

בית דין ירושלים

לדיני ממונות ובירורי יוחסין

בהרכב הדיינים: הרב יהושע הלוי לוי, אב"ד; הרב חיים נ. גירש; הרב אברהם י. ציוני.

טענת ביטול מקח אחרי זמן רב, ותביעת חיובי שמירה של שכיר על חפצי המעביד

תיק מס': 2078 פג

(ערך התביעה: כ-15,000 שקל. לתשומת לב: נימוקים אלו עתידים להתפרסם בספר "פסקי דין – ירושלים" כרך טז, לאחר השלמת עריכת הגהות תיקונים ותוספות)

נושא הדיון

התובע בעל עסק, העסיק את הנתבע כסוכן, והעבודה התבצעה ברכב ובמחשב של המעביד. אחרי תקופה ארוכה שהעבודה היתה בתנאים אלו, לפני כשנתיים רכש הנתבע את הרכב מהתובע ושילם לו את המחיר, אבל טרם הועבר רישום בעלות הרכב על שם הקונה מחמת עיכובים שונים. בהמשך הסוכן שנהג ברכב ביצע עברות תנועה והמשטרה פנתה לבעלים הרשום בתביעות. טוען התובע שהיו לו הוצאות בגין עברות התנועה והוא תובע אותן מהנתבע. לאחר שהנתבע לא שילם ביטל התובע את רשיון הרכב ו"הוריד אותו מהכביש", כדי לא לספוג חובות נוספים. הנתבע עזב את עבודתו, אבל לא החזיר את המחשב הנייד בטענה שהוא נשחק עם הזמן ובלה והתקלקל. התובע טוען שלפי טיב המחשב זה לא יתכן שיתקלקל לגמרי כל כך מהר, אלא שהנתבע לא השתמש בו נכון ועליו לשלם את הנזק.

הנתבע משיב כי באשמת התובע שלא דיווח לו בזמן על הדוחות הקנס גדל, וגם איבד את המועד שהיה יכול להישפט ולבטלו, וגם איבד "נקודות" שמחייבים אותו קורס נהיגה בתשלום גבוה, ואת כל זה תובע מהתובע. וכמו"כ תובע על השבתת הרכב שלו, שהתובע יחזיר אותו לרשיונו. אך התובע טוען שזה מקח טעות, כי על דעת כן שיתמשך שלב העברת הבעלות כל כך הרבה זמן ויגיעו אליו דוחות ותביעות, לא היה מוכר.

פירוט הטענות:

צד א' טוען שיש אומדנא ברורה שאינה צריכה התנאה בפירוש מראש, שאם אי אפשר לבצע העברת בעלות יותר מכחצי שנה, המקח בטל. ולא יתכן שאדם יסכים להיות כבול להטרדות ולחובות ולהליכים משפטיים של השני שקנה את הרכב בלי להעביר בעלות.

צד א' תובע חזרת הרכב מדין ביטול מקח ומסכים להחזיר התשלום שקיבל בקיזוז סכום מסויים של 2000 – 3000 ₪ כשכירות על שימוש של צד ב' ברכב שהתברר שהוא של צד א'. לעומת זאת צד ב' סבור שהוא הבעלים ולא מוכן להחזרה, אלא למכירה חוזרת במחיר

שיכסה לו רכישת רכב זהה אחר מיד שניה. כמו"כ פירט צד ב' השקעות ותיקונים שביצע ברכב, שאם יש ביטול מקח מגיע לו אותם מצד א' היות והשקיע ברכב שלו.

עוד סבור צד א' שכל הוצאותיו שנגרמו בגלל דו"ח שקיבל צד ב', חלות הן על צד ב', ובלבד שצד א' אינו אשם בזדון ובידיעה מראש בהיווצרות הסיבוך שהגדיל את הקנסות. צד א' הסביר היטב מדוע הוא מבחינתו העביר את המידע בזמן לצד ב' אודות הדו"ח שקיבל, ושצד ב' היה אמור להבין מעצמו שזה דו"ח נוסף ולא אותו דו"ח שידוע לו. לכן כל ההוצאות שחלו מאי תשלום / ביטול הדו"ח, חלים על צד ב'.

לעומת זאת צד ב' מסביר שאין עליו אשמה בעיכוב הביטול של הדו"ח, ולשיטתו אם הוא אינו אשם כי היתה אי הבנה ביניהם עקב דו"ח נוסף שאירע לב' בדיוק באותה תקופה, וכן עקב שא' רק דיבר איתו טלפונית ולא שלח לו בוואטצאפ את הדו"ח עם המס' שלו, הוא פטור מלשלם לא' את ההוצאות הנלוות. צד א' טוען שכן שלח בוואטצאפ. הצדדים ניסו למצוא זכר לזה בטלפונים שלהם מאותה תקופה ולא הצליחו.

עבירת תנועה שביצע צד ב' מסוג זה שניתן עליו הדו"ח עולה 10 נקודות. הנקודות הורדו לצד א' בגלל הרישום של הרכב שהיה על שמו. סבור א' שהיות ולפי האמת הנקודות היו אמורות לרדת מב', כל התוצאות מהורדת הנקודות הן חובתו של ב' שהוא בעל עבירת התנועה. ובכללן קורס נהיגה מונעת וכו'. טוען צד ב' שעבירות תנועה קודמות של א' בעבר גרמו לכך שזהו המחיר שהושת עליו, ולא העבירה עצמה ואם לא היו לו הורדות קודמות לא היה מקבל את הדו"ח הזה.

בנוגע למחשב טוען צד א' שנתן לו רשות להשתמש לעצמו ג"כ ואינו מאמין לו שלא השתמש בזה גם אחרי שסיים העבודה אצלו ונפרדו. וצד ב' טוען שלא השתמש בזה כלל אחרי שסיים לעבוד אצל א' עד שסיפר לו שהתקלקל. לטענת צד ב' המחשב כבר היה "זקן" עוד לפני שהתפטר, כשהשתמש בו לעצמו וכבה לפעמים מעצמו, ואחרי שהתפטר ניסה להדליקו להשתמש ולא נדלק כלל ולדעתו הוא פטור. עוד טען צד ב' "אני עדיין עובד אצל א' ולא סיימתי לעבוד אצלו, וכפי שהיה גם בפסח ושבועות שעבדתי אצלו", כוונתו שגם אם השתמש אחרי סוכות זה נחשב בתקופת העבודה אצל א'.

פירוט סכומים:

תביעת ההוצאות הנלוות לדו"ח, 8500 לעורכי דין, 350 לקורס נהיגה, 12 שעות בזבז קורס נהיגה.

לטענת התובע, מחשב 2500 (זה ערך מחשב חדש של לנובו, והמדובר היה בשימוש לפחות שנתיים), לטענת צד ב' המחשב היה שווה רק 500.

הדו"ח המקורי היה ע"ס 1000, לא ניתנה אפשרות לשלם רק 250, אבל אחרי העיכוב והטלתו על ב' גדל הקנס ל-1500.

פסק דין

א, צד ב' חייב לצד א' סכום מסויים.

ב, צד א' חייב מיידית להחזיר את הרשיון לרכב של צד ב'.

השאלות לדיון

א' עד מתי אפשר לטעון מוס או מק"ט על מכירה.

ב' מוכר שהתנה לטובתו שלא תתבצע העברת בעלות מיד, האם יכול לפרש תנאו אח"כ נגד הקונה.

ג' האם יש חיוב לשלם "גרמא", בכל אחת מתביעות הנזקים שבתביעה.

ד' האם יש לחייב על עבירת התנועה ואי סידור הדו"ח המיידית בגלל חיוב פועל או שומר או שותף שחייבים בגרמא.

ה' האם יש מקום לפשר בתשלום כדי פיוס מצג הגרמא שיש חיוב בדיני שמים.

ו' עובד שקיבל מחשב לצורך העבודה ורשות להשתמש בו גם לצרכיו, ואחרי שפוטר מהעבודה נשאר המחשב אצלו ונאנס, האם דינו כשוכר או כשואל.

ז' שומר שכר שפטר משבועות שאינה ברשותו ושלא שלח יד ואינו יכול לישבע שלא פשע בה האם משיל"מ.

ח' שואל שחייב שבועת מתה מחמת מלאכה ואינו יכול לישבע האם משלם.

ט' תביעת מחשב משומש איך מחייבים את הנתבע.

י' האם רשאי מוכר שנפסד מרישום רכב על שמו כשאינו שלו, להשביתו ולהורידו מהכביש.

תשובה

א' באונאה אפי' ביותר משתות שבטל מקח, אם המתאנה לא תובע את ביטול המקח בתוך זמן קצוב, מחל ונשאר הקנין הראשון בחלותו, וזמנו לתבוע את ביטול המקח או האונאה [בשתות] היא בשיעור זמן כדי שיראה לתגר או לקרובו, כמבואר בסימן רכז סעיף ז. וכן הדין בשאר טענות מקח טעות בגלל מוס במקח, שאם לא תבע לבטל את המקח מיד והשתמש בו אחרי שידע מהמוס, נשאר הקנין, וא"א לבטלו עוד, כמבואר בסימן רלב סעיף ג. ובאבן העזר סימן לח וסי' לט לגבי התנה בקידושין תנאי לטובתו וכנסה למרות שנודע לו שיש בה נדרים או מומין, שהתנאי בטל והקידושין קיימים לפי הרמב"ם בפרק ז' מאישות, וכדברי הר"ן בפ"ז בכתובות (דף לג: מדפי הרי"ף), וכן לגבי תנאי לטובתה שלא נתקיים ונכנסה לחופה מסתמא מחלה לתנאי או וודאי מחלה התנאי (עיי' ב"ש סי' לח ס"ק סג).

ועיי' בפת"ש חו"מ רלב סק"א שאף אם הלוקח מהמונים ועמי הארץ שאינו יודע שאם השתמש אינו יכול לטעון טענת מקח טעות, אעפ"כ אם נתקיים המקח אינו יכול לבטלו, שחכמים נתנו שיעור בדבר ולא פלוג רבנן, ולא רק בגלל שהביע רצון חיובי לקיים המקח ומחל, כי גם בלי דעתו ורצונו מתבטל האפשרות להחזיר המקח אחרי פרק זמן זה, או כשהשתמש.

והנה אונאה יתכן שתהיה לשני הצדדים, גם לקונה (אם שילם יותר מהשער) וגם למוכר (אם הקונה שילם פחות מהשער), ובטענת מום רק לקונה (שהרי למוכר אין סיבה לבטל המקח אם יש מום לקונה). ובנידונו שהטענה היא של המוכר, ולמוכר לא היה שום שימוש בכלי אחרי גילוי המום, כי הכלי ברשות הקונה, במה נמחל טענת המום? לכאורה יכול המוכר תמיד כל החיים לטעון טענת מקח טעות?

ומסתבר שהיות והמום לטענת המוכר בנידונו הוא ההוצאות והטרדות של הדוחו"ת, מיד כשהיתה עבירת התנועה והגיע הדוח"ת, אז היה הגילוי של המוכר למום במקח, לטענתו, ומאז אם לא תבע ביטול המקח מיד, ממילא נמחל הטענה וחל המקח, כמו מוכר בפחות משוויו שהזמן של טענת ביטול מקח של המוכר הוא תיכף כשייוודע לו השער.

ויותר מסתבר שטענת טעות על ההסכמה שלא יבצעו העברת בעלות כל עוד יש עיקול, אינה טענת מקח טעות בעצם המקח. שאין טענה כאן לא על מום ברכב, ולא על טעות במחיר, רק על המצב המוסכם שאין העברת בעלות, ומי מעכב מלעשות העברת בעלות בפועל? החוב שקיים על המוכר ואינו משלמו בבת אחת מפני אפשרויותיו וענייניו. א"כ אין זו טענת מום ולא מק"ט בעצם המקח, ואפילו מיד אם היה תובע ביטול מקח לא היה מתבטל המקח. (וכן יוכח להלן באות ב').

ב' מכירת רכב כוללת העברת בעלות, וזה בעיקר לתועלת הקונה. אי העברת בעלות עלולה לגרום עגמת נפש מתמשכת וחשש לנזקים עתידיים גם למוכר. בנידונו הותנה מראש ע"י המוכר בהסכמת הקונה שהקונה מוותר על העברת בעלות כתנאי לחלות המכירה, עד שיתאפשר זאת, לאור עיקולים שהיו. א"כ כמו שאין הקונה יכול לחזור בו מהמכירה בגלל אי העברת הבעלות אחר שהסכים לתנאי, גם המוכר לא יכול לחזור בו מהמכירה בגלל אי העברת הבעלות.

ונלמד לענין רישום רכב כראיה מההלכה שנאמרה בקרקע שאם התנו שיחול קנין בלי רישום שטר ראיה (וטאבו דינו כשטר כידוע ואכ"מ להביא כל המ"מ לזה), אין בחוסר העברת הרישום סיבה לבטל הקנין. וכן מבואר בסימן רמג סעיף ו' ובגמרא קידושין דף כז. ובבא בתרא דף עז. חוזר בשטר ואינו חוזר בשדה, שהקנין לא נתלה בשטר על אף שהשטר הוא מגן על בעלות הקונה מפני מערערים (עיי"ש בתוס' ד"ה חוזר), ועל אף שמסתמא קנין לכתובה עומד אם לא היה מתנגד, מ"מ כשהמוכר מתנגד לכתובה אין לעדים לכתוב את השטר אבל הקנין לא מתבטל. ועיי"ש בהסבר הסמ"ע ס"ק ט.

ואפילו היה התחייבות מצד המוכר להעביר בעלות בשלב מאוחר יותר, וכעת רואה שאינו יכול, לא מתבטל הקנין, ואינו דומה לאומר זכו על מנת שתכתבו לו את השטר וחזר בשטר. כי כאן לא שלח לזכות ע"י אחרים בתנאי שיהיה אח"כ שטר, ששליחותם על ב' הפרטים מתבטלת כשאינם יכולים לפעול אחד מהם, אלא הוא עצמו הקנה.

ועוד, העושה תנאי לטובתו ואח"כ הוא בעצמו מפר את התנאי כדי לבטל את המקח, מוכח מהגמ' בגיטין דף עד ב' דל"ה ביטול התנאי ול"ה ביטול מקח, עי' בט"ז אבהע"ז סימן קמג ס"ק ט. עכ"פ מידי פלוגתת הפוסקים לא יצאנו בזה, ובנידונו הקונה מוחזק ברכב, וגם אם העברת הבעלות היתה תנאי במקח, היות ומי שמעכב את העברת הבעלות זה מצד

המוכר שהתנאי היה לטובתו, ויכול לשלם את כל העיקולים בבת אחת וכדומה ויתקיים התנאי, א"א להוציא את הרכב מיד הקונה.

ולענין אם חייב המוכר לבצע הסרת עיקולים כדי שהרכב יהיה רשום ע"ש הקונה. זה פשוט שאם דובר שהעיכוב בהעברת בעלות הוא זמני, שחייב המוכר לעשות זאת כי הוא חייב לקיים לקונה את מה שדובר. וגם כשלא דברו בפירוש, לפי כמה דעות בפוסקים (בנוגע לרישום נדל"ן בטאבו שמתעכב) יש חיוב על המוכר, ולפי דעות אחרות אין זה בגדר חיוב אבל לקונה נשאר אופציה של ביטול מקח אם זה יפריע לו שאין העברת בעלות. (ראה פסקי דין ירושלים חלק ה עמ' פג אות ג). ולפי דעה אחרת אין כלל חיוב על המוכר (ראה שם עמ' פח).

ג' ההבדלים בין גרמא לגרמי לגבי חיוב תשלום מבוארים בסימן שפו, ואף לדעת הרמב"ם והמחבר שלגבי בעלי הדין שלפנינו צריך לפסוק כמותם (אף לסוברים שא"א לומר קים לי ככל הדעות שהביא הש"ך שם שזה קנס ולא חיוב מעיקר הדין) שגרמי חייב, כתב שם הסמ"ע באמצע ס"ק א שיש ג' חילוקי דינים בגרמי, והחילוק האמצעי הוא גרמא בנזקים דפטור לכולי עלמא כמו הרחקות נזיקין דפרק לא יחפור. ונידוננו דומה להאמצעי הנ"ל. ועוד כתב שם הסמ"ע בהמשך: ועוד יש לחלק היכא שבשעת מעשה נעשה ההיזק וכו'. וכן מבואר שם בש"ך ס"ק ד. ולפי זה במצלמת משטרה י"ל שאמנם ברגע העבירה התבצע הצילום ונוצר דו"ח, אמנם אי ביטולו מיד, והורדת הנקודות, והוצאות הקורס נהיגה וכו' לא נעשו מיד. והן גם לא תוצאות מוכרחות מהדו"ח ולאדם אחר לא היה מגיע לשלילה או קורס. ועל קנס הדו"ח שהיה מידי אין דיון כעת כי כבר שולם ע"י צד ב'.

ומאותה הסיבה שצד ב' פטור מגרמא גם צד א' פטור מלשלם לצד ב' את תביעתו הנגדית שהיה יכול להוריד את החוב עד כדי 250 ₪, והטילים עליו ועי"ז עלה הקנס לשיעור 1500 ₪. כי זה לא נעשה באופן של היזק בידים ולא מכוון ולא מידי אלא בא בתוצאה.

ד' פועל חייב בגרמא כמבואר בסימן שו סעיף א וג, ובסימן שלג סעיפים ה ו. ושומר חייב בפשיעה שאינה נזק בידים כמבואר בסימן רצא. ועי' בפת"ש סי' נה ס"ק א בשם חת"ס חו"מ סי' קמ דלא נאמרו דיני גרמי וגרמא אלא באיניש דעלמא אבל מי שבא לידו בתורת שליחות או שמירה חייב אפילו על צד רחוקה ונפלאה דוק ותשכח שכל עניני הפשיעה דשומר ועיוות דשליח אין ההיזק אלא גרמא וכו'. והנה שותף גם חייב בגרמא, כמבואר בסימן קעו סעיף ח ע"פ ב"ב דף מב ב "ונעשין שומרי שכר זה לזה" והטעם הוא מדין "שומר" הנ"ל, שכל אחד מהשותפין חייב שמירה על חלקו ועל חלק חברו ג"כ בעודו תחת ידו (עי"ש בלשון הרשב"ם ד"ה ונעשין). וכן במשנה ב"מ דף פב שמור לי ואשמור לך שומר שכר. ויש צד לומר שאי העברת בעלות על שם הקונה, היא שיור מסויים בהקנאה שנשאר של המוכר לגבי הבעלות הרשומה, ושיור הוא שותפות בין המוכר והקונה, וחובת שניהם לשמור את העסק המשותף מהפסד כלומר שלא יקרה בגרמתו נזק של דוחו"ת שיפלו על השני. ע"כ יש לדון אם חייב את הקונה בגרמא של הפסדי והוצאות המוכר גם שלא נעשו בידים ובמתכוין. ואפשר דאף שלא פירשו חובת השמירה מ"מ לא גרע משומר חנם ועל פשיעתו שעבר על חוקי התנועה שיתחייב.

ונראה שבעסק שותפות ששניהם חייבים זל"ז כשומרים, וגם בשמור לי ואשמור לך החיוב הוא הדדי, וחיוב השמירה על חלק השני הוא תולדה מההדדיות. כמבואר ברשב"ם שם,

ובסמ"ע ס"ק כג שם. אבל בנדו"ד אין ברכב שוה פרוטה שהמוכר שותף בו שצריך לשמור ע"ז, ורק לקונה יש תחת ידו שיוור שם של המוכר. אם רק אחד שומר והשני לא, אין לדון מדין חיוב שותפין. לאור האמור ביה"ד לא נזקק להכנס לנבכי הויכוח של פרטי האשמה האם היתה פשיעה, או שצד ב' עשה נזק בגרמא, היות וצד ב' כבר נפרד מא' והיה עצמאי וככזה ביצע את עבירת התנועה, אין לו דין פועל ולא של שומר, אלא כאדם זר, והוא פטור מגרמא.

ה' חיוב בדיני שמים למי שהזיק בגרמא מבואר בבבא קמא דף נו א ודן היש"ש שם סימן ו אם מהני תפיסה בכל הדינים שחייב בהם לצאת ידי שמים, והאריכו בזה הש"ך והקצות והנתיבות והתומים ועוד בסימן כח סעיף א. והמאירי שם כתב שאפילו שפטור מדיני אדם מ"מ דין גזלן עליו ופסול לעדות עד שישלם. ולפי הש"ך סימן לב ס"ק ג "דלעולם חייב בדיני שמים הגורם הזיק לחברו" ואפילו כשעשה ע"י אחר. אבל ע"י בקצוה"ח שם בסימן לב ס"ק א שכתב בסוף דבריו "וכמה מיני גרמא איכא שנפטר מתשלומין אפילו בדיני שמים", וע"י בנחל יצחק חו"מ סי' עה סעי'ט אות ה ענף ה שמביא קצוה"ח זה לומר שאם כבר גרם ההזיק לחברו ע"י גרמא פטור אף מדיני שמים מלשלם לחברו, ורק בדי' הענינים המובאים בגמ' ב"ק הנ"ל חייב לשלם לצי"ש. ומביא ע"ז את השטמ"ק בב"ק שם בשם המאירי שאין הדבר תלוי אלא בכוונת הלב להזיק, וזה כולל את כל הגרמות שנעשו וגרמו הזיק. וע"י"ש שהאריך הרבה. וע"י חזו"א ב"ק סימן ה אות ד שמשמע כהקצוה"ח ולא כהש"ך, וכהשטמ"ק בשם המאירי דסובר דגרמא בשוגג פטור אף מדיני שמים.

לפיכך בנידוננו אין מקום לחייב כפשרה על הגרמא בשיעור פיוס כדי לצי"ש, כי א"א לומר ששיחתו של הקונה בטל' הנייד בנסיעה היתה בכוונה לגרום למוכר הפסד נקודות ברשיון או שלילה וחיוב בקורס וכו'. ובגרמא שאין בה כוונה להזיק אין חיוב לצי"ש (וכ"ש לדעת הקצוה"ח שאין חיוב לצי"ש מלבד ד' המקרים שהוזכרו בגמ' דריש הכונס). ויצוין שלא היה נגרם שום נזק לצד א' ממעשה צד ב' אם לא שצד א' עיכב את העברת הבעלות שלא כמתוכנן ושלא כמקובל, ורק מסיבת צד א' בא עליו מעשי צד ב' כגרמת נזק.

ו' יש מקום לדון האם דינו של צד ב' על המחשב כ"שואל" החייב באונסין ופטור רק במתה מחמת מלאכה ובתנאי שישבע שמתה מחמת מלאכה. או שדינו כשומר שכר בלבד ופטור מאונס ובתנאי שישבע ששמר מפשיעה וגו"א, [ואם המחשב המקולקל לפנינו פטור מגו"א גם בלי שבועה לכמה פוסקים].

אקדים דעת חברי דסבירא להו שקבלת המחשב היתה לצורך העבודה ולא לצורך השאלה, ונעשה עליו לכל היותר שומר שכר, וכיון שכך התחילה חובת השמירה שלו, במה נעשה שואל שהרי זה כבר בביתו ובשימושו בלי קנין שאלה. ועוד, דמסתמא מה שקיבל רשות להשתמש לצרכיו הפרטיים תוך כדי תקופת העבודה זו אינה שאלה אלא חלק מצורת העבודה, שיש את המחשב בבית העובד, וכל עובד שמקבל מחשב יכול להשתמש ג"כ. את"ל שזה חלק מרכיבי השכר, ואת"ל אפילו בלי להחשיבו כשכר ממש, מ"מ חלק מצורת העבודה. לכן כשפוטר העובד, והמעביד הסכים להשאיר לו את המחשב בבית עד שיזדקק לו בחזרה, לא נעשה קנין שאלה, כי הכל המשך להתחלה שהיה באופן של שומר שכר. ולכן פטור מאונסין.

לגבי שמירה על החפץ עיין במחנ"א שומרים כח שהמפקיד אצל חברו ונותן לו רשות להשתמש יש לו דין שומר שכר ולא שואל מפני שאין כל הנאה שלו, ומסתפק לומר שאפילו אם נתן לו סתם לשמור ולאחר שהפקידו אצלו נתן רשות להשתמש לא יהיה לו דין שואל. אמנם בזה מביא שהרשב"א חולק ע"ז. ונידוננו דומה לדין הראשון שמיד שמסר לו החפץ נתן לו רשות להשתמש דאין לו דין שואל. וז"ל המחנ"א שם בתחילת הסימן: והיכא שהפקיד חפץ אצל חברו ונתן לו רשות להשתמש בו מה דינו אי הוי שואל עליה מיד. נראה ודאי דאי בעת שהפקידו אצלו א"ל שמור לי ואם תרצה תשתמש בו הרי זה פטור ואפילו לאחר שנשתמש דאינו אלא כשומר שכר דהוי כמי שאמר לו שמור לי ובשכרו תשתמש בו, עכ"ל המחנ"א. וכן כתב התומים סימן עב סק"יט שאפילו אם נשתמש אין לו דין שואל אלא שומר שכר. וז"ל: אבל באמת המפקיד חפץ לחבירו ונתן לו רשות להשתמש בו, לא זו דקודם שימוש אינו רק ש"ש כמו מעות מותרין דק"ל כרב נחמן דלא הוי רק ש"ש, אלא אפילו אם כבר נשתמש בו, י"ל דמ"מ לא הוי שואל, כיון דאתה אומר בשכר הנאת שימוש הוי ש"ש, א"כ אף שנשתמש מ"מ הא אין כל הנאה שלו, דהא בשכר שימוש היה מתחילה שומר שכר על החפץ, והוי כנותן למשאל פרוטה בשביל שהשאל לו הא לא הוי שואל, ואם השאל לו חפץ בתנאי שישמור לו חפץ אחר, הא לא הוי שואל דאין כל הנאה שלו, ואף זה כיוצא בו, עכ"ל.

אולם לענ"ד אמנם כאשר מתן הרשות מפורש בהסכם העבודה או בתלוש בין רכיבי השכר, אז אין כל הנאה שלו כי משלם ע"ז בעבודתו. אבל משקיבל העובד את הרשות בנדיבות לב המעביד, כל שימוש הוא השאלה וכל הנאה שלו באותו זמן וחייב באונסין באותו זמן. ואין לשאול איך בכל פעם אחרי שהיה רק שומר שכר על המחשב כשהשתמש לצרכי העבודה, נעשה דינו לשואל כשאין כאן קנין שאלה. דאפשר שהקבלה הראשונה שקבלו לידיו ע"ד כן, היא היתה קנין גם על מצב השומר שכר וגם על מצב השואל, לכל פרק זמן כפי שיהיה. וכמפורש במשנה בהשואל דצ"ז "שאלה חצי יום ושכרה חצי יום שאלה היום ושכרה למחר" וכו'. ואם מוסכם מראש בעת הקנין שיהיה מחולק לפרקי זמן בחיובים משתנים, הכל כלול בקנין הראשון. וגם אם ההסכמה לשימוש עצמי של העובד לא היתה נתונה בעת הניתנה הראשונה והקנין שמירה, הרי שואל קונה קנין שאלה בעצם השימוש כהגמ' שם דצ"ט "בקע בו קנאו", (וכמבואר בנתיבות סימן שמ סק"ח דאפילו שימוש בלי הגבהה ובתוך רשות המשאל קונה קנין שאלה), והשימוש העצמי הראשון שעשה העובד במחשב הוא קניינו, או כל תחילת שימוש ושימוש.

ומ"ש בשם המחנ"א והתומים, נ"ל לחלק בין שומר חינוס שמקבל רשות שימוש דזה הוי שכרו ולא נותן לו דין שואל כי בעד השימוש הוא שומר והשימוש הוא שכר שמירתו וסגי ליה דלהוי ש"ש, ובין שכיר ששומר את החפץ כבר בתור שומר שכר עוד לפני רשות השימוש והשימוש בפועל, והשימוש מוסף על שכרו ואינו חלק מהשכר, ולכן ע"ז נעשה שואל ממש. וכפי שמביא המחנ"א שם בשם הרשב"א דהשימוש "אסקיה חד דרגא" ובנידוננו עולה מדרגת ש"ש לדרגת שואל. וקצת הכרח לזה מדשתקו הנתיה"מ והקצוה"ח והרעק"א על הדף שם בסימן עב ולא הזכירו את שיטת המחנ"א שהיא חלוקה עמ"ש הרמ"א בסעיף א והמחבר בסעיף ד. ולכן נלע"ד עיקר כמו שנפסק שם בסימן עב שיש למשתמש במשכון כשהתנה תחילה ומותר מצד ריבית, דין של שואל לכל דינו. (ובנידו"ד ליתא לשאלת הסמ"ע שם סק"ג, וודאי לפי"ד הש"ך והט"ז שם מבואר שהוא שואל וכמ"ש המחבר).

וממילא כשפוטר העובד והושאר המחשב בביתו עם הרשות להשתמש, כאשר כבר אין עליו חיוב ודין שמירה של שומר שכר דאומן בכלי בעל הבית המבואר בסימן שו, וכל מה שיש לו בזה זהו רק זכות השימוש העצמי, וכל הנאה שלו. וע"כ נלע"ד שהעובד חייב באונסין.

והשיבני ע"ז ידידי הדיין הגרי"ח: לענ"ד בשאלה חצי יום ושכרה חצי יום מראש עשו קניין לשתי מצבים גם של שאלה וגם של שכירות, משא"כ במחשב שיש רשות להשתמש בו לא שייך לחלק את המצבים כיון שלפעמים באותו זמן משתמשים גם לעבודה וגם לצרכים הפרטיים, ולא נחלק שעובר כל שניה ושניה משאלה לשכירות וכדומה.

ועוד נראה שמתן שמקבל מחשב אפילו שזה לא רשום בתלוש זה הטבה שהמעביד נותן לעובד שהוא גם יכול להשתמש במחשב והוא לא נעשה שואל, ובודאי שמחשב שנמצא במקום העבודה שרוב העובדים משתמשים בזה לצרכים פרטיים לא נאמר שהם נעשים שואלים על ידי שימוש במחשב.

אמנם לענייננו אין חילוק כיון שלטענת העובד פעם ראשונה לאחר שעזב שפתח את המחשב הוא לא עבד, דהיינו שהקלקול לכאורה כבר היה קודם בזמן שלא היה שואל לכו"ע וא"א לחייבו באונסים, ובזה הוא ודאי ויכול להישבע על זה שבועה שלא פשעתי בה, ולכאורה יכול לומר קי"ל כשיטות שזה לא עיקר שבועה ורק על ידי גלגול, וששבעת שאינו ברשותו אין בנידוננו שהרי המחשב המקולקל לפנינו, ולכן קשה מאוד יהיה לחייבו אפילו שליש. עכ"ל.

ולפקוענ"ד, אחרי שלעובד היה רשות להשתמש לצרכו והשתמש פעם אחת לצרכו, וזה לא היה רכיב בשכר שהגיע לו אלא בתורת טובה שכל הנאה שלו, מיד נעשה שואל, ומאחר שלא היה זמן מוגדר ליום או חצי יום אלא היה יכול בכל עת ושעה שרוצה להשתמש לצורך עצמו, מאז התחיל חיובו כשואל ולא הסתיים עד סוף הזמן שהיה לו רשות להשתמש, בין אם נחשב אז עובד של א' ובין אם כבר לא נחשב עובד שלו כי נפרדו. ואף להצד של הגרי"ח שאינו אלא שוכר כי קיבל המחשב לשימוש בשכר עבודתו וכחלק ממנה ולא היתה כל הנאה שלו, בלי שבועה שהיה אונס ולא פשיעה נשאר משואיל"מ. (והשיב הגרי"ח שעדיין יש בזה מחלוקת הפוסקים אם שבועת שלא פשעתי היא עיקר שבועה או רק בגלגול דשבועת שאינה ברשותו וכו', והמע"ה. וראה להלן תשובתי ע"ז).

ז' בבבא קמא דף קז ב ובבבא מציעא דף ו א משיבין אותו שלוש שבועות וכו', ונחלקו הראשונים איזו מן השבועות היא עיקר השבועה דאורייתא ואיזו מהן היא הנלווית לה ואינה עיקר שבועה מדאורייתא. (ואף דשבועה הבאה בגלגול היא חמורה כדאורייתא דגלגול שבועה נלמד מקרא, מ"מ חומרתה רק כשנשבע בפועל, והיינו כשקיימת השבועה העיקרית. ובלא"ה אינו חייב בגלגול, וע"כ א"א לומר עליה משואיל"מ).

רש"י ותוס' בב"מ שם נוקטים ששבועה שנאנסה (דהיינו שלא פשעתי בה) היא דאורייתא, ונחלקו על שבועה שלא שלחתי בה יד כשאני"צ שבועה שנאנסה (כגון שיש רואה), האם נשבע אותה כלומר שגם היא עיקרית, או שאינו נשבע אותה דאינה אלא ע"י גלגול. (ושוב כתבו תוס' שיטתם דשלא פשעתי בה היא עיקר השבועה דאורייתא בכתובות יח ב ד"ה ובכולי. אולם בדף ג ב ד"ה בכוליה משמע שרק שלא שלח בה יד הוי דאורייתא).

תוס' הרא"ש שם בב"מ דף ו נוקט דעיקר השבועה היא שאינה ברשותי, ומוסיף לפרש משום שנאנסה. כלומר דאם איתא לנבילה בעין קמן וליתא לשבועת שאינה ברשותי דחזינן לנבילה ברשותו, אין שבועה דאורייתא דנאנסה ולא פשע בה. (וכן דעת ר"ת בתוס' שם ד"ה שבועה). אבל בפסקיו כתב הרא"ש בפ"ג סוף אות כ כשיטת תוס' דשלא פשעתי היא עיקר השבועה ושלא שלחתי יד היא בגלגול. וכ"כ שם באמצע אות ו. וכן מפרש הב"ח את הטור בסימן רצד אות ד שעיקר השבועה היא שלא פשעתי (כלומר בש"ש שנאנסה וכו') והיתר הן רק בגלגול. וכ"כ הטור לשיטתו להדיא בתחילת סימן שדמ וכפי שמבאר שם הדרישה באות ד ובפרישה אות א. אבל הרמב"ם בפרק ד מהלכות שאלה הלכה א פסק דשבועת שלא שלחתי בה יד היא היחידה הדאורייתא, ואילו שבועת שלא פשעתי או שנאנסה וכו' הן בגלגול בלבד. ועיי' במגיד משנה שם דמפרש גם ברמב"ם דשבועה שנגנבה בש"ח או נאנסה בש"ש היא דאורייתא, אבל עצם שבועת שלא פשעתי בה אינה עיקרית, (וכ"כ באה"ג והגר"א בדעת השו"ע), ועיי' לח"מ דמשמע דמפרש הרמב"ם כתוהרא"ש שעיקר השבועה שאינה ברשותי.

ונפק"מ כאמור, במקום שהנבלה קמן דא"צ לישבע שאינה ברשותי, האם יש בכלל שבועות נאנסה ושלא פשעתי בה, או דאינן אלא בגלגול ופטור מהם, וכמובן גם מפדיון פשר חלף שבועה.

ובשו"ע שם (רצד סעיף ב) נחלקו המחבר והרמ"א, דהמחבר פסק כהרמב"ם (ועיי' בסמ"ע סימן קפז ס"ק א שכותב בדעת המחבר שעיקר שבועה היא שנאבד או נאנס וכהמגיד משנה ודעימיה בדעת הרמב"ם), והרמ"א פסק כתוס' והרא"ש בפסקיו והב"ח. ועיי' בקצוה"ח שם סק"ד שנקט לפי המחבר ששבועת שלא פשעתי היא בגלגול (ולשיטתו הוקשה לו בסימן שמ ס"ק ו על המחבר), ומביא את שיטת מוהרר"ש שמפרש במחבר נמי דשבועת שלא פשעתי היא דאורייתא (ולדעה זו לא קשה מה שהק' הקצות מסי' שמ).

והנתיבות בסימן רצד ס"ק ב (ובחידושים ס"ק ד) כותב בדעת המחבר דאפילו אם ננקוט דשבועת שלא פשעתי דשומר חינוס אינה עיקר שבועה אלא בגלגול, מ"מ גם לשיטה זו שבועת שומר שכר שנאנסה היא עיקר שבועה מדאורייתא, עיי"ש. (וכמ"ש הסמ"ע הנ"ל בסי' קפז). ולכאוי' מלשון המחבר עצמו בסימן שה סעיף א מוכרח כן. וכ"כ הט"ז בסימן רצה סעיף ב, דשבועת אינה ברשותי היא דאירע כך וכך וממילא אינה ברשותי, כלומר שבועה שנאבדה או נאנסה. (וכעין התוהרא"ש והפוך ממנו). ומוסיף הנתיבה"מ ומחלק בשבועת שלא פשעתי דשומר חינוס גופה, דאם זו טענת פטורו ודאי שהשבועה היא דאורייתא, ורק אם נפטר מחמת שיש רואה שנגנבה או אבדה, ומצריכים אותו לישבע שלא פשע קודם לגו"א ונתחייב בה כבר, זוהי שבועה דרבנן ורק בגלגול. אבל לשיטת הטור (וכן לרמ"א) אף שבועה זו היא עיקרית ומדאורייתא. וכן כתב בסי' שמ ס"ק ט. (ועיי' עוד בנתיבה"מ סי' רצא סקל"ד לגבי שבועת שלא פשעתי בה בבעליו עמו).

העולה לדינא בנידו"ד שהמחשב המקולקל קמן ואין סיבה להשביע שאינה ברשותי, וכל הנידון הוא על מתה מחמת מלאכה (אם דינו כשואל) או נאנסה (אם דינו כש"ש), לפי הלח"מ בדעת הרמב"ם ודאי אין כאן חיוב שבועה. ולפי המגיד משנה ברמב"ם ופשטות השו"ע והסמ"ע ובאה"ג יש חיוב שבועה שנאנס או ממ"מ. ולפי הנתיבה"מ בדעת המחבר וכן לפי הרא"ש והב"ח והרמ"א ולמהרר"ש שמובא בקצוה"ח יש גם חיוב שבועת שלא פשעתי,

א"כ לרוב דעות הפוסקים בדעת הרמב"ם והמחבר יש דין שבועה דאורייתא ומשאל"מ. ולכאוי אין לנתבע קים לי כלח"מ שאינו מובא בנו"כ השו"ע. (ובפרט ללשון המחבר בסימן רצו ס"ב המובא לקמן מוכח דלא סבר כהלח"מ).

לסיכום: המפקיד טוען שמא פשע השומר וחייב שבועת שלא פשעתי, יש דעה בפוסקים דרך שבועת שאינה ברשותי היא דאורייתא אבל שבועת שלא פשעתי אינה שבועה דאורייתא. ותלוי בזה אם יש חיוב שבועה זו בנידונו כשהמחשב המקולקל לפנינו.

ח' חיוביו של שואל מבוארים בסימן שמ סעיף א. ושואל הטוען שראה את זה מקולקל בלי שנשתמש, אין זה טענת פטור כי חייב באונס, רק אם טוען מתה מחמת מלאכה. והמשאל לא חייב להאמין לטענה זו אא"כ יוכיח. ואם בשעת מלאכה שינה והטריח יותר מהיכולת הרגילה, אין את הפטור עי"ש. ובנידונו, לטענת צד ב' זה אונס, שפתאום ראה שהמחשב לא עובד, והתברר שכנראה התקלקל "לוח האם" בחודשים שלא השתמש במחשב. ואכן יתכן שזה אונס ששואל פטור עליו אם לא בא מחמת השואל כנפלה דליקה שלא מחמתו שנחלקו בזה הע"ש והסמ"ע והש"ך שם בתחילת סימן שמ. וה"נ קלקול בלוח-אם יכול להיות בפתע פתאום בלי שום גורם, והוא אונס דלא אתא מחמתו. ויש לחלק דאפילו הש"ך שחולק על הע"ש יודה בזה שאינו דומה לשריפה, דשריפה סו"ס נפלה על בית מסויים והוא הנשרף, ובתוכו החפצים המושאלים, והבית של השואל, ולא קרתה בבית של המשאל. אבל קלקול בלוח-אם קורה במחשב גופו ולא בבית, וזה היה קורה בכל מקום. עכ"פ גם בטענת פטור אין המשאל חייב להאמין למציאות שטוען צד ב' לפטורו, אם לא ישבע ע"ז צד ב', כשם שחייב שבועה על מתה מחמת מלאכה. והספק במציאות חזק לפי מה שנראה (וביררנו אצל מומחה) דקלקול במחשב שמתעיף ומתייגע ונחלש ונעשה איטי ובסוף מת, זה ממש מתה מחמת מלאכה (שאם נשבע יפטר). אולם כשלא מת מתוך היגיעה והאיטיות אלא כשעברו כמה חודשים שהיה סגור ואז לא נדלק, אין ידיעה שמת מחמת מלאכה ולא מחמת קלקול פתאומי כמו אונס, שבזה שואל חייב. וסבירות קלה יותר שמת המחשב כי בא יומו של החומר ובמתה כדרכה שואל חייב. ויתכן גם שיתקלקל הלוח-אם כתוצאה משימוש לא נכון לאורך זמן ממושך, והוי פושע דחייב אף שבפועל מתה מחמת מלאכה.

והנה הרמב"ם בפרק א' מהלכות שאלה מביא האוקימתא של מתה מחמת מלאכה, דוקא כשמתה "בשעת מלאכה" וביארו הכס"מ והלח"מ ועוד דדוקא באופן כזה אפשר לתלות שמתה מחמת מלאכה, אבל אם זה לא היה בשעת מלאכה, אפילו שטוען שמתה מחמת מלאכה אין לו ראיה שכך ואינו נאמן ליפטר בטענה זו. ובנידונו הודה השואל שכמה חודשים עמד המחשב בלי שימוש, וכאשר השתמש בו לאחרונה עבד טוב, וכשהתבקש להחזירו למשאל ניסה ולא הצליח להפעילו, כלומר שמתה שלא "בשעת מלאכה", א"כ לשיטת הרמב"ם אין לו בכלל טענת פטור. ולמעשה המחבר בשו"ע שם לא העתיק לשון הרמב"ם "בשעת מלאכה" אלא מחמת מלאכה ואפילו שלא בשעת המלאכה. וע"כ בנידונו לפי המחבר יש טענה לשואל ליפטר. אלא ששואל לא נפטר במתה מחמת מלאכה בלתי עם עדים או שבועה, וזה אין לו לשואל דנן.

לפי הרמ"א שואל חייב לשלם הכל במקרה שהוא מחוייב שבועה דמתה מחמת מלאכה ואינו יכול להשבע, ולפי המחבר יש מחלוקת בפוסקים אם זו רק שבועה מדרבנן ואין דין

משואיל"מ, או שהיא שבועה דאורייתא. ויצויין ששני בעלי הדין העומדים קמן הולכים לאור פסקי המחבר וצריך לפסוק להם לפני שיטת המחבר.

וכאן יש מקום להרחיב בשדה שטרם עובד בה (שוב בעת הסידור לדפוס מצאתי שהקדימני אמור"א זללה"ה בקיצורו הנמרץ במעט המכיל הכל בפסקי דין כך ז' עמ' שנה אות ב יעוי"ש, ומה שכתבתי כאן באורך נשאר למזכרת) מה המקור דשבועת מתה מחמת מלאכה היא שבועה דאורייתא, שכך פשוט לכל בר בי רב אבל שאלתי המקור לזה מהרבה ת"ח ולא ידעו למצוא הפתח מאיזה פסוק זה נלמד או היכן בש"ס או פוסקים זה מפורש, והרי רק אם זו שבועה דאורייתא חייב לשלם כל מי שלא נשבע השבועה המחוייבת, אבל אם זה חידוש דרבנן אין דין משואיל"מ.

ושבועות השומרים המפורשות בתורה בפרשת משפטים, הינן רק שבועת שומר חנם שלא פשע (ושלא שלח יד), ושבועת שומר שכר שלא נגנבה או נאבדה. אבל בפרשת שואל אין שבועה (אם כי לפי רמי בר חמא בבבא קמא דף קז ב לומדים דין שבועה בשואל מו' דוכי ישאל שמוסיף על ענין ראשון. ואין הלכה כרמב"ח ויש סברא דגם שאר האמוראים שחולקים עליו ס"ל כוותיה בעיקר הדרשה דוכי לגבי שבועת שואל, ואין הכרח לזה. אמנם בבבא מציעא דף צה א דרשינן לוכי לענין פטור בעליו עמו בשומר חנם וש"ש). ובג' מקומות בש"ס מובא שיטת רמי בר חמא ארבעה שומרין צריכין כפירה במקצת והודאה במקצת, ואחד מהארבעה הוא שואל ושבועתו ממ"מ כדמפרש רש"י בבבא מציעא דף צח א ד"ה ולרמי, שומר חנם שבועת גו"א ובש"ס שבועת אונסין ובשואל שבועת ממ"מ, אבל לפי רמב"ח הרי אין השומרים נשבעים שבועות מדאורייתא בלתי אם היה על השומרים חיוב צדדי של שבועה דאורייתא של מודה במקצת ולא משכחת לה אלא בג' פרות וכו'. כלומר דהוא גופי' ס"ל שממ"מ לבדה אינה שבועה מדאורייתא. (וגם בזה מסברא ניתן ללמוד לשיטת שאר האמוראים דלהלכה, מרמב"ח. ואין הכרח או דיוק לזה).

ונראה להביא ראיה מפשטות סוגיא דב"מ דף לו א פעמים ששניהם באשם כגון שנגנבה ואמרו מתה מחמת מלאכה וכו' כל הסוגיא שם, שיש חיוב אשם על שבועת שקר מדאורייתא מאו נפש כי תשבע לבטא בשפתים והוא אשם גזילות, ואין קרבן אשם אם לא שבועת ביטוי שהיא דאורייתא, (ועדיין אפשר לדחוק ולדחות אולי נשבע מדרבנן ומאחר שנשבע לשקר בשם, ככל שבועות הדיינים שהם כנפסק בסימן פז סעיף יז גם שבועות דרבנן, חל עליו חיוב קרבן מדאורייתא כיון שעבר על ביטוי).

והנה גם בשולחן ערוך שם בסימן שמ סעיף א הושמט דין פשוט זה ולא מוזכר שהפטור של מתה מחמת מלאכה מותנה בשבועה. והרמב"ם בפרק א' משאלה ופקדון הלכה ב' מביא ששואל שטוען מתה מחמת מלאכה צריך להביא עדים, ואם אין לו עדים ישבע. והמקור לעדים הוא מהגמ' בב"מ דף צז א א"ל אייתי סהדי (וד"ז לא מובא בשו"ע), והמקור לשבועה מביא הרב המגיד שם בשם הרי"ף בב"מ שם (דף נה ב מדפי הרי"ף). ומוכח מהמגיד משנה שמביא מקור רק מהרי"ף דבש"ס אין מקור לשבועת מתה מחמת מלאכה. אמנם לכאוי' מדויק ברמב"ם שזו שבועת התורה שכתב "ישבע שבועת השומרין" ולא ישבע סתם. והרא"ש (בפרק השואל אות ה) מביא את הרי"ף הנ"ל שיש שבועה, ולעיל מזה (שם באות ד) מביא הרא"ש שמתה בדרך ולא הרגיש בה התחממות וטורח בדרך לא יוכל לישבע דמתה

מחמת מלאכה, (והובאו דבריו בטור סימן שמ אות ה והב"י שם תמה עליו ובשו"ע השמיטו). ולא התברר בדבריו האם זו שבועת התורה או שבועה דרבנן.

והרמ"א שם בסוף סעיף ג הביא את דברי הרא"ש (הנ"ל מאות ד), והש"ך שם בס"ק ז מבאר דהמחבר לא הביאו כי חלק עליו, והבין הש"ך שלפי המחבר גם בלי הרגשת התחממות וטורח הדרך כן יכול השואל לישבע שהיא מתה מחמת מלאכה (ולא רצה לומר שלהמחבר אולי אין חיוב שבועת מתה מחמת מלאכה בכלל. דזה ברור לו שיש דין להשבע), ומבאר הש"ך פלוגת המחבר והרמ"א, דלהרמ"א אינו יכול לישבע כי זו שבועה דאורייתא (והרמ"א וכן הרא"ש שהוא מקור הרמ"א לא מזכירים את המילה דאורייתא שהוסיף הש"ך), ושבועה דאורייתא אינה אלא בברי גמור ולא בשמא כגון זו. ומשמע מהש"ך דלהמחבר דפליג וס"ל שכן יכול השואל לישבע במקרה כזה שאינו ברי גמור, זה בגלל שסובר ששבועת מתה מחמת מלאכה אינה בגדרי שבועה דאורייתא. ואם כנים הדברים בהבנת הש"ך, נידוננו אם יש משואל"מ בשבועת מתה מחמת מלאכה, תלוי במחלוקת המחבר והרמ"א שנחלקו אם זו שבועה דאורייתא או שבועה דרבנן. שוב הראוני לשון המחבר בשו"ע ס"י רצ"ו סעי' ב'. ומלשונו משמע בפשיטות ששבועת ממ"מ דאורייתא.

ואף אילו נאמר דלפי הש"ך הנ"ל דעת המחבר שזו שבועה דרבנן בלבד, תחליף לעדים וראיה לדחות התביעה, וככל שבועת היסת נגד תובע ברי, מ"מ מסתברא גם אליביה דהשואל חייב בתשלום כשלא נשבע, ולא מדין משואל"מ. דהנה לשון הברייתא המובאת כמ"פ בש"ס פרשה שלישית נאמרה בשואל, שואל חייב על הכל, הפשט הוא שמעיקר דין תורה אין שום פטור לשואל, (ושבועה משמעותה לפטור אותו מתשלום. דכתוב ולקח בעליו ולא ישלם, שמשלם בשבועה). רק חז"ל בחידושם דין לאו לאוקמא בכילתה שאילתא קבעו מסברא כי הבעלים פטר אותו בזה שהשאל לו למלאכה, או כלשון הרמב"ן שזה פשיעת משאיל, ותלו את הפטור (לפי דעת הר"ף והרמב"ם) בבירור לטענת מתה מחמת מלאכה ע"י עדים או שבועה. כלומר דזו שבועת בירור ולא שבועת תשלום. וכשאינו מברר נשאר עליו עיקר דין תורה ששואל חייב על הכל מדאורייתא, מעיקר דין שואל שאין לו פטורים. ולכן בנידו"ד ודאי שהשואל חייב.

(ובסברא זו אפשר ליתן טעם בחילוק שמביא הקצוה"ח בסימן שמ ס"ק א בין שומר חנם שמתנה להתחייב בגו"א וש"ש שמתנה להתחייב באונסין שצריכים קנין, לבין שואל שמתנה להתחייב במתה מחמת מלאכה שיכול לחול בדיבור בלבד. אולם הקצוה"ח עצמו לא מבאר זאת).

ולפי"ז שחובת שואל לשלם גם במתה מחמת מלאכה אם לא נשבע ולא מדין משואל"מ, אלא שעיקרו של חיוב השואל הוא לשלם את הכל אא"כ מברר את הפטור, גם אם עיקר שבועה היא שא"ב והשאר בגלגול מ"מ חייב אם לא הביא עדים ולא נשבע שממ"מ, אפילו אם הנבילה קמן ואין עיקר שבועת שא"ב.

ובאמת מוכח לכאוי כהנתיבות שגם ממ"מ היא עיקר מדאורייתא, ולא בגלגול, אפילו לשיטת המחבר שעיקר שבועה היא שא"ב. דאל"ה תקשי סתירה במחבר דבס' רצב מבואר שהשבועה היא שאינה ברשותו. ואיך יתכן דעיקר שבועה דאורייתא היא רק שא"ב והשאר בגלגול לשיטתו שכתב בס"י רצו שם שגם שבועת ממ"מ היא דאורייתא. אא"כ נפרש בס"י רצד כהנתי"מ. ודוק.

ולו"ד הנתיה"מ אולי אפשר ליישב דברי המחבר שלא יסתרו אהדדי באופ"א, דהרי הגמ' לומדת דגלגול שבועה דאורייתא, כלומר שנלמד מואמרה האשה אמן אמן שאף אם לא היתה חייבת בשבועה השניה מגלגלין עליה את השבועה ויש לשניה חומר של דאורייתא ע"י הגלגול, וגם היא בשם ובנק"ח וכו'. ולפי"ז מש"כ המחבר בסי' רצ"ו ר"ל שכמו ששבועת ממ"מ היא מדאורייתא (דאף דעיקרה מדרבנן ממ"מ אם באה בגלגול אחרי שא"ב יש לה חומר של דאורייתא מחמת הגלגול לענין שם ונק"ח ולנחתין לנכסיה ולהיפוך ולחשוד), ה"נ שבועת החזרתי דשם היא בחומר כעין של תורה. (וכעין מ"ש ש"ך שם בסק"ב לגבי לשון מדאורייתא בענין אחר). ובאמת עצם שבועת ממ"מ היא רק בגלגול, כלומר אין עיקרה מהתורה אלא מדרבנן. ולפי"ז שפיר סובר המחבר כדמשמע מהש"ך שלדעת המחבר זו שבועה דרבנן, והדרנא לכל משכ"ל.

ובעיקר האריכות לעיל דשבועת ממ"מ היא אולי מחודשת מדרבנן ואינה כשבועת שו"ח ושו"ש שהם ודאי דאורייתא, פקפקתי בדברי הרבה היות והוא נושא עקרוני ויסודי ואיך לא נמצאו דברים מפורשים בענין. ובעיקר שבמחבר רצ"ו ס"ב ובש"ך שמ סק"ז מבואר להדיא להלכה דאף שבועת ממ"מ היא דאורייתא. ואינה השי"ת לידי קדמון מהראשונים שכבר כתב צד זה וביאר את משמעויות הסוגיות לפי"ז כמשכ"ל, ועבידנא יומא טבא לרבנן. וז"ל התוס' רי"ד בבא מציעא דף צז עמוד א: ההוא גברא דשאל דוולא מחבריי ואיבזע כו'. זו השטה מוכחת דלא מהימן שואל בשבועה דמתה מחמת מלאכה, כדכתבית במה"ק, אבל בפי' המפקיד בה' השוכר פרה [ל"ה ע"ב] אמרי' אמר ר' ירמיה' פעמי' ששניהן בחטאת כו', ואמר התם דשואל נשבע שמתה מחמת מלאכה, ובפי' הגוזל עצים בה' נותן לו את הקרן [ק"ז ע"א] אמרי' תנא רמי בר חמא ארבעה שומרין צריכים הודאה במקצת וכפירה במקצת ואלו הן שומר חנם והשואל נושא שכר והשוכר אמר רבא מ"ט דתנא רמי בר חמא ש"ח בהדיא כתיב ב"י כי הוא זה שומר שכר יליף נתיני' נתיני' משומר חנם שואל וכי ישאל ויו מוסף על ענין ראשון כו', אלמא גם השואל שייך בשבועה, ואין לו שבועה אחרת אלא מתה מחמת מלאכה, ויש לומר דפליגי, או יש לומר דלאו דוקא שואל ואגב ריהטא מפרש ל"י רבא, ור' ירמיה דאמר נמי בפי' המפקיד דנשבע, כגון שנשבע מאליו, אבל ב"ד אין מחייבין אותו, או י"ל לפי הדחק דהאי דקאמרין הכא זיל אייתי סהדי כגון שהי' במקו' שיש עדים כאיסי [לעיל פ"ג ע"א], ואף על גב דלא מפרש הכא כדמפרש התם, כיון דפרשיה התם תו לא צריך לפרושי הכא. עכ"ל.

ושוב כתב כן הרי"ד בספר פסקיו וז"ל בב"מ שם: ההוא גברא דשאל דולא מחבריה ואיתבזע, אתא לקמיה דרב פפא אמר ליה זיל אייתי שהדי דלא שניית ביה ואיפטר, ומדלא קא אמרו ליה כמאן כאיסי, ומדלא מפרש בהני עובדי דדוכתא דחזו אינשי הוה כדמפרש לעיל [פ"ג ע"א], ש"מ דאע"ג דלא הוה בדוכתא דחזו אינשי דנו הכי, דאי מיתי שהדי שואל דמתה מחמת מלאכה ולא שינה בה פטור, אבל אם אין לו עדים אינו נאמן בשבועה, וזהו טעם הדבר שמשעה שמתה הוחזק השואל לשלם ואינו יכול להוציא עצמו מחזקת תשלומין אלא בעדים, ואינו נאמן בזה בשבועתו כדן שומר שכר שנשבע במיתה ושומר חנם בגניבה, מפני שאילו אם נגנבה או מתה פטורין ולא הוחזקו לשלם, אבל השואל אפי' במיתה הוחזק לשלם ואינו נפטר אלא בעדים, ומפני זה לא נכתבה שבועה בשואל כמו שנכתבה בשומר חנם ובשומר שכר, והכי נמי תנן במתני' [צ"ג ע"א] השואל משלם את הכל ול' שנה נשבע ומשלם כמו ששנה בנושא שכר והשוכר ש"מ דלא שיכא בשואל שבועה כלל, ורמי בר חמא

דאמר ארבעה שומרין צריכין כפירה במקצת והודאה במקצת [ב"ק ק"ז ע"א], דמשמע שגם השואל שייך בשבועה לאו דוקא ארבעה אלא מפני שלא רצה להזכיר את כולן כללם ביחד ומיהו לא דיבר אלא באותן שחייבה תורה שבועה ולא בשואל. עכ"ל. עכ"פ שיטת התור"י ד שאין כלל שבועה דממ"מ אלא רק עדים לא מובאת להלכה ולכל הפוסקים איתא שבועה דממ"מ, ויש גם לשונות מפורשים דהיא דאורייתא כמשכ"ל, אבל יש כבר יסוד להבנה שיש דעה שזו שבועה דרבנן. (ועי' במנ"ח במצוות שואל שכתב ששבועת ממ"מ היא דאורייתא, ועי' בערוה"ש דנקט כן בפשטות). שוב הראני בני הרב"י שליט"א את דברי הגר"י פרלא בבאור על ספר המצוות לרס"ג מנין שישים וחמש הפרשיות פרשה כג כד כה יעו"ש"ה שהביא רוב דברינו והוסיף עוד מראי מקומות והנאני.

והנה הקצוה"ח שם ס"ק ד תולה מחלוקת המחבר והרמ"א על אופן הרא"ש כשלא הרגיש מיד אם יכול לישבע דמתה מחמת מלאכה, במחלוקת מהי עיקר שבועת התורה בשומרים, האם רק שבועה שאינה ברשותו ושאר השבועות הן בגלגול, או שגם שבועת האונס בש"ש (ושבועת ממ"מ בשואל) הם עיקר שבועה דאורייתא, ולדידיה רק להרא"ש א"י לישבע ומשלם מדין מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע, דהוא ס"ל דגם שבועת לא פשעתי (בשומר חינם, ודכוותיה בשואל שבועת ממ"מ) היא עיקר שבועה מדאורייתא, ועל עיקר שבועה אומרים משואל"מ. אבל להמחבר שאר השבועות הן מדין גלגול שבועה ולא אומרים משואל"מ על שבועה שבאה בגלגול. ולנידוננו לפי הקצוה"ח לפי המחבר יהיה פטור מהמחיר המלא, ואולי חייב רק בשליש דפשר במקום שבועה.

ועי"ש בנתיבות סק"ט שחולק על הקצוה"ח ונקט דלכו"ע שבועת מתה מחמת מלאכה היא עיקר השבועה, ולשיטתו אזיל שכתב בסימן רצד ס"ק ב לענין שומר חינם דשבועת נגנבה היא עיקר שבועה ולא שבועה שבאה בגלגול עי"ש, ויש ע"ז משואל"מ, וכדעת הש"ך. ולמעשה ההלכה כוותיה.

עוד יעו"ש בקצוה"ח שמביא מחלוקת הפוסקים אם גדר השבועה של שואל דמתה מחמת מלאכה כגון זו שאי אפשר לדעת האם זה היה אונס מחמת המלאכה או שלא מחמת המלאכה, אבל ודאי שהוא אונס (כבנידון דידן), אם גדרה איני יודע אם פרעתיך (ואז יש חיוב תשלום גם בלי סיבת משואל"מ) או איני יודע אם נתחייבתי (ואין חיוב תשלום אלא רק מדין משואל"מ), ותלוי האם החיוב תשלומין דשואל נחשב מתחילת שאלה ומתה מחמת מלאכה הוא פטור, או שהחיוב מתחיל משעת האונס ואם מתה מחמת מלאכה בכלל לא התחיל חיוב. (והתוס' בב"מ דף לה: ד"ה תחזור תולים בשאלה זו את מחלוקת התנאים ת"ק ור"י, ורב אידי בר אבין ואב"י בגמ' שם נחלקו בזה ג"כ). ואפילו למ"ד א"י אם פרעתיך כאן הוי שמא ושמא כי גם המשאל התובע אינו יודע בבירור של"ה ממ"מ, אבל איכא דררא דממונא כי גם לבי"ד יש ספק זה, וההשאלה ודאי היתה. (ועוד יצויין שלפי הריטב"א בב"מ צז: שהובא בשטמ"ק, וכן הביאו הרעק"א במשנה שם אות סז גם לדעה שחל חיוב בתחילת השאלה הוי הספק א"י אם נתחייבתי, עי"ש ואכמ"ל. דלמעשה בנידוננו עיקר החיוב אינו מחמת הויכוח שביניהם אלא מחמת חיוב שבועת השומרין שא"י לישבע ומתוך שאינו יכול לישבע משלם).

ט' זה פשוט שהחיוב אינו על מחיר מחשב כפי שהיה המקולקל הזה שווה בהיותו חדש בחנות, ולא לפי כמה שנגרם הנזק להשיג מחשב חילופו כלומר מחיר שעולה מחשב אחר

במקומו, אלא רק כמה שהמחשב הזה היה שווה לפני הקלקול להמכר בשוק, כלומר לפי מחירון יד שניה של מחשב לנובו משומש כך וכך שנים. (וביררתי והמחירים משתנים לפי מפרט טכני של כל מחשב, וזה נע בסביבות 600 ₪, וכיון שהודה בערך של 500 ₪ ובירור מקצועי למחשב הספציפי הזה יעלה יותר כסף מההפרש, נראה לקבוע את המחיר הזה כמינימום).

ובנידוננו כבר כשנמסר המחשב לנתבע היה משומש, ומ"מ אין אומדים את מחירו בתחילת העבודה כשקיבל את המחשב לידיו, כי השתמש בו בהסכמה ורשות הבעלים, והתיישן בבעלותם. ויש לאמוד את המחיר שהיה שווה ברגע שחל סיבת התביעה, דהיינו הפסקת העבודה שאז הוצרך להשיבו, או עת הקלקול.

י' תפיסת הרכב ע"י השבתתו מהכביש ע"י צד א' היתה נכונה לפי טענתו שחובו של ב' אליו מגיע לערך הרכב, ועל מנת לאלצו לבוא עמו לבית דין, אבל לא מעבר לזה. ולכן על צד א' לבטל זאת תיכף. דהנה תפיסה בדבר אחר שאינו הדבר הנגזל בעצמו, וכמו הנידון שלפנינו שהתביעה היא כספית על הדוחו"ת וכל מה שהתגלגל מהן והביצוע של התפיסה היה על הרכב (בהורדתו מן הכביש), אין זה תפיסה של גבייה מג' סיבות (גם שאין זה תפיסת הדבר הנגזל עצמו, וגם שהורדה מהכביש אינה גבייה, וגם שאי"ז תפיסה שלא בעדים די"ל מיגו, כיון שההורדה מהכביש מתועדת בניירות וא"א להכחישה). לכן תפיסה כזאת אינה יכולה להיות בלי ירידה לבוא לדין, ומותרת לחלק מהדעות ורק על מנת לרדת לדין תיכף, כמבואר בסימן ד בסמ"ע בסוף ס"ק ד, ובנתיבות המשפט באמצע ס"ק ג.

ואכן עי"ז אילץ התובע את הנתבע ובאו לדין, ומשכך חובת התובע להשיב את הרכב של ב' למצב קדמותו תיכף.