

דבר חזק ומשפט

שעי כולל בית דב בער ורפאל להוראה ודיינות. גילון מס' 66
בניהמ"ד משאת מרדכי, רחוב נחל דולב 33, רמב"ש א'.

אדר תשע"ג

הגדולה אזכה בה, ולפיכך תלה עצמו אף לגורל הקטנה על הספק, ואילו ידע מתחלה שכן לא היה מתרצה."

והנה בשו"ת גאוני קדמאי (סי' ס) חידש שתוקפו של הגורל הוא חמור ואין לעבור עליו, וז"ל:

"יורשים שרצו למכור ירושתם מדעת כולם ולא רצה אחד מהם למכור חלקו, מה הדין? תשובה, הרשות בידו ויהיה לו חלקו, ואין יכולים אחיו למכור חלקו. ואם אין חלקו מבורר מפילים גורלות, ובכל מקום שיפול הגורל יטלנו, ואין רשות לאדם מישראל לעבור על הגורל, שאין הגורל אלא מפי שמים, שנא' על פי הגורל תחלק הארץ, והעובר על הגורל כעובר על עשרת הדברות!"

ויש להעיר על דבריו שדווקא לגורל שנעשה בחלוקת הארץ, שהיה ע"י אורים ותומים וכד', יש לו חומרה שהעובר עליו עובר על דברי ה', אבל בסתם גורל שנעשה ע"פ בני האדם אע"פ שמסור להשגחה אין חומרה מיוחדת לעובר על בירוור.

ב. חלות הקניין:

ונחלקו הראשונים בדין הגמרא שגורל קונה, האם הוא קניין גמור בעצמו או שרק מברר החלקים איזה מהם ראוי לכל אחד, אולם אין זוכים בו אלא רק לאחר קניין המועיל:

לדעת הרשב"ם [שם ד"ה אמר רב אשי] והרמב"ם [פ"ב משכנים הי"א ע"פ הלח"מ] לאחר הגורל לחודא קנה כל אחד חלקו מפני שהתחדש שגורל הוא קניין כשאר הקניינים, ו"בההיא הנאה דקא צייתי להדדי גמרי ומקנו להדדי", וכן נקט השו"ע בס"י קעג בסעיף ב.

אולם דעת הרא"ש בתשובה [כלל צח סי' ב] היא שגורל אינו קניין אלא רק מברר איזה חלק ראוי לכל אחד ואחד, ורק לאחר שאחד מהם החזיק בקרקע שהובררה לחלקו מחמת הגורל בקניין חזקה או קניין אחר המועיל שוב אין האחרים יכולים לבטל קניינו, והביאו הרמ"א שם.

עוד נחלקו הראשונים בביאור הגמ' שלאחר שזכה אחד מהם בגורל שוב אין האחרים יכולים לחזור בהם, והרשב"א (קו: ד"ה האחין) הביא את כל שיטות הראשונים, וז"ל:

הדעה הראשונה: "יש שפירשו כגון שהסכימו שיחלקו לפי סדר תולדותן שמעון אחר ראובן ולוי אחר שמעון וכיון שעלה גורל לראובן קנה

הרה"ג ר' חנוך סנהדראי שליט"א

ראש הכולל ודיין בבית דין חקת משפט

הפיל פור הוא הגורל

ברשימת התורמים של אחת הישיבות נמצאו מספר גבירים שגרו במקום מרוחק מהישיבה, והיה צורך לנסוע להתרימם. מכיוון שזמנם של כל תלמידי הישיבה היה יקר להם ואף אחד לא היה מוכן לנסוע למרחקים החליטו להטיל גורל, ומי ששמו יעלה בגורל ייאלץ לנסוע. לאחר שבגורל עלה שמו של ראובן ביקש להשתחרר מהתפקיד בטענה שגורל אינו יכול לקבוע בעניינים כגון אלו. האם צודק?

א. שורש הדין:

בב"ב בדף קו: תניא א"ר יוסי האחים שחלקו כיון שעלה הגורל לאחד מהם קנו כולם. מ"ט א"ר אלעזר כתחלת ארץ ישראל, מה תחילתה בגורל אף כאן בגורל. אי מה להלן בקלפי ואורים ותומים, (כדאמרין לקמן קכב אלעזר מלובש באורים ותומים ויהושע וכל ישראל עומדים לפניו, וקלפי של שבטים וקלפי של תחומין לפניו, והיה מכוין ברוח הקדש ואומר, זבולון עולה ותחום עכו עולה עמו, טרף בקלפי של שבטים ועלה בידו זבולון, טרף בקלפי של תחומין ועלה בידו תחום עכו וכו'). אף כאן בקלפי ואורים ותומים? אמר רב אשי בההיא הנאה דקא צייתי להדדי גמרי ומקנו להדדי.

וכתב הרשב"ם [שם ד"ה קנו כולם] שאע"פ שדין גורל נלמד מחלוקת הארץ שהייתה לגבי חלוקת קרקעות בלבד, מכל מקום אף במטלטלין הדין כן, שאם הטילו גורל על מטלטלין זכה כל אחד בחלקו.

והנה אע"פ שבחלוקת הארץ קנו חלקיהם ע"פ הגורל אין הגורל קניין גמור המועיל בכל אופן, אלא שורש עניינו הוא רק בצירוף הטעם דבההיא הנאה דקא צייתי להדדי גמרי ומקנו להדדי. אבל בעלמא אין הגורל אלא אסמכתא בעלמא.

וכמבואר בשבת בדף קמט: "מפיס אדם עם בניו ובניו ביתו על השלחן, ואפ"י מנה גדולה כנגד מנה קטנה, אבל עם אחרים לא, מ"ט כדאמר רב יהודה אמר שמואל מנה גדולה כנגד מנה קטנה אף בחול לאחריים אסור, משום קוביא". ופרש"י: משום קוביא, דגול הוא דאסמכתא לא קניא, והא נמי אסמכתא היא שסומך על הגורל, אם יפול הגורל על מנה

מכון שערי המשפט

יעוץ הלכתי וייצוג בבתי דין

לפרטים הכנס לאתר

www.torahlaw.org.il



Sha'arei HaMishpat Institute

Monetary Law Consultations and Bet Din Representation

Visit our website at www.torahlaw.org.il or contact our Liason on
052-76-18781 or by emailing shaareihamishpat@gmail.com

וכעין זה כתב הנתיבות בסי' קנד [ס"ק ו] שדין גורל התחדש רק במקום שחולקים את הקרקע או רכוש אחר, אבל במקום ששני שכנים מבקשים לפתוח פתח בחצר זה מול זה בבת אחת ואין שניהם יכולים לפתוח מחמת היזק הראיה ביניהם כתב הרמ"א שצריכים לעשות פשרה ביניהם, וכתב הנתיבות שבמקרה זה אין להטיל גורל מפני שאינו יכול להכריע בדבר שלא באים לחלוק בו.

עוד דן בשו"ת חו"י [סי' סא], הובא בפת"ש [סי' קעה ס"ק א], במקרה שהטילו גורל על כוס כסף ומעשה הגורל היה שיטילו בקלפי אחת י"ב פתקים עם שמותם ובקלפי שניה יטילו י"א פתקים חלקים ופתק אחד שרשום עליו "מזל טוב", ושולים כל פעם פתק משתי הקלפיות, ומי ששמו נשלה עם פתק ה"מזל טוב" הוא הזוכה, ובטעות שכחו להטיל שמו של אחד מהם, והזוכה ומי ששמו לא הוטל ביקשו להתפשר ולזכות שניהם בגורל, ושאר המשתתפים ביקשו לבטלו.

וענה שכל גורל שלא נעשה כפי שסיכמו הצדדים מתחילה אין לו תוקף כלל, ואף אלו שהשינוי היה לטובתם [שמחמת השמטת שמו של אחד מהם גדלו סיכוייהם לזכות] יכולים לבטלו! והטעם הוא שכל גורל שנעשה שלא כהוגן אין ההשגחה העליונה מכריעה בו, וממילא אין לו תוקף כלל.

עוד כתב בספר חסידים (סי' תש"א) שאין גורל מועיל כלל להכריע איזה אדם להעדיף, מפני שאינו דומה לחלוקת הארץ, וז"ל:

בני אדם שהיו בספינה והיה רוח סערה ביים, אינם רשאים להפיל גורלות שאם יפול על אחד מהם יטילוהו אל הים, כאשר עשו ליונה בן אמיתי, אין לעשות כן, דהשתא אסמכתא לא קניא אפי' לענין ממון, וכל שכן לענין נפשות שלא יסמכו על הגורל, ומה שכתוב אצל שאול (שמואל א יד מב) הפילו (גורל) ביני ובין יונתן בני וילכד יונתן, שם היה ארון הברית ומה' כל משפטו, והם ידעו באיזה ענין להטיל הגורל, אבל עתה אין לסמוך על הגורל, ואפי' בממון אין מפילים גורל אלא כשחולקים בשוה, אבל אין נותנים שתי חתיכות כנגד חתיכה אחת ולא חתיכה גדולה כנגד חתיכה קטנה, אלא בשוה באומד הדעת.

העולה מהנ"ל: כאשר הפילו גורל כדי לבחור אחד מבין מספר מועמדים לתפקיד כלשהוא - אין תוקף לגורל ויכול המפסיד לתבוע שיבחרו בדרך אחרת.

שמעון בחלק הסמוך, וכן לוי אחר שמעון", והרשב"א כתב שהעיקר כדעה זו.

והדעה השניה: "ויש מפרשים בשלא חלקו לפי סדר, אלא כל אחד זוכה בחלק שיעלה מהקלף. ופירוש הברייתא - אם הם שנים כיון שזכה הלה בחלק זה זכה שני בחלקו, ואם שלשה או יותר קנו כולם: זה שעלה לו הגורל זכה בחלקו, והאחרים קנו כולם לענין לחלוק באותן חלקים שיעשו על פי הגורל, ואין אחד מהם יכול לחזור ולומר לא בגורל אני חפץ אלא בעילוי, אלא כיון שעלה הגורל לאחד מהם יחלוקו גם כולם בגורל".

והדעה השלישית: ויש מפרשים קנו לגבי ראשון שעלה לו הגורל שהוא אינו יכול לעכב עליהם ולא הם עליו אבל מכל מקום אם רצה אחד מהנשארים לעכב ולחלוק בינו ובין שאר האחרים בעילוי שומעין לו."

ג. גורל באופנים השונים מחלוקת הארץ:

והנה מכיוון שגורל הוא חידוש שקביעתו היא ע"פ ההשגחה צריך שיהיה דומה לחלוקת הארץ, ואם אינו דומה אין תוקף כלל לגורל, ונביא מספר אופנים שבהם אין הכרעת הגורל קובעת:

בשו"ת שבות יעקב ח"ג (סי' קסב) כתב: אחים או שותפים שעשו גורל באופן זה, כי מי שעלה ראשון בגורל יבחר איזה חלק שירצה, ואחריו השני, ואחריו השלישי, נראה שיכולים לחזור בהם, כי לא מבעיא לדעת הרא"ש דס"ל דלא מהני גורל אא"כ החזיק, משום דאוקי קרקע בחזקת שניהם ויכולים לחזור בהם, וה"נ יכולים לחזור בהם, אלא אפילו לדעת הרמב"ם שגורל קונה לגמרי, מ"מ צריך שיהיה כתחילת א"י תחום פלוני ופלוני עולה עמו, וכן מבואר בפ"י רשב"ם, ומה"ט לא קאמר הש"ס אלא אמר רב אשי, לפי שצריך להיות דומה לגורל של א"י, אבל גורל זה מי שעלה ראשון בגורל יברר מה שירצה אין כאן ברור וקניה כלל, ובודאי שכל אחד יכול לחזור בו.

ומבואר בדבריו שדין גורל התחדש רק כשהגורל קבע בבירור איזה חלק ראוי לכל אחד, אבל אם הגורל לא ברר החלקים אין לו תוקף.

לחידודי

בגדרי מתנות לאביונים

אין מקום לחייב עני המתפרנס מהצדקה, ואין עניין להחליף הסעודות! וידועים דברי הרמב"ם [מגילה פ"ב ה"ז] "מוטב לאדם להרבות במתנות לאביונים מלהרבות בסעודתו ובמשלוח מנות לרעיו, שאין שם שמחה גדולה ומפוארה אלא לשמח לב עניים ויתומים..." והעתיקו המש"ב [ס"ק ג].

ומבואר בדבריו שכפי שבי"ט נכלל במצוות "ושמחת בחגך" שמחת האביונים, כפי שכתוב "ושמחת בחגך אתה ובנך... והגר והיתום והאלמנה" כך תיקנו בפורים בכלל חיוב "ימי משתה ושמחה" לשמח האלמנות והיתומים.

ולכאורה המחלוקת אם צריך לברך שהחיינו על מתנות לאביונים תלויה בחקירה זו, לסוברים שהיא בכלל צדקה, שחייבים בה בכל השנה, אין זו מצווה מתחדשת וא"צ לברך שהחיינו, אולם לסוברים שהיא בכלל מצוות שמחת פורים אזי היא מצווה מתחדשת וצריך לברך עליה שהחיינו

כתב המג"א [ריש סי' תרצ"ב] שיכוון בברכת שהחיינו שמברך על המגילה ביום גם על משלוח מנות ועל סעודת פורים, וכ"כ המש"ב [שם ס"ק א], ובפרמ"ג [א"א ס"קא] ובחיי אדם [קנה דין כה] הוסיפו שיכוון גם על מצוות מתנות לאביונים, וצ"ב מדוע השמיטו המג"א והמש"ב מתנות לאביונים?

והנה בפשטות דין מתנות לאביונים נובע ממצוות הצדקה, ותיקנו דין צדקה מיוחד בפורים, לתת מתנות לאביונים. אולם נראה שהדבר שנוי במחלוקת.

שהנה הב"ח חידש שדין מתנות לאביונים נוהג גם בעני המקבל צדקה מאחרים והמש"ב הביא דבריו בסק"א, ובסק"ב הוסיף שעני המתפרנס מן הצדקה יחליף סעודותיו עם אחרים. ולכאורה אם דין מתנות לאביונים הוא מדין צדקה

האם חלוקת גבית המיסים לפי ממון או לפי נפשות:

בב"ק בדף קט"ז: ת"ר שירא שהיתה מהלכת במדבר ועמד עליה גייס לטורפה (לבוזזה ונתפשרו עמהן בממון, רש"י) מחשבין לפי ממון ואין מחשבין לפי נפשות, ואם שכרו תייר ההולך לפנייהם מחשבין אף לפי נפשות (שטעות הדרך במדבר סכנת נפשות היא. רש"י). ולא ישנו ממנהג החמרים (שאם נהגו לתייר לפי ממון או לפי נפשות עושין, רש"י).

למדים אנו מזה ששיטת קביעת המסים תלוי במטרת הגביה, אם הגביה היא לצורך ממון, אזי גם שיטת הגביה היא לפי ממון, ואם הגביה היא לצורך סכנת נפשות, אזי גם שיטת הגביה היא לפי נפשות, ואם מטרת הגביה היא גם לצורך ממון וגם לצורך נפשות, אזי גם שיטת הגביה היא לפי ממון ולפי נפשות, והיינו חצי לפי הממון וחצי לפי הנפשות, וכמו שכותבים בהדיא הרא"ש (סי' כ"ב) והיש"ש (סי' מ"ב).

וכדברי הגמ' הנ"ל נפסק ברמב"ם (פי"ב מה' גזילה ואבידה הי"א) והשו"ע בחו"מ (סי' רע"ב סעי' ט"ו) וברמ"א (סי' קס"ג סעי' ג').

עוד דייקו הפוסקים מהגמ' הנ"ל שבסתמא מיסים תלי טפי במנהג ממאי דתלי בדת תורה, ואיזה מנהג שהוא אפי' אי לא הוקבע עפ"י חכמים ואין לו ראייה מן התורה ובלבד שיהא קבוע, עוקר המנהג את ההלכה, משום דמעיקרא מחלו אהדדי לוותר על דין תורה ומקני למיזל בתר מנהג דידהו, (תה"ד ח"א סי' שמ"ב, ועיין מרדכי פ"ק דב"ב סי' תע"ה ושול"ת מבי"ט ח"א סי' ע"ז וח"ב סי' ר', ושול"ת מהרשד"ם חחו"מ סי' שס"ב שצ"ח ת"ה).

וכן פסק הרמ"א (שם סעיף ג), דבכל עניני מסים הולכין אחר המנהג הקבוע בעיר שעשו כן ג' פעמים אף על פי שהוא מנהג גרוע אין מדקדקים בעניני המסים.

ומיסים לצרכי דת אם גובין לפי ממון או לפי נפשות?

הנה היש"ש ב"ק (פ"י סי' מ"ב) סובר שלצורך מצוה או תורה מחשבים לפי גולגולת, שמצוה ותורה שווה לכל בין המרבה בין הממעט, ע"ש. אבל מדברי המרדכי פ"ק דב"ב (סימנים תע"ח תע"ט) משמע בהדיא שסובר שמחשבים בזה לפי ממון - עשיר לפי עשרו ויחליץ עני בעניו, מטעם שכל דבר שתלוי בממון ולא בסכנת נפשות אין מחשבין אלא לפי ממון.

והרמ"א פסק בסוף סעיף ג שבמקום שבני העיר מושיבין ביניהם מלמד תינוקות שאין אביהן של תינוקות יכול לשכור לבניהם ויצטרכו הקהל ליתן השכר, גובין לפי ממון, וכן בשכר החזן, וכן לבנין בית הכנסת גובין לפי ממון.

אולם באו"ח בסי' נג סעיף כג פסק הרמ"א שגובים לתשלום לחזן מחצית לפי ממון ומחצית לפי נפשות, ועיי"ש במחצית השקל שעמד

על סתירת דברי הרמ"א אהדדי, ותיירן דבחו"מ כתב לפי הדין, ובאו"ח כתב לפי המנהג, ונפ"מ במקום שאין מנהג שאזי יש לעשות עפ"י הדין ולגבות לפי ממון. ועיין בפת"ש (סק"ד) שה"ה שנוהגין שגובין שכירות של הרב וחזן ושמש חצי לפי הסכום וחצי לפי הנפשות. וכאמור עפ"י המחצית השקל, כל זה הוא דווקא במקום שיש מנהג, אבל במקום שאין מנהג אזי יש לעשות עפ"י הדין ולגבות הכל לפי ממון.

ועל דברי הרמ"א ששכירות מלמד (דהיינו מס חינוך) גובין לפי ממון, כתב הביאור הגר"א (ס"ק פ"ה) הטעם מפני שכ"ז בכלל צרכי העיר וצדקה. נלמד מדברי הגר"א שכל צרכי העיר החיוניים והדתיים נגבים לפי ממון, וכן כותב הפת"ש (סק"ז) בשם הצמח צדק. שבית חתנות ומקוה גובין לפי הממון, ואפי' לדברי מי שסובר שבחזן גובין חצי לפי ממון וחצי לפי נפשות, דחזן שאני, ע"ש מילתא בטעמא.

אבל בתשובת מהר"מ פדואה (סי' מ"ב), הובא בפת"ש (סקכ"ב), ויותר מפורש בספר נחלת שבעה (ח"א סי' כ"ז), כותב שנהגו לגבות כל הגביות של דבר שבקדושה בפרט שכירות ובנין בית הכנסת, חצי לפי הממון וחצי לפי מספר הנפשות, ומסיים שם הנחלת שבעה שכ"כ כל גאוני ק"ק פראג, ועוד שאר גדולים עמהם, דנוהגים לגבות כל דבר שבקדושה חצי על הערך וחצי לפי ראש הבית, ושמאחר שהוא מנהג כל ישראל וכתבו כן האחרונים דאין לך מנהג ותיקון וד"ת גדול מזה דיש לגבות כל דבר שבקדושה חצי לפי הממון וחצי לפי ראש הבית, פשיטא דאין לזוז מדבריהם וכל הפוסק כנגדם הוי כטועה בדבר משנה, ואין לקבוע מנהג כנגדם, ע"ש.

גם לענין מס בית הקברות לתיקונים ובניית חומה ודלתיים, מביא הפת"ש (ס"ק ז) בשם הזכרון יוסף שישלמו הוצאת קניית ביה"ק חצי על הערך וחצי על ראש הבית, ע"ש.

וכן בשול"ת אג"מ (חו"מ ח"א סי' מא): "הנה בדבר התשלומין לבנין מקוה טהרה לבנות ישראל יש לקבוע שיהיה חצי לפי ממון וחצי לפי נפשות שהוא הפשר שהנהיגו בכל עניני מצוה של הקהל וכדאיתא באו"ח סימן נ"ג סעיף כ"ג ברמ"א בשכירות ש"ץ ופי' שם הט"ז בס"ק י"ד הטעם משום שהעני צריך נמי לחזון כמו העשיר והעשירים נותנין יותר להחזן שקולו ערב יותר ע"כ עשו פשרא זאת. וכן הוא בכל עניני מצוה של הקהל ויש עיקר המצוה מה שא"א בפחות ויש נוי הדבר וכדומה שלכן איכא נמי פשרא זאת שעשו הקדמונים..." וכן פסק בציץ אליעזר [ח"ב סי' כב]

וא"כ להלכה מיסי סיפוק צרכים דתיים, כמו מקואות, רבנות, שחיטה, וכו', ע"פ הדין צריכים לגבות לפי ממון, אלא שכבר הוקבע מנהג מגדולי הדורות לגבות בזה חצי לפי ממון וחצי לפי נפשות.

נר אלוקים נשמת אדם

לתרומות לעלון ולהנצחות

ניתן להתקשר לטלפון:

052-7618781



מוקדש להצלחת ר' יצחק בן עקיבא ברוחניות וגשמיות

עמלת הוצאה לפועל

חלפן כספים החתים את לקוחותיו שאם הצ'קים יחזרו ולא יפרעו תוך 14 יום יעביר החלפן את הצ'קים לטיפול בהוצאה לפועל וכל ההוצאות יושתו על הלוקחות.

נפשו של החלפן בשאלתו האם יכול לחייב את הלוקחות בהוצאות עו"ד וכד' שייגרמו מחמת העברת הצ'קים ל"הוצאה לפועל"?

והנה באו לקוח חייב עצמו לשלם כל הוצאות כולל שכ"ט עו"ד ואגרות גביה, יש לדון האם מועילה התחייבותו מחמת דברי השו"ע סימן סא' סעיף ה' כשכתב ששטר שכתוב בו שיפרע הוצאות עד כפל אסמכתא הוא ואינו גובה!

וכתב הסמ"ע בס"ק יב' שהא דהווי אסמכתא דוקא בכה"ג דקיבל עליו כולי האי, וכמו אם אוביר ולא אעביד אשלם אלפא זווי הוא דהוי אסמכתא, אבל בחייב עצמו רק ההוצאות אין זה אסמכתא אלא אמרינן ביה כל תנאי שבממון קיים.

אך מה שיש לדון בזה דהקצה"ח סימן יד' סק"ב הביא דברי היש"ש דאפילו בסרבן דצריך לשלם הוצאות הוא אך ורק להוצאות סרבנות אבל שאר הוצאות כדי לגבות חוב, כגון שהולך עבורו למקום פלוני או שגר שליח אחר המעות, אינו משלם, **ואפילו כתב בכת"י לשלם לו כל הוצאותיו הוי אסמכתא ולא קניא**, אם לא שנעשה בקנין ובבית דין חשוב.

וכתב הפתחי חושן דיני הלוואה פרק ב' ס"ק ק': ונראה הא דהוי אסמכתא היינו בהוצאות שאינם ידועות מראש, אבל בהוצאות ידועות כגון שהסכימו שהמלוה ישלח שליח לקבל המעות ממקום פלוני והתחייב לשלם ההוצאות- מאי אסמכתא יש בזה? ופשוט שחייב לשלם אף שאינו אלא גרמא.

וממשיך הפתחי חושן ועפי"ז נראה למעשה שאם נתן לו ש'קים ע"מ להפקידם בזמן הפרעון והסכימו ביניהם שישלם לו ההוצאות פשוט דחייב לשלם, ודמאי ל"לך ואני אבוא אחריו" והלך אחד והשני לא בא דחייב לשלם לו ההוצאות.

וממשיך הפתחי חושן וכתב שאם היה אונס גמור, כגון שהיה חולה, פטור מלשלם, אבל אם נתן שיק שבשעתו לא היה לו כיסוי אע"פ שחשב שבינתיים יוכל לכסות אין זה בכלל אונס לפטרו.

העולה מהאמור: בשי'ק שחזר מהבנק מחמת "אין כיסוי מספיק" ובעליו משתמש מלפורעו יכול מקבל השי'ק לפנות להוצאה לפועל אך בעל השי'ק פטור מלשלם ההוצאות.

באופן שבעל השי'ק התחייב במפורש מתחילה לשלם ההוצאות הרגילות ההתחייבות תקפה.

ובאופן שסירב הנתבע לדון בדיני ישראל ובי"ד נתנו לו היתר לתבוע בערכאות והוציא הוצאות נחלקו בזה המחבר והרמ"א, דהמחבר ס"ל דאעפ"י שמתוך סירובו הוצרך להוליכו בערכאות אין חייב לשלם הוצאותיו והרמ"א נחלק עליו וכתב דחייב לשלם לו ההוצאות ומוסיף הרמ"א וכן נ"ל עיקר ובלבד שעשאו ברשות בי"ד.

וכתב הגר"א בס"ק ל' דנחלקו בסברת ההבדל בין גרמא לגרמי דהמחבר ס"ל דגרמי הוא שעושה בעצמו ובשעת מעשה בא ההיזק וכיון שבסרבן אין מעשה ההיזק בא מיד הו"ל גרמא ופטור והרמ"א ס"ל כריצב"א דבדבר השכיח קנסינו, וה"נ שכיח.

והנה יש להבין מדוע להרשב"א חייב לשלם ההוצאות בסרבן והלא גם בזה אינו אלא גרמא? והרשב"א בעצמו התייחס לשאלה זו וכתב וז"ל ואינו דומה להוצאות דפתיחא משום דבית דין מחייבין על סירוב לפניהם-דהיינו שזה דין מיוחד משום זילותא דבי דינא דיש לקונסו ובוזה לכו"ע חייב.

וא"כ בנידוננו בשיק שחזר מחמת חוסר כיסוי אין כאן סרבנות בזדון לדין תורה ואין כאן זילותא דבית דין אלא שיש היתר למוכר לפנות להוצל"פ דיש לומר דלרשב"א פטור מלשלם לו ההוצאות ותלוי במחלוקת המחבר והרמ"א- אך מכ"מ הרמ"א מסיים וכן נ"ל עיקר- ובלבד שעשאו ברשות ב"ד.

אך ברעק"א בגליון השו"ע כתב בשם היש"ש דבלא נקט רשות מבית דין אף היכא דאין צריך ליטול רשות כגון שנכתב לו בשטר שיכול לכופו בערכאות של גוים מ"מ א"צ לשלם לו הוצאותיו.

העולה מהאמור שבאופן כללי בשי'ק שחזר ללא התחייבות לשלם ההוצאות-דהקונה היכול לומר קי"ל כיש"ש דבעי היתר מפורש מבי"ד דפטור לשלם ההוצאות.

כתב המהרש"ם (ח"ג סי' סה') דבגביית שיק שחזר ולאחר כמה פניות לקונה שיכבד את השיק והקונה מתחמק ומשתהה מלכבד את השיק מותר למוכר לפנות להוצל"פ בכדי לגבות את השיק ואין בזה משום איסור ערכאות שהרי ההוצל"פ אינם דנים בגוף החיוב אם ישנו, אלא עוסקים בגביית חוב שברור שקיים, והוי כשוט ושוטר שממשכנים את החייב או מעקלים את חשבון הבנק שלו וכו' ובכך עוזרים לבעל החוב לקבל את כספו.

וא"כ פעולת הפניה להוצל"פ דמי לעביד איניש דינא לנפשיה, שמבואר בס"ד שמוותר לתפוס את כספו בחוב ברור, ואף ע"י עכו"ם כמבואר בתומים (שם ס"ק ה'),

והנה יש לדון אם הפונה יכול לחייב את בעל השיק גם בהוצאות הנלוות - אגרות הוצל"פ ושכ"ט עורך דין מדין גרמי.

והנה בעניין חיוב הוצאות משפט כתב המחבר בהלכות דיינים סימן יד' סעיף ה' וז"ל: המתחייב בדין אינו חייב לשלם לשכנגדו יציאותיו אעפ"י שגרם לו הוצאות, וה"מ דלא מסרב למיקם בדינא אלא שרוצה לדון בעיר אחרת, אבל אם היה מסרב לבוא לבית דין והוצרך התובע להוציא הוצאות לירד לדין, חייב לפרוע לו כל הוצאותיו שהוציא משעה שנעשה סרבן.

והנה הא דאין המתחייב צריך לשלם ההוצאות מבואר בגמרא סנהדרין לא: אמר רבי יוחנן התוקף את חברו לדין, אחד אומר נידון כאן ואחד אומר נלך למקום הועד כופין אותו והולך למקום הועד, ופריך רבי אלעזר אלא מעתה מי שנשה בחבירו מנה יוציא מנה על מנה?! אלא כופין אותו ודן בעירו. וכתבו התוספות ד"ה ויוציא וז"ל מכאן למתחייב בדין דלא משלם לאידך יציאותיו אעפ"י שהזקיקו לדון בעיר אחרת, וכ"כ ברא"ש שם והטעם שכיון שרשאי לכופו לדון בעיר אחרת אעפ"י שמרבה בהוצאות מ"מ כיון שבדין הוא עושה אין עליו לשלם.

ובמסרב לבוא לב"ד דחייב לשלם לו ההוצאות מובא בבית יוסף דמקורו מגמרא ב"ק דף קי"ב: שאם מסרב הנתבע לבוא לדין והעידו עליו עדים שהוא מסרב יש לו לשלם הוצאות שגר הסופר שיכתוב עליו שטר נידוי- וה"ה שאר הוצאות.