתירתא בעלמא שלא מתחייב הוא משום דלא גמיר ומקנה כדכתבו התוס' ב"מ דף ע"ד ע"א ד"ה הכא, שייך זה אף הכא שהפסידו עד הכפל דכיון דלא עלתה על דעתו שיוציא כל כך תלינן שלא גמר ומקנה כמו במילתא יתירתא דאלפא זווי, וא"כ

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

מסתבר דמ"כ הסמ"ע, אבל בחיוב סתם הוצאה אין זה אסמכתא, הוא לא דוקא אלא דאף ביותר מסתם הוצאה אם לא היה מרובה כל כך כעד הכפל אין זה אסמכתא, והוי לשון הסמ"ע אח"כ שכתב אבל בתנאי דקבל עליו עד הכפל דאף אם אירע דהוציא עליו כל כך יש לומר דלא עלתה על דעתו שיוציא כל כך הוא דוקא עד הכפל, ואולי גם לשון זה לאו דוקא אלא דאף בפחות מכפל אם הוא מרובה שאין דרך בנ"א להוציא כל כך הוא אסמכתא.

אבל כשכתבו שטר בירורין אחרי שיש ביניהם כבר דו"ד לילך לדינא שהדין הוא בעצם שאין להנתבע שהפסיד בדין לשלם להתובע הזוכה בדין את הוצאותיו והתנו ביניהם שמי מהם שיפסיד בב"ד ישלם להזוכה את יציאותיו, שנמצא שכל התנאי היה זה התחייבות בעלמא שלא שייך שיהיה לאחד זכות שלא להתרצות לילך לדין מחמת ההוצאות, ורק מאיזה טעם התחייבו תרוייהו לכתוב שטר שהמפסיד בב"ד ישלם כל ההוצאות שזה ודאי אסמכתא היא אף רק על ההוצאה המוכרחת ומצויה שבנ"א מוציאים כן, מאחר דרק אם יפסיד יתחייב ליתן דכל דאי אסמכתא היא."

מלמדינו האג"מ יסוד חשוב בגדר זה של אם אוביר ולא אעביד, שכל עניינו לומר שכיון שהוא בכלל הדברים הסבירים בעיסקא מסוג זה, על כן אין בזה הפרזה. ומכאן לחדושו שמה שהופך עיסקא לסבירה הוא לא רק הסכום העומד בתיחום הנכון והמקובל מעיסקאות מסוג זה, אלא יש להוסיף תנאי נוסף והוא שישנה הצדקה לתבוע הוצאות אלו, כגון מקרה של מלוה שאינו מוכן להלוות אם יחולו עליו הוצאות לגביית המלוה, כי אז חלק מהסבירות של העיסקא הוא הרצון של המלוה להגן על עצמו שלא יצטרך להוציא מנה על מנה, ובכך"ג מתנה את ההלוואה עצמה בתנאי זה, והלווה שרוצה לקבלת את ההלוואה מוכן להתחייב בתנאי זה. ולפי"ז, אם אין שום מחויבות לצד השני להסכים לתנאי זה, כגון שהם לא התנו כלום ביניהם וכעת רוצה האחד לתבוע את השני – ולפי מה שהבאנו באריכות בגדרי הוצאות כשאין סרבנות ברקע – הרי שדרישה זו לברור הדין הינה לגיטימית ואינה מופרזת, ולהיפך כעת לדרוש שהשני ישלם עבור זה הוצאות זה עצמה דרישה שאינה סבירה, ואין כלל מחויבות להסכים לדרישה זו, מה שהופך זאת לעיסקא לא סבירה, והתחייבות חיצונית כזו היא עצמה נחשבת אסמכתא. והראיה הנכונה לזה הוא בגדר של אם אוביר, ששם ישנה עסקא לעבד את האדמה, וכשאינו עומד בתנאי זה ישנה דרישה שיפצה את בעל האדמה על זה, וזה כלול בהסכמתו להעביר את האדמה לשני.

ולפי"ז מחדש האג"מ שכל שטר שחותמים בעלי הדין עת כניסתם לדין שהשני שמפסיד ישלם הוצאות, שטר זה הוי אסמכתא, ולא ניתן להתחייב בשטר זה אלא אם עומד בתנאים המאפשרים, כגון ביה"ד של ג' הבקיאים בדיני אסמכתא וקניין בפניהם דלא הוי אסמכתא. דרישה נוספת מחדש שם, שצריך שידונו בדבר זה ולהגדירו ככזה שאין בו אסמכתא, ולא סגי שהדיינים בקיאים באסמכתא אם לא נעשה שמוש בבקיאותם, עיי"ש. חידוש זה האחרון הובא בעיונים במשפט לגר"ח שאנן, עיי"ש.

אודה שחידוש זה בדברי האג"מ הינו דבר נאה ומתקבל, אולם יש לתהות מדוע לא העירו בזה נוה"כ שדנו בהוצאות, והבאנו דבריהם. עוד נראה שמרהיטת לשונו של הסמ"ע (סימן סא ס"ק יב) נראה דלא כפי דברי האג"מ, שהקשה על מה שכתב שם מהוצאות משפט בסימן יד, וכתב ליישב ששם לא התנו האחד עם השני ועל כן לא הובא דין זה ולא משום אסמכתא. הרי לנו מדבריו שאם התנו שייך לחייב ואין בזה אסמכתא. אולם, יעויין באג"מ שטען שמדברי הסמ"ע הללו ישנה הוכחה לדבריו, עיי"ש.

לדעתי, במקרה דנן לא שייכים הגבלות אלו שכתב, שכן לא לשווא הארכנו בגדר הדין של תביעת הברחה, שאם אכן נמצאה הברחה הרי זה עצמו מורה שישנה הצדקה לתביעה זו ולחיוב

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הבא בעקבותיה לבירור הברחה, שכן הכלל העומד ביסוד דברינו שכל אדם זכאי בתביעתו להחזר גוף התביעה, ובכלל זה כלול ההוצאות הנלוות אם הוא מסרב לברר אותן או לומר מהו סכום ההברחה במקרה דנן. ואם כן, אם נעשה הסכם ביניהם המורה שאם תימצא הברחה ישלם הצד המבריח את הוצאות הבדיקה, יודה גם האג"מ שהסכם כזו הינו סביר ומתקבל, ולא שייך לשייכו במסגרת אסמכתא. ועל כן, הסכם זה מחייב את הבעל לשלם את כל מלוא ההוצאות, וכפי שכתבו בשטר.

מסקנה

על הבעל לשלם את כל הוצאות הרו"ח החקירת, וכפי שהתחייב בהסכם הגירושין.

דינים העולים במסגרת פסה"ד

- א. דרישה לחיוב הוצאות כשאינן סרבנות לא ניתן להיענות לה, ופטור לשלם הוצאות על זה.
- ב. כשישנה סרבנות לברר את התביעה, ההוצאות הנלוות בגין סירוב זה הינם מוצדקות, ויש לחייב על הוצאות אלו, ואף על הוצאות עורך הדין שמייצג יש לחייב במקרה זה.
- ג. בכלל הגדרת הסרבנות הוא כשאינו מקיים את פסה"ד וגורם להליכים מתמשכים, כי אז יש לחייב הוצאות עבור הליכים אלו.
- ד. הליכה לערכאות לצורך גביית החוב בשל סרבנות, הוצאות אלו לדעת ההולכים בדעת השו"ע לא ניתן לחייב, אולם להולכים ביד רמ"א ניתן לחייב בהוצאות אלו, כל והייתה הסכמה של בית הדין ללכת לערכאות.
- ה. אם הלך בעל הדין לבית הדין והשני לא הגיע, יש לחייב הוצאות עבור חוסר הגעתו של השני כל והתברר שאכן ידע על הדיון, ולחלק גדול מהפוסקים אף אם מניעתו להגיע הייתה באונס, כל ולא הודיע לשני חייב לשלם הוצאות אלו מדין 'לך ואבוא אחרריך'.
- ו. זוג שהסכימו ביניהם להתגרש ולשם כך בא לבי"ד, ובכואם התחרט צד אחד וחזר בו מההסכם והצד השני תובע לחייבו בהוצאותיו, יש לחייבו בהוצאות הצד השני.
- ז. אם אחד מבעלי הדין שיקר לכל אורך תביעתו, וגרם להוצאות לשווא, הוצאות אלו כלולים בחיוב הוצאות של סרבנות מדין לך ואבוא אחרריך.
- ח. כל תביעה להשבת ממון ואף להשבת המילוח הנתקלת בסירוב ובקשיים לגבייתה ומצריכים הוצאות לשם כך, יש לכלול את חיוב ההוצאות בסכום החיוב המקורי של ההלוואה או החיוב, והלווה ישא בתשלום המילוח וההוצאות הכרוכות בכך.
- ט. הברחה הינה תביעה מוצדקת אם יש סימנים לכך ואכן נמצאה הברחה, ואף ללא הסכמה ניתן לכלול את חיוב ההוצאות בכלל התביעה היסודית של הסכום שהוברח.
- י. הסכמה שניתנה במסגרת הסכם בין הצדדים שאם הייתה הברחה הצד שהבריח ישלם הוצאות, והוצאות הבירור עולים על הוצאות ההברחה עצמה, הרי זה עומד בתנאי ההסכם, ויש לחייב את הצד המבריח בכל מלוא סכום הבירור, אף אם הוא עולה על סכום ההברחה המקורי.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

יא. הסכם כזה שנחתם בין הצדדים, שאם תמצא הברחה הצד שמבריה ישלם את כל מלוא ההוצאות לבירור, הסכם זו אין בו משום אסמכתא.

הרב אברהם הרוש – דיין

נימוקים אלו מותרים לפרסום בהשמטת פרטי הזיהוי של הצדדים.

ניתן ביום ז' בכסלו התשפ"ג (01/12/2022).

עותק זה עשוי להכיל שינויי ותיקוני עריכה