

"הציעו לי אורוה של בהמות ממש, ולא דירה."

אולם בהתחייבות השוכר, כפי שנאמר בחוזה כתוב:

"ובזמן שהמשכיר יהיה מוכרח למסור החדרים הנ"ל לבני מר י.א. נ"י אחר חתונתו אז מחויב השוכר - למסור הדירה לבן המשכיר הנ"ל בלא שום טו"מ."

החיוב של המשכיר, כפי שנאמר שם בהמשך הדברים לא הותנה כתנאי לחיובו של השוכר, אלא כהתחייבות העומדת בפני עצמה, שיכול השוכר לתבוע אותה בתור תביעה נפרדת, אבל לא כתנאי לעצם פינוי הדירה מצדו, שבוה נאמר במפורש "בלא שום טו"מ".

נוסף על כך - ההתחייבות של המשכיר נאמרה שם בנוסף של ברירה בין שתי האפשרויות - או להחזיר שכר הדירה לפי חשבון, או לתת בתמורה לזה החדר הקטן בשכר דירה קבוע. לא נאמר שהברירה בידי השוכר אלא בידי המשכיר גרידא. היתה איפוא ברשות המשכיר הרשות לפטור עצמו מחיובו ע"י החזרת שכר הדירה שלא נוצל מבלי שיוכרח להעמיד לשוכר גם החדר הקטן.

אין מחלוקת בין הצדדים, שאכן כשהתחתן בנו של המנוח המשכיר הנ"ל, נתבע השוכר לפנות הדירה ולא פינה. ההסתמכות על זה שלא ניתן לו החדר הקטן, גם אם נקבל את דבריו, שלא הוכחו בבירור, אינה משנה איפוא ולא כלום לגבי התחייבותו, ואין לקבל דברי ב"כ התובע בטענותיו בבי"ד קמא:

"היתה הפרת חוזה משני הצדדים" וכו'.

הפרת החוזה היתה רק מצד השוכר, ולא מצד המשכיר, שלא היה עליו שום חיוב להעמיד לרשות השוכר את החדר הקטן.

המשך דיורו של השוכר בדירה היתה איפוא שלא בזכות, ואף בהתנגדות מפורשת מטעם המשכיר, כפי ששני הצדדים הודו.

אמנם נראה שבסופו של דבר השלים המשכיר עם העובדא, כפי שיש לראות מהמכתב ששיגר ע"י ב"כ המשכיר מיום י"ב חשוון תשכ"ז - נידון: העלאת שכ"ד בהסתמך על חוק הדיירים, וכן מהמשא ומתן ביניהם על השכרת הדירה לאחר, ונכונות המשכיר לתת לו פיצוי מסויים ביציאה מהדירה. ויש לראות בזה הסכמה, אמנם מאונסת, אולם מכל מקום בתוקף, עפ"י ההלכה שתליוהו וזבין, וזבינה וזבין (סי' ר"ה ס"א וס"ד). אך אין לנו ראייה מזה אלא שהשלים עם העובדא של עצם דיורו (אם מפני שלא רצה לעמוד אתו בדיני ודייני, ואם מפני שחשב שלא יועיל לו דייני, שהשוכר יפנה לערכאות לזכותו עפ"י חוק המדינה), אבל לא שהסכים לזכותו, בזכויות הנובעות מחוק הגנת הדייר, זכויות אלה הן רק למי שכניסתו והמשך החזקתו בדירה הן עפ"י דין, ולא למי שהיה חייב מצד הדין לפנות הדירה, והמשך לדור בה רק בגלל שהמשכיר לא השתמש בזכותו להוציאו ממנה, עפ"י התחייבות מפורשת שנעשתה ללא אונס מצד השוכר.

אי לזאת נ"ל שיש לדחות הערעור, וכנ"ל.

והנלע"ד כתבתי.

שאול ישראלי

### פסק דין

אחרי שמיעת הערעור וטענות הצדדים והעיון בחומר אנו מוצאים שצדק כבי"ד האזורי בפסק דינו.

אנו מחליטים איפוא לדחות את הערעור.

נימוקיו של אחד הדיינים מצורפים לתיק.

אין צו להוצאות.

ניתן היום ט"ז אייר תשכ"ט.

יוסף שלוי אלישיב שאול ישראלי עובדיה יוסף

### סימן מט : בענין השגת גבול\*<sup>47</sup>

א זכותו של המשיב על מקום העבודה.

ב זכות עבודה לתושב המקום

ג המעביד בתור צד בדיון, והשיקול על תועלתו של המעביד כגורם קבוע.

### א זכותו של המשיב על מקום העבודה.

המשיב נתקבל בשעתו לעבודה בתור עובד זמני. במעמד זה, לפי חוקי העבודה המקובלים במדינה ולפי המנהג, אין לעובד כלפי המעביד זכויות לעבודה, והרשות בידי המעביד לפטרו מאיזו סיבה שהיא. ואכן במקרה הנידון, המעביד ("המועצה הדתית") השתמש בזכותו זו ופיטרוהו וקבלו את המערער במקומו.

<sup>47</sup> חוות דעת בערעור תשכ"ז 241. (ערעור על פסק ביה"ד האזורי תל-אביב תיק מס' 1071 וכ"ז).

מסיבה זאת, כפי הנראה, גם לא תבע המשיב את המעביד, אלא את המערער שבא במקומו בטענת השגת גבול, היינו שרק עי"ז שהוא פנה בתביעה למועצה הדתית להעסיק אותו בעבודה במקום המשיב, פטרו את המשיב. ואילו לא כן היו משאירים אותו בעבודה ומעניקים לו קביעות, כפי המקובל לאחר שעוברת תקופה מסוימת.

כבי"ד ביה"ד האזורי אף הוא הבין כך את מעמדו של המשיב, שכן ניסח את הדיון לא על נישול המשיב ממקום עבודתו, אלא בשאלה על "זכות הקדימה". ובפסקו לטובת המשיב קבע שלו "זכות קדימה" בגלל שהוא "כבר עובד במקום זה כמה חדשים".

נראה שכבי"ד ביה"ד בפסקו כני"ל הסתמך על מה שנפסק בשו"ע (חוי"מ רל"ז סי"ב): "אסור למלמד להשכיר עצמו לבעה"ב שיש לו מלמד אחר בביתו, אם לא שיאמר בעה"ב אין רצוני לעכב המלמד שלי." ומקור הדברים בתוס' קידושין נט.

הרי לנו מזה שאעפ"י שביד בעה"ב הרשות לפטר העובד, כמבואר שאם בעה"ב רוצה לפטרו כי אז אין איסור למלמד אחר להכנס במקומו, נמצא שאין לו לעובד זכות כלפי המעביד, מ"מ כלפי אחר שרוצה לבוא במקומו, מבלי שבעה"ב מעונין בזה מצד עצמו, יש לו לראשון זכות, ואסור להשיג גבולו ע"י שיציעו עצמם לעבודה.

נראה מזה לכאורה שצדק כבי"ד האזורי בפסקו. אכן אם נעיין בדבר נמצא שאין הדבר כן, וכמו שיתבאר: בתוס' נמקו דין הנ"ל בזה"ל:

"שמאחר שהוא שכור שם, ילך המלמד במקום אחר".

נראה מזה שהדברים אמורים רק במקרה שאין למלמד השני הבדל בדבר איפה ילמד, וכך לי במקום זה כמו במקום אחר, והיינו כמבואר במהרש"ל (בתשובתו סי' ל"ו נידון השגת גבול בארנדא) שהתוס' מדברים "במלמד ששכרו בעה"ב על המשיב, במקום שלא נמצאו לומדים וחבורת אנשים". והמלמדים באים אליו ממקום אחר, באופן שהמלמד שרוצה לבוא במקומו של הראשון, ממילא אינו גר במקום אשר שם ביתו, ואין לו נפ"מ איפה ילמד. אבל אם אינו יכול ללכת למקום אחר, היינו כשמקום העבודה הוא בעירו ואין להשיג שם מקום בדומה, אף שיכול לחפש אולי במקום אחר מחוץ לעיר, בזה לא אמרו התוס' להלכה שלהם.

שאל"כ הנמקה זו שבתוספות "ילך המלמד למקום אחר" היא מיותרת, דאין זה שייך לראשון אם יש לו למלמד האחר אפשרות לילך למקום אחר או לא, או כני"ל. ומטעם זה סיימו התוס' שם, וכ"ה בהלכה הנ"ל בשו"ע:

"אם שכר בעה"ב מלמד אחד, יכול בעה"ב חבירו לשכור אותו מלמד עצמו".

והתוס' נימקו זאת משום שיכול לומר "כמדומה לו שזה ילמד בני יפה ממלמד אחר". ובמהרש"ל הנ"ל הביא ממ"ק בח"ה "משום שאין דרכו של בעה"ב לחזר במקומות אחרים לשכור מלמדים". הרי שאם הדבר גורם הכבדה וקושי לבעה"ב השני אין איסור השגת גבול "והו"ל כדבר שאינו מצוי" (סמ"ע שם), היינו שאז ה"ז דומה למציאה שאין בה איסור לדעת ר"ת, שכבר הכריע הרמ"א הלכה כמותו (שם ס"א, וכן האריך להוכיח במהרש"ל).

ובת' מהרש"ל סי' ל"ו הנ"ל למד מזה, דהא דאמרינן לר"ת שאין במציאה משום עני המהפך בחררה, כי אין המציאה מצויה בכל מקום, שהוא הדין:

"מי שלא יכול למצא כעין זה במק"א, אפילו אינו מבורר הריחוק וקצוב, מ"מ חשיב כהפקר או מציאה, כגון שנים שדרו בעיר אחת מכמה שנים, ולא היה להם חנות אחד עד הנה. והנה אחד מהפך לקנות החנות מן שר ואדון של העיר, והקדימו האחר - דאינו נקרא רשע, דהו"ל כמו מציאה, מאחר שלא יכול למצא עוד חנות באותו עיר, כי אין המנהג (רק) להשכיר החנות לאנשים רבים רק לאדם אחד, ולא נימא שיחפש לו מקום אחר למחיתו, דמסתמא לא גרע ממה שפסק מהר"ם וכו', וק"ו הכא שמצא מחייתו בביתו, מה טוב ומה נעים שבת אחים, שלא נאמר שיכול למצוא מחייתו במקום אחר".

ואשר ע"כ הסיק גם בנידון שאלתו לענין האורדנא של הי"ש שלקחה האחד מידי השר בעוד שחבירו היה חוכר אותה קודם לכן שאינו חייב להחזיר:

"מה שפסק המורה שראובן יחזור מן מקחו ויתננה ביד שמעון לא ידענא מאי אידון בה לזכור שום זכות למורה, אי דימה אותו ליורד תוך אומנותו של חבירו, הלא אין שייך לענין זה כלל, דהא הוא בר מתא כמו שמעון, ולא מצי מעכב עליה וכו'. ועוד דאפילו גבי דיני מערופיא גופיה יש מקומות חלוקות בלא הכרע דעת וספק ממונא לקולא והממע"ה".

והביא דבריו תלמידו בעל "משאת בנימין" סי' כ"ז:

"וכי מורי הרב ז"ל על אחד שקנה האורדנא של י"ש ובא אחר והקדימו, ושנים היו דרים באותו מקום. שאינו נקרא רשע. ואעפ"י דאין הריחוק מבורר כ"כ, וגם אינו קצוב. וטעמו משום דדמי למציאה, מאחר שאינו יכול למצא עוד אורדנא של י"ש באותה העיר, כי אין דרך למכור האורדנא רק לאדם אחד. ולא נימא שיחפש לו מקום אחר למחייתו, מאחר למצא מחייתו במקומו בריוח ובהשקט אין לך מציאה גדולה מזו".

אמנם ב"משאת בנימין" הנ"ל כי לחלק בין שמחסר לראשון ממחייתו, אבל עדיין נשאר לו ריוח לבין שמדחהו לגמרי:

"ונראה לי דע"כ לא פליג ר"ה בריה דרב יהושע ארב הונא אלא כה"ג דריחייא דאינו מבטל לראשון לגמרי, שהרי הראשון עומד בריחים שלו וכו', אבל היכא שבא השני לדחות את הראשון לגמרי ולבטל אותו ממחייתו כענין החנות והאורדנות, שאין רשות רק לאחד בכל העיר, ובא השני והשיג גבול הראשון ודוחה אותו לגמרי כו"ע מודו דמצי מעכב אפילו אבר מבואה דידיה, דהא ודאי פסק לחיותא לגמרי וכה"ג כתב ג"כ הזקן מהר"ק בס' שארית יוסף שלו סי' י"ז, ואע"ג שמורי הרב כתב בדין האורדנא דלא מצי מעכב אבר מתא דידיה, והתם

דוחה הראשון לגמרי, מ"מ נ"ל פשוט מה שכתבתי. ועוד שגם מורי אפשר דלא מיירי [אלא?]: בשקנה הראשון האורדנא לזמן קצוב, וכמו שיתבאר לקמן בסמוך".

מה שרוצה לפרש כן במהרש"ל, מהמהרש"ל לא נראה כן לכאורה בענין חנות שטרך הראשון אצל שר העיר ובא אחר והקדימו, וכי שלא נקרא רשע בזה כיון שאינו מצוי להשיג במקום אחר, ועוד שהמהרש"ל כתב שם בענין המלמד שבע"כ מיירי שלא הי' מדובר על זמן קצוב:

"אבל אי שכרו הבעה"ב לזמן קצוב, והקדים זה קודם כלות הזמן והשכיר עצמו לבעה"ב אין זה דומה לעני המהפך בחררה דעדין לא הפך בזה החררה".

א"כ אין הטעם מפני שזה דומה למציאה שאין עליה דין עני המהפך לדעת ר"ת, אלא מפני שאכתי לא הפך בזה כלל, א"כ דעת המהרש"ל נראית שלא כהמשאת בנימין, ולא נחת לחלק בין שמפחית הריוח לבין שדוחה הראשון לגמרי, (ואף הוא עצמו לא כי ע"ז אלא בלשון "אפשר").

והנה מהתוס' הנ"ל שכתבו לענין מלמד דהטעם מפני שיכול להשכיר עצמו במקום אחר, נראה דלא כה"משאת בנימין", אלא כמהרש"ל, דהרי התם מיירי בשהראשון נשכר שלא לזמן קצוב כמבואר במהרש"ל הנ"ל, ואפ"ה כתבו הנ"ל רק מפני שיכול להשכיר עצמו שהוא כנ"ל, שאין לו נפ"מ היכן שישכיר עצמו, משמע שאם עבודה זו שמזדמנת היא במקום מגוריו הקבוע, די ש לו נפ"מ מזה וטוב לו לעבוד במקומו, בזה לא כתבו התוס' לדין זה.

והנה בנידון זה שדוחה הראשון לגמרי דן גם בחת"ס לחלק בין זה לבין הא דרב הונא שנדחה מהלכה (חוי"מ סי' א'):

"...כ' הפוסקים טעמא דבר מתא אינו מעכב משום שזה עושה בתוך שלו וזה עושה בתוך שלו, וא"כ לא מיקרי יורד לתוך אומנות של חבירו וכו' אך בכעין נידון דידן דע"י שיוורד לאומנתו מדחה לגמרי, שא"א לשניהם שיקצבו, ונמצא מדחה משלו לגמרי, והו' יורד לאומנות חבירו ממש, וע"ז אמרו שהוא מכל מה שהעמיד דוד כל התורה עליהם והוא מהחמורות, ומזה איירי נמי רש"י בב"מ, ומצאתי לו רבי בכנה"ג לחוי"מ סי' קנ"ו בטור אות י"ב וז"ל ודוקא בכגון זה שיכול לומר אתה עושה בתוך שלך ואני עושה בתוך שלי, אבל ברוצה לכנס בתוך גבולו ולדחותו ממחיצתו שהחזיק בה כמה שנים פשיטא דלאו כל כמיניה עכ"ל וכו'".

אכן אם כי בעצם החילוק הי"ז עפ"י דרכו של המשאת בנימין, יש הבדל ביניהם, כי המ"ב דן לומר שבאופן שדוחה אותו "כו"ע מודו דמצי מעכב", והיינו לא רק לענין לכתחילה לקרותו רשע, אלא גם לענין לעכב, כמו דינו של ר"ה ממש, כי בכה"ג שמדחהו לגמרי כו"ע מודו לרב הונא, ואילו החת"ס דן רק לענין לקרותו רשע, וזה מבואר שם בדבריו בהמשכּם:

"דבר מתא אחריתי אינם בכלל י"א שהעמיד דוד הדת עליהם, דכיון דמעכב עליהם ומוציאו מן העיר בדיינים וכו', משא"כ בר מתא דידיה שמדחהו לגמרי ממחיצתו, שאינו יכול להוציאו בדיינים ומ"מ רשע הוא כמו בעני המהפך בחררה וכו'".

הרי לנו שלא בא לומר שבכה"ג שמדחהו לגמרי הוי כבר מתא אחריתא דמצי לעכב עליו לכו"ע, אלא שזה מכניס אותו רק בגדרי עני המהפך בחררה לקרותו רשע, אבל לעכב עליו באמת אינו יכול, כיון שהוא בר מבוי שלו.

ולדבריו לכאורה ג"כ סתירה מדברי התוס' קידושין הנ"ל שכתבו בטעם האיסור להשכיר עצמו למלמד במקום שיש מלמד אחר מפני שיכול להשכיר עצמו במקום אחר. ולמה אין לו לטעם זה, הרי כאן מדחהו לגמרי שרוצה לבוא במקומו, ובכה"ג הוי רשע, ואפילו אם אינו יכול למצא במק"א נמי אסור, לפי החת"ס.

אכן בחת"ס תשו' ע"ט מבואר שמפרש התוס' במש"כ בדברי הר"מ אביו של ר"ת וכן בהא דמלמד שיכול לעשות כן במקום אחר, שהכונה היא אחרת, דהתוס' מחדשים לפי תירוץ זה של הר"מ חילוק שהיכא שהוא המציא את המציאה ע"י הדג המת שתלה שם, וכן המלמד ע"י שהטריח עצמו לפני כן לעשותו מוכשר ללמוד עמו בזמנים הבאים ע"י זכה בזה, ומה שסיים "שיכול לעשות במקום אחר" היינו שלא לומר שזה גופא יבואו אחרים עליו בטענה דלמה יהא לו רשות לתלות הדג המת ולהפסיד ע"י הציידיים האחרים, ע"ז מתרץ דגם הם הרי יכולים לעשות כן, וה"ה לגבי המלמד.

ולפי"ז אין צורך באמת לתנאי זה דוקא שיוכל לקבל עבודה זו במקום אחר. כי זה אסור גם בלא"ה, אם מפני שאומנתו בכך כתירוץ קמא, אם פני שטרך בזה כתירוץ הר"מ, ולא לענין זה כתבוהו התוס'.

ולפי"ז יש ליישב התוס' גם לפי המשאת בנימין, ולעולם בכה"ג שמדחהו מאומנתו יכול לעכב עליו.

אך לעני"ד אין לשון התוס' מוכיח כן דז"ל:

"שאסור למלמד להשכיר עצמו לבעה"ב שיש לו מלמד אחר בביתו כל זמן שהמלמד בביתו שמאחר שהוא שכיר שם ילך המלמד במקום אחר להשתכר שם".

דברי התוס' ברור מללו שכונתם לא לענין העבר אלא לענין העתיד, שאומרים לו שילך להשתכר במקום אחר, ובגלל זה הוא שאסור לו להשתכר כאן.

ודבריהם חוזרים על מה שכתבו בפירושו של הר"מ דמצד א' הראשון טרח בדבר, ומצד שני גם האחר ע"י טרחה מעין זו יכול להשיג במקום אחר, ממילא שונה הדבר ממש"כ ר"ת לענין מציאה שאינו יכול למצא במקום אחר, דהכא ע"י טרחה מעין זו של הראשון גם השני יכול למצוא, והוי כמו שכירות בעלמא שיש בה משום עני המהפך בחררה. (ומש"כ מהמהר"י"ט שמסתמך עליו אינו נוגע להאמור בזה, דהמהר"י"ט בא לבאר דגם במלמד איכא טרחה מצד הראשון, דאל"ה הרי זה כמו מציאה בעלמא, לפי חילוקו של הר"מ דלא נחת לתירוץ קמא דבאומנתו בכך גם במציאה אסור). ולדברינו התוס' בקידושין מחלקים שני החילוקים שבתוס' ב"ב כ"א. (תוד"ה מרחיקין) לענין מצודה של דגים לבין מציאה דעלמא לשיטת ר"ת, דגם מש"כ בב"ב החילוק מפני שמציאה א"י לומר לו לך למצוא במקום אחר משא"כ בדגים, בהא

לחוד לא סגי, דהרי יכול לומר, שכאן לאחר שהראשון תלה הדג המת יכול לצוד הדגים בקלות, ואין הדבר כן במק"א, ולזה באה בתוסי' קידושין ההשלמה ביתר ביאור, דאין מן הדין שיהנה מטרתה שטרח חבירו, שהרי הדג המת תלה חבירו, ואיך יאכל הוא פרי טרחת חבירו. ואשר ע"כ חוזר הדבר להיות כמצאה שיכול גם הוא להשיגה במקום אחר, שאז הוי כמו כל שכירות וקניה, וז"פ וברור.

וארוחנא בזה דהא דהוצרכו התוסי' לענין מלמד לסברתם דיכול להשכיר עצמו במקום אחר, הוא מצד דלא פסיקא להו כחילוק קמא, שבאומנתו בכך גם במציאה אסור, כי כנ"ל לפי חילוקו של הר"מ אין נפ"מ בדבר, וגם באומנתו בכך, במציאה מותר. ולזה כתבו דזה דומה ממש למצודה של דגים.

ואל"כ הרי קשה מאד, דהא דמלמד הרי דומה לאומנתו בכך דגבי דגים, ולחילוק זה גם בא"א להשיג במק"א נמי אסור, א"כ למה הוצרכו להא שיכול להשכיר עצמו במק"א. אכן להנ"ל א"ש, כי התוסי' לא הכריעו בין שני החילוקים, וע"כ הוצרכו לומר דגבי מלמד לשני החילוקים יהא אסור.

ויוצא לנו מזה שהתוסי' לא הכריעו בין שני התירוץ, ולא כן כ' בשו"ת מהרש"ל שנוקט כחילוק שאומנתו בכך שאני:

"ואעפ"י שהתוסי' תירצו בפי' לא יחפור שינוי קמא משום שיכול לפרוס מצודתו במקום אחר, ולפי"ז ג"כ לא יכול לעכב עליו רק שנקרא רשע מ"מ שינויא בתרא עיקר, וכן כתבו התוסי' בפי' האומר וכ"כ הרא"ש והמרדכי".

אכן בא"ד כ' עוד די"ל דשני התירוץ איתנייהו, אלא שנפ"מ מתירוץ קמא דבכה"ג שאומנתו בכך מצי גם לעכב, ולא רק שיקרא רשע כמו לתירוץ ב' דבמסי' ב"ב.

ומ"מ לכאורה צ"ע על המהרש"ל לפ"מ שנראה לו שתירוץ זה עיקר, ובתוסי' האומר לא הביאו אלא לתירוץ זה (לדברינו, גם בקידושין מביאים התוסי' ב' התירוץ וכנ"ל), א"כ למה כתבו התוסי' במלמד הטעם שיכול להשכיר עצמו, כיון דהוי אומנתו בכך, ובוה אין זה דומה למציאה, א"כ הו"ל לאסור. וכן קשה על מה שפוסק להלכה וכנ"ל לענין חנות ואורדנא, כיון שמשוה זאת למציאה מותר, ואפילו בכה"ג שמדחהו לראשון לגמרי מותר לדעתו, והרי לדעתו עיקר החילוק באומנתו בכך, שאז גם במציאה אסור לתוסי', וכש"כ בגוונא שמדחהו לגמרי.

ונראה דס"ל להמהרש"ל שמש"כ התוסי' שבמצודות דגים הוי כיורד לאומנות חבירו, זהו רק אליבא דרב הונא דס"ל שפסקת לחיותו הוה טענה, ואפילו אבר מבואה דנפשיה, טענה זו שייכת גם במצודות דגים כיון שזוהי אומנתו ועי"ז פסיק לחיותיה. אכן לפ"מ דלא קי"ל כרב הונא, מה בכך שאומנתו בזה, ודגים האיסור והעיכות משום דהוה כאילו קנינהו כדפירש"י התם. ע"כ הוצרכו התוסי' לטעם דיכול להשכיר עצמו במקום אחר, שמשו"ז הוי כעני המהפך בחררה דאסור, אעפ"י שלא זכה בזה כל עיקר.

ועפ"י נ' שאין סתירה ממש"כ כנה"ג שציין החת"ס לדברי המהרש"ל, דהנה החת"ס עצמו מסביר החילוק בין שדוחהו לגמרי לבין שממעט חיותיה, דבגונא דמעט חיותיה כיון שזה עושה בתוך שלו וזה עושה בתוך שלו א"כ לא מיקרי יורד לאומנות חבירו. ויש להוסיף בזה לשונו של הר"מ מגא"ש בשט"מ:

"מצי א"ל את מטי לך מה דפסקי לך מן שמיא, ואנא מטו לי מאי דפסקו לי מן שמיא".

היינו, שבאופן זה אינו פוגע כלל בשל חבירו ואינו נכנס לתוך תחומו, משא"כ בפסקא לחיותיה, הרי הוא באמת כנכנס לתחום חבירו ומזיקו, וזה אסור לכו"ע.

אכן זה שייך רק בשהחזיק באומנות במבוי זה, שע"י זכה בזכות השתמשות זו כלשון הכנה"ג: "ברוצה להכנס לתוך גבולו ולדחות ממחיצתו שהחזיק בה כמה שנים לאו כל כמיניה", שה"ז כגוזל ממנו חזקתו. משא"כ בדבר של הפקר דל"ש ביה שקונה ע"י שנהג כך כמה שנים, כי מה שייך הפקר אחד לשני (ורק לענין מצודה הוא שאמרו שנחשב כאילו כבר הגיעו לידו דגים אלה), ע"כ אומנתו בכך ל"מ בזה.

נמצא שאין סתירה בין הכנה"ג למהרש"ל דבדבר הפקר כגון החנות והאורדנא דל"ש לומר שהחזיק בהם, באמת גם כשאומנתו בכך, אין איסור לדין דלא קי"ל כרב הונא. משא"כ באומנות ממש שהחזיק בה במקום מסוים וזכה בכוח החזקה בזכות אומנות זו, אם בא גם בר מבואה אחרנא יכול לעכב בידו, דה"ז כאילו גוזלו, מאחר שנכנס לתוך גבולו ודוחהו ממחיצתו.

(ויש להעיר שלשון הכנה"ג משמעותו גם שיכול לעכב, ולא רק שנקרא רשע, ושלא כהחת"ס שהביא ממנו סייעתא לדעתו).

מסקנת הדברים: אם בא אחר לדחות חבירו ולסלקו מעיסוקו, אם הראשון החזיק בזה באופן שיש לו זכות חזקה בדבר, כי אז יכול לעכב על ידו (כנה"ג). אולם אם אין שייך בדבר חזקה, או שלא החזיק בדרך שקנה בזה זכות חזקה, בזה נחלקו המהרש"ל והמשאת בנימין. לדעת המהרש"ל אין איסור אא"כ יכול להשכיר עצמו במקום אחר, ואילו למשאת בנימין גם בזה איכא איסורא ומצי גם לעכובי עליה. ודברי התוסי' מוכיחים כמהרש"ל, שמשו"כ לענין מלמד כתבו שרק כשיכול להשכיר עצמו במקום אחר, והיינו כשאין לו נפ"מ היכן ישכיר עצמו וכנ"ל. אבל אם אינו יכול להשכיר עצמו, או שטוב לו יותר שישכיר עצמו במקום זה אין בו איסור.

ולהלכה, כיון שדעת המהרש"ל היא שאין בו איסור ומכש"כ שא"א לעכב בידו, אף שהמשאת בנימין נחלק עליו יש ללכת לקולא לנתבע. וכמו שפסקו הראשונים לענין בר מבואה אבר מבואה אחרתא שהיא בעיא דלא איפשטא בגמרא, ופסקו שאינו יכול לעכבו מספק דהממע"ה והוה קולא לנתבע, וה"נ נידון דידן. בפרט שכנ"ל דברי המהרש"ל יש להם בסיס איתן מהתוסי'.

ובנידון שלנו, שהמערער הוא תושב המקום, ועבודה זו מתאימה לו ויוכל להתפרנס ממנה, ה"ז כפי הגדרת המהרש"ל כמו מצאה, ואעפ"י שהשני נמי זוהי אומנתו, הרי מאחר שאין לו דין חזקה על המקום, וכמו בהא דמלמד שבדברי

התוס' - והיינו מאחר שבעה"ב יכול לפטרו, וה"ה בנידון שלנו שהמעביד יכול לפטר אותו כמשפט כל עובד זמני, ויש לדון בזה רק מדין עני המהפך בחררה (לדין דלא נקטינן כרב הונא) גם כשמדחהו לגמרי אין בו איסור, לפי ר"ת דנקטינן כוותיה.

### ב זכות עבודה לתושב המקום

ויש לדון עוד מצד אחר, שהמערער הוא תושב המקום, ואילו המשיב אינו גר כאן וממילא גם אינו נושא בעול מיסי המקום כמו התושבים.

דהנה בחת"ס (סי' ס"א הנ"ל) דן בכיוצא בזה לענין נער שהחזיק בקצבות במקום בהסכמת הרשות, ושוב בא בעה"ב מתושבי המקום ותפס מקומו ופסק:

"מה שטוען שהוא נער והוא בעל אשה ובנים נ"ל טענה נכונה וכו' דתרתני בעינן: דר פה וקבע דירתו וגם שייך בכל כרגא דהכא וכו'. משא"כ מי שלא שייך כלל בכרגא כגון נידון דידן, דידוע מחק המלך דמטיל הכרגא רק על בעל אשה ובנים ה' זהובים לשנה, וכן שארי מסים שנותנים לשר ולמלך סיועת המלחמה וכדומה, וכן מעמיסים עליהם מעות צדקה ופרנסת הרב ומשועבדים וכדומה, ולא על הנערים, כ"א נוטלים מהם מעט כפי ראות עיני גובה העיר וכו'".

הרי לנו שאם זה שהחזיק מקודם אינו במיסי המקום, ואפילו אם הוא מתושבי המקום, ומכש"כ אם אינו גר כאן ואינו במסים, אין לו זכות במקום, וזכותו של בעל המקום קודמת. שכיון שאין לו זכויות במקום, מה שהחזיק כאילו לא החזיק, ואין על הבעה"ב גם דין עני המהפך בחררה. וא"כ ה"נ ניד"ד שלא החזיקוהו בעבודתו, כי הרי אינו אלא בתור עובד זמני, א"כ לא הקנו לו זכויות, וא"א לו לזכות אלא מכוח המצב העובדתי שעכ"פ הוא מחזיק בזאת. אך הן רואים אנו בחת"ס שאין זה מקנה לו שום זכויות כלפי בן המקום שנושא בעול המקום ולו זכות קדימה.

יכול הוא איפוא גם לבוא בטענה לכתחלה לבני המקום שלו הזכות, ולא היו רשאים בני המקום לקבל את השני לעבודה בתור עובד קבוע, אם בן המקום תובע זכותו. מכש"כ דבני המקום עשו מעשה, והכניסו את בן המקום - המערער, במקום זה שעבד קודם זמנית, שכדן עשו, ואין המשיב יכול לבוא עליהם בטענה על זה.

אכן בטענות המשיב נאמר גם בין השאר, שהמערער ידע בשעתו על מקום עבודה זה שהוצעה לו והוא סירב מלקבלה, אלא שהמערער טוען שההצעה שבאותה שעה היתה בתנאים יותר גרועים. ובזה אם טענות המשיב נכונות, כי אז נראה שהמערער מחל על זכותו, וממילא המשיב זכה בזה. ואעפ"י שמצד המקום לא אישרו אותו אלא בתור זמני, היינו אם ירצו הם לפטרו בגלל סיבות מצדם, משא"כ לגבי זכות המערער מאחר שויתר, בזה שהמשיב נכנס לעבודה זכה, ואין הלה יכול שוב לחזור בו, וזוהי טענה גם כלפי מה שנאמר לעיל בחלק א' של הדיון.

א"כ היה נראה שיש להחזיר הדיון לכב' ביה"ד שדן בדבר לברר את מדת הנכונות בטענות הצדדים, ובהתאם לקיים הנ"ל לפסוק ההלכה.

ברם כאן לפנינו עוד מקום לדיון מבחינת הענין שיש למעביד במי שיהא עובד אצלו, וע"ז נדון בע"ה להלן.

### ג המעביד בתור צד בדיון, והשיקול על תועלתו של המעביד כגורם קבוע.

המערער טען בפנינו (ע"י ב"כ) שיש לראות גם את המעביד כצד בדיון, ובתור שכזה היה צריך להיות מוזמן כדי לשמע עמדתו לתביעה ויחסו הכללי לענין. ואילו המשיב אומר שהוא רואה כנתבע רק את המערער, שאליו הוא בא בטענה שהשיג את גבולו, ושרק על ידו פוטר מהעבודה, מפני שבא בתביעה למעביד, היינו "המועצה הדתית" שלו מגיעה העבודה, ורק על סמך זה פטרוהו ומינו את המערער תחתיו.

ונראה שבמדה שיש צדק בטענת המערער, כי אז אעפ"י שלא טען זאת בפני כב' ביה"ד האזורי, טענה זו אינה מפסידה מערכה, כי ביה"ד עצמו היו צריכים להזמין את המעביד, ולשמוע את דעתו, שכן הפס"ד כשם שהוא מחייב את המתדיינים על זכות העבודה, זה מחייב גם את המעביד, בהיותו נאלץ עפ"י לקבל לעבודה את זה שאולי יש לו זכות להעדיף את האחר. ע"כ עלינו לברר זכותו של נותן העבודה, בהכרעה בטו"מ שני הצדדים.

ונראה שהיא מחלוקת הראשונים:

הרא"ש (ב"ב פ"ב סי' ט') בענין מה שאמרו שם שחוננים מבני העיר יכולים לעכב על שאינם מבני המקום מלמכור שם סחורתם מביא דברי הר' יוסף הלוי (הוא המהר"י מיגא"ש) וז"ל:

"וה"ר יוסף הלוי כ', ובלבד שמוכר כשער שאר החנונים, אבל אם מוכר יותר בזול אין מעכבים עליו, כיון שהוא טוב לבני העיר".

והובאו הדברים בטור (סי' קנ"ו) ללא חולק. אולם הב"י כ' בזה:

"וכתב עליו הרמב"ן ז"ל ולא מחוור מדתנן ולא יפחות את השער וכו', אבני מתא אחריתא מצי מעכב, דאיהו לית ליה עסק בהדיה דלאו בר מאתיה הוא כדאמרן לעיל גבי בר מבואה, ואי בעו בני מתא דלוזיל גביהו יתנו על השערים או יושיבו ביניהם אחר מעירם. אבל האי ודאי מצי מעכב אההוא בר מתא אחריתא וכו'".

בנמוק"י שם רצה להשוות השיטות:

"ונראה דעת הרב ז"ל בזול גדול, אבל להוזיל מעט יותר ממוכרי העיר ודאי מצי מעכבי וכו' כן נראה דעת הרמב"ן ז"ל".

אכן בב"י לא הסכים עמו:



"ולכאורה לא משמע כן מדברי הרמב"ן, אלא דבין מוזלי פורתא ובין מוזלי טובא להר"י הלוי לא מצי מעכבי, ולהרמב"ן מצי מעכבי".

וברמ"א הביא דברי הר"י הלוי בשם י"א (סי' קנ"ו ס"ז) ולא חילק בין זול רב למעט, והוא כפי שהבין הב"י בדעתו.

ומחלוקתם נראית ברורה שהיא כנ"ל, אם בני העיר ג"כ מהוים צד בדבר, כיון שזה נוגע גם להם, ומאחר שהם מעוניינים בדבר לא מצו חנווני העיר לעכב על אלה הבאים מבחוץ, ואין עליהם שוב איסור השגת גבול, כי טובת בני העיר מכרעת. והוא גם באופן שע"ז חנווני העיר נדחים לגמרי, שהרי מאחר שהאלו שמחוץ למקום מוכרים יותר בזול, מי פתי ויסור אליהם לקנות. דאין לומר שהרי גם בידם להזיל, שהרי לא נזכר חילוק בדבר ויתכן גם באופן שאנשי המקום לפי תנאייהם (כגון שאינם יכולים להביא ממקום הזול דוגמת הסוחרים שמבחוץ, או כגון שאינם בעלי כושר עבודה כמו אלה, או שמטופלים בילדים ובהוצאות וכדומה) אינם יכולים למכור בזול, אפי"ה לפי הר"י הלוי אין מחויבים להתחשב בטובתם אלא בטובת בני העיר, שעכ"פ ניתנת להם הזדמנות לקנות יותר בזול.

ונראה פשוט, שהוא לאו דוקא מצד שמוכרים בזול, שבכל אופן ומאיזו סיבה שהיא, שטובת בני העיר הקונים לקנות מאלה שבאים מהחוץ הרשות בידם, ואין על אנשי החוץ איסור השגת גבול של חנווני המקום.

ועדיף לפ"ז טובת הקונים, משל המוכרים האחד כלפי השני, שכפי שהבאנו לעיל מכנה"ג בר מבואה אבר מבואה דנפשיה מצי מעכב אם בא להדחותו לגמרי, ונתבאר שאין מי שחולק ע"ז, וגם המהרש"ל מודה בכה"ג שהראשון כבר החזיק בזכות של בר מבואה. ומכש"כ להמשאת בנימין והחת"ס דאיכא איסורא על השני לבא בגבולו ולהמ"ב גם יכול לעכב עליו בכה"ג.

[ועצם החילוק בין שממעט פרנסתו לדוחהו לגמרי, מבואר גם בדרי"מ על אתר, דבב"י מביא מהמרדכי בשם האביאסף:

"דבמבוי הסתום מג' צדדים רק בצד א' יכנסו לו, ודר ראובן אצל סופו הסתום ובא שמעון לדור כנגד הצד שאין העכו"ם יכול לילך אם לא ילך לפני פתח שמעון נראה דיכול לעכב עליו כדרב הונא".

וכ' ע"ז הבי"י:

"ונראה דאביאסף סבר דלא כרב הונא בריה דרב יהושע וכו'".

והעיר עליו בדרי"מ:

"ולענ"ד דגם ר"ה ברי' דר"י מודה בהאי דינא דחנות, דהיה שמעון יושב בפתח ולא היה שום אדם יכול לעבור לראובן אם לא הלך תחילה לפני פתח שמעון. וכ"כ המרדכי בהדיא שם. ומשמע דדוקא מכח זה פסק כן, דזה מקרי יורד לחנותו ולא כשמעמיד החנות בצדו ועי"ש ודו"ק".

הרי מבואר בדרי"מ חילוק הנ"ל שבגונא שפוסק חיותו לגמרי לדעת כו"ע מצי מעכב.

ונראה שגם הב"י מודה באופן שהדבר ברור שפוסק חיותו לגמרי, אלא שאינו מודה שבכה"ג שפתח חנות בפתח המבוי יש בזה משום פסיקת החיות, כי הרי סו"ס אינו סוגר את הדרך בפני הרוצה ללכת לחנותו של ראובן, ע"כ זה לא מיקרי לדעתו אלא ממעט פרנסתו ולא מדחה אותו לגמרי.

ונראה להוכיח דין זה גם מהרמב"ם. דהנה בגמרא אמרו: ומודה רב הונא במקרי דרדקי דלא מצי מעכב וכו' קנאת סופרים תרבה חכמה. ופירש"י: רב הונא אמר לעיל בר מבואה דאוקי ר' חייא וכו' דאית ליה כרשב"ג, מודה הוא במקרי דרדקי דלא מצי מעכב לבר מבואה מללמד גם הוא התינוקות וכו'.

וכ' ע"ז בב"י:

"ולפ"ז לא הי' לפוסקים לכתבם, שהרי כתבתי לעיל דלא קיי"ל כרב הונא. אבל ראיתי להר"י והרא"ש שכתבוה ואחריהם נמשכו רבינו וכו'. ונראה שהם סוברים דה"פ דאפילו רב הונא שסובר דבר מבואה מעכב אבר מבואה דנפשיה משום דפסיק לחיותא מיניה מודה דמקרי דרדקי דלא מצי מעכב. ומינה דלר"ה בריה דר"י דסבר דבר מתא מעכב אבר מתא אחרייתא משום דפסיק לחיותא מיניה מודה במקרי דרדקי דלא מצי מעכב וכו'".

והרמ"א הביא זאת להלכה (קנ"ו ס"ו) דעל מש"כ בשו"ע שת"ח קובע בכל מקום שירצה, מוסיף הרמ"א:

"והוא הדין מלמדי תינוקות דינם כת"ח".

ומעיר ע"ז הגר"א (ס"ק ל"א): והרמב"ם השמיטה משום דסבר דלא קאי אבר מבואה דנפשיה שלכן אמר כאן ומודה רב הונא, וברוכלין אמר ומודה ר"ה בריה דר"י. ולכן לא כ' דאין נפ"מ לדין, דלא קיי"ל כרב הונא, ובפ"ב מה' ת"ת כ' בהדיא בבר מבואה דנפשיה ע"ש וכו'.

וז"ל הרמב"ם בה' ת"ת:

"...מלמד תינוקות שבא חבירו ופתח בית ללמד תינוקות בצדו, כדי שיבואו תינוקות אחרים לו או כדי שיבואו מתינוקות של זה אצל זה, אינו יכול למחות בידו, שנאמר ה' חפץ למען צדקו יגדיל תורה ויאדיר".

ולכאורה תמוה, דמאחר דהרמב"ם השמיטה בה' שכנים משום דאין נפ"מ מזה להלכה דלא קיי"ל כרב הונא, ואין בן המבוא יכול להתנגד לבן מבוא שלו לפתיחת כל בית מלאכה ועסק שהוא, למה לו לשנות ההלכה בה' ת"ת. והרי גם הנמיק זאת מן הכתוב, ש"מ שאילולא זה לא היינו אומרים הלכה זאת, והוא לפ"ז רק דין בת"ת. כן קשה למה חולק באמת הרמב"ם על הני ראשונים, ולמה לא נלמוד מרב הונא גם לר"ה בריה דר"י לגבי בר מתא אחרייתא. ואי משום דלשון הגמרא לא מוכח כן, תיקשי על גופא דגמרא כן. עוד ראוי להעיר שהרמב"ם הביא פסוק אחר, ולא הפסוק קנאת סופרים שהובא בשאר הראשונים, וצ"ע לכאורה.

וני לבאר כונת הרמב"ם עפ"י שיתבאר להלן בע"ה במחלוקת הראשונים דלרמב"ם הא דבר מבואה מעכב אבר מבואה אחריתי הוא לא רק מכוח תקנה אלא מעיקר הדין, שיש לו זכות ניצול קנינו במבוי זה, ומכוח זה הוא מעכב על אחרים, ואילו כשבא לעכב על בן מבואה דנפשיה אין זה אלא מכח תקנה. ובה דעת רב הונא שמכח תקנה זו יכול לעכב גם כשיש הפחתת פרנסתו, ולא קיי"ל כוותיה. אכן בגונא שמדחה לגמרי בזה כו"ע מודו, וכה"ל מכנה"ג.

וע"כ דין זה שאינו יכול לעכב במקרי דרדקי לא נאמר אלא לרב הונא, דכיון שאינו אלא מכח תקנה, הכא איכא תקנה להיפך מצד קנאת סופרים וכו'. משא"כ בבר מתא אחריתא שהעיכוב הוא מעיקר הדין לא שייך לקפח זכותו בגלל זה, ואין ללמוד מרב הונא לדידן.

אכן בבן אותו מבוי עצמו ג"כ יתכן נפ"מ לדידן, והוא באופן שידחה לגמרי, דקנאת סופרים נאמרה שע"י לא יתשלמו ממלאכתם. אולם הרי יתכן גם אופן שלמרות שהראשון יתאמץ לא יצליח להשתוות לשני, ולא תועיל לו קנאת הסופרים. ואז ממילא כל התינוקות יעברו למלמד האחר, באופן שהראשון ידחה לגמרי. אבל הן כנ"ל בענין זה אפשר ללמוד מדבר הונא, דכשם דלדידי לא קפדינן אהא שפרנסתו של הראשון תתמעט עכ"פ בהכרח, כמו"כ לדידן לא קפדינן אהא שידחה לגמרי, כי הכל הרי אינו אלא מחמת תקנה, ובכה"ג דיש מטרה של הגברת לימוד התורה נדחית טובתו הפרטית ולא תקנו בכה"ג. ולזאת מביא הרמב"ם זאת להלכה, והוא לנידון שידחה לגמרי. אולם מאחר שהמדובר בכה"ג לא מתאים הכתוב "קנאת סופרים תרבה חכמה" שלא נאמר אלא כששניהם יתקיימו זה בצד זה, ולא בכה"ג שהאחד נדחה. והביא במקום זה פסוק שמתאים לנידון גם באופן שהראשון ידחה, כיון שע"י יש משום "יגדיל תורה".

ושמענו מזה עכ"פ לדעת הרמב"ם שבעלמא, חוץ מת"ת, יכול לעכב בר מבואה אבר מבואה דנפשי, אם ע"י ידחה הראשון לגמרי, אעפ"י דלא קיי"ל כרב הונא, והוא כפי שכי' הכנה"ג.]

ובטעם הדבר נראה, שכיון שהריוח בא לו לחנוני מהקונים, ע"כ טובתם קובעת בראש וראשונה. וע"כ גם אם פרנסתו תקופח לגמרי ע"י שיכנסו סוחרים מבחוץ שיוזילו הסחורות אינו יכול לעכב על חשבונם הם. ואינו דומה למה שיכול לעכב על בר מבואה דנפשי שבא לקפח פרנסתו, כי שם לא בא לו הריוח ממנו אלא ממקורות אחרים.

ונ"ל שהר"י הלוי למד זאת מזה שהתירו למלמד דרדקי ללמד במקום שיש מלמד אחר, שכונת הנימוק שהביאו בגמרא לזה משום "קנאת סופרים תרבה חכמה" היינו לומר שמשו"ז טוב הדבר לבני העיר, וכיון שהיא טובתם אינו יכול לעכב. והוא דין כללי ואינו נובע דוקא מצד ערך חשיבות ת"ת. ולא נצרך הכתוב אלא להשמיענו שע"י תבא תועלת לבני המקום, שבכה"ג זה מותר כי טובת בני המקום קובעת, ועדיפה על תועלת וטובת המלמד עצמו, וה"ה בסוחרים וכנ"ל במקרה שהבאים מן החוץ מוזילים הסחורה.

וא"ש שהטור שהביא דברי הר"י הלוי להלכה ולא ס"ל להשגת הרמב"ן, הביא הלכה זו בה' שכנים, ולא בה' ת"ת כמו הרמב"ם, כי אין זה דין מיוחד בת"ת, אלא דין כללי בה' שכנים.

ובסברת המחלוקת נראה לומר שהוא תלוי בטעמא דמילתא שבני העיר יכולים לעכב על בני עיר אחרת. דבדברי הר"י הלוי מבואר שהוא מכח תקנה בעלמא, כמו שהביא דבריו בטור:

"דלא עשו חכמים תקנה למוכרים כדי להפסיד ללוקחים".

מפורשת דעתו שכל הענין שמעדיפים בני המקום אינו אלא מכח תקנה לטובת בני כל מקום ומקום. וממילא אם לאחרים מבני המקום ה"ז מקלקל אין טעם לתקנה, כי מאי חזית להעדיף המוכרים על הקונים, אדרבא יש להעדיף הקונים, שמהם כל הריוח בא, ואיך נכופם להפסיד לטובת המוכרים.

אולם בחת"ס ס"י ע"ט כ' בטעמא דמילתא:

"דהשייכים בכרגא דמלכא שכרו מהמלך לכל הזכויות שאפשר שיזדמנו ע"י מקומו וארצו וכו'".

(וזה נר"פ שגם במקום שאין מלך, עכ"פ בקניית הדירה במקום, רוכש גם כל הזכויות הקשורות והנובעות ממקום מגוריו זה).

ולפ"ז הא דבר מתא מצי לעכב אבר מתא אחריתא הוא מעיקר הדין כי הוא קנה זכות זו, והלה בא לגזולה ממנו, ולא מכח תקנה לחוד הוא שבא עליו. וע"כ גם אם טובת הקונים היא שיקנו מבר מתא אחריתא, אין הרשות בידי הלה להכנס כאן למכור, כי זכות המכירה כאן קנויה בידי מי מאנשי המקום שהחזיק בזה, ומי התירו לפגוע בקנינו של בן המקום?

וזהו שטוען הרמב"ן: דאיהו לית ליה עסק בהדיא דבר מתא אחרתא הוא, היינו שאין לו שום זכות להכנס לתוך תחומו של השני. ואם אנשי העיר יש להם טענה על הסוחרים המקומיים יש לברר זאת באופן פנימי, אם יש הצדקה לתביעת ההזולה, לפי תנאי המוכרים או לא, אבל בשום פנים אינו שייך למי שהוא מבחוץ.

ואפשר לתלות בהנ"ל מחלוקת רש"י והרמב"ם בביאור המושג "כרגא דמלכא" בנידון. לרמב"ם היינו מנת המלך שכל המדינה שלו, ואילו לרש"י היינו המסים המקומיים. עיי' הגר"א שם ס"ק כ"ג שנחלקו בזה, והכריע מתוך הגמרא כרש"י. לדעת הרמב"ם הוא מצד קניית הזכות, וכהסבר החת"ס ע"כ הדבר תלוי באדון המדינה שממנו קונים, והוא המזכה לכל אחד לפי קנייתו, ואילו לרש"י הדבר הוא מכח תקנה, ולזה חשוב לקבוע מיהו תושב המקום, ע"כ הדבר תלוי בתשלום מסי המקום.

ובהנ"ל יתבאר לנו גם מה שנראה מהרמב"ן, אעפ"י שנחלק על הר"י הלוי, אין זה אלא בסוחרים מן החוץ, אבל בר מתא עצמו שבא להוזיל הסחורה, אעפ"י שע"י האחרים ידחו לגמרי וכנ"ל, מ"מ אין יכולים לעכב בעדו.

כי כל עיקר לא נחלק עם הר"י הלוי אלא מפני שסובר שבר מתא זוכה במה שהחזיק לא רק מכח תקנה אלא מעיקר הדין וכהחתי"ס. אכן זה שייך רק כלפי בר מתא אחריתא, אבל כלפי בן המקום עצמו שניהם שוים בזה, ע"כ גם במקרה שתקופח פרנסתו כליל, אינו יכול לבא עליו בטענה מעיקר הדין. והא דאעפ"י בדוחה לגמרי מעכב, הוא רק מכח תקנה,

וכמו לרב הונא בממעט פרנסתו. ומכיון שאין זה אלא מכח תקנה, באופן שהשני מוכר בזול דאיכא תקנת הקונים וטובתם בזה, גם הרמב"ן מודה להר"י הלוי שאין מקום לתקן המוכר ע"י הקונים, וכנ"ל.

(אכן דעת הרמב"ם כפי שביארנו לעיל היא לא כן, ולדעתו גם היכא דאיכא טובת הקונים לא הותר לדחותו לגמרי, ואין ההיתר אלא בת"ת מחמת חשיבותה, וכמו שנתבאר לעיל).

ולהלכה נראה דנקטינן כדעת הר"י הלוי שהביאו הרמ"א, מאחר שהוא פלוגתא דרבוותא ודעת הרא"ש והטור נמי כוותיה, אין יכול לעכב, דהממע"ה. וכמו בפסק ההלכה בבעיא לענין בר מבואה אבר מבואה אחריתא והנ"ל, וכמש"כ הנמוק"י בטעם הדבר: "וכיון דלא איפשיטא נקטינן מיניה חומרא לתובע וקולא לנתבע ולא מצי מעכבי עליה". ובפרט בן עיר זו עצמה שבא להזיל, שבוזה גם הרמב"ן מודה שהרשות בידו, ואף אם הראשון נדחה ע"י לגמרי אין בזה משום איסור של יורד לאומנות חבירו, כיון שהללו שמהם בא לו הריוח טובתם שהשני יתעסק בזה.

ומעתה לנידון שלנו, שבני העיר באים להעדיף את בן עירם להעסיקו בעבודה של מקומם, על פני האחר שאינו בן עירם, אינו גר עמהם ואינו נושא בעול מסי המקום, ודאי שיש לראות בזה טובתם, ולא רק טובת בן עירם הלזה.

שהרי ברור שכל תושב המקום שפרנסתו מצויה מביא בעקיפין הרוחה גם לבני המקום האחרים ע"י שקונה מהם, מאפשר פיתוח המקום יותר כי כל מה שהאוכלוסין גדלים המקום מתרחב ומתפתח, וכן נושא בעול צרכי המקום. מאידך, כל תושב שהוא מחוסר פרנסה מכביד על שאר בני המקום שלא זו בלבד שאינו נושא בעול, הופך להיות למעמסה על הצבור. ואין להאריך בדברים ידועים.

ומכיון שזו טובתם של בני המקום, הרי לדעת הר"י הלוי טובתם קובעת, מכש"כ שבנידון מעין זה הרמב"ן מודה להר"י הלוי וכנ"ל.

א"כ אפילו אם מצד המערער אין לו זכות תביעה של מקום העבודה, שמחל עליו לפי דברי המשיב, מכל מקום אם הוא מחוסר פרנסה שבגלל זה טובת המקום דורשת שהעבודה תמסר לו, הרי הרשות בידי אנשי העיר לעשות זאת, ואין יכול המשיב לעכב על ידם.

יש איפוא לברר את מצב הכנסתו של המערער, ובאיזו מדה קבלת עבודה זו נחוצה לו לקיומו בצורה מתאימה. כמו כן, אם בידי המועצה הדתית להוכיח שעצם העבודה תיעשה ע"י המערער באופן יעיל יותר, כי אז ג"כ אין אפשרות למשיב להתנגד לזה, מאחר שכלפי המעביד אין לו זכויות שאינו אלא עובד זמני.

אי לזאת, יש להחזיר את התיק לכב' ביה"ד שדן בדבר, בכדי לברר עפ"י הנ"ל ולהוציא לאור משפט.

והנלע"ד כתבתי.

שאול ישראלי

התיק נסגר ללא פסק עקב הסתלקות התובע מתביעתו.

### סימן נ : בענין התחייבות בשני קנינים\*<sup>48</sup>

הערעור שלפנינו הוא על פס"ד של כב' ביה"ד האזורי לת"א מיום ו' מני"א תשל"ט (תיק 5631/ט) בו נפסק, לאחר הנמקה הלכתית ארוכה, כדברים האלה:

"חיובו של המבקש עפ"י הסכם הגירושין לשלם למשיבה למזונותיה סך 300.-. ל"י לחודש עד אשר תנשא לאיש, צמוד ליוקר המחיה, עומד בתקפו."

הערעור הוגש ע"י המבקש, בעלה לשעבר של המשיבה. והטענות בע"פ ובכתב הן בחלקן חזרה על הטענות שכבר הושמעו בפני ביה"ד קמא וחלקן חדשות, ונוגעות הן באשר לחיוב ההצמדה, והן לעצם החיוב שחייב עצמו המערער עפ"י הסכם הגירושין, שקיבל גם תוקף פס"ד, עפ"י בקשת הצדדים.

הטענות באשר לעצם תקפות הסכם הגירושין הן: שכפי שכתוב בהסכם קיבלו הצדדים בקנין קאג"ס וכן חתמו על ההסכם, שלפי סעיף 5 שבו:

"הבעל מתחייב לשלם לאשה לאחר שנפרד ממנה וכו"

טוען ב"כ הבעל שאין תוקף מחייב לקאג"ס, כיון שכל עיקר ההתחייבות לא חלה מיד, אלא לאחר זמן, דהיינו "לאחר שנפרד ממנה". וכל כגון זה אין קנין קאג"ס תופס, לפי שבשעה שצריכה ההתחייבות לחול "כבר הדר סודר למאריה", והביא לכך האסמכתאות ההלכתיות.

אולם בפסה"ד נשוא הערעור מסתמכים על חתימת הצדדים על ההסכם, שתקפו מחייב מכוח מנהג העולם וזה מהוה קנין מדין סיטומתא. וזה בכדי לדחות טענת ב"כ המערער לטענת קי"ל כדעת הרמב"ם, שאין התחייבות חלה בדבר שאינו קצוב. (וכתבו זאת לרווחא דמילתא, מכיון שכפי שצינו בפסה"ד, נהוג ומקובל בא"י, לפסוק כהכרעת השו"ע, שאין לטעון בזה קי"ל כרמב"ם).

וכנגד זה טוען בערעור, שכיון שעשו גם בקאג"ס הרי זה כמו שאומר שאינו רוצה לקנות ע"י הסיטומתא של החתימה לבד. ובה אין סיטומתא קונה, אם - לאותן שיטות שסיטומתא הוא קנין דרבנן, הרי זה כאומר לא ניח"ל בתקני"ח זו, וכמו שפירש הנמוק"י על מה שאמרו בגמרא (ב"מ י) לענין ראה את המציאה ונפל לו עליה שלא יקנה מטעם זה; ואם,

<sup>48</sup> ערעור תשל"ט 273 בפני כב' הדיינים: הרב עובדיה יוסף - נשיא, הרב בצלאל זולטי, הרב שאול ישראלי