

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, פקס: 02-5023655

גליון מס' 18

גליון חודש טבת ה'תשס"ט

בית דין לענייני ממונות ובית הוראה

בית הוראה לענייני ממונות "נתיבות חיים" שע"י כולל חושן משפט "אוהל יוסף"

בית הוראה מיועד לבירור ענייני הקשורים לדיני ממונות, ניתן להתייעץ עם חברי בית הדין "נתיבות חיים" בענייני ממונות, וכן ניתן לקבל סיוע בעריכת חוזים צוואות וכדו' ללא צורך בקביעת תור. ניתן לקבל תשובות גם באידיש, באנגלית ובצרפתית.

בית הוראה פתוח בימים א - ה בין השעות 15:30 - 13:40,
וביום ו' בין השעות 13:00 - 11:00.

ניתן לפנות בשעות אלו גם בטלפון: 02-502-3637
או כל היום בפקס: 02-502-3655

כמו"כ ניתן לקבוע תור לדיונים בביה"ד "נתיבות חיים"
בפלי: 052-7642-346

הדיונים נערכים בשפות עברית, אנגלית ואידיש.

דוא"ל: E-mail: beisdin@neto.net.il

יום א'	הרב א. בוטרמן שליט"א	הרב י. הול שליט"א
יום ב'	הרב י.מ. גיילינגר שליט"א	הרב א. שפירא שליט"א
יום ג'	הגאון י. שובקס שליט"א	הרב א. פלג שליט"א
יום ד'	הרב י. כ"ץ שליט"א	הרב א. שפירא שליט"א
יום ה'	הרב י. פליישמן שליט"א	הרב א. דרברמדיקר שליט"א
יום ו'	הגאון נ. נוסבוים שליט"א	הרב מ. וויליאמס שליט"א

מזכירות בית הדין

תוכן העניינים

- א. פסקי דינים – משביח נכסי חברו – חלק ב' – כמה משלמים למשביח
- ב. שותף שמכר סחורה בהקפה
- ג. גביה באמצעות שיק בטחון כשהיה ספק פירעון

פסקי דינים – משביח נכסי חברו – חלק ב' – כמה משלמים למשביח

הרב יוסף פליישמן שליט"א

1. המשביח נכס חברו ברשותו של בעל הנכס ללא שהתבקש לעשות כן (כגון בעל מלאכה שהציע לחברו לשפץ את הדירה שלו ולא סיכמו על מחיר¹), בעל הנכס חייב לשלם למשביח 'שבח' או 'הוצאה', הסכום הגבוה מביניהם², בין שעשה תיקון שהיה נדרש לנכס ובין שלא היה נדרש. להלן יבוארו הגדרות 'שבח' ו'הוצאה'. המשביח בדרך זו נקרא בלשון חז"ל 'יורד ברשות'³.

2. גדר 'שבח' לענין דין 1 אינו שיעור התייקרות הנכס, אלא סך הכסף שמי שזקוק להשבחה כזאת נוהג לשלם. לדוגמא: בימי חז"ל היה נהוג שנטע שדה מקבל אחוז מסוים מן הפירות, ולכן חייבו חז"ל לתת ליורד ברשות' חלק מן הפירות⁴, אמנם אם המנהג למסור עבודה שכזו לקבלן, יש לשלם כפי מה שנהוג לשלם לקבלן שעושה עבודה זו⁵.

1. דוגמא נוספת: שוכר דירה ששיפץ את הדירה בהסכמת המשכיר ולא סיכם עם המשכיר שיצטרך לשלם עבור השיפוץ, בגליונות הבאים נבאר בעזה"ש פרטי הדינים בזה, וכן כיצד משערים את השבח בשוכר שהתקין מזגן והמשיך לשכור את הדירה למשך מספר שנים, אם מקבל כפי מה ששווה השבח בשעת התקנת המזגן, או כפי מה ששווה בשעה שיוצא מן הדירה. 2. מקור דין זה הוא בתוספתא ב"ק פ"י הלכה ג "היורד ברשות שמין לו וידו על העליונה כיצד ידו על העליונה אם השבח יתר על ההוצאה נתן לו את השבח ואם הוצאה יתירה על השבח נתן לו את הוצאה". וכן פסקו הרמב"ם בהלכות גזילה ואבידה פ"ה ה"ז והשו"ע בסמ"ע שעה סעיף ד. אמנם דין זה שאם הוצאה יתירה על השבח נוטל ההוצאה, אינו רק ביורד שקיבל רשות מפורשת, אבל שותף שהשביח הנכס המשותף ובעל שהשביח נכסי אשתו ומיאנה בו, אף שדינם כיורדים ברשות, נחלקו הפוסקים אם נוטלים כל ההוצאה כשהיא יתירה על השבח, ועיין באבן העזר סי' פח סעיף י ובבית שמואל ובחידושי הפלאה שם, ובחור"מ סי' קעח סעיף ג. 3. אף שהשביח ברשות נקרא 'יורד' כיון שלא ביקש בעל הנכס ממנו להשביח שבה מסוים, אלא שנתן רשות כללית להשביח נכסיו, כן כתב המאירי בב"ב דף מב ע"ב, ומחלק שם בין אדם שהתבקש לעשות עבודה מסוימת ולא סיכמו על גובה השכר, שמשלמים לו כמנהג המדינה, ובין יורד ברשות שלא התבקש לעשות עבודה מסוימת שמקבל שבה או הוצאה, ומשמע בדבריו שיורד ברשות מקבל שיעור אחר מכל קבלן או אריס. והמגיה שם העיר שלא מצא חבר למאירי, וכן נראה מדעת השו"ע וכל הפוסקים שאף יורד ברשות מקבל כקבלן או כאריס, ואין חילוק בין יורד ברשות ובין מי ששכר לעבוד עבודה מסוימת ולא סיכמו מחיר. 4. לשון התוספתא הרמב"ם והשו"ע שאם השבח יתר על ההוצאה נוטל את השבח, אמנם בסמ"ע סק"ח ובביאור הגר"א סק"י כתבו שאינו נוטל כל השבח אלא חלק מן השבח וכאריס. וכן כתב הרשב"ם בב"ב דף מב ע"ב ד"ה לומר שנוטל. 5. מה שכתבו הפוסקים שהמשביח מקבל חלק מן השבח אינו רק בעובד בשדה, שהיה הדרך בימי חז"ל להוריד אריס' בשדה שהיה מקבל שלישי או רביע מן התנובה, אבל בבונה בית או בכל השבחה אחרת שאין המנהג להוריד אריסין, יש לשלם כפי מה שנהוגים לשלם לקבלן שמתחייב לספק עבודה מושלמת, שהרי לשון הגמ' בב"מ דף קא ע"א לעניין יורד שלא ברשות בשדה העשויה ליטע "אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנוטעה" וכתב רש"י ד"ה גלית "שדה העשויה ליטע... כאשר שתלי העיר כמנהג המדינה", והטעם הוא כיון שמסתמא ניהא לבעל הנכס לשלם כך כדי ליטע שדה העשויה ליטע, ועל כן יש לשלם בכל דבר שכר ששדרו שם בעל נכס לשלם כשהוא מעוניין בשבח כזה, ובזמנינו ברוב המקרים יש לשלם כפי שנהוג לשלם לקבלן שמספק עבודה זו באחריות. ומה שהיו משלמים בימי חז"ל ליורד בשדה כאריס הוא מצד שמבואר בכתובות דף פ ע"א שארעא לאריס קיימא. וכן כתב בספר בית מאיר אבן העזר סי' פח סעיף י "דבבית דלא שייך אומדן זה (של אריסות), האומדן - כמה אדם רוצה". וכן כתב בספר פתחי חושן ח"ד פ"א הערה לח שבבנין יש לשלם כפי הנהוג לשלם לקבלן שמרוויח ריווח קבלי. ועיין באנציקלופדיה התלמודית ערך יורד לנכסי חברו שלא מדעתו הערות 94-95 שמאותו טעם שיש לשלם ליורד בשדה כאריס יש לשלם

3. נחלקו הפוסקים בשיעור 'שבח' שמשערים בו ליורד ברשות, יש אומרים שלעולם בעל הנכס משלם עבור חומרי הגלם שהשתמש בהם המשביח בנפרד משכר טרחה, ומשלמים למשביח עבור עבודתו קבלן שאינו מספק חומרי גלם.⁶ ויש אומרים שבמקום שיש קבלנים הנוהגים לספק חומרי גלם בעצמם, אין בעל הנכס משלם עבור חומרי הגלם, אלא משלם למשביח כקבלן שמספק חומרי גלם בעצמו.⁷

4. ולכן, עבודה שנהוג בהם לשלם אחוז מסוים מן התוצאות שהושגו, כגון בהתרמת נדיבים למוסדות תורה, או בהבראת חברה, יש לשלם אחוזים כפי המקובל.⁸ וכן במקומות שנהוג לשלם טרחת עורך דין אחוז מסוים ממה שהצליח להוציא בבית משפט, יש לשלם כן. אמנם לפי הדעה שיש לשלם עבור חומרי הגלם בנפרד (הובאה בדין 3), יקבלו, בנוסף להוצאות, שיעור אחוזים כמו שמקבל מי שגובה עבור הוצאות ממשיות בנפרד.

5. גדר 'הוצאה' שבדין 1 נראה מדברי הפוסקים שבנוסף להוצאות הכספיות יש לשלם לפועל גם שכר טרחה כשכיר יום,⁹ אשר על כן במידה וההוצאות יחד עם שכר טרחה היו יותר מן השיעורים שבוארו בדינים 2-3, חייב בעל הנכס לשלם לו ההוצאות ושכר טרחה כשכיר יום, ויש להתיישב בדבר.¹⁰

6. המשביח נכסי חבירו שלא ברשות, ועשה תיקון שלא היה נדרש לנכס, אם בעל הנכס הסכים בדיעבד שלא לסלק את השבח, חייב להחזיר למשביח את ההוצאות שהוציא להשבחה זו, ואם סך ההוצאות הוא יותר ממה שהושבח הנכס, אין בעל הנכס מחזיר רק כשיעור התייקרות הנכס.¹¹ ולכן, אם אחד בנה תקרה מעל מרפסת סוכה של חבירו ללא רשות, והפך את המרפסת לחדר, אם בעל המרפסת אינו מעוניין להרוס את התקרה,¹² הרי הוא חייב לשלם את הוצאות הבניה, או לשלם כפי מה שהושבחה הדירה, הסכום הנמוך מביניהם.

7. גדר 'הוצאה' לעניין דין 6 הוא מחיר חומרי הגלם ושכר טרחה¹³ כדלהלן: אם המשביח עבד בעצמו, כפי שמשלמים לעובד הזול ביותר שעובד לפי שעה לעשות עבודה זו.¹⁴ אם המשביח העסיק עובדים אחרים, יש סוברים שאם שילם לעובדים יותר מהשכר הנמוך ביותר יקבל כעובד הזול ביותר, ואם שילם פחות מהשכר הנמוך ביותר יקבל מה ששילם בפועל,¹⁵ ויש סוברים שלעולם מקבל מה ששילם בפועל, וכן נפסק בשו"ע.¹⁶

ליורד בבנין קבלן. ובתשובת הרא"ש שהובאה בטור סי' שעה סעיף ה כתב שבבנין אין משלמים רק ההוצאות ולא את השבח, ובשו"ת לחם רב סי' קלג ד"ה ועל מה התקשה בדבריו ונשאר בצ"ע. ואפשר שבזמן הרא"ש היה דרך הבונים לקנות אבנים ולבנות על ידי פועלים שכירי-יום, וכעין זה כתב שם באנציקלופדיה התלמודית בביאור דעת הראב"ד, אך בזמנינו שכל בנייה היא מורכבת ויכולה שלא להצליח, המנהג לשלם לקבלן שלוקח אחריות על עבודתו. 6. הרמב"ם בהלכות גזילה ואבידה פ"י ה"י והשו"ע בסימן שעה סעיף ח כתבו "כל מי ששמין לו בין שהיתה ידו על העליונה בין שהיתה ידו על התחתונה, אינו נוטל כלום עד שישבע בנקיטת חפץ כמה הוציא", ומפרש הסמ"ע בס"ק יז שאפילו אם השבח הוא יותר מן ההוצאה צריך להישבע כמה הוציא כיון שהוא נוטל כל ההוצאות וחלק מן השבח שהוא יתר על ההוצאה כשאר שתלי העיר. וכן כתב בנתיבות המשפט ס"ק ד ששתל ואריס נוטלים כל ההוצאה וחלק מן השבח היתר על ההוצאה. וכן כתב הסמ"ע בסימן קג ס"ק טז לעניין מלוה שגבה קרקע מן הלוה בחבובו, ושוב השיג הלוה כסף ורוצה לקנות את הקרקע בחזרה מן המלוה, והלוה צריך לשלם למלוה על מה שהשביח כיורד ברשות. 7. הט"ז בס"י קג סעיף ט כתב שיורד ברשות אינו נוטל הוצאות כלל אלא נוטל בשבח כשתלי העיר, ובמקום שנוהגים שהאריס מספק זרעים אף יורד ברשות אינו מקבל תשלום על הזרעים, כיון שהשכר כאריס כולל בתוכו אף מה שמספק האריס את הזרעים. וכן בספר בית מאיר אבן העזר סי' פח סעיף י חולק על הסמ"ע, ומפרש דברי השו"ע בסימן שעה סעיף ח שיורד שידו על העליונה צריך להישבע כמה הוציא, מיירי רק ביורד ברשות שאם היתה ההוצאה יתירה על השבח, הרי הוא נוטל כל ההוצאה בשבועה, אבל יורד שלא ברשות בשדה העשויה ליטע שנוטל כשתלי העיר אינו צריך שבועה. וכן הט"ז בס"י שעה מפרש דברי השו"ע שאינו חייב שבועה אלא אם היתה ההוצאה יתירה על השבח. וכן האבן האזל על הרמב"ם שם מפרש כפירוש הבית מאיר, ומביא שם דעת הסמ"ע והט"ז ומכריע כהט"ז. 8. בדומה ליורד ברשות בשדה העשויה ליטע שנוטל כשתלי העיר אינו צריך שבועה. וכן הט"ז הפירות, וכן נוטע פירות היה מקבל מחצה מן הפירות וכלשון רש"י שהובא בהערה 5 "שדה העשויה ליטע ... כשאר שתלי העיר כמנהג המדינה". 9. שיעור תשלום שכר טרחה כשכיר יום יבואר להלן בדין 7. ביורד שלא ברשות כתבו הפוסקים להדיא ש'הוצאה' כוללת שכר טרחה, ויש ללמוד אף ליורד ברשות כשהיו ההוצאות יתר על השבח. ולדעת הסמ"ע, שהובאה בהערה 6, שלעולם יש לשלם חומרי הגלם, אף כשהשבח יותר מן ההוצאה, בהכרח לומר שהוצאה יתירה על השבח מיירי בהוצאה שכוללת שכר טרחה. כמובן שאם המשביח נוטל שכר כאריס או קבלן אינו מקבל תשלום נוסף על טרחתו, וכן כתב בספר בית יעקב בפירושו לאבה"ע סי' פח סעיף י. 10. בספר בית יעקב אבה"ע סי' פח סעיף י כתב שאריס אינו נוטל שכר טרחה, אפילו אם שכר טרחתו הוא יותר מחלקו בפירות. ונראה רחוק מן הדעת שיורד ברשות שידו על העליונה יטול יותר מאריס, שהרי בעל הנכס יכול לומר למשביח שהיה לוקח אריס במקומו, ולא היה משלם לו שכר טרחה. אלא על כרחך שהכוונה בהוצאה יתירה על השבח נוטל הוצאה לפי הסמ"ע היא שלעולם מקדים ליטול הוצאות ממשיות. 11. בגמ' בב"מ דף קא ע"א מבואר שיורד שלא ברשות בשדה שאינה עשויה ליטע ידו על התחתונה, אלא שלא נתבאר בגמ' לעניין מה ידו על התחתונה, רש"י שם בד"ה ידו על התחתונה מפרש שמקבל הוצאה או שבח, הנמוך מביניהם. והר"ז ב"דף נח ע"ב מדפי הרי"ף חולק על רש"י כיון שלדעתו אי אפשר לפרש 'ידו על העליונה' ביורד ברשות שיקבל הוצאה או שבח, הגבוה מביניהם, ולכן מפרש 'ידו על התחתונה' שהוא נוטל כשיעור הפועלים הזולים ביותר בשוק, ולדינא מסכים הר"ז עם רש"י שאינו נוטל אלא הוצאה שיעור שבח, אלא שלדעתו אף בשדה העשויה ליטע הדין כן. והרמב"ן במלחמות מסכים עם פירוש רש"י שהרי כן מפורש בתוספתא בכתובות פ"ח הלכה ח, וכן הוא גם בתוספתא שצויין בהערה 2. 12. בגליונות הבאים נבאר בעזה"ש"ת באילו אופנים יכול בעל הנכס לומר למשביח 'טול עציך ואבניך', ולא לשלם כלל. הנתיבות בס"י שעה סק"א כותב שהטעם שחייבו חז"ל את בעל הנכס לשלם עבור מה שהשביחו את נכסיו שלא מדעתו, הוא מצד חז"ל נתנו לבעל הנכס את הברירה לומר טול עציך ואבניך. 13. כן כתבו התוספות בב"ב דף קמג ע"ב ד"ה ואם אמר וז"ל: "ולא דמי ליורד לתוך שדה של חבירו שלא ברשות שאין לו אלא שכר טרחה עם היציאה", וכן כתבו הראשונים שהובאו בהערה הבאה. 14. הרמב"ן בב"ב דף קמג ע"ב ד"ה השביחו כתב שיש לשלם ליורד שלא ברשות שכר טרחה כשכיר יום, וכן כתב רש"י בב"ב דף קיז ע"ב ד"ה אם שבח לעניין שיעור הוצאה לצבע שנתנו צמר לצבעו אדום וצבעו שחור שיש לשלם שכר טרחה כשכיר יום, ובב"ב דף ק ע"ב כתב רש"י שצבע ששינה דינו כיורד שלא ברשות בשדה שאינה עשויה ליטע. הש"ך בס"י שו"ע סק"ה מביא דברי רש"י, ומסביר הטעם שצריך לשלם כשכיר יום, שכסף זה היה מוכרח לשלם בעל הצמר להוציא אם היה שוכר פועל לצבוע עבורו. עוד כתב הש"ך שם שיש לשלם שכר טרחה כפחות שבשכירים. וכן מבואר בחידושי הריטב"א בב"ב דף קא ע"א ד"ה איתמר. וכן פשוט מסביר שהרי אף השוכר פועל ולא קבע אתו השוכר, משלם לו כפחות שבפועלים, כמו שנפסק ברמ"א סי' שלב סעיף ד, ועיין שם בביאור הגר"א ס"ק יא. 15. כן פירש הריטב"א שם בדעת הר"ז שחולק על רש"י ומפרש 'ידו על העליונה' נותנים לו, והיינו אכל הרמב"ן במלחמות אחר שהביא את היתר התוספתא שהוא כפירוש רש"י ושלא כפירוש הר"ז מסיים "אלא כל ההוצאה נותנים לו", והיינו שמשלמים לו כל מה ששילם הן רב הן מעט. ואין הוכחה מן הש"ך בס"י שו"ע שהובא בהערה הקודמת שלא כדעת הרמב"ן, כי הש"ך מיירי ממשביח שעבד בעצמו, אבל מי ששכר פועלים הרי הוציא בפועל יותר מפחות שבשכירים. 16. הרמב"ם בהלכות גניבה ואבידה פ"י ה"י ובשו"ע שעה סעיף ח כתבו "כל מי ששמין לו... אינו נוטל כלום עד שישבע בנקיטת חפץ כמה הוציא, ואם אמר יבואו הדיינים ויעשו שומת ההוצאה והרי היא גלויה לעיניהם וישערו העצים והאבנים והסיד ושכר האומנים בפחות שבשעורים, שומעין לו ונוטל בלא שבועה". ומוכח שאם ישבע או וכיה ששילם לאומנים יותר מפחות שבשיעורים, יטול מה שהוציא בפועל, וכדעת הרמב"ן שהובאה בהערה הקודמת.

8. המשביח נכסי חבירו שלא ברשות, ועשה בהם תיקון שהיה נדרש להם¹⁷, יש סוברים שאינו מקבל יותר מההוצאות¹⁸, ויש סוברים שמקבל גם חלק מהשבח¹⁹ וכפי שנתבאר בדינים 4-2, וכן נפסק לדינא²⁰. ונחלקו הפוסקים בדעה השנייה, יש אומרים שדין זה שהמשביח מקבל חלק מן השבח הוא דוקא אם בעל הנכס ידע שהוא משביח את הנכס שלו ושתק²¹, ויש אומרים שאפילו אם נודע לו אחר כך, וכן נראה דעת רוב הפוסקים²².

9. עוד נחלקו הראשונים במקרה וההוצאות היו יותר מן השבח אם המשביח מקבל כל ההוצאות²³, או רק עד שיעור השבח²⁴, האחרונים נחלקו מהי דעת השו"ע בזה²⁵.

10. שדכן שהציע שידוך ללא שהתבקש לעשות כן, והשידוך יצא לפועל, לפי מה שנפסק כדעה השנייה שבדין 8 יקבל השדכן כל מה שנהוג לשלם למציע שידוך²⁶.

11. אם בעל הנכס שהושבח שלא ברשות²⁷ הוא בעצמו בעל מלאכה והיה יכול להשביח בעצמו, רשאי בעל הנכס לנכות מהתשלום סך שהיה דורש שישלמו לו כדי להיות יושב בטל ולא לעבוד²⁸, ואם יש לבעל הנכס חבר שמוכן לעבוד בשבילו חנם, אינו צריך לשלם למשביח רק ההוצאות בלבד²⁹.

17. בלשון הגמ' בב"מ דף קא ע"א נקרא יורד לשדה חבירו שלא ברשות בשדה העשויה ליטע ודינו מבואר שם "אומדים כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנוטעה", אלא שנחלקו הראשונים בפירוש הגמ'. 18. בהערה 11 מובא דעת הר"ז שלעולם נוטל היורד שלא ברשות הוצאה שיעור שבח אלא שידו על העליונה שאין משלמים לו כפחות שבשכירים אלא "כמעולה שבשכירות כאדם שאומר לחברו בנה לי קרקע זה או נטע לי שדה זו שלא אצטרך אני לטרוח בה דהא ודאי מהני ליה הנאה מעליא", בחידושי הר"ן מביא פירוש דומה בשם הרא"ה שיש לשלם כפי מה שאדם רוצה לשלם לפועל "שלא יצטרך הוא לעמוד על גביו". עוד הביאו מה שכתב רבינו האי גאון בספר המקח שער ז דין יח "ידו על התחונה בפחות שישומו אותו בקיאים שבשומא... ידו על העליונה ביתר מה שישומו שמאים הבקיאים". הרא"ש בב"מ פ"ה ס' כב הביא פירוש רש"י ופירוש רב האי גאון ולא הכריע ביניהם. לפי דברי הראשונים אלו שכרו כפועל וכן הסכימו בחידושי הר"ן ובחידושי הרשב"א. ויש להתיישב בדבריהם שיתכן כוונתם שיש לשלם ליורד בשדה העשויה ליטע קבלן ולא כשכיר יום, ולא חלק הר"ז אלא על מה שכתב רש"י שנוטל חלק בשבח כאריס או כשתל. 19. כן כתב רש"י שם בד"ה גלית אדעתך "שדה העשויה ליטע וידו על העליונה כאשר שתלי העיר כמנהג המדינה". הר"ז שם מפרש בדעת רש"י שידו על העליונה היינו שמקבל חלק בשבח, והקשה היכן מצינו שמי שיוורד שלא ברשות הבעלים או בית דין שיקבל שבח יותר מן ההוצאות, עוד הקשה האיך יהיה דינו כאריס וכי מי מינהו לאריס. אמנם הרמב"ן שם הסכים לפירוש רש"י שכן משמע לשון הגמ' "אומדים כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנוטעה" ושיעור זה הוא כאריס העיר שהרי כך אדם נוהג לשלם למי שנוטע שדהו. עוד הביא שם מהתוספתא בכתובות פ"ה ה"ה כדעת רש"י לענין יורד ברשות ומוכיה מן הסוגיא בב"ב דף מב ע"ב שאין חילוק בין יורד ברשות ליורד שלא ברשות בשדה העשויה ליטע. בחידושי הריטב"א ד"ה ושמואל מביא קושיית רבו כעין קושיית הר"ז, ומיישב "דכיון דשדה העשויה ליטע וידעו הבעלים ושתקו ודאי ניהא להו במאי דעבד וכאלו ירדו מדעתם דמי", ולפי דבריו אם ידע בעל הנכס יטול המשביח כדעת רש"י, ואם לא ידע אין לו כי אם הוצאות. 20. הרמב"ם בהלכות גניבה ואבידה פ"י הלכה ד והשו"ע בס'י שעה סעיף א כתבו כלשון הגמ'. המגיד משנה הביא פירוש רש"י והר"ז והכריע כרש"י. וכן הטור הכריע כרש"י. והבית יוסף הביא מה שכתבו הרב המגיד והרמב"ן שיעקר כרש"י. הסמ"ע בס"ק יז מפרש דברי השו"ע בסעיף ה (שהוא כלשון הרמב"ם) על פי שיטת רש"י, וכן מפרש הנתיבות בס"ק ד דברי השו"ע כדעת רש"י וכן מפרש בביאור הגר"א סק"י בדברי השו"ע (שהוא כלשון הרמב"ם) כדעת רש"י. וכן פסק הערוך השולחן בסעיף ה וכתב שכן דעת רוב הפוסקים. 21. הערוך השולחן בסעיף ה אחר שהביא פירוש רש"י ופירוש רב האי גאון והר"ז כתב שאפשר שלא פליגי לדינא, רש"י מיירי כשבעה"ב היה בעיר, ורב האי מיירי כשלא היה בעיר. וכן לפי מה שיישב הריטב"א דעת רש"י שכיון שידע ושתק נחשב כאילו ירד ברשות, בהכרח לחלק כן, וכן כתב הנימוקי יוסף בפירוש הר"ף. 22. בשו"ת הריב"ש סי' תקטו כתב להדיא כדעת רש"י אפילו בנכסי רטושין, שעזב את העיר ולא צויה מה לעשות עם נכסיו, והביאו הבית יוסף בס'י שעה. וכן לפי סברת הרמב"ן שמובאה בהערה 19 אין מקום לחילוק זה, וכן נראה מדברי חידושי הרמב"ן בב"מ סוף דף מ לענין נכסי רטושין. וכן נראה מכל הראשונים שהקשו על פירוש רש"י ולא תירצו כדרכו של הריטב"א, בהכרח שסברו שאין לצמצם את דעתו של רש"י רק למקרה שבעל הנכס נמצא בעיר. 23. הב"י בס'י שעה הביא תלמידי הרשב"א בשם הראב"ד שמקבל כל ההוצאות אף שירד שלא ברשות, ותלמידי הרשב"א הקשו עליו איך אפשר לחייב את בעל הנכס לשלם עבור הוצאות שנעשו שלא מרצונו ולא הרוויח מהם כלל, והביאו פירוש הר"ז ב'ידו על העליונה' שאינו נוטל כפחות שבשכירים. הנתיבות בס"ק א מיישב הקושיא שהיות שנתנו לבעל השדה הזכות לומר טול עציך ואבניך נמצא שלא יצטרך לשלם הוצאות בעל כורחו, ונראה מדברי הנתיבות שפוסק כן להלכה שהרי מביאו בפירוש דברי השו"ע. אמנם יש לציין שלחייב בשדה העשויה ליטע גם כאריס וגם הוצאות כשהם יותר מן השבח לא מצינו בפירוש רק בסמ"ע ובנתיבות. 24. תלמידי הרשב"א שהובאו בהערה הקודמת, וכן הר"ז כתב במפורש ש'ידו על התחונה' לענין הוצאה יתירה או שבח יתר, וכן צריך לומר לפירוש רב האי גאון שמשלמים השומא הגבוהה על פי שמאים בקיאים שישומו כמה ראוי להוציא כדי להגיע לשבח זה (כן פירש דבריו בפירוש עמק השער על ספר המקח שער ז דין יח אות ב), שהרי ברור שלעולם לא שווה להוציא יותר הוצאות מן השבח. 25. לשון הרמב"ם והשו"ע ביורד שלא ברשות בשדה העשויה ליטע הוא "אומדים כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנוטעה", ובסמ"ע בס"ק יז ובס"ק יט נראה שמפרש כוונת השו"ע ש'ידו על העליונה' לענין הוצאה יתירה או שבח יתר, שהרי מביא בס"ק יז דברי רש"י והרא"ש בענין יורד שלא ברשות בשדה העשויה ליטע לענין ידו על העליונה' שאם הוצאה יתירה על השבח נוטל ההוצאה, וכן כתב בספר בית מאיר אה"ע סי' פח סעיף י שהסמ"ע שם מיירי מיוורד שלא ברשות, ובס"ק יז וס"ק יט מפרש על דרך זו דברי השו"ע. אמנם בספר בית מאיר שם האריך לבאר שיטת הרמב"ם והשו"ע שיוורד שלא ברשות אינו מקבל הוצאות שהם יתרות על השבח, שהרי הלשון של השו"ע בסעיף ט, גבי יורד שלא ברשות שבנה בית בחצר והיה בגדר שדה העשויה ליטע, הוא "שיבנה בענין הראוי המועיל לאותה חצר" ואם היו ההוצאות יתרים מהשבח אין הבנין מועיל לאותה חצר. עוד הביא בספר בית מאיר שם שבסמ"ע עצמו בסוף סי' יד משמע שאינו נוטל הוצאה יתירה על השבח. וכן נראה בביאור הגר"א שכתב בס"ק יט לענין יורד שלא ברשות שגילה בעל הנכס דעתו שהוא רוצה את השבח, וז"ל: "אף דידי על העליונה אין נוטל יותר על השבח כיון דירד שלא ברשות". 26. בביאור הגר"א חו"מ סוף סי' פז הביא בשם המהר"ם, שיש חיוב לשלם שכר שדכנות מדין היורד לשדה חבירו שלא ברשות בשדה עשויה ליטע. וכל זה לענין תשלום למציע שידוך עבור ההצעה בלבד, אבל שדכן שגמר את השידוך בדרך כלל ביקשו ממנו לעבוד או שיתפס פעולה איתו, ודינו ככל פועל שנשכר לעבוד בלי קציעה. וכל זה לפי מה דקיימא לן שיוורד שלא ברשות בשדה העשויה ליטע נוטל כשתלי העיר, אבל לפי דעת הר"ז שבהערה 11 ובהערה 18 יתכן שאינו נוטל רק הוצאות ממשיות ושכר טרחה כשכיר יום, ואם כן לא יקבל השדכן המציע רק סכום אפסי. 27. שאם ירד ברשות הרי גילה בעל הנכס דעתו שאינו רוצה להשביחו בעצמו, ודינו כשאר בני אדם. ואף שהרמ"א כתב דין זה בס'י שעה סעיף ד לענין יורד ברשות, כתב הערוך השולחן בסעיף ט שיש טעות סופר בדברי הרמ"א ומקום ההגהה הוא בסעיף ג שמייירי ביורד שלא ברשות. 28. כן כתב בחידושי הרשב"א כתובות דף פ ע"א ד"ה הא דאמרינן בשם הראב"ד, אלא שדעת הראב"ד שאין המשביח מקבל רק ההוצאות, והרשב"א סובר שיש להוסיף כמה שהיה בעל הנכס משלם כדי להיות יושב ובטל ולא לעבוד. בספר פתחי חושן חלק ד פ"ה הערה מב מציין שאם אינו נהנה להיות יושב ובטל הרי פטור מלשלם על הטרחה, וכדין אוכלוסי דמחוזא בב"מ דף עז ע"א. 29. כן כתב המרדכי בב"מ סוף סי' שפא בשם הראב"ה, ומוכיה כן מן הסוגיא, והטעם הוא כיון שאינו נהנה מטרחת המשביח.

שותף שמכר סחורה בהקפה

שאלה:

ראובן ושמעון היו שותפים בחנות, ועבדו בה ביחד כל הזמן. לימים, השותפים היו בלחץ שיש למכור מיד את הסחורה שבחנות, וראובן מכר סחורה לאדם בלתי מוכר בהקפה מבלי להחתים אותו על קבלת הסחורה, והקונה מכחיש את כל העסקא. האם ראובן חייב לשלם לשמעון על הנזק שגרם לשותפות.

תשובה:

מחלוקת הפוסקים במקרה שהשותפים היו עובדים יחד אם פטור מדין 'בעליו עמו' או חייב מדין מזיק, ולמעשה תלוי בראות עיני הדיין.

מקורות

הפוסקים דיין שנשא ונתן ביד בטועה בדבר משנה לענון ספק הש"ך, שבסוגיא שם יש טעמים נוספים לפטור. עוד יש לבאר שאפילו במקרה שלא היה ניתן להוציא את הסחורה מיד הקונה אפילו תיכף אחר המכירה, וכגון שהקונה הוא אדם אלים, יש צד לפטור את השותף מחיובי מזיק, שכיון שהיתה לו רשות למכור סחורה, וכל הטענה נגד השותף הוא בכך שלא דרש לשלם מיד, אם כן אפשר שאין להחשיב עצם מסירת הסחורה ליד הקונה כמזיק, שהרי היתה לו רשות עקרונית למעשה זה, ואינו אלא כמשנה בשליחותו. ועיין באור שמח על הלכות שותפין פ"ה ה"ב שמדמה דין מוכר בהקפה לשליח לפרוע חוב שמסר את הכסף למלוה לפני שלקח ממנו ממנו את השטר, שמבואר בכתובות דף פו ע"א שהוא מזיק, ומשמע שהצד לפטור מוכר בהקפה מדין מזיק הוא כיון שמסירת הסחורה היתה ברשות.

דעת הרמב"ם במזיק בשמירה בבעלים

והנה לשון הרמב"ם בפ"ה מהלכות שותפין הלכה ב "אחד מן השותפין שעבר ומכר בהקפה... כל פחת שיבא מחמת שעבר חייב לשלם" ומפרש המשנה למלך שדעת הרמב"ם שחייב אפילו אם שני השותפים מתעסקים יחד, והיינו שחייב המוכר בהקפה מדין מזיק ומזיק בבעלים חייב, וכתב שאף שדעת הרמב"ם שכל פושע מזיק, ולכן מחייב הרמב"ם על פשיעה בקרקעות והקדשות, ואף על פי כן פשיעה בבעלים פטור, היינו מטעם שפושע אינו אלא דומה למזיק, אבל מזיק גמור חייב אפילו אם בעליו עמו. והקשה המשנה למלך מהראב"ד שכתב בהלכות אישות פכ"א ה"ט שהאשה ששברה כלים בעת שעושה מלאכותיה בתוך ביתה פטורה מטעם שמירה בבעלים, שבעל שאול לאשה כל שעה, ומשמע שמזיק בבעלים פטור, ומשמע שם במגיד משנה שאף הרמב"ם מודה להראב"ד בדיון זה. ומיישב המשנה למלך שמזיק במעשה שלא בכוונה פטור בבעלים, שמעשה כזה הוא חיסרון בשמירה, וכגון האשה ששברה כלים, אבל מוכר בהקפה שעושה מעשה בכוונה, חייב אפילו בבעלים, אף אם לא התכוון להזיק. ויש לבאר הטעם שמזיק שלא בכוונה חייב רק מצד שהיה לו לשמור עצמו שלא יזיק, אבל בבעלים פטור. ובהלכות אישות הביא המשנה למלך ראייה מסוגיא בב"מ סוף פרק השוכר את האומנים שמשמע מלשון הסוגיא שסבלים ששברו חבית יין תוך כדי עבודתם נחשבים לפושעים ולא למזיקים.

דעת הרי"ף בשותף בבעלים שמכר בהקפה

ובשו"ת הרי"ף סי' קצא נשאל על שותף שמכר באשראי ובהקפה וכפרו הלויים האם חייב, והשיב שמכירה באשראי פשיעה היא, ומסיק שאם היה בבעלים השותף פטור. ובאור שמח על הלכות שותפין פ"ה ה"ב מבאר שאין הרי"ף חולק על הרמב"ם אלא שהרי"ף נשאל על מקום שנהגו למכור בהקפה, אלא שדעת הרי"ף שאפילו במקום שנהגים למכור בהקפה אסור לשותף למכור בהקפה רק אם אי אפשר למכור שלא בהקפה,

שותף המוכר באשראי חייב

בשו"ע סי' קעו ס"ו נפסק "המשתתף עם חבירו לא ישנה ממנהג המדינה באותה סחורה... ולא ימכור בהקפה אלא דבר שדרכו להמכר תמיד בהקפה... ואם שינה האחד מכל אלו הדברים או שמכר בהקפה... כל פחת שיבא מחמת זה שעבר חייב לשלם לבדו", ומבואר ששותף שמכר בהקפה דבר שאין דרכו בכך חייב. ויש להסתפק אם החיוב הוא מדין מזיק או מדין חיוב שמירה, ונפקא מינה באופן ששני השותפים היו עובדים יחד, שאם החיוב מצד חיוב שמירה, הרי שמירה בבעלים פטור, כמבואר בשו"ע שם סעיף ה, אבל אם חיובו מדין מזיק חייב אף בבעלים.

ספק הש"ך אם חייב בבעליו עמו

הש"ך שם בס"ק טז כתב בתוך הדברים שאין להוכיח מדין שותף שמכר באשראי שחייב שאין פטור בעליו עמו בשותף "דמיירי נמי בענין שהי' השותף מחויב להתעסק זמן ידוע ואח"כ יתעסק חבירו זמן ידוע או אפשר דמכר באשראי הוא כמזיק בידים ולישנא דפשיעה הוא דנקטו ר"ל פושע ומזיק", ונראה מדברי הש"ך שהוא מסתפק אם דין מוכר באשראי מיירי דוקא כשאין בעליו עמו, שאין השותף השני מחויב להתעסק בזמן שהראשון מתעסק, או אפילו כשבעליו עמו, ששני השותפים חייבים להתעסק באותו זמן. ובפתחי תשובה שם בס"ק יג הביא משו"ת חתם סופר חו"מ סי' קנו ששותף המקיף חייב אפילו אם היו בעליו עמו, שדינו כמזיק בידים, אמנם יש לציין שאפשר שלא הסתפק הש"ך רק במוכר בהקפה לישראל במקום שלא נהגו להקיף אפילו לישראל, אבל החתם סופר כתב שמקיף לגויים דינו כמזיק, ומקיף לגוי אפשר שהש"ך מודה שכיון שמוכר הסחורה ליד גוי הרי הוא מזיק בידים ממש. עוד הביא הפתחי תשובה שם בשם שו"ת שב יעקב סי' יא שהעיקר כהצד השני של הש"ך שמוכר בהקפה דינו כמזיק בידים.

ביאור ספיקו של הש"ך

ובביאור ספיקו של הש"ך נראה לבאר בשתי דרכים, יש לומר שהש"ך הסתפק שאפשר שמכירה באשראי אינה נזק, כיון שהסחורה לא הוזקה מיד, שהרי אם היה השותף השני תובע לאלתר את הקונה שיחזיר את הסחורה או יפרע מיד, היה הקונה מחויב להחזיר, אלא שאחר כך לא שילם הקונה, יש לומר שאין זה כי אם גרם נזק. ובדומה לספק זה מציינו בקצות החושן סי' כ"ה סק"א שכתב בעניין דין שטעה בדבר משנה ולקח בידו ממון שבעל הדין שחייבו ומסרו לבעל הדין שזיכחה, ואחר שנוכח שטעה לא היה באפשרות להחזיר הממון, וכתב שאינו חייב מדין מזיק כיון שבשעה שמסר הממון עדיין היה אפשר להחזיר הדין, ורק אחר כך נעשה הנזק. והנתיבות שם חולק עליו וכתב שחייב מטעם מזיק או גורם להזיק, ובמשובב שם מיישב הקצות שלא כתב דבריו אלא לדעת הסוברים שדיין הטועה בדבר משנה אינו חייב מצד דינא דגרמי, ועל זה כתב שאף מדין מזיק בידים אין לחייבו. ומכל מקום אין ראייה מן

שאלה:

מעשה במנהל גמ"ח שמצא שטר מזויף בין שטרות הכסף שהחזיר אחד מן הלווים, האם רשאי המלוה לגבות סך השטר באמצעות שיק בטחון שהופקד בידו על ידי הלוה.

תשובה:

אם המלוה יודע בוודאות שהשטר המזויף הגיע מלוה מסוים, רשאי לגבות באמצעות השיק שהפקיד לוח זה. גם במקרה שהמלוה אינו רק קרוב לודאי שהשטר המזויף הגיע מלוה מסוים, יש לצדד מכמה פנים שרשאי לגבות באמצעות השיק.

מקורות

מלוה שמצא מטבע מזויף

בב"ק דף קיח ע"א שנינו שלוח האומר איני יודע אם נתחייבתי פטור, אבל אם הלוה יודע שלוח ואומר איני יודע אם פרעתיך חייב, ובגמ' שם נחלקו אמוראים אם חילוק זה הוא במקרה שהמלוה תובע את הלוה והחייב הוא בדיני אדם, או שהחילוק הוא כשאין המלוה תובע את הלוה ולעניין חיוב לצאת ידי שמים. ובשו"ע סי' עה ס"ט נפסק שהחילוק הוא במקרה שהמלוה תובע את הלוה, ואם הלוה אומר איני יודע אם התחייבתי הרי פטור מלשלם בדיני אדם, ואם הוא אומר איני יודע אם פרעתי הרי הוא חייב. והט"ז שם בתשובה שבסוף הסימן מבאר החילוק בין שני דינים אלו, שבאיני יודע אם נתחייבתי מעמידים הממון בחזקתו הראשונה שהיתה קודם שנולד הספק, ואז לא היה עליו שום חוב, מה שאין כן באיני יודע אם פרעתיך, שקודם שנולד הספק היה ודאי חייב. ולפי חילוק זה העלה שם שאם מצא המלוה מטבע מזויף בתוך המטבעות שפרע הלוה, והלוה אינו יודע אם המטבע הגיע ממנו, הלוה פטור, כיון שקודם שנמצא המטבע המזויף ונולד הספק, היה החוב בחזקת פרוע. אבל בקצות החושן שם סק"ו הביא תשובת מהרשד"ם חלק חו"מ סי' פ שכתב שאם המלוה טוען שהיה מטבע מזויף, צריך הלוה לטעון בבירור שנתן מטבע טוב, וכן פסק הש"ך בסי' רלב ס"ק טו, וטעם הדבר כתב בפתחי תשובה שם ס"ק כז בשם שו"ת פנים מאירות, שמעולם לא היה בירור שהפרעון היה טוב, ועל כן דין הלוה כטוען איני יודע אם פרעתי, ועיין שם שמביא אריכות האחרונים בזה, ומסיק בשם ספר בית מאיר שדין זה הוא ספיקא דדינא. ובנידון דידן, אם היה המלוה תובע את הלוה בבית דין לא היה יכול להוציא ממון ממנו אפילו אם יטעון בוודאות שהשטר המזויף הוא מן הלוה הזה, שהלוה יכול לטעון קים לי כהט"ז שאני פטור, אבל כיון שיש למלוה שיק משל הלוה הרי הוא יכול לגבות באמצעות השיק, אם הוא יודע בבירור שהשטר המזויף הגיע לידו מלוה זה, שהרי תפיסה מועלת במקום שביט דין מסופק אם נפרע החוב והתופס טוען ברי שלא נפרע ויש לו מינו, כמבואר בשו"ע סי' קי ס"ב, ובפרט בנידון דידן שהמלוה יכול לטעון 'קים לי כהט"ז.

תפיסה כשהתופס קרוב לודאי שחייבים לו

ואם המלוה קרוב לודאי שלוח מסוים נתן לו השטר המזויף אלא שהתעורר לו ספק קל למלוה שמא לא הגיע השטר מלוה זה (ויש לדון כל מקרה לגופו אימתי נקרא ודאי או קרוב לודאי) יש לדון אם תועיל תפיסה באמצעות השיק.¹

והנה הרמ"א בסי' עה ס"ז כתב שאם יש רגלים לדבר, כגון שהיה שמעון בבית ראובן ומצא ראובן תיבתו פרוצה וניטל מה שהיה בתוכה, והוא חושד בשמעון יכול להשיבועו היסת. ובסמ"ע שם ס"ק מט כתב שאם תפס ראובן משל שמעון מועלת תפיסתו, והוכיח כן מהראשונים בב"מ דף כו ע"א שהרואה איך שנופל מטבע מבין שנים ההולכים יחד חייב להחזיר להם, שאני אומר שהמאבד לא נתייאש כיון שהוא סבור שהשני שהלך יחד אתו גזל ממנו את המטבע, שהרי לא היה אתו רק זה, והיום או למחר יתפוס משלו, ומשמע שאפשר לתפוס כשסבור קרוב לודאי שחבירו גזל אותו. והש"ך שם בס"ק סד חולק על הסמ"ע שאין תפיסה מועלת מוספק, ובסוגיא הנ"ל מפרש שהמאבד אינו מתייאש שהוא חושב שתועיל לו התפיסה ובפתחי תשובה שם סק"כ הביא מחלוקת הפוסקים אם יכול התופס לומר קים לי כהסמ"ע כנגד הש"ך. והיה אפשר לומר שלא כתב הש"ך שאין מועלת תפיסה במקום שיש רגלים לדבר אלא במקום שהנתבע טוען ברי שהוא פטור, אבל בנידון דידן שהלוה אינו יודע אם השטר המזויף הגיע ממנו, ולדעת הש"ך בסי' רלב דינו כאומר איני יודע אם פרעתיך, אפשר שתועיל תפיסה במקום שיש רגלים לדבר. אלא שלכאורה נראה בטעמו של הש"ך שאין מועלת תפיסה במקום שיש רגלים לדבר, שאין תפיסה מועלת במקום שאין בית דין יורדים לנכסיו, שאין לבעל דין כוח לתפוס יותר מבית דין, וכמו שכתב בקצות החושן סי' פז ס"ק יב, וביאור הדברים כתב התיבוב המשפט בסי' ד סק"ג ובכללי תפיסה ביאורים אות ד שתפיסה מועלת מכוח 'עביד איניש דינא לנפשיה', שבעל דין רשאי לעשות לעצמו פעולות שבית דין היה עושה בעבורו, ועל כן אין תפיסה מועלת רק במקום שאם היו בית דין עושים כן היה דינם דין, וכיון שאין בית דין יכולים להוציא ממון רק על פי עדות ברורה, ולא על פי רגלים לדבר, אין מועלת תפיסה במקום שיש רגלים לדבר אפילו אם הנתבע טוען שמא.

וכיון שיש מחלוקת הפוסקים אם מועיל תפיסה במקום שיש רגלים לדבר, אם כן בנידון דידן אפשר שלא תועיל התפיסה אם המלוה קרוב לודאי. ומצינו שנחלקו האחרונים אם יכול המוחזק לטעון 'קים לי' במקום שיש מחלוקת הפוסקים אם התפיסה מועלת, המשנה למלך בפרק ד מהלכות מלוה ה"ו והקצות החושן בסי' פז ס"ק יד סוברים שלא מהני תפיסה כיון שהספק בתפיסה עצמה, ואלו הש"ך ועוד אחרונים שהובאו בפתחי תשובה סי' עה סק"כ ובסי' כח סק"ו סוברים שתפיסה מועלת אף אם יש מחלוקת בעיקר התפיסה.

תפיסה באמצעות שיק בטחון

עוד יש לומר שבנידון דידן תועיל התפיסה, כיון שמתחילה הפקיד הלוה שיק בטחון שיוכל המלוה להיפרע באמצעותו אם לא יפרע לו הלוה, ויש לראות בגביית המלוה באמצעות השיק כיתפיסה ברשות, שהרי לשם כך קיבל את השיק.

פנינו. עוד יש להוסיף שאם היה על המלוה לדעת אם נפרע החוב, הלוה פטור אף לדעת הרשב"א, וכמו שכתב הקצות שם בשם המשנה למלך. ועיין בתומים בסוף סי' עה שאם הזיז ניכר נחשב שהיה על המלוה לדעת אם נפרע כד"ן.

¹ עוד יש לצדד שאפילו אם המלוה והלוה מסופקים אם השטר המזויף הוא משל הלוה הזה תועיל תפיסה, שהרי הרשב"א בגיטין דף עח ע"ב סובר שאיני יודע אם פרעתיך חייב אפילו אם התובע גם כן מסופק אם נפרע, הובאו דבריו בקצות החושן סי' עה סק"ו ובנתיבות שם ס"ק ה, ואם כן יוכל המלוה לתפוס ולטעון 'קים לי' כהמהרשד"ם שמציאת מטבע מזויף נחשב לאיני יודע אם פרעתיך, וקים לי כהרשב"א שהלוה חייב אף אם גם המלוה אינו יודע. אך מאידך, דעת החזון איש בחו"מ סי' ה אות ג שהרשב"א מחייב רק לצאת ידי שמים. אמנם אין הרשב"א מחייב רק אם אין שום בסיס לומר שהחוב נפרע, אבל במקום שהספק לפנינו כתב הרשב"א שם שיחלוקו, ולכאורה בנידון דידן שהיה מעשה פרעון לפנינו לא גרע ויצטרך הלוה לפרוע לדעת הרשב"א חצי החוב. אמנם בספר נחל יצחק סי' עה נקט בדעת הרמב"ם שאיני יודע אם פרעתיך חייב לשלם כולו אף אם הספק

הראב"ד בהלכות אישות באשה ששברה כלים שפטורה מצד בעליו עמו, אף שהזיקה בידים, שכיון שעסקה במלאכתה אינה נחשבת למזיקה. ודעת החזון איש שם שרק באונס כעין גניבה ואבירה פטור העוסק במלאכתו אבל פושע שעסק במלאכתו חייב מדין מזיק, אבל דעת המחנה אפרים שאף פושע שהוא עסוק במלאכתו אינו חייב משום אדם המזיק, אלא מצד חיובי שמירה, ואם היו בעליו עמו פטור, וכן כתב בשו"ת באר יצחק סי' ז.

ולפי דעת המחנה אפרים שאף בפשיעה אם עסוק במלאכתו אינו חייב משום אדם המזיק אלא משום חיוב שמירה, יש לומר שדעת הרי"ף שמוכר בהקפה פטור בבעליו עמו, הוא מצד שכיון שמתעסק במכירת הסחורה דינו כעסוק במלאכתו, ואף אם פשע אינו חייב משום אדם המזיק.

ואף דאנן קיימא לן בחו"מ סי' שעח סעיף א כשיטת התוס' שמזיק באונס כעין גניבה פטור, ואם כן אין הכרח לשיטת הרמב"ן שעסוק במלאכתו אינו נחשב לאדם המזיק, מכל מקום אפשר שלענין עסוק במלאכתו קיימא לן כהרמב"ן, ועיין בערך שי' סי' קעו שכתב שעסוק במלאכתו הוא ספיקא דדינא, וכן נראה מן החזון איש שביאר שיטת הראב"ד והרמב"ם על פי דעת הרמב"ן.

ואף אם נאמר שמוכר בהקפה נחשב למזיק, ולא לעסוק במלאכתו, מכל מקום בנידון דידן שהשותפים היו נחוצים למכות מיד את כל הסחורה שבחנות, נראה שיותר יש לדמותו לעסוק במלאכתו.

העולה מזה:

שותף שהיה בעליו עמו ומכר בהקפה, הש"ך מסתפק, שו"ת שב יעקב, המשנה למלך והחתם סופר (כפי הבנת הפתחי תשובה) מחייבים.

ולדעת הרי"ף, לפי הבנת האור שמח במקום שאין מוכרים בהקפה חייב, ולפי הבנת שער המשפט פטור, ולפי הערוך השולחן תלוי אם התכוון לטובת השותפות.

בנידון דידן אפשר גם לדמותו לעסוק במלאכתו שלדעת המחנה אפרים אינו נחשב למזיק אף אם פשע.

והשיב הרי"ף שאפילו שאי אפשר למכור שלא בהקפה רק מעט מעט, והשותף רצה למכור הרבה בבת אחת, מכל מקום נחשב לפשיעה, שלא היה לו לקנות הרבה ולהצטרך למכור הרבה בהקפה, ובאופן זה כתב האור שמח שפשוט שאין השותף נחשב למזיק מחמת שרצה למכור הרבה בבת אחת.

אמנם בשער משפט סי' קעו נראה שסובר שהרי"ף פוטר אף במקום שאין מנהג למכור בהקפה. ובערוך השולחן סי' קעו סעיף לה כתב כדעת המשנה למלך ששותף המשנה חייב אפילו בבעלים, והוסיף ש"אם השינוי שעשה נראה שהיתה כוונתו לטובת השותפות אין זה כמזיק בידים אלא כפשיעה ופטור בשמירה בבעלים (שער משפט בשם הרי"ף) ודבר זה תלוי בהבנת הדין, ובה משנה דעת המשנה למלך עם דעת הרי"ף.

דעת הרמב"ן בעוסק במלאכתו שחזק

עוד נראה, דהנה דעת התוס' בב"ק דף כז ע"ב ד"ה ושמואל ובב"מ דף פב ע"ב ד"ה וסבר שמזיק חייב רק באונס כעין אבירה, אבל באונס כעין גניבה פטור, ומוכיח כן מן הסוגיא בב"מ סוף פרק השוכר את האומנן שסבל שנתקל ושבר חבית שומר חונס פטור ושומר שכר חייב, אף שהסבל הוא אדם המזיק, אלא שנתקל הוא אונס כעין גניבה ולכן שומר חונס פטור אף מחיובי מזיק ושומר שכר חייב, וכן הוכיחו מן הסוגיא בב"ק דף צט ע"ב ששוחט מומחה שניבל בשחיטתו בשכר חייב ובחנם פטור, אף שהזיק בידים.

אמנם בשיטה מקובצת בב"ק דף כז ע"א הביא בשם ריב"א שנתקל הוא אונס כעין אבירה ואף על פי כן סבל פטור "שהרי עליו מוטל להתעסק בדבר ולכך לא מחייב רק בפשיעה". ובב"מ דף פב ע"ב הביא השיטה מקובצת בשם הרמב"ן שמזיק באונס חייב ומיישב הדין של שוחט שניבל "שאין באומן הטועה במלאכתו משום מזיק". ומבואר מדבריהם שמזיק בידים בשעה שהוא עסוק במלאכתו המוטל עליו אינו נחשב למזיק.

ובמחנה אפרים הלכות שומרים סי' לט ובחזון איש נשים סי' קלה (הערות לרף פג) ובב"ק סי' יא אות כא ביארו לפי הרמב"ן דעת

את השיק רק כפקדון, ורק אם לא יפרע לו נתן לו רשות לגבות באמצעות השיק, ואם כן יש לומר שאין גביית השיק נחשבת לתפיסה ברשות, אלא שבספר קונטרס הספיקות כלל ז הוכיח באופן דומה לזה שנחשב כתפיסה ברשות. ויש לציין שלסוברים ששיק דינו כשטר 'ממרני', אף בשיק מבוטל הדין כן, שביטול שיק אינו מועיל רק שלא יוכל המחזיק בשיק לגבות מחשבון הבנק של החייב, אבל עדיין נחשב השיק לשטר חוב לכל המחזיק בו.

וכל זה לדעת הסוברים שהשיק הוא שטר התחייבות, אבל לסוברים ששיק הוא רק הוראה לבנק לשלם למחזיק בו, אין לחשב את הגבייה באמצעות הבנק כתפיסה ברשות, כיון שעד הגבייה בבנק אין המלוה מוחזק בכלום.

העולה מזה: שיש לצדד מכמה טעמים שתועיל תפיסה למלוה בנידון דידן.

א. דעת הסמ"ע שתפיסה מועלת ברגלים לדבר.

ב. שנחשב כתפיסה ברשות לדעות שהמחזיק בשיק דינו כמוחזק בממון.

ועיין בנתיבות המשפט כללי תפיסה אות יז שיתפיסה ברשות מועלת אפילו כשהתופס מסופק ואין לו תביעת ברי. והנה נחלקו פוסקי זמננו בגדר ההלכתי של שיק דעת רוב הפוסקים שהוא נחשב כשטר התחייבות הנקרא 'ממרני', שהוא שטר חוב סחיר שכל המחזיק בו יכול לגבות בו, אבל יש סוברים שאינו שטר התחייבות אלא רק הוראה לבנק לשלם למחזיק בשיק. ובשטר 'ממרני' נחלקו הפוסקים האם נחשב מחזיק בשטר 'ממרני' למוחזק בממון, שיש אומרים שכיון שיכול להעבירו לאחר שיכול לגבות בו אף אם יהיו דין ודברים בין המחזיק הראשון לבין החייב, עיין בספר דברי גאונים כלל צא סי' ז שהביא מחלוקת הפוסקים בזה בדעת הטי"ז והבית שמואל באבן העזר סי' נב, ועיין בספר הצ"ק בהלכה שהובאו שם כל הדיעות בהרחבה. ואם כן לדעת הסוברים שהמחזיק בשטר 'ממרני' דינו כמוחזק כיון שאינו צריך לתבוע את הלוחה כדי להפרע, גם בשיק סחיר נחשב המחזיק בו כמוחזק, כיון שיכול להעבירו לאחר, ובפרט אם השיק לא בוטל, ויכול לגבותו מחשבון הבנק של החייב, ואינו צריך לתבוע את הלוחה כלל, ודאי שנחשב המלוה למוחזק. ואף שהיה מקום לומר שהלוחה מסר למלוה

ניתן להקדיש ולהנציח את העלון הבא עד ליום כ' טבת ה'תשס"ט

בטלפון: 02-5023637 או בפל': 052-7642-346