

עלון המשפט



ביה"ד "נתיבות חיים" שע"י מוסדות מענה שמחה י-ם בנשיאות הגאון הרב נפתלי נוסבוים שליט"א פנים מאירות 1 י-ם טל: 02-5023637

גליון חודש טבת ה'תשע"ז | 91

פסקי דינים

תוכן העניינים:

א | פסקי דינים - שכירות מטלטלין 2 - דיני השמירה ואם מותר לשוכר להשכיר

ב | תורת המשפט - נסיעה באוטובוס ללא תשלום

בשורה טובה לתושבי העיר בית שמש

שמחים אנו לבשר לתושבי העיר על פתיחת בית הדין

"נתיבות חיים"

שע"י קרית "משכנות יעקב"

בהרכב ביה"ד ישבו דיינים בעלי ניסיון של שנים רבות בבית הדין החשוב "נתיבות חיים" בירושלים.

דייני ביה"ד ישבו למתן יעוץ ברמת בית שמש רחוב נחל עין גדי 47 (ביהכ"נ משכן אליהו), ביום ראשון בין השעות 18:30-20:00

לקביעת דיונים בבית הדין, בירורים, או כל פניה אחרת, ניתן לפנות למזכירות בתי הדין, בין השעות 18:30-20:00 בטל: 02-502-3637 או בדוא"ל:

b.din@nesivos-chaim

הנהלת בית הדין נתיבות חיים

"עלון המשפט"

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

תגובות והערות ניתן לשלוח לפקס 02-502-3655

או בדואר אלקטרוני maanesimcha@gmail.com

להצטרפות למנויים לקבלה במייל, ניתן לשלוח מייל לכתובת:

alon.hebrew@gmail.com

הרב יוסף פליישמן שליט"א

שכירות מטלטלין 2

דיני השמירה ואם מותר לשוכר להשכיר

דיני השמירה

- השוכר חייב לשמור על המושכר "שמירה מעולה", ואף אם שמר כדרך שאנשים רגילים לשמור, אם היה יכול לשמור על המושכר בצורה טובה יותר השוכר חייב.
- אם היה סיכום ברור בין השוכר למשכיר על אופן השמירה, אין השוכר חייב לשמור יותר טוב מהמוסכם, ואם המושכר נגב פטור השוכר. ולדעת הרבה פוסקים אין צורך שיהיה סיכום ברור על אופן השמירה, אלא בכל מקרה שהמשכיר ידע מראש איך ישמור השוכר או אם יש מנהג איך השוכרים שומרים, אין השוכר חייב לשמור יותר מכך. ולכן במקום שנהוג לחנות

צינונים והערות

1. גדר השמירה בשו"ח הוא שצריך לשמור באופן שאנשים רגילים שומרים על חפציהם, אכן בשו"ש מבואר בגמ' (ב"מ צג, ב) ששמירה זו אינה מספיקה, אלא צריך לשמור "שמירה מעולה" דווקא, והטעם כתבה הגמ': "להכי יחייב לך אגרא לנטורי לי נטירותא יתירתא", וכן נפסק בשו"ע (שג, יא) "שאין השומר נוטל שכר אלא לשמור שמירה מעולה". והנה היות ששוכר דינו כשו"ש היה נראה שגם הוא חייב בשמירה מעולה, אכן המהרש"ך (ב, קסט והובא בקצות עב, ה) חידש גבי מלוה על המשכון שדינו כשו"ש לנניין גר"א שמ"מ אין דינו כשו"ש לגבי גדר השמירה וז"ל: "עד כאן לא אמרו... דבשומר שכר לא מהני ליה טעמא דמאי הוה ליה למעבד, משום דאמר ליה להכי יחייב לך אגרא לנטורי לי נטירותא יתירתא, אלא דוקא בנוהג לו שכר בהדיא בעד שמירתו, אמנם בנדון זה לענין משכון דלא חשבינן ליה לשומר שכר אלא משום פרוטה דרב יוסף כמבואר במקומו, בהא ודאי לא דיינינן ליה כהאיא שומר שכר דהתם", וכתב החת"ס (ח"מ טז) שליטת המהרש"ך גם שוכר אין עליו חיוב שמירה מעולה כיון שאינו מקבל תשלום על השמירה, ור"ל שזו שיטת הראב"ד (מובא ברא"ש ב"מ ז, טז, ועיי"ש שהרמב"ן חלק עליו).

אולם להלכה נראה שקיי"ל שאין חילוק בין שוכר לשו"ש. ראשית, הסכמת הפוסקים אינה כהמהרש"ך, כי המ"מ (שכירות י, א) כתב שהמהר"ק חלק עליו, והקוצה"ח (שם) ורע"ק א (גליון סי' עב, יב) הוכיחו שהתוס' והרשב"א חולקים על המהרש"ך אפילו בשומר אבידה (והרע"ק א כתב שהיא ראייה ברורה). גם הכנה"ג (הגב"י עב, כ) התקשה מאוד בדברי המהרש"ך, וכתב שגם המהרש"ך לא התכוון לפטור מגר"א אלא המלוה הראה ללווה את אופן השמירה והלווה לא מחה. שנית, אף אם נסכים לדעת המהרש"ך בדין המלוה על המשכון, מ"מ הערך שי (שז) פקפק בחידוש החת"ס וטען שגם המהרש"ך מודה ששוכר יל דין שמירה מעולה כשו"ש, שהרי מב' בגמ' (צג, ב) ד' שומרים ודיניהם שלשה" ושו"ר דינו כשו"ש, ואם נאמר ששוכר דינו שונה משו"ש בזה שהוא פטור כשלא שמר שמירה מעולה, א"כ יהיו ד' שומרים וגם דיניהם ד'.

2. ז"ל השו"ע (רצא, יז) "התנה הנפקד על מנת שלא אטמנם בקרקע וכן כל דבר ודבר שיניחנו עם שלו, הכל לפי תנאו", והגם שיש מיירי בשו"ח לענין פשיעה, מ"מ כיון שטעם הדין הוא משום "שכל תנאי שבממון קיים" כמש"כ הב"ח (רצא, כא), א"כ ה"ה בשו"ש ושוכר, והוא דומה למה שנפסק בשו"ש (שה, ד) "שו"ש... שהתנה ליפטור מגנבה ורצאה ומשבועה הכל לפי תנאו". ונראה שאפילו שואל שחייב באונסים יהיה פטור באופן זה, כי משמעות ההסכם היא שאם השומר ישמור כך הוא יהיה פטור, ואפשר לפטור שואל בדיבור בלבד.

3. מבואר בתה"ד (סי' שלג בביאור לדברי הגה"ה בשם המהר"ח) וז"ל "דכיון דידוע המפקד שאין הנפקד רגיל לשמור שום דבר כלל כי אם בענין זה, מעיקרא אדעתא דהכי קמפקיד", וכ"כ מהרש"ד"ם (סי' קלד) בדין שו"ש "שמעין דדיני שומרים לאו מילי פסיקתא ניהו אלא אית לן לאפוקי ולעילוי כפי אומד דעתא, והשתא מצנין למימר שכל מפקד בזמן הזה אינו מפקד אדעתא שהניפקד יעשה חומה גבוהה בריח ודלת' לשמור הפקדונות, שכבר ידע שאין לו שמירה אחרת אלא בבית שהוא דר בתוכה ומפתח, וכל המפקד אדעתא דהכי מפקד", והמש"ך והביא בין היתר את התה"ד הנ"ל וכתב "ואחר שאנו הולכים בתר אומדן דעת המפקדים שכבר יודעים שהשומרים אין להם מקום כל אחד אלא כפי מה שהוא, אין בין שומר שכר לש"ח בזה שום חלוק".

אכן הפרח שושן (ח"מ א, א) חלק על המהרש"ד"ם, והביא ראייה משני נידונים אחרים בדין שו"ש: א' אם שו"ש חייב בגניבה אפילו אם קרתה באונס, ב' אם אומרים בשו"ש ש"כל המפקד על דעת אשתו ובניו הוא מפקד". והפרח שושן סבר ששו"ש חייב בשני נידונים אלו, והבין שגם הרמב"ם והשו"ע נקטו כך, ולפי"ז כתב שגם כשהמשכיר ידע שהשומר ישמור באופן מסוים מ"מ חייב השומר בשמירה מעולה. אכן דבריו הם שלא כדעת הש"ך (שג, ד, רע"א הביא את הפרח שושן על גילון הש"ך) והיש"ש ועוד פוסקים שנקטו לעיקר ששו"ש פטור בגניבה באונס (ועיין להלן דין 8), וכן חלק על הש"ך (רצא, כז) שפסק שגם בשו"ש "ע"ד אשתו ובניו הוא מפקד".

4. כן פסק מהר"ם בן חביב (תשובתו הובאה בגינת ורדים ח"מ כלל א סי' א) "יש טעם לפטור לשו"ש מצד מנהג המדינה, דכל הפאטוריס הבאים להם סחורות שומרים הסחורות במגזיניש במסגרות והולכים בלילה ללון בביתם, א"כ כל השולח איזו סחורות לליגורנא ביד הפאטוריש שולח הוא שיהנוג בהם הפאתור כמנהג המדינה, וכשם דאם התנה השו"ש להיות פטור מגניבה ואבידה יכול להתנות כן ופטור הוא כמ"ש הטור ומרן בש"ע סי' ש"ה, המנהג לשמור או להקיף הסחורות הרי הוא כהתנה", וכ"כ בסוף התשובה שאפשר לסמוך על הטעם

ברחוב, וכן כשהמשכיר ידע שאין לשוכר חנייה נעולה, אין השוכר חייב לשמור יותר מכך, ואם נעל את הרכב ונגנב בלילה פטור השוכר⁵. וכן הדין בשוכר דירה שהשאיר את בלוני הגז כפי שהשאיר המשכיר

צינונים והערות

הזה לבד כדי לפטור, והסכים לו הגינת ורדים בתשובתו (כלל א תשובה ב) ד"ל "לנ"ד שכיון שידוע ומפורסם דבר זה לסוחרים שכך היא דרך שמירתם של הפאטורים, הנה כל השולח להם סחורות ע"ד שמירה גרועה זו הוא שולח, ואי הוא קפיד הרבה ורוצה שיעשו שמירה מעולה לסחורותיו כדן וכהלכה היה לו לפרש ולהודיע לפאטור וכיון שלא הודיעו איהו דאפסיד אנפשיה⁶. וכ"פ האבי העזרי וז"ל המרדכי (ב"מ רפ) "וכתב רבינו אבי העזרי דהכל תלוי לפי מנהג המקום כדאמר תלמודא והאידנא דאיכא טפוחאי כו", וכן הביא הפעמוני זהב (ס' שג) בשם הכ"ח (ח"א ס"ק ל) שרבינו פאס כולם הסכימו שאם הנפקד שמר על הסחורה באופן הנהוג שהוא פטור מוג"א. וכן פסק בשו"ת תשורת שי (ס' שפא) בשאלה דומה - והיינו במנהג מה מחייבים (ולא במנהג איך שומרים, והוא בנידון מקום שנהגו לפטור שו"ש מוג"א) ופסק שאפי' אם המנהג מבוסס על טעות בכ"ז השומר יהיה פטור, כיון ד"אפילו נמשך המנהג בטעות ורק המון עם בעצמם נהגו כן, מ"מ השומר אדעתא דהכי קיבל וגם הנותן נתן אדעתא דהכי דכיון דנהגו הוי כהנתנ".

5. דברינו הם שלא כפי מה שפסק בנתיב השכירות (כב, ד) לחייב השוכר, והוא הסתמך לגמרי על הפרח שושן הנ"ל והעלים עין מכל החולקים עליו, ולא נראה לפסוק כמוהו (ואף שהזכיר שרע"א ציין לפר"ש, אולם הרע"א אינו נוגע כלל לזה, כי רע"א ציינו רק לנידון גניבת אונס שהפר"ש חלק על הש"ך כנ"ל, וא"א ללמוד מזה שהסכים לכל דברי הפר"ש, ויותר נראה שאפילו לגבי גניבת אונס עצמו א"א להוכיח מציון רע"א לפר"ש שנטק לדינא להיפך מדעת המהרש"ל והש"ך, ובפרט שרע"א בעצמו בפירושו לב"מ לו, ב ס"ק יא) כתב שדעת השו"ע לפטור בגניבת אונס שלא כמש"כ הפר"ש).

והנה כבר הבאנו לעיל שהרבה פוסקים חולקים על הפר"ש, ועתה נרחיב יותר בדבריו. הפר"ש הביא ראייה לדבריו מהדין ששו"ש חייב גם אם התנמנם כדרך העולם, וטען "גם בעידנא דניימי אינשי חייב, ובדאי שמי שנתן לו לשמור ידע שצריך לישן שא"א לחיות בלא שינה ואדעתא דהכי נתן לו, ואפ"ה אמרינן דחייב, וטעמא דכיון שהוא שו"ש מזלו גרם להתחייב". וכנראה הוא למד שמדובר שהשומר גם כדניימי אינשי שהם שומרי שכר, אכן באמת נראה ששומרי שכר לא ניימי אז כיון שהם חייבים בשמירה מעולה ורק אנשים סתם ניימי אז, וכיון ששומרים לא ניימי לא הפקידו הבעלים ע"ד שינום השו"ש ולכן חייב.

ועפ"י היסוד שהניח ששו"ש חייב כיון שמזלו גרם, כתב הפר"ש (ד"ה ומ"ש אדעתא) לחלוק על המהר"ם בן חביב והגו"ר הנ"ל, שאפילו אם יש מנהג לשמור באופן פחות משמירה מעולה יהיה השומר חייב כיון שזהו מזלו, וכתב לחלק בין תנאי מפורש לבין מנהג, כי התנאי מועיל לעניין פטור השומר מעצם התשלום, אבל מנהג דינו כאילו התנו שיהא מספיק שמירה גרועה, ובה אף שהמפקיד הסכים לשמירה זו, מ"מ כיון שהחוב נובע ממזל השומר לכן הוא חייב. וכתב הפר"ש ששו"ש דומה לחברת ביטוח שמקבלת ע"ע חיובים אף באופן שאין הדרך לדרוש שמירה כזאת.

אולם היסוד הזה ששו"ש חייב בגלל ש"מזלו גרם להתחייב" נוגד לכאוף גמ' מפורשת, כי הגמ' כתבה בטעם הדין ששו"ש חייב כשהתנמנם משום ד"להכי יהי לך אגרא לנטורי לי נטירותא יתירתא", והיינו שחייב מכיון שהיה חייב לשמור ולא משום מזל, ואף שיש ראשונים (ראה בדין זה להלן הערה 7) שסוברים ששו"ש חייב בכל מקרה של גניבה אפילו אם קרה באונס - והיה אפשר לומר שטעמם הוא שמזל השוכר גרם, מ"מ מוכח מכל הראשונים לא כך, וכלהלך:

לדעת התוס' וסיעתם שפוטרם בגניבת אונס טעם הפטור הוא כיון שלא היה חייב לשמור יותר, וכמש"כ המרדכי (ב"מ רפ) על הר"י וז"ל: "ותימה גדולה היא דמה ה"ל למיעבד וכי תימא היה לו לשמור שם לעולם שלא יבאו הגנבים א"כ וכי לא יישן לעולם ולא ילך חוץ לאותו מקום", והיינו שכיון ששמר כמו שצריך הוא פטור. ולדעת הרמב"ן וסיעתו שחייבו גניבת אונס הטעם הוא גם מחמת חסרון שמירה ולא בגלל מזל, וכמש"כ הרמב"ן (ב"מ מב, א) "בשומר שכר לעולם אין להם שמירה עד שיהא יושב ומשמר", ואף לרשב"א שמחייב בנדרם מחמת אונס טעם החיוב הוא חסרון שמירה ולא בגלל מזל. ואפילו לר"י וסיעתו ששו"ש חייב בגניבת אונס גמור משמע במרד' הנ"ל שהטעם הוא שהיה צריך להעמיד שומר אחר במקומו. וגם אם נאמר בדעת הר"י והרשב"א שטעם החיוב הוא מחמת מזל, מ"מ א"א להוציא ממון על סמך שיטה זו, שהרי הש"ך והיש"ש פוטרם בזה וכ"פ הגו"ר (שג, ד), וגם לשיטת המחייבים, מ"מ לפי הרמב"ן והר"ן שפוטרם באונס הגוף א"א לומר בהפר"ש.

וכ"נ מהרדב"ז (ג, תקעג) שפטור שומר שהמפקיד אמר לו "עשה בשלי כבשלך" ולא חילק בין שו"ח לשו"ש. וכ"ד הפעמוני זהב הנ"ל שמיידי להדיא בשו"ש. וכן הד"ג (צה, טט) הביא שהזרע יעקב (כה) הסכים למהר"ם בן חביב והגו"ר ופסק שא"א להוציא ממון נגדם. גם העה"ש (שג, ז) פסק כן וז"ל: "וזהו דבר פשוט אם ידוע בעיר דרכי השמירה של שומרי שכר ושמר בשמירה זו דפטור אף לדעה ראשונה, דעל דעת כן מסר לו [מרדכי שם]". ועוד, שהרי הב"ח (ראה לעיל הערה 2) כתב שיסוד

ונגנבו הבלונים⁶.

3. נחלקו הראשונים [באופן שלא היה ידוע מראש איך ישמור ואין בזה מנהג] מה הדין בגניבת או אבידת אונס⁷, והיינו ששמר את המושכר

הפטור של מנהג הוא דין "מתנה שו"ח" ששייך בכל השומרים. וכן פסק המהרש"ך (ב, קסט) להדיא ששו"ש פטור באופן שהמפקיד ידע איך ישמור על החפץ ושתק, וז"ל "שאפילו תמצא לומר דהויא שומר שכר, כיון שרחל זו הראתה לשמעון מקום השמירה ונתרצה בו הוה ליה כאילו התנה בפירוש וכמו שכתבתי לעיל, והרי היא רחל פטורה". ולפי כל הנ"ל פשוט שהפסק של הנתיב השכירות תמוה מאוד (הוא מביא שהגרנ"ג הסכים לו, אבל שאלתי את הגרנ"ג וגם הוא סובר שהשוכר פטור).

(בנוסף לכל זה ייתכן שהפר"ש עצמו פטור בשוכר, כי הוא מיידי בשו"ש ולא בשוכר, ודעתו כדעת המהרש"ך שהובא לעיל (הערה 1) שמלוה על המשכון פטור משמירה מעולה, וא"כ ייתכן שלמד כהחת"ס (ראה לעיל שם) ששוכר דינו כמלוה על המשכון). 6. אם השוכר נעל את הבלונים ובכ"ז נגנבו יש לפטור השוכר מאותם טעמים שכתבנו בהערה הקודמת. ונראה שגם אם השוכר לא נעל את הבלונים אבל קיבל את הדירה מהמשכיר במצב שהבלונים לא היו נעולים, הגם שהיה יכול לשמור יותר טוב עם מנעול, מ"מ השוכר יהיה פטור, כיון שמשכיר המוסר דירה לשוכר עם בלונים לא נעולים אינו מצפה שהשוכר ינעלם, כיון שאינו נהוג ששוכר דירה משקיע כסף לצורך המשכיר, וגם אם יש כזה צורך דורש השוכר מהמשכיר שישלם את ההוצאה, ולכן אפשר לומר שמנהג השוכרים הוא שהשוכרים דירה עם בלונים לא נעולים אינם נעולים אותם.

בנוסף לזה, עצם העובדה שהמשכיר עצמו הסתפק בשמירה כזו לפני שהשכיר, היא הסכמה מצידו שהשוכר ישאירם באתו מצב. הגרנ"ג גולדברג (תחומין יח) הזכיר את הסברא השנייה והשאירה בצ"ע (הוא לא הביא כל מש"כ בהערה הקודמת), ובמקרה שהבלונים היו נעולים ובכ"ז נגנבו העלה סברא אחרת לפטור השוכר, והוא מטעם שיעלה כסף לשוכר להזיזו (במקרה שיש מקום להזיזו), ואין הרגילות ששוכר יסכים להוציא סכום נכבד להזיזו, ואף אם השוכר היה אומר מראש למשכיר שאינו מסכים להתחייב לשלם כדי להעביר את הבלונים למקום אחר היה המשכיר מסכים שישאירם במקומם, וא"כ סתם שכירות הוא כאילו התנו שהשוכר לא יזיז את הבלונים.

7. בדין גניבת אונס יש שלוש שיטות בראשונים (והזכירם רע"א בגיליון ס' שג סעי' ב): א', דעת הר"י וסיעתו שחייב בכל גניבה אפילו אם זה נבע מאונס גמור. ב', דעת הרמב"ן וסיעתו שהשומר חייב להיות יושב ומשמר ליד החפץ כל הזמן, אולם אם נאנס והפסיק לשמור מחמת כך פטור. ג', דעת התוס' וסיעתם שכל שהגניבה בגדר אונס פטור השוכר. ודין זה שייך בשני אופנים: א' שהשמירה עצמה הייתה מעולה (הגם שלא ישב ושימר) והגניבה הייתה באונס, וכגון שהניח בכספת טובה והגנב הצליח לפרוץ אותה, ב' שהפסקת השמירה הייתה באונס. ולהלן נבאר כל השיטות והסברות בזה.

התוס' בב"ק (נז, א ד"ה כגון) הביאו דעת הר"י ששו"ש חייב אפילו על גניבת אונס, וביארו "דכיון שחייב הכתוב שומר שכר בגניבה וסתם גניבה קרובה לאונס כדאמרינן בהשואל (צד, ב), סברא הוא דבכל ענין שתהיה הגניבה יתחייב מגזרת הכתוב אפילו באונס גמור, ואף על גב דבלסטים מזויין דהיינו שביה דקרא פטר בו הכתוב אף על פי שאין אונסו גדול יותר ודוחק". ולדבריו הסכים הרא"ש (ב"ק ו, ה) וביאר "והיינו טעמא, דכל גניבה קרובה לאונס כדאמרינן פרק השואל, הלכך אין חלוק בין שהאונס גדול בין שהאונס קטן", והביא שגם השאלות פסק כן וז"ל "אף על גב דאוקמה בדוכתא נטירותא ונגנבה או נאבדה חייב באחריותה, דבעי למיתב בהדה ביממא ובליליא", וכתב בסוף גבי שו"ש "לעולם הוא חייב בגניבה ואבידה אא"כ היה גופו שם ולא יכול להציל".

אכן התוס' בב"מ (מב, א ד"ה אמר) חלקו וכתבו "תמהון גדול הוא, למה לא יהא אונס אם העמיק בקרקע ק' אמות דמאי ה"ל תו למיעבד, או אם תקפתו שינה או חולי גדול, ואיך יתכן ששום גניבה לא נמצא שתהא אונס גמור כליסטין מזויין", והיינו ששו"ש פטור בשמר כראוי אפילו אם לא ישב ושימר או אם ישב ושימר אבל תקפתו שינה וכדומה, וכן הוא שיטת הג"מ (שכירות א, ג) בשם ר' חזקיה, ובמקו"א (שאלה ד, ה) בשם ספר המצות, וכ"ד הגהות מרדכי (ב"ק רו), ובמרדכי (ב"מ סי' רפ) בשם ספר המצות, וכן דעתו נוטה.

הרמב"ן (ב"מ מב, א ד"ה כספים) והרשב"א (ב"מ מב, א ד"ה כספים) פסקו כמו הר"י באופן א' לדעיל ששומר באופן טוב והגניבה הייתה באונס, אבל לא מטעמו של הר"י שגזר"כ שחייב בכל סוג גניבה, אלא בגלל שהתורה הטילה על השומר שיהא יושב ומשמר ועינו על המושכר כל זמן השמירה, וז"ל הרמב"ן "בשומר שכר לעולם אין להם שמירה עד שיהא יושב ומשמר", וז"ל הרשב"א "לעולם אינו פטור אלא ביושב ומשמר", והר"ן כתב "מסתברא דבשומר שכר יושב ומשמר בעינן", וכל שאינו יושב ומשמר הוא חסרון בשמירה (וכ"כ השאלות שהעתיקנו לעיל). וכיון שחייבו מטעם זה ולא מטעם הה"י, לכן יש נפק"מ בנייהם לדינא, כי הרמב"ן והר"ן (שם ד"ה אמר שמואל) פטרו באופן שהשומר נאנס ולכן לא שמר וכגון שקפצה עליו חולי, שהרי זה

באופן שלא סביר כלל⁸ שייגנב או יאבד⁹ ובכ"ז זה נגנב או נאבד, וכן באופן שהוא הפסיק לשמור מחמת אונס שקרה לו והמושכר נגנב או נאבד. י"א שאף באופנים אלו חייב השוכר ואינו פטור אלא אם ישב ליד המושכר והשיגח עליו כל היום, אבל הרבה פוסקים פטרו את השוכר¹⁰, ולכן אי אפשר להוציא מהמוחזק [שהוא השוכר, או המשכיר אם תפס¹¹], ואם יבואו לדי"ת יש מקום לפשר ביניהם¹². דוגמא לדין זה:

ציונים והערות

אם שכר רכב וקרתה לו תאונה והובהל לביה"ח, ולא הייתה לו אפשרות למצוא שומר לרכב, אם נגבו את הרכב א"א להוציא מהשוכר¹³.

מסירת חפץ מושכר או מושאל ליד אחר

4. השוכר או השואל חפץ מחבירו אסור לו להשכיר או להשאל את החפץ לאדם אחר¹⁴, וגם חפץ של מצוה אסור למסור ליד אחר¹⁵ אם אין מצוי בשוק כמותו והוא יכול להתקלקל¹⁶ - וכגון ספר נדיר או אתרוג

הש"ך (שג, ד), וגם הגר"א (שג, ד) פסק שהעיקר הוא דלא כהר"י, וז"ל "כל ראיותיהם אינן מוכרחין, וגם תוס' מסיים ודוחק, גם הג"מ חולק וכ' דכל אונס גמור פטור, וכ"פ ביש"ש ע"ש ס"א שהאר"ך בזה".

11. העה"ש (שג, ז) פסק שהוא ספד"ד, וכ"פ המהרש"ם (ב, ק) "וע' תשו' גו"ד הספרדי ח"מ כלל א' סי' א' וסי' ב' דהמוחזק יוכל לומר קים לי דבאונס גמור פטור".
12. בפרט אם לא ישב ושימר, כיון שלפי הרבה ראשונים והם הר"י וסיעתו והרמב"ן וסיעתו השומר חייב. וכ"כ הצדק ומשפט (סי' שג) שיש לפשר, וכתב הגר"נ גולדברג (תשובות מודפסות בספר דיני בוררות עמ' רסד) שאפילו אם קבלו קניין שהדיינים יכולים לעשות "פשרה הקרובה לדין" הדיינים לא צריכים להתניח לטענת "קים לי", ובמקרה הזה יש להתחשב ליחס בין הפוסקים המחייבים לפוסקים הפוטרים. וכן היה נוהג הגר"מ פיינשטיין (ראה לדוגמא חו"מ א, לה).

13. כיון שזה דומה למי שנרדם מחמת עייפות שלפי הרמב"ן והר"ן פטור, וכן לכל אלו הסוברים כתוס' בבא מציעא יהיה פטור. ומש"כ שאם היה יכול למצוא מישהו שישמור הוא חייב, כיון שזה דומה למה שהבאנו לעיל (הערה 7) מהמרדכי, ודומה לזה כתב המהר"ם שיק (חו"מ טו בסוף התשובה) שמה שפוטרים ב"קפץ עליו החול"י הוא דווקא כשלא היה לו זמן לסדר מישהו להחליף אותו.

14. מבואר במשנה (גיטין כט, א) "ואם אמר לו טול לי הימנה חפץ פלוני לא ישלחני ביד אחר שאין רצונו שיהא פקדוני ביד אחר", והגמ' למדה מזה "כאן שנה רבי אין השואל רשאי להשאל ואין השוכר רשאי להשכיר", וכן נפסק בשו"ע לענין שוכר (סי' שז, ד) "אין השוכר בהמה או מטלטלים רשאי להשכיר לאחר, ואם השכיר לאחר דינו כדן ש"ש שמסר לשומר אחר", וכן נפסק בשו"ע לענין שואל (שמב, א) "אין השואל רשאי להשאל, אפילו שאל ספר תורה שעושה מצוה בשאלתו אינו רשאי להשאל לאחרים", וכן אסור לשוכר להשאל לאחר וכמב' בתוספתא (ב"מ ג, א) "ולא השואל רשאי להשכיר ולא השוכר רשאי להשאל", והדין מוזכר בסמ"ע (שז, ה).

15. ברייתא בגמ' (ב"מ כט, ב) לגבי שאלה של ס"ת "השואל ספר תורה מחבירו הרי זה לא ישאלנו לאחר", והגמ' מפרשת "ספר תורה איצטריכא ליה מהו דתימא ניחא ליה לאיניש דתייעביד מצוה בממוניה קא משמע לן", והרמב"ם פסקו (שכירות א, ד) וז"ל "אין השואל רשאי להשאל, אפילו שאל ספר תורה שכל שקורא בו עושה מצוה לא ישאלנו לאחר, וכן אין השוכר רשאי להשכיר, אפילו השכירו ס"ת לא ישכירו לאחר שהרי זה אומר לו אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר".

16. בדין הגמ' שאסור לשואל להשאל ס"ת ולא אומרים "ניחא ליה לאיניש" שאל הריטב"א שהרי בעלמא אנו פוסקים "ניחא ליה לאיניש דתייעביד מצוה בממוניה" וא"כ למה בס"ת אין אומרים כך, ותיירץ "כיון דאיכא קפיא לקלקול הספר לא ניחא ליה, דהא יצא שכרו בהפסדו כי היום או מחר לא יהיה לו ספר במה ללמוד, אבל במידי דליכא שום חשש קלקול ודאי יכול לשאול שלא מדעת הבעלים למעבד מצוה, כגון אם מצא טלית או תפילין של חבירו בבית הכנסת וכיוצא בו רשאי להניחן שם ולהחזירן למקומן, ולא חשיב גזלן כששאל שלא מדעת בעלים", (והיינו שכוונת הגמ' במילים "קמ"ל" אינה שכלל לא אומרים "ניחא ליה", אלא רק שבמקרה שיש חשש קלקול אומרים שלא ניחא ליה).

הנמוקי" (ב"ב מד, ב דפי הרי"ף) הביא את הריטב"א לענין תפילין, והקשה עליו שהרי הגמ' לא חילקה בין ס"ת לשאר חפץ של מצוה, ולכן חלק עליו ואסר להשתמש בטלית ותפילין של חבירו בלי רשות. בתה"ד (סי' ק) פסק כריטב"א, והד"מ (או"ח יד, ב) הביא את הנמוקי" וכתב שהמנהג בזמנו להשתמש בטלית ותפילין שלאחרים, ויישב את המנהג ששאני ס"ת "שמא יקרע ולא ניחא ליה" (והיינו כמש"כ הריטב"א הנ"ל), והש"ך (עב, ח) הביא את דבריו והסכים לו. הב"ח (יד, ב) יישב אחת מהקושיות של הנמוקי", שכל ההיתר להשתמש בחפץ של מצוה של חבירו אינו אלא באקראי אבל לא באופן קבוע, והגם שהד"מ יישבו באופן אחר, המ"ב (יד, יג: תרמט, לד) פסק כמו הב"ח.

והנה בפנים כתבנו לגבי השאלה לאחרים שהדבר אסור רק במקום שיש חשש קלקול וכנ"ל, אמנם לכאן יש סיבה לאסור אפילו אם אין חשש קלקול כיון שבים של שלמה כתב (חולין ח, ג) "ואם מצא טלית מקופלת, אזי יכול לברך בלי רשות רק שיחזור ויקפלה כבראשונה, רק שלא יוציאה ממקומה כלל לא מביתו ולא מבית הכנסת אלא שם ילבש ויניח", והביאו דבריו ה"ט (יד, ו) והמ"ב (יד, יג) והמ"ב פירש הטעם "דאפשר שמקפיד עליו והוי גזל", ומדבריו היה נראה לכאורה שיהיה אסור לשוכר להשאל כל חפץ של מצוה אפילו כשאין חשש קלקול שהרי השני

מהודר¹⁷, ורק חפץ של מצוה שאין בו את החששות הנ"ל או חפץ סתם שהוא גדול באופן שקשה מאוד לגנבו מותר למסור לאחר, וכדין קרקע שנתבאר בעלון 86¹⁸.

5. אף שסתם אדם ששואל שלא מדעת בעלים דינו כגזלן¹⁹ ואפילו בחפץ של מצוה (ואם ידע מהאיסור הוא פסול לעדות)²⁰, מ"מ באופן

שהשוכר עבר על האיסור ומסר החפץ לידי אחר, נחלקו הפוסקים אם השני יש לו דין גזלן על החפץ או שנחשב לשומר רגיל והוא חייב עליו בדיני השמירה הרגילים²¹.

6. במקרה שהשכיר את החפץ לשוכר אחר באיסור, הסתפקו הפוסקים אם [הראשון] יכול לחזור בו תוך תקופת השכירות²².

צינים והערות

20. בריטב"א המובא בהערה 16 מדויק שגם בחפץ של מצוה הוא גזלן, אבל לכאורה היה נראה שהמרדכי (בבא מציעא סי' רסב) חולק, כי בנידון אם נפסל לשבועה אם עבר והשאלו כתב בשם האב"ה העזרי' ז"א על גב דאמר' פרק שני דב"מ מהו דתימא ניחא ליה לאיניש דמיתעביד מצוה בממוניה קמ"ל דלא, ה"מ לכתחלה אין לו להשאלו, אבל להחשב גזלן אם עבר והשאלו לא, אכן מהמשך המרדכי נראה שדיבר רק בשוגג שחשב שמוותר שאז אינו פסול לשבועה כגזלן, אבל אם עבר במזיד הוא נחשב שואל שלא מדעת שדינו כגזלן, וז"ל המרדכי בהמשך "ראיה לדברי רבינו אבי העזרי מפ' ז' בורר הנהו קבוראי דקבור נפשא בי"ט וכו', ומסיק דכשרים לעדות משום דקסברי מצוה קא עבדי", ומשמע מזה שלא דיבר אלא בשוגג, אבל אם שאל שלא מדעת במזיד נחשב לגזלן גם לשיטתו, וכ"כ מפורש בתה"ד (סי' ק) "ואין להביא ראיה אנידון דידן מפסק ראב"ה במרדכי פ' אלו מציאות שכתב דכל מאן דמכוין למצוה לא מיקרי גזלן אפילו שלא מדעת, דהתם קאי אגברא גופא דלא מיפסל בהכי לשבועה, אבל מ"מ דבר הגזול מיקרי ולא נפיק בהו", וכן לשון המ"ב (הנ"ל) "דוקא באותו מקום אבל להוציאו מביתו לבהכ"נ או איפכא אסור דאפשר שמקפיד עליו והוי גזל", וכ"כ העה"ש (י"ד, יב) שבמקרה שאסור לשאול ספר, השואל הוא גזלן.

21. מב' בגמ' (ב"מ לו, ב) דעת רבא ששומר שמסר לשומר חייב מהטעם שהבעלים יכולים לטעון שהשומר השני אינו נאמן עליו בשבועה. ולמדו מזה הראשונים (רי"ף (ב"מ כ, א), רמב"ם (שכירות א, ה) תוס' (ד"ה את מהימנת)) שאם נאבד מהשני באונס ויש עדים ע"כ והשני אינו נצרך לשבועה פטור הראשון. ומזה הוכיח הרי"ף (שם) שאף שאסור למסור לשני מ"מ אם עבר אין השני נחשב לגזלן, שהרי גזלן חייב גם באונסים. והרא"ש (ב"מ ג, ו) הביא דברי הרי"ף, אולם מאידך כתב הרא"ש (קיד. א, כ) שיכול לקדש אשה בטבעת שאולה רק אם "נתנו לו רשות להשאלה לאחר לקדש בה את האשה", ומשמע שאם עבר והשאלו נחשב השני לגזלן, אכן מכיון שהרא"ש הסכים לרי"ף וכנ"ל, כתב בתה"ד (א, רי) שע"כ שכוונת הרא"ש בטבעת שאולה היא רק "לומר דבענין זה שרי אפילו לכתחילה לקדש בה" אבל אינו מעכב, והביאו דבריו והסכימו לו ה"ב"ש (כח, מח) והאב"מ (כח, ו).

והנה הב"ח (א"ח הע"ז כח, טז ד"ה ומ"ש בשם) פירש את הרא"ש "כיון שאין השואל רשאי להשאל ה"ל קידשה בגזל דאינה מקודשת, מיהו דוקא לכתחלה אבל דיעבד הוי ספק מקודשת", והמחנ"א (שאלה ו ד"ה והב"ח) הקשה עליו דהא הרי"ף והרא"ש כתבו שאינו גזל אפילו אם לא נתן רשות להשאל. (ועיין הערה 24 איך המחנ"א הבין את הרא"ש). אולם גם הגר"א (כח, נד) חולק על תה"ד וסובר שדברי הרא"ש הם בדווקא, ואם לא קיבל רשות אינה מקודשת כי קדשה בגזל, וביאר הנצי"ב (משיב דבר, לג ד"ה וגם במש"כ) שלא קשה עליו ההוכחות שהבאנו לעיל מהא שהשומר פטור אם יש עדים שנאנס ביד השני, כי הם הוכחות רק שהשוכר הראשון אינו גזלן במה שהשכיר לשני את המושכר, אבל השוכר השני הוא גזלן כיון שהוא משתמש שלא ברשות. גם החזו"א (אהע"ז מ, ט) חלק על התנה"ד וטען שמבואר גם בתשו' וגם בפסקים שהרא"ש נוקט לדינא שהקידושין חלין דווקא אם הראשון קיבל רשות להשאל.

וגם בזה יהיה שונה שואל שמסר לשואל משואל שלא מדעת בחפץ של מצוה, כי בחפץ של מצוה הבאנו בהערה 16 מהפרישה שהשואל חייב במתה מחמת מלאכה, אבל בשואל שמסר לשואל פטור ממתה מחמת מלאכה, כמבואר בשו"ע "ואם השאלו לאחרים אפילו נתקלקל מחמת המלאכה ששאלו בשבילה חייב אלא אם כן יש לו ראיה שיכול ליפטר בה אילו היה בידו".

22. מבואר בגמ' ששומר שמסר לשומר הראשון יכול לשומר הראשון לחזור ולהוציאו מהשומר השני, ורק באופן שנתנינו לשומר השני היא זכות עבור הבעלים והשומר הראשון אמר לשון שמשמעה שהשומר השני יזכה בחפץ עבור בעליו, אז אין השומר הראשון יכול לחזור כיון שבעליו כבר זכה בו. וכ"ז בשומר, אבל בשואל ושוכר הסתפק המחנ"א (שאלה סי' ו ושכירות יט) אם יכול להוציאו מידי השני, כיון שיתכן שהראשון הקנה לשני את זכות ההשתמשות שלו, וכיון שהשני אינו נחשב לגנב אלא שהשוכרים עברו על דעת בעה"ב, זכה כבר השני והראשון אינו יכול לחזור בו. המחנ"א נשאר בספק, ומספק פסק שא"א לו להוציא מהשוכר השני לפי התוס' (ב"מ קג, א ד"ה פרדיסי) שנקטו שהשוכר הוא מוחזק נגד המשכיר בשכירות מטלטלין. (ולדינא נחלקו הפוסקים אם לפסוק כהתוס' הזה או כהתוס' ב"ב סא, ב החולק וסובר שהמשכיר הוא המוחזק). והיה נראה שלפי הנתי' (סי' יא) שפוסק שגנב שהקנה לאחר אינו יכול להוציא הגניבה מהקונה כיון שהקניין שביניהם חל, א"כ כ"ש בשוכר שהשכיר (ובפרט לאלו הסוברים מנסגג שהחפץ אינו כגזל אצל השני וכנ"ל דין 2), ואפילו החולקים על הנתי' (עיי' מילואי משפט אות 243) יכולים להסכים כאן,

יעבירו ממקומו, אולם באמת אי"ז טענה נכונה, כי המהרש"ל אסר להעביר את החפץ ממקומו רק באופן שהבעלים הניחוחו שם ויש לחוש שאינו רוצה שיעבירוהו למקו"א, אבל כשהבעלים השכירוהו כבר לאחר בזה לא אסר המהרש"ל להוציאו מרשותו של השוכר כי לא הראה שרצונו שיהיה דווקא בבית השוכר, והוא דומה לחילוק המ"ב שפסק (תרמט, שעה"צ ל) שאם לקח אתרוגו של חבירו שלא מדעתו על סמך סברת "ניחא ליה לאיניש" אסור לו להשאלו לאחרים, אבל אם בעל האתרוג נתן לו רשות פסק השו"ע (תרנח, ה) שמוותר לראשון לתתו לאחרים מכיון ש"ניחא ליה" לבעלים, ומשמעות השו"ע היא שמוותר להעבירו לאחרים אפילו אם הם אינם נמצאים במקום שנמצא בו הראשון (וכן הבין העה"ש תרנח, ד). וכמוכן שאם יש סיבה לחשוב שהמשאל מקפיד שהשוכר לא ישאל חפץ של מצוה שיהיה אסור להשאלו בכל אופן וכמש"כ המ"ב (תרנח, כח), וזה דומה לפסק העה"ש (י"ד, יב) שהגם שאומרים "ניחא ליה" בכ"ז אם הבעלים הכניס את הטלית לתא האישי שלו אסור לשאול אותו, כיון שבעל הטלית הראה קפידא במה שהכניסו לתאו.

יש לציין שהפרישה חידש (ס"ס שמב) שאפילו כשמוותר להשתמש בחפץ של מצוה של אחר בגלל שניחא ליה, מ"מ השואל חייב במתה מחמת מלאכה, והוא מובן מאוד למש"כ הרמב"ן (הובא בב"י סי' שמ, ה) "דשואל ודאי חייב באונסים אבל לא בפשיעה דמשאל, וכאן משאל פשע בה שהשאלה למלאכה והיא אינה יכולה לסבול אותה וכגון שמתה מחמת אונצא דמלאכה", והיינו שטעם הפטור במתה מחמת מלאכה הוא משום פשיעת המשאל, אבל לולא זה היה השואל חייב, וא"כ באופן זה שהמשאל לא פשע והשואל שאל שלא מדעתו אין סיבה לפטור השואל. וטענה זו שייך גם לפי הטעם של הרשב"א (צו, ב ד"ה אפילו מתה) בפטור מתה מחמת מלאכה "דודאי מאן דמשאל פרה לחברו למלאכה מידע ידע דעבידא לאכחושי בבשרא דלאו לאוקמה בכילתא שאלה, ואפ"ה לא שם ליה מעיקרא בכחשא, וכיון דלאו בכחש קפיד אף במתה מחמת מלאכה נמי לא קפיד, דמה לי קטלה כלה מ"ל קטלה פלגא", וכאן שלקחו מעצמו לא הראה הבעלים שאינו מקפיד בזה.

אכן אף אם השואל משלם עבור האונס, מ"מ בדבר שיש בו דין "שלך" וכמו באתרוג, אם בגלל שמתה מחמת מלאכה אין השואל מחזיר את החפץ שהמשאל רצה לצאת בו, לא יצא השואל ידי חובת המצוה, כיון שאינו מחזיר את החפץ עצמו לבעלים, וכמו שפסק המחבר באתרוג (תרנח, ד) "ואם לא החזירו לא יצא אפילו נתן לו את דמיו ואפילו נאנס מידו", וכן פסק המשנ"ב לענין ציצית (י"ד, יב) "נ"ל פשוט דאם נתקלקל הטלית או אחת מציציותיה אצל השואל, אף שהיה ע"י אונס ולא החזיר לו כמו שלקחה אינו יוצא בהמצוה, עיין בסימן תרנ"ח סעיף ד' ובחדושי רע"א שם", ולפ"ז גם אם לא נקבל את חידושי הפרישה ונאמר שגם שואל זה פטור במתה מחמת מלאכה מ"מ לא יצא ידי חובת המצוה.

17. ונראה שהגם שבזמן הגמ' היה אסור להשאל ס"ת בגלל שיכול להתקלקל וכנ"ל, מ"מ בזמננו לא שייכת סיבה זו, כיון שהיום לא לומדים בס"ת כמו בזמן חז"ל ואין את החשש שהספר יתקלקל מרוב שימוש (וכמש"כ הריטב"א הנ"ל "היום או מחר לא יהיה לו ספר במה ללמוד"), ועוד, שאף אם נחשוש לקלקול מ"מ כיון שס"ת מצוי בשוק לקנות היה נראה שמוותר להשאלו לאחר, ורק בספר שאינו מצוי בשוק או ספר שבעליו כתב בו הגהות יהיה הדין שהשוכר אינו רשאי להשאלו. אכן מצד שני ייתכן שכיון שהיום בדר"כ מקפידים לא להשאל ס"ת לאחר עקב יקרותו, א"כ אף שמצד קלקול היה מותר להשאל, מ"מ קפידת הבעלים יש שלא למסור לאחר ושוב יהיה הדבר אסור, וכן ייתכן טעם נוסף לאסור, אם הס"ת הוא מהודר מאוד ואין מצוי בשוק לקנות כמותו, ולכן צ"ע מה דין ס"ת בזמננו. ושאלה זו נוגעת הרבה בשמח"ת שהרבה בתכ"נ שואלים ס"ת מבתכ"נ אחרים להקפות, ויש לדון האם הגבאים צריכים לשאול רשות מבעל הס"ת, כי בדר"כ אין הבעלים תורמים את הס"ת לביהכ"נ אלא משאילים אותו כדי שיצאו מצות כתיבת ס"ת לפי כל הפוסקים (עיי' פת"ש י"ד רע, ג). בנוסף להנ"ל צ"ע אם כלל ישנה סברת "ניחא ליה" בשאלת ס"ת רק להקפות, ואולי להרבות קרואים לס"ת הוא כן נחשב דבר מצוה.

18. הרשב"א (א, אלק קמה) למד מהגמ' שבמקום שאין חשש הברחה מותר להשאל לאחר, כיון שהגמ' התירה לשוכר ספינה להשכירה לאחר, והוא הגדיר את ההיתר "ולא אמרו אין השוכר רשאי להשכיר ואין השואל רשאי להשאל אלא במטלטלין, והמטלטלין שאין דרכן של בעלים להשתכר ולהשאל עמהם מפני שאפשר להבריחם ואינו רוצה שיהיו מטלטלין אצל אחרים", (אמנם הרמב"ם (שכירות ה) הבין שטעם ההיתר בספינה הוא בגלל שבעליו נמצאים עמו). ועיין בעלון הנ"ל שההיתר של הרשב"א אינו כי אם במקום שאין חשש לקלוקל.
19. "שואל שלא מדעת גזלן הוא" כמבואר בגמ' (ב"מ מג, ב) ונפסק בשו"ע (שנט, ה).

7. לדעת הפוסקים הנ"ל [דין 2] שהחפץ אינו נחשב כגזל ביד השוכר השני²³, הסתפקו הפוסקים אם הבעלים יכול להוציא את החפץ מידי השוכר השני תוך תקופת השכירות של השוכר הראשון בטענה שאין רצוני שיהא פיקדוני ביד אחר²⁴.

מסירה לידי אדם מוכר לבעלים

8. אם הבעלים ראו את נתינת החפץ לשני ולא מיחה²⁵ ובעל החפץ

ציונים והערות

מכיר את השוכר או השואל השני²⁶, לכל הדעות אין לבעלים או לראשון זכות להוציא את החפץ מידי השני, כיון ששתיקתו מראה על הסכמה מצידו, וי"א שהוא הדין אף אם לא נמסר בפניו אלא שהודיעו לו אח"כ ושתק²⁷.

9. מותר לכתחילה למסור את החפץ לאדם שהבעלים רגילים להשאיל לו חפץ זה²⁸, ולכן מי ששאל ספר מגמ"ח או מספרייה ציבורית, מותר לו

נאמר שתם שאלה שלושים יום, אבל אם השאלו לאחר יכולים הבעלים להוציא מהשני גם לפני כלות השלושים יום.

25. מקור הדין הוא במר' (ב"מ ס' רעג) שכתב "ושומר שמסר לשומר לפני בעל הפקדון ולא מיחה ונגנב או נאבד, פסק בספר המקצועות דלישבע שני דלא פשע וגם ליתיה ברשותיה ונפטרו תריוהו, דכיון דלא מיחה בו לא מצי למימר היאך לא מהימן לי", וכדבריו פסק הרמ"א (רצא, כו) "שומר שמסר לשומר לפני המפקיד ולא מיחה פטור", וביאר הדברי מלכיאל שהגם שבהרבה מקרים לא פוסקים שתיקה כהודאה וכמש"כ התומים (פא, ז, ט, ז), מ"מ בנידון זה פוסקים כן בגלל שיש לבעל החפץ סיבה למחות מטעם ש"אין רצונו שיהא פקדונו ביד אחר", ואפ"ל אם השני מקבל אחריות על החפץ בכ"ז "ניחא ליה בשלו". גם הדברי ריבות (תשו' ריח ד"ה ומצינו בגדולה) הביא את המרדכי, והוסיף שאפ"ל אם אצל השומר השני תהיה שמירה פחותה וכגון ש"ש שמוסר לש"ח, בכ"ז אם נעשה בפני הבעלים יהיה הראשון פטור, כיון שנראה משתיקת הבעלים שהסכים גם לזה. ועל סמך דין הזה פסק הדברי הלל (ח"א ס"ס כז) במקרה שאחד קידש את אשתו בטבעת ששאל מהעד, שהגם שהמקדש לא קיבל רשות מהעד להשאיל הטבעת היא מקודשת בוודאי, כיון שהעד שתק ולא מיחה והאשה נהנתה מהקישוט בטבעת.

26. כ"כ בספר משפטים ישרים (א, רכט) על דין המרדכי הנ"ל, וביאר בטעם הדין שאם בעל הכלי אינו מכיר את השני ע"כ הוא סומך על השוכר הראשון ולכן יהיה לשוכר הראשון דין ערב.

27. המהריק"ש (אהלי שם תשו' מו) הוסיף על דברי המר' שגם אם הראשון הודיע לו אח"כ ששתק אפשר לומר ששתיקתו כהודאה, אכן הדגול מרבבה (הובא בפת"ש רצא, טו) תלה הדין במחלו' הפוסקים במש"כ הרמב"ם (שלוחין ה, א) והובא בשו"ע (קעו, י) "המשתתף עם חבירו בסתם לא ישנה ממנה המדינה... עבר ועשה שלא מדעת חבירו ואח"כ הודיעו ואמר לו עשיתי כך וכך והסכים למעשיו הרי זה פטור", והביא המל"מ (והביאו הגרע"א) שנחלקו הרבה פוסקים בכוונת הרמב"ם אם צריך הסכמה מפורשת דווקא או שדי בשתיקה, וכגון הסמ"ע (קעו, לד) והביא דבריו גם הנת"י חיד. (כו) שכתב ש"בשתיקה בעלמא לא אמרינן בזה דשתיקה כהודאה דמא, דהא י"ל דשתק מאחר דכבר עשאוהו ולא היה בידו לשנות", והגם שנקט לשון "ולא היה בידו לשנות" שמשמע שהיינו דווקא באופן שאינו יכול לחזור ממה שנעשה, מ"מ ע"כ שהלשון לאו דווקא כי בדין של הרמב"ם כלול הרבה אופנים שאפשר לשנות אח"כ. גם הערה"ש (רצא, מז) פסק ששתיקה אח"כ אינו מועיל, וכתב שמקורו הוא הסמ"ע הנ"ל.

(והנה הלחם רב (רכב, סד"ה סיני) טען שבמקרה שלו אין הוכחה משתיקת הבעלים כששמע - שהבעלים מרשה למסרו לשומר אחר, כי אולי שתק מכיון שידע שהשומר פושע במה שמוסרו לאחר ועו"ל האחריות תהיה על השומר גם באונס, ולכן אין שתיקתו מוכיחה על הסכמה, אולם, אין הוכחה מדבריו שחלק על המהריק"ש, ואדרבא, משמעות הלחם רב היא שבעלמא סכים לו, כי טענת הלחם רב שייכת רק לפי אב"י, והלחם רב טען כן רק בנידונו שהשומר היה התובע והביא מהר"ם שפסק שמשפך א"א להוציא ממון אם לפי אב"י הוא פטור, אבל בעלמא אין הסיבה הזאת קיימת כי השומר הוא הנתבע, והמשמעות היא שסכים שבד"כ השתיקה מהווה הסכמה וכמהריק"ש).

28. לענין שומר מב' בגמ' (ב"מ לו, א) שגם למ"ד שומר שמסר לשומר חייב, מ"מ אם מסר למי שהבעלים רגילים להפקיד אצלו פטור, ואפילו לאב"י שסובר שטעם החיוב בשומר שמסר לשומר הוא משום טענת "אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר" כאן אין טענה זו, ומוכח מזה שמותר גם למסור לאדם כזה לכתחילה כיון שכל הטעם שלכתחילה אין למסור הוא בגלל שאין רצונו שיהא פקדונו ביד אחר. וכ"כ רש"י (ד"ה הוה מפקדי) במפקדי אצל מי שהבעלים רגילים להפקיד אצלו "דלא מצו אמרי ליה אין רצונו שיהא בידה", וכ"כ הרשב"א (גיטין נב, א ד"ה הא) "וכאותה שאמרו במציעא פרק המפקדי (ל"ו א') גבי סבתא שאני התם דכל יומא ויומא גבה דסבתא הוו מפקדי, כלומר וכאילו נתן לו רשות להפקיד אצלה", וכ"כ הריטב"א (ב"מ לו, א ד"ה דכל יומא) "דכל יומא ויומא הוו מפקדי גבי ההיא סבתא, פירוש דמעתי לא יכלי למימר אין רצונו שיהא פקדונו אצלה".

ולענין שוכר ושואל מב' בש"ך (שמב, א) "ואם המשאיל רגיל להשאיל לאותו אחר פטור כשישבע האחר", והחכמת שלמה (שמב, א) הוסיף שמותר אפ"ל לכתחילה, והש"ך הכריע שדי אם דרכו להפקיד אצלו אפ"ל אם אין דרכו להשכיר לו (אבל גם לא הקפיד שלא להשכיר לו). וכ"כ בשו"ע הרב (שאלה סעף א) "ואם דרכם להאמין

כי טעמים הוא שהגנב אין לו מספיק בעלות כדי להקנות הגניבה לאחר, אבל שוכר שמשכיר רק מעביר את זכות ההשתמשות שקנויה לו.

23. כי אם הוא גזל בידו פשיטא שבעל החפץ יכול להוציא ממנו כמו כל גנב שיכול להוציא הגניבה מיד הגנב.

24. גם בזה הסתפק המחנ"א (שם ושם), הוא הביא (שאלה ו) את בעל העיטור (אורח פקדון) שאחר שהביא את הר"ף שהשני אינו נחשב לגנב המשיך "ומיהו סברא דרבותא אם עבר והפקיד או השאיל לאחר יכול לחזור בו משום טעמא דאין רצוני שיהא ביד אחר (אא"כ הראשון הוחזק כפרן שאז ניחא ליה לבעל החפץ שיהיה ביד השני ואין לו טענה להוציא ממנו)", והמחנ"א ר"ל שבזה נחלקו הראשונים גבי מקדש אשה בטבעת שאולה, שהנה הרא"ש התנה שאם קידש בטבעת שאולה אין הקידושין חלים אא"כ נתן המשאיל רשות להשאיל את הטבעת, והמחנ"א הסביר בדת הרא"ש שהטעם שבלי רשות אין הקידושין חלים אינו משום שהטבעת נחשבת לגזל אצל האשה, שהרי הרא"ש הסכים לר"ף שאינו נחשב לגזל, וע"כ שטעמו הוא משום שהמשאיל יכול להוציאה מהאשה (וכתב שלפ"ז התנאי הזה מעכב גם בדיעבד ודלא כה"ד שהבאנו לעיל הערה 44), והפוסקים (בעל העיטור ור"ש) המובאים בטור שלא התנו כן סוברים שבעל החפץ אינו יכול להוציא מהשני אפילו אם השאיל בלי רשות. ולדינא סתם המחנ"א א"ע, כי בהל' שאלה פסק שהעיקר הוא שבעל החפץ יכול להוציא, ובהל' שכירות פסק שהעיקר שא"א להוציא.

גם רע"א (ס' קכב) הסתפק בזה, הוא נשאל אודות בחור שהביא כרים לשיבה והשאילם לבחור אחר, ואח"כ טען שאביו לא נתן לו רשות להשאילם לאחר ולכן רצה לחזור מהשאלה, ורע"א ר"ל שהשאלה שווה לגבי הבעלים ולגבי השואל הראשון אם הם יכולים להוציא מהשואל השני, ורצה להוכיח שאינו יכול מהדין הניח להם אביהם פרה שאולה (לנת' שמא, ג ראייה זו נופלת), אבל טען שזה נסתר מתשו' הרשב"א (א, אלף קמה, הובא בב"י ס' שמב) שכתב שהטעם שהיורשים יכולים להשתמש בפרה שאולה הוא בגלל שזו הייתה דעת המשכיר, אח"כ (ס' קכג) קיבל תשו' מבן דודו שהוכיח שא"א להוציא מהתנה"ד (הנ"ל הערה 21) שכתב בדת הרא"ש שבדיעבד אין החפץ נחשב כגזול ביד השני, וע"כ שבעל החפץ (וה"ה המשאיל) אינו יכול להוציא מהשואל, והסכים רע"א (ס' קכד) לראיה זו, ובמקו"א (תשו' חדשות חו"מ ס"ס ד) כתב רע"א שהוא מסופק, והבית מאיר הסכים לראיה מפרה שאולה שא"א להוציא מהשני. מאידך, הנתיה"מ (שמא, ג) היה פשוט לו שאפשר למשכיר להוציא מיד השני, ולכן התקשה למה היורשים יכולים להשתמש בפרה כל ימי השאלה, והעמיד הגמ' באוקימתא, והערך שי השיג עליו.

הדברי חיים (שומרים כ, ד"ה ולכאורה אם נאמר) רצה להוכיח שהמשכיר אינו יכול להוציא מהגמ' (ב"מ צו, ב) "אגרא פרה מעלמא והדר נסבא" והיינו שהבעל יכול להשתמש עם הפרה שאשתו שאלה לפני הנישואין, וכתב הפרישה (שמו, כ) שלפי המגיד משנה האשה אינה יכולה להכריח אותו לקבל אחריות או למנוע ממנו להשתמש, וגם הוכיח שבעל הפרה אינו יכול למנוע מהבעל להשתמש, ומוכח מזה שא"א לבעלים להוציא מהשואל השני, והוא נדחק ליישב הראיה בטענה שכל מי שמשאיל לעלמה הוי כאילו הסכים שהיא תיתן לבעלה להשתמש אם תינשא תוך תקופת השאלה. הדברי חיים (שם, ד"ה ולפ"ז נראה) גם הביא את דברי המחנ"א הנ"ל שכתב בדת הרא"ש שהטעם שאין לקדש בטבעת שאולה בלי קבלת רשות הוא בגלל שבעלים יכולים להוציא מיד השני הגם שאינו גזל בידו, וטען שגם לפי דבריו, אם הבעלים לא הוציאו מידי האשה והיא נהנתה מהחפץ היא מקודשת, כיון שסוכ"ס נהנתה מהמקדש, ולהבנתו כל הזכות שיש לבעלים להוציא החפץ מהשני הוא למנוע חיש פשיעת השני, אבל מצד גודי הבעלות יש לראשון זכות להעביר הטבעת לאחר, ולכן אף שהאשה לא הייתה בטוחה שלא יוציאו ממנה הטבעת, מ"מ כיון שידעה שמדובר בטבעת שאולה ונהנתה היא מקודשת.

אמנם בשיעורי ר' שמואל (ב"מ פ"ב ס' נז, ס"ק ג) כתב טעם אחר למה יכול הבעלים להוציא מיד השני, והוא שהראשון קיבל רק זכות השתמשות אבל לא זכות להשאיל, ולפ"ז לא הייתה לבעל את הבעלות להעביר הטבעת לאשה, וא"כ אף אם נהנתה לא תהיה מקודשת. גם החזו"א (אהע"ז מ, ט) היה פשוט לו בסברא (וכן הכריע לדינא בסוף מכוח הוכחות שהביא מהרא"ש במקומות אחרים) שהמשאיל יכול להוציא מיד השני כיון שלא הייתה לראשון זכות השאלה, ולכן אין לשני זכות להחזיק בחפץ בניגוד לדעת הבעלים, כיון שלא קיבל מעולם זכות החזקה בחפץ, והיא סברת ר' שמואל. האבנ"מ (כח, נ) מחלק שאם הראשון שאל לזמן מסוים אין הבעלים יכולים להוציא מיד השני לפני כלות תקופת השאלה, אבל אם השאיל בסתם, אפילו אם

להשאיל את הספר לאדם אחר²⁹ שזכאי לשאול מהגמ"ח או הספרייה³⁰, ואפילו אם צריך לשלם סכום סמלי לגמ"ח³¹ או דמי מנוי לספרייה והשני לא שילם³².

10. אם יש סיבה לחשוב שהבעלים הפסיקו לתת אימון בשני אסור למסור לו את החפץ³³.

זכות הרווחים של השכירות השנייה

11. במקרה שהיה מותר לשוכר להשכיר [וכגון שקיבל רשות מפורשת] ועשה רווחים מפערי השכירות, מקבל השוכר את כל הרווח³⁴ וכמו הדין בקרקע³⁵. אכן אם השוכר השאיל את החפץ לאחר [בהיתר] ונאנס ביד השני, אף שמצד חיוב השוכר לבעלים

הבעלים אינם אמורים לקבל תשלום, מ"מ לרוב הפוסקים משלם השואל לבעלים ולא לשוכר³⁶. לדוגמא: שוכר רכב שהשאילו לחבירו [שאינו מבני ביתו]³⁷ והרכב הוזק באונס, חייב השואל לשלם לבעלים.

12. אם השוכר השכיר את החפץ באיסור, מקבלים הבעלים את הרווח מפערי השכירות³⁸.

זכות השתמשות במושכר לבני חסותו של השוכר

13. הגם שבדרך כלל אסור לשומר למסור את החפץ לשומר אחר במקומו, מ"מ מותר לו למסור את החפץ לשמירה ע"י בני ביתו שגרים אתו או שסמוכים על שולחננו³⁹. והוא הדין לזכות ההשתמשות בחפץ השוכר [או המשך בעמ' 8]

ציונים והערות

(עיי"ש) ו"כ"כ הריטב"א (שם ד"ה והשואל משלם) "הא פריך בגמ' ממתני' לר' יוחנן דסבר דיכול לומר אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר ופריך לה כשאמרו בעלים לשוכר השאילה לדעתך, אבל אליבא דהלכתא מתני' כפשוטה", ולא קשה כלום על הנמוק". והנה השר"ע (שז, ה) הביא את דין המשנה ש"השוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר ומתה" שהרווח לבעלים, ופירש הסמ"ע (שם, ה) "אם עבר על ציווי חכמים והשאילה לאחר", והיינו שלא העמיד הדין באוקימתא של הגמ', והש"ך (שז, ב) טען עליו "ולחנם דחק, אלא מייירי בשנתן לו רשות להשאיל כשירצה, והכי איתא בש"ס". ונחלקו האחרונים בכוננת הסמ"ע, האמרי ברוך [גליון הש"ך ס"ק ב] העיר על הש"ך שהגמ' שהביא היא רק לפי אב"י, והבין שהסמ"ע ר"ל שלרוב שההלכה היא כמותו אפשר להעמיד המשנה גם כשלא קיבל רשות, אבל אה"נ שלדינא אין חילוק אם קיבל רשות או לא, [ולפי"ז אכן קשה קושיית האחרונים], אבל המהרי"א הלוי (ב, עז) והחלקת יואב (תנינא טו ד"ה ודע דמאוד לפלא) הבינו שכוננת הסמ"ע היא שלדינא לא פוסקים האוקימתא של "נתן לו רשות" שנאמרה לדעת אב"י וכנ"ל, ואז קושיית האחרונים קשה רק על הש"ך ולא על הסמ"ע.

ולדינא, לדעת הסמ"ע לפי המהרי"א הלוי והחלקת יואב הנמוק"י נכון להלכה גם באופן שהשוכר השאיל ונאנס אצל השואל שהרווח לשוכר. והחלקת יואב הביא שהפשט של הסמ"ע [להבנתו] מבואר להדיא בנמוק", כי הנמוק"י ביאר א"ע (שם) "ולא דמי לפרה דר' יוסי שאין השוכר רשאי להשכיר וכל שכן להשאיל", ונמצא לפי דבריו שקושיית הקצות וכו' אינו קשה כלל על הנמוק"י עצמו אלא רק על השר"ע לפי הש"ך, ואדרבא, מהנמוק"י ניתן ללמוד שהחילוק של הקצות בדבריו אינו נכון. ועכ"פ הדין שכתבנו בפנים שהשוכר מקבל את הרווח מפערי השכירות הוא נכון לכו"ע, והנפ"מ תהיה רק באופן שהשוכר השאיל ברשות ונאנס אצל השואל, שלפי הקצות הרווח לבעלים ולפי הנמוק"י הרווח לשוכר.

35. כמו שהבאנו בגליון 86 דין 8. 36. ראה בהערה 34 שלפי משמעות לשון הנמוק"י וכן הבין החלקת יואב בדבריו הרווח לשוכר, אבל לש"ך, ולאמרי ברוך גם לפי הסמ"ע, וכן לפי הקצות והמחנ"א אפילו לנמוק", הרווח לבעלים ולא לשוכר.

37. כי כשמוסר לבני ביתו [בהיתר] הם לא נחשבים כשואלים ממנו, אלא הם כלולים בשכירות שלו עצמו - לפי ביאור הרשב"א (לו, א ד"ה אבל משמו) בדעת ר"ת וה"ל "אבל בניו ובניו ביתו הרי הן כשומר עצמו, דעל דעתו הם שומרים וכשומרים ממונו של שומר", וכ"כ הריטב"א.

38. הנמוק"י הנ"ל המשיך "אני אומר היכא שהמשכיר שכרה מבעלה בזול והוא שכרה לאחר ביוקר, נחזי אנו, אם לא היה רשאי לשוכרה לאחר... שורת הדין נותנת שיתן מותר השכירות שהרווח לבעל הבית, דאין יעשה זה סחורה בביתו של חבירו", וממהמשך דבריו מב' שאין חילוק אם השכיר קרקע או מטלטלין, וכל שהשכיר בלי היתר הוא חייב לתת הרווחים לבעלים, וכן מב' בסמ"ע הנ"ל שכתב על השר"ע כשהביא הדין של "אין אדם עושה סחורה בפרתו של חבירו" ש"אם עבר על ציווי חכמים והשאילה לאחר" הרווח לבעלים.

39. מב' בגמ' (ב"מ לו, א) "כל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד", והדין הוא לא רק שאם מסר לבני ביתו הוא פטור בדיעבד, אלא גם שמוותר לו לכתחילה לבקש מבני ביתו שישמרו במקומו, וכ"כ הריטב"א (ב"מ לו, א) הא גדולים) "דכיון דכל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד, הרי הוא כאלו צוה כן בפירוש שיפקידוהו אצלם", וכ"כ המרדכי (ב"מ סי' רעד) "שיודע המפקיד שהנפקד מוסר שמירתו לבני ביתו ועל דעת כן הוא מפקיד שימסור להם גם את שלו", וכ"כ הסמ"ע (רצא, מא) בביאור דעת הרמב"ם שפוטור את השומר גם אם השני אין לו מה לשלם "דכל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד ה"ל כמסר המפקיד עצמו בידים". ואפי' ר"ת החולק וסובר שאם אין לשני לשלם הראשון חייב, הוא רק בגלל תקנת המפקיד אבל לא שאסור לו למסור לב"ב, וכן מבואר ברא"ש (ב"מ ג, כג) "כל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד כי יודע שכל אשר לו מוסר בידים ולדעת כן הפקיד בידו, ולא מצי למימר אינהו לא מהימנו לי בשבועה. מיהו אם פשעו הם ואין להם לשלם חייב הוא לשלם, דאי לא תימא הכי, כל פקדון המופקד ביד אדם יאכלוהו אשתו ובניו ואין

תמיד להשני דבר חשוב כזה מותר". וצ"ע מה שהסתפק בדברות משה (ב"מ סי' לא הערה נו, והביאו באג"מ ח"מ ב, סא) בא' ששאל טלית אם יכול להשאילה לאחר, ויש לו צד לומר לאסור גם באופן שהשני היה יכול לקחתה בלי דעת בעה"ב, כיון שהראשון חייב לשמור את הטלית, ולפי הנ"ל היה צריך להתיר בפשיטות, שהרי הטעם שיכול לקחתה בלי דעת בעה"ב הוא משום שחז"ל אמדו את דעתו של בעה"ב שהיה מרשה לשני לקחתה, וא"כ דינו כמו מי שהבעלים רגילים להפקיד אצלו שמוותר לשואל להשאיל לו (וכ"כ הלחם רב סי' קפז ד"ה גם מטעם).

29. המחנ"א (שכירות יט) הבין מהתשו' הרשב"א שהבאנו לעיל "דכל שעשוי להשכירם ולהרויח בהם לא מצי לומר אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר", אבל הערך שי טען עליו (סי' שמב) שא"א ללמוד מהרשב"א לצמצם ההיתר לדבר שהבעלים מרויח בו.

30. כדן מי שמשאיל למי שהבעלים רגילים להשאיל לו, וכ"כ הפת"ח (פ"ט הערה כח). 31. כיון שהטעם שהם לוקחים סכום סמלי הוא כדי להבטיח שהשואל יחזיר את מה ששאל, וכאן יש להם ערבון מהראשון שידיאג שהחפץ יחזור לגמ"ח. ואפילו אם נחשיב את הסכום הזה כדמי שכירות יהיה מותר להשאיל, כיון שהשני מעלה בשמירה והבעלים רגילים להשכיר לו, ומב' בגמ' (ב"מ לו, א) שמוותר לשו"ח למסור לשו"ש [שהבעלים רגילים להפקיד אצלו] כיון ש"עלוי עליי לשמירתו".

32. ומסתבר שמי שהוציא את הספר מהספרייה יש לו דין שואל ולא דין שוכר, ודמי המנוי אינם נחשבים לדמי שכירות עבור הספר, כי את דמי המנוי הוא משלם בין אם ייקח ספרים ובין אם לא. ובנידונו אין נפ"מ בזה, כי אפילו אם נאמר שדינו כשוכר יהיה מותר לו להשאיל, וכנ"ל בהערה הקודמת שהוא מעלה את השמירה.

33. מב' בב"י (רצא, כה) "כתב הריטב"א (ב"מ לו, ד"ה שאני) דהא דאמרין דאי מסר למי שדרך הבעלים להפקיד אצלו פטור, דוקא שלא העני ולא נעשה חשוד בינתיים", והוא דומה לדין (עא, יג) "שטר שיש בו נאמנות ונמצא המלוה כפרן בדבר אחר בעדים בטל הנאמנות", וכתב בשו"ת ושב הכהן (סי' יז, ודבריו הועתקו מלה במלה בפת"ש רצא, טז) "לאו דוקא חשוד ממש וה"ה אם איתרע חזקתו יכול לומר איהו לא מהימן לי". וכתבנו מקרה שבעה"ב לא נותן בו אמון, כי אם הוא הפסיק להפקיד אצלו מסיבות שאינן קשורות באימון וכגון שנפל ביניהם סכסוך, אין בעה"ב יכול לטעון שהוא לא נאמן עליו והשוכר יכול למסור את החפץ לשני כבעבר.

34. מב' בנמוק"י (ב"ק ט, א בדפי הרי"ף) "אם היה רשאי לשוכרה כגון שהתנה עמו הוא או שלא היו בני ביתו של זה האחר אשר שכרה לו מרובים ממנו, נראה שהרווח למשכיר זה". והקשו עליו כמה אחרונים (מחנ"א (שכירות יט), גר"א (שסג, ל), קצוה"ח (שסג, ח)) שדין זה שהרווח לשוכר הראשון נסתר מהגמ', כי מב' במשנה (לה, ב) ששוכר פרה שהשאילה לאחר ומתה אצל השואל שהרווח לבעלים, מחמת טענת ר' יוסי (שק"ל כמוהו) "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו", והגמ' העמידה (לו, א) את המשנה שקיבל רשות מהבעלים להשאיל, וזה סותר לדין הנמוק"י שאם היה לו רשות הרווח לשוכר. הגר"א נשאר בצ"ע, אכן המחנ"א והקצות שניהם כתבו לחלק בין היכא שהרווח הוא מגוף הפרה שזה היה שייך תמיד לבעלים ובין היכא שהרווח הוא משימוש הפרה שזה היה קנוי לשוכר, שבמשנה שהשואל משלם על גוף הפרה הרווח לבעלים, ובדין הנמוק"י שהרווח הוא משימוש הרווח לשוכר. וז"ל הקצות "כיון דכבר קנה הבית לדירה דשכירות קניא ויש לו רשות להשכירו ושכירות שנוטל דידיה הוא הוה ליה סחורה דידיה", והמחנ"א (ד"ה ולא דמי) הוסיף שאפי' אם אין לו רשות לשוכר להשכיר, מ"מ אם השוכר קיבל כבר את הרווח הוא לא חייב למסור לבעלים, כיון שלגבי הבעלים הרווחים שקיבל השוכר הם בגדר של זה נהנה וזה לא חסר, כי בלא"ה לא היה לבעלים זכות לעשות רווחים מהחפץ (ורק אם הרווחים הגיעו על חשבון הבעלים וכגון שהשכירו למי שיש לו יותר נפשות, אז פסק הנמוק"י שהרווחים שייכים לבעלים).

ולעניין קושיית האחרונים יש לעיין, שהרי מה שהגמ' העמידה המשנה בהיה לו רשות להשאיל, הוא רק לתרץ את דעת אב"י (שם) שאמר שהטעם שישומר שמסר לשומר חייב הוא "כי אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר" וקשה עליו מהמשנה שרבנן פסקו שהרווח לשוכר, אבל לדעת רבא שקיי"ל כוותיה אין צורך להעמיד כך המשנה

הרב אייל עטיה שליט"א והרב דוד מלכה שליט"א
 כולל חו"מ אהל יוסף

תשלום על נסיעה שהיתה על דעת שלא לשלם

שאלה: ראובן סטה מדרך הישר והשתמש בתחבורה ציבורית על דעת שלא לשלם ר"ל. לאחר זמן עלתה החרטה בלבו, ובא לשאול את הרב כדת מה לעשות.

תשובה: ראובן חייב לשלם על הנסיעות את מחיר הנסיעה המלא.

מקור הדברים:

שמקומו של הנוסע אינו יכול להשכירו לאחרים כופין על מדת סדום (ובציור שאין האוטובוס מלא ואינו עומד עוד להתמלאות).

אך יש לדחות: א. מבואר בפת"ש (שם סק"ג) שהרבה ראשונים ואחרונים חולקים על פסק הרמ"א, וס"ל דאין לכפות אפי' אין יכול להשכירו לאחר.

ב. אין נידון זה נוגע לעניינינו כלל, שכל דינו של המרדכי כמבואר שם היינו בחצר דלא קיימא לאגרא, והנידון הוא אם יכול לטעון לו שהיה משכירו, וז"ל שם: וי"מ דאין כופין אלא כגון היכא דמהני [אפילו] אי הוה בעי לארווחי בהא מלתא לא מצי לארווחי, הלכך כייפינן ליה כיון דלא חסר מידי. אבל היכא דאי הוה בעי בעל החצר לאיגורי הוה מירווח, השתא נמי כי לא מוגר ליה לא כייפי ליה, כך פירש ר"י, עכ"ל. ומבואר דדוקא בחצר שאינה עומדת להשכרה, וגם אין באפשרותו להשכיר לאחר, בזה כייפינן על מידת סדום שידור בביתו חנים. אולם פשוט שדבר העומד לשכירות אף שאין יכול להשכירה לאחר, לא נכפה לתתו חנים לאנשים כיון שאינו מוצא עתה מי שישכרם, שהרי הדבר עומד לתשלום שכירות זה כל עניינו, דאטו מי שיפתח בית מלון וכן כל מקום ציבורי לתתו לאנשים בשכר, נכפהו על מידת סדום שיתן בחנים בזמן שאינו יכול להשכיר לאחרים, זה היפך הסברא ודבר פשוט הוא.

טענה ג': יש שטענו, דמכיון שאין לו דין גזלן וחיובו הוא רק מדין נהנה, א"כ כיון שלא היה חסרון לבעלים פטור כדן זה נהנה זה לא חסר, והטעם שאין כאן חסרון, שהרי מבואר ברש"י (דף כ' ד"ה וזה חסר) ובתוס' (ד"ה זה נהנה וזה חסר) שגדר חסרון הוא מניעת רוח שיכול היה לקבל מאחר, וכיון שכאן אין מניעה מאחרים לעלות לאוטובוס א"כ אינו מחסר מחברת האוטובוסים ודינו כזנוז"ח.

אך יש לדחות: א. הנה לעצם ענין החסרון איכא בזה מח' גדולה אי חסרון הוא במה שמחסירו ומפסידו בפועל שאינו יכול להשכירו, או דעצם מאי דקיימא לאגרא מחשיבו כחסרון מכיון שאוכל את פירות הדירה שהיא השכירות, [וכהצד שהחסרון הוא במה שאינו יכול להשכיר כ' המהרשד"ם (ס' תמ"ו) בפירוש בדעת התוס', ובמחנה אפרים (הל' גזילה ס' י') בשם ראבי"ה. וכהצד שעצם מה שהוא קיימא לאגרא חשיב חסרון הביא המחנ"א (שם) בשם יש"ש (ב"ק פ"ב ס' ט"ז) (ומסתמת דבריו משמע שאינו סובר שיש הכרע בתוס' לאחד הצדדים, שהרי לא הביאו כלל), ויעוי' בזה ברמ"א ס' שס"ג ס"ו בסופו בשם מרדכי, ובערך לחם בס' שס"ג], וא"כ כל הנידון בעניינינו הוא רק לדעת הראב"ה ולדעת מהרשד"ם בד' תוס', דכשליכא חסרון בפועל אינו נחשב חסר.

ב. הנה הדין הוא דכל שאמר לו הבעלים צא, אפילו בחצר דלא עבידא לאגרא (דאינו חסר, ובסמ"ע ובנחל"ד מבואר דאפי' בגברא דלא עביד למיגר שגם אינו נהנה) חייב לשלם לו כל תשלום השכירות, כך הביאו בטור וב"י (ס' שס"ג) מרבינו ירוחם ותלמידי הרשב"א בשם רבינו יונה, וכן מבואר ברשב"א (ב"ק דף צ"ד.), וכן עפ"י הגר"א מבואר בתוס' (דף כ"א. ד"ה כהדיט), וכן נפסק בשו"ע. ומבואר בתוס' וז"ל: דדעת שכינה איכא שלא יהנה אדם בלא מעילה, עכ"ל. ומבואר שגדר צא הוא גילוי דעת (ואפי' שלא בשעת הכניסה גופא) שאין להשתמש בלא תשלום, וא"כ ה"ה הכא בנידו"ד, שחברת האוטובוסים מודיעה שאינה מסכימה שישתמשו בשירותיה מבלי לשלם, ולעיתים מעמידה פקחים הממונים על כך, א"כ פשוט דחשיב כצא וחייב לשלם כל השכירות.

ג. הנה יש לדחות את האמור לעיל דהרי דעת המרדכי בשם ראבי"ה וכן דעת הגהת מהרי"ח דלא כהטור, וכן מובא בנחל"ד בשם הגר"ח מוואלוז'ין שאין הלכה בזה כהטור.

אולם מ"מ בנידו"ד פשוט לחייבו מטעם אחר: א. דהא יש חסרון של דלק ע"י תוספת משקלו, ואפי' אם נאמר שהיו פחות משו"פ, מ"מ כבר פסק החכמת «המשך בעמ' 8

הגם שדבר ברור הוא כי מוטל על ראובן לשוב בתשובה, ולשלם את מלא דמי הנסיעה, יש שרצו לדון כי מעיקר שורש הדין ראובן פטור בדיעבד מתשלומים, ונאמרו בזה ג' טענות לפוטרו, אך באמת יש לדחות את כולן, ונביאן אחת לאחת.

טענה א': איתא בגמ' ב"ק דף צ"ז. איתמר התוקף ספינתו של חבירו ועשה בה מלאכה, אמר רב רצה שכרה נוטל רצה פחתה נוטל, ושמואל אמר אינו נוטל אלא פחתה. אמר רב פפא לא פליגי, הא דעבידא לאגרא, הא דלא עבידא לאגרא. ואיבעית אימא הא והא דעבידא לאגרא, הא דנחית ליה אדעתא דאגרא, והא דנחית ליה אדעתא דגזלנותא. ע"כ.

בגמ' זו מדובר באדם שתוקף רכוש חבירו עבור שימוש אישי ולא בכדי לגזול את עצם החפץ וכמבואר בראשונים שם ובטור ושו"ע, ומבואר בסוגיא שאם ירד אדעתא דגזלנותא והיינו שלא על דעת לשלם שכר, פטור מלשלם שכרה. וא"כ ה"ה לכאורה לנידון דידן, כיון שהשתמש באוטובוס על דעת שלא לשלם יהיה פטור מתשלומין. ואע"ג דהתם איירי שמשך את הספינה ועשה בה קנין גזילה, כבר ייסד לנו הנתיה"מ (ס' רצ"ב סק"ג ובס' ש"מ סק"ח) דתחילת שימוש בלא משיכה מחייב באונסין דהוי כקנין כסף ובקבלת הנאה נתחייב. ואע"ג שיש עוד משתמשים באוטובוס ולכאורה היה צד לומר שמעכבים את קנין השאלה שלו, אין זו טענה, שהרי מבואר בב"ק דף י' בסוגיא דחמישה שישבו על ספסל אחד לדעת הרשב"ם דחיובם הוא מטעם שואל, ומבואר דאע"ג דיש עוד משתמשים איתו מ"מ אין זה מעכב את קנין השאלה שלו וחיוב באונסין, וא"כ ה"ה להכא אין המשתמשים האחרים מעכבים את קנין השאלה שלו, והו"ל שואל שלא מדעת גזלן ופטור מתשלומין.

אך הדברים דחויים: א. ש' הריטב"א וכן מבואר ברש"י (ב"מ דף מ"א.) דשואל שלא מדעת גזלן הוא במשיכה דוקא ולא בשימוש בלבד. וז"ל הריטב"א שם "ושלשה דברים הוזכרו כאן במאי דקתני מתני' לצרכו, או שנטלה לגזולה או שנטלה לשלוח בה יד או שהיה עליה שואל שלא מדעת, וכל אחד מאלו חייב הוא באונסין וצריכין משיכה, דבלא משיכה לא מחייבי כלל דברשותא דמריה קיימא וכדאמרינן לקמן והא לא משך", ע"כ.

ב. גם בש"י הנתיה"מ גופיה (בס' רצ"ב) מבואר, דהא דבשימוש שלא מדעת ובלא משיכה חשיב שואל, היינו דוקא בכלים שאין דרך הבעלים להקפיד על שימושם, ורק לכתחילה צריך להודיע לבעלים אם נמצאים במקום, ובזה אע"פ שאינו מדעת הבעלים חשיב שואל מדעת. והסברא נותנת כן, שלא מצינו קנין כסף והנאה לענין גזילה אלא רק הוצאה מרשות הבעלים, וכדמשמע בתשובת הרא"ש המובאת בטושו"ע (ס' שמ"ח ס"ח) דהמגביה חפץ לגזולו אכתי לא נחשב גזלן אם לא יכול היה להוציאם מרשות בעלים לבדו, והמוציא מרשות הבעלים הוא גזלן (ועי' בהגר"א שם סק"ה), ומבואר שכל זמן שאין הגזלן עומד להוציא מרשות בעלים, אף שעשה מעשה קנין אין החפץ נחשב לגזול.

ואין לשאול שהרי בשואל שלא מדעת ההנאה משימוש החפץ היא ההוצאה מרשות הבעלים, שהרי מ"מ באופן שהחפץ נמצא חלקו ברשות הבעלים והשואל משתמש יחד עם הבעלים אין לו דין שואל שלא מדעת (ועי' בנחלת יעקב לבעל הנתיה"מ ב"מ דף מ"א). וכן מבואר בדברי הנתיה"מ עצמו, שהביא דברי הרמב"ן והר"ן בסוגיא דשליחות יד בשואל שלא מדעת (ב"מ מ"א.) וז"ל (שם בסק"ב): דשואל שלא מדעת אינו חייב עד שמוציאם מרשות בעלים לגמרי, עכ"ל. וא"כ בנידו"ד כיון שהאוטובוס נמצא ברשות הבעלים אין דינו כשואל שלא מדעת גזלן לפוטרו מתשלום דמי הנסיעה.

טענה ב': מבואר במרדכי (ס' ט"ז) ומובא ברמ"א (ס' שס"ג ס"ו) שכופין לכתחילה על מדת סדום בדבר שאין הבעלים יכול להשכירו לאחרים. וה"נ כיון

מפורשת - אסור לשוכר לתת לבני ביתו לנהוג ברכב אף שהוא יושב לידם.⁴³
 14. השוכר יכול לתת לאנשים אחרים להשתמש בחפץ אם הוא משגיח על החפץ מקרוב, וכן הדין אם הבעלים נמצא קרוב.⁴⁴ ולגוי אסור בכל אופן לתת להשתמש ואפילו ליד השוכר.⁴⁵

צינונים והערות

42. כי כל הדין שהוא מפקיד על דעת אשתו ובניו הוא אומדנא, וכמו שהבאנו לעיל (הערה 39) מהרא"ש "שכל אשר לו מוסר בידם ולדעת כן הפקיד בידו", וא"כ בחפצים שאין אומדן דעת כזה וכמו ברכב שיש הרבה שמקפידים ולא מוסרים אותו אפילו לילדיהם ולקרוביהם, לא שייך הדין של "כל המפקיד", ואפי' במקום ספק יתכן שלא אומרים אומדנא (ענין קצות רנ, ה שביאר שהטעם הוא שמכיון שהוא ספק הוא בגדר דברים שבלב, וא"כ לא יוכל הנפקד להרשות לבניו וכו' להשתמש מספק, ורק לאלו הסוברים כמו הרשב"א שהחסרון של דברים שבלב אינו אלא כשהם סותרים את הדיבור שבפה, אולי יהיה תלוי במחלוקת הראשונים והאחרונים (נחלקו בזה תוס' בב"מ ותוס' בב"ב והקצות מב, ב והנתי' שם) מי נחשב המוחזק המשכיר או השוכר), וכ"ש אם יש אומדנא הפוכה שוודאי נלך בתר האומדנא, וכן פסק הנתניב השכירות (כה, ו).

43. על אף הדין בסעיף הבא, שהרי אם השוכר אינו נוהג בעצמו לא תועיל שמירתו.
 44. המקור הוא הרשב"א (א, אלף קמה) "מטלטלין שאין עשוין להבריה שדרך של בעלים להשתכר ולהשאיל עמהם משכיר ומשאיל לאחריים", ומאותו טעם נלמד שאם השוכר נמצא עם החפץ ושומר עליו מותר לו לתת לאחר להשתמש בחפץ, וכ"כ הרמב"ם (שכירות ה, ה) "שלא אמרו חכמים אין השוכר רשאי להשכיר אלא מטלטלין, שהרי אומר לו אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר, אבל בקרקע או בספינה שהרי בעלה עמה אין אומר כן", וכ"כ הטור (סי' שח) בשם הרמ"ה והש"ך (שח, ג) "דוקא כשהשוכר או הבעלים הולכים עמם, דאם לא כן אפילו מכבד לקל לא ישנה שאין השוכר רשאי להשכיר".

45. כמו שמבואר בשו"ע (שח, א) שהשוכר בהמה לרכוב עליה יהודי אסור לרכוב עליו גוי כיון שאינו חס על ממונו של ישראל. ובאוצרות המשפט (הכירות שח, ב) סובר שאם בעל חנות שכר רכב לצרכי החנות והמשכיר יודע שיש לו עובדים גוים, הוי כאילו הסכים שהעובדים הגוים ישתמשו ברכב.

השאלה לפי רוב הפוסקים⁴⁰, שגם בני ביתו הגרים אתו או הסמוכים על שולחנו⁴¹ כלולים בזכות ההשתמשות של השוכר [או השואל]. אכן אם נראה שהבעלים מקפידים שלא ישתמשו אחרים בחפץ אסור לבני ביתו להשתמש בחפץ⁴², והכל לפי העניין. ולכן בשכירת רכב - אם לא קיבל רשות

להן לשלם ויפטר גם הוא.

40. לענין שוכר אפשר להוכיח כך מהריטב"א (ב"מ כט, א ד"ה אין השואל) שכתב "כתב הרמב"ם ז"ל דדוקא במטלטלין אבל בקרקע רשאי השוכר להשכיר לאחרים שהם כבניו ובני ביתו, דהא בהא ליכא משום אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר", וכן אפשר להוכיח לגבי שוכר ממה שכתב הסמ"ע לגבי שאלה (שמ, יב) שחידש בדעת הרשב"א (שהרמ"א פסק כמוהו) "אף על גב דכל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד... שואל דכל הנאה שלו שאני", ובמקו"א הסביר (עב, צח) "דבשואל כל הנאה שלו משום הכי צריך לזהר בשמירתו טפי", והיינו שלגבי שואל סובר הרשב"א לפי הסמ"ע שלא אומרים 'כל השואל על דעת אשתו ובניו הוא שואל', וא"כ בשוכר שאין כל הנאה שלו שייך הדין שהשכיר על דעת אשתו ובניו, וכ"כ במקו"א (עב, צח), ושם הביא גם דעת הרא"ש והבין בדבריו שחולק על הרשב"א שגם בשואל שייך הדין של "כל המפקיד", וכן מתבאר מדברי הש"ך (עב, קלו) שאפי' בשואל יש דין של "כל המפקיד", וכ"כ בשם הב"ח, וכ"כ הסמ"ע (שם) בשם הלבוש.

בנתימ"מ (שמא, ג, ד) יש משמעות שמוותר לבני ביתו של השוכר להשתמש רק לצורך אביהם אבל לא עבור צרכם האישי, וז"ל (שמא, ג) "בחיינו היה להם רשות להחזיק בהנחה ברשותם לעשות בה מלאכה לצורך האב ולא היה יכול המשאיל למחות", וכן כתב בהלכה ד' "היה לו רשות בחיי לבניו לעשות מלאכתו בה", וכן פסק שבחיינו יש להם דין של שו"ח ולא של שואל, ואילו אם היה מותר להם להשתמש עבור עצמם היה להם דין שואל.

41. מב' ברמב"ם (שאלה ד, ח) שחייב אם מסר ל"אחד מקרוביו שאינן שרויין עמו בבית ואין סומכין על שלחנו", וביאר המהריט"ך (סי' רלד) "מדנקט שאין סמוכין על שולחנו ואין שרויין עמו משמע דתרתו בעינן לחייב, שלא יהיו סמוכין על שולחנו ולא יהיו שרויין בבית, הא אם יש אחת מהם שאין סמוכין על שולחנו, אעפ"י שהם שרויין בביתו או שאין שרויין בביתו אף על פי שהם סמוכין על שולחנו די בכך", והביאו דבריו הכנה"ג (רצא, הגב"י מח) והפעמוני זהב (רצא, כא).

נושא זה דאין כאן טענת זה נהנה וזה לא חסר כי החברה מוציאה הוצאות דלק נהגים ותחזוקה עבור כל הנוסעים, וא"כ הוציאה גם עבור נוסע זה וחייב לשלם על כך, ומבואר ברמ"א (סי' רס"ד ס"ד) לענין מי שהוציאה הוצאות לעצמו ולחבירו לצאת מבית האסורים שחייב לשלם, ולא יכול לומר הוצאת לעצמך כאשר מוציאה ההוצאות הוציא לו ולחבירו, לא כן, אלא נחשב המוציא חסר והנהנה נחשב נהנה על חשבון חבירו וחייב לשלם (אמנם שם בנתימ"מ מבואר לא כן).

וכן הביא שם מהגר"ש זעפרני שטענה זו פשוטה וברורה, שאם אי אתה אומר כן אתה מתיר גזילה מחברת החשמל ומכל חברה ציבורית, וכל אדם שיפתח חברה ציבורית כמו מוזיאון או גן חיות וכדו' יאמרו היחידים כן וייכנסו בחינם בטענת זה נהנה וזה לא חסר, ובודאי שיש חסרון כ"ל משום שכל פעולותיהם עבור האנשים המשתמשים ונמצא שנחשבים "חסר" והנהנה נהנה מחסרון זה וחייב לשלם ע"כ.

ולכן פשוט שחייב לשלם לחברת האוטובוסים כל שכרם מעיקר הדין, ואפי' לצד שחייב רק מדין נהנה חייב לשלם כל דמי הנסיעה, שהרי יש שכר קצוב לנסיעה זו, וזוהי הנאתו.

ויש להעיר, שהחייב לשלם מחמת הנאתו ואינו משלם הוא גדלן גמור על הנאת השכירות (אף כי לא על החפץ עצמו), כמבואר בטור (סי' שע"א בסופו) דהדר בבית שלא מדעת הבעלים באופן שחייב לשלם עבורו שכר ואינו מעלה עובר משום לא תגזול (ואף שלדעתו אין לא תגזול בקרקע, ומבואר דהגזילה היא על הממון שחייב ולא על הקרקע).

שלמה (סי' שס"ג ס"ו) כהתוס' (בכתובות ל': ד"ה לא צריכא) דאף בחסרון של פחות משו"פ חשיב זה נהנה וזה חסר וחייב.

ב. אפי' לשי' התוס' במקו"א (ב"ק דף כ':) שצריך חסרון של שו"פ, ואפי' לשי' הרמ"ה שאין מגלגלין את כל ההנאה ע"י חסרון, מ"מ הכא יש לחייב, שנראה מסברא דכל מה דאפשר לטעון שצריך חסרון בפועל הוא בדבר שעצם ההנאה מהשכירות לא כרוכה בהוצאה עבור הנהנה, כגון דירה שעומרת להשכרה אולם אין לבעלים הוצאות מחמת הדייר הנכנס לדירה. אולם בנידו"ד, הרי חברת האוטובוסים מוציאה הוצאות ומעמידה נהגים ודלק להסעת הנוסעים (ואין להם נפק"מ בין הנוסעים וכל הוצאה שמוציאים היא עבור כלל הנוסעים) והיא ודאי מיקרי חסר, ול"ש כאן לומר כסברת הפנ"י דכופין על מידת סדום, דהא פשיטא דאין זו מידת סדום לקחת תשלום עבור הנאה מדבר שהוציא עליו ממון עבור הנאה זו, ולהכי כל שמשתמש בהם הרי נהנה מחסרונו של חבירו, ואעפ"י שהוא עצמו לא חסר מהם שו"פ (וכסברת הגר"ש ש'בדינא דנהנה דבזה נהנה וזה חסר דחשיב נהנה מחמת מה שהשני חסר מממונו לצורך הנאתו). וכעין סברא זו מצינו בדברי התוס' בסוגיית נהנה (דף כ': ד"ה הא איתנהנית), שכתבו וז"ל: ואם תאמר ההוא דתחב לו חבירו בבית הבליעה דריש אלו נערות (כתובות דף ל'): אמאי חייב האוכל זה נהנה וזה לא חסר הוא שאם היה מחזיר היתה נמאסת ואין שווה כלום, וי"ל דלא דמי הואיל ונהנה מחמת החסרון שהיה מתחילה, עכ"ל. ואף שיש לדחות דהתם החסרון מגיע ע"י הנהנה אף שפטור על החסרון כמבואר באחרונים, מ"מ נראה דהכא עדיפא, שכל החסרון נעשה לצורך ההנאה ובכדי שישלמו עליה.

וסברא כעין זו מצאנו במאמרו של הרה"ג ר' אלחנן פרץ שליט"א, שכ' על

בית הוראה לענייני ממונות "בית גרוס"

ע"ש ברוך וברכה גרוס

שע"י כולל חושן משפט אוהל יוסף

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