

עלון המשפט



שע"י ביה"ד נתיבות חיים וכולל חו"מ אהל יוסף • בנשיאות הגאון רבי נפתלי נוסבוים שליט"א • בראשות הגאון רבי יוסף פליישמן שליט"א

גליון חודש כסלו ה'תשפ"ג | 140

הרב יוסף פליישמן שליט"א

פסקי דינים

הלכות משביח נכסי חבירו - פרק י"ט הוצרך המהנה להרבות בהוצאה בגלל הנהנה [ח"ב]

השביח ברכוש עצמו ונמצא השני נהנה ממילא בלי נקיטת פעולה כדי ליהנות

א. הדין של 'זה נהנה וזה חסר' אינו אמור דווקא כשהנהנה עשה פעולה ליהנות ממעשי המהנה, אלא אפילו אם המהנה השביח נכסי עצמו, וכתוצאה ממעשיו נמצא ממילא שיש הנאה לנהנה, כיון שאנשים משלמים על הנאה זו¹, והנהנה לא גילה דעתו מראש למשביח שאינו מעוניין לשלם על הנאה זו, וכפי שיתבאר להלן, חייב הנהנה לשלם כפי חלקו היחסי בהנאה².

ב. הדין הקודם שייך אפילו במקרה שהמשביח לא היה יכול לכופף מתחילה על הנהנה להשתתף עמו בהשבחה³, והנהנה לא גילה דעתו מעולם שהוא חפץ בהנאה זו⁴, והטעם שבכל זאת חייב הנהנה להשתתף עמו לאחר שכבר נעשתה ההשבחה, כתבו הראשונים שכיון שהיה ידוע וניכר לנהנה שהוא עומד ליהנות מפעולת המשביח, היה לו להבהיר למשביח מראש [היינו עד לשלב שהתחילה הנאת הנהנה בפועל⁵] שאינו מתכוון לשלם על ההנאה שתבוא לו ממעשיו של המשביח⁶, ובאמת אם

צינונים והערות

1. הגמ' בסוגית מקיף וניקף כותבת להדיא שמדובר במקום שלא נהגו לגדור, ועכ"פ כתבו הראשונים שהניקף היה צריך לגדר זו, וז"ל הרמב"ן: "ושדה העשויה לגדור וצריכה לכך היא", ולשון הר"ן: "דאע"פ שלא נהגו לגדור מ"מ ראויה היא וצריכה לכך". אמנם יש להעיר, שלא נראה לומר שהצריכו שיהיה בגדר של שדה העשויה ליטע דווקא, כי הרמב"ן כתב בדעת חייא בר רב שהניקף הוא בגדר של שדה שאינה עשויה ליטע, ובכ"ז הוא חייב להשתתף בהוצאות, ונהי שקי"ל כרב הונא ולא כחייא בר רב, ולפי הראשונים הנ"ל הוא סובר שהניקף הוא בגדר שדה העשויה ליטע, אבל לא ברור שגם בפרט הזה יחלקו האמוראים, וצל"ע.

2. זה הדין של מקיף וניקף המבואר בגמ' (ב"ק כ' ע"ב).

3. פשוט שבמקיף וניקף אין זכות כפייה, שהרי זה מקום שלא נהגו לגדור, ובנוסף, מזה גופא שהמקיף יכול לחייב את הניקף רק

אם בנה את כל הד' גדרות, מוכח שא"א לכוף. וכ"כ הראשונים. 4. בעלון הבא בעז"ה נביא מחלוקת ראשונים ופוסקים בזה נהנה וזה לא חסר, אם גילה דעתו שניחא ליה בהוצאה מחייבת את הנהנה. אכן בזה נהנה וזה חסר לא נחלקו שהנהנה חייב, וכך מפורש בגמ', כי חייבו את הניקף לשלם בעמד מקיף וגידר מארבע רוחות, למרות שהניקף לא עשה מאומה ולא גילה בדעתו מאומה. 5. בשו"ע (קנ"ח ס"ט) כתוב לגבי מקיף וניקף שיש לניקף זכות למחות עד סוף בניית הגדר בצד הרביעי, והטעם שיש לו זכות עד זמן זה, הוא מכיון שאז הוא כבר מתחיל ליהנות. 6. בראשונים כתוב שהיה לו "למחות" במשביח, אבל מדבריהם יוצא שגם גילוי דעת מועילה, כי כתבו ששתיקתו מוכיחה שניחא ליה בגדר, ואם גילה דעתו א"א לומר שניחא ליה.

עלון המשפט

פסקי דינים

דיני משביח נכסי חבירו פ"ט -
הוצרך המהנה להרבות בהוצאה
בשביל הנהנה - ח"ב

תורת המשפט

איבד חפץ שנמסר לו לתיקון ושילם
לבעליו, ואחר שקנה חדש נמצא החפץ

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

לתגובות והערות:

6000760@gmail.com

בית הדין "נתיבות חיים" בארה"ק

שע"י כולל חו"מ 'אהל יוסף' • בנשיאות הגאון רבי נפתלי נוסבוים שליט"א

בית שמש

בראשות הרבנים הגאונים:

רבי שלמה שלזינגר • רבי אברהם בוטרמן

תל ציון

בראשות הרב הגאון רבי א. דויטש

איזור הקריית

בראשות הרב הגאון רבי אברהם בוטרמן

ירושלים

בראשות הרבנים הגאונים:

רבי נפתלי נוסבוים

רבי יהודא סילמן

רבי יצחק שובקס

רבי יוסף פליישמן

רבי אברהם בוטרמן רבי שאול יהודה הנדלס

רבי צבי ברורמן רבי עובדיה יוסף

רבי אברהם דרברמדיקר רבי יעקב פרבשטיין

ניתן להזמין דיונים בפל': 346-7642-052 או בטל': 02-502-3637 (בשעות 18:30-20:00)

גדר התשלום כשנהנה ממילא מעבודת חבריו

ד. כתבו הראשונים והפוסקים, שכיון שהחוב הוא מדיני יורד, לכן היינו דווקא אם המהנה התכוון מתחילה לדרוש שכר מהנהנה, אבל אם התכוון רק עבור עצמו ולא היה בדעתו כלל שהוא מהנה את השני ושידרוש ממנו השתתפות בהוצאות, אין לו זכות אח"כ לדרוש תשלום מהנהנה, כיון שנחשב שוויתר מראש על התשלום.¹⁴

ה. כיון שחוב הנהנה הוא מדין יורד, לכן שייכים ביניהם גם שאר דיני יורד, ואם רכוש הנהנה עמד להשבחה זו, דינו של

היה מבהיר כך היה פטור מכל תשלום⁷ ואפילו בנכס העשוי להשבחה.⁸ ואם הנהנה לא ידע כלל ממעשי המשביח, פשוט הראשונים שא"א לחיבו אח"כ אפילו בנכס העשוי להשבחה,⁹ אבל כמה פוסקים סוברים שגם בכה"ג חייב לשלם הנאתו,¹⁰ בתנאי שהנכס היה עשוי להשבחה.¹¹

ג. במקרה הנ"ל, שהנהנה באה ממילא לנהנה ולא עשה פעולה כדי להשיגה, גדר החוב של הנהנה הוא מצד דין יורד לנכסי חבריו,¹² אף שהמשביח לא פעל כלל בתוך רכוש הנהנה,¹³ ובצירוף זה שהמשביח חסר בגלל הנהנה כמו בכל יורד.

צינים והערות

ר' שמואל (ב"ב ס' ק"ב), והיינו, שכיון שהנהנה לא ביקש מהמשביח להשביח את נכסיו, מגדירים את המשביח כפועל של הנהנה בלי שהתבקש לעבוד, אלא שכאן יש חידוש נוסף, שלמרות שהמשביח לא עשה כלום בתוככי רכוש הנהנה, בכ"ז כיון שמעשיו הועילו לנכסי הנהנה הוא מוגדר כיורד.

13. כמו במקף וניקף שלפי הרבה ראשונים [הובאו גם בטור] מדובר בגדר בין המקף לבין רשות הרבים, והיינו שהגדר כלל אינו ברכושו של הניקף. ואפילו לפי הראשונים שלמדו בגמ' שמדובר בגדר בין המקף לניקף בוודאי עצם הדין אמת, ואף שכתב הרמב"ם (שכנים פ"ג הל' ג'-ד') וז"ל: "מי שהיה לו חורבה בין חורבות חבריו ועמד חבריו וגדר... אם גדר לו רוח רביעית עד שנמצאת חורבתו מוקפת גדר, מגלגלין עליו את הכל, ונותן חצי ההוצאה שהוציא זה בארבע רוחות עד ארבע אמות, ובלבד שיהיה מקום הכותל של שניהם... אבל אם היה הכותל של זה שבנה ובחלקו בנה, יראה לי שאין מגלגלין עליו אלא דבר מועט כמו שיראו הדיינין, שהרי אינו יכול להשתמש בכתלים", ומדבריו אלו משמע שרק אם יש לנהנה חלק עצמי בשבח הוא צריך לשלם חלקו בהוצאות, אכן באמת אי"ז נכון, כי הרי הרמב"ם מחייב דבר מועט גם כשהמהנה בנה בתוך שלו, וזה שהנהנה חייב פחות מחצי ההוצאה הוא רק בגלל שאין לו חצי מההנאה של הכותל, וכמו שכ' המ"מ: "עכשיו אם המקף רוצה אינו זוכה בחצי הכותל ואינו פורעה אלא מה שהנהנו", והיינו שהמשביח מקבל מהנהנה לפי מידת הנאתו, אלא שזו אינה עולה לחצי מההוצאות כי הגדר עצמה שייכת רק למקף, וא"כ ברור שאי"ז מחלו' בעצם הדין שגם אם המשביח פעל בתוך שלו הוא מקבל דמי הנאה מהנהנה.

14. כ"כ הרמב"ן (מלחמות ב"ב ב' ע"ב, וכ"כ בסוגית מרי בר איסק), וז"ל: "ת"ק סבר כיון דשלש שלו גדר ורביעית של חבריו הניח, לאו אדעתא דמתנהי מיניה חבריה עבד מעיקרא, ולא ע"מ דלישקול מיניה כלום, וכי האי גוונא זה נהנה וזה חסר פטור, **דאחיל משום הנאה דנפשיה**, ולא דמי ליורד לתוך של חבריו ובונה, דהתם אדעתא דלישתלם עבד, ור' יוסי סבר האי נמי לא מחיל מידי ואדעתא דתרווייהו בנה, אלא איהו סבר דמחייב לפיוסיה מהשתא }היינו גם טרם בנה את הגדר הרביעית}, דכי חזא דלא מפצי ליה - הדר גדר רביעית", והיינו שאפילו אם בהתחלה גדר רק שלשה צדדים, ורק אח"כ נמלך ובנה את הרביעית, לא אומרים שכשבנה את הג' הראשונים לא התכוון לדרוש עליהם שכר, אלא אומרים שחשב שיקבל שכר גם עבורם, ולכן יש כאן דין יורד כיון שלא מחל על שכרו.

7. בביאורי המשפט הבאנו שהרבה ראשונים ביארו כך להסביר, איך יתכן שהגם שא"א בתחילה לכפות על הניקף להשתתף עם המקף בבניית הגדר, כיון שמדובר בבקעה שאין חיוב ולא נהגו לגדור, ובכ"ז אם בנה המקף בלי הניקף מחייבים את הניקף להשתתף? וכתבו הרמב"ן (ב"ב שם), הרשב"א (שם), הר"ן (שם) והנימוק"י (ב"ב ב' ע"ב), וכ"כ הרמ"ה (ד' ע"ב ס"ז), וכע"ד כתב הרא"ש (פ"ו ס"ו), שהטעם הוא שהיה לו למחות במקף שאין כוונתו להשתתף עמו בהוצאותיו, וכיון שלא מיחה מסתמא ניחא ליה במעשי המקף.

8. כך מבואר להדיא בראשונים שהבאנו בביאורי המשפט, שגם בעש"ל מועילה המחאה או הגילוי דעת מראש.

9. לשון הרא"ש מורה כך להדיא, כי כתב הטעם שחייב לשלם כיון שראה ושתק, וכ"כ רעק"א בדעתו. וגם לשון הרמב"ן והר"ן שכיון שלא מיחה הרי הוא כאילו גילה דעתו שנוח לו במעשה המקף, והר"ן כתב להדיא שלולא זה היה לניקף טענת טול עציץ [למרות שזה נחשב שדה העשויה ליטע, כיון שלא נהגו לגדור, ראה ביאורי המשפט], וא"כ יוצא שאם לא ידע כלל ממעשי המקף יכול לטעון טול, שהרי אין לנו שום גילוי דעת ממנו שנוח לו במעשי המקף. ולכאור' הפוסקים (שלהלן) שכתבו שגם בלא ידע חייב לשלם כיון שלא מיחה מראש לא ראו את דברי הר"ן.

10. זו דעת רעק"א (כ"ח תנינא ס' נ"ד), הנתייה"מ (קנ"ח סק"ח) והחזו"א (ב"ב ס' ב' סק"ח ד"ה והאי גדר) כל אחד מטעם אחר. רעק"א כתב שזו דעת הרמב"ן וסיעתו הסוברים שבעש"ל אין טענת טול אלא א"כ מיחה מראש, וכתב שה"ה אם לא ידע ולכן לא מיחה. אולם לדעת רעק"א חלק על זה הרא"ש וסבר שאם לא ראה ולא ידע יכול לטעון טול. הנתי' סבר [בדעת הרא"ש] שבמקף וניקף יש סברא מיוחדת שהם נידונים כמו שותפים ולכן אין טענת טול בכל גוונא, וראה ביאורי המשפט מה שהקשנו עליו, גם שראייתו אינה מוכרחת וגם שברא"ש עצמו מבואר לכאור' דלא כדבריו. החזו"א כתב שבמקף וניקף יש תקנת חז"ל שאין טענת טול אלא א"כ מיחה מראש, ולכן אפילו אם לא ידע חייב לשלם ואין לו טענת טול לכל הדעות, וראה ביאורי המשפט מה שתמהנו על דבריו.

11. כי בשדה שאינה עשויה ליטע לכו"ע יכול לטעון 'טול' גם בראה ושתק.

12. בביאורי המשפט העתקנו לשון הרבה ראשונים שהחוב הוא מדין יורד, כי זה המחייב במקרה שהנהנה לא עשה פעולה להשיג את ההנאה מהמהנה, וכמו שביאר הברכת שמואל וביאר דבריו בשיעורי

המהנה הוא שמקבל חצי מהוצאותיו, ואם רכוש הנהנה לא עמד להשבחה זו, מקבל המהנה את הפחות מבין השבח וההוצאות¹⁵.

ו. למרות שיש למהנה דין יורד, והרכוש שהושבח עמד להשבחה, בכ"ז חייב הנהנה לשלם רק חלקו בהוצאות כפי

שנתבאר בעלון הקודם, ולא כל דמי הנאתו ולא שכר קבלנות על העבודה¹⁶, כיון שסוכ"ס עבד המהנה גם עבור עצמו ולא רק על דעת הנהנה כדי שירוויח¹⁷. ולכן אם המשביח השיג פועלים או חומר בזול, אינו יכול לתבוע מהנהנה יותר מחלקו בהוצאות שהיו לו בפועל.

צינים והערות

לשיטתו שכל יורד שירד ע"ד שניהם אין לו דין יורד כלל כיון שלא ירד רק אדעתיה דחבריה, אולם גם לפי מה שהוכחנו לעיל (שם) בדעת הרמ"א שגם בירד ע"ד שניהם יש לו דין יורד, מ"מ מובן מאוד שאינו מקבל שבח, כיון שעיקר כוונתו בפעולתו הייתה עבור עצמו, ולא הייתה כוונתו לקבל כשאר פועל בשוק אלא רק הוצאות, וכפי שכתבנו בעלונים הקודמים, והבאנו סמך לכך מהרמב"ן. וכעין ביאור זה כתב המילואי משפט בשם אביו.

ויש להוכיח כך מהדין בבית ועליה שנפלו ובנה בעל העליה את הבית, שגם שם הדין הוא שבעל הבית אינו משלם לבעל העליה אלא רק את ההוצאות (כמב' בגמ' ובשו"ע שם), וכתב הנתי' (קס"ד סקי"א) להסביר עם היסוד הנ"ל, וז"ל: "והא דאין נותן לו השבח, דאפילו יורד שלא ברשות כשגילה דעתו דניחא ליה נותן לו השבח כמבואר בב"מ ק"א ולקמן בסימן שע"ה, דזה אינו, דדוקא כשנתכוין להשביח לחבירו הדין כך, אבל הכא עיקר כונתו לצרכו שיהיה לו מקום דירה, לא היתה כונתו להשביח לחבירו, ועיין ש"ך סימן שצ"א ס"ק ב' שכתב דבעינן שתהיה כונתו להשביח לחבירו", וכאמור הנתי' למד כך כפי שיטתו הכללית שהיורד ע"ד שניהם אין לו דין יורד, אולם לפי הרמ"א שגם היורד ע"ד שניהם יש לו דין יורד, א"א להסביר שם אלא כנ"ל, כיון שאין עיקר כוונתו להיות קבלן.

[ומשם מוכח גם שאין כוונת הנתי' במקיף וניקף כיון שהם נידונים ממש כעין שותפים, כי בדין הבית והעליה א"א לומר שהם שותפים, כי אחרי שבעל העליה מסתלק כל ההנאה היא של בעה"ב, ובכ"ז בעל העליה אינו מקבל יותר ממה שהוציא, אלא ברור שהטעם לפי הנתי' הוא בגלל שמטרת העליון היתה כדי שיהיה לו מקום לגור ולא אדעתיה להיות קבלן לבעל הבית. וכן הוכחנו לעיל, כי אחרת המקיף היה יכול לכונן את הניקף להצטרף עמו מתחילה. וראה נתי' קע"ח סק"ג].

המפרשים הקשו על הנתי', כי במקו"א (רל"ז סק"ז) הנתי' עצמו כתב שלפי הש"ך (שצ"א סק"ב) כשמשביח התכוון להנאת עצמו, אינו מקבל אפילו את הוצאותיו. אולם באמת לא קשה משם כלל, כיון ששם מדובר בשבח שאינו ממשי, משא"כ בשבח ממשי כמו במקיף וניקף שהוא מקבל הוצאות, וכ"כ להדיא החלקת יואב (חו"מ סי' ט'). בעומקא דדינא (ח"ג עמ' 219) הקשה הכותב שהנתי' במקו"א (פ"ט סק"ו) סתר את דבריו, כי כתב שאם שכן אחד בנה כותל בין שני חצירות עד ד' אמות, שהוא לא מקבל רק את הוצאותיו אלא גם כשתלי העיר, וז"ל "דעד ד' אמות בחזקת שנתן, אף שהיה הוא עצמו הבונה וצריך שומא, והטעם כיון שהוא דין ידוע לכל והשומא הוא כשאר שתלי העיר", וצ"ע שהרי ירד גם ע"ד עצמו, ובפרט לפי שיטת הנתי' שבכה"ג אין לו דין יורד כלל?

והמהלך הזה הוא לדינא, כי אנחנו פוסקים (חו"מ קנ"ח ס"ו) שבין עמד מקיף ובין עמד ניקף ובנה את הרביעית מחייבים את הפנימי לשלם, וכמו הסוגיא בב"ק, ואפילו אם גם בהתחלה וגם בסוף בנה רק ג' צדדים, בכ"ז א"א לראות זאת כמחילה על התשלום, כי אפשר לפרש מעשיו באופן אחר, ובסתם אנחנו לא אומרים שאדם מוותר על תשלום, כמו שבסתם לא אומרים שאנשים נותנים מתנות אלא התכוונו לשכר. והטעם שלא מגיע לו תשלום אם לא נבנה בסוף הצד הד', הוא מכיון שאז א"א לחייב את הפנימי מצד נהנה, אבל לא מצד שהמקיף מחל על שכרו.

וכעין זה כתב הרשב"א (שם ד"ה בשלמא) בביאורו לשיטת הרמב"ן, וז"ל: "והרמב"ן ז"ל פ' טעמא דת"ק, דכיון שלא בנה אלא שלש כבר גלה בדעתו **שלא בנה אותן על דעת שישתלם מהם**, שהרי לא היה מהנה בהן את חברו כלל, ואעפ"י שבנה עכשו רביעית זו והרי חברו נהנה בכולן, פטור על השלש הראשונות, לפי שלא עשאן להשתלם מהן כלל, ורבי יוסי סבר כיון שלבסוף הוא עומד וגודר, הרי גלה בדעתו שמתחלה היה רוצה לגדור לגמרי, אלא שלא נזדמן לו עד עכשו, והיכא דעמד ניקף וגדר את הרביעית לת"ק פטור לגמרי על השלש ראשונות... משום דגלה בדעתו שלא עשאן להשתלם מהן ונתנו למחילה כדברי הרמב"ן".

וכך פסק הש"ך (שצ"א סק"ב). ואין להקשות מזה על דין הרמ"א (רס"ד ס"ד) שאם ירד ע"ד שניהם אין צריך להגיע לחסר, שלכא' כאן כיון שהמקיף ירד ע"ד שניהם לא היו צריכים להגיע לחסר, ובכ"ז הצריכה הגמ' שהוא היה חסר היקפא יתירא, והטעם שאינו קשה, כי במקיף וניקף לא ירד המקיף ע"ד להביא הנאה לשניהם, כי ודאי ירד עבור עצמו, ומה שבכ"ז יש דין יורד הוא מכיון שלא הייתה לו דעת לוותר על מה שמגיע לו, משא"כ בנידון הרמ"א שמתחילה ירד להדיא כדי להביא הנאה לשניהם. ועיין ביאורי המשפט שהארכנו בזה.

15. כך מבואר במלחמות הנ"ל, כי בכך פירש את מחלוקת רב הונא וחייא בר רב.

16. כך מבואר בשו"ע (קנ"ח ס"ח) שפסק: "אם אין המקיף יכול לברר כמה הוציא, ישבע כעין דאורייתא ויטול, כיון שברשות הוציא", ואם היה הניקף משלם דמי הנאתו, וכן אם היה משלם "אומדין כמה נותנים שדה זו לנטועה", לא צריך שבועה כלל כמה הוציא, כי שיעורים אלו אינם תלויים בהוצאות.

17. כך הסביר הנתי"מ (קנ"ח סק"ח), וז"ל: "אין להקשות כיון שכתב הרמב"ן דהוי כשדה העשויה ליטע, א"כ אמאי מחזיר רק ההוצאה, היה לו ליתן ג"כ שבח, דזה אינו, דדוקא בירד להשביח אדעתא דחבריה כמו בסימן שע"ה, משא"כ הכא דאדעתא דידיה השביח". והנה הבאנו בביאורי המשפט שהרמב"ן כתב להדיא שהמקיף ירד ע"ד שניהם ואדעתא לדרוש שכר, וזה אינו סותר את הנתי', כי הנתי'

ולא מיחה בו בעל השדה שמין לו וידו על העליונה. וא"ת אכתי למה מחייבין אותו, לימר טול עציך ואבניך, דכיון דמקום שלא נהגו לגדור הוא ה"ל כשדה שאינה עשויה ליטע דיכול לומר לו טול עציך ואבניך כמו שכתבתי בפ' השואל, י"ל, דאעפ"י שלא נהגו לגדור מ"מ ראויה היא וצריכה לכך, וכיון שכן כל שלא מיחה חייב, דכיון שלא מיחה גלי אדעתיה דניחא ליה, וכיון דניחא ליה משלם את הכל, וכדאמר' בפ' השואל 'חזייה דהוה גדר ומנטר ליה אמר ליה גלית אדעתך דמינח ניחא לך, זיל שום ליה וידו על העליונה', והכא נמי, כיון שלא מיחה כאלו גלי אדעתיה דניחא ליה".

ומבואר בדבריו, שהגם שבד"כ בשדה העשויה ליטע אין טענת טול גם בלא ידע, אבל כאן שונה כיון שהוא מקום שלא נהגו לגדור, ולכן אם לא ידע יכול לטעון טול למרות שהוא שדה העש"ל, ורק אם ידע ולא מיחה אין לו טענת טול, כיון שגילה דעתו שניחא ליה.

ביאור הרא"ש כיון שראה ושתק מסתמא ניחא ליה

בשונה מהרמב"ן וסיעתו שכתבו הטעם שהניקף חייב כיון שלא מיחה מראש, הרא"ש (ב"ב פ"ו ס"ו) כותב שהטעם כיון שראה ושתק, וז"ל: "כיון ששתק וראה שחבירו היה גודר, מסתמא ניחא ליה שאם יקיפנו מארבע רוחות שיתן חלקו".

והנה הרא"ש הוא לשיטתו בכל יורד, שאפילו בשדה העש"ל יש לו טענת טול, ולכן היה חייב לומר שהניקף חייב לשלם כיון שראה ושתק, כי אל"כ מדוע אין לניקף טענת טול כמו בשאר יורד? ולכן עשה אוקימתא שמדובר במקרה שראה ושתק, ולכן איבד את זכותו לטעון טול.

ומדברי הרא"ש משמע להדיא שאם לא ידע כלום ממעשי המקיף, שלא איבד את זכותו לטעון טול ולהיפטר, כי טעם החיוב הוא כיון שראה ושתק ומסתמא ניחא ליה, אבל אם לא ראה אין לנו סיבה לחשוב שניחא ליה, ולא גרע מכל יורד שיש לו טענת טול אפילו בשדה העש"ל אם לא ידע ממעשי המשביח.

דברי הפוסקים בלא ידע ממעשי המקיף

לפי דבריו הנ"ל יוצא, שבין לדעת הרמב"ן וסיעתו ובין להרא"ש, אם לא ידע הניקף ממעשי המקיף, פטור מלשלם, כי הרמב"ן והר"ן כתבו שכיון שלא מיחה גילה דעתו דניחא ליה, ולכא' אם לא ידע אין לנו גילוי דעת מצידו, ויותר נראה כך ברא"ש שכתב להדיא שכיון שראה ושתק איבד את זכותו לטעון טול, אבל כשלא ראה לא גרע משאר יורד שלשיטתו יש טענת טול.

אמנם בגליון 124 הערה 10 שהבאנו בארוכה את דברי רעק"א (כו"ח תנינא סי' נ"ד) והחזו"א (ב"ב סי' ב' סק"ח ד"ה והאי גדר) בביאור הראשונים הנ"ל, שבדעת הרמב"ן הסכימו שניהם להדיא שגם אם הניקף לא ידע ממעשי המקיף חייב לשלם ואין לו טענת טול, וכמו בכל יורד שאין לו טענת טול בשדה העש"ל אפילו אם לא ידע כלום מההשבחה.

ובדעת הרא"ש נחלקו רעק"א והחזו"א, שרעק"א הבין ברא"ש שהדין שווה במקיף וניקף ובכל יורד, שרק אם ראה ושתק איבד את זכותו לטעון טול, אבל אם לא ידע [וכ"ש אם מיחה] יש לו טענת טול, וכמו שכתבנו בדעתו, והחזו"א הבין בדעת הרא"ש שבשאר יורד אין הבדל אם ראה ושתק או לא, ותמיד יש לו טענת טול, אבל במקיף וניקף אין הדין כך, כי בזה תיקנו חז"ל שאם לא מיחה מראש חייב לשלם ואין לו טענת טול "כיון דההוצאה מועטת וההנאה מרובה", וכך הדין גם אם לא ידע, שכיון שלא מיחה איבד את זכותו לטעון טול.

עכ"פ הסכימו שני הפוסקים האלו בדעת הרמב"ן שגם אם לא ידע חייב לשלם ואין לו טענת טול, וזה דלא כהוכחנו מדברי הרמב"ן ובעיקר

חיוב הנהגה לשלם על הנאה שקיבל בע"כ כיון שלא מיחה
הראשונים (דלהלן) התקשו, איך יתכן שהגם שא"א בתחילה לכפות על הניקף להשתתף עם המקיף בבניית הגדר, כיון שמדובר בבקעה שאין חיוב ולא נהגו לגדור, [וכמו שביאר רש"י שלכן כשהמקיף בנה ג' מחיצות הניקף פטור מלשלם], ובכ"ז אם בנה המקיף בלי הניקף מחייבים את הניקף להשתתף?

ביאור הרמב"ן וסיעתו כיון שלא מיחה הרי"ז כגילה דעתו דניחא ליה

וז"ל הרמב"ן (חי' שם): "ועדיין יש לדקדק בה, כיון שאינו יכול לכופו לסייע עמו לגדור אותו הגדר החיצון, למה מגלגלין עליו עכשיו, וכי מפני שקדם הלה ובנה משלו הפסיד זה. ולדידי לא קשיא, שהרי זה דומה במקצת ליורד לתוך שדה חברו ונטעה שלא ברשות, שאלו מתחלה בא לימלך ומיחה על ידו אינו רשאי ליגע בה, ואפשר שאינו חייב לו כלום אלא יטול עציו ואבניו וישלם כחש קרקעו של זה, ואפילו בשדה העשויה ליטע, ואלו עמד מעצמו ונטעה שמין לו וידו על העליונה ואינו יכול לומר לו טול עציך ואבניך כיון שהיא עשויה ליטע, אף כאן, כיון שירד וגדר ושדה העשויה לגדור וצריכה לכך היא, אינו יכול לסלקו אלא שמין לו כיוורד שלא ברשות, שאלו אחד מן השוק גדר, על שניהם לשום לו וידו על העליונה, דהא צריכה היא לגדור. ודמי לההוא דאמרין (ב"מ ק"א ע"א) 'לסוף חזייה דקא גדר ומנטר לה ואמר גלית אדעתך דמינח ניחא לך', והאי נמי מיגליא דעתיה דניחא ליה בשמירה, והיינו דפליגי אמוראי בגמרא, מר אמר הכל לפי מה שגדר, דבהכי ודאי ניחא ליה ושדה העשויה לכך היא, ודיניה כיוורד לשדה העשויה ליטע ששמין לו הכל, ומר סבר אדם עשוי לגדור בקנים ובנטורא בר זוזא, ואין סתם השדות עשויים לגדור בנין, לפיכך דנין אותו כיוורד לשדה שאינה עשויה ליטע שיכול לומר לו טול עציך ואבניך ולך (הוא מתכוון לפער בין מה שגדר לבין עלות דמי קנים בזול), ואינו משלם אלא קנים או נטורא דזוזא".

והנה מה שכתב שיש לניקף זכות מחאה בתחילה, זה פשוט, כי בכל יורד אפ"ל אם אם היא עשויה ליטע אפשר למחות בהתחלה, אבל דבריו טעונים ברור לגבי הדין כשלא ידע כלום ממעשי המקיף, כי כתב שאם לא מיחה הרי"ז כמו "שמגליא דעתיה דניחא ליה בשמירה", ולכן חייב לשלם ואין לו טענת טול שהרי גילה דעתו שניחא ליה, ומזה משמע ברור שהיינו דווקא אם ידע ושתק שאז יש לנו גילוי דעת שניחא ליה, אבל אם לא ידע יכול לומר טול - הגם שהרמב"ן כתב שזה נחשב שדה העשויה ליטע, וזה סותר לכא' את שיטת הרמב"ן עצמו שבשדה העשויה ליטע אין הנהגה יכול לומר טול, אפילו לא ידע ממעשי המשביח ואפילו אם לא גילה דעתו דניחא ליה.

גם הרשב"א (שם) סתם דבריו, וז"ל: "ותירץ הרמב"ן נ"ר דנפקא מינה, שאם עמד הניקף ומיחה במקיף ואמר שלא לגדור מחמתו על מנת שישלם לו מדמי הגדרים כלום, הרי זה פטור, אבל כל זמן שלא מיחה בו ועמד וגדר, חייב, דהו"ל כיוורד לתוך שדה חברו ונטעה שלא ברשות, שאם מיחה בו בעל השדה הרי הנוטע הפסיד לגמרי, ובעל השדה אומר לו טול עציך ואבניך ואפילו בשדה העשויה ליטע, ואם ירד זה מעצמו ונטעה ולא מיחה בו בעל השדה שמין לו וידו על העליונה".

אכן הר"ן (שם) שהלך בדרכו של הרמב"ן ביאר יותר, וז"ל: "תירץ הרמב"ן ז"ל, אה"ל דלכתחלה אין מחייבין אותו, וכן נמי אם עמד ניקף ומיחה בו בשעה שהיה גודר ואמר לו שלא יגדור על מנת להשתלם ממנו כלום, הכי נמי דפטור, אבל כל זמן שלא מיחה בו ועמד זה וגדר חייב, שהרי [לא] התרה אותו, דה"ל כיוורד לתוך שדה חברו ונטעה שלא ברשותו, שאלו מיחה בו בעל השדה בשעה שנטע יכול לומר לו טול נטיעותיך ומשלם כחשא דארעא, ואפ"ל בשדה העשויה ליטע, ואם ירד זה מעצמו ונטעה

מהר"ן שצריך להגיע לגילוי דעתו דניחא ליה כדי לחייבו, ובלא ידע הרי אין לנו גילוי דעת כזאת? ומסתבר ששניהם לא ראו את החי' הר"ן ולכן למדו כן.

ולגבי דעת הרא"ש, פשוט דבריו מורה להדיא כפי שהבין רעק"א, שדווקא אם ראה ושתק איבד את זכותו לטעון טול, ומה שהחזו"א נדחק לפרש ברא"ש שאפילו אם לא ידע חייב לשלם, וחדש שיש כאן תקנת חכמים מיוחדת למקיף וניקף ו"לא חלקו חכמים בדבר" אם ידע או לא, טענותיו אינן מוכרחות כלל, כי כל החילוק שכתבו הראשונים אם מיחה או לא אינו מוזכר בחז"ל, ואם הטענה "לא חלקו חכמים בדבר" נכונה, א"כ מניין לנו שיש חילוק בין מיחה מראש או לא? וכשם שהראשונים יכלו לחלק בין מיחה או לא, יכלו גם לחלק בין ידע או לא. גם מה שחילק החזו"א בין מקיף וניקף לבין שאר יורד, שבשאר יורד גם בראה ושתק יש דין טול ודווקא במקיף ניקף איבד את זכות הטענה, ההכרח שלו לזה היה "דין יורד לתוך שדה חברו דאומר לו טול עצך משמע אפי' בנה בפניו, וע"כ דשכן המקיף שאני", וזו טענה מחודשת מאוד, ובוודאי רעק"א חלק עליו [בדעת הרא"ש] שדין טול הוא דווקא כשבנה שלא בפניו, והחזו"א עצמו כתב שכך פשוט לשון הרא"ש.

ועוד צ"ע בשיטת החזו"א, כי אם כל הדין של מקיף וניקף היא תקנה מיוחדת של חז"ל שחייב לשלם, א"כ לחינם נרעשו כל הראשונים הנ"ל וטרחו להסביר מדוע הניקף חייב לשלם, ובוודאי היה להם לומר קודם כל שמדובר בתקנת חז"ל.

עוד הבאנו שם שיטת הנתי"מ (קנ"ח סק"ח) שגם לפי שיטתו יוצא שגם אם לא ידע הניקף חייב לשלם ואין לו טענת טול, שהנה השו"ע (קנ"ח ס"ט) פסק לגבי מקיף וניקף "אם מתחלה אמר לו ניקף לא אתן לך... אינו נותן לו אלא דמי נטירא בר זוז, אפילו לא אמר לו כן אלא לאחר שגדר השלישית, כיון שאמר לו קודם שגדר הרביעית", ולמד מזה הנתי"מ שאם מיחה בו בסוף חייב לשלם כפי הנאותו, ואין לו זכות לטעון טול, והביא הנתי"מ שהרמב"ן (הנ"ל) כתב שהטעם הוא כיון שזה נחשב שדה העש"ל, וא"כ יוצא שהשו"ע סובר כשיטת הרמב"ן שאין טענת טול בשדה העש"ל, ומכאן הקשה על הסמ"ע שכתב שהשו"ע סובר כשיטת הרא"ש שיש טענת טול בשדה העש"ל, כי לפי הרא"ש יש לו זכות לטעון טול גם לאחר סיום ההשבחה ואילו השו"ע כתב כאן שיש לו זכות לטעון טול רק לפני בניית הגדר הרביעית.

ולכן כתב הנתי"מ דרך חדשה, וז"ל: "ונראה דדוקא ביורד שלא ברשות שירד לשדה חברו לבנות יכול לומר טול עצך ואבניך, משא"כ הכא ששניהם צריכין להגדר, דמי לשותף המבואר בסימן קע"ח בהג"ה דדוקא כשמחה יכול לומר טול עצך ואבניך, אבל כשלא מיחה אינו יכול לומר טול עצך ואבניך, וה"נ כיון שהוא טובת שניהם אינו יכול לומר טול עצך".

ולפי דברי הנתי"מ פשוט שאין חילוק בין ידע ללא ידע הניקף ממעשי המשביח, כי מ"מ אין לו טענת טול כדין שותף.

ודבריו אינם מוכרחים כלל. ראשית, כי מניין לו שהשו"ע דיבר בלא ידע? ואם נאמר שהשו"ע דיבר בידע [שזה רוב המקרים ובזה דיברו כל הראשונים], א"כ אין שום קושיה על הסמ"ע, כי גם לשיטת הרא"ש שיש טענת טול בשדה העש"ל, מ"מ אם ידע ושתק איבד את זכותו לטעון טול, וכמו שכתב הרא"ש להדיא, ושפיר יכול השו"ע לסבור כהרא"ש. ועוד, כי כתב להקשות בדעת הרא"ש, בזמן שהרא"ש עצמו התייחס לנידון זה, והנתי"מ לא הזכירו כלל, וברא"ש עצמו מבואר לפי הפשטות דלא כדבריו, שיש חילוק בין ידע ללא ידע, וכמו שכתב רעק"א בדבריו.

חיוב הניקף משום דיני יורד לשדה חברו

חיוב הניקף לשלם הוא מדין יורד

בהרבה ראשונים מבואר שגדר החיוב הוא מצד דיני יורד.

הרמ"ה (ב"ב ד' ע"ב ס"ז) כתב וז"ל: "הא למה זה דומה ליורד לתוך שדה

חבירו ונטעה שלא ברשות, או לתוך חורבתו של חבירו ובנאה שלא ברשות, דאע"ג דלכתחילה לא מחייבין ליה לאיניש למיטע ארעיה ולא למבני חורבתיה, אי אתי איניש דעלמא ונטע לה או בני לה שלא ברשות, שיימין ליה שבחיה".

וכן כתב הרמב"ן (ב"ב שם ובמלחמות ריש ב"ב) וז"ל: "ולדידי לא קשיא, שהרי זה דומה במקצת ליורד לתוך שדה חברו ונטעה שלא ברשות, שאלו מתחלה בא לימלך ומיחה על ידו אינו רשאי ליגע בה... אף כאן, כיון שירד וגדר ושדה העשויה לגדור וצריכה לכך היא, אינו יכול לסלקו אלא שמין לו כיוורד שלא ברשות, שאלו אחד מן השוק גדר, על שניהם לשום לו וידו על העליונה, דהא צריכה היא לגדור". וכן הסכים הרשב"א (ב"ב שם) וז"ל: "דהו"ל כיוורד לתוך שדה חברו ונטעה שלא ברשות... ואם ירד זה מעצמו ונטעה ולא מיחה בו בעל השדה, שמין לו וידו על העליונה".

וכ"כ הריטב"א (ב"ב שם ד"ה ופירושו): "ופירושו רבנן דבהא פליגי, דרב הונא עביד למקיף כיוורד שלא ברשות לשדה העשויה ליטע שידו על העליונה", וכ"כ הר"ן (שם): "דה"ל כיוורד לתוך שדה חברו ונטעה שלא ברשות", וכ"כ הנימוק"י (ב"ב ב' ע"ב): "וכיון שלא מיחה בו לומר שלא יגדור ע"מ שישתלם ממנו, חייב, מידי דהוה כיוורד לתוך שדה חברו שלא ברשות ונטעה והיא שדה העשויה ליטע".

וכך גם מבואר בתוס' (ב"ב נ"ח ע"א ד"ה א"נ מבריה) וז"ל: "והיכא שמשביח נכסי חבירו אין דומה כלל למבריה ארי, כגון יורד לתוך שדה חבירו ונטעו שלא ברשות, ומקיף את חברו משלש רוחותיה". וכך גם שיטת הרא"ש (ב"ב פ"א ס"ז).

ישוב הדין במקיף וניקף עם שיטת הרמ"א בירד ע"ד שניהם

והנה בעלונים הקודמים הארכנו בשיטת הרמ"א (רס"ד ס"ד) שהוסיף על דברי ר"י מפאריש ופסק כן, שאם אחד הוציא הוצאות גם עבור עצמו וגם עבור חברו, והשני היה זקוק למה שהמהנה עשה עבורו, הנהנה חייב לשלם את חלקו בהוצאות הראשון, וז"ל הרמ"א: "מי שהציל ספריו וספרי חברו, אם לא הוצרך להרבות הוצאות בשביל חברו, אין חבירו חייב לשלם לו כלום, ונ"ל דווקא שירד תחלה להציל שלו, אלא שהציל גם כן של חברו עמו, אבל אם ירד על דעת שניהן, חייב ליתן לו מה שנהנה, מאחר שהציל של חברו". ועיין לעיל שם שהארכנו להוכיח שהרמ"א מחייב מדין יורד לנכסי חברו.

ולכאן צ"ע, שהרי החיוב במקיף וניקף הוא מדין יורד כנ"ל, ומבואר בראשונים (שלהלן) שמהקיף ירד ע"ד שניהם, וא"כ למה הוצרכה הגמ' לומר במקיף שחייב רק בגלל היקפא יתירא, ומשמע שבלא זה פטור הניקף, והרי לפי הרמ"א הנ"ל אם ירד ע"ד שניהם גם בזה נהנה וזה לא חסר חייב הנהנה?

וזה שבמקיף וניקף ירד גם עבור הניקף מבואר ברמב"ן (מלחמות ב"ב ב' ע"ב, וכ"כ בסוגית מרי בר איסק, וז"ל: "ת"ק סבר כיון דשלש שלו גדר ורביעית של חברו הניח, לאו אדעתא דמתנהני מיניה חבריה עבד מעיקרא, ולא ע"מ דלישקול מיניה כלום, וכי האי גוונא זה נהנה וזה חסר פטור, דאחיל משום הנאה דנפשיה, ולא דמי ליורד לתוך של חברו ובונה, דהתם אדעתא דלישתלם עבד, ור' יוסי סבר האי נמי לא מחיל מידי ואדעתא דתרוייהו בנה, אלא איהו סבר דמחייב לפיוסיה מהשתא }היינו גם טרם בנה את הגדר הרביעית}, דכי חזא דלא מפצי ליה - הדר גדר רביעית", והיינו שאפילו אם בהתחלה גדר רק שלשה צדדים, ורק אח"כ נמלך ובנה את הרביעית, לא אומרים שכשבנה את הג' הראשונים לא התכוון לדרוש עליהם שכר, אלא אומרים שחשב שיקבל שכר גם עבורם, ולכן יש כאן דין יורד כיון שלא מחל על שכרו. וכעין זה כתב גם הרשב"א (שם ד"ה בשלמא) בביאורו לשיטת הרמב"ן. והמהלך הזה הוא לדינא, כי אנחנו פוסקים (חו"מ קנ"ח ס"ז) שבין עמד

מקיף ובין עמד ניקף ובנה את הרביעית מחייבים את הפנימי לשלם, וכמו הסוגיא בב"ק.

עכ"פ מבואר מדברי הרמב"ן שגם מעיקרא בנה המקיף גם עבור הניקף, ולכן הניקף חייב לשלם, וא"כ לפי הרמ"א למה צריך להגיע לטעם של הניקפא יתירא?

בנוסף, ראה לעיל באות הקודמת שמבואר בהרבה ראשונים שביארו שהיה נדרש מן הניקף למחות לפני גמר עבודת המקיף שאינו בכוונתו להשתתף בהוצאות, וזה מוכיח שההבנה הפשוטה היא שכוונת המקיף לדרוש ממנו שכר, כי אל"כ מדוע לניקף למחות ממי שאינו מתכוון לדרוש ממנו שכר. ודין הראשונים נפסק בשו"ע (קנ"ח ס"ט), וא"כ צ"ע על הרמ"א שלפי שיטתו היה נראה שלא היה צריך להגיע לטעם של הניקפא יתירא, ובכל הראשונים פשוט שרק בגלל הניקפא יתירא חייב הניקף, וכ"כ הרמ"א עצמו (קנ"ח ס"ו).

והנה מצד שיעור התשלום שמגיע למקיף אין קושיא, כי בכה"ג ששניהם שותפים בהנאה אין הבדל בין חיוב יורד לחיוב זה נהנה וזה חסר, כי מצד שניהם מחויב הנהנה לשלם כפי חלקו היחסי בהוצאות, ולא מגיע למהנה דמי משביח [היינו כאריס] כיון שהוא שותף בהנאה. והקושיא היא רק מדוע הוצרכו הגמ' והפוסקים להגיע לחסר של הניקפא יתירא לפי דין הרמ"א שביירד ע"ד שניהם בכל אופן חייב הנהנה, גם לולא חסרונו של המהנה.

לפי הבנת הנתיה"מ ברמ"א אין קושי

והנה לפי מש"כ הנתיה"מ (רס"ד סק"ו) בביאור דין הרמ"א בירד ע"ד שניהם, שרק באופן שהמהנה היה יכול מתחילה את הנהנה להשתתף עמו, וכגון במקרה ששניהם היו חבושים במאסר ואחד הוציא הוצאות לשחרורם, אז חייב השני להשתתף בהוצאות, לפי זה לא קשה כלום על הרמ"א, כי במקיף וניקף לא היה האחד יכול לכוף את חברו מתחילה שישתתף עמו, וכמו שכתב הרמ"ה (ס"ו): "דאי תבע ליה מעיקרא חד מינייהו לחבריה בדינא למיבני בהדיה גדר לאפסוקי בינו ובין רשה"ד דלא מצי כפי ליה", וכן מבואר בראשונים כמו הרמב"ן וכו' שהבאנו לעיל שהקשו איך מחייבים את הניקף לשלם על הנאה שקיבל בעל כרחו, ופשוט מזה שעכ"פ אין למקיף זכות לכפות מתחילה על הניקף להשתתף, והנת' עצמו (קע"ח סק"ג) כתב שא"א לכוף במקיף וניקף כיון שהניקף יכול לטעון לדידי סגי בנטירא בר זוזא, וא"כ לפי הנת' דין הרמ"א כלל אינו שייך כאן.

אמנם כבר הארכנו בעלון 135 שרוב הפוסקים אינם סוברים כמו הנת', וגם באופן שלא היה מתחילה דין כפייה ישנו לדין הרמ"א שאם ירד ע"ד שניהם חייב הנהנה מדין יורד, וא"כ עדיין צ"ע מדוע הוצרכו במקיף וניקף להניקפא יתירא.

ישוב דעת הרמ"א

ונראה ליישב שיטת הרמ"א בשופי, שלא קשה עליו כלום מכמה סיבות. א', אפילו אם לא נאמר כמו הנת' שהתנאי לדין הרמ"א הוא שכ"א יש לו זכות עקרונית לכוף את השני להשתתף עמו, אבל בכ"ז פשוט שבדין הרמ"א צריך שהמהנה עזר לנהנה בצורך מוכח, כמו בן אדם שממונו נאבד או שהוא אסור בבית הסוהר, משאי"כ במקיף וניקף שהיה נהוג לא לגדור, והיינו שסתם אנשים לא היו מקיפים, ובזה ודאי לא יפסוק הרמ"א שאם אחד יקום ויעשה גדר שהשני יהיה חייב להשתתף עמו כמו בשאר יורד, כי היסוד של הרמ"א הוא היות ששניהם צריכים אותם דברים לכן הם כמו שותפים, וזה לא שייך כאן שהרי אינו צורך מוכח וברור, ואדרבא, רוב הציבור לא היו מוכנים לשלם עבור הנאה זו, ואע"ג שהפנימי ראה ושתק, זה אינו הוכחה שהיה לכתחילה משלם עבור זה, כי י"ל שחושב שאם בכל מקרה הוא עתיד לקבל את השמירה בזול הוא מוכן להשתתף, אבל לא שהיה מתחילה משקיע בזה.

ב', הרמב"ן לא התכוון שהמקיף בנה ממש עבור שניהם, כי כל מה שצריך הוא רק שלא תהיה מחילה, והביאור הנכון ברמב"ן הוא שהמקיף בנה לעצמו, אלא שהיה בדעתו שאם יוכל לקבל שכר מהפנימי אין כוונתו למחול, וזה מוכח בדבריו, כי כתב שהמחלוקת בין ת"ק לרבי יוסי היא שת"ק סובר "דאחיל משום הנאה דנפשיה", ורבי יוסי סבר "האי נמי לא מחיל מידי", אבל לא כתב שהוא הקיף ממש כדי להנות לפנימי, ואדרבא, האמרי הצבי (ב"ק א' מ"ה) טען למה הפנימי צריך לשלם כיון שהחיצון עשה לעצמו, ורק תירץ משום ששווי הנכס עלה ע"י פעולת החיצון. וראיתי שבשו"ת ישועות מלכו (נז"מ פ"ג ה"א בסוף) הקשה כמו שהקשנו על הרמ"א, ויישב כמו שכתבנו כאן שהמקיף לא התכוון להנות את הניקף.

ג', יתכן לומר עוד, שלפי הבנת רעק"א (שהבאנו באות הקודמת) ברא"ש, שכל הסיבה שלא יכול הניקף לומר טול היא בגלל שגילה דעתו דניחא ליה בפעולת המקיף במה שראה ובכ"ז שתק, א"כ נמצא שכאן לא מספיק דין הרמ"א לבדו, כי אם מצד דיני יורד הרי לשיטתו גם ביורד לשדה העשויה ליטע אפשר לומר טול, ולכן אנו זקוקים גם לזה שהניקף מצידו גילה דעתו והראה בעליל דניחא ליה, ובדין הרמ"א לא צריכים לזה, כי במקרים שהוא דן בהם לא היה שום צורך שהנהנה יגלה דעתו, ואדרבה אם יטען שלא היה רוצה לא נאמין לו. והיינו שלו יצויר שאחד עושה פעולה עבור עצמו והנהנה לא גרם למהנה שום הוצאה, גם אם הנהנה ראה שהשני עושה פעולה שהוא יכול ליהנות ממנו, לא יצטרך הנהנה לשלם למהנה לדעת הרא"ש, כי יתכן ששתק בגלל שמעשה המהנה אינו מתייחס אליו בכלל, ולכן אי אפשר להבין מתוך שתיקתו שהוא מוכן להשתתף בהוצאה, משא"כ אם גרם הניקפא יתירא, אז הנהנה שם לב שמעשה המהנה קשור איתו, ולכן כיון שהוא רואה ושותק אנחנו מבינים שהוא התכוון להשתתף איתו.

דעות נוספות באחרונים בגדר חיוב הניקף לשלם

החזו"א (ב"ב סי' ב' ס"ק ח' וט') כתב שדין מקיף וניקף הוא משום תקנת חז"ל מיוחדת שהניקף ישלם חצי הוצאה, וכתב להדיא שאם משום דין יורד היה הניקף פטור כיון שהגדר היא אינה עש"ל, ופסק שאם גדר אדם אחר מן השוק אינו מקבל שכר כלל אלא דמי שמירה. ודבריו סותרים דברי כל הראשונים הנ"ל, וז"ל הרמב"ן (מלחמות שם): "מפני שהוא {המקיף} דומה ליורד לתוך שדה של חברו העשויה ליטע ונטעה שלא ברשות... שכיון שזה הנהנה והוא חסר הוה ליה כאדם אחר, ואילו אחד מן השוק גדר, על שניהם לשלם לו... שסתם שדה עשויה לגדר יפה, ושמן לו וידו על העליונה ואינו יכול לומר טול עציך ואבניך, דודאי ניחא ליה". וכבר הערנו על דבריו ועל דברי הנתיה"מ לעיל.

והנה הנת' (קנ"ח סק"ח) כתב: "ואין להקשות, כיון שכתב הרמב"ן דהוי כשדה העשויה ליטע, א"כ אמאי מחזיר רק ההוצאה, היה לו ליתן ג"כ שבח, דזה אינו, דדוקא בירד להשביח אדעתא דחבריה כמו בסימן שע"ה, משא"כ הכא דאדעתא דידיה השביח. ועיין סימן שצ"א בש"ך ס"ק ב", וכבר התקשה מאוד המלואי משפט בדבריו, כי מציין ש"ך וכותב להיפך ממנו, והוא גם מתעלם מראשונים מפורשים בעניין זה.

ויש לציין שבח"ר ר' שמעון (ב"ב סי' ו' סק"ה) כתב יסוד חדש בדיני יורד ונהנה, וחלק על הש"ך הנ"ל שחילק בין התכוון להשביח או לא, וכתב שהכל תלוי בכמה סיבות מעורבות בקבלת הנאה, ובכל אופן ששתי סיבות מעורבות בהפקת הנאה פטור הנהנה, אבל אם ישנה רק סיבה אחת חייב הנהנה, וזה שייך בב' אופנים: או פעולת המהנה בממון המהנה שאז סו"ס הסיבה הוא אדם אחד, או פעולת הנהנה בממון המהנה, אבל אם למשל הקוף הוא סיבת הפעולה וממון ראובן הוא סיבה שניה, פטור הנהנה, [ובזה הסביר את התוס' בצבע קוף (ב"ק ק"א ע"א ד"ה או דלמא)], ולפי דבריו ביורד וכן במקיף וניקף שהפעולה והממון הם מאדם אחד, חייב הנהנה "ואין חילוק בין מתכוון להשביח או בלא כוונה כלל". אכן הוא כתב בעצמו שחלק על הש"ך, וגם ברמב"ן מפורש היפך דבריו לגבי מקיף וניקף.

איבד חפץ שקיבל לתיקון ושילם לבעל החפץ, ואחר שבעל החפץ קנה מוצר חילופי נמצאה האבידה

שאלה

אשה מסרה לפאנית פאה חדשה לעשות בה עיצוב וכדו'. כשבאתה לקחת את הפאה בחזרה, לא מצאה הפאנית את הפאה, ושילמה לבעלת הפאה את מלוא הסכום שהיתה שווה הפאה האבודה [לפי השומא כמה הפאה היתה שווה ללקוחה]. לאחר זמן נמצאה הפאה האבודה, והפאנית פנתה לבעלת הפאה ובידה הפאה המקורית, ודרשה שבעלת הפאה תיקח את הפאה שלה ותחזיר את הכסף שקיבלה. בעלת הפאה טענה, כי היא הספיקה לקנות בכסף פאה חדשה ואף ללבוש אותה, ואין לה כל צורך בשתי פאות, ולכן היא מוכנה להחזיר את הפאה החדשה ולקבל את הפאה המקורית שלה, אך היא לא מוכנה להחזיר את הכסף. הדין עם מי?

תשובה

בעלת הפאה אינה צריכה להחזיר את הכסף שקיבלה מהפאנית. בנוגע לפאה עצמה, בעלת הפאה תקבל את הפאה המקורית ותחזיר את הפאה החדשה, [ותשלם קצת לפאנית על המעט שהספיקה ליהנות מהפאה החדשה].

מקורות ונימוקים

אמנם שאר האחרונים ביארו את דברי הרמב"ם כפשוטם. הקצוה"ח (שם סק"ד) כתב שלמסקנת הגמ' אין בקניית השומר חסרון דבר שלא בא לעולם, כיון שיש לו זכות בגוף הפרה לשבח דמעלמא, וזו בעלות שיש לו בפרה כבר משעת המסירה, ורק כשסברה הגמ' שאין הקנין אלא לזכות בכפל, זה נחשב דשלב"ל כיון שאינו זכות בגוף הפרה. ועיי"ש שכתב שאף התוס' מסכימים לדעת הרמב"ם למסקנא.

ובנתיה"מ (שם סק"ד) ביאר, שטעם הרמב"ם הוא משום שהוא בעיא דלא איפשטא אם יכול למכור את הפרה רק לענין הכפל, (כנ"ל בדברי התוס' שתלוי באיבעיא של המוכר עבדו לקנס), ולצד שיכול למכור אין הבעלים מקנה לו את גוף הפרה, ולכן לא קנה מספק. ועי' בחידושי רבנו חיים הלוי (פכ"ג ממכירה ה"ג) מה שביאר בדעת הרמב"ם לחלק בין מוכר עבדו לקנס למוכר פרה לכפילה, וגם לדבריו דינו של הרמב"ם הוא אף כששילם השומר, שבכל גווני גוף הבהמה שייך לבעלים ולא לשומר.

בכס"מ (הל' שאלה שם) הביא מתלמידי הרשב"א שסייעו לפסק הרמב"ם מדין הגמ' (ב"ק ק"ח) גבי הוכר הגבגב עיי"ש. ובאו"ש (שם) הוכיח כדברי הרמב"ם מסוגיה אחרת בגמ' (ב"ק נ"ד ע"ב) גבי טוען טענת ליסטים מזויין עיי"ש.

ועי' באולם המשפט שבי' בדעת הרמב"ם, שכיון שהתברר ששילם בטעות, בטל המקח, ולכן גוף הבהמה חוזר לבעלים. אמנם בש"ך (סק"ו) כתב להדיא שאף שנתברר שהתשלום היה בטעות קנה את הבהמה לכפילה, כיון ששילם ולא הטריחו בדיון.

א"כ נמצא לכאן במקרה שלנו, שלדעת התוס' והש"ך הפאה שייכת לפאנית, ואילו לדעת הרמב"ם הפאה שייכת לבעליה המקוריים. אמנם העירו לי שבנידו"ד מסתבר שלכו"ע לא תקנה הפאנית את הפאה, כי הנה במקרה של הגמ' יש לשומר אפשרות להרוויח מזה שהוא קונה את הפרה, כי הוא יקבל את הכפל ואת הד' וה', וכן את עליית מחיר הפרה, ולכן מסתבר שהשומר רוצה לזכות בפרה, משאי"כ במקרה שלנו אין שום אפשרות רווח לפאנית מזה שתזכה בפאה, שהרי אין כפל וד' וה', וגם אין סיכוי לעליית שווי הפאה [שהרי היא משלמת ללקוחה כמה שהפאה היתה שווה לה, והיא מוכרת את הפאה במחיר יד שניה], וכיון שאין לה שום רווח בזכיה בפאה והיא לא רוצה לזכות בפאה, לכן מסתבר שלכו"ע לא תקנה הפאנית את הפאה. ורואים בגמ' שזו זכות לשומר לזכות בפרה, כי הגמ' (ל"ד ע"ב) אומרת "כי אקנוי כפל... דעביד לי ניח נפשאי", וכן מב' שם (ל"ה ע"א) שהבעלים יכול לטעון שלא קנה את הפרה לשומר "הכא אטרחיה לבי דינא", והיינו שמדובר בזכות

מבואר במשנה בתחילת המפקיד (ב"מ ל"ג ע"ב): "המפקיד אצל חברו בהמה או כלים, ונגנבו או שאבדו, שילם ולא רצה לישבע... נמצא הגבגב משלם תשלומי כפל... למי משלם, למי שהפקדון אצלו", והיינו שהשומר ששילם את הגניבה מקבל את הכפל, והטעם הוא משום שהבעלים מקנה לשומר את הזכות לקבל את הכפל במקרה שהבהמה תיגנב והוא ישלם. והקשו בגמ' היאך יכול להקנות לו זכות זו, "והא אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם", (ועיי"ש שאפי' לרבי מאיר א"א להקנות בכה"ג), ותיירו: "אמר רבא, נעשה כאומר לו [בשעת קבלת השמירה] לכשתגנב ותרצה ותשלמני הרי פרתי קנויה לך", ועיי"ש תרי לישני בגמ', אם הפרה נעשית קנויה לו משעת משיכה או סמוך לגניבתה.

וכתבו שם התוס' (ד"ה כגון), שמה שהקשתה הגמ' שהוא דבר שלא בא לעולם, הוא עפ"י מה שהסתפקו בגיטין (מ"ב ע"ב) במוכר עבדו לקנס אי מהני, וקושיית הגמ' כאן היא לצד שלא מהני, ולכן הקשו איך מועיל מה שהקנה הבהמה רק לענין הכפל, ותיירו שאינו מוכר לענין הכפל בלבד, אלא גוף הבהמה נהיה לגמרי של השומר (כשנגנבה לבסוף).

ובמקרה שלנו, היות ו"כל האומנין שומרי שכר הן" (ב"מ פ' ע"ב), ודין הפאנית כשומר שכר ששילם ולא רצה לישבע (שהרי יכולה היתה להיפטר בטענת אונס, וכן היתה יכולה להשתמט מלשלם ולהטריח את התובעת לתובעה לבי"ד כמו במקרה של ר' נחמן (ב"מ ל"ה ע"א) במקרה של הכיפי, ולא עשתה כן אלא שילמה מיד), א"כ הפאנית קנתה את הפאה המקורית בכך ששילמה עבורה, ואף לאחר שהפאה נמצאה, היא שייכת לפאנית, ובעלת הפאה אינה צריכה להחזיר את הכסף.

אמנם, דעת הרמב"ם (פ"ח משאלה ה"א), שאם נמצא הפקדון בעין, חוזר הפקדון לבעלים, ואינו קנוי לשומר. והאחרונים נתקשו בדבריו שהרי"ז נסתר מהגמ', ובתוס' (ב"מ ל"ג ע"ב) מפורש לא כך, וז"ל: "ומשני נעשה כאומר לו לכשתגנב ותשלמני הרי פרתי קנויה לך מעכשיו, שגוף הפרה מכר לו דהשתא הכפל שלו ממילא", והסיבה שהגמ' למדה דווקא כך היא, כי אם נאמר שגוף הפרה אינו קנוי לשומר, א"כ חל הקנין רק לענין תשלומי הכפל ולא לענין גוף הפקדון, והרי זהו דבר שלא בא לעולם וכמו שביארו התוס'. ומכוח זה כתב הש"ך (סי' רצ"ה סק"א), שדין הרמב"ם שגוף הפקדון חוזר נאמר רק במקרה שהשומר אמר הריני משלם, אך לא שילם בפועל, ובכה"ג לא קנה עדיין את גוף הפקדון, אבל אם שילם, אף לדעת הרמב"ם אין גוף הפקדון חוזר לבעלים. והטעם, שאם שילם הרי גילה דעתו שרצונו בגוף הפקדון, וקנאו בכך, אבל אם לא שילם, הרי אין עיקר רצונו בגוף הפקדון, עיי"ש.

הרי שאף שבכל מקח טעות אין הלוקח מקבל את כספו בחזרה אא"כ החזיר את החפץ שקנה, כאן שאינו יכול להחזיר מחמת שהשתמש בחפץ באופן שעל דעת כן קנה אותו, מחזיר המוכר את כל הכסף שקיבל, אפילו שאינו מקבל בחזרה את החפץ כפי שהיה במצב שמכר אותו, אלא במצב מקולקל כמו שהוא עכשיו אחרי השימוש, ולמרות שהחפץ אינו שווה עכשיו כפי שהיה שווה בזמן שמכר אותו.

וכן נפסק להלכה בשו"ע (סי' רל"ב סי"ד) במקרה של קונה בד בטעות שהזכיר הריטב"א, וז"ל: "קנה סדין וקרעו לעשות חלוק, ואחר כך נודע המום מחמת הקריעה, מחזיר לו הקרעים" הרי שאע"ג שהקרעים אינם שווים כמו הסדין, הקונה שקיבל אותם בטעות רשאי להחזיר אותם ולקבל תמורתם את כל כספו.

ובספר פתחי חושן (ח"ה סי' י"ג סט"ו) פסק עפ"י זה במקרה שכיה, של קונה ספר וכתב בו את שמו, ואח"כ נמצא בו מום המבטל את המקח, שמקבל את דמיו מהמוכר אף שהספר התקלקל, כיון שהקלקול קרה מחמת השימוש הרגיל בספר וע"ד כן נקנה, והגם שהקונה אינו מחזיר את מה שקנה אלא ספר שאינו שווה כלום למוכר, בכ"ז הקונה זכאי לקבל את מלוא כספו בחזרה. ונלמד מזה לנידוננו, שבעלת הפאה שקיבלה את הכסף ע"ד שתקנה בכסף פאה חדשה, ולא פשעה כלום לא בזה שקנתה אותה ולא בזה שלבשה אותה, לא צריכה לשלם את ירדת הערך של הפאה שקנתה בכסף שקיבלה מהפאנית, ואעפ"י שצריכה לשלם עבור השימוש בפאה החדשה, כיון שמתברר שהשתמשה בפאה שהייתה שייכת לפאנית, מ"מ זה סכום מזערי, כי היא חייבת לשלם כמה שנהנתה מלבישת פאה שאינה שייכת לה (עיין משפטי יושר מק"ט פרק ט' סעיף ח'), וזה סכום הרבה יותר נמוך מירידת הערך, ולכן א"א לחייבה להחזיר את סכום הכסף שקיבלה מהפאנית, אלא רק את הפאה שקנתה ודמי השימוש בה, ותקבל בחזרה את הפאה המקורית שלה.

נמצא א"כ, שבכל מקרה אין בעלת הפאה חייבת לשלם את הכסף שקיבלה, והפאה המקורית תחזור לבעלת הפאה, ובעלת הפאה תיתן לפאנית את הפאה החדשה שקנתה בתוספת סכום קטן עבור השימוש בפאה החדשה.

לשומר וההקנאה תלויה באומדן דעתם, וכאן אומדן הדעת הוא שאינה רוצה בפאה.

ואחר שכתבנו שהפאה נשארת בבעלות הלוקחה, יש לנו לדון אם בעלת הפאה שמקבלת את הפאה שלה בחזרה, חייבת להחזיר את הכסף שקיבלה, או שיכולה לתת לפאנית את הפאה החדשה שקנתה בכסף שקיבלה.

ונראה שיש לדמות דין זה לדין מקח שהתגלה בו מום, שדינו שבטל המקח והקונה מחזיר את החפץ והמוכר את הדמים, ואין אפשרות להחזיר את החפץ הנקנה בעצמו, שהרי בשני המקרים מה שנעשה נתגלה אח"כ כטעות וצריכים להחזיר את המצב לקדמותו, וכמו שבמקח טעות הכסף חוזר לקונה והמוצר למוכר, כך גם בנידוננו הפאה חוזרת ללוקח והכסף שקיבלה חוזר לפאנית.

אכן עדיין צריכים לעמוד כאן על נקודה חשובה. שהנה הוויכוח העיקרי בין הפאנית ללוקחה, הוא לא לא אם הלוקחה יכולה להחזיר את הפאה החדשה או שצריכה להחזיר דווקא את הכסף, שהרי אפשר למכור את הפאה החדשה, ובדבר"כ הפאנית מסוגלת למכור את הפאה הרבה יותר בקלות מהלוקחה. אלא שזה לא מהות הוויכוח, אלא זה שהפאה החדשה שווה פחות כסף מהסכום שהפאנית שילמה ללוקחה, שהרי הלוקחה הספיקה כבר להשתמש בפאה החדשה והיא פאה משומשת, ומחיר השוק של פאה [אותו יקבלו על הפאה החדשה] הרבה יותר נמוך ממחיר הפאה אצל בעליה [אותו שילמה הפאנית ללוקחה]. א"כ עיקר הוויכוח הוא מי צריך לספוג את ההפסד, הלוקחה או הפאנית. ומצינו לזה ראייה מפורשת מדיני מקח טעות.

מבואר במשנה (ב"ב צ"ב ע"א): "המוכר פירות לחברו וזרען ולא צמחו... רשב"ג אומר זרעוני גינה שאינן נאכלין חייב באחריותן", והיינו שהמוכר מחזיר את דמי המקח לקונה, אף שהקונה אינו יכול להחזיר לו את הזרעים הפגומים [שהרי נזרעו באדמה]. ובי' הריטב"א הטעם, וז"ל: "שאינו יכול לומר לו לא אתן לך מעותיך עד שתתן לי כשיעור הזרעים שלי, דכיון שעל דעת זריעה מכרם לו, ולכך מסרם לו, ויש מקח טעות בדבר, ולא פשע הלוקח בכלום, אינו חייב לשלם לו כלום, וכן בכל מקח טעות שבעולם שעשה בו הלוקח הדבר שבשבילו לקחו, כגון בגד וחתכו בהמה ונמצאת טרפה", עיי"ש.



בית דין צדק ובית הוראה 'נתיבות חיים' בארה"ק

בראשות ובהכוונת הגאב"ד הגאון רבי נפתלי נוסבוים שליט"א ובראשות הגאון רבי יוסף פליישמן שליט"א, אב"ד ירושלים • בית שמש • תל ציון • הקריות

מזכירות ראשית: רחוב פנים מאירות 1 ירושלים תובב"א | בימים א-ה בשעות 18:30-20:00

טל: 02.502.3637 פקס: 02.502.3655 דוא"ל: beisdin@neto.net.il ת.ד. 36203 ירושלים

דיונים קצרים ללא המתנה
לתיאום דיונים קצרים בלבד:
058-3206474

סיוע ויעוץ
בעריכת חוזים
וצוואות ע"פ הלכה

מענה הלכתי
לשאלות בדיני
ממונות וריבית

בית הוראה לענייני ממונות
'בית גרוס'

טל: 02.502.3637 שלוחה 2 | שעות פעילות בית ההוראה: ימים א-ה 13:40-15:30 | יום ו' 11:15-13:00