





אבן אל אבן

חושן משפט ג'

כרך ב'

סימנים רצ"א – תכ"ז

עם תשובות לשאלות
ממבחני ההסמכה לדיינות
של הרבנות הראשית



הערות ותיקונים יתקבלו בשמחה מרובה

לרכישה ופרטים: **fisherh21@gmail.com**

חגי 050-7371337



<https://www.evenleven.co.il>

מהדורה שניה אלול תשפ"ד

כל הזכויות שמורות למחבר



אבן אל אבן

סיכום טור שו"ע ונו"כ

חושן משפט ג'

כרך ב'

סימנים רצ"א – תכ"ז

הלכות פקדון, שומר שבר, אומנים, שוכר,
חכירות וקבלנות, שכירות פועלים, שאלה,
גניבה, גזילה, נזקי ממון וחובל בחבירו

עם תשובות לשאלות


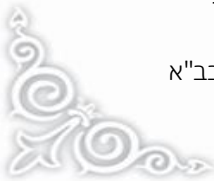
ממבחי ההסמכה לדיינות

של הרבנות הראשית

בסיעתא דשמיא

חגי צבי פישר

פעיה"ק ירושלים תובב"א





לעילוי נשמת

מרת יונה סומר ז"ל

נלב"ע יי אייר ה'תשפ"ב

שזכתה לעלות לארץ ישראל
ולהקים דורות של צאצאים
ההולכים בדרך התורה והמצוות

ת.נ.צ.ב.ה



לעילוי נשמת סבי מורי

ר' שמואל משה פישר ז"ל

נלב"ע כ"ב סיוון ה'תשס"ט

לעילוי נשמת סבתי מורתי

מרת שושנה פישר ז"ל

נלב"ע י"ט מנחם אב ה'תשע"ד

לעילוי נשמת סבי מורי

ר' חיים וולף וייס ז"ל

נלב"ע י"ג סיוון ה'תשנ"ה

לעילוי נשמת סבתי מורתי

מרת אלטע חיה וייס ז"ל

נלב"ע ה' אלול ה'תשע"ח

אודים מוצלים מאש

שזכו לעלות לארץ ישראל

ולהקים דורות של צאצאים

ההולכים בדרך התורה והמצוות

ת.נ.צ.ב.ה



לעילוי נשמות בנות דודתי היקרות

אדוה צפורה פישר הי"ד

בת מנחם ורויטל יבלחטי"א

נרצחה בפגוע בצומת גהה

בא' טבת ה'תשס"ד

והיא בת כ' שנים

פנינה שירה כהן ז"ל

בת נחום אורי ופריבה איזלר יבלחטי"א

נפטרה בדמי ימיה

בי"ז כסלו ה'תשע"ח

ת.נ.צ.ב.ה



לעילוי נשמת

מלכה (מלי) תורג'מן ז"ל

נפטרה בדמי ימיה

בי"ב ניסן ה'תשפ"ג

ת.נ.צ.ב.ה

תוכן סימנים

9	סימן רצא - דין שומר חנם מאימתי מתחייב בשמירה וכיצד היא השמירה.....
30	סימן רצב - שלא לשלוח יד בפקדון ואם שלח בו יד.....
45	סימן רצג - מתי ניתן הפקדון ליתבע ואם יכול להחזירו בכל מקום.....
48	סימן רצד - הכופר בפקדון או שטוען נגנב.....
52	סימן רצה - המפקיד בעדים וטוען הנפקד נגנב או להד"מ.....
58	סימן רצו - המפקיד בעדים וטוען הנפקד נגנב או להד"מ.....
62	סימן רצז - הכופר בפקדון אפילו נותן המפקיד סימן.....
66	סימן רחצ - נפקד אומר איני יודע כמה אני חייב והמפקיד טוען ברי.....
69	סימן רצט - שנים שהפקידו ביד אחד ואחד מהם בא לתבוע.....
69	סימן ש - שנים שהפקידו אחד ק' ואחר ר' וכל אחד תובע מאתים.....
72	סימן שא - דין השומרים בעבדים וקרקעות ובהקדשות ובשל עניים.....
78	סימן שב - דיני שומרים אחד האיש ואחד האשה.....
79	סימן שג - שומר שכר באיזה דבר חייב או פטור ומאימתי מתחייב.....
87	סימן דש - המעביר חבית ממקום למקום ונשברה מתי חייב.....
90	סימן שה - שומר שכופר או שטוען או נגנב.....
93	סימן שו - האומנים שומרי שכר ואם קלקלו וטבח שנבל.....
105	סימן שז - דיני השוכר וחיובו ופטורו ואם השאיל או השכיר.....
112	סימן שח - השוכר בהמה לרכוב עליה וכמה יטעון עליה.....
115	סימן שט - השוכר את הבהמה לילך למקום ידוע והולכה למקום אחר.....
117	סימן שי - השוכר את החמור ונסתמא או מת או נשבר.....
122	סימן שיא - השוכר הספינה ופרקה בחצי הדרך או טבעה בחצי הדרך.....
125	סימן שיב - המשכיר בית לחבירו לזמן קצוב או סתם.....
135	סימן שיג - המשכיר בית לחבירו בבירה גדולה באיזה מקום רשאי להשתמש.....
136	סימן שיד - מה הדברים שעל המשכיר לעשות או על השוכר.....
136	סימן שטו - דין המשכיר בית על תנאי.....
139	סימן שטז - המשכיר בית לחבירו לזמן קצוב ורצה השוכר להשכירו לאחרים.....
145	סימן שיז - אמר השוכר פרעתי שכר הבית והמשכיר אומר לא פרעת.....
150	סימן שיח - השוכר רחים מחבירו ושוב לא נצטרך.....
151	סימן שיט - מי שהטעה חבירו עד שהכניס פירותיו לביתו.....
152	סימן שכ - מי שהטעה חבירו עד שהכניס פירותיו לביתו.....
153	סימן שכב - המקבל שדה מחבירו ואכלה חגב או נשדפה.....
160	סימן שכג - המקבל שדה מחבירו ולקתה בעומריה.....
161	סימן שכד - המקבל שדה לזרעה מין ידוע ובא לשנותה.....
161	סימן שכה - המקבל שדה מחבירו אם רשאי לזרעה פשתן.....
162	סימן שכז - המקבל שדה לזרעה שומשמן וזרעה חטין.....
162	סימן שכח - דין מקבל שבא להסתלק ועדיין לא נגמרו הזרעים.....
163	סימן שכח - דין מקבל שרוצה להסתלק מפני רעת השדה.....
164	סימן שכט - המקבל שדה לזמן ומת והניח בן.....
165	סימן של - המקבל שדה ליטע כמה אילנות.....
166	סימן שלא - השוכר פועלים ינהג עמהם כמנהג המדינה.....

168	סימן שלב - דין האומר לשלוחו צא ושכור לי פועלים ושכרן יותר ממה שאמר לו.....
173	סימן שלג - השוכר את הפועל ובא הפועל לחזור קודם שהתחיל או אחר כן.....
191	סימן שלד - השוכר את הפועל להשקות השדה והשוכר מלמד וחלה בנו.....
194	סימן שלה - השוכר את הפועל למלאכה סתם או למלאכה ידועה.....
197	סימן שלו - השוכר את הפועל לעשות בשלו והראהו בשל חבריו.....
199	סימן שלז - דין אכילת פועל בשעת מלאכה ממה אוכל או מתי אוכל.....
203	סימן שלח - דין אכילת בהמה בשעת מלאכה ואיסור חסימתה.....
206	סימן שלט - לתת שכר אדם בהמה וכלים בזמנו ומתי זמנו.....
210	סימן שמ - השואל חייב באונס ובהמה שמתה מחמת מלאכה ואם שלחה על יד בנו או עבדו.....
216	סימן שמא - השואל מחבירו חפץ סתם או לזמן קצוב.....
221	סימן שמב - אין השואל רשאי להשאיל.....
222	סימן שמג - דין השואל אחר כלות זמן השאלה.....
222	סימן שדמ - טען שמתה מחמת מלאכה או רוצה לשלם או לישבע.....
226	סימן שמה - דין שאל פרה ושכר אחרת.....
226	סימן שמו - דין פטור שאלה בבעלים עם כל דיניו ובעל בנכסי אשתו.....
233	סימן שמוז - דין הזיק שור של שואל לשל משאיל או איפכא.....
233	סימן שמח - איסור גניבה ומי נקרא גנב ומאיזה שעה מתחייב.....
240	סימן שמת - דין אשה ועבד וקטן שגנבו.....
242	סימן שנ - ובו סעיף אחד.....
243	סימן שנא - דין הגונב כיס בשבת.....
244	סימן שנב - ובו סעיף אחד.....
245	סימן שנג - נשתנה הגניבה ביד הגנב או שנתיאשו בעליה ממנה.....
250	סימן שנד - השביחה הגניבה ביד הגנב.....
254	סימן שנה - גנב שהחזיר הגניבה שלא מדעת הבעלים.....
255	סימן שנו - אסור לקנות שום דבר מהגנב והקונה מגנב מפורסם או אינו מפורסם.....
260	סימן שניז - המכיר כליו וספריו ויצא לו שם גניבה בעיר.....
263	סימן שנח - דברים האסורים לקנות מהרועים ומשומרי פירות ומבעלי אומנות.....
266	סימן שנט - איסור גזילה אפילו על מנת להחזיר ומה נקרא גזילה ואיסור לא תחמוד ולא תתאוה.....
270	סימן שס - מצוה על הגזלן להשיב הגזילה ואם אין בה שוה פרוטה או נשתנית.....
273	סימן שסא - דין יאוש ואם יש עמו שינוי השם או שינוי רשות.....
275	סימן שסב - השביחה הגזילה ביד הגזלן ממילא.....
278	סימן שסג - הגוזל בהמה ועבדים והזקינו והדר בחצר חבריו שלא מדעתו.....
286	סימן שסד - הנכנס בבית פלוני והוציא כלים או חטף מידו זהובים.....
288	סימן שסה - הגוזל ואינו יודע ממי גזל.....
290	סימן שסו - גזלן שבא לעשות תשובה אם מקבלין ממנו.....
291	סימן שסז - גזלן שבא להחזיר את הגזילה והגוזל את אביו.....
293	סימן שסח - דין המציל או הקונה מלסטים ישראל או עובד כוכבים.....
294	סימן שסט - אסור לקנות מגזלן ולסטים וליהנות מממונם ודינא דמלכותא כיצד.....
299	סימן שע - דברים שהם גזל מדבריהם כגון מפריחי יונים והמשחקים בקוביא.....
300	סימן שעא - קרקע אינה נגזלת אפילו נתייאשו הבעלים.....
302	סימן שעב - גזלן שהפסיד השדה ואכל פירות כיצד גובה אותם הנגזל.....
302	סימן שעג - דין מכרה הגזלן והשביח הלוקח מה דינו של לוקח עם הגזלן.....
303	סימן שעד - מכרה הגזלן וחזר וקנאה מהנגזל או נתנה לו במתנה.....

304	סימן שעה - היורד לשדה חבירו או לתוך חורבתו ונטעו או בנאו
308	סימן שעו - דין המסיג גבול רעהו
309	סימן שעז - מי שדרך הרבים עובר בתוך שדהו
310	סימן שעח - אסור להזיק ממון חבירו ולא לגרום שום היזק
310	סימן שעט - דין זה בא בחביתו וזה בא בקורתו ונשבר החבית
311	סימן שפ - האומר לחבירו קרע כסותי או של חבירי או רודף או נרדף ששיברו כלים
313	סימן שפא - דין חמשה שישבו על ספסל אחד
314	סימן שפב - הקוצץ אילן של חבירו והמונע חבירו מלעשות מצוה
317	סימן שפג - דין אדם המזיק לבהמת חבירו
319	סימן שפד - דין אדם המזיק שלא בגופו
319	סימן שפה - דין היזק שאינו ניכר כגון מנסך יינו של חבירו
320	סימן שפו - חילוק שבין גרמא בנזקין לדינא דגרמי והזורק כלי מראש הגג
329	סימן שפז - שמין השברים לניזק ומשלם לו עליהם
330	סימן שפח - דין ניזק נשבע ונטל
342	סימן שפט - דין ממון האדם שהזיק וחילוק שבין תם למועד ובאיזה מקום חייב קרן ושן ורגל
345	סימן שצ - דין נזקי רגל ותולדותיו ודיני צרורות וכלב ותרגול שקפצו
349	סימן שצא - שן באיזה מקום ובאיזה אכילה משלם מה שהזיקה או מה שנהנית
354	סימן שצב - דין כלב שנטל חררה ואכל חררה והדליק הגדיש
355	סימן שצג - הכניס פירותיו לחצר חבירו שלא ברשות והזקק בהן בעל החצר
357	סימן שצד - בהמה שנפלה לגנה והזיקה וכיצד משערין ההיזק
360	סימן שצה - המשסה את הכלב בחבירו או בעצמו
360	סימן שצו - כיצד שמירת תם ומועד או מסרן לשומר חנם או לשומר שכר
363	סימן שצז - מי שבהמתו רגילה ליכנס לתוך שדה חבירו ובהמת הקצבים שמזקת
365	סימן שצח - הכניס שורו לחצר חבירו שלא ברשות או נתן לו רשות להכניסו
365	סימן שצט - פרה שהזיקה גובה מולדה ושור שנגח פרה מעוברת כיצד שמין אותה
367	סימן ת - שור שהיה רודף אחר חבירו או שנים רודפים או שנים נרדפים
370	סימן תא - שור שנגח וחזר ונגח ואם תפס ניזק וחזר ונגח
371	סימן תב - ב' שוורים שחבלו זה בזה והן תמים או מועדים
371	סימן תג - שמין השברים לניזק ואם פחתו או הותירו
372	סימן תד - שור שחבל בשור או השביח או פוגם
373	סימן תה - שור שחבל באדם או שנגח אשה או שפחה
373	סימן תו - שור של גוי או של הפקר או של חרש שוטה וקטן
375	סימן תז - שור שנגח ומכרו מזיק או ניזק
376	סימן תח - אין דנין דיני נזקין אלא בעדות ברורה
377	סימן תט - אין מגדלים בהמה דקה בישוב וחזיר וכלב רע בכל מקום
378	סימן תי - בור באיזה מקום חיובו וכמה שיעורו וכל משפטי בור
388	סימן תיא - תולדות הבור כגון אבנו סכיננו ומשאו שהזיקו
389	סימן תיב - המניח הכד ברשות הרבים ונתקל בו אחר או טעון כד ונתקל ונשבר והשופך מים לרשות הרבים והזיקו
391	סימן תיג - דין הקדרים שהולכין זה אחר זה ונתקלו ונפלו
392	סימן תיד - אימתי אדם רשאי להוציא זבלים לרשות הרבים
393	סימן תטו - הגודר גדרו בקוצים והוזק בהם והמצניע קוצים בכותל חבירו
393	סימן תטז - הכותל והאילן שהיו רעועים ונפלו והזיקו
394	סימן תיז - כל דבר המזיק אין מוציאין אותו לרשות הרבים

396.....	סימן תיח - נזקי האש פטורו וחייבו וטמון באש וכל דיניו.....
401.....	סימן תיט - כיצד נפרעים לנזקים מהמזיק ומיורשיו.....
404.....	סימן תכ - החובל בחבירו חייב בחמשה דברים וכיצד משערין אותם והמבייש בדברים תלמיד חכם ועם הארץ.....
414.....	סימן תכא - המבייש חבירו שלא בכוונה והחובל בחבירו שלא בכוונה.....
418.....	סימן תכב - צריך החובל לפייס הנחבל שימחול לו.....
419.....	סימן תכג - נגף אשה ויצאו ילדיה וכיצד שמין דמי ולדות.....
420.....	סימן תכד - החובל באביו ואמו או החובל בבניו או החובל בחבירו בשבת.....
425.....	סימן תכה - חייבי מיתות בית דין היאך דנים אותם בזמן הזה.....
428.....	סימן תכו - חייב אדם להציל את חבירו בין בגופו בין בממונו.....
430.....	סימן תכז - מצות עשה להסיר כל מכשול שיש בו סכנת נפשות ועשיית מעקה לגגו.....



"רק כאשר מקדים האדם ללמוד הדק היטב את כל המקורות בדברי הגמרא ומעמיק בדברי הראשונים והאחרונים באותו ענין אז אח"כ יכול להתבונן בדברי ההלכה הפסוקה ואז יבין וישכיל ויזכה לרדת לעומקם של דברים בהבנה אמיתית... ועובדא ידענא על אחד שחיבר ספר מקיצורי הלכות שבא אל זקה"ק הדברי חיים זי"ע לבקש הסכמה על אותו חיבור ואף שעל חיבור אחר נתן לו זקה"ק הסכמתו עליו, מ"מ על זה החיבור לא נתרצה להסכים עליו, ולדעתי היה טעמו ונימוקו משום שהמחבר לא הביא בחיבורו זה את מראי המקומות להלכות שבספרו, שכן אם יתרגלו לפסוק הלכה מתוך ספרי קיצורים הרי שסופה חורבן ותוצאותיה מי ישורנה ובעוה"ר בדורנו זנחו את דרך הלימוד המסורה לנו מפי ראשונים כמלאכים ולא זו בלבד שאין שורשי ומקורות ההלכות מאירים וניצבים לנגד עיניו, אלא אף בשעה שרוצה לתור אחריהם אינו יודע אפילו באיזה מסכתא עליו לעיין ולמצוא את אשר תבקש נפשו ומכך נגרם כי מדמה מקרה אחד למשנהו ונכשל ח"ו באיסורי תורה החמורים... דרך מוטעית זו גם גורמת למיעוט התמדה בלימודו כי מתברך בלבבו לאמר שיכול להורות הלכה אף מתוך ספרי קיצורים ולמותר הוא רוב עמלו בתורה, אבל כאשר יודע שחובתו לדעת על כל הלכה את מקור מוצא הדברים הרי ינדד שינה מעיניו ויקיים בעצמו הכתוב 'לא ימוש ספר התורה הזה מפיד והגית בו יומם ולילה... ואז תשכיל' וזה נתכוונו חז"ל לרמוז באומרם עתידה תורה שתשתכח מישראל (שבת קל"ח) היינו שלא יהא מי שיורה הוראה את הדרך אשר ילכו בה ואת המעשה אשר יעשו" (האדמו"ר מקלויזנבורג-צאנז, פרשת 'ויגש' תשמ"ג, הובא בספר 'מרכה תורה' עמ' קצ"ט)



"גם תזהרו מאד בניי ללמוד מקטנותכם ד' שו"ע הקטנים עם באר היטב כדי שיהיה אצלכם גירסא דינקותא ותהיו בקיאים בהם להלכה ולא למעשה כי זה עיקר תוה"ק לדעת דיני התורה, ואח"כ תהיו מעלין בקדש ללמוד ד' שו"ע הגדולים עם הטור לארכה ולרחבה תתאמצו מאד בניי בזה כי היצה"ר אינו מסכים לזה ובאמת זה הכרח גדול... כי מה יענה ליום פקודה בבואו לעלמא דאתי והוא צורבא מרבנן ויודע כמה דרושים וישאלוהו דין בשו"ע ולא ידע" (רחמי האב סימן ל"ג)



"פי מַמְדָּה כַּחל וּמִיָּדָה נִתְּנוּ לָךְ". תודתי והערכתי מעומק הלב לראשי מכון 'ארץ חמדה' שליט"א, אהלה של תורה, מקום לימודי. חלק גדול מהשאלות נלקחו מאתר המכון, ובזה יש להכיר תודה לרב עקיבא כהנא ג"י על מלאכתו בזה והערותיו המועילות שם. עליהן נוספו שאלות מהעשור האחרון באמצעות המבחינים שהועלו לאתר 'סמיכה', ועליהן נוספו [בסוגריים מרובעות] שאלות שטרם נשאלו כדי להועיל לשינון [ושלא מן הנמנע שופיעו מבחינים בעתיד]. בתודה עצומה להורי ולרעייתי היקרה שירה הי"ו, וברכות תודה לחמי וחמותי (זון) ג"י.

הלכות פקדון

סימן רצא – דין שומר חנם מאימתי מתחייב בשמירה וכיצד היא השמירה

סעיף א

מי שעומד בתחנת אוטובוס וביקש מידיד הנוסע לעיר אחרת שיקח אתו חבילה לבנו בישיבה, ושכחו באוטובוס, או שנגנב, או כל אונס אחר, האם חייב הידיד על התשלום של דמי החבילה? האם כשעמדו בתחנה ראה שהוא מזיע, קנה לו פחית שתיה, האם השתנה דינו? (ראה שג,א) מה הדין כשיש ויכוח ביניהם איך אמר לו, מה דינו? (ראה לקמן וגם שם)

משנה ב"מ צג. "משנה ארבע שומרים הן שומר חנם והשואל נושא שכר והשוכר שומר חנם נשבע על הכל והשואל משלם את הכל ונושא שכר והשוכר נשבעים על השבורה ועל השבויה ועל המתה ומשלמין את האבידה ואת הגניבה". **ב"מ צד:** "מנא הני מילי דתנו רבנן פרשה ראשונה נאמרה בשומר חנם שניה בשומר שכר שלישי בשואל בשלמא שלישי בשואל מפורש וכי ישאל איש מעם רעהו ונשבר או מת בעליו אין עמו שלם ישלם אלא ראשונה בשומר חנם שניה בשומר שכר איפוך אנא, מסתברא שניה בשומר שכר שכן חייב בגניבה ואבידה אדרבה ראשונה בשומר שכר שכן משלם תשלומי כפל בטוען טענת גנב אפילו הכי קרנא בלא שבועה עדיפא מכפילא בשבועה תדע דהא שואל כל הנאה שלו ואינו משלם אלא קרן".

פירש רש"י "פרשה ראשונה - שלש פרשיות הן סמוכות (שמות כב) - כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשמור ובה פטר על הגניבה דכתיב וגונב מבית האיש שטוען שנגנבה הימנו דכתיב ונקרב בעל הבית אל האלהים ואוקימנא לשבועה שנשבע שלא שלח בה ידו, ואחריה כי יתן איש אל רעהו חמור או שור או שה ובה חייב על הגניבה ופטר על האונסין בשבועה, דכתיב ומת או נשבר או נשבה שבועת ה' תהיה ואם גנוב יגנב ישלם, ושלישית וכי ישאל וחייב בה את האונסין כשאינו בעליו עמו, ופטר בבעלים", עיי"ש.

וז"ל השו"ע "שומר חנם פטור בשבועה מגניבה ואבידה ואינו חייב לשלם כי אם בפשיעה".

כתב הסמ"ע (א) דאם נגנבה או נאבדה מחמת שפשע בשמירתו ג"כ חייב, והביאו הש"ך (ג).

כתב הש"ך (ב) דבב"ק ה' משמע להדיא דארבע שומרין חייבין לשלם מעידית כמזיקין וכ"פ הרי"ף והרא"ש וכן הוא לקמן סי' שפ"ה שפ"ח ות"כ. עוד כתב בשם הרי"ף שבעיסקא שהיא פלגא מלוה ופלגא פקדון במקום שהוצרך לגבות ממנו גובה החצי מעידית וחצי מבינונית.

כתב רע"א בשם מהר"ם פדאוה דמי שהיה לו משכון מנכרי והפקידו לאחר ונאבד בפשיעה אין צריך לשלם לו רק הפסד הקרן ולא הפסד הריבית אף מה שעלה כבר, אף דהמשכון שוה בשופי דמי הקרן והריבית.

בנידון השאלה שמתווכחים מה היה הלשון, לכאורה יש לציין למש"כ המחבר בסימן רצ"ו סעי' ו-ז "טען זה שהיה שם תנאי, והשומר אומר לא היה שם תנאי, נשבע השומר שבועת השומרים ומגלגל בה שלא היה שם תנאי. טען שהפקיד אצלו, וזה אמר לא אמרתי אלא הנח לפניך ולא נעשיתי לך שומר, נשבע היסת שלא קבלו אלא בדרך זו, וכולל בשבועתו שלא שלח בו יד ולא איבדו בידיים ולא בגרם שגרם לו שיהיה חייב לשלם", וא"כ הכא נמי צריך לישבע ה"שומר" שלא קיבל התנאי והלשון כדברי התובע, וצריך תלמוד.

אדם הפקיד לשומר חנם או שומר שכר חפץ ששוויו ב' סלעים ובמשך הזמן התייקר לד' סלעים, והשומר חנם פשע, וכן נגנב לשומר שכר, מהו התשלום שצריכים השומרים לשלם? והאם יהיה בתחילתו בפשיעה וסופו באונס? (ראה סע' ו') ומה יהא הדין בשואל חפץ במקרה דומה של התייקרות ובשעת אונס שווה ד' סלעים? באר ונמק גדרי הדין.

האם שומר שפשע משלם כשעת המשיכה או הפשיעה ומה הנפק"מ?

מאימתי חלים דיני שמירה על שומר חנם, שומר שכר, ושואל? (ראה בעיקר שז,ב)

כתב **הקצות** (א) דמבואר בש"ך בסימן רצה (ז) דביוקרא וזולא כל השומרין משלמין כשעת הפשיעה וכ"כ הרב המגיד, אמנם צריך להתבונן דמאי שנא מגנב וגזלן דאין משלמין אלא כשעת הגזילה (ב"ק צ"ג), ובשיטה כתב (ב"מ מ"ג) בשם הרמב"ן דההבדל דגזלן משואל דבשואל משעת משיכה מחייב במזונותיה ולא מחייב באונסין עד שעת שבורה ומתה אבל גזילה משעת משיכה מחייב באונסין, וכתב הקצות דלפ"ז לדעת הפוסקים דשומרין מתחייבין משעת משיכה שהוא תרי לישני בכתובות ל"ד אם משעת משיכה או משעת אונסין דלהך לישנא דמחייב משעת משיכה תשלומין דידיה ביוקרא וזולא נמי כשעת משיכה, וכתב דא"כ לפ"ז איך כתב הרב המגיד בפשיטות דשומר משלם כשעת הפשיעה כיון דדעת הרמב"ם דשומר מתחייב ממשכה וכן העלה הש"ך בסימן שמ"א (ראה שם סע' ד'), והביא עוד ביאור השיטה (שם) בשם הריטב"א בין שואל לגזלן שכתב דשואל משלם כשעת אונס משום דלא קני כלל ולא אפקיה מרשותיה כי הבעלים יכולין למוכרו ולהקדישו אבל גזלן משעת גזילה אפקיה מרשות בעלים למכירה ולהקדש, וכתב הקצות דמסתבר (עיי"ש) כביאור הרמב"ן דגזלן משעת משיכה מתחייב אבל שומר משעת פשיעה, ולהך לישנא דכתובות דחייב משעת משיכה כבר כתב הריטב"א דלהך לישנא נמי לאו דמחייב חיוב גמור לאלתר, דהא כל כמה שהוא בחיים ברשותיה דמאריה איתיה וליכא על השומר שום חיוב, אלא לומר דלכי נגנבה או נאנסה ואיכא חיובא עליה משתעבדי נכסי למפרע משעת משיכה, וא"כ כיון דלא מחייב חיוב גמור משעת משיכה אלא דלכי נגנבה או נאנסה ואיכא חיובא עליה משתעבדי נכסי למפרע, א"כ לא משתעבדי נכסי אלא כערך החיוב בשעת אונסין ביוקרא וזולא דידיה, אבל בגזלן רמי חיובא עליה ממש משעת הגזילה (וראה עוד בסק"ד בסע' ד' מש"כ). *לדרכי חושן*: "לפי הנתבאר יסוד החילוק בין גזלן לשומר הוא שבשומר החפץ עדיין ברשות בעליו ולכך מתחייב רק כשעת הוצאה מן העולם מה שאין כן בגזלן שכיון שיצא מרשות הבעלים מתחייב על שעת היציאה" **הנתיבות** (א) כתב דטעם זה אינו מועיל רק לענין זולא אבל לענין אם נתיקר קשה דמהיכא תיתי יהיה שומר גרע מגזלן דמשלם כיוקרא דהשתא באיתבר ממילא ועל זה טרחו הרמב"ן והריטב"א לתרץ, וכתב דיש לתרץ בפשיטות דהא התוס' בב"ק נ"ו כתבו דגזלן לאו שומר הוא דהא בהרקיבו מקצתו פטור, כלומר דאינו חייב רק בשינוי כיון דקני ליה ואי אפשר להשיב כאשר גזל ודמים בעי שלומי מקרא דאשר גזל, וא"כ אי אפשר לחייבה על האונס מטעם שומר רק מטעם שגזלה ואשעת גזילה קא מחייבת ליה ולכך אינו משלם כיוקרא דהשתא רק כשעת גזילה, משא"כ בשומר דבכך התחייב עצמו לשלם כשעת פשיעה דהא אשעת פשיעה מחייבין ליה, וכתב בקיצור **בחיידושים** כרב המגיד דשומר "אינו משלם רק כפי מה ששוה בשעת פשיעה".

סעיף ב

מה הנוסח המחייב את השומר בשמירה?

משנה ב"מ פ: "שמור לי ואמר לו הנח לפני - שומר חנם", ובפא: "אמר רב הונא אמר לו הנח לפניך אינו לא שומר חנם ולא שומר שכר, איבעיא להו הנח סתמא מאי" ולא איפשיטא, וכתבו הרי"ף והרא"ש דלקולא עבדין ופטור וכ"פ הרמב"ם דאפילו ש"ח לא הוי ואינו חייב שבועה כלל אבל מחרים על מי שלקח פקדון שלו ואינו מחזירו לבעליו וכן כל כיוצא בזה.

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם והטור "שומר חנם הוא שהפקיד אצלו כסף או כלים או בהמה או כל דבר לשמור והוא קבל עליו לשמרו, ואפילו לא קבל בפירוש אלא שאמר לו הנח לפני הוא שומר חנם. אבל אם אמר לו הנח לפניך או הנח סתם } או שאמר לו הרי הבית לפניך (רמב"ם ע"פ ב"מ מ"ט גבי עובדא דשומשמי) { אפילו שומר חנם לא הוי ואינו חייב שבועה כלל, (רמב"ם -) אבל מחרים על מי שלקח

פקדון שלו ולא יחזירנו לבעליו (ה"ה): כל מקום שתראה בדברי הרמב"ם חרם הוא מתקנת הגאונים). (תשובת הרא"ש -) ומ"מ מי שהיה מהלך בדרך וא"ל חבירו הולך עמך אלו המנעלים ואמר לו הניחם כאן על החמור והניחם שם ולא קבלם הנפקד בידו אלא כמו שהניחם המפקיד על החמור כך הולכים ולא קשרם והלך לו מן הצד להסד רגליו והניח החמור על אם הדרך ונאבדו המנעלים הוי שומר חנם והוה ליה פושע וחייב לשלם {דלא אמרינן דאם אמר הנח סתם, לא הוי שומר חנם, אלא במקום המשתמר, אבל בדרך וכיוצא בו ודאי קבל עליו שמירה, ויש חולקין (מרדכי) וס"ל דאפילו במקום שאינו משתמר לא הוי שומר חנם עד שיאמר הנח לפני}."

ביאר הסמ"ע (ג) ע"פ הטור דמה שהאריך 'כסף או כלים או בהמה' וכו' משום דבפרשה ראשונה דאיירי בש"ח כתיב כסף או כלים ובפרשה שניה כתיב שור או חמור או שה, וקמ"ל דה"ה איפכא, וקרא אורחא דמילתא נקט דבהמה יש טירחא בשמירתה אין מדרך בני אדם לשומרה בחנם משא"כ כסף או כלים, וגם יש בו צד רבותא, דאע"ג דבקל היה יכול לשומרם דלא יגנבו, אפ"ה פטור, אבל לדינא אין חילוק.

כתב הסמ"ע (ד) דהנח לפניך או הנח סתם דאפילו שומר חנם לא הוי, הא דהשווים יחד, היינו דוקא בהיזק דאתא להו מעלמא, אבל בהיזק דאתא להו מחמת שומר ובהמותיו, חייב באמר לו הנח סתם, ומיהו היינו דוקא לר"י רא"ש וסיעתם דפוסקים כרבנן בסע' ג' אבל לר"י והמחבר דפוסקים כרבי, אינו חייב כלל, והביאו הש"ך (ה) וכתב "הא דהשווים יחד אף בחצר" היינו דוקא בהיזק דעלמא אבל בשוק י"ל דאין חילוק ולרבנן אפילו בהיזק דמיניה פטור ולר' אפילו בהיזק דמעלמא חייב.

עוד כתב הסמ"ע (ה) לחלוק על תשובת הרא"ש ובא"ל בשוק הנח סתם לא ה"ל דין שומר חנם דאיכא למימר דכונתו היתה הנח ונטור לך, אולם בהלך הנפקד בדרך והמפקיד נשאר פה בזה ודאי כשאמר לו הנח זה על החמור דעתו היתה לשומרם, דאל"כ מי ישמרם כיון דבעל המנעלים ישאר פה, ואין חולק על תשובת הרא"ש כי אם בא"ל הנח סתם בשוק ונשארים שניהם כאן, ומה שכתב הרא"ש מקום 'המשתמר' לא בא לאפוקי בשוק עי"ש מה שביאר בדבריו (ובנתיבות ח'). גם הש"ך (ז) כתב דבגמ' משמע דאיירי בשוק.

[הנתיבות (ז) הקשה בדין השו"ע ע"פ הרא"ש דהרא"ש אזיל לשיטתו בסע' ה' דלא בעי משיכה אבל למאן דס"ל דשומר בעי משיכה והכא אין כאן קנין דהא משוך בהמה וקני כלים שעליה אינו קונה וגם מטעם חצר אינו קונה דחצר מהלכת היא, א"כ תימה על המחבר והרמ"א שסתמו כאן, ויישב דנראה דבכאן כ"ע מודו דחייב לשלם דדוקא במקום שאין עושה מעשה בגוף החפץ רק שפשע בשמירה שלא שמר ביתו - בזה איש אחר שלא קיבל שמירה אינו חייב דהא אפילו פורץ גדר לפני בהמת חבירו פטור רק שומר חייב, ומשו"ה כשלא עשה קנין כאחר דמי ופטור, אבל אם עשה מעשה בגוף החפץ, כגון שראובן נטל כלי מבית שמעון והניחו באם הדרך במקום שאינו משתמר, ודאי דחייב אפילו לא עשה קנין, ומשו"ה אפילו הוא אינו שומר או שהיא שמירה בבעלים חייב בכיוצ"ב, וה"נ שהולכו ממקום המשתמר והניחו במקום שאינו משתמר לגמרי, הוי כמזיק בידים וחייב, אך מ"מ אינו שומר לענין אם טוען ששמרו כראוי שיהיה חייב בשבועת שומרים למאן דס"ל דבעי משיכה בשומרין, וראה גם ברע"א בסוף הסע'].

כתב הש"ך (ד) בדין הנח לפני דהוא ש"ח דאם קיבל שכר הוי ש"ש בלשון זה שאמר 'הנח לפני' דכן משמע בגמ' בתוס' וברא"ש, ולדברי הרמב"ם בסע' ה' דצריך למשוך כתב הרב המגיד בשם הרשב"א ד'לפני' דהכא מדובר דהניח לפניו בסמטא ובתוך ד' אמותיו והא דלא פירשו כפשוטו דאיירי כאן בחצרו של שומר משום דבגמ' משמע דאיירי בשוק.

עמשי"כ הרמ"א ע"פ הרמב"ם דבאמר לו הרי הבית לפניך דאינו חייב כלל, כתב הש"ך (ו) בשם הריטב"א (בבד"ה) דאע"פ שקיבל ממנו שכירות דמ"מ הא ביתך קמך אמר לו לא קיבל השמירה ולא הוי אפילו ש"ח והכי מוכח בש"ס, וביאר הנתיבות דר"ל דאע"פ שהבטיח לו השכר בפירוש כשישמור, מ"מ כשאומר לו הרי ביתך קמך הוה כאילו פירש לו שאינו רוצה להיות שומר והשכר יהיה רק בעד הבית, וכיון שנתן לו השכר או אפילו התחייב עצמו בשכר אחר שאמר הא ביתך קמך, הוי כאילו נתרצה ליתן לו כל השכר רק בעד הבית וחייב בכל השכר, והנפקד פטור מחיוב שמירה.

האריך הקצות (ג) בדין המהרי"ט גבי ראובן שאמר לשמעון הולך פקדון זה לפלוני ואמר לו איני מוליכו כי מתיירא אני פן יאבד בדרך והרי זה מחלוקת על כן איני נוטלו מידך אם רצונך שאוליכהו דרך חסד

'השליכהו ארצה ואקימהו מן הארץ' ויחשב אצלי כמציאה, דאף שלא התנה בהדיא שלא יתחייב באחריות, אפילו אם נאמר שלשון זה הוי כאומר הנח לפניך כאומר הא ביתא קמך זהו כשמניח הפקדון על דעת שישאר שם ומעולם לא נעשה שומר עליו אבל בדבר שנמסר על דעת להוליכו בידו לעיר אחרת ודאי בהאי שעתא דאגבהה דין שומר יש לו ולא גרע משומר אבידה, והקצות חלק דא"כ מי שנוסע למרחקים דרך מקום אחריות ישליך את פקדונו על עגלה שלו והוא בעל כרחו יהיה שומר אבידה אלא ודאי לא מצי המפקיד לעשות מנכסיו דין אבידה ולחייב את חבירו שישמרנו בעל כרחו ואפילו נימא דאין זה אבידה מדעת אפ"ה כל שהתנה חבירו בתחלתו שאינו רוצה להוליכו ולשומר עד שיפטרנו מדין שמירה ודאי פשוט שאינו שומר בעל כרחו ואפילו הולך לאיבוד כיון שידעו הבעלים שהוא מקום אחריות ואדעתא דהכא קיבלו ועכ"פ נראה מחשבתם שאין רוצים בשמירה וא"כ ודאי פטורים מכל אחריות, וכן הסכים ה**נתיבות** (ה).

עמש"כ המחבר באמר לו בתגובה 'הנח סתם' דאינו שומר כתב ה**נתיבות** (ה) דה"ה אם שתק דשתיקה לא הוי כהודאה כי אם כשיש זכות לשותק, אבל אם אמר שמור לי ומשכו הנפקד לרשותו בשתיקה, שעשה מעשה, ודאי דנתחייב בשמירה.

כתב **רע"א** ע"פ תשובת המבי"ט דאם "נתן בידו סתם" י"ל דהוי שומר."

כתב ה**נתיבות** (ב) דמעשה בא לפנינו ברעש מלחמה נתן אחד לחבירו להניחו במטמון שיש לו בקרקע בביתו, ואחר כלות הרעש חפר הנפקד הקרקע להוציא שלו והודיע למפקיד שכבר הוציא שלו, ואח"כ נגנב הפקדון, ופסקינן שאפילו שבועה אינו חייב, דלא נעשה שומר כלל כיון שלא אמר שמור לי, והמקום א"צ שמירת בעלים ולא מוכח מענינו שנתכוין לשמירה.

עוד כתב ה**נתיבות** (ג) דפסק הב"י בסימן רל"ה בשם הרשב"א דאם זיכה לקטן ע"י אחר אם הקטן כאן ודאי לשמור מסרו לידו וה"ל כאמר שמור לי, ואם אין הקטן כאן י"ל כדי לזכות על ידו מסר לו ולא לשמור, וכתב ה**נתיבות** דנראה דדין זה לא שייך רק בזוכה לקטן אבל בזוכה לגדול ודאי שומר הוי כשהגדול אינו כאן וכ"ה בירושלמי, והטעם "נראה פשוט" דאם זיכה מתנה לאחר ואין האחר בכאן לא גרע משומר אבידה ואתיא השמירה מבן דעת, עיי"ש.

כתב **פת"ש** (א) בשם תשובת **צמח צדק** באשה אחת שלקחה תינוק של אחותה על זרועותיה לילך עמו לרחוב ואחותה נתנה ליד בנה התינוק דינר אחד לשחוק בו, ונאבד אח"כ הדינר מן התינוק ותובעת אם הילד שתשלם לה הדינר ואמרה שסמכה על אחותה שתהא משמרתו, ופסק שהאשה פטורה מלשלם, כיון שאחותה לא אמרה לה כלום בעת שנתנה הדינר ליד התינוק, גרע מהנח סתם ולא קיבלה עלה שמירה כלל, ואפילו אם אירע שהאשה שהיתה נושאת התינוק נטלה הדינר מיד התינוק והחזירה אותו ליד התינוק נמי פטורה דמעיקרא אבידה מדעת היא, והשער משפט תמה שלא הזכיר דברי הטושי"ע והסמ"ע בסימן שמ"ט דהבעל צריך לישבע שבועת שומרים אע"ג דלא קיבל עליו שמירה והיינו משום דמסתמא קיבל עליו השמירה, וה"ה בנידון זה מסתמא כשמסרה אחותה המטבע לתינוק סמכה עלה שתשמרנו יפה כיון שאין התינוק בן דעת, והיא נמי מסתמא קיבלה על עצמה כן [והפת"ש יישב לפי הב"ח שם דהטעם דהבעל צריך לישבע הוא ע"פ הרמב"ם בסוף סימן שמ"ו באם הודיעה את בעלה שהיא שאולה ה"ז נכנס תחתיה כיון דהבעל בנכסי אשתו דין לוקח יש לו, וזה לא שייך כאן, "ובפרט דהרב בעל צמח צדק הוא תלמידו של הב"ח ז"ל ונמשך אחריו ברוב הוראותיו"].

מה חיוב השמירה של מוכר שהחפצים עדיין נמצאים אצלו וטרם נלקחו ע"י הקונה שכבר

עשה קנין סודר?

כתב **רע"א** דבב"י סימן קצ"ח כתב בשם ר"י דמי שקנה בענין שאין אחד מהם יכול לחזור ונשאר ברשות מוכר יש מהגדולים שכתבו דהמוכר עליו כש"ח, ויש שכתבו דאפילו ש"ח לא הוי דהוי כמו הא ביתא קמך (דהא לא אמר שמור לי, נתיבות) וכן נראה עיקר (עכ"ל), וב**נתיבות** (ג) כתב דנראה דמיירי שכבר נתן המעות או שאינו מקפיד על המעות שנותן לו בהקפה, אבל אם אינו רוצה ליתן לו עד שיתן המעות הוי שומר שכר וכדין מלוה על המשכון, ואם הוא זבינא דרמי על אפיה שיש בו הנאה למוכר, בלאו הכי הוא ש"ש בהאי הנאה דתפיס ליה אזוזי.

[האם יש שליחות יד באמר לו 'הנח לפניך?' הבא ב' נפק"מ.]

כתב **הקצות** (ב) דאף שמבואר ברמב"ם (והובא במחבר וסמ"ע רצו/ז) בטען שהפקיד אצלו וזה אומר לא אמרתי אלא הנח לפניך וכו' נשבע היסת כו' וכולל בשבועתו שלא שלח בהן יד וכו', דמשמע דבשליחות יד חייב אפילו באומר הנח לפניך ואם שלח בה יד חייב באונסין, אמנם כל שאומר הנח לפניך ושלח בה יד אינו חייב אלא מדין גנב וגזלן וכמו שאר כל אדם, אבל שליחות יד דחדתית רחמנא לחייב בשומרין הוא ענין אחר ומזה פטור, וכן מבואר בשיטה (ב"מ מ"א) דגזלן ושואל שלא מדעת שייכי בכל אדם אבל שולח יד ליתיה אלא בפקדון ושמו מוכיח עליו בקרא גבי שומרין 'אם לא שלח ידו', והנוטל לגזול הוא הנוטל על דעת ליטלה כולה או ליטלה מקצתה או שיחסרנה ולא ישלם לבעליו והוא חייב באונסין מכיון שמשך לדעת כן אע"פ שלא חסר, והשולח יד בפקדון דעתו ליטול ולחסר הכל או מקצת על דעת לשלם לבעלים, וא"כ כל שאומר הנח לפניך אינו שומר ואינו חייב אלא מתורת גנב וגזלן והיינו שלא על מנת לשלם אבל על מנת לשלם דפטור מאונסין אינו אלא מתורת שליחות יד דשומרין זה שאומר הנח לפניך פטור, וא"כ מש"כ הרמב"ם ושו"ע דכולל בשבועתו שלא שלח בה יד הוא לאו דוקא דכיון דאינו שומר לא הוי אלא כשאר אינש דעלמא וא"כ אינו אלא שולח יד דחייב עליו כל אדם, ונפק"מ נוספת גבי הא דחדתית רחמנא בשומרין לחייב משום שולח יד ע"י שלוחו מדכתיב על כל דבר פשע (קידושין מ"ב) ואילו זה שאומר הנח לפניך דאינו שומר ואינו חייב אלא מדין גנב וגזלן פטור ע"י שליח.

סעיף ג

מכניס ברשות, האם חייב הנפקד?

דעת ת"ק **במשנה ב"ק מז:** דב"הכניס ברשות בעל החצר חייב" ודעת רבי "בכולן אינו חייב עד שיקבל עליו לשמור", ובגמ' **מח:** "איתמר רב אמר הלכה כת"ק ושמאל אמר הלכה כרבי" וכתב הרי"ף דהלכתא כשמואל דהלכתא כוותיה בדיני וכ"פ הרמב"ם, **והתוס'** כתבו דצ"ע משום דרבא שהוא בתראה סובר כחכמים דקאמר הכניס שורו לחצר בעל הבית שלא ברשות וחפר בה בורות שיחין ומערות בעל השור חייב בנזקי חצר והיינו כרבנן דאי כרבי אפילו ברשות נמי, והטור ס"ל **ברא"ש** דהלכה כחכמים, והקשה ה"י דמנא ליה שהרי כתב שתי הסברות ולא הכריע ועוד שלא כתב שהתוס' פסקו כחכמים אלא שהוקשה להם על הרי"ף והניחו בצ"ע, ולא שבקינן מאי דפשיטא ליה לרי"ף משום מאי דמספקא להו לתוס', ועוד דהוכחת התוס' אינה מכרעת שהרי הרי"ף אע"פ שפסק כרבי פסקה לדרבא.

עוד שם **מז:** "איבעיא להו היכא דקביל עליה נטירותא מהו דנפשיה הוא דקביל עליה או דילמא אפילו נטירותא דעלמא קביל עליה" ופירש **רש"י** "היכא דקביל עליה נטירותא - כגון לרבנן סתמא ולרבי דאמר ליה כנוס שורך ואני אשמרנו. דנפשיה - שלא יגחנו שורו ולא ישכנו כלבו", וכתב **הטור** עפ"י דמה דפסקו ר"י והרא"ש כחכמים שקבל עליו שמירתן היינו דוקא בהיזק דאתי ליה מיניה, והב"י תמה על ה**רא"ש** שדחק להעמיד משמעות לבעיא גם לרי"ף.

וז"ל **השו"ע** כרי"ף "בקש מחבירו שיתן רשות להכניס בהמתו או פירותיו לחצירו, ונתן לו רשות ולא פירש כלום בשמירתן, אינו חייב בשמירתן כלל".

כתב **הסמ"ע** ע"פ הטור וכמש"כ בסע' ב' (סק"ד) לעיל דפטור למחבר אפילו מהיזק דאתא לפירות דהמפקיד מבהמתו דהנפקד. **הש"ך** (ט) תמה על הרמ"א דלא הביא דיש חולקים דחייב בהיזק דאתי ליה מיניה דהא מביא סברתם בסימן שצח/ה וכ"פ הרש"ל ואף בהיזק דמעלמא בעיא היא ולא איפשטא ואי תפס לא מפקינן מיניה.

עוד כתב **הש"ך** (ח) דדוקא בחצר פטור למחבר אבל אם הכניס ענינו לבית בעל הבית ברשות סתמא דמילתא קביל עליה בעה"ב נטירותא אפילו לרבי וכן הוא בהגה"א. **בנתיבות** (ח, ובפת"ש ב) כתב שטעם החילוק בין חצר לבית הוא דבהילוך דבחצר לא קפדי אינשי ותיב ונטור קאמר אבל בבית דאהילוך דבית קפדי אינשי כמבואר בסימן קנ"ד וא"י"א לומר דתיב ונטור קאמר וע"כ עול ואנטר לך קאמר והאריך לבאר כן גם בתשובת הרא"ש (הנזכרת בסע' ב') דעל פניו לא משמע כן ובבית לא מקבל נטירותא וכנ"ל.

כתב **בזכרון יוסף** (פת"ש שם) אודות שטען הנפקד כי בעת שביקשו ממנו להצניע אמר בפירוש למה לא אקבלנו הלא לא מזיק לי דבר וכונתו בזה שאינו מקבל עליו דין שומר כלל רק שביתו מוכן לזה

לגמול חסד בזה נהנה וזה לא חסר, דבודאי הוי שומר חנם דלא גרע מהנח לפני ואפילו באמר הנח סתמא בביתי קיבל עליו נטירותא כש"ך ואפילו לפי פשטות דברי הרא"ש דבבית לא מקבל נטירותא, הני מילי באחד שביקש רשות מחבירו להכניס דבר לביתו וא"ל הנח משא"כ בנידון דידן שנוסע מהעיר דאם הוא לא ישמרנו מי ישמרנו ודמי ממש להך דהרא"ש בהניח מנעלים ועוד דלשון אקבלנו שבלשון אשכנז ודאי משמעו בלי ספק אשמרנו.

סעיף ד

שרה שאלה משכנתה רבקה תכשיט שלדברי רבקה היה מצופה בזהב, שרה איבדה את התכשיט, ואז טענה רבקה כי התכשיט היה של זהב טהור, וכי אמרה שהוא מצופה זהב בלבד כדי שלא להשביע את עיני השכנים, ורבקה הוכיחה את דבריה בעדים, האם חייבת שרה לשלם לרבקה דמי תכשיט זהב? ציין מקור.

קיבל חפץ לשמירה האם משלם על פי השווי האמיתי או על פי שווי שנאמר לו, ומה הדין בחפץ שגוי דורש סכום גבוה עליו שלא בעדק? (לקמן)

נתן לשומר דינר זהב וא"ל שזה מכסף ופשע השומר או הזיקו בידים כמה ישלם?

ב"ק סב. "אמר רבא הנותן דינר זהב לאשה ואמר לה הזהרי בו של כסף הוא הזיקתו משלמת דינר זהב משום דאמר לה מאי הוה ליך גביה דאזקתיה, פשעה בו משלמת של כסף דאמרה ליה נטירותא דכספא קבילי עלי נטירותא דדהבא לא קבילי עליי. א"ל רב מרדכי לרב אשי אתון בדרבא מתניתו לה און ממתניתא פשיטא לן חטין וחיפן בשעורין שעורין וחיפן בחטין אינו משלם אלא דמי שעורין בלבד אלמא אמר ליה נטירותא דשערי קבילי עלי הכא נמי אמרה ליה נטירותא דדהבא לא קבילי עליי".

וז"ל **השו"ע** "אפילו כשקבל עליו אינו חייב אלא כפי שווי החפץ שקבל עליו לשמור שאם נתן לו לשמור דינר זהב ואמר לו הזהר בו של כסף הוא, ופשע בו ונאבד, אינו חייב אלא בשל כסף, שיאמר לו לא קבלתי עלי אלא שמירת דינר של כסף, וכן כל כיוצא בזה, אבל אם הפסידו בידים, משלם של זהב {**מהרי"ק** - } שמעון קבל ספרים מראובן להוליכן למקום אחר ונלקחו במכס, ואומר שראובן פשע שאמר שאין נותנין מכס מספרים, ובלא כן לא היה מקבל עליו השמירה כי אין רצונו לטרוח בדבר המכס, הדין עם שמעון".

כתב **הש"ך** (י) דה"ה בשואל דינא הכי שאינו חייב אלא בשל כסף.

כתב **הקצות** (ד) ע"פ ביאורו בסוגיה דלקמן, דאם ננדע לשומר קודם שנאבד שהוא של זהב אז יש חילוק בין שומר לשואל, דבשומר כיון דלא קיבל עליו שמירת זהב פטור כיון דבשעת קבלתו לשמירתו לא קיבל על עצמו שמירת זהב וגרע מאומר הנח, אבל בשואל כיון שנשתמש בו אחר שנודע חייב דאפילו נתן לו רשות להשתמש בו והוא משתמש בו חייב, א"כ ה"ה בזה נמי כיון שנשתמש בו אחר שנתברר לו שהוא זהב מתחייב באונסין כוליה כמו כל שואל דעלמא. אולם ה**נתיבות** (י) חלק ואפילו בשואל פטור כיון שהמשאיל נתן לו רשות להשתמש בו אף שידע שהוא של זהב ונתרצה מה שהשואל לא מקבל על עצמו רק חיוב תשלומין של כסף, ומה בכך שנתוודע לו שהוא של זהב, וכי בשביל זה נתבטל רשות תשמיש.

גבי הפסידו בידים וכו' כתב **הסמ"ע** (ז) דדוקא כשבירר המפקיד שדינר זהב הפקידו אבל אם אינו יכול לברר א"צ לשלם לו של זהב, וב**ש"ך** (יא) כתב דהא דרצה להוכיח מהטור בסימן צ', אדרבה להיפך מדכתב הטור שם דעשו תקנת נגזל במזיק משמע דה"ה הכא נשבע הניזק ונוטל וכ"כ ה**רש"ל**, אך כתב ה**ש"ך** ד"ל דשאני הכא דכיון דאמר מתחלה של כסף הוא אינו נאמן אח"כ בשבועתו ולפי"ז היכא דהפקידו סתם והנפקד אומר שמא מוזהב הוא והמפקיד אומר ודאי זהב הוא נשבע ונוטל לכ"ע.

ביאר **הקצות** (ד) דהך מלתא שחילקו ב**ש"ס** בין פשיעה למזיק לאו משום חומרא דמזיק שחייב יותר משום דמזיק בידים אבל פשיעה זילא ליה משום דאינו מזיק בידים (עיי"ש מה שהוכיח בזה), אלא משום דכל השומרין לא נתחייבו בעל כרחם אלא משום דהתורה ירדה לסוף דעתן דברצונם מקבלין

עליהם שומר חנם בדין פשיעה ושומר שכר בגניבה ואבידה וכן שואל, ומש"ה כל שלא קיבל עליו השומר דין שמירה אינו מתחייב שלא מדעת, לכן בארנקי בגדיש דהתורה חייבה בעל כרחו לשמור אשו שלא יזיק מש"ה מחייב ר' יהודה דמחייב בנזקי טמון באש ולא מצי אמר לא ידעתי שהיה שם יותר כיון דממילא רחמנא חייביה, אבל בשומרין בעינן דעת השומרין שיקבלו עליהן השמירה ובלא דעת לא מחייבי, ורבנן סברי בארנקי בגדיש דאפילו מזיק בידיים פטור לשיטת תוס' ומשום דלא רגילי אינשי כלל, מש"ה בעי לה בכספתא אם דומה לארנקי בגדיש דפטור לרבנן או לדינר זהב דחייב, אבל בשומרין ודאי אפילו בשומר שכר דחייב בגניבה ואבידה אפ"ה פטור כל שאמר של כסף ומשום דכל השומרין אינו אלא מדעתן שרצונם להתחייב בכך וכתב דכן הוא ברמב"ן, ודלא כחידושי אנשי שם שכתב דהא דאמר רבא פשעה פטורה אינו אלא לרבנן דפטרי ארנקי בגדיש אבל לר' יהודה דמחייב במדליק ארנקי בגדיש אע"ג דאינו אלא פשיעה מחייב נמי גבי דינר זהב בפשיעה.

כתב **רע"א** בדין של נמצא כסף דנראה דצריך הנפקד להשבע שאינו ברשותו כדין כל שומר דמשלם, אך נשאר בצ"ע, עיי"ש.

מה הדין שאל סייף ולא ידע שזה סייף יקר מאוד?

כתב **הקצות** (ד) דכתב בהגהת **מרדכי** בראובן ששאל **סייף משמעון** שהיה לו במשכון מעכו"ם ואבד ושואל ממנו ממון הרבה בעד הסייף שאבדו והשואל לא ידע שהיה סייף יקר, מצי אמר נטירותא דסייף יקר לא קבלתי עלי כדאמרין גבי נתן דינר זהב לאשה וכמו חטין מחופין שעורין וצ"ע, והרש"ל חלק דבשלמא גבי דינר המפקיד גופיה פשע שאמר לה של כסף הוא אבל אם אמר לה סתם הזהרי בו פשיטא דחייבת, וכן התם דחיפן בשעורין וא"כ זה לא היה לו לידע יותר משעורין, אבל מה שאדם מפקיד גבי חבירו וראה אותו פשיטא דמקבל עליה כל שוויו בין רב בין מעט, דאלי"כ כל אחד שיתן לחבירו בפקדון אבן טובה שוה מאה מנה פשיטא דחייב לשלם מאה מנה ולא כל כמיניה לומר סבור הייתי ששוה כסתם אבן פשוט זהוב או ב', **ובש"ד** (עב"מ) **הסכים להג' מרדכי** דשפיר יש לדמותו להך דדינר זהב דהתם מה שאמר המפקיד של כסף הוא לא הוי פשיעה, דעשה כן כדי שתקבל עליה השמירה וא"כ הו"ל לאסוקי אדעתא שהוא של זהב ושואמר כן כדי שתקבל השמירה, ואפ"ה פטרינן מטעם דנטירותא דכספא קבילת עלי, ואע"ג דמסתמא אם הפקיד אצלו אבן טובה פשיטא דחייב כל שוויו דסתם אבן טובה רגיל שהוא יקר ולכך קיבל עליו בין יקר ובין זול, אבל **סייף דאין רגילות שיהיה יקר ע"כ מצי אמר נטירותא דסייף יקר לא קבלתי עלי** וסיים דמ"מ כיון דהמרדכי גופיה מסיק על זה וצ"ע ודאי הוי ספיקא דדינא. **הקצות** (ד) הסכים עם הרש"ל דכיון דבשומרין אפילו נודע שהוא זהב אינו מתחייב בזהב כיון דלא קיבל עליו שמירת זהב, וביוקרא וזולא כה"ג כגון שנתן לו שעורין לשמור ואח"כ נתייקר ועמדו שעורין בדמי חטין דודאי חייב ביוקרא כשעת הפשיעה וכמ"ש בסק"א בשם הרמב"ן ריטב"א והרב המגיד, ולא מצי אמר נטירותא דיוקר לא קבילת עלי כמו שאומר בחטין וחיפן שעורין דאע"ג דנודע לו אח"כ שהוא חטין אומר לא קבלתי עלי אלא נטירותא דשערי, ומזה נראה עיקר כרש"ל שכתב דכל בסתמא מקבל עליו הכל כפי מה ששוה היה בשעת הפשיעה, והיינו נמי טעמא דמקבל אבנים טובות בסתם דמקבל עליו כל יוקרא, אלא דוקא בדינר זהב וחיפן שעורין משום פשיעותא דמפקיד נגעו ביה, וא"כ ממילא דה"ה בסייף סתם כיון דכל השומרין מתחייבין ביוקרא דשעת הפשיעה אפילו נתייקר משעת קבלתו לשעת פשיעה בעשרה בדמיו וכיון דמקבל עליו יוקרא דלקמיה, ה"ה בסייף סתם דכל שלא פשע בו המפקיד מתחייב השומר בכולה יוקרא כפי ששוה בשעת הפשיעה, ודברי רש"ל "נכונים וברורים דכל שלא פשע המפקיד הרי בסתמא סבור וקיבל כמה שוה שישלם דמי שוויו ואפילו ביוקרא דלקמיה דהיינו כשעת פשיעה", ומש"כ הש"ך דגבי דינר זהב לא פשע דהו"ל לאסוקה אדעתה וכו', וכן משמע בתוס' גבי האי גברא דבטש בכספתא, התם ודאי לענין היזק דבידיים ודאי ראוי שיתחייב המזיק דמאי הו"ל גביה דאזקיה, עיי"ש.

[מה הדין במצא כלי וחשב שהוא של כסף ופשע ונמצא זהב? ומה הדין בגנב וגזלן?]

כתב **הקצות** (ד) דיש להסתפק בדין **שומר אבידה** שסבור שהוא כסף כגון שהיה מחופה כסף ובתוכו זהב מי נימא כיון דהתורה רמי עליה נטירותא בעל כרחו דכתיב ואספתו אל תוך ביתך הו"ל כמו ארנקי בגדיש לר' יהודה דחייב אע"ג דאינו אלא פשיעה כיון דאינו תלוי בקבלתו, או נימא דגם בשומר אבידה כה"ג פטור, ואת"ל בשומר אבידה נמי כה"ג פטור, בגנב וגזלן תפוחי זהב במשכיות כסף ולא ידע שהוא

זהב מי נימא דדומה לשומרין ופטורין כה"ג, או לא גרע ממזיק דחייב משום מאי הו"ל גביה דאזקתיה ה"נ מאי אית לך גבי דגזלתיה, וכתב דלפי הרש"ל (לעיל) דחיפן שעורין והזהרי בו של כסף אינו אלא משום פשיעת המפקיד א"כ בשומר אבידה וגנב וגזלן דלא באו לידם מיד הבעלים דנימא בהו פשיעותא דבעלים וא"כ ודאי חייבין בשומר אבידה ומכל שכן בגנב וגזלן, אלא דאכתי יש לומר דפטורין כיון דגנב וגזלן לא מיחייבי אלא במשיכה הראוי לקנין, וידו אינו קונה כה"ג דלא ידע שהוא זהב, וא"כ גנב וגזלן נמי כה"ג לא קניא להו יד להתחייב באונסין ומהאי טעמא נמי בשומר אבידה כיון דכל השומרין צריכין משיכה לדעת הרמב"ם, ואפילו לדעת תוס' והרא"ש דשומרין לא בעי משיכה אלא מכי נסתלקו הבעלים משמירתן נתחייב השומר, היינו דוקא בשארי שומרין כמו ש"ח וש"ש דקיבל עליו לשמור והבעלים נסתלקו משמירתן נתחייב השומר אבל גבי שומר אבידה ודאי בעי משיכה אליבא דכ"ע דכתיב ואספתו אל תוך ביתך והיינו דהתורה רמי עליה ליקח אותו תוך ביתו אבל כל זמן שלא משך אף על גב דראה אותו לא נתחייב בשמירה, וכה"ג דלא ידע ליה בזהב לא הוי משיכה, וצ"ע. ה**נתיבות** (י) כתב לגבי אבידה תליא במח' רא' בהבנת הסוגיה [דלפי הרמב"ן שכתב דהפלוגתא בין ר' יהודה לרבנן והאיבעיא דרב אשי (הכל בגמי' שם) הינם לענין עשו תקנת גזל אבל לענין חיוב תשלומין לכ"ע מדליק בשל חבירו חייב אף במקום דלא מסיק אדעתא, רק בשומר פטור מטעם דלא קיבל עליו שמירה יותר, בודאי יש לחייב בשומר אבידה, אבל לשיטת תוס' ורא"ש דס"ל דהפלוגתא דר' יהודה ורבנן והאיבעיא הוא הכל לענין חיוב תשלומין ואפילו מזיק בידים פטור במקום דלא ה"ל לאסוקי אדעתיה, והא דחייב באמר לו של כסף והזיקו, הוא משום דהיה לו לאסוקי אדעתיה שאומר כן בשביל קבלת שמירה, ובשומר אפילו בכה"ג פטור משום דלא קיבל עליו שמירה ביותר מכסף] ולגבי גזלן כתב דודאי חייב דהא קני ליה גוף הדבר עכ"פ בשיווי כסף דלפי שיווי כסף ודאי צריך לשלם ונעשה גזלן על גוף הדבר והגזלן קנה בעל כרחו אפילו נשתנה מאליו וכיון דלא בעי כונה לקנות, קנה אפילו לא ידע שהוא זהב.

סעיף ה

האם נדרש קנין לעורך קבלת השמירה? (וראה גם שג, א שז, א)

כתב השו"ע "ויש מי שאומר (רא"ש ב"מ ו, טז ח, טו ע"פ המשנה דלעיל) שהשומר הזה, מיד כשקבל עליו לשמור או שאמר הנח לפני, ונסתלקו הבעלים משמירה (ר"ל כיון דנסתלקו הבעלים משמירתן, נמצא דמוטל עליו לשומרו מאחר דקיבל עליו לשומרו, ועוד, דאי לא נסתלקו הבעלים משמירתם אלא הו' שומרין קצת עמו בתחילת השמירה, ה"ל שמירה בבעלים דפטור, סמ"ע, ועיין ש"ך י"ב), חייב עליו אם פשע, אף על פי שלא משך, ויש מי שאומר (רמב"ם) שאינו חייב עד שימשוך ובמקום שמשיכה קונה", וכתב ה"ה ע"פ הרשב"א דלפי הרמב"ם הא דמחייבין במשנה באומר הנח לפני היינו בהניח לפניו בסימטא ובתוך ד' אמותיו א"נ בבהמה וכשאמר לו הכישה במקל והיא תבא וכ"ש אם היה זה ברשות השומר שמתחייב. כתב הש"ך (יג) דעיקר כרמב"ם דכ"ד רש"י נ"י וכן נראה עיקר בגמ'.

כתב ה**נתיבות** (יב) דאם הקדים שכר לשומר שכר ודאי דהוי שומר שכר בלא משיכה דהא קנין מהני, וצ"ע לסימן שלי"ג שכתב דפועל ששכרו בכסף הכסף קונה לענין שאינו יכול לחזור בו, כיון דקיי"ל כר' יוחנן דמעוות קונות דבר תורה ולמד ברמב"ם בהלכות מעילה דבנתנה לאומן דמעל משמע דקונה אפילו מדרבנן דלא שייך גביה החשש דנשרפו חיטיך בעליה, ומה לי ששכרו לעשות מלאכה או שכרו לשמור לו, ואף ששכרו לזמן ופועל יכול לחזור בו, מ"מ כל זמן שלא חזר בו קנוי הוא לבעלים, וכי חזר בו מילתא אחריתי הוא, וכיון דכסף הוא קנין לגביה הוי כשכיר.

[הקשה ה**קצות** (ה) דלפי הרמב"ם הא דאמרו בב"מ נ"ז ללמוד מהפסי' כי יתן איש אל רעהו כסף פרט לקרקעות ועבדים ושטרות ולמה לי קרא למעוטי שטרות משומרין הא תיפוק ליה דבעי משיכה בשומרין ובמקום שמשיכה קונה ואילו בשטרות משיכה לא קנה עד שיכתוב וימסור דהיינו שיכתוב לו קני לך איהו וכל שעבודיה ובשומרין לא שייך כתיבה, וכתב דלפי מהר"ם מלובלין שכתב גבי שטר דלא הצריכו כתיבה אלא מצד מוכר במקום ששייר המוכר זכות לעצמו, אבל במפקיר דלא נשאר שום זכות למוכר קונה הזוכה בלא כתיבה א"כ ה"נ בשומרין לא בעי כתיבה וסגי לה במשיכה ועדיין צ"ע, וב**נתיבות** (יב) כתב דלפי התוס' שכתבו דלענין שיחזיק השט"ח למוכרו ללוה או למלוה יש בו מכר מדאורייתא ומהני משיכה, א"כ מכ"ש כשמושך להתחייב בשמירתן כפי שויין למכור, לזה ודאי במשיכה בעלמא סגי].

סעיף ו

מה הדין כאשר השומר פשע ולבסוף אירע אונס? פרט סוגי השומרים השונים. (וכן סע' ט' והלאה)

ע"פ מעשה דההוא דאפקידו זוזי גביה ואנחינהו בצריפא דאורבני בב"מ מב. וכל"ק פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "אם פשע בו ולא שמרו כראוי לענין אחד, אע"פ שלבסוף נאבד באונס בענין אחר, חשיב פושע וחייב לשלם. מעשה באחד שהפקיד מעות אצל חבירו והניחם במחיצה של קנים, והיו טמונות בעובי המחיצה (כך פירש הרמב"ם, ואף שרש"י לא ציין שהיו טמונות אפשר שלכך התכוון, סמ"ע) ונגנבו משם, ואמרו חכמים אע"פ שזו שמירה מעולה לענין גניבה (שאם היה נגנב משם היה פטור, סמ"ע), אינה שמירה כראוי לענין האש, ומאחר שלא טמנו בקרקע או בכותל בנין (דאינו עלול להשרף כ"כ מהר, סמ"ע), פושע הוא, וכל שתחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב, וכן כל כיוצא בזה".

כתב הסמ"ע (י) דהא דאמרינן דאף דלבסוף נאבד באונס אחר וכו' דחייב, היינו דוקא כשנוכל לתלות ולומר אם לא היתה הפשיעה מתחילה לא הוה נעשה האונס, ואז אף שהתליה באונס הוא ענין רחוק תלינן בו וחייב, משא"כ אם מתה וכסע' ט'.

כתב הש"ך (יד) שבתשובת ר"ש כהן כתב דאפשר דבאונס דלא שכיח כלל לא אמרינן תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב, וכתב הש"ך דאינו נראה כלל.

כתב ה^{נתיבות} (יג) דלענין יוקרא וזולא חייב לשלם כשעת הוצאה מן העולם ולא כשעת הפשיעה.

כתב רע"א בשם הנ"י (דרכ"מ) דלא אמרינן תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב אלא בפשיעה גמורה אבל לא בשינוי כל דהו.

סעיף ז

ע"פ עובדא שם דאתא לקמיה דרבא וא"ל כל לא ידענא פשיעותא היא וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "המפקיד אצל חבירו בין כלים בין מעות, ואמר תן לי פקדוני, ואמר לו השומר איני יודע אנה הנחתי פקדון זה, או באיזה מקום קברתי הכספים המתן לי עד שאבקש ואמצא ואחזיר לך, הרי זה פושע וחייב לשלם מיד (וא"צ להמתין עד שיבקש, ש"ך)".

כתב ה^{נתיבות} (יד) דלפמש"כ המחבר הטעם דהוי פשיעה, א"כ אם היה בבעלים פטור דפשיעה בבעלים פטור, אמנם נראה דפשיעה זו מטעם מזיק היא ואפילו בבעלים חייב, ודמי להא דמבואר בסימן ש' גבי מי שהפקידו אצלו בשתי כריכות זה מאתים וזה מנה, דחייב ג"כ דהוי פושע, וחייב אפילו בבעלים, וכתב ראייה לזה, דאלת"ה כשטוען איני יודע אם החזרתי בפקדון, ליפטר כשהיה הפקדון בבעלים, דהא ע"כ טוען שאינו יודע אם החזיר אם לא החזיר והוא בביתו ואינו יודע היכן הוא, ואם נאמר דכשטוען שאינו יודע היכן הוא אינו חייב רק משום פושע, הא פשיעה בבעלים פטור, אלא ודאי דפשיעה זו מטעם מזיק היא דאפילו בבעלים חייב, והטעם דאפילו מי שאינו שומר כלל חייב בכה"ג, כגון אם ילך ראובן לבית שמעון ויקח מעות של שמעון ויקברם בקרקע, ואף שיכוין לטובת שמעון כדי שלא יגנב שלא נעשה עליו גזלן, וישכח באיזה מקום קברו, דודאי חייב ראובן לשלם, דכיון שעשה מעשה בחפץ חבירו וע"י מעשיו ניזק חפץ חבירו, מזיק גמור הוא, וה"ל השומר הזה שלקח החפץ ממקום המגולה והטמינו במקום שאי אפשר להמצא וניזק ע"י מעשיו, חייב לשלם.

כתב בתה"ד (דרכ"מ) דשומר שאינו יודע אם נגנב בפשיעה או שלא בפשיעה מתוך שאינו יכול לישבע שלא פשע משלם, ואע"ג דמסתבר טפי לתלות שנגנב שלא בפשיעה לא תלינן במסתבר וחייב, וכתב הסמ"ע (יב) דצ"ל דוקא בזה כיון שמודה שנגנב, משא"כ ברמ"א רצח/ב בשם הרשב"א דנשבע שאינו יודע שנגנב ופטור, משום דאינו יודע שנגנב דיכול להיות שאינו נגנב הימנו כלום, והובאו גם בש"ך (טו).

סעיף ח

ע"פ ב"מ צג: פסק בשו"ע "באו עליו גנבים וגנבו הפקדון ואילו צוח היו באים בני אדם להציל, חייב, דכיון שלא צוח פושע, ואפילו אם באו אנשים (סמ"ע): ר"ל בשונה מגנבים שהם באים בהחבאה וגונבים

והולכים לדרכם שאילו היו צועק היו משיגין אותם, אף באנס שבא ביד חזקה בחרב וחיצים וצריך מתחילה להיות בני אדם בעזרו נגדן שלא יקחוהו האנסים -) צריך לצעוק ולבקש אנשים שיעזרוהו לעמוד כנגדם, ואם היה אפשר לו לעשות כן ולא עשה, חייב, ודווקא בחנם, אבל אם לא היה מוצא מי שיבא לעזרו אלא בשכר, פטור (אבל ש"ש חייב, סמ"ע)."

עמ"ש"כ המחבר בסיפא שבשכר פטור כתב **רע"א** בשם מהריק"ש (דרכ"מ) דאם הציל בשכר נשבע ונוטל מה שהוציא, ומהריב"ל כתב דאפילו שכר עצמו נוטל.

סעיף ט

ע"פ **ב"מ לו:** וכרבא פסק **בשו"ע** "פשע השומר ולא שמר הבהמה כראוי ויצאה לאגם ומתה שם כדרכה פטור, אעפ"י שתחלתו בפשיעה לענין זאבים וגנבים ואם טרפה זאב או נגנבה משם היה חייב, עכשיו שמתה כדרכה פטור שלא גרמה לה יציאתה (מלאך המות מה לי הכא מה לי התם ואין שום טעם לתלות המיתה בפשיעה דיציאה משא"כ לעיל סעי' ו, סמ"ע ע"פ הגמ'), אבל אם גנבה גנב מהאגם ומתה כדרכה בבית הגנב, הרי השומר חייב אע"פ שהוא שומר חנם, שאפילו לא מתה הרי היא אבודה ביד הגנב, ויציאתה גרמה לה להיגנב (דכיון דמיד שגנבה גנב מהאגם נתחייב השומר מחמת פשיעה דהניחה לצאת להאגם, וכיון דמתחייב, שוב אין פוטרין אותו כשמתה בבית הגנב), וכן כל כיוצא בזה".

סעיפים י – יא

ע"פ **משנה ב"מ צג:** וגמ' פסק **בשו"ע** כלשון **הרמב"ם** "העלה הבהמה לראש ההר (אפילו העלה לרעות כל שאינו מרעה בהר יותר טוב מבמקום אחר, סמ"ע) ונפלה ומתה, הרי זו פשיעה, מתה שם כדרכה, פטור. (יא) עלתה מאליה, אפילו לא עלתה בעל כרחו (דלא כר"י ודלקמן), אין זו פשיעה, אלא דומה לגניבה, ופטור שומר חנם".

דעת **הרי"ף** דבעלתה מאליה מיירי בתקפתו ועלתה תקפתו ונפלה וכתב **הרא"ש** דטעמו משום דמסקינן הכי בב"מ ל"ו, והקשה עליו **הראב"ד** דהא דמסקינן הכי היינו אליבא דאביי דאמר גבי פשע בה ויצאה לאגם אוירא דאגמא קטלה ופריך ליה מסיפא דמתניתין ואליביה מסיק שתקפתו ועלתה וכו', אבל רבא מוקי מתניתין כפשטה דעלתה מאליה ונפלה פטור אע"פ שלא תקפתו דלא אמרינן איבעי ליה למתקפה וכי יאחזנה בזנבה וילך, ותירץ **הרמב"ן** דאביי ורבא מיירי אליבא דרבה ולרבה ודאי אם עלתה מאליה ונפלה פטור ורבה לטעמיה דאמר בשמעתין מאי הוה ליה למעבד הא נטרה כדנטרי אינשי, אבל אנן דקיי"ל כרב פפא דאית ליה בסוגיין לעבורי חדא חדא הכי נמי להכי יהיב ליה אגרא דאיבעי ליה לתוקפה שלא תעלה להכי צריך לאוקמי תקפתו ועלתה תקפתו וירדה, וכתב **ה"ה** דהא דקיי"ל כרב פפא דאמר איבעי ליה לעבורי חדא חדא בש"ש הוא וכדקאמר להכי יהיב לך אגרא אבל בש"ח מודה רב פפא דפטור ואם כן הא דכתב **הרי"ף** והוא שתקפתו וכו' בש"ש הוא אבל בש"ח אפילו לא תקפתו נמי הוי אונס.

סעיף יב

[מה הדין בשומר חנם שהניח בהמה ונכנס לעיר בשעה שאין דרך בני אדם להיכנס?]

ע"פ **צג:** וכדעת **הרי"ף** ו**הרמב"ם** "שומר חנם שהניח הבהמה ונכנס לעיר ובא ארי ודרסה, זאב וטרפה, אם נכנס בשעה שדרך בני אדם ליכנס, פטור, אפילו אם היה יכול להציל אם היה שם, ואם נכנס בשעה שאין דרך בני אדם ליכנס, רואים אילו היה יכול להציל אם היה שם חייב, ואם לאו פטור (דהאונס לא בא לבסוף מחמת הפשיעה דאף אם היה שם לא היה בידו להצילו מהארי, והא דמשמע מהברייתא בדף צ"ג דהיכא דתחלתו בפשיעה אפילו איתניס שלא מחמת פשיעה חייב ההוא מימרא דאביי ורבה הוא ולא עדיף מהאי מימרא בדף ל"ו ביצאה לאגם ומתה כדרכה דסובר רבא פטור, והאי מתניתא דרועה כפשטה סבירא לן דאומדין אותו אם היה יכול להציל חייב ואם לאו פטור ודקא מוקים לה אביי דעל בעידנא דעיילי אינשי וקא מוקים לה רבה דשמע קול ארי לא סמכינן אשינווי אלא בין על בעידנא דעיילי אינשי בין בעידנא דלא עיילי אינשי אי הוה יכול להציל אפילו על ידי רועים ומקלות חייב ואם לאו פטור, **ר"י**) (ושומר שכר חייב בכל ענין, **ש"ך**)" – ודלא כ**רא"ש** בשם **הראב"ד** וכ"ד **הטור** דחייב ולא דמי לפשע בה ויצאה לאגם ומתה שאין מקום לינצל ממלאך המות אבל הכא כיון דעל בעידנא דלא עיילי אינשי ואתא ארי הוי אונס מחמת פשיעה וחייב אע"פ שאין יכול להציל דדילמא אי הוה התם הוה

מקיים ביה גם את הארי גם הדוב הכה עבדך' כדאמרין בדף ק"ו ואפשר דאף מפני אדם חלש בורחין כדכתיב 'ומוראכם וחתכם'. כתב הש"ך (יח) דאף שפסקו הנ"י והמחבר כר"ף והרמב"ם, המע"מ והב"ח הסכימו לטור וכן נראה מהרמ"א לקמן סימן שג"י וצ"ע למה סתם כאן ואפשר דס"ל לחלק בין ש"ח לש"ש אבל באמת אין לחלק בזה, ומש"כ שם "ויע"ל סימן רצ"א סי"ב" ר"ל דיי"א פליגי נמי הכא, ויש לפסוק הכא המע"ה.

סעיף יג

כלשון הרמב"ם ע"פ ב"מ מב. פסק בשו"ע "כיצד דרך השומרים, הכל לפי הפקדון, יש פקדון שדרך שמירתו להניחו בבית שער כגון הקורות והאבנים (אע"ג דהכל נכנסין ויוצאין דרך שם מ"מ משום כבידתן אינן נגנבין בקלות ומדרך בני"א להניחן במקום שרבים מצויים, סמ"ע), ויש פקדון שדרך שמירתו להניחו בחצר כגון חבילות פשתן הגדולות וכיוצא בהן, ויש פקדון שדרך שמירתו להניחו בבית כגון שמלה וטלית, ויש פקדון שדרך שמירתו להניחו בתיבה או בארגז ונועל עליו כגון בגדי משי וכלי כסף וכלי זהב וכיוצא בהם } י"א (מרדכי) דסתם תיבות חתורות אצל עכברים וצריך להשים בגדים וכד' על נס ולא להניח בתיבות (כשיש בהם מאכל, ואם יש שם בסמוך מים בענין שיכולים העכברים לשתות פטור לפי שאין דרך עכברים לקלקל בגדים רק מחמת צמאון, ש"ך) והכל הוא לפי הענין (של"ג) }".

ביאר הסמ"ע (כב) דמש"כ המחבר 'כלי כסף וכלי זהב' ר"ל בגדים הנעשים מחוטי כסף או זהב דומיא דכלי משי דנקט, דאילו כלי כסף וזהב ממש לא גרע מכספים דסעי' ט"ו דאין להם שמירה אלא בקרקע ואין לומר דאיירי בכלי כסף וכלי זהב כשמלאכתן דק מתקלקלין ונשברין בקרקע.

סעיף יד

ע"פ מב: דתחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב כתב הרמב"ם וכ"פ בשו"ע "השומר שהניח הפקדון במקום שאינו ראוי לו, ונגנב משם או אבד, אפילו נאנס שם, כגון שנפלה דליקה ושרף כל הבית, הרי זה פושע, וחייב לשלם. (ע"פ ירו' -) ואף על פי שהניח הפקדון עם שלו, אם ראוי לשמירה, פטור, ואם אין המקום ראוי לשמירה, חייב, בשלו הוא רשאי, ואינו רשאי בשל אחרים".

גם כאן העיר הסמ"ע (כג) דאינו חייב על תחילתו בפשיעה וסופו באונס אא"כ נוכל למצוא מקום לתלות בו ולומר טעם דאילו לא פשע בתחילה לא היה אירע בו האונס.

סעיף טו

ב"מ מב. (רש"י) "אמר שמואל כספים אין להם שמירה אלא בקרקע.. והאידינא דשכיחי גשושאי (מגששין בקרקע בשפודין) אין להן שמירה אלא בשמי קורה, והאידינא דשכיחי פרומאי (שוברי התקרה) אין להם שמירה אלא ביני אורבי אמר רבא ומודה שמואל בכותל אי נמי בין הקרנות, והאידינא דשכיחי טפוחאי (מטפחים בכותל) אין להן שמירה אלא בטפח הסמוך לקרקע או בטפח הסמוך לשמי קורה".

כתב הרמב"ם "הכספים והדינרין אין להם שמירה אלא בקרקע ויתן עליהם טפח עפר או יטמנם בכותל בטפח הסמוך לקורה, אבל לא באמצע הכותל שמא יחפרו הגנבים שם ויגנבו".

הב"י תמה על הרמב"ם שכשם שחשש לטפוחאי ומשום הכי כתב 'אבל לא באמצע הכותל' למה לא חשש לגשושאי דבהמשך הגמ' ולא הוה ליה לסתום ולכתוב שכספים אין להם שמירה אלא בקרקע (וראה לקמן בש"ך), וז"ל בשו"ע "הכספים (גר"א: ברמב"ם ע"פ הגאונים דהוא הדין לכל דבר שמשאו קל ואין הקרקע מאבדת אותו מהרה -) והדינרים (כספים ר"ל מטבע של כספים ודינרין ר"ל דינר של זהב, סמ"ע) ולשוניות של זהב ושל כסף (ר"ל חתיכות ארוכות ורחבות כסף או זהב שעשוין כמין לשון, סמ"ע) ואבנים טובות, אין להם שמירה אלא בקרקע ויתן עליהם טפח עפר, או יטמנם בכותל בטפח התחתון הסמוך לקרקע (באה"ג: אפשר שנפלה בבא זו בדפוס הרמב"ם) או בטפח הסמוך לקורה, אפילו לא יתנם באמצע עובי הכותל, רק שיכנס טפח בתוכו, אבל לא באמצע הכותל, שמא יחפרו הגנבים ויגנבו. אפילו נעל עליהם כראוי בתיבה, או החביא אותם במקום שאין אדם מכירו ולא מרגיש בו, הרי זה פושע וחייב לשלם". ביאר הסמ"ע (כה) דמש"כ 'או יטמנם בכותל' ר"ל במקום דשכיחי רמאין הבקיאים לחפש ולבדוק בקרקע אזי לא יניחם בקרקע אלא בכותל בטפח כו', אבל לא באמצע גובה הכותל בזמן

דאיכא גנבים ורמאים המחפשים תחת הקרקע ובאמצע גובה הכותל יותר מטפת, אבל אם אין שכיחים הני רמאין, טוב יותר להטמינם בקרקע, משו"ה כתב לשון 'או בטפח', ועוד ביאר (כו) דמש"כ 'אפילו לא יתנם באמצע עובי הכותל ר"ל לא הטריחוהו בכך, אבל אם הניחם תחת הקרקע או בעובי הכותל יותר מטפת עדיף טפי, ודלא כלבוש שכתב דלא יקברם עמוק בקרקע משום שיש רמאין שמגששין בקרקע ומכירין אם יש חלל תחתיו ולכך לא יתן עליהן אלא עובי טפח עפר, דמקושיית הגמ' ממפולת על חמץ מוכח דלא כוותיה דבטפי מטפת עדיף טפי וכן מוכח מדברי הרי"ף והרא"ש.

כתב הש"ך (כא) דהב"ח הקשה עוד על הרמב"ם דלמה השמיט פרומאי שבגמ' ויישב בדוחק, וכתב הש"ך דס"ל דה"פ האידינא דשכיח טפוחאי ולא גשושאי ולא פרומאי ולכך לא הביאו רק טפוחאי, והגר"א כתב דלא גורסים 'האידינא' עד 'אמר רבא'.

סעיף טז

שם על מימרא דשמואל "אמר רבא ומודי שמואל בערב שבת בין השמשות (סמוך לערב ולא ביה"ש ממש, רא"ש, והמרדכי כתב אפילו מחצי היום, ואילך והש"ך סק"ב הביא דעת המרדכי) דלא אטרחוהו רבנן, ואי שהא למוצאי שבת שיעור למקברינהו ולא קברינהו מחייב, ואי צורבא מרבנן הוא סבר דלמא מיבעי ליה זוזי לאבדלתא".

פירש רש"י דאי צורבא מרבנן, המפקיד, שהוא חרד על מצות הבדלה על הכוס אמר השומר דילמא מיבעי ליה זוזא לאבדלתא להכי לא קברינהו ופטור, וכתב הרא"ש דפטור עד אור הבוקר (דכוליה לילה סבר שמא נתעסק באיזה ענין והשתא אתי למשקל זוזא לאבדלתא, ב"י). כתב הב"י דיש להקשות דאפילו לא הוה לא מפקיד ולא נפקד צורבא מרבנן אמאי מחייבים לנפקד אי לא קברינהו קודם הבדלה ולרא"ש שפירש דבמפקיד צורבא מרבנן זימניה עד אור הבקר ניחא.

וז"ל השו"ע כרש"י וכגירסה העיקרית ברמב"ם "המפקיד אצל חבירו כספים ערב שבת סמוך לבין השמשות, אינו חייב לטרוח ולקבור אותם עד מוצאי שבת, ואם נתאחר למוצאי שבת כדי לקברם, ולא קברם, ונגנבו או נאנסו חייב, ואם תלמיד חכם הוא המפקיד, אינו חייב עד שישא אחר שיבדיל כדי לקברן (וראב"ד) דה"ה אם הנפקד ת"ח (ב"י): כן הוא בגירסא אחרת ברמב"ם דס"ל דאין דרך צורבא מרבנן להתעסק במידי קודם הבדלה הילכך כיון שהבדיל הנפקד ולא אתא המפקיד תו ודאי לא מיבעי ליה זוזא לאבדלתא דאם איתא דמיבעי ליה לא היה מאחר כולי האי מלמיתג) {".

כתב הסמ"ע (כו) דטעם רש"י וסיעתו דשאר בני אדם סומכין אהבדלה ששומעין בבהכ"נ מהחזן משא"כ ת"ח, ועוד כתב דגרסתנו מסתדרת גם לראב"ד וס"ל דכיון דהוא ת"ח ויודע גודל המצוה דהמבדיל על היין סובר שגם המפקיד ודאי יבדיל על היין וישלח אחר מעות שהפקיד בידו לצורך הבדלה, אכן ברי"ף והרמב"ם ליתא האי טעמא ומשמע דלא גרסי ליה, ובאמת הוא דוחק, דכיון דנתן המעות ביד זה בתורת פקדון שדינו להטמינו בקרקע, וכן הוא סתם פקדון, איך ס"ד שיקח מהן מעות להבדלה.

כתב רע"א דאם מצא אחר שבת שנגנב ואינו יודע אם נגנב קודם מוצאי שבת ופטור או שנגנב אחר מוצ"ש שהיה שהות לקברם, י"ל דחייב לשלם, וכתב בשם תשובת מהר"ם מרוטנבורג דאם ראובן נתן חפץ להוליכו למקום פלוני למסרו שם לאחר, ואח"ז אמר שמעון ששכח בזה ונאבד ממנו ואינו אימת נאבד וטוען שמא נאבד ואשלם כפי שויו באותו מקום דפסק שם דצריך לשלם כפי שויו במקום פלוני.

סעיף יז

ע"פ הטור פסק בשו"ע "התנה הנפקד על מנת שלא אטמנם בקרקע, וכן כל דבר ודבר שיניחנו עם שלו, הכל לפי תנאו", וביאר הגר"א דמקורו במשנה ב"מ צ"ד דמתנה שומר חנם להיות פטור משבועה וכרבי יהודה דבממון מתנה על מה שכתוב בתורה.

סעיף יח

כתבו הרא"ע ע"פ הירוש' והר"י ברצלוני וכ"פ השו"ע "במה דברים אמורים שכספים אין להם שמירה אלא בקרקע, בשעה שגנבים מצויים ואנשים רמאים, שמחפשים אחריהם, אבל במקום דליכא כל הני, א"צ לכסותם בקרקע, אלא מניחם במקום שמניח מעותיו {ובמקום המשתמר כפי דרך המקום וכפי

הזמן שהוא מפקיד (מרדכי) " , וביאר הרמב"ן דהיינו דאמרין "האידינא" וכו' אלמא הכל לפי הזמן והכל לפי המקום ודברי שמואל אינם גזירה אלא דברי טעם שכך דרך שמירתן באותו הזמן ובאותו המקום וכ"כ עוד רא', וכתב הב"י דאף דמדברי הרמב"ם לא משמע הכי שכתב סתם להא דאמר שמואל כספים אין להם שמירה אלא בקרקע ולא חילק, אעפ"כ גם לדבריו אין כספים צריכין שמירה בקרקע שהרי הדבר ידוע שאין דרך בני"א עכשיו לשמור כספים בקרקע וכל המפקיד על דעת שישמור כדרך שבני אדם רגילין לשמור באותו זמן הוא מפקיד, וכ"כ המרדכי בשם ר"ת (סמ"ע סק"ד ובא"ה הכא) דהא דכספים אין להם שמירה אלא בקרקע דוקא לדידהו שהיו להם בתים רעועים בשדות אבל לדין האידינא אין צריכים שמירה בקרקע.

כתב בשו"ת שיבת ציון (פת"ש ה) דאם נתן ניירות חשובים שקיבל לשמירה בכרך נייר בעלמא והניח בכיסו הוי פשיעה, כי אדם עשוי למשמש בכיסו בכל שעה, ומחמת דקותן ומעט הכמות המה קלים ויכולים הניירות להשמט וליפול ארצה בלי הרגשה, ואין זו שמירה מעולה המוטלת על השומרים.

כתב בפת"ש (ו) שדעת השואל בזכרון יוסף גבי שמירת נדוניא בארגז סגור ונגנב בידי אנשי מלחמה דחייב מכמה טעמים, דהוי תחילתו בפשיעה וסופו באונס שהיה לו להניח בתיבת ברזל שלו להצניע אצל מעותיו, ובפרט שכמה פעמים נתן הוא או אשתו רשות למשרתת או אחד משאר בני הבית לפתוח הארגז, ועוד דנתפרסם ביאת השונאים אף אם לא יתברר שהנפקד עצמו ידע מזה מ"מ מסתמא חברא חברא אית ליה, והזכרון יוסף השיב על רוב טענותיו דדמי למי שהטמין כד מלא זהובים תחת המטה בב"י, ועוד דהמפקיד על דעת המנהג בזמנו הוא מפקיד והמנהג בזמנינו להניח אפילו פקדון מעות צרורים בתיבה מסוגרת וכיוצא, והא דלא הניחו בתיבת ברזל שלו אפשר שכבר היתה מלאה על כל גדותיה או מפני שאינו פותחה רק לעתים רחוקות ופקדון היה צריך להחזיר לפי דעתם תיכף אחר לי יום, ואין סברא לומר דלא הוי שמירה מעולה בארגז הזה משום דדרכו להפתח ולהוציא מתוכו דבר בכל עת, שהרי מבואר במהרי"ק ושו"ע סעי' י"ט דאם הפקיד מעות שאינם צרורים שמותר להשתמש בהם אינו צריך לקברם בקרקע אפילו לדינא דש"ס משום שצריך להוציא ממנו מעות בכל שעה, וגם מש"כ גבי המשרתת ליתא דכיון שלא מסר שמירת הארגז והמפתח רק לאשתו ולבני ביתו הדרינן לכללא דכל המפקיד על דעת אשתו ובניו וב"ב הוא מפקיד, רק דלפי"ז היו צריכין גם אשתו ובניו לישבע שבועת שומרין ושלא הניחו לפותחו ע"י אחד מב"ב הקטנים, אולם לדינא הסכים לחייב מטעם האחרון לבד מפני שכבר נתפרסם שם שאנשי חיל המלחמה ממשמשים ובאים וידוע לנו שיש בהם שוללים וחומסים גשואי טפוחאי, א"כ הדרינן לדינא דש"ס דכספים אין להם שמירה אלא בקרקע.

סעיף יט

ע"פ המהרי"ק פסק בשו"ע "אפילו בשעה שגנבים מצויים, לא אמרו כספים אין להם שמירה אלא בקרקע, אלא במפקיד סתם אצל חבירו לשמרם, אבל מפקיד מעות אצל חבירו כדי להתעסק בהם ויריות, פשיטא דהוי כמו אמר לו בפירוש שאינו מצריכו לקברן בקרקע".

סעיף כ

משנה ב"מ מב. "המפקיד מעות אצל חברו צררן והפשילן לאחוריו.. חייב שלא שימר כדרך השומרים ואם שימר כדרך השומרים פטור", ובגמ' "בשלמא כולהו שלא שימר כדרך השומרים אלא צררן והפשילן לאחוריו מאי הוה ליה למיעבד אמר רבא אמר רבי יצחק אמר קרא וצרת הכסף בידך אף על פי שצרורין יהיו בידך ואמר רבי יצחק לעולם יהא כספו של אדם מצוי בידו שנאמר וצרת הכסף בידך".

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "המפקיד כספים אצל חבירו בדרך להוליכם לביתו או ששלח עמו מעות ממקום למקום (סמ"ע: דאלי"כ הא קי"ל דאין שמירה לכספים אלא בקרקע, מיהו מצינו בלא זה נמי, כגון שהפקיד בידו מעות של עסק שצריך וכסע' י"ט), צריכים שיהיו צרורים ומונחים בידו או (וה"ה כנגד עיניו דזיל בתר טעמא, סמ"ע) קשורים כראוי על בטנו מכנגד פניו, עד שיגיע לביתו ויקברם כראוי, ואם לא קשרם בדרך הזאת, אפילו נאנס, חייב לשלם שהרי תחלתו בפשיעה".

כתב הש"ך (כו) דמשמע מטוש"ע דאף לדברי ר"י ברצלוני מ"מ כאן אין לכספים שמירה עד שיהיו מונחים בידו ובתשובת רש"ם כתב דגם בזה אם הניח במקום שמניח מעותיו פטור, וכך "נראה קצת" מדברי הסמ"ע בסעי' הבא.

כתב הפת"ש (ז) בשם מהרי"ט דבזכותא דשכיחי אנשי החיל ששומטים מיד בני אדם פשיעה היא להוליך בידו כסף או זהב, כי אם עבר ורמס וטרף ואין מציל, וזה הוא דרכן של בני אדם בעלי דעה לצרור ולהניח בחיקו, ולתוספת שמירה שלא יפול מחיקו קושר ראש הסדין באזורו, נמצא שמור מגניבה ושמור מאבידה.

כתב הפת"ש דאם הניחו בכיס התפור בבתי שוקיים היה זה במעמד השותפים א"כ י"ל דבכה"ג הרי ראו ונתרצו על שמירה פחותה כזו וסברא זו כתב מהרש"ך דאפילו למ"ד דמלוה על המשכון ש"ש הוי וחייב בגניבה ואבידה אם הראה המלוה ללוה מקום השמירה ונתרצה ה"ל כאילו התנה בפירוש שנפטר בשמירה זו 'ונתרצה' לאו שאמר מרוצה אני בזה דאי הכי מאי למימרא אלא ששתק [וצ"ל דהא דפטר בתשובת חת"ס היה זה שלא במעמד השותפים ומה שהיה בפני בן השותף השני אינו מועיל, עיי"ש].

סעיף כא

אדם שהשאיל או הפקיד או הלוח או מסר משכון לחבירו והלה החזיר את הפריטים הנ"ל לאשת המפקיד או המשאיל או המלוה האם נפטר מחיובו?

מה הדין במלוה שקיבל משכון על הלוואה והחזיר את המשכון לאשתו של לוח ונגנב המשכון קודם שהגיע לידי הלוח, האם חייב המלוה?

משנה ב"מ מב. "המפקיד מעות אצל חברו.. שמסרם לבנו ולבתו הקטנים ונעל בפניהם שלא כראוי חייב שלא שימר כדרך השומרים", ובגמ' אמר רבא "כל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד".

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "כל המפקיד אצל בעל הבית בין כלים בין מעות, על דעת אשתו ובניו ובני ביתו {הגדולים (רמב"ם)} הוא מפקיד (דאדם יודע דאין הנפקד יכול להיות תמיד בביתו לשמור פקדונו, סמ"ע) {וכן אם הנפקד החזיר הפקדון לאשת המפקיד פטור (מרדכי, ויש חולקים, ש"ך), וע"ל סימן ש"מ סעיף ח' (ששם כתב דאם החזיר השואל לאשת המשאיל דיש אומרים דחייב והטעם כתב בדרכ"מ לחלק בשואל דכל הנאתו שלו לשאר שומרים, סמ"ע)} אבל אם מסר לבניו ובני ביתו הקטנים (רמב"ם - או לעבדיו (כנעניים, דסתם גזלנין הן, ואין המפקיד מפקיד על דעתם, סמ"ע) בין גדולים בין קטנים, (ע"פ גמ' דסעיף כג דמסרה לאמו -) או לאחד מקרוביו שאינם שרויים עמו בבית ואין סומכין על שלחנו ואין צריך לומר אם מסרם לאחר, הרי זה פושע וחייב לשלם, אלא אם כן הביא השומר השני ראיה שלא פשע (דאם פשע בה מתחילה אף שיש עדים שנאנסה בסוף היה חייב וכנ"ל סעי' ו', סמ"ע) (קאי אסוף דבריו במסרם לבן דעת, אבל ברישא שמסרו לחש"ו חייב אפילו נאנסו לבסוף, כשהאונס בא מחמת הפשיעה, דאין לך פשיעה גדולה מזו שמסרם לחש"ו, נתיבות) {וכן אם הניח אחרים ליכנס במקום שהפקדון מונח אע"פ שאינן בחזקת גנבים אם נגנב חייב לשלם דהוי פשיעה (תה"ד, אפילו טוען שמא נגנב קודם שהניח לאחרים ליכנס חייב, נתיבות)}".

כתב הש"ך (כז) שבתשובת ר"י לבית לוי תמה על המוהרש"ך שכתב בפשיטות דכל המפקיד על דעת וכו' היינו דוקא בש"ח, שהרי כתב הב"י בשם ר"י שתמהו רוב הפוסקים על הרמב"ם לקמן סעי' כ"ו, דאחר שרגילים הבעלים להפקיד אפילו ממעט בשמירתו פטור, והקצות (ו) כתב שבבד"ה בשם הריטב"א מבואר כמוהרש"ך, אך תימה דהריטב"א לא כתבו אלא לפי ס"ד בב"מ ל"ו דשומר שכר שמסר לשומר חנם חייב משום דגרע לשמירתו, וא"כ ממילא נשמע דלדידן דק"ל דשומר שכר שמסר לשומר חנם פטור באונסין ומשום דמסר לבן דעת א"כ בהאי דכל המפקיד על דעת אשתו ובניו אפילו בשומר שכר מיירי, אמנם כתב דלפמשי"כ בסק"י"ב דעיקר כרמב"ם בש"ש שמסר לש"ח דאם אינו ידוע בעדים שנאנס מחויב ש"ש לשלם, וא"כ ה"נ במפקיד על דעת אשתו ובניו כיון דאשתו ובניו שומר חנם מצי אמר לדידך האמנתי ולא מצי להשבע אשתו ובני ביתו מהאי טעמא בש"ש שמסר לש"ח [אך סיים דהנידון דמוהרש"ך שמסר השומר למשרתו שהוא ג"כ בשכר וא"כ לכ"ע פטור], והובא בקיצור בפת"ש (ט).

כתב הקצות (ז) דמבואר בירו' דבר נש דיהב לחבריה פליטורין בשוקא ומסרן לבנו ובתו הקטנים ונגנבו או שאבדו פטור מלשלם שאני אומר לא עלתה על דעתו לטעון פליטורין בשוקא, וכתב הריטב"א דדוקא בש"ח אבל בש"ש חייב דלהכי יהביה ליה אגרא דליטעון בשוקא או דלינטרינהו שפיר.

כתב **הסמ"ע** (לא) בשם **מהרי"ק** (בדרכ"מ) בראובן ששכר את שמעון לילך אחר סחורה, ונתן מעותיו לשמעון והניח אותן המעות אצל מעותיו, ובדרך שכב בחדר ונגנב ממנו, דהשליח חייב לשלם דהוה פשיעה שהניח הכיס בחדר, דה"ל להניחו תחת מראשותיו או לקשרו תחת זרועותיו כו', וכתב **הסמ"ע** דדוקא בזה שנגנב בשעת השינה בלילה הדין כן אבל אם נאבדו המעות בדרך הולכה פטור. כתב **הפת"ש** (ט) דהדרכ"מ והסמ"ע **קיצרו בהעתקת המהרי"ק** ושם מבואר דלא מיבעיא לדברי ר"י בב"ק נ"ז והוא הי"א שבשו"ע שגב דש"ש חייב אפילו בגניבת כספים מן הקרקע פשיטא דכ"ש הכא דש"ש חייב, אלא אפילו לדברי האומר דש"ש פטור מגניבת כספים בקרקע (המרדכי) פשיטא דהיינו דוקא היכא שנתנו בקרקע דאין לך שמירה מעולה מזו והרי אונס גמור דמאי ה"ל למיעבד אבל הכא פשיטא דלא חשיב אונס גמור שהרי היה בידו להשמר מזה והיה לו להניח כיסו תחת מראשותיו או קשורה לו בזרועו או להצניע במקום המוצנע שלא ימצאנו הגנב ו'אפילו היה ש"ח קרוב אני לומר שהיה חייב לשלם בכה"ג דחשיב פשיעה' כ"ש וכ"ש דש"ש חייב, וכתב **הפת"ש** דמשמע מדבריו דמה שהיה פטור בש"ש אילו הניחו תחת מראשותיו זהו דוקא לדעת החולק על ר"י אבל לדעת ר"י אפילו הניחו תחת מראשותיו היה חייב ש"ש ולא עדיף מאילו טמנו בקרקע בעומק, ועוד נראה דאפילו לדעת המרדכי לא היה פטור בהניח תחת מראשותיו אלא דוקא בנידון השאלה שם ששכב בחדר עם אנשים מכובדים, אבל אם לא היו מכובדים היה חייב משום דהוי תחילתו בפשיעה לגבי אנשים שלנו עמו וצ"ע, ובספר **גליא מסכתא** העיר על דברי הדרכ"מ והסמ"ע דלאיזה צורך הביאו המהרי"ק אחרי שהם לא הזכירו כלל בסימן ש"ג דעת החולקים על ר"י, אי"כ הכא פשיטא דחייב בכל ענין וכתב דצ"ל שהביאו להורות דאף ש"ח יש לחייבו משום דהוי פשיעה.

סעיף כב

ע"פ **הג' אשר"י** (והוכיח **הב"י** שכן יסכים **הרמב"ם**) פסק בשו"ע "מי שהוא ידוע בודאי שאינו רגיל לשמור הפקדון אלא למסרו ביד אחר שאינו שרוי בביתו ואינו סומך על שלחנו, דינו כמוסר לבני ביתו", והביא ראיה מב"ק נ"ו מסרה לרועה לברזיליה דאורחיה דרועה למימסר לברזיליה.

כתב **הש"ך** (לב) ע"פ המרדכי ועוד דאם פשע האחרון ואין לו לשלם פטור הנפקד אפילו לסברא הראשונה דסעי' כ"ד בהגה.

סעיף כג

שומר שמסר לאמו את הפקדון, ונגנב ממנה האם חייב לשלם?

ע"פ עובדא דיהבינהו לאימיה **ב"מ מב**. פסק בשו"ע "מעשה באחד שהפקיד מעות אצל חבירו, ונתנם השומר לאמו והחביאה אותם, ולא טמנה אותם ונגנבו, ואמרו חכמים אין השומר חייב לשלם מפני שנתנם לאמו, שכל המפקיד על דעת בניו ובני ביתו הוא מפקיד, ואע"פ שלא אמר לה פקדון הם, יש לו לטעון כל שכן שהיתה נזהרת בהם אם היתה סבורה שהם שלו (והא דלא טמנתם בקרקע, משום דסברה דשל בנה הן והוא יעסוק בהן ולא ניחא ליה בהטמנתן בקרקע, סמ"ע), וכן אין אמו חייבת לשלם, שהרי לא אמר לה שהם פקדון, ואמרו חכמים ישבע השומר שאותם המעות עצמם הם שנתן לאמו, ותשבע אמו שהחביאה אותם ונגנבו, ויפטרו שניהם, וכן כל כיוצ"ב {נ"י - } ודוקא במעות וכיוצ"ב בדבר שאינו מסוים צריכין שניהם לישבע, אבל אם הוא חפץ מסוים, נשבע השני ולא הראשון (דבדבר שאינו מסוים לא יכולה לישבע שאותן מעות עצמן שהפקיד ביד בנה נתן בנה בידו ונגנבו, משו"ה הוצרך בנה הנפקד לישבע ע"ז, אבל בדבר מסוים אין צריך הבן להשבע אלא האם נשבעת על הכל, סמ"ע) ".

כתב **הש"ך** (לג) בשם הר"ן והב"ח **דדוקא ש"ח** אבל ש"ש חייב דה"ל לפרש שהוא פקדון (בנתיבות סק"י"ט תמה דלמה לו האי טעמא, דהא כיון דהוא שומר שכר ומסר לאמו שהיא שומר חנם ונגנב לבסוף, ודאי דחייב כמבואר לקמן סעיף כ"ו, עיי"ש).

עוד כתב **הש"ך** (לד) דאם הבן אומר שאמר לה שהוא פקדון צריכה לישבע היסת נגד הבן אף שהוא קרוב כדלעיל סימן עה/כג בהגה, ולא מסתבר לומר דהבן חשיב נוגע בעדות שהרי אף אם יאמר שלא אמר לה פטור, והא דפטורה משבועה היינו כשיש עדים שנאנסה או שמאמינה דאל"כ פשיטא דיכול להשביע ע"ז ע"י גלגול שהחביאה (ועיין בנתיבות כ').

הקצות (ח) כתב דהריטב"א חלוק עם דין הרמ"א בשם הנ"י והר"ן, וכתב דכן נראה דאע"ג דאשתו של שומר נמי מהימנא היינו בידוע שנתן לה אזי נכנסה היא תחתיו, וכן ברגיל דכל זמן שלא נשבע שמסר לאימיה לא מהימנא לישתבע עבורו כיון דאינה בע"ד שלו, והחולקים ס"ל דנשבע השני דזה שטען מסרתי למי שרגיל להפקיד או לבני ביתו דזה אינו משבועת השומרין אלא כמו טענת החזרתי למי שרצונך היה למוסרם לו, דכי היכי דהחזרתי לך אינו משבועת השומרין כן זה שאומר החזרתי למי שהרשות ליתנו בידו, ותליא במח' במפקיד על דעת אשתו ובניו אם נתחייב הנפקד בפשיעתן דלקמן.

סעיף כד

ע"פ פסק בשו"ע "מכאן אתה למד שהשומר שמסר הפקדון לאשתו ובני ביתו והודיעם שהוא פקדון, ולא שמרו כדרך השומרין, שהם חייבים לשלם לבעל הפקדון, ובעל הבית פטור, שכל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד" וכתב הרמ"א "ואם אין להם לשלם, י"א דבעל הבית חייב לשלם (רא"ש, דאלת"ה כל פקדון המופקד ביד אדם יאכלו אשתו ובניו ופטור, וכתב הש"ך ע"פ המרדכי דאם ידוע שאינו משמרו בעצמו רק מסרו לאשתו ובניו פטור), וי"א דפטור (רמב"ם, כיון דכל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד, ה"ל כמסר המפקיד עצמו בידם)".

כתב ה^{נתיבות} (כד) דאם שואל מסר לשואל אפילו למי שרגיל להשאיל, לכ"ע חייב לשלם באין לשני לשלם, ואם ש"ש מסר לש"ח, אם נגנב חייב הראשון, ואם פשע תליא במחלוקת הראי'.

סעיף כה

ע"פ עובדא דההוא דאפקידו גביה כריא דכשותא בב"מ מב: פסק בשו"ע "מעשה באחד שהפקיד כשות אצל אחר, והיה לשומר כשות אחרים, ואמר לשמשו מזה הכשות תשליך לתוך השכר, והלך השמש והשליך מכשות של פקדון, אמרו חכמים השמש פטור שהרי לא אמר מזה תשליך ומזה אל תשליך, ודימה שהוא מראה מקום ואינו מקפיד על זה, וכן בעל הבית פטור, שהרי אמר לו מזה השלך, ואינו משלם אלא דמי מה שנהנה בלבד, לפיכך אם נעשה השכר חומץ, פטור מלשלם, בין כך ובין כך חייב השומר בשבועה שכך אירע, וכן כל כיוצא בזה, ואם היה כשות הפקדון רחוק ממקום הטלת השכר, ושלו קרוב, ושהה השליח לבא, והיה שם בעל הבית ולא אמר ליה דבר חייב, לפי שכשראה אותו שוהה הוה ליה להעלות על דעתו קודם שישליכנו לתוך השכר שממקום רחוק הביאו (וכ"ש אם הוא קרוב והוא מיהר לבוא דהיה לו להרגיש שמהפקדון לקח וחייב, סמ"ע, והש"ך כתב דאינו מוכרח די"ל כשהוא קרוב וא"ל הטל מזה שהוא רחוק ה"ל כא"ל הטל מזה ולא מזה דאלי"כ למה הטריח להביא ממרחק) (ע"פ הר"ן -) ואם היה שומר שכר, יש מי שאומר שבין כך ובין כך חייב (דעליו לדקדק טפי, סמ"ע), שהוה ליה לפרש ולומר לא תשליך מזה".

כתב ה^{ב"י} בשם ה^{תוס'} דבגיטין ס"ה משמע שאם היו שני מינים אע"ג דלא אמר ליה מהאי לא תרמי הוי קפידא וגבי הבא לי מן החלון והביא מן הדלוסקמא (מעילה כא.) דשליח מעל אע"ג דמין אחד הוא התם מיירי שלא היו במקום אחד והכא מיירי שהיו בבית אחד, והש"ך (לט) כתב דקשה לחלק כן וגם דוחק לפ"ז לחלק בין שהה השליח או לא ומה שדחקו התוס' לזה ממעל השליח י"ל דלענן מעילה שאני דאפילו יאמר השליח ששגג שייך מעילה ועי"ל דהתם שאני כיון שהזכיר לו חלון.

כתב ה^{סמ"ע} (מג) דאם א"ל לשליח הטל מזה ולא משל פקדון, אז מטעם שהה השליח לבוא לחוד אין לחייב לנפקד, די"ל דאירע לו ענין בדרך שהוצרך לשהות מעט.

סעיף כו

שומר שכר שמסר לשומר חינוס, למי שנאמן על הבעלים, וטוענים השומרין שהבהמה אבדה באונס, האם השומר הראשון חייב לשלם? מה הדין אם יש עדים על האונס? וכן מה הדין אם השומר הראשון יכול להשבע על האונס?

מה הדין אם השומר השני מוכן להשבע שהבהמה אבדה באונס? מה הדין אם יצאה הבהמה והזיקה כשהיא נמצאת אצל שומר שני? פרט גדרי הדין ונמק.

ב"מ לו. "איתמר שומר שמסר לשומר רב אמר פטור ורבי יוחנן אמר חייב, אמר אביי לטעמיה דרב לא מבעיא שומר חנם שמסר לשומר שכר דעלווי עלייה לשמירתו אלא אפילו שומר שכר שמסר לשומר חנם דגרועי גרעה לשמירתו פטור מאי טעמא דהא מסרה לבן דעת, ולטעמיה דרבי יוחנן לא מבעיא שומר שכר שמסר לשומר חנם דגרועי גרעה לשמירתו אלא אפילו שומר שכר דעלווי עלייה לשמירתו חייב דאמר ליה אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר... אמר רבא הלכתא שומר שמסר לשומר חייב לא מבעיא שומר שכר שמסר לשומר חנם דגרועי גרעה לשמירתו אלא אפילו שומר חנם שמסר לשומר שכר חייב מאי טעמא דאמר ליה את מהימנת לי בשבועה האיך לא מהימן לי בשבועה".

וכתבו **התוס'** על טעמא דרבא דלכך היכא שהשומר הראשון יכול לישבע על האונס או שהיו **עדים בדבר** פטור ואפילו מסר לחש"ו ומתה ברשותם כיון דאף בבית שומר ראשון היתה מתה דמלאך המות קטלה מה לי הכא ומה לי התם וסובר רבא שזהו טעמא דרבי יוחנן ולא כאביי דאמר משום דאין רצוני וכו', והלכה כרבא ולא כר"ח דפסק כאביי, וכ"ד הרי"ף דשמעינן מרבא דבעדים פטור דליכא שבועה ואע"ג דמסר פקדונו ביד אחר בלא רשות אמרינן בגיטין כ"ט דאין השואל רשאי להשאל הני מילי לכתחלה אבל בדיעבד לא מיקרי פשיעה, וכ"פ הרמב"ם, וברי"ו כתב דנראה מדברי הרי"ף שאפילו יש עדים שנאנסה ואין עדים ששמרה כראוי חייב שומר ראשון מאחר שנשאר על השומר השני שום שבועה אבל מ"מ אם יש עדים שנאנסה ונטרה כאורחא ולא פשע ולא שלח בה יד פטור.

לו. "אמר רב חסדא הא דרב לאו בפירוש אתמר אלא מכללא - **דהנהו גינאי** דכל יומא הוו מפקדי מרייהו גבה דההיא סבתא יומא חד אפקדינהו לגבי חד מינייהו שמע קלא בי הלולא נפק אזל אפקדינהו לגבה דההיא סבתא אדאזל ואתא אגנוב מרייהו אתא לקמיה דרב ופטריה מאן דחזא סבר משום שומר שמסר לשומר פטור ולא היא שאני התם **דכל יומא** נמי אינהו גופייהו גבה דההיא סבתא הוו מפקדי להו".

וז"ל השו"ע "שומר שמסר לשומר חייב, אפילו אם הוא שומר חנם ומסר לשומר שכר, דאמר ליה את מהימן לי בשבועה היאך לא מהימן לי בשבועה (רא"ש -) אפילו אם ידוע לכל שהשני טוב וכשר יותר מראשון {מיהו שומר שמסר לשומר לפני המפקד, ולא מיחה, פטור (מרדכי)}. (ע"פ גמ' דגינאי -) לפיכך אם דרך הבעלים (וה"ה אם ידוע שהנפקד זה אינו רגיל לשמור בעצמו אלא מוסר פקדונותיו ביד אחר ודינו עם הב', ש"ד) להפקיד תמיד דבר זה (ר"ל דבר חשוב כזה לאפוקי אם היה רגיל להפקיד דבר שהוא שוה פחות מזה, ב"י וסמ"ע) אצל השומר השני, הרי השומר הראשון פטור מלשלם, (גר"א: כרמב"ם ודלא כתוס' -) והוא שלא ימעט שמירתו אבל אם מיעט שמירתו כגון שהראשון היה שומר שכר והשני ש"ח, או שהראשון שואל והשני ש"ש, פושע הוא הראשון ומשלם (רמב"ם -) אף על פי ששאל או שכר בבעלים (ה"ה וסמ"ע: ר"ל השומר הראשון היתה שאלתו בבעלים ואם נאנסו אצלו היה פטור לא מהני זה לפטור מאונס שנעשה אצל השני, דאין שאלה בבעלים פוטרת אלא לשומר ששאל מהבעלים אבל לא שומר שני שלא שאל מהבעלים הראשונים והראשון מתחייב על רשות השני). (רי"ף **רא"ש וה"ה** -) ואם יש עדים ששמר השני כראוי, נפטור שומר ראשון, ואפילו לא היו שם עדים, אם השומר הראשון ראה ויכול הוא לישבע הרי זה נשבע ונפטור {ועיין סימן ע"ב סעי' ל'".

כתב **הב"י** דלשון הרמב"ם דדרך הבעלים להפקיד **'תמיד'** ונקט כן ע"פ הגמ' דגינאי ולא דוקא¹ ולאפוקי אם הפקיד אצלו בשעת חירום וכיוצא בזה דבאותם זמנים שהם זמני טרדה ובהלה לפעמים אדם מפקיד נכסיו אפילו אצל מי שאינו נאמן אצלו לסבות מתחדשות כפי הזמן ולכן אין לומר שהוא מחזיקו לנאמן על ידי שהפקיד אצלו אלא אם כן הפקיד אצלו בשעת ישוב ושופי ועל זה מורה **תיבת תמיד**, **ועי"ל דנקט תמיד**² לאפוקי אם היה רגיל להפקיד אצלו ואחר כך העני הנפקד או נעשה חשוד דהא ודאי אין מה שהיה רגיל להפקיד אצלו קודם לכן הוכחה שהוא מחזיק אותו עכשיו לנאמן וכ"ד הריטב"א (וכ"פ **הקצות** סק"י), (3) **וכל זה דלא כמהר"י וי"ל** דנשמע מדבריו צריך שיפקיד אצלו תמיד בכל יום ואם יחסר יום או יומים שלא הפקיד אצלו לא, וכ"כ **הסמ"ע** (מו) דצ"ל דלא בא למעוטי אם הפקיד פעם אחת אצל אחר אע"פ שרוב הפעמים מפקיד אצל זה, דזה אינו מן הסברא, אלא **לאפוקי** אם רוב הפעמים מפקיד אצל אחרים, וראיה לזה מסימן שה/ה כתב הטור האי דינא בשומר שכר ולא כתב שם תיבת תמיד וכ"ש כאן בש"ח, **וברע"א** כתב בשם הב"ח דאין חילוק בין הפקידו בידו פעם א' או הרבה פעמים אלא **דלתליא** באם משהפקיד לאותו אחר לא הפסיק בנתיים להפקיד ביד אחר בשעה שהיה השומר הזה מצוי אצלו אזי מקרי דרכו ואם לא מקרי אין דרכו להפקיד.

כתב **הש"ך** (מא) על הרישא דחייב אפילו ש"ש שמסר לש"ח דאם פשע השני רצה גובה מהשני ואינו יכול לומר לאו בעל דברים דידי את דומיא דגזול ולא נתייאשו, ואף אם שומר הראשון שאל בבעלים מ"מ הב' חייב ולא מיקרי שאלה בבעלים דכיון דאין הממון של שומר הא'. **הנתיבות** (כו) חלק דלא דמי כלל לגזול ולא נתיאשו הבעלים דשם החפץ הוא של בעלים והרי הזיקו וכל אדם המזיק של חבירו חייב, משא"כ בשומר דהדין הוא דאינו חייב בפשיעה רק כשקיבל עליו שמירה, והרי לא קיבל עליו השמירה מהבעלים ויכול לומר לבעלים לאו בעל דברים דידי את, וע"כ אין יכולים הבעלים לתבוע שומר השני רק מדר' נתן כיון שהשני קיבל עליו שמירה מהראשון, ויותר היה לדמות להא דשוכר פרה מחבירו והשאלה לאחר (ב"מ ל"ה) דהתשלומים של הראשון דנעשה שואל של הראשון, וה"נ דכוותיה.

עמש"כ המחבר דאם יש עדים ששמר השני כראוי דנפטר השומר הא' כתב הש"ך (מה) דמשמע ברא"ש דה"ה כשיש ע"א מצטרף השומר הב' עם העד וה"ל ב' עדים אבל לפוסקים שתירצו דהשומר הוי נוגע א"כ צריך הכא ב' עדים אחרים דוקא וכן נראה עיקר.

עוד כתב **הש"ך** (מו) דמשמע דאפילו מיעט בשמירתו פטור ביש עדים וכ"כ הב"ח ודלא כרש"ל ברמב"ם דהיכא דגרעיה לשמירתו אפילו יש עדים חייב מאחר שפשע, והש"ך חלק, "ואפילו בשבועה היה בדן שיפטר אפילו היכא דגרעיה לשמירתו אם דרכו להפקיד אצלו" כמו שכתב ר"י שתמהו רוב הפוסקים על הרמב"ם בזה (בב"י, שהרמב"ם חייב בשבועה ברגיל הנ"ל ור"י חלק), ואף הרמב"ם והסמ"ג מודים דשבועה מועיל [ומש"כ והוא שלא ימעט בשמירתו כו' ר"ל דאם הש"ח ישבע שנגנבה הרי השומר ראשון פשע דהוא חייב בגניבה ואבידה ומש"כ ואם יש עדים כו' ה"ה דשבועה מועיל בענין שהיה הראשון פטור אלא משום דארישא נמי קאי באין דרך להפקיד הצריך לומר ואם יש עדים דוקא] אך העיקר ברמב"ם כרש"ל "אבל לדינא אין זה עיקר וכ"כ הרא"ש" דלא מיקרי פשיעה ש"ש שמסר לשומר חנם כיון שמסרו לבן דעת ועיקר לדינא כר"י - שאם מיעט בשמירתו כגון שמסרה שומר שכר לשומר חנם פטור ברגילים הבעלים להפקיד אצלו (פת"ש: "ומבואר מדבריו שמסיק לדינא דאפילו מיעט בשמירתו כגון שמסר לש"ח אם דרכו להפקיד אצלו די שישבע השומר השני שנאנסה ונפטר הראשון וכן דעת המ"מ והמחנה אפרים והם מפרשים שגם דעת הרמב"ם כן") **ובפת"ש (כא) כתב שהקצות (שם) והנתיבות (לא) חלקו על הש"ך והסכימו לדינא כמשמעות הרמב"ם והמחבר דדוקא ביש עדים פטור הראשון אבל שבועת השני לא מהני "וכתבו בזה טעמים שונים עיין בדבריהם", וכ"ד **ושב הכהן** "וביאר הענין בטוב טעם" דכיון דק"י"ל (שבועות ל"ו) דאם נשבע לשקר מחובה לפטור מביא אשם גזילות והיא שבועת הפקדון ואם נשבע מחיוב לחיוב או מפטור לפטור מביא חטאת והיא שבועת ביטוי וידוע ששבועת הפקדון חמורה משבועת ביטוי, ולפ"ז טעמא רבה איכא במילתא, דדוקא בלא מיעט שמירתו הוא דמהני שבועת השני אם רגיל להפקיד אצלו, דאז לא יכול לומר איהו לא מהימן לי כיון שדרכו להאמינו ושבועות שניהם שוים, אבל אם מיעט שמירתו כגון ש"ש שמסר לש"ח, איך אפשר לפטור הראשון שמחויב בגניבה ואבידה בשבועת השני, הא השני הוא ש"ח ופטור מגניבה ואבידה, וא"כ אם נגנבה או נאבדה והוא נשבע שנאנסה היא שבועת ביטוי כיון שהוא מפטור לפטור ואיך יפטור השומר הראשון שנתחייב לישבע שבועת הפקדון, ולפ"ז מאי מהני מה שרגיל להפקיד אצלו, דפשוט שיכול לומר באמת הוא נאמן בעיני על שבועת הפקדון בכפירת ממון אבל לא על שבועת ביטוי הקל ממנו כו'.**

עוד כתב **ש"ך** (מז-מח) עמש"כ המחבר בסיפא שמעידים ששמר השני כראוי דבמקרה שנגנב או נאנס בענין שהיה השומר הראשון פטור אע"פ שאינו ברור שהיה נארע האונס כזה בבית השומר הא' פטור ולא אמרינן מה שמסרו לשומר שני ה"ל פשיעה וה"ל תחילתו בפשיעה וסופו באונס דלא מיקרי פשיעה ש"ש שמסר לש"ח כיון שמסרו לבן דעת, ואפילו מסרו לחש"ן ומתה ברשותם מבואר בתוס' דפטור, והיינו דוקא מתה ברשותם שאין האונס בא מצד הפשיעה כיון שאף בבית השומר הראשון היתה מתה דמלאך המות מה לי הכא מה לי, והלכך אם אירע אונס אחר אצל חש"ן שיש לתלותו שבא מצד הפשיעה כגון לסטים וגנבים וכח"ג חייב דה"ל תחילתו בפשיעה וסופו באונס.

ביאר **הסמ"ע** (מט) בסיפא דנשבע הא' שלא פשע השני ולא שלח בה יד, וכתב **הש"ך** (מח) דלא פירש יפה דברי הרמב"ם והמחבר דס"ל בסימן רצד/ב דעיקר השבועה היא שנגנבה ושבועה שלא פשע ושלא שלח יד היא רק מצד גלגול ואם יש לו עדים שנגנבה פטור א"כ ה"ה הכא אם יש לו רק עדים שנגנבה פטור או שיכול רק לישבע שנגנב אצל השומר השני פטור ודלא כב"ח שצריך עדים על כל הג' שבועות. אכן **בקצות** (יד) הסכים לסמ"ע דודאי היכא דיש עדים לפוטרו מעיקר שבועה ליתיה לגלגול, אבל היכא דליכא עדים אלא שיכול הוא לישבע שאינו ברשותו דשני ואינו ידוע לו אם פשע או נאנסה אמרינן מתוך

שאינו יכול לישבע משלם אפילו בגלגול שבועה, אכן לגבי מש"כ שנשבע שלא שלח יד חלק על הסמ"ע, דהראשון אינו חייב אלא כשפשע השני, אבל בשליחות יד לא מיחייב באונסין אלא אם שלח יד הוא בעצמו, אבל כשמסרה לשני והשני שלח בה יד ואח"כ נאנסה אין הראשון מתחייב בשליחות יד דשני.

< כתב הש"ך (מד) דכתב הב"י בשם תלמידי הרשב"א בשומר שמסר לאשתו ובניו או למי שרגילים הבעלים להפקיד אצלו דדעת הרמב"ן והרשב"א שאילו נשבע השני שהוא ש"ח שלא פשע בה ואומר שנגנבה או שנאבדה אע"פ שאין אנו יודעים הראשון חייב ולא מצי למימר שמא באונס מתה ופטור אני, שעליו לברר, וכן היכא שאינו רוצה לישבע השני שמתה כדרכה או שהלך למדינת הים הראשון חייב ולא מצי למימר שמא באונס מתה ופטור אני או בפשיעה וחייב השני, ואילו דעת הטור דאם אין השני רוצה לישבע או שהלך לו שהראשון פטור ואפילו הלה תובעו בברי שנגנבה מפני שזה טוען שאינו יודע אם נגנבה הוא חייב או אם נאנסה או אם מתה בפשיעה והוא פטור וה"ל כמנה לי בידך והלה אומר א"י אם נתחייבתי לך דפטור, וכתב הש"ך דלא נהירא דעת הב"י בטור דהא אמרינן בגמ' דאפילו ש"ח שמסר לש"ש חייב מטעם דא"ל את מהימנת לי בשבועה האיך לא מהימן לי בשבועה אלמא דאפילו רוצה השני לישבע חייב הראשון כיון שאין הראשון יכול לישבע כ"ש כשאין הב' רוצה לישבע או שאינו כאן לישבע דחייב, ואפשר דהוא מפרש הא דקאמר האיך לא מהימן לי בשבועה היינו שאפשר שהוא עדיין ברשותו אבל כי ידעין שאינו בעולם פטור הראשון אבל אין זה עיקר, וגם מדברי רש"ל וכל הפוסקים לא משמע כן, ובתה"ד כתב דאפילו לא מסר לשומר רק נאבד אצלו ואין יודע אם בפשיעה אם באונס חייב דכל שומר צריך לישבע בבירור אבל לא שאינו יודע, ודלא כנ"י בשם הרא"ה דהשואל חמור לרכוב עליו שלוחו ומתה בדרך והדבר ספק אם מתה מחמת מלאכה כיון דקי"ל דאינו חייב עליה עד שעת אונסין פטור שהרי זה כאומר א"י אם הלוייתי אבל השואל חמור לרכוב עליה ונתנה לשלוחו והדבר ספק אם מתה מחמת מלאכה חייב שהרי הוא פושע, אלא דלענין דינא דכיון שאינו יכול לומר בבירור חייב והכי משמע מדברי הפוסקים בכמה דוכתי, ומה שדימה הנ"י לאומר מנה לי בידך והלה אומר אינו יודע לא דמי כלל דהתם כיון שנעשה שומר דמי לאומר א"י אם החזרתי לך, דלא דמי להלואה דלהוצאה ניתנה א"כ חיובא רמי מיד אנכסים אבל שאלה כיון דהדרה בעינה א"כ לא רמי חיובא אנכסיה דשואל כ"ז שהיא בעין חייב להחזירה וא"כ כשאינו יודע אם מתה כדרכה או לא ה"ל כאומר איני יודע אם החזרתי לך (ובקצות) בסימן ש"מ סק"ד האריך בזה וכאן בסקי"א ציין בקיצור). העולה מהש"ך (נתיבות חי מג) דאין הראשון יכול לומר שמא נאנסה ביד השני ופטור או שמא מתה בפשיעה וחייב השני, דכל שומר מחויב לישבע בבירור, וכיון שאינו יודע ואינו יכול לישבע, מתוך שאינו יכול לישבע משלם, ואם שכנגדו טוען ברי חייב מטעם דהוי כאיני יודע אם פרעתין, ולכך השואל חמור לרכוב וכו' שירכב עליו שלוחו ומתה בדרך, ואינו יודע אם מתה כדרכה או בפשיעה, הוי ליה מתוך שאינו יכול לישבע משלם, והנתיבות כתב דהעיקר דאם מסרו שלא ברשות למי שרגיל להפקיד שפשע במה דלא ה"ל למידע דחייב, אבל אם מסר ברשות הבעלים שלא פשע במה דלא ה"ל למידע פטור, ובמקום שחייב השומר לשלם מטעם דה"ל מתוך שאינו יכול לישבע היורשים פטורים, ודוקא שיש עדים שמתה רק שאינו יודע אם בפשיעה, אבל אם יש לספק שעדיין הוא ברשות השני וגזלו, והשני הוא מי שאינו רגיל להפקיד, חייב הראשון מטעם מזיק, ואף היורשים חייבים.

< כתב הש"ך בססקמ"ח ש"ש שחזר והפקיד דבר השמור ביד הבעל דבר עצמו ונגנב או נאבד אצל הבעל דבר חייב הש"ש לשלם וכן נלמד מדברי הר"י שבמרדכי.

< כתב בתשובת חכם צבי (קצות ט) שנשאל בהא דאמרינן גבי חנוני על פנקסו דאמרי פועלים את האמנתיה במקרה שהפועלים רגילים להפקיד אצל החנוני אי מצי אמרי את האמנתיה כיון דהפועלים רגילים אצלו ונאמן הוא להם, והשיב דאינו דומה להא דאמרינן הכא בשומר שמסר שומר שרגיל להפקיד דלא מצי מפקיד למימר לדידך האמנתי, דהתם השומר השני נכנס תחת הראשון והו"ל כאילו המפקיד עצמו הפקיד אצלו, אבל כאן אע"ג דחנוני נאמן אצל הפועלים אכתי מצי אמרי מאי אית לחנוני בהדן ואין לנו דין ודברים עמו.

< כתב בתשובת המבי"ט (פת"ש יז) בראובן שנתן לשמעון מטוה לארוג ושמעון נתנו ללוי אורג אחר שלא מדעת ראובן, ואחר שארג לוי הבגד תובע ראובן משמעון כי הבגדים שארג הוא לו לא נכנס בהם כ"כ צמר כמו שנכנס עתה שנתנו לאורג אחר, וטוען שמא לוי השאיר מן הצמר אצלו, ואותך הייתי מאמין ולא ללוי, ופסק כיון דקי"ל (ב"מ פ') כל האומנין שומרי שכר הם ושומר שמסר לשומר חייב, לכך גם בטענה זו אע"פ שלא היה מחויב שמעון שבועת השומרים, אפ"ה כיון דמ"מ חייב שמעון שבועת

היסת אף בשאר טענות וכיון שאם היה טוען בנידון דידן ברי לי שנשאר לו צמר משלי היה חייב לוי שבועה, ואומר ראובן אותך הייתי מאמין ולא ללוי והיה חייב שמעון לשלם והוא ידון עם לוי, כן כשטוען ראובן כי בשאר בגדים כמו זה כשהיה אורג שמעון לא היה נכנס לו כל כך צמר, ואם היה שמעון אורג בגד זה והיה טוען עליו ראובן שנשאר בידו צמר לפי מה שהיה נכנס בבגדים אחרים שהיה אורג לו אע"פ שאינה טענה ודאית, היה חייב שמעון לקבל חרם שלא נשאר אצלו משלו כלום, יכול ראובן לומר לשמעון אותך הייתי מאמין כשתקבל בחרם ולא ללוי, ובשמן רקח כתב עליו שדבריו תמוהים מאד כיון שגוף הטענה אינה טענת ברי היאך שייך בזה שומר שמסר לשומר חייב, והא אף פשיעה גמורה אם המפקיד אינו יודע כמה היה הוה הפקדון פשיטא דאינו יכול להוציא ממון בספק מאומד הדעת, וכ"ש בשומר שמסר לשומר ככה"ג כיון שאינו חייב שבועה דאורייתא, וגם התובע טוענו בספק, פשיטא דא"צ לשלם ממון בספק.

< עמשי"כ המחבר דמשלם אע"פ ששאל או שכר בבעלים כתב **הפת"ש** (יח) בשם תשובת **החת"ס** דה"ה שומר שטרות שמסר לשומר, אם הראשון ש"ש ומסרו לש"ח, אע"ג דכל יומיה מפקיד גביה מ"מ פושע הוא דגרועי גרועיה לשמירתו מש"ש לש"ח, אע"ג דלענין תשלומין אין נפקותא בשטרות דבין ש"ש ובין ש"ח אינם חייבים אלא בפשיעה, מכל מקום מיקרי גריעותא בשמירה, דשמירת ש"ש אפילו בלי תשלומין הוה שמירה מעליא משמירת ש"ח.

< עוד כתב **הפת"ש** (כ) על הנ"ל בשם תשובת **שב יעקב** דה"ה בריש הסעיף בלא מיעט שמירתו רק שמסר לשומר שאין דרך הבעלים להפקיד אצלו גם כן חייב אפילו בשמירה בבעלים ומה דהרמב"ם והשו"ע לא כתבו זה לעיל י"ל דלרבנותא כתבו כאן דלעיל פשוט דלא מהני לפטור שמירה בבעלים כיון דהחייב לעיל משום דלא מהימן ליה מאי מהני שמירה בבעלים, דהמפקיד מצי למימר דהוא מזיק ליה בידיים שנתן לאיש דלא מהימן, ואפשר שטען טענת גנב והוא עצמו גנבו, משא"כ בדין דסיפא דמהימן נמי למפקיד שטוען טענת אמת רק דמיעט בשמירתו, דאפשר לומר שפשע בשמירתו דהוי רק ש"ח, ה"א דלא גרע מאם השומר הראשון עצמו פשע פשיעה גמורה שחייב בו ש"ח ואפ"ה פטור משום דהוי שמירה בבעלים, לכך צריך לאשמועינן דאפילו בהא חייב אף בשמירה בבעלים, מכ"ש בדין דלעיל היכא שמסר לשומר שאינו רגיל להפקיד אצלו דחייב אף בשמירה בבעלים.

סעיף כז

התנה שומר חינוג להיות כשואל האם היה מתחייב בדבר לבד או צריך קנין? ומה הדין בהתנה להיות ש"ש? וכן מה יהא הדין בש"ח בבעלים שהתנה להיות חייב באונסים? וכן באדם שומר קרקעות שהתנה להיות חייב בחיובי שומרים?

מה הדין בשומר שכר שהתנה להיות כדון שומר חינוג ונגנב האם מגיע לו שכרו?

ב"מ צד. "תנא ומתנה שומר חנם [גירסת הרא"ש והב"י] להיות כשואל במאי בדברים אמר שמואל בשקנו מידו ורבי יוחנן אמר אפילו תימא בשלא קנו מידו בההיא הנאה דקא נפיק ליה קלא דאיניש מהימנא הוא גמיר ומשעבד נפשיה", והלכה כרבי יוחנן.

וז"ל **השו"ע** "במה דברים אמורים שאין ש"ח חייב אלא בפשיעה בסתם שומר, אבל אם התנה שיתחייב אף באונסים, חייב אף בדברים בלא קנין".

כתב **הסמ"ע** (ג) בשם תשובת **הרשב"א** דאם הפקיד וקיבל אחריות סתם ה"ז שומר שכר.

כתבו **הסמ"ע** (נא) והש"ך (ג) בשם **רי"ז** דאם נאנס שום דבר שחייב לשלם לא נשתעבדו נכסים שלו משעה ראשונה שנשאלה או נפקדה בידו אלא משעה שנאנסה.

כתב **הש"ך** (מט) שבתשובת **ראנ"ש** הסתפק באם התנה ש"ח להיות חייב כש"ש וטוען שנאנס ואומר שלא נתחייב אלא לשלם כשהיו עדים שנגנב או נאבד אבל לא נתחייב על שבועת ש"ש שהיא על טענת ספק אלא רוצה לפטור עצמו בשבועת ש"ח שלא פשע, ובפת"ש (כב) כתב דתליא בתירוצי תוס' בב"מ נ"ח (שהקשו מדוע בשוכר נפסק שם דצריך קנין הא שנינו בדף צ"ד דלא צריך ותרצו וי"ל דהכא דפטור אפי' משבועה לא משעבד נפשיה בלא קנין אי נמי התם כיון שמתחייב כשואל סבורים העולם שהשאל

לו ובההיא הנאה משעבד נפשיה" (דמשמע מתירוץ ב' דש"ח אינו מתחייב כלל כש"ש בלא קנין ודוקא כשואל אמרו אבל לא כש"ש, "אמנם הפוסקים כתבו רק תירוץ הראשון שבתוסי שם וכמו שכתב הסמ"ע לקמן סימן ש"א סעי' ד'. לפי זה אין חילוק" ואין צריך קנין, וכ"כ רע"א בשם המל"מ. עוד כתב רע"א דשואל בבעלים שהתנה שיתחייב בתשלומיו דנראה דאף לתירוץ האי של התוס' הנ"ל בעי קנין כיון דמדינא פטור אף משבועה, ובש"ח ובש"ש והוא בבעלים והתנה להתחייב באונסים לתירוץ הב' של התוס' נראה פשוט דלא בעי קנין ולתירוץ האי בעי קנין. והוסיף בשם המהרי"ט דבקרקות וכד' אף לתירוץ הב' דתוס' הנ"ל בעי קנין (וכן מסקנת הקצות בסימן ש"מ סק"א עיי"ש, שדן בדברי התוס' הנ"ל גם גבי התנה שואל להתחייב מחמת מלאכה), אולם מהסמ"ע בסימן ש"א משמע דבעבדים וקרקות לא בעי קנין, ובמחנה אפרים כתב דבכל ענין מהני התנאי לחייב בפשיעה, ואילו הברכ"י כתב דה"ה אם מוסר לו דינר כסף והתנה עמו דאם יאבד יתפרע של זהב ונאבד, חייב לשלם לו זהב, ורע"א חלק דיותר נוטה לפטור.

הקצות (שא,ג) כתב על ספק המוהרא"ש דאם אמר הריני מתחייב עצמי להיות כשומר שכר הרי הוא בתורת ש"ש לכל דינו וצריך נמי לישבע שבאונס נאבד ואם לאו ישלם, ואפילו איכא עדים שלא פשע, כיון דאם קנו מידו לישבע או לשלם מהני, וכיון דהתנה להיות כש"ש הרי נשתעבד לגמרי בדין ש"ש לישבע או לשלם כדין שומר שכר בכל דינו דהא נתחייב בדברים בהאי הנאה דמהימן ליה כמו בקנו מידו, ואם לא אמר להיות כשומר שכר אלא שהתחייב עצמו בגניבה ואבידה סתם א"כ אין בו אלא חיוב תשלומין כשידוע בעדים, אבל אם ידוע בעדים שלא פשע ואינו ידוע אם באונס או בגניבה אין צריך לישבע מספק כיון שלא אמר לישבע או לשלם, אבל במה שאומר הריני כמו ש"ש בזה הוי דינו כש"ש לגמרי לישבע או לשלם.

[**הקשה הקצות (טז)** מגיטין י"ד דרב ששת הוה ליה אשרתא דסרבלי במחוזא אמר ליה לרב יוסף בר חמא בהדי דאתית אייתנחו ניהלי אזל יהבינחו ליה אמרי ליה ניקני מינך אמר להו אין ולסוף אישתמיט להו, והקשה אמאי צריך קנין לאונסא דאורחא כיון דנתחייב בדברים נמי דמתנה שומר חנם להיות כשואל ותו מאי אהני ליה מאי דאשתמיט כיון דכבר נתרצה להם במה דאמר אין וכבר נתחייב בדברים בעלמא, וביאר דכיון דהתם דכבר נתנו לו וא"כ האי הנאה דקא מהימן ליה כבר עברה דהא בתר דיהבינחו ניהליה אמרי ליה נקני מינך על אונסא דאורחא וא"כ אותה הנאה כבר עברה, והוסיף דאע"ג דמתנה שומר חנם להיות כשואל אפילו בשומר לזמן ובתוך הזמן התנה להיות כשואל נמי מתחייב בדברים, היינו משום דהמפקיד ודאי יכול לחזור תוך זמן ולהוציאו מידו תוך זמנו דהזמן אינו אלא לטובתו, וא"כ בהאי הנאה דמהימן ליה להבא נמי גמר ומקני להתחייב בדברים, אבל התם בני מחוזא כשיבואו לחזור לא מצי הדרי דקי"ל כרב בגיטין שם דאמר אם בא לחזור אינו חוזר דכבר זכה למפקיד, א"כ אותה הנאה הראשונה כבר עברה ואח"כ שוב אינו בחזרה ולא שייך ביה בהאי הנאה דקא מהימן ליה], וכתב דלפ"ז נראה דה"ה בשוכר לזמן וקיבל עליו תוך זמנו להיות כשואל לא מתחייב בדברים, דהנאה הראשונה כבר עברה ואח"כ שוב אינו יכול לחזור עד הזמן, דבשוכר לזמן הזמן הוא טובת השוכר, וכן הסכים ה**נתיבות** (חי' לג) דאם שכרו לזמן ובתוך הזמן התנה להיות כשואל צריך קנין.

סעיף כח

שומר שכר שפשע בשמירתו ובעליו היו עמו, האם זכאי המפקיד שלא לשלם לו שכרו? צ"ע

מקור. (לגבי השכר – ראה שג"ג)

גבי שואל נאמר בתורה פטור בבעלים "אם בעליו עמו לא ישלם" (בטעם דין זה – ראה ריש סימן שמ"ו) ובב"מ **צה**. יליף מ'וכי ישאלי וי"ו מוסיף על ענין ראשון דהוא הדין לשאר שומרים, וכ"פ בשו"ע וכמשנה ומסקנות הגמ' שם דאפילו פשיעה בבעלים פטור וז"ל כלשון הרמב"ם "המפקיד אצל חברו, בין בחנם בין בשכר (ע"פ ב"מ צז), או השאילו או השכירו (ע"פ משנה צד), אם שאל השומר את הבעלים עם הדבר שלהם או שכרם, הרי השומר פטור מכלום, אפילו פשע בדבר ששמר, ואבד מחמת הפשיעה, הרי זה פטור, שנאמר אם בעליו עמו לא ישלם, בד"א, בששאל הבעלים או שכרן בעת שנטל החפץ, או שהיו שאולים או שכורים אצלו מקודם לכן, כיון שהם עמו במלאכתו בשעה שנטל (כרמב"ם) ודלא כר"י דבתר שעה שקבל עליו לשמור אזלינן, אע"פ שלא היו עמו במלאכתו בשעה שנאבד, פטור, אבל אם נטל החפץ

ונעשה עליו שומר תחלה, ואחר כך שכר הבעלים או שאלם, אע"פ שהיו הבעלים עמו במלאכתו בעת שנאבד, חייב".

כתב **הקצות** (יח) דיש להסתפק בשמירה בבעלים אם נשבע שבועת השומרין או לא, ומדברי בתוס' בב"ק נ"ז משמע מהחלק הראשון בדבריהם דאפילו שמירה בבעלים בעי שבועת השומרין ומחויב לישבע שבועת התורה שבועה שאינו ברשותו אך מהמשך יש לדחות, ובירו' איפלו בזה אמוראים ולא נמצאת הכרעה בזה ברא' או באח', ובנת"ב (לד) כתב דדין שומר עליו להיות חייב בשליחות יד כדין שומר דלא מיעטיה קרא מדין שומר רק מדין תשלומין ולפ"ז ה"ה דחייב לישבע שבועת שומרין שאינו ברשותו אף שהיה בבעלים דמדין שומרים לא אימעט, ודחה שם ראיות הקצות, אך משא"כ שבועה שלא פשעתי שפיר קאמר בירושלמי דפטור, כיון דס"ל פשיעה בבעלים פטור, ואח"כ הביא שמצא שכתב כן בתשובת הרשב"א דאפילו בשמירה בבעלים חייב בשליחות יד ובשבועה שלא שלח בו יד.

סימן רצב – שלא לשלוח יד בפקדון ואם שלח בו יד

סעיף א

האם שליחות יד צריכה חסרון? והאם השימוש אינו מחסיר מה הדין? החזיר למקום האם

חזר דינו?

מה הדין בשואל שלא מדעת, והחזיר שלא מדעת האם עדיין חייב באחריות? (ראה גם סע'

(ז)

ב"מ מא. "איתמר רב ולוי חד אמר שליחות יד צריכה חסרון וחד אמר אינה צריכה חסרון" ופירש רש"י "שליחות יד. שחייבו הכתוב עליו אפילו נאנסה כדכתיב ומת או נשבר או נשבה וגו' שבועת ה' תהיה בין שניהם אם לא שלח וגו' דמשמע הא שלח נתחייב שוב במיתתה ובשבירתה. צריכה חסרון. לא הוי שליחות יד להעמידה ברשותו אלא אם כן חסרה", וכתבו הרי"ף והרא"ש דהלכתא אינה צריכה חסרון דרבא דהוא בתרא סבירא ליה הכי וכ"פ הרמב"ם".

וז"ל **השו"ע** כלשון **הטור** "אין הנפקד רשאי לשלוח יד בפקדון, ואם שלח בו יד, אפילו אינו מכויין לגזול, אלא להשתמש בו, קם ליה ברשותיה וחייב באונסים אע"פ שעדיין לא נשתמש בו (ואע"פ שכבר החזירן למקומו, סמ"ע), דשליחות יד אינה צריכה חסרון, רק שיגביהה כדי להשתמש בה בתשמיש שמחסרו, אז חייב כאילו חסרו (על המשנה בדף מג: 'הגביה החבית ונטל הימנה רביעית ונשברה משלם דמי כולה' אמר שמואל בדף מב. 'לא נטל נטל ממש אלא כיון שהגביה ליטול אף על פי שלא נטל'). אבל אם הגביהו לעשות בו תשמיש שאינו מחסרו, אינו חייב משעת הגביהה אלא משעת תשמיש, ולא משום שליחות יד, שהרי אינו שולח בו יד כיון שאינו מחסרו, אלא מפני שהוא שואל שלא מדעת דהוי כגזלן (דתנן בדף מ: 'המפקיד חבית אצל חבירו ולא יחדו לה בעלים מקום וטלטלה ונשברה' אוקמה רב ששת בדף מא. 'כגון שטלטלה להביא עליה גוזלות וקסבר שואל שלא מדעת גזלן הוי' ומשמע דלא מיקרי שואל כל זמן שלא נשתמש בה) {ואם החזירה למקום שנטלה משם חזר להיות דינו כשומר הואיל ולא הוי עליו מתחלה רק שואל בעלמא (מרדכי), ובמעות בכי האי גוונא חייב באונסין (רא"ש), דשאני מעות דמוכנים תמיד לקנות בהן סחורה) ועיין לקמן סעי' ו'".

עמש"כ המחבר דבנשתמש הוי שואל שלא מדעת כתב **הסמ"ע** (ג) שדקדק במש"כ 'שלא מדעת' דאילו שואל מדעת נתחייב באונסין משעה שמשכה מבית בעליה אע"פ שעדיין לא נשתמש בה ולא הגביהה להשתמש בה, והטעם כתבו התוס' דבשאלה מדעת כיון דמדעתו להשתמש בו למחר או ליומא אחרא, כששאלה ומשכה מבית בעלים ה"ל כאילו כבר שימש בה, משא"כ זה שהופקד בידו כדי שיהא מונח אצלו בלא שימוש, כל שלא שימש בה ה"ל ברשות בעליה כיון שאינו עומד לשימוש.

עמש"כ הרמ"א ע"פ המרדכי דאם החזירה למקומה חזר דינו להיות כשומר, כתב **הסמ"ע** (ד) דמיירי דווקא כשלא נטלה לשמש בה תשמיש שמחסרה וזהו שסיים הרמ"א הואיל ולא הוי עליו מתחילה רק שואל בעלמא, דאם נטלה לתשמיש שמחסרה אז אין דין שואל עליה אלא דין שולח יד דהוא כגזלן וכל

גזלן אינו מהימן למחשב חזרתו למקומו ברשותו, אם לא שהחזירן מדעת בעלים, אולם **הש"ך** (א) האריך לחלוק על דין הרמ"א דבדף מ"א איתא להדיא דאפילו החזירה למקומה חייב באונסים וכל זמן שאין לנו יישוב ברור אין בנו כח לפסוק כדברי הג"ה זו שהוא נגד הש"ס וכל הפוסקים, ומש"כ הסמ"ע להעמיד דאין המרדכי מיירי ששאל שלא מדעת אלא מיירי בדברים שדרך להשאיל ואין חברו מקפיד עליו, ואף לפ"ז דברי הרמ"א תמוהין דמשמע דלא מיירי בהכי מדקראו גזלן וגם לחנם דחק הסמ"ע בדברי המרדכי דנראה ברור שהמרדכי מיירי ששאל מדעת, ו**בנתיבות** (ג) האריך להוכיח כסמ"ע, והא דחזר להיות דינו כשומר דוקא "כשימש בדבר שאין הבעלים מקפידין אבל בדבר שהבעלים מקפידין נעשה גזלן ולא מהני חזרה למקומו".

עמש"כ המחבר דאם הגביהו לעשות בו תשימש שאינו מחסרו אינו חייב משעת הגבהה אלא משעת תשימש, כתב **הנתיבות** (א) ע"פ הנ"י דבשלמא בשאלה מדעת קנאה משעת משיכה להתחייב באונסין משא"כ בשואל שלא מדעת דאינו חייב עד שישתמש ודוקא בדבר שאין הבעלים מקפידין, אבל כשנטלה להשתמש בדבר שהבעלים מקפידין דהוי גזלן גמור חייב משעת הגבהה כשאר גזלן, ובהגהות רע"א על המחבר הביא בסתם דדעת הנ"י דמשעת הגבהה חייב, וכתב בשם **המחנ"א** (גזילה יח) די"ל דגם בשומר שהגביה להשתמש בה לא נעשה שואל עד שימוש אבל בנוטל מרשות בעלים בדרך שאלה שלא מדעת בעלים הוי מיד גזלן [ועוד כתב שם במחנ"א דדעת הרמב"ן ריטב"א ור"ן ששואל שלא מדעת מתחייב משעת משיכה דלא כטור (וכנ"י), ובסברת הטור כתב דלענין שליחות יד מתחייב משעת משיכה התם הוא חידוש שחידשה תורה ולא ילפינן מיניה].

כתב **הנתיבות** (ב) **דבייחד לו מקום** ונשתמש בו במקומו בדבר שאין הבעלים מקפידין בו אפילו בשעת שאלה פטור לדעת הרמב"ן נ"י והר"ן ודלא כרש"י דחייב בשואל אפילו כששתמש במקומה, ומש"כ המחבר שהוא שואל שלא מדעת דהוי כגזלן מיירי דוקא בלא ייחד לה מקום.

סעיף ב

הגביה ארנק על מנת לקנות דינר אם נקרא שולח יד על הכל?

ע"פ **משנה ב"מ מג: פסק בשו"ע** "הטה את החבית ונטל ממנה רביעית, ונשברה, אינו חייב אלא ברביעית, כיון שלא הגביהה, אבל אם הגביהה כדי ליטול ממנה רביעית, חייב (ה"ה אם משכה לרשותו כדי לחסרה, קנאה להיות עומד ברשותו אף לענין אונסין, **סמ"ע**), (ע"פ מימרא דשמואל **בגמ'** -) אפילו לא נטל, (**רמב"ם** ע"פ בעיא דרב אשי דלא איפשטא **במוד**. ועלתה בתיקו -) אבל אם הגביה את הכיס ליטול ממנה דינר, וכיוצא בכיס מדברים שאינם גוף אחד, הרי זה ספק אם נתחייב בכל הכיס או לא נתחייב אלא בדינר בלבד".

ביאר **הסמ"ע** (ח) דהאיבעיא דבר שהכל גוף אחד כגון חבית יין או דבש (ראה בנתיבות ד' גבי דבש) שמגביהה ליטול ממנה קצת, ניחא ליה דתהוי כוליה חבית בסיס למה שיטול ממנה שלא יחמיץ, דיין אינו משתמר אלא בכלי מלא, ונעשה שואל על כל מה שבחבית להשמר עם מה שהוא רוצה ליטול, אבל אם היה הפקדון כיס של מעות, אין דינר זה שנוטל משתמר מהאחר, או דילמא גם בזה נאמר כיס מלא מעות יותר נראה הוא ומשתמר ואינו נוח להיות נאבד כדינר יחידי, והוה בזה דומה קצת ליין להתחייב בכולו, אך כתב דאמנם בגמ' משמע דהאיבעיא למ"ד שליחות יד צריכה חסרון, אבל לדידן דקי"ל דאין צריכה אין חילוק בין כיס לחבית, ומשו"ה השמיטו הר"י והרא"ש הך איבעיא וספיקתו, וגם הראב"ד השיג על הרמב"ם, והמחבר סמך אישור דרב המגיד. **הנתיבות** (ד) ביאר דס"ל לרמב"ם דהאיבעיא בארנקי הוא רק למ"ד דאינה צריכה חסרון ואליבא דהילכתא, דודאי אף שלח יד במקצת הפקדון אינו נעשה גזלן על כולו רק כששלח יד במקצת הפקדון שהוא גוף אחד, אבל פקדון של הרבה גופין מוחלקין, כגון שהפקיד אצלו מאה צאן ושלח יד באחד מהן, אף שהכיש במקל לכולן שירוצו כדי שיברור אחד מהן, ודאי דלא חייב רק במה ששלח יד, דהרבה גופין כהרבה פקדונות דמי, וכ"כ הרמב"ם בדיוק דבעינין גוף אחד, ולכך בעי הש"ס בארנקי דדינרי אי נימא דשאני נטירותא דארנקי מנטירותא דדינרא, וכיון דהמפקיד הפקידים בכיס אחד אסור לו לנפקד לחלקם כיון דאיכא קפידא למפקיד וכגוף אחד יחשב, או דילמא שאין קפידא למפקיד בכך והנפקד יכול לחלק להרבה מקומות וכהרבה פקדונות דמיא, אבל בסיס לא הוי כי אם חבית יין שנותן אחד כח בחבירו שלא יחמיץ, עיי"ש שהאריך, והעלה **למסקנה** דעיקר דשליחות יד כשנטלה להשתמש אדעתא דלהשתלם, ואז אם הגביה כדי לשלוח יד

בכולה קיי"ל דא"צ חסרון להתחייב תיכף ואין חילוק בין יין לשאר דברים, אבל אם הגביה לשלוח יד במקצת ולא נטל עדיין, לא נעשה גזלן על כולו רק בחבית יין דהוי בסיס, ובחבית שמן ובדינרין הוא ספק, ובשאר דברים שאינן גוף אחד לא נעשה גזלן על כולו, וה"ה אם כבר נטל המקצת אדעתא דלשלם דינא הכי דזה מיקרי שליחות יד, אבל אם נתכוין לגזול וכבר נטל המקצת לא נעשה גזלן על כולו, ובהמה וכיוצא שמשמש בכולו, כיון שנשמש בכולו נתחייב בכולו.

כתב רע"א בשם הנ"י דמדובר דוקא ליטול רביעית לעצמו אבל אם שפך רביעית דאינו נהנה חייב רק משום מזיק ולא מקרי שולח יד.

סעיף ג

ע"פ מימרא דרבה שם פסק בשו"ע "וכן אם הטה ונטל ממנה רביעית והחמיצה, חייב בכולה, שמחמת שחסרה החמיצה (יגירי ידידה הוא דאהני לה'), בד"א, בחבית של יין שדרכו להחמיץ כשהוא חסר, אבל שאר פירות ששלח יד במקצתם ולא הגביהן, אינו מתחייב אלא כפי מה שנטל", וביאר הסמ"ע (ט) דלאו דוקא פירות קאמר, דזהו פשיטא, דמאי שנא מריש סעיף ב' דהטה את החבית ונטל ממנה רביעית דזיל בתר טעמא, אלא ר"ל מי פירות.

כתב רע"א על הסיפא דמשמע שאינו מתחייב אלא בהגבהה או משיכה אבל בלא"ה אף שהוא בחצירו ומכוין לחסרו ולהחזיק לעצמו לא הוי שליחות יד.

סעיף ד

משנה ב"מ מג. "החושב לשלוח יד בפקדון בית שמאי אומרים חייב ובית הלל אומרים אינו חייב עד שישלח בו יד שנאמר אם לא שלח ידו במלאכת רעהו", וכפירוש רש"י, פסק בשו"ע "אמר שרוצה לשלוח יד בפקדון, אינו חייב, אף על פי שאומר כן בפני עדים".

סעיף ה

שולח יד על ידי שליח מי חייב השליח או המשלח? אימתי חייב המשלח ומה הבעיא בדין

זה?

שם מד. על המשנה הנ"ל 'החושב' מנהני מילי דתנו רבנן על כל דבר פשע בית שמאי אומרים מלמד שחייב על המחשבה כמעשה ובית הלל אומרים אינו חייב עד שישלח בו יד שנאמר אם לא שלח ידו במלאכת רעהו, אמרו להן בית שמאי לבית הלל והלא כבר נאמר על כל דבר פשע אמרו להן בית הלל לבית שמאי והלא כבר נאמר אם לא שלח ידו במלאכת רעהו אם כן מה תלמוד לומר על כל דבר פשע שיכול אין לי אלא הוא אמר לעבדו ולשלוחו מנין תלמוד לומר על כל דבר פשע".

וז"ל השו"ע "השולח יד בפקדון על ידו או על ידי שלוחו, ה"ז גזלן ונתחייב באונסים, ונעשית הגזילה ברשותו, ומשלם אותה כדין הגזלנים שיתבאר בהלכות גזילה".

כתב הסמ"ע (ו) דהיינו דוקא כשלא ידע השליח שהוא של אחרים או שאינו בר חיוב או שאין לו מה לשלם וכריש סימן קפ"ב, דאלי"כ הא קי"ל (קידושין מ"ב ב"מ י') דאין שליח לדבר עבירה. כתב הש"ך (ד) שהכל תפסו על הסמ"ע בזה והתוי"ט והב"ח השיגו עליו ואמרו דאשתמיטתיה ש"ס ערוכה דריש פרק האיש מקדש דמבואר שם להדיא דאדרבה משליחות יד ילפינן דבעלמא אין שליח לד"ע משום דהוי שליחות יד וטביחה או מעילה ב' כתובים הבאים כא' דיש בהו שליחות לד"ע ואין מלמדין, וכן הקשו מב"מ י' גבי האומר לאשה ועבד צאו וגנבו לי דשמעינן בהדיא דאע"ג דאין לשליח לשלם פטור המשלח, וכתב הש"ך דאביו יישב דבריו בטוב טעם ככהנא מסייע כהנא ולא נעלם מהסמ"ע גמרות ברורות אלו, דהתורה לא ריבתה שליח לדבר עבירה בשליחות יד רק לענין חיוב המשלח אבל לא לפטור השליח, דאין כוונת הסמ"ע לומר דאע"ג דאין שליח לד"ע אם אין לו לשלם חייב דהוי כמו שאינו בר חיובא, אלא דקשיא למה יתחייב המשלח ישלם השליח אם יש לו לשלם ואין לו אלא טענה שהשולח שלחו הרי קי"ל דאין שליח לד"ע דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין וא"כ כיון דעכ"פ חייב השליח לשלם וא"כ למאי נ"מ אתי קרא לחייב גבי שליחות יד המשלח ומתרץ הסמ"ע משום דבעלמא יש מחלוקת בין

הפוסקים דייא כשלא ידע השליח אמרינן יש שלדיע וייח דאפייה אין שליע וכמו שהביא הד"מ והסמ"ע מחלוקת זה לקמן ס"ס שמ"ח ועוד יש מחלוקת דייא דהיכא שהשליח אינו בר חיובא יש שלדיע וכסימן קפ"ב וייח וכמ"ש שם, וכן היכא שאין לו לשלם לכ"ע אמרינן אין שלדיע וכמ"ש שם, אי"כ קאמר דלפוסקים בעלמא היכא שלא ידע השליח אין שלדיע אי"כ הכא גבי שליחות יד קרא אתי היכא שלא ידע השליח דחייב המשלח ולפוסקים דבעלמא נמי יש שלדיע היכא שלא ידע אי"כ קרא אתי היכא דאינו בר חיובא, ולפוסקים דבעלמא נמי יש שלדיע היכא דאינו בר חיובא אי"כ קרא אתי היכא שאין לו לשלם, דפשיטא דלכ"ע בעלמא פטור המשלח הכא חייב, אבל אם יש לו לשלם וידע והוא בר חיובא דבכה"ג פשיטא דחייב השליח לכ"ע משום דאין שלדיע.

הקצות (א) חלק על ביאור אבי הש"ך דגבי שליחות יד כ"ע מיקרי בר חיובא וכן השליח בר חיובא דכיון דאילו הוי נפקד היה חייב בדין שליחות יד דשומרין, ולא אמרו דלא הוי בר חיובא אלא בכהן דאמר לישראל צא וקדש לי אשה גרושה אבל כהן לכהן מיקרי בר חיובא, ואי מיירי בהנך דלאו בני חיובא כלל וכגון בקטן או נכרי, אלו לית בהו דין שליחות כלל, וגם בעיקר הדברים ליישב דברי הסמ"ע דלא רבי קרא אלא לחייב המשלח ולא לפטור את השליח, למה לא, דהא בהקדש דאתרבי שליח לדבר עבירה ולא מעל אלא המשלח ולא השליח, וכתב ליישב דברי הסמ"ע ע"פ הרמב"ם במעילה ז/ב שכתב שלא מצינו בכל התורה כולה שליח לדבר עבירה לבד במעילה ובלבד שלא יתערב עמו איסור אחר, והקשו דהא מצינו עוד שליח לדבר עבירה בטביחה ומכירה ובשליחות יד, ובמהרי"ט ביאר דהא דגלי בשליחות יד לאו מדין שליחות הוא אלא מדין פושע שחייב הכתוב את השומר בין שפשע ע"י עצמו בין שפשע על ידי אחרים לפי ששמירתו עליו, והיינו דכתיב על כל דבר פשע אפילו דיבור פשע מיקרי, הא אמר לשלוחו לשלוח יד באחרים שלא נעשה שומר עליו פטור, והא דעביד לה בגמ' שני כתובים, היינו משום דאי ס"ד דנילף ממעילה לשתוק בשליחות יד ונילף ממעילה מדין שליח של אדם כמותו אף בשל אחרים כל שכן בממון שנתמנה שומר עליו וכו', וטביחה נמי אפילו טבחו ע"י קטן דלאו בר שליחות הוא מיחייב דומיא דמכירה, דלא קפיד קרא אלא על מה שנהנה ממנו בין מן הברש בין מן הדמים, והא דחשיב לה שני כתובים היינו נמי דא"כ לשתוק בטביחה ונילף ממעילה, וכתב הקצות דלפ"ז נחא דברי הסמ"ע כיון דהרמב"ם כתב דלא מצינו שליח לדבר עבירה אלא במעילה, וא"כ ע"כ בשליחות יד דחייב רחמנא מדין פשיעה הוא ולא מדין שליחות, ולזה קשיא ליה דישלם השליח, דבמעילה דגלי רחמנא שליחות אי"כ שליח של אדם כמותו וממילא פטור השליח, אבל בעלמא דאין שליח לדבר עבירה ואפילו בשליחות יד נמי לאו מדין שליחות דאין שליח לדבר עבירה בכל התורה כולה וא"כ ודאי תיקשי דיתחייב השליח, לזה כתב שלשה דרכים באופן שפטור השליח, דאל"כ אין שליח לדבר עבירה דלא אתרבי מעל כל דבר פשע אלא לחייב המשלח מדין פשיעה. עוד האריך הקצות בדברי המהרי"ט וכתב דאין צריך לחלק שליחות יד מטביחה [דטביחה לאו מדין שליחות אלא משום שנהנה ה"ה בשליחות יד משום שפשע, ומדברי התוס' מבואר דבמעילה מיחייב ע"י חרש שוטה וקטן ומשום דאיתעביד שליחותיה ואפי"ה אי לאו דרבי קרא במעילה שליח לדבר עבירה לא היה מיחייב ע"י שליח, וא"כ ה"ה בשליחות יד נמי מיחייב ע"י חרש שוטה וקטן דהוא נמי משום הוצאה ושנוי רשות הוא דהוי, וא"כ שפיר קאמרי דהו"ל שני כתובין טביחה ומעילה או שליחות יד ומעילה משום דא"כ נילף ממעילה דאיתנהו נמי ע"י חרש שוטה וקטן עיי"ש] ומש"ה צריך הסמ"ע לפרושי במקום דהשליח פטור דאל"כ השליח חייב כיון דאין שליח לדבר עבירה בכל התורה כולה וכנ"ל דבשליחות יד חייב אפילו ע"י חרש שוטה וקטן כמו במעילה אי"כ שפיר כתב הסמ"ע או שהשליח אינו בר חיובא דמשכחת לה דאינו בר חיובא כגון בחרש שוטה וקטן (וכן הסכים בקצרה התיבות ססק"ה). עוד כתב דבעיקר דברי הסמ"ע קשיא דהא השליח בלאו הכי פטור כיון דאינו שומר ושליחות יד כתיב בשומרין, ואין זה מדין גנב וגזלן דאפילו בכל אדם חייב, וא"כ שליחות יד דשמו מוכיח עליו דמיירי בדיני שומרין בלאו הכי שליח פטור כיון דאינו שומר וצ"ע, וכתב דאפשר דמש"כ הסמ"ע 'או שליח אינו בר חיובא' מיירי נמי בהכי דהיינו שאינו שליחות יד דגנב וגזלן אלא שליחות יד דחייב רחמנא בשומרין, וא"כ השליח אינו בר חיובא כיון דאינו שומר פטור מלשלם, או שאין לו לשלם דאפילו עושה שליח בשליחות יד דגניבה וגזילה שהוא בכל אדם נמי נפקא מינה דחייב המשלח באין לו לשליח לשלם.

כתב התיבות (ה) עמש"כ הש"ך דהתורה לא ריבתה שליח לדבר עבירה בשליחות יד רק לענין חיוב המשלח אבל לא לפטור השליח, ודבריו הן דברי הפרישה ממש, אמנם זה תמוה מאד, דהא שליחות יד נתחייב בהגביה ע"מ לגזול דהיינו חסרון כמבואר בב"מ מ"א, וכיון דריבה רחמנא דיש שליח לדבר עבירה בשליחות יד וחייב המשלח כשאין להשליח לשלם כמש"כ הסמ"ע וע"כ צ"ל דהמשלח קנה

בהגבהת השליח, דאי לא קנה המשלח מהיכא תיתי יתחייב המשלח דשליחות יד בעי קנין כמבואר ברש"י שם, דהא אם יהיה שינוי בגזילה ודאי יקנה המשלח בשינוי דהא הגזילה של המשלח, וכיון דיקנה למשלח בהגבהת השליח וממילא ליכא קנין לשליח כלל דמהיכא תיתי יתחייב השליח לשלם כיון דלא עשה קנין, ודמי ממש למעילה, וכתב דלכך נראה דהסמ"ע מיירי שציוה לשליח לאכול, ואף שהמשלח קנה אותו תיכף בהגבהת השליח כמ"ש התוספות בקדושין והשליח מיניה דהמשלח קזכי ושל המשלח קאכיל, מ"מ דמי לגזל ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלו דרצה מזה גובה ורצה מזה גובה, והכא נמי, דנהי דיש שליח לדבר עבירה, מ"מ לא גרע השליח מאחר כשאכלו לפני יאוש דרצה מזה גובה ורצה מזה גובה וחייב השליח, ומ"מ דברי הסמ"ע תמוהין במ"ש דהשליח חייב כשיש לו לשלם ולא המשלח, דכיון דהיה קנין למשלח ונעשה גזלן ממילא רצה מזה גובה ורצה מזה גובה [והעלה בחי' (ה) "דשליחות יד בעי קנין, ורחמנא ריבה שנקנה להמשלח ע"י קנין שעשה השליח, ממילא אינו חייב רק המשלח ולא השליח, כיון דלא נקנה להשליח, רק כשאכלו השליח, אז רצה מזה גובה ורצה מזה גובה, כמו בגזל ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלו שרצה מזה גובה ורצה מזה גובה, ואפילו אם השליח הוא חרש שוטה וקטן חייב המשלח"].

כתב הש"ך (ה) דבתשובת מהראנ"ש הסתפק במי שהיה רוצה לעכב פקדון מחמת חוב אי מקרי שולח יד בפקדון.

כתב רע"א דאם אמר לנכרי לשלוח יד י"ל דג"כ חייב דכך חייבה תורה, דזה גופא הוי שליחות יד במה שמצוה לאחר לשלוח יד ולא מדין שליחות הוא.

< עמ"ש"כ המחבר דהוי כגזלן וכו', הביא הש"ך (ו) דברי הטור שכתב דדין השולח יד בפקדון הוי כשאר גזלן שאינו משלם אלא כמו שהוא בשעת תשלומין שאם שלח יד ברחל ריקנית וטענה או נתעברה אצלו וגזזה או ילדה אינו משלם אלא כמו שהיא עתה ואפילו היתה טעונה או מעוברת בשעת גזלה וגזזה או ילדה אינו משלם אלא כמו שהיא עתה, וחלק הש"ך דלהדיא בש"ס (ב"ק צ"ג צ"ו) והרא"ש דכל הגזלנין משלמין כשעת הגזלה, ולכן השולח יד בפקדון משלם כפי מה שהיתה שוה בשעת שליחות יד שאם שלח יד ברחל ריקנית וטענה או נתעברה אצלו וגזזה או ילדה או אפילו לא גזזה ולא ילדה, עיי"ש שהאריך, וסיים דלענין דינא פסק מהרש"ל דבריקנית ונתעברה או נטענה אצלו הבהמה לא קנה גוף הבהמה רק שבחה והשיג על הרא"ש.

סעיף ו

[מה הדין בשומר ששינה מקום הפקדון?]

משנה ב"מ מ: "המפקיד חבית אצל חבירו ולא יחדו לה בעלים מקום וטלטלה ונשתברה אם מתוך ידו נשברה לצורכו חייב לצורכה פטור אם משהניחה נשברה בין לצורכו בין לצורכה פטור יחדו לה הבעלים מקום וטלטלה ונשתברה בין מתוך ידו ובין משהניחה לצורכו חייב לצורכה פטור" ובגמ' "הא מני רבי ישמעאל היא דאמר לא בעינן דעת בעלים דתניא הגונב טלה מן העדר וסלע מן הכיס למקום שגנב יחזיר דברי רבי ישמעאל רבי עקיבא אומר צריך דעת בעלים, אי רבי ישמעאל מאי איריא לא יחדו אפילו יחדו נמי לא מיבעיא קאמר לא מיבעיא יחדו דמקומה הוא אלא אפילו לא יחדו דלאו מקומה הוא לא בעינן דעת בעלים אימא סיפא יחדו לה הבעלים מקום וטלטלה ונשתברה בין מתוך ידו בין משהניחה לצורכו חייב לצרכה פטור אתאן לרבי עקיבא דאמר בעינן דעת בעלים אי רבי עקיבא מאי איריא יחדו אפילו לא יחדו נמי לא מיבעיא קאמר לא מיבעיא לא יחדו דלאו מקומה הוא אלא אפילו יחדו נמי דמקומה הוא בעינן דעת בעלים רישא רבי ישמעאל וסיפא רבי עקיבא אין דאמר רבי יוחנן מאן דמתרגם לי חבית אליבא דחד תנא מובלגא מאניה בתריה לבי מסותא", והלכה כרבי עקיבא.

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "המפקיד חבית אצל חבירו בין שייחדו לה הבעלים מקום בין שלא ייחדו לה מקום, וטלטלה לצורכו ונשתברה, בין קודם שהחזירה למקומה בין אחר שהחזירה למקום שיחדו לה, חייב לשלם. ואם טלטלה לצורכה, בין שנשתברה מתוך ידו בין שנשתברה משהניחה במקום אחר, פטור { (רמ"ה -) טלטלה לצורכה (סמ"ע וש"ך) ודלא כספרים 'לצורך מקומה', ור"ל כגון שמונחת במקום התורפה ומטלטלה למקום המוצנע כדי שלא תשבר, וע' רע"א), חייב בפשיעה ופטור באונסין, ואם אירע האונס מחמת שינוי המקום, אם ייחדו לה הבעלים מקום, חייב אפילו משהניחה (דתחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב כמבואר בסימן רצ"א), ואם לא ייחדו לה הבעלים מקום, פטור משהניחה }".

ביאר **הסמ"ע** (יא) דמש"כ המחבר 'וטלטלה לצורכו' כן הוא ג"כ לשון המשנה והפוסקים, ובגמ' דייק מדקתני טלטלה ולא נקט נטלה, משמע דאיירי אפילו בלא נטלה ממקומה כדי לגזלה או לשלוח בה יד כדי לחסרה, אלא טלטלה כדי לעלות עליה במקום סולם כדי ליטול גוזלות מהשובך ולהחזירה אח"כ בעינה למקומה, אפ"ה חייב באונסין כיון שטלטלה לצורכו, משום הכי דקדקו הרמב"ם והמחבר ולא כתבו דשלח יד בהחבית, ודלא כלבוש דכתב ב' פעמים בהאי דינא דמיירי כשהיתה דעתו לחסרה.

עוד ביאר **הסמ"ע** (יג) דמש"כ הרמ"א 'מחמת שינוי המקום' ר"ל שלא החזיר למקומה הראשון ובאו הגנבים וגנבה, חייב אפילו אותו מקום השני משומר יותר מן הראשון, דאמרינן אילו הגנבים לא היו מצויים שם ולא גנבה אילו נשאר שם או חזר והניחה למקומה הראשון, וזהו דוקא שייך כשייחדו לה הבעלים מקום מתחילה דאל"כ כל מקום שחוזר ומניח שם הוא מקומה, אולם **הנתיבות** (ז) כתב דהדברים תמוהים דהא אפילו שומר שמסר לשומר אף דודאי אסור לעשות כן מטעם שאין רצונו שיהיה פקדונו ביד אחר אפ"ה לא חשיב פשיעה כמבואר בב"מ ל"ו בתוס', ועוד, דבשוכר לילך במקום זה והלך במקום אחר או שהשאלה לאחר פטור ביש עדים שנאנס, דדוקא להוליכה בהר והוליכה לבקעה חייב, אבל במקומות שווין ודאי דפטור, ומטעם תחילתו בפשיעה שנוח להשבר כשטילטלה, לא חייב בסופו באונס כיון שהפשיעה כבר נסתלקה, ועוד דהלשון ברמ"א 'חייב בפשיעה' לא שייך כלל לפי דעת הסמ"ע דהא הנטילה גופה פשיעה היא, וכך היה לו לומר, דחייב באונסין כשאירע האונס מחמת שינוי המקום משום דהוי תחילתו בפשיעה, ולכך ביאר דהכונה דחייב בפשיעה היינו אם פשע בשינוי המקום נגד איזה שום דבר כגון שמיעט בשמירה שהמקום ההוא אינו משומר כ"כ, כגון שהיה במקום המשומר נגד שריפה והוציאו למקום שאינו משומר נגד שריפה, אף דסתם שומר אין מתחייב בכך, מ"מ כשייחד לו מקום זה הוי כאילו התנה שיהיה דוקא במקום המשומר משריפה, כמו בכספים דאם התנה שיהיה בקרקע אף לדין ה"ל פשיעה, וכיון דהוי פשיעה נגד דבר אחד, ממילא חייב אפילו באונס שהמקום לא הוי פשיעה נגדו, מ"מ הוי אונס שבא מחמת הפשיעה וחייב, אבל בלאו הכי נראה דפטור, כיון דמקום ההוא יותר משומר הוא והוא עצמו השומר, לא גרע ממסר לאחר למי שרגיל להפקיד דפטור. עוד ביאר (ח) דמש"כ הרמ"א דפטור משהניחה פירושו דאפילו מתוך ידו היה לו להיות פטור, דהא יש לו רשות להחזיקו ג"כ בידו כשלא ייחדו מקום, ואפשר שכונתו בנשברה, דאם נשברה מתוך ידו יש לתלות שמתוך כובדה נשברה מחמת הטלטול, ומ"מ פטור משהניחה ולא חשיב תחילתו בפשיעה רק כשבשעת האונס עדיין לא נסתלקה הפשיעה, כגון בצריפא דאורבני שבשעה שבא האונס עדיין לא נסתלקה הפשיעה של שריפה, משא"כ הכא שכשהניחה כבר נסתלקה פשיעה של השבירה.

סעיף ז

בעל גמ"ח שמפקידים בידו כספים להלוואות ולהשקעות מה דינו לגבי כספים אלו, כשומר או כשואל?

האם עצם זכות שימוש בכספים הופך את השומר לשואל או רק אם משתמש בפועל, פרט בשומר אבדה (ראה רסז,כה) ובשומר רגיל?

מה הדין בחנווני ושולחני שהפקידו אצלם מעות לזמן?

מה הדין בדמי אבידה שהשתמש בהן, ואחר כך החזירן ולא השתמש?

משנה ב"מ מג. "המפקיד מעות אצל השולחני אם צרורים לא ישתמש בהן לפיכך אם אבדו אינו חייב באחריותן, אם מותרים ישתמש בהן לפיכך אם אבדו חייב באחריותן", ובגמ' "משום דצרורין לא ישתמש בהן אמר רב אסי אמר רב יהודה בצרורין וחתומים שנו רב מרי אמר בקשר משונה ואיכא דאמרי בעי רב מרי קשר משונה מהו תיקון", וכתבו **הרי"ף והרא"ש** הילכך לא ישתמש בהם.

עוד **שם** "מותרין ישתמש בהן כו' לפיכך אם אבדו חייב באחריותן, אמר רב הונא ואפילו נאנסו והא אבדו קתני, כדרבה דאמר רבה נגנבו בלסטין מזויין אבדו שטבעה ספינתו בים ורב נחמן אמר נאנסו לא (כל זמן שלא נשתמש לא הוי שואל אלא אבדו דוקא חייב כש"ש, רש"י), אמר ליה רבא לרב נחמן לדידך דאמרת נאנסו לא אלמא לא הוי שואל עלייהו אי שואל לא הוי שומר שכר נמי לא הוי אמר ליה

בהא מודינא לך דהואיל ונהנה מהנה בההוא הנאה דאי מיתרמי ליה זבינא דאית בה רווחא זבן בהו הוי עלייהו שומר שכר", והלכה כרב נחמן בדיני, וכתב הרא"ש דאע"ג דפסק הרי"ף בדמי אבידה כרב יוסף דהוי שואל עלייהו איכא למימר שאני התם דבלא הנאת שימוש הוי עלייהו שומר שכר אבל הכא דשומר חנם הוא אסקיה חד דרגא בהנאת שימוש והוי שומר שכר, ואינו טעם נכון דשכר הנאת שימוש שוה בכל מקום ואם ניתוסף בדמי אבידה פרוטה דרב יוסף אטו בשביל שהשכר מרובה יחשב שואל אין חילוק בין שומר שכר ששכרו מרובה ובין שומר שכר ששכרו מועט, והביא שהראב"ד תירץ דהנאת שימוש דהכא גריעא מהנאת שימוש של דמי אבידה לפי שירא לשלוח בהן יד לקנות בהן סחורה שמא יבוא המפקיד לתבוע פקדונו אבל בדמי אבידה יודע שישהה אצלו ימים רבים, והביאו הסמ"ע (טז לקמן), ובגליא מסכת (פת"ש ד) למד ע"פ הראב"ד לדין בעל עגלה שקיבל מעות מאדם שיקנה עבורו היכן שנוסע דקרוב לדון אותו אפילו באונסים ולא רק כש"ש, דאינו יכול לתבוע מעותיו רק המלח שהתחייב לו להביא, ואינו ירא לקנות במעות סחורה או לעשות איזה חילוף מטבע (וה"ה לכל שלוח שקיבל מעות לקנות חפץ, פסקי המשפט).

כתב הרי"ף דאף דהלכה כרב נחמן הני מילי היכא דאבדו ועדיין לא אשתמש בהו אבל אם אשתמש בהו הוה ליה הלואה גביה וקמו ליה ברשותיה ואי איתניסו איתניסו ליה וכ"כ האי גאון, וכתב הרא"ש דמה הוצרך להשמיענו ראה מן הגאון וצ"ל דבעי למימר דאחר שנשתמש בהם והחזירם למקומם דמדינא לא בעי דעת בעלים אפילו לרבי עקיבא כיון דברשות שלח בהם יד אפילו הכי חייב באחריותו כיון שכבר נהנה מהם ועוד מצפה ליהנות אם תזדמן לו סחורה.

המשך המשנה שם "אצל בעל הבית בין צרורין ובין מותרין לא ישתמש בהן לפיכך אם אבדו אינו חייב באחריותו. חנוני כבעל הבית דברי רבי מאיר רבי יהודה אומר חנוני כשולחני".

וז"ל השו"ע "היה הנפקד שולחני או חנוני והופקד אצלו מעות, אם אינם חתומים ולא קשורים קשר משונה אעפ"י שהם צרורים מותר לו להשתמש בהם, לפיכך נעשה עליהם (כרב נחמן -) שומר שכר וחייב בגניבה ואבידה אפילו קודם שנשתמש בהם, (רי"ף ורא"ש הנ"ל -) ואם כבר נשתמש בהם חייב גם באונסים אפילו אחר שהחזירם למקומם עד שיחזירם לבעליהם, ואם היו המעות צרורים וחתומים, או קשורים קשר משונה, לא ישתמש בהם, לפיכך אבדו או נגנבו אינו חייב באחריותו, ואם הופקדו אצל בעל הבית, אפילו הם מותרים לא ישתמש בהם, לפיכך אבדו או נגנבו אינו חייב באחריותו, (רמב"ם -) והוא שיטמנה בקרקע כמו שנתבאר {בסימן רצ"א סט"ו}. (ר"ת -) ובעל הבית שרוב עסקיו בריבית דינו כשולחני לפי שצריך תמיד למעות (סמ"ע ושי"ך: ובמרדכי כתב דבזמנינו שאין לנו שדות וכרמים כל עסקינו בריבית וקניית סחורה כ"ע דינם כשולחני, וכתב המהרי"ק דאין חילוק בין מקום שהתגרים מצויים לאינן מצויים, וכן אין חילוק בין עשיר שאינו צריך לאלו המעות לעני, וראה לקמן בשם האג"מ) {מרדכי -} ודוקא במעות ממש, אבל בנסכא של כסף, לא, ומיהו הכל לפי הענין (קאי בפנים גם על הציטוט של הסמ"ע בשמו לעיל) ".

כתב הסמ"ע (טז) דאפילו לדעת הרי"ף והרמב"ם דס"ל בדמי אבידה דמותר ג"כ להשתמש בהן דחייב המוצא באונסיהן כאילו כבר נשתמש בהן וכסימן רסז/כה בשם, כתב הראב"ד (לעיל) דשאני הכא דתשמיש בדמי הפקדון הוא גריעא, דירא לקנות בהן סחורה שמא יבוא המפקיד פתאום ויתבע פקדונו, משא"כ בדמי אבידה דבטוח הוא שישהה אצלו זמן מרובה, ומהאי טעמא ג"כ אינו דומה לשואל מדעת דנתחייב באונסין אפילו עדיין לא שימש בה, דשם ניתן להשתמש בו ברשות ואינו ירא דבעל הבית יבוא פתאום לתבוע ממנו.

עמש"כ המחבר 'אפילו אחר שהחזירם' וכו' כתב הסמ"ע (יז) דאע"פ דשואל שלא מדעת דשימש בפקדון והחזירה למקומה פטור מאונסין, שאני מעות דעומד להשתמש בו עוד כל שעה כשיבוא לידו דבר שיש בו ריוח, וגם כבר שימש בה, ומטעם זה כתב הרמ"א סעי' א' דבמעות בכה"ג חייב באונסין, וכ"כ הש"ך (י). ע"פ הסמ"ע ומקורו ברא"ש ניתן לומר שבחנווני ושולחני שהפקידו אצלם מעות לזמן, לא קיימת סברא זו שעוד מתכוון להשתמש בהם אזי כבר לא חייב באונסין (וכע"ז בפד"ר א' עמ' 189 למטה, אליו שלחו ב'ארץ חמדה').

כתב הש"ך (ח) דברישא שמותר לו להשתמש מוכח בתוס' בב"מ כ"ט דאפילו תובע אותם המפקיד קודם שהוציא הנפקד א"צ להחזיר אותם המעות עצמם אלא יכול ליתן לו אחרים. הנתיבות (ט) יישב תמיהת החכ"צ (בסימן עג"ט) דהתוס' כתבו כן רק לרב הונא ולא לרב נחמן ולדין דקיי"ל דהוי ש"ש אם תובעם

המפקיד קודם שהוציאם ודאי צריך ליתן לו את שלו דוקא ולא מעות אחרים. **אכן בפת"ש (ג) הביא** כמה אחי כחכ"צ, והביא שכתב בתשובת **בית אפרים** דעתו ג"כ דלא כש"ך אולם מבואר לדעתו דוקא אם הבעלים כאן ומקפידים להחזיר להם אותם מעות דוקא, אבל אם לא באו הבעלים והוא צריך למעות אלו ואינו רוצה ליקח אותם בתורת מלוה רק שמזכה לבעלים אחרים תחתיהן, שפיר דמי ויכול הוא להחליף מטעם זה נהנה וזה לא חסר כיון שאין קפידא לבעלים במעות אלו דוקא ואפילו באין לו היתר שימוש כלל כגון שאינו שולחני או חנוני, והפת"ש כתב עליו דצ"ע.

עמש"כ המחבר ע"פ הרי"ף דאם נשתמש בהם וכו' חייב גם באונסין, כתב **הש"ך (ט) דר"ל דה"ל אף כלוה עלייהו ונפק"מ דאם נפסל המטבע (לגמרי דאין עליו שם מטבע כלל, נתיבות סק"י"א) צריך לשלם לו מטבע היוצא באותה שעה אפילו הוא בעין, ולאפוקי אי אמרינן דה"ל שואל אפילו היה שואל שלא מדעת דה"ל גזלן היה יכול לומר לו הרי שלך לפניך (וכמבואר כל זה בתוס' ובמרדכי), והוסיף דאפשר שלוח הוצרך הרי"ף להביא ראיה מן הגאון, וזה יכול להיות אמת בנוסף לדברי הרא"ש.**

עוד כתב **הנתיבות (י) בהא דנשתמש בהם במחבר, דאפילו לא הוציא רק פרוטה נתיבות בכולו** כמו שפירש רש"י בקדושין מ"ז [ולזה הוצרך הרא"ש ליתן טעם דלא מהני החזרה בלא דעת בעלים, כיון דהמעות עדיין בעין ולא הוציא רק פרוטה, אבל כשכבר הוציא המעות ודאי דלא נעשה פרעון עד שיהיה נקנה למלוה, דכל זמן שלא קנה המלוה המעות לא נעשו המעות של המלוה, ולא דמי לשואל שמחזיר הדבר בעיניה למשאל, ולא היה צריך הרא"ש ליתן טעם כלל].

כתב **הש"ך (יא) עמש"כ דאם הופקדו אצל בעה"ב וכו' דכתב רי"ו (כ"כ בדעתו ליישב תמיהת הבי"י) במי שהפקיד לחברו מעות בתנאי שאם יעמיד לו אותה סחורה יקח המעות לעצמו ואח"כ אינו רוצה להעמיד לו הסחורה ורוצה להחזיר לו המעות וא"כ עכשיו אסור לו להשתמש במעות ואע"פ שהיה בענין שיוכל להשתמש במעות עד עכשיו שאינו רוצה להעמיד לו הסחורה, ודבריו לקוחים מהרא"ש גבי ההוא גברא דיהיב זוזי אשומשמי (ב"מ מ"ט) עיי"ש שהאריך.**

כתב **הפת"ש (ב) בשם הנתיבות (בסימן קכא) דדוקא ברישא דהכא דאירי בנפקד מותר להשתמש, אבל שליח אם הוא שליח להולכה דהיינו שהמלוה עשה אותו שליח להוליך המעות ללוה, או שהלוה עשה אותו שליח למסור המעות למלוה, אפילו הוא שולחני והן מותרין אין לו רשות להשתמש בהם כמש"כ הבי"י ביו"ד בסימן קס"ט, כיון שלא מסרם שישאח בידו שום זמן אלא כדי שימסרם ללוה או למלוה, ומכ"ש היכא שמסרן הלוה ואמר לו הולך וזכי, שנעשו מעות המלוה והמלוה לא מסר בידו המעות מותרין, אבל שליח קבלה של המלוה שעשה אותו שליח לקבל המעות מיד הלוה, מותר השליח להשתמש בהם דהוי כאילו הפקיד בידו מותרין.**

כתב **בפסקי המשפט (א) ע"פ האג"מ (חו"מ ב, נג) דבימינו אסור להשתמש בכספי פקדון ועליו להפקידם בבנק, שעיקר ההיתר של השומר להשתמש במעות נובע מכך שיש לו טירחה גדולה לשומרם בקרקע ולכן יש לתלות באומדנא שנתן לו את המעות על מנת שיוכלו להשתמש בהן (ראה שם בפנים שתלה סברתו בדברי הרמב"ן ושהוא מפני תיקון העולם) ולכך בימינו שהפקדת כסף בבנק היא השמירה העדיפה ביותר ואין צורך להוציא ממון עבור כך וגם אין בזה טירחא, ייתכן שהתבטלה אומדנא זו.**

המבטל כיסו של חברו האם חייב? ומה הדין בהרויח כסף של חברו בלא רשותו?

היה בידו מעות של פקדון והשתמש בהם בין ברשות ובין שלא ברשות והרויח בהם למי מגיע הרווח? אם תבע ממנו בעל הפקדון ואמר לו אני רוצה להרויח לעצמי, מה הדין? ומה הדין במלוה ולוה? מה הדין בתובע גזלן על הדמים שגזל ממנו?

גזל סחורה לפני היריד והחזירה לאחר היריד, מה דינו? (וראה גם דש/ה)

שנינו **במשנה ב"מ קד**. "המקבל שדה מחבירו והובירה שמין אותה כמה ראויה לעשות ונותן לו שכך כותב לו אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא" ולמדו בירו' "אמר רבי יצחק הדא אמרה **המבטל כיס חברו** אין לו עליו אלא תרעומת", והפי' שהמשנה מחייבת את האריס לפצות את בעל השדה על העדר רווחים משדהו, רק משום שזוהי ההתחייבות המקובלת בין אריסים, הא מי שיש ברשותו כסף של חברו

לצורך השקעה עסקית והוא נמנע מלעשות בו עסקים פטור מלפצות את בעל הכסף על הפסד רווחיו, מפני שבמקרה זה לא הייתה התחייבות מפורשת בין שניהם וגם אין התחייבות מקובלת שכזו, והוזכר דין זה בכמה מקומות במרדכי וש"ר.

כתב הרמ"א (מרדכי -) ואם הרויח במעות, בין היה לו רשות להשתמש בהן או לא, אין צריך לתת מן הרויח לבעל הפקדון (דקדק וכתב 'אין צריך' הא רוצה ליתן לו הרשות בידו, דכיון דלא בא לידו בתורת הלואה אין כאן משום ריבית, סמ"ע), מיהו אם בא בעל הפקדון ואמר תן לי פקדוני ואני ארויח בהן בעצמי, והלה מעכב בידו, חייב ליתן הרויח מכאן ולהבא (ש"ך סקט"ו: ורש"ל פסק דאפילו תבעו לדין ואמר לו תן לי פקדוני כי יש לי ריוח ברור ומברר דבריו וזה מעכבו פטור דמבטל כיסו לא הוי אלא גרמא וכן הוא בירושלמי דמבטל כיסו של חברו פטור, וראה לקמן נתיבות), אבל אם אומר הנפקד הוצאתים בעסק אם תרצה קבל עליך העסק בין לשכר בין להפסד (והוא משיב רוצה אני דוקא מעותי), הדין עם הנפקד (דכיון דהוציאם ברשות כני"ל יכול לומר השתתף עמי גם בהפסד אם תרצה בשכר, סמ"ע. דרכ"מ: ואע"ג דמבטל כיסו של חברו, עיין במרדכי בהגוזל קמא שהאריך בזה ויש חולקים שם ומחייבים לנפקד ליתן לו מחצית שכר ובמרדכי בסוף פרק המפקיד כתב בשם ר"י) (תשובת הרשב"א -) ואם נתעסק בהן לצורך בעל הפקדון, הרויח שלו, ואם גילה דעתו שעסק לצרכו, או במקום שאסור להשתמש שמסתמא עסק בהן לצורך בעל הפקדון, אינו נאמן לומר לעצמי עסקתי, עד שיאמר כן לפני עדים".

כתב הסמ"ע (כ) בפירוש הרישא ע"פ המרדכי דצ"ל דמיירי כשגילה הנפקד דעתו דאף דאין לו רשות להשתמש מ"מ הוא משתמש בו כדי ליקח הרויח לנפשו דאל"כ סותר לסיפא בשם הרשב"א, אולם הדברים תמוהין כי לא נמצאים בשום מקום, ואדרבה בתשובת הרשב"א קאי שם אבעה"ב שנתעסק במעות באיסורא ואפ"ה הצריך גילוי דעת הנ"ל ובלא גילוי דעת לא. אולם הנתיבות (יב) כתב דדחוק מאוד לומר כן דהא הרמ"א כלל ביחד היה לו רשות ולא היה לו רשות ובהיה לו רשות ודאי דאפילו לא גילה דעתו וגם בתשובת הרשב"א ובמרדכי מבואר להיפך כמו שתמה הסמ"ע בעצמו, לכן כתב דנראה דיש ט"ס בדברי הרמ"א בסיפא 'ואם גילה דעתו שיעסוק בהן לצרכו' כלומר שהמפקיד גילה דעתו שרצונו שהנפקד יעסוק בהן לצרכו, אז במקום שאסור להשתמש שמסתמא וכו', וזה הדין אמת מסברא, דבשלמא כשלא גילה המפקיד דעתו, מהיכא תיתי היה לו לעסוק בשביל המפקיד שהרויח יהיה להמפקיד וההפסד לעצמו, אטו בשופטני עסקינן, משא"כ כשגילה המפקיד דעתו, מהיכא תיתי נחזקיניה בגזלן, ואמרינן ודאי עסק בהן לצורך המפקיד.

כתב הסמ"ע (כ) בשם המרדכי דהיכא שהלוח הנפקד לגוי באמנה פושע הוא ואם כשחזר ראובן המפקיד ותבע מעותיו מן הנפקד, אם קדם ושילם הנפקד למפקיד זכה הנפקד בריבית אך אם לא שילם לו עדיין אע"ג דאמר הריני משלם לא זכה הנפקד בריבית, דומיא דשואל דכל הנאה שלו דאמר הריני משלם לא מקני ליה כפילא עד שישלם לו ותמה על הרמ"א שלא הזכיר זה.

ביאר הנתיבות (יג) דסברת הרמ"א ע"פ המרדכי בבא בעל הפקדון דחייב, דמיירי שבעל הפקדון בא בעוד שהמעות פקדון עדיין בעין בידו, משו"ה אף אם הנפקד אומר קבל עליך העסק בין לשכר בין להפסד והמפקיד אומר איני רוצה שתעסוק בו כלל רק תן לי מעותי והלה מסרב ועוסק בו, חייב ליתן לו הרויח, והטעם, דמבטל כיסו של חברו אינו פטור רק כשאינו מרויח בו, אבל כשהלה מרויח בו חייב ליתן הרויח כשמבטל כיסו של חברו, ואף דבסימן קפ"ג מבואר דאפילו נתן לו מעות לקנות חיטין להרויח ושינה וקנה שעורין ואמר שקונה לעצמו דהרויח שלו כמבואר שם בסמ"ע, מ"מ הכא חייב מטעם מבטל כיסו דכשהרויח בו חייב לשלם לחברו ההיזק דמבטל כיסו ומיירי שמברר שהיה בידו להרויח כמבואר בלשון המרדכי, ואף בכה"ג חולק הש"ך בסקט"ו כני"ל, ובסיפא מיירי הרמ"א כשבא המפקיד לתבוע מעותיו אחר שכבר הוציאם הנפקד בעסק, ותובע מעותיו, משו"ה אם אומר הנפקד קבל העסק בין לשכר בין להפסד, והמפקיד אינו רוצה ואומר תן לי מעותי, והנפקד מסרב, הרויח של הנפקד לבד, והטעם, כיון שבהתחלת העסק עדיין לא בא המפקיד והיה דינו של זה העסק ששייך לנפקד לבד.

כתב הפת"ש (ה) דכתב הפני"מ במעשה שאירע ביריד אחד שבא אחד ממרחקים עם ברזל למכור על יומא דשוקא, והיה לאחד מבני העיר תביעה עליו, ובא אליו בערמה כאילו הוא תגר וקנה ממנו הברזל בסך ידוע ונגמר המקח ומשך הברזל לרשותו, והמוכר סמך עצמו שבכלות היריד יתן לו מעותיו, ולאחר שחלף ועבר יום השוק הלך זה לתבוע מעותיו, והשיב הלוקח משטה הייתי בך ולא היה בדעתי ליקח

מקח זה ולא עשיתי אלא מפני שיש לי תביעה עליך לתפוס אותך בערך חמשים זהובים והמותר קח ולך, והלה צועק ככרוכיא שעכשיו שעבר היריד אי אפשר לו למכור סחורתו ואי אפשר לו לטלטל ממקום למקום במשא כבידה, ובשעת היריד היו הרבה לוקחים, והשיב דברור דזה הוי מזיק גמור, וראיה מדברי הרא"ש בריש פרק האומנין (שלג/ב) דאף אם לא הלכו הפועלים אלא שכבר שכרו כל בעלי בתים פועלים ואין מוצאין עוד להשתכר נותן להם שכרן כפועל בטל דקיי"ל כר"מ, ואע"ג דלא היתה כונתו להזיק אלא להציל את שלו שיהיה מוחזק הרי מבואר בסימן סו/כג וסמ"ע וש"ך שם דהיכא דחייב מדינא דגרמי חייב אפילו לא כיון להזיק אי"כ בני"ד לא יוכל לומר שעשיתי להציל את שלי דמ"מ גרם לו היוזק רב, ועוד, דהיה לו להודיע מיד ולא לדחותו בלך ושוב עד אחר היריד, ע"כ ברור שזה האיש לא עשה כשארית ישראל וראוי לקונסו ולגבות ממנו כל היוזקו של המוכר, ובתשובת חת"ס כתב דמבואר ברמ"א דהמבטל כיס חייב לשלם "אלא הש"ך שם נוטה לדעת מהרש"ל דאינו אלא גרמא.. קשה להוציא נגד הנ"ל" ובמקום אחר כתב "הנה דין פשוט ביש"ש פרק החובל דמבטל כיסו של חברו פטור, ורמזו הש"ך זה ג' פעמים", וזה דלא כפנ"מ, דהא הרש"ל והש"ך פסקו אף שישנה מניעת ריוח ברור כמבואר בדבריהם ובנתיבות (וכ"כ בפסקי המשפט שהש"ך חלוק על הפנ"מ, ועוד כתב לדון לפי הפנ"מ בהחזרת חפץ לאחר עונת המכירות או החגים).

סעיפים ח - ט

מסר פקדון של חברו לגנבים שבאו אצלו, מתי הוא פטור והאם יש חילוק בין שומר לאינו שומר ומי גרוע יותר? נמק. מה הדין כשכספים אלו היו כספי פדיון שבויים?

ע"פ עובדא דב"ק קיז: כתב הרמב"ם וכ"פ השו"ע "המפקיד אצל חברו ממון או כלים חשובים, ובאו עליו גנבים וקדם ונתן להם הפקדון להציל עצמו, אם היה אמוד שהוא בעל ממון חייב, שחזקתו שבגללו באו הגנבים ונמצא זה מציל עצמו בממון חברו, ואם אינו אמוד, חזקתו שלא באו אלא לשמע הפקדון".

כתב הש"ך (יח) שהרשב"א כתב דהא דפטור היינו דוקא כשהיו יד הגנבים שולטות בו שאם יחפשו ימצאו דאל"כ ודאי חייב דלא גרע מאנסים שאנסו להביא ממון והביא ממון חברו שהוא חייב כ"ז שאין יד האנס שולטת בו וכדלקמן שפח"ד וכן הוא דעת בעל המאור, וה"ה כתב לדעת הרמב"ם דשאני הכא כיון שהממון הוא ברשות הנפקד וכ"כ התוס' והרא"ש דשאני שומר דאדעתיה דהכי קבל שמירה (ופטור בכל גווני) וז"ל הרמב"ן "שיש הפרש בין נפקד לאדם אחר שהאחר שאנסוהו להביא ממון של פלוני מן שמיא הוא דקנסוהו בהך אונסא דנפל עליו ואסור להציל עצמו באותו ממון של חברו שאין הממון גורם עליו כלום הלכך מכיון ששלח בו יד נעשה עליו כגזלן להתחייב באונסיו אבל הנפקד שהוא כבעלים ידו כידם ורשותו כרשותם ועשייתו כעשייתם ורואין אותו כאלו הבעלים היו שם ובאו עליו הגנבים שבודאי היו נותנין אותו להם שעל מנת כן הפקיד ועל מנת כן קבל שיהא שומר כבעלים ולא שיהיה בידו עושר שמור לבעליו לרעתו שהוא נהרג עליו וממונם פלט והיינו כסא דכספא דבש"ס דילן כו' והיינו נמי מימרא דירושלמי כו" עכ"ל הרמב"ן, אך סיים הש"ך ד"מיהו לקמן סימן שפ"ח ס"ד העליתי דבאנס שאנסוהו להביא ממון פלוני פטור וא"כ בלא"ה ניחא הכא".

כתב הש"ך (יט) על הרישא דחייב בנתן להם הפקדון וכו', דמדובר דלא היו הגנבים יכולים לשלוט בו אבל אם היו מוצאים אותו אף בלא"ה פטור, ומודה בזה הרב המגיד לרשב"א [ובדרכי חושן כתב שהקשו האח' מסתירת דבריו לסקי"ח עי"ש בכמה יישובים, וסיים דהעולה לדינא דבאמיד חייב בכל אופן ואפילו ימצאו בחיפוש (ואפשר דערוה"ש פוטר בזה), ואם ימצאו בלא חיפוש יש לומר שהש"ך כאן פטור, ובאינו אמיד פטור בכל אופן ואפילו אם יחפשו ולא ימצאו ודלא כרשב"א].

עוד מבואר שם שאם אותו ממון של פדיון שבויים פטור שאין לך פדיון שבויים גדול מזה וכתב הרמ"ה דדוקא שלא היה אצלו ממון אחר לפדות עצמו אף על פי שיש לו ממון הרבה כיון שאינו אצלו פטור, וכ"פ בשו"ע (ט) "הופקד אצלו ממון של פדיון שבויים ובאו עליו אנסים ונתנו להם להציל עצמו, אם לא היה מצוי אצלו שם (דקדק 'שם' כרמ"ה הנ"ל וכדין צדקה בסימן רנ"ג בהולך בדרך ואין לו מה לאכול דמותר לקבל מהצדקה וא"צ לשלם אח"כ, סמ"ע) ממון אחר לפדות עצמו בו, פטור, שאין לך פדיון שבויים גדול מזה. (רשב"א וכ"כ ברמב"ם -) ודוקא שהיה ממון של פדיון שבויים סתם, אבל אם היה של פדיון שבויים ידועים, חייב".

סעיפים י - יא

אדם הפקיד אצל חברו חפץ והנפקד ערבו עם חפציו הדומים לזה ונגב חלק מהם, של מי ההפסד? אם שנים הפקידו אצל אחד חפצים שווים ונגב חלק מהם איך דנים בזה והאם יש חילוק איזה סוג חפץ?

ראובן קבל משמעון עשרת אלפים לירות כדי להוליכם לעיר אחרת, גם לוי העביר בידי ראובן סכום של אלפים לירות בכדי להוליכם לאותה כתובת. את כל הכסף הכניס ראובן לארנקו שבו היו אלף ל"י משלו בדרך התנפלו שוודדים על ראובן וטרדו מארנקו סכום של אלפים לירות, כיצד יחלק סכום הכסף שנותר בארנק? הסבר.

ראובן הפקיד אצל שמעון עשר מעות להוליכו על אחריותו ושמעון עירבם עם עשרים מעותיו ונאבדו שלוש, מה הדין, ומה הדין בהפקיד טלאים?

מה דין אדם שהפקיד אצל חברו מעות וטבעיות זהב (חתיכות זהב) ועירבן הנפקד עם מעותיו ואת חתיכות הזהב עירב עם שלו, ונאבדו קצת מזה וקצתן מזה?

מה הדין ממון מועט של חברו שאינו שלו ולא הופקד בידו, שנתערב בממון שלו, האם עובר בגזל והאם מתחייב בהשבה?

שנים שהפקידו מעות אצל שמעון, ראובן הפקיד עשר מעות ולוי הפקיד חמש, ושמעון הנפקד יש לו עשרים מעות ונגבבו שלוש, מה הדין?

משנה ב"מ מ. "המפקיד פירות אצל חברו הרי זה יוציא לו חסרונות" ובגמ' "תנא במה דברים אמורים שעירבן עם פירותיו אבל יחד לו קרן זוית אומר לו הרי שלך לפניך. וכי עירבן עם פירותיו מאי הוי ליחזי דידיה כמה הויין במסתפק מהן וליחזי כמה אסתפק דלא ידעי כמה אסתפק".

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "המפקיד פירות אצל חברו הרי זה לא יערבם עם פירותיו (רמב"ם, ומשנתנו בשעבר וערבם ופשוט, ה"ה) (ואז אף אם הם חסרין טובא יכול לומר הרי שלך לפניך, ומטעם הילך, סמ"ע, כלומר אם יש עסק הודאה במקצת על החסרון, נתיבות), עבר וערבם, יחשוב כמה היה הפקדון ויראה כמה חסר הכל, ויחשוב חסרון הפקדון (סמ"ע: ר"ל דיחשבו על כל המדות השיעור שדרך להתחסר ואם אין חסרון יותר ממה שדרך להתחסר וכדלקמן אזי הוא פטור בלא שבועה, ואם הוא חסר יותר אזי צריך לישבע שנחסר כ"כ שלא בפשיעתו ויתן למפקיד פירותיו לפי ערך המדות שהיו יחד של המפקיד ושלו) ויתן לו אחר שישבע (דבודאי יש לו לישבע שהרי זה כמו נאנסו, ה"ה).. (יא) נסתפק מהם ולא ידע כמה נסתפק, יוציא לו חסרונו (ע"פ המשך המשנה וגמ' שם -) לחטים ולאורז קלוף, ד' קבים ומחצה לכל כור, לשעורים ולדוחן, ט' קבין לכל כור, לכוסמין ולזרע פשתן בגבעוליו ולאורז שאינו קלוף, ג' סאים לכל כור, וכמדה הזו לכל שנה ושנה".

על ענין השבועה כתב הש"ך (כב) דאין להקשות דהו"ל מחויב שבועה ואינו יכול לישבע דמשלם דמחויב לישבע דשל חברו נאבד ואינו יודע בבירור, די"ל דנשבע שנאבד כך וכך ואח"כ אנו מחשבים לפי ערך ואומרים מסתמא נאבד לפי הערך, וכן לקמן (כה) ברמ"א גבי טבעיות דאומר המפקיד דלמא שלך נאבד אע"פ שהוא שומר וצריך לישבע ששל חברו נאבד ואינו יודע בבירור לא אמרין דהוי בשביל כן משואיל"מ אלא כיון שנשבע או שיש עדים או שמודה לו שנאבדו טבעיות סגי בהכי.

כתב הנתניבות (טו) דעירוב פירות המדובר מיירי שעירב בפירות שוין, אבל אם עירב בפירות גרועין שלו הוי פשיעה וחייב באונסין כשיש לתלות שהאונס בא מחמת הפשיעה.

כתב הרמ"א על סעי' י" (תה"ד -) וכן אם נתן לו מעות להוליכו על אחריותו (של המפקיד, תה"ד וסמ"ע) ונתן עם מעותיו (היינו בשק א', אבל בכיסים חלוקים דינו כטבעיות, ש"ך), ונאבדו מקצת המעות, ההפסד לפי ערך המעות, ודוקא מעות וכיוצא בו שאינו דבר מסויים, אבל אם נתן לו להוליך טבעיות של זהב וכיוצא בו, וערבן עם שלו ונאבד אחד מהן, יכול המוחזק לומר לשאינו מוחזק דלמא שלך נאבד (ואין המוחזק מפסיד כלום ואע"פ ששלו היה הרוב אין הולכים בממון אחר הרוב נגד חזקה, ש"ך) (דרכ"מ: דוקא מוחזק יכול לומר לשאינו מוחזק אייתי ראיה אבל שנים דליכא חזקה לשום חד מנייהו -), (תשובת מיימוני ותשובת הרשב"א -) ואם שנים הפקידו אצל אחד (קאי דוקא בהפקידו טבעיות דאילו הפקידו מעות ג"כ החסרון לכולם לפי ערך, סמ"ע), ונאבד או נגנב אחד מהן, אזלינן בתר רובא, (בדבר הנייד כגון בהמות דאם לא כן בנגנב ה"ל לקח מן הקבוע, ש"ך) וכל דפריש מרובא קא פריש ואם הוא קבוע כמחצה על מחצה דמי (ר"ל דאם פריש מעצמו ונאבד אזלינן בתר רובא ואם אדם לקח מהטבעיות אמרינן כל קבוע, ואין חילוק בזה בין אם כל אחד היה בעין או בתערובות כי אם באיסור והיתר ומטעם שמא יקח מן הקבוע, סמ"ע).

ביאר הסמ"ע (ל) דבמעות לא דומה למפקיד טבעיות ומפקיד טלה אצל חבירו והניחו בין טלאים שלו דיכול לומר שלך מת, דשאני התם דיש קפידא דכל אחד חפץ בשלו והיה מתחילה ברור וידוע למי הוא זה, וכיון דהנפקד הוא מוחזק יכול לומר למפקיד שלך מת או נגנב והמוציא מחברו וכו', משא"כ בפירות ומטבע דשם חד עליהן ואילו לא נגנבו היה מחזיר לבעלים בלי קפידא, במדה או במנין, משו"ה ה"ל כאילו היה חתיכה אחת והחסרון הוא לפי ערך לכולם. כתב בשערי יושר (גכה) דנראה הטעם דכיון דליכא קפידא לבעלים על התערובות והנפקד עירב מדעת הרי זה נעשה קנין שותפות ע"י העירוב כמבואר בסימן קע"ו במחבר וברמב"ם דקנין שותפות הוא התערבות, וכיון דהבעלים אינם מקפידים ע"ז והנפקד עירב בכונה נעשו ע"ז משותפים שכל אחד זוכה חלק בשל חבירו, וכתב דלפ"ז נראה דאם נתערבו פירות חבירו או גם מעותיו של חבירו שלא מדעת או בשוגג, דאז יכול לומר כשנאבד שלך נאבד.

ביאר הש"ך (כד) דלפי ערך המעות דברי שאר ר"ל דאף שאחד מוחזק אינו יכול לומר דילמא שלך נאבד וכן נמי לא אזלינן בתר רובא לומר כל דפריש מרובא פריש, אלא חושבים לפי ערך כגון ששלו היו יי ושל חבירו כ' ונאבדו או נגנבו ג' הוא מפסיד א' וחבירו מפסיד ב' וכן אם היה להיפך שלו כ' ושל חבירו יי הוא מפסיד ב' וחבירו א'.

כתב הש"ך (כט) דבתשובת מהר"ח אור זרוע פסק במעשה שהביאו אתרוגים בסל אחד ד' שותפים, לא' כ' ולאחד ח' ולאחד ג' ולאחד ב', וסמנו בקשרים של כל א' וא' ובא אנס והריק כולם מן הסל והתיר הקשרים ולקח יי מהם והשאר החזיר להם ועתה אבדו הסימנים, דכל דפריש מרובה פריש והעכו"ם מן הרוב לקח דהיינו מאותן שהיו לו כ', ומהרא"י חלק, וגבי קושית מהרי"ל אמאי לא נימא דהוי קבוע כתב הש"ך לתרץ דמירי שלקח העכו"ם שלא בפנינו, כלומר דלפי הש"ך הא דבנגנב הוי קבוע מיירי בגנב ישראל (נתיבות). אולם הקצות (ב) האריך דלא אמרו הפוסקים לחלק בין לקח עכו"ם ללקח ישראל אלא בלקח מתשע חנויות מוכרות בשר שחוטה ואחת בשר נבילה, דכיון דאיסור נבילה ליכא בנכרי ומשו"ה לא הוי ביה דין קבוע כיון דאין הספק נוגע אליו כלל ואזלינן בתר רובא, אבל באיסור גזל דנכרי מצווה כמו ישראל וחמיר ביה איסור גזל דאזהרתן היא מיתתן א"כ מה לי לקח ישראל ומה לי לקח נכרי, וא"כ אפילו לקח נכרי שלא בפניו אמרינן ביה דין קבוע כמחצה על מחצה, ובזה מיושב הירו' גבי אבנים גסות ששמו בגסות ששמו באותו כיס דאמרינן מחצה לזה ומחצה לזה ולא אמרינן ניזל בתר רובא ואפילו נגנבו ע"י עכו"ם. אכן הנתיבות (יז) יישב דעת הש"ך דגבי גוי ליכא עשה דהשב תשיבם, דהא בן נח נהרג ולא ניתן להישבון, רק שהגוי אינו קונה הגזילה מטעם כל מידי דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני, ויכול הישראל ליקח גניבה שלו בעצמו מהגוי, א"כ החילוק פשוט, דבישראל הספק נולד למי שנתחייב במצוה דהשבה, דלענין לאו דלא תגזול ליכא ספיקא דלשניהם איכא איסורא דלא תגזול, ואין הספק רק לענין השבה, משא"כ בגוי דליכא גביה מצות השבה וליכא נגדו ספיקא כלל, ואין הספק רק בין הנגזל מן מי שיפסיד, ונגד הנגזלים נולד הספק שלא בפניהם ואמרינן בהן כל דפריש כדין כל ספק הנוולד שלא בפניהם דאמרינן כל דפריש.

על דין רובא פריש דכתב הרמ"א האריך הנתיבות (טז) דדוקא בהיה לאחד יי ולאחד ה' ונאבדו מהם ה', אז ההפסד רק לבעל המרובה, אבל אם נאבדו יותר מה' כגון שנאבדו ז' או ח', אז החמשה מן ההיזק הוא רק לבעל המרובה, והב' או הג' שנתחסרו יותר הוא מחצה לזה ומחצה לזה, ובגוף הדין שכתב הרמ"א הרבה חולקין וס"ל דכיון שהדין הוא על מה שנשאר בקביעות ההיזק על שניהם (כלומר

לטעמם דין כל פריש משפיע רק על מה שפרש ולא על מה שנשאר, דרכי חושן, והאריך בזה ממשנה דמעשר שני ומירו' גבי אבנים הנ"ל. עוד כתב דמיירי שעירבם השליח ברצון המפקידים אבל אם נתנו לשליח בשתי כריכות והשליח עירבם, חייב לשלם לשניהם אם כל אחד טוען ברי, ואם נמצא קצת מהאבידה, אותן שנמצאו חשיב כאילו לא נאבדו, ודין כאילו לא נאבדו רק אותן המקצת שחסרו.

סעיפים יב – יג

ע"פ **משנה וגמ' שם** פסק **השו"ע** כלשון **הרמב"ם** (יב) בד"א שמדד לו בימות הגורן והחזיר לו בימות הגורן, אבל מדד לו בימות הגורן והחזיר לו בימות הגשמים, אינו מוציא חסרונות, מפני שהם מותרות (מחמת לחותן הן נתפחים ונתמלא המדה כשיעור החסרון) ולא חילק המחבר בין מונחים במקום צר או לא אף שבגמ' (מחלקים) (יג) וכן מוציא לו **שתות לין**, ושלשה לוגי שמן למאה לוגין, לוג ומחצה שמרים ולוג ומחצה בלע, ואם היה שמן מזוקק אינו מוציא לו שמרים, ואם היו הקנקנים ישנים, אינו מוציא לו בלע", וכתב **ערוה"ש** (כט) דכל אלו הדברים תלויים לפי הזמנים ולפי המקומות וכמנהג הסוחרים.

סעיף יד

פסק **בשו"ע** ע"פ **רמב"ם** בשם **הר"י מגאש** "הפקיד אצלו פירות שאינם מדודים ועירבן עם פירותיו ולא **מדדן**, ה"ז פושע, ואם בעל הפקדון אומר כך וכך היו, ושומר אומר איני יודע, ישלם בלא שבועה, שהרי חייב עצמו בתשלומין ואינו יודע כמה הוא חייב, ונמצא חייב שבועה שאינו יכול לישבע (והוא שבועת מודה במקצת כמבואר בטור, דרכי חושן)", ודלא כ**ראב"ד** שכתב שאין זה דומה לחמשין ידענא וחמשין לא ידענא דהתם הוה ליה למידע ואיערומי קא מערים ותובע נמי קא טעין עליה ואמר מידע ידעת ודבר שבמנין קא טעין ליה ודבר שבמנין קא כפר ליה והוה ליה מחוייב שבועה שאינו יכול להשבע ומשלם אבל הני לאו הכי הוא והיינו טעמא דשק צרור דאמרינן עלה בירושלמי ישבע ויטול ולא אמרו יטול בלא שבועה, וביאר **הב"י** ד**ס"ל** דאין קרוי מחוייב שבועה כל שלא היה לו לידע ואין זה טוענו בבירור אתה יודע שכך היו ואינו כופר לו בדבר שבמנין, ומאחר דכ"ד **הרי"ף** כמש"כ הרמב"ם וכ"ד **הרא"ש** (אף שחולק על הדין דקודם לכן ברמב"ם גבי שומר שנתחייב לשלם ואמר איני יודע כמה והמפקיד טוען ברי דנוטל בלא שבועה, דהכא עירבו בידיים ווהוא פשיעה טפי, **סמ"ע** סקל"ו, והש"ך כתב דאינו חולק התם אלא בהפקיד אצלו בשק מטעם דמעשים בכל יום שאין הנפקד מדקדק מה שיש בשקים ומרצופים משא"כ הכא ומכל מקום הלכה כרמב"ם (שם) נקטינן כוותיהו, וכ"פ **הש"ך** (לב) ודחה בסימן ע"ב דברי הב"ח לחלוק ארמב"ם ע"פ הסמ"ג.

הרא"ש (בטור) הוסיף על דברי הרמב"ם דאם לפי טענת המפקיד היו שוים ב' כסף ופרוטה והנפקד אומר יודע אני שהיו שוים פרוטה ואיני יודע כמה היו שוים יותר יש כאן חיוב שבועה אבל אם אמר פירות סתם ולא הודה בשוה פרוטה אין בהודאתו משמעות של שוה פרוטה שאף בפחות משוה פרוטה קרויין פירות, ובבד"ה כתב שאינו מוכרע בדברי הרמב"ם, והש"ך (ל) כתב דאין כן דעת הרמב"ם אלא דאף בהודה בסתם בפירות אין הודאתו בפחות משוה פרוטה.

כתב **הנתיבות** (יח) דהמחבר מיירי בגוונא דליכא הילך כגון שנפסד המותר בפשיעה וזה נקרא ה"ל למידע שכתבו הסמ"ע והש"ך.

סעיף טו

משנה ב"מ לח. "המפקיד פירות אצל חברו אפילו הן אבודין הרי זה לא יגע בהן, רשב"ג אומר ימכור בבית דין מפני השבת אבידה לבעלים", ובגמ' "אמר רבה בר בר חנה אמר ר' יוחנן מחלוקת בכדי חסרון אבל ביתר מכדי חסרון דברי הכל מוכרן בבית דין. איתמר רבה בר יעקב אמר רבי יוחנן הלכה כרשב"ג ורבא אמר רב נחמן הלכה כחכמים", וכתב **הרי"ף** דהלכתא כדפסק רב נחמן דבתראה הוא וכ"פ **הרמב"ם**, **והרא"ש** פסק כרשב"ג דלא קיי"ל הלכה כבתראי אלא מאביי ורבא ואילך אבל בדורות שלפניהם אין הלכה כתלמיד במקום הרב ואי משום דרבא בתראה הוא לאו משמא דנפשיה קאמר ואי משום דהלכתא כרב נחמן בדיני היינו דוקא כנגד בני דורו ולא כנגד רבותיו ועוד דקיי"ל נמי הלכה כשמואל בדיני ואיהו פסיק בע"ב כרשב"ג, והקשה **הב"י** למה דחה טענת דרבא בתראה הוא משום דלאו משמיה דנפשיה קאמר דמכל מקום כיון דמשמע דהכי סבירא ליה נקטינן כוותיה.

כתב ה"ה בשם הרמב"ן דפירוש כדי חסרונם שחסר בפעם אחת או בחצי שנה כדי חסרון שמחסרין שאר פירות בכל השנה ואם אי אתה אומר כן היאך אמר רשב"ג מוכרן בבית דין, ואפשר שאף זה גם דעת הרמב"ם. עוד כתב בשם ספר המקח שדברים אלו כשאין בעל הפקדון בעיר אבל אם היה בעיר יודיענו ויעשה בהם מה שלבו חפץ וכן כתב בספר המקח.

וז"ל השו"ע כרמב"ם כת"ק "לא ערבם עם פירותיו, אע"פ שחסרים ומתמעטים והולכים, לא יגע בהם, (כרבה בר בר חנה -) בד"א כשחסרו חסרון (רמב"ן -) הראוי (על דרך שנתבאר בסעי' י"א, סמ"ע) להם בכל שנה, אבל אם חסרו יותר מכדי חסרון אם בעל הפקדון בעיר יודיענו, ואם אינו בעיר מוכרן בב"ד".

סעיף טז - יט

מי שהפקיד אצל חברו סכום גדול של דולרים והנפקד שמע שמחיר הדולרים עומד לרדת האם רשאי למזכרם לפני הפיחות או לא? האם יכול לקחנו לעצמו?

ברייתא שם לח. "המפקיד פירות אצל חברו והרקיבו יין והחמיץ שמן והבאיש דבש והדביש הרי זה לא יגע בהם דברי רבי מאיר וחכמים אומרים עושה להם תקנה ומוכרן בבית דין... שמן והבאיש דבש והדביש למאי חזי שמן חזי לגלדאי דבש לכתושא דגמלא. וחכמים אומרים עושה להם תקנה ומוכרן בבית דין מאי תקנתא עביד להו אמר רב אשי לקנקנים במאי קא מיפלגי דמר סבר להפסד מרובה חששו להפסד מועט לא חששו ומר סבר אפילו להפסד מועט נמי חששו".

כתב הרי"ף שיש אומרים דחכמים דברייתא סברי כרבן שמעון בן גמליאל דמתניתין ואם כן לית הלכתא כוותיהו, ולא מסתבר דלא שייכא פלוגתא דחכמים ורבי מאיר אפלוגתא דרבן שמעון בן גמליאל ורבנן דמתניתין דבמתניתין פליגי בכדי חסרון ובברייתא פליגי בקנקנים וסברי חכמים דחששו להפסד הקנקנים אבל בכדי חסרון סברי שפיר כרבנן דמתניתין דלא חששו להפסד מועט כזה כיון דכל הפירות ראויים להתחסר כשיעור זה ולא קיימא אפירות והרקיבו דאוקימנא להו בכדי חסרון אלא אהפסד קנקנים בלחוד הוא דקיימא, והרא"ש כתב דמסתבר כ"א דרבנן קיימי אכולה מילתא דרבי מאיר גם אפירות והרקיבו, וכתב הב"י דאעפ"כ לא כתב הטור שהרא"ש חולק בדין זה דיין והחמיץ דבש והדביש משום דהרא"ש סבר דהלכה כרשב"ג ואם כן גם לדעתו הלכה כחכמים דברייתא.

וז"ל השו"ע (טז) כחכמים "המפקיד פירות אצל חברו והרקיבו, דבש ונפסד, יין והחמיץ, עושה תקנה לבעל הפקדון אם אינו בעיר, ומוכרם בב"ד, אעפ"י שעמדו בהפסדן ואין ההפסד פושה בהם, הרי הסלים והקנקנים מוסיפים הפסד".

כתב רע"א דהא דמוכרן בב"ד בטור איתא 'יכול' למוכרן וברמב"ן כתב 'צריך'.

ע"פ עובדא דיוחנן חקוקאה בפסחים יג. פסק בשו"ע (יז) "המפקיד חמץ אצל חברו והגיע פסח, הרי זה לא יגע בו עד שעה חמישית ביום י"ד. מכאן ואילך יוצא ומוכר בשוק לשעתו, מפני השבת אבידה לבעלים. (רמב"ם ע"פ הנ"ל וכל שכן הוא שהרי בחמץ ההפסד ברור - ה"ה -) (יח) והוא הדין לשאר פקדונות שלא יגע בהם אע"פ שהוא יודע בודאי שיוזלו בזמן פלוני או יאנוס אותם המלך, שמא יבאו בעליהם קודם ויטלו ממנו".

כתב הסמ"ע (מ) דמש"כ שיוזלו בזמן פלוני ר"ל לא ימכרם זמן מה קודם לכן אבל בהגיע הזמן הזול או האונס, בודאי כשיוכל אז להציל במכירה או בשום צד מה טוב. ע"פ הרמב"ם והסמ"ע אפשר ללמוד גבי דולרים שנשאלו בשאלה דכל עוד לא הגיע הפיחות אינו יכול למכרם.

כתב הפת"ש (ח) ע"פ המג"א דאם הוא במקום דיכול למוכרו לעכו"ם שיודע שיחזיר לו אחר הפסח אסור למוכרו מכירה חלוטה, ואפשר שזהו שמרמז המחבר כאן בתיבת 'לשעתו'.

ע"פ המשך הברייתא בב"מ לח. והרמב"ם פסק בשו"ע (יט) "כל המוכר פקדון על פי ב"ד, הרי זה מוכר לאחרים ואינו מוכר לעצמו (וכן הדין באפוטרופוס שמכר וכסימן ר"צ, סמ"ע), מפני החשד (רמב"ם -) והדמים יהיו מונחים אצלו, ויש לו רשות להשתמש בהם, לפיכך הרי הוא עליהם שומר שכר אעפ"י שעדיין לא נשתמש בהם", וביאר ה"ה (בב"י ובאה"ג) דין דרמב"ם דלא נתבאר זה בגמ' אלא שדימה זה למעות צרורים אצל חנוני או מותרים אצל בעל הבית שיכול להשתמש בהן והוא שומר שכר אף על

פי שלא נשתמש, ולא דמי לדמי אבידה (בסימן רס"ז) שחייב באונסין אפילו לא נשתמש דשאני התם שחייב בגניבה ואבידה ואפילו באבידה עצמה שאינו יכול להשתמש בה בדמים שהוא יכול להשתמש אנו מעלין אותו מדרגה אחת וחייב באונסין משא"כ כאן שאלולי התשמיש אינו אלא ש"ח די אם נחייבהו כש"ש מפני שיכול להשתמש - דשאני הכא דירא לקנות בהן סחורה שמא יבוא בעל הפקדון פתאום ליטול דמי הפיקדון וכמש"כ בסעי' ז, **סמ"ע** (מב).

כתב **רע"א** ע"פ המהרי"ט דהוא הדין דאין מוכר לקרובים שפסול לדון ולהעיד עליהם.

סעיף כ

[מי שהפקידו אצלו ס"ת כל כמה זמן צריך לגוללו? פרט. האם מותר לו לקרוא לצורך עצמו? ומה הדין להעתיק? פרט.]

ע"פ ברייתא **ב"מ כט**: פסק **בשו"ע** "המפקיד ס"ת אצל חבירו, גוללו (כדי שלא יתעפש) פעם אחת ליי"ב חדש (כרי"ף **רמב"ם** **רא"ש** שפסקו כת"ק ודלא כטור שפסק כראב"י שמשנתו קו ונקי דאחד חדש ואחד ישן ל' יום, ודלא כסומכוס בחדש ל' יום בישיב חודש), ואם כשהוא גוללו פתחו וקרא בו מותר, אבל לא יפתח בגלל עצמו ויקרא, וה"ה שאר ספרים, ואם פתח וקרא וגלל בגלל עצמו, הרי שלח יד בפקדון (דקיי"ל שליחות יד א"צ חסרון, גר"א) (רמב"ם -) ונתחייב באונסים", וכתב הרמ"א "**מרדכי** -) וכמו שאסור לקרות ממנו, כך אסור להעתיק ממנו אות אחת, והני מילי בעם הארץ, אבל ת"ח שאין לו ספר כיוצא בזה, מותר לקרות ולהעתיק ממנו, כי ודאי אדעתא דהכי הפקידו אצלו (והוא שאין לו כיוצא בו לפי שכשהפקידו אצלו יודע היה שילמוד בו ואדעתא דהכי הפקיד אצלו כמו מפקיד מעות כשהם מותרים דישתמש בהם ושמא הטעם משום דאיתא במדרש משלי על 'לא יבוזו לגנב כי יגנובי' שאין לבזות מי שגונב דברי תורה, **שם**). ובמקום בטול תורה, שאין ספרים נמצאים, יכולין ביי"ד לכוף לאחד להשאיל ספריו ללמוד מהן, ובלבד שישלמו לו מה שיתקלקלו הספרים (ע"פ תשובת **הרא"ש**, ובלבד שישומו ג' שמאים הספר ואם יפחת ויקלקל שישלם לו הפחת ע"י אותן שמאים ויתן משכן בכדי שומת הספר, **רע"א** בשמו)".

כתב **הש"ך** (לד) דאע"ג דגבי מציאה פסקו הרמב"ם והמחבר בסימן רס"ז ג' ל' יום, י"ל דמפקיד שאני כיון שמפקידו מדעת ולא אמר שצריך לגוללו כל ל' יום סגי בהכי, מיהו דעת הטור דגם כאן צריך לגוללו כל שלשים יום, ודחה **הש"ך** דעת הב"י ברי"ף והרא"ש דלא כראב"י דלא מוכח מדבריהם, וכן דעת רש"י דמפקיד דמי למציאה והמשנה ראב"י וכ"נ עיקר כסתם מתניתין וראב"י דמשנתו קב ונקי וכ"פ הב"ח.

כתב **הסמ"ע** (מג) ברישא דאם גוללו תוך ל' אסור לקרות בו, ובש"ך (לד) כתב דסירכא דלישנא דטור הוא נקט דהא לדעת השו"ע גלילתו היא אחת ליי"ב חודש, וכתב **הקצות** (ג) דנראין דברי הסמ"ע גם לדעת המחבר, והוא דודאי כל שלשים יום צורך הספר הוא, דהא במציאה צריך לגלול אחת לשלשים יום, אלא דבמפקיד מדעת שאני כיון דלא ציוה לו הו"ל כמחל לו אותה טירחא, אבל אם גוללו לשלשים יום ודאי תיקון הספר הוא, וא"כ מותר לקרות ביה כשגוללו לשלשים, דתיקון הספר לא ישתנה במפקיד אלא שמוחל לו, אבל תוך ל' דאינו תיקון דהא אפילו באבידה לא הוצרך לגלול אלא אחת לל' ומש"ה תוך שלשים כשגוללו אסור לקרות בו.

כתב **הסמ"ע** (מד) שבהלכות אבידה רס"ז/כ כתב המחבר כמה חילוקים בענין היתר קריאתה כגון שלא יקרא פרשה וישנה וכו' ונראה דה"ה כאן, וכאן לא בא אלא ללמדנו אימת מיקרי שולח יד להעמידה ברשותו לענין אונסין.

עמש"כ הרמ"א ע"פ המרדכי כתב **הסמ"ע** (מה) דלפי טעם אי' דמרדכי נלמד דאם צרר וחתם הספר בקשר משונה דגילה דעתו דקפיד בקריאתו אז ידעין ביה דודאי לא ניחא ליה שיעתיק ממנו, דאסור לקרות מתוכה ומיקרי שולח יד בקריאתו וכ"ש בהעתקתו מתוכו, אולם לפי הטעם שכתב ממדרש משלי משמע דמותר אפילו ידעין ביה דקפיד, אלא דהרמ"א השמיטו ואדרבה כתב ודאי אדעתא דהכי הפקידו אצלו ומזה מוכח דס"ל דאם ידעין דהוא קפיד דהוא אסור וגם המרדכי לא כתב אלא בלשון אפשר. אולם **הש"ך** (לה) כתב דזה דוחק שיסבור הרמ"א דלא כמרדכי בלא טעם ובפרט שהביאו בד"מ בסתם, ועוד דלדבריו האי ושמא הטעם וכו' טעמא אחרינא הוא וזה דוחק, ועוד דאם כן לטעם הראשון אמאי

יהא מותר להעתיק ממנו וכי עולה על הדעת דאדעתא דהכי הפקידו אצלו שיעתיק ממנו, ועוד דאם כן הוה ליה למימר נמי בטעם הראשון דאדעתא דהכי הפקידו אצלו שילמוד בו ושיעתיקו, אלא כך פירוש דבריו דתי"ח מותר לקרות ולהעתיק ממנו שלא ברשות ואע"ג שמקלקלו לפי שכשהפקידו אצלו היה יודע שהוא חבר וילמוד בו, והשתא קשיא ליה מ"מ אמאי מותר להעתיק ממנו הא ודאי אדעתא דהכי לא הפקידו אצלו, לכך קאמר ושמה הטעם משום דאיתא במדרש וכו' אלמא שמותר לגנוב ד"ת ולהעתיקו א"כ אפילו קפיד בודאי מותר להעתיקו ואע"ג שמקלקלו במה שמעתיק מ"מ אדעתא דהכי הפקיד אצלו שילמוד בו ואינו מקפיד על הקלקול א"כ ב' הטעמים צריכי, טעם דאדעתא דהכי הפקידו אצלו צריך דמותר להשתמש בו אע"פ שמקלקלו קצת וטעם דלא יבוזו לגנוב צריך דאף ע"ג דמסתמא מקפיד בהכי מותר, וזה דעת הרמ"א שמתחלה כתב שמותר לקרות ממנו כי ודאי אדעתא דהכי הפקידו אצלו כלומר שמטעם זה מותר לקרות ולהעתיק אע"פ שמקלקלו ואח"כ כתב שיכולים ב"ד לכוף להשאיל ספריו ובכלל זה ג"כ שמותר להעתיק אפילו חבירו מקפיד על ההעתקה מטעם דלא יבוזו לגנוב.

[בספר **להורות נתן** (חו"מ ו, קכח) אסר להשתמש בספר פרטי הנמצא בבית המדרש, ואינו דומה למקרה זה שמפקיד אצל ת"ח שמן הסתם על דעת זה שישתמש בו הפקידו, משא"כ במניח ספר בבית המדרש לא נתן אותו ליד הלומדים שם, אולם דעת הגרי"ש"א ועוד דמותר משום דניחא ליה דליעבד מצוה בממוניה, הובאו ב**פסקי המשפט** (י, עיי"ש)].

סעיפים נא – כב

כתב השו"ע (כא) ע"פ הטור "הפקיד אצלו כסות, מנערה בענין שנתבאר בסימן רס"ז".

ב"מ ל. "תניא כדרך שאמרו באבידה כך אמרו בפקדון (שזו חובה עליו משום השבת אבידה לבעלים, רמב"ם). פקדון מאי עבידתיה גביה אמר רב ששת בפקדון שהלכו בעליו למדינת הים" וכ"פ בשו"ע (כב) כלשון הרמב"ם (קאי בין על ספר בין על כסות) "בד"א, בפקדון שהלכו בעליו למדינת הים, אבל אם היו עמו באותה הארץ, הרי זה לא יגע בו אע"פ שיאבד". **הסמ"ע** (מו) ביאר שמש"כ הטור ישאין המפקיד עמו במדינה (וסתם מדינה בלשון הגמרא ופוסקים הוא עיר) ששינה מלשון הגמ' והרמב"ם שכתבו בסיפא 'באותה הארץ' (והטור כתב בין ברישא ובין בסיפא באותה מדינה), אין כוונתו לחלוק ארמב"ם וה"ק דוקא כשהוא במדינת הים שהוא נעלם מהעין ולא ידענו עת בואו, אבל אם הוא בעיר, ר"ל שהוא עם הנפקד במקום ישוב במדינה אחת, אין צריך לטפל בו, ולפ"ז יהיו דברי כולם בענין אחד.

סימן רצג – מתי ניתן הפקדון ליתבע ואם יכול להחזירו בכל מקום

סעיף א

ארבעה שומרים שקבלו שמירה לזמן קבוע, האם יכולים השומרים לחזור בהם בתוך הזמן, והאם בעל החפץ יכול לחזור בו בתוך הזמן?

האם הנפקד יכול להחזיר החפץ בתוך זמן הפקדון? והאם שונה דינו מדין פועל?

נפקד שהחזיר הפקדון בעל כרחו של המפקיד, האם חשוב נתינה?

ב"ק קיח. "תניא מלוה ניתנה ליתבע בכל מקום, אבידה ופקדון לא נתנו ליתבע אלא במקומן".

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "אין המפקיד יכול לתבוע הפקדון אלא במקום שהפקידו לשם, שאם הפקידו אצלו בטבריא אינו יכול לתבועו בצפורה (שיולכנו לצפורה או יתן לו דמי שוויו אלא צריך ללכת אחריו לטבריה, ש"ך), (רמב"ם ותוס' - דמשמע דלא ניתנו ליתבע הא אם רצה להחזיר מחזיר בעל כרחו של מפקיד שלא אמרו לא יחזיר אלא במדבר כדלקמן -) אבל בכל מקום שירצה הנפקד להחזיר למפקיד פקדונו, צריך לקבלו, אפילו נתנו לו בעל כרחו חשיבה נתינה (דתנן שם שאם הפקיד אצלו בישוב לא יחזיר לו במדבר - הא בישוב מחזיר לו אפילו בעל כרחו, תוס' וכ"ד הרמב"ם כאמור), ופטור.. (ה"ה -)

ואם הפקידו אצלו לזמן ידוע, אינו יכול להכריחו לקבלו ממנו תוך הזמן (ראה לקמן) (אפילו בישוב, ש"ד).

ביאר ה"ש"ך (א) דהחידוש בענין זה דפקדון שאין המפקיד יכול לתבוע הפקדון אלא במקום שהפקידו לשם, דאע"ג דיש כאן דבר שהוא שוה ממש כמו אותו דבר שהפקיד אצלו כגון מעות מזומנים או כלי ממש כיוצא בו אינו יכול לכופו לשלם לו כאן, והוסיף דנראה דאם יש לנפקד אותן מעות שהפקיד אצלו כאן יכול לכופו לשלם לו כאן ואע"ג דהוכח בסימן רצ"ב סק"ח מדברי התוס' דהמפקיד אצל חברו מעות אפילו תובע אותם קודם שהוציאם הנפקד א"צ להחזיר להם אותן המעות היינו משום דהתם יש לו מעות אחרים אבל הכא שאם לא נחייבנו לשלם כאן לא ישלם לו כלל נראה דחייב.

כתב ה"ב"ח (ש"ך א) דצ"ע ע"פ התרומות האם יכול המפקיד להחרים סתם את הנפקד אם נמצא אצלו במקום זה הפקדון, והש"ך כתב דאף דבמלוה פשיטא דבטוענו ברי בידך הוא ממון יש לו להשביעו היסת אבל באבדה ופקדון אפילו יאמר לו בידך הוא איכא ספיקא בדבר ואולי אין להשביעו מטעמא דמסתמא לא הביא עמו (עיי"ש שהאריך בדברי התרומות) אבל מ"מ יכול להחרים סתם אפילו בשמא ודלא כב"ח שכתב דצ"ע.

עמש"כ המחבר בשם ה"ה דאינו יכול להכריחו לקבלו ממנו תוך הזמן, כתב הגר"א (ג) דכן דעת הראב"ד ע"פ סוגיית אמר לה כנסי סלע זו בפקדון וחזר ואמר לה התקדשי לי בו בקדושין י"ג דאמרינן אטו כולחו נשי דינא גמירי ה"נ סברה אי שדינא להו ומיתברי מיתחייבנא באחריותיהו, והרשב"א חולק דמי עדיף מפועל שחוזר בחצי היום וכ"ד רע"א, והקצות (ב) יישב קושיית הרשב"א דשומר שאני דנשתעבד נכסיו לשלם אם יגנב או יאבד בפשיעה, ואפילו החזירו לבעלים תוך זמנו אם שומר שכר הוא ונגנב אצל הבעלים הרי הוא נתחייב בגניבה ואבידה ובפשיעה פטור כיון שהבעלים קיבלו מדעתן לא גרע משומר חנם, אבל אם החזיר לבעלים בעל כרחו אפילו שומר חנם לא הוי ברשות בעלים, וא"כ כל דין אחריות עליו בין שומר חנם בין שומר שכר אפילו כשהוא ביד הבעלים עד הזמן שנתחייב בדין שומרין.

כתב בפסקי המשפט דדעת המחנ"א (שומרים י"ח) דהמחבר בשם הרב המגיד איירי דווקא בש"ח אבל ש"ש יכול לחזור בו באמצע הזמן ובכך תירץ הקושיה מפועל דדווקא ש"ש שמחויב בשמירה יתירה דומה לפועל ולעבד משא"כ בש"ח שאין צריך שמירה יתירה רק שלא ישע אין כאן עבדות, ואילו דעת הנחל יצחק דמדובר גם בש"ש שאינו יכול להחזיר לפני סוף הזמן ותירץ קו' הרשב"א דשומר לאו כעושה מעשה דמי.

כתב הפת"ש (ב) בשם הגליא מסכת דדוקא הנפקד אינו יכול להכריח שיקבל הפקדון קודם זמנו אבל המפקיד יכול שפיר לתבוע פקדונו אפילו תוך הזמן, וכן משמע בסמ"ע בסימן רצ"ב סקט"ז.

אמר המפקיד לנפקד להביא לו חפץ והלך לו המפקיד ונאנס החפץ בדרך, האם חייב הנפקד?

עמש"כ המחבר שבכל מקום שירצה הנפקד להחזיר למפקיד פקדונו וכו' פטור כתב הרמ"א ע"פ המרדכי (וכביאור הסמ"ע סק"ג) "ודווקא שנתנו לו אבל אם אמר (הנפקד) להביא לו (המתן) כאן ואביא לך פקדון שלך) והמפקיד הלך לו (ונאנס מיד הנפקד אחר הבאתו) חייב הנפקד (מרדכי)".

הסמ"ע דחה פירוש הלבוש דאמר לו המפקיד להביא לו והלך לו דחייב הנפקד, דהרי סיים הרמ"א 'והמפקיד הלך לו' שמע מינה דבנפקד איירי לפני זה, וגם מצד הדין אינו דכיון דבלא הפקידו לזמן איירי כאן וכדמוכח מסיפא דמחבר, א"כ מיד שגילה המפקיד דניחא ליה בהחזרת פקדון לידו ואמר לו הביא לי פקדוני, לא גרע הנפקד משליח ששלח המפקיד שלוחו לקבל פקדונו ונאנס ביד שלוחו דהאחריות על המפקיד, אולם הקצות (א) הסכים עם הלבוש דשליח שאני דמשהגיע ליד שלוחו הו"ל כאילו הגיע ליד המפקיד דשלוחו כמותו אבל באומר לנפקד דעדיין לא יצא מרשות הנפקד ואפילו אומר לנפקד שלח לי ביד עבדך כנעני כיון דיד עבד כיד רבו לא יצא מרשות הנפקד וכמבואר בב"מ צ"ט ומכל שכן כאן שאומר לנפקד גופיה, והנתיבות (א) כתב דהסמ"ע ס"ל דכשהמפקיד אמר להביא לו דהוי כפוטר השומר מחיוב שמירתו, וקבע לו זמן לשמור רק עד שיביאנו לכאן, וכיון שהביאו נפטר משמירתו אף שהלך לו המפקיד, משא"כ אם הנפקד אמר שיביא לו, דאין לנפקד כח לפטור עצמו עד שיהיה מזומן בידו ויאמר לו טול דחשיב כנתינה, ובפת"ש (א) בשם מהר"ר משה רוטנבורג דחה ראיית הקצות מב"מ דהתם קיבל השמירה לזמן קצוב ונתחייב בתחילה בשמירה עד זמן הקצוב ואינה יוצאת מרשותו עד שיחזירנה לו.

סעיף ב

ע"פ **משנה וגמ'** שם פסק בשו"ע "בד"א ביישוב, אבל אם הפקיד אצלו ביישוב והביא פקדונו במדבר, אינו מקבלו ממנו, אלא יאמר לו הרי הוא באחריותך עד שתחזירנו לי ביישוב כדרך שהפקדתו אצלך ביישוב (ע"פ הרא"ש בגמ' -) ואם כשהפקידו אצלו אמר לו אני רוצה לצאת למדבר והשיב הנפקד גם אני רוצה לילך למדבר, הוי כאילו פירש לו על מנת שאחזירנו לך במדבר, ויכול להחזיר לו במדבר (ודילג ולא כתב לא 'אי בעינא ולא 'אי בעית', והרי"ף והרמב"ם השמיטו כל זה דמשמע להו דמילתא דפשיטא הוא כיון דא"ל נפקד דאיהו נמי בעי למיפק למדבר דיחזיר לו במדבר, ב"י, והרש"ל פסק כגירסת הב"י בגמ' דבעי ג"כ שיאמר אי בעינא אהדר לך, ש"ך).

כתב **הסמ"ע** (ה) ברישא דכתב הטור **דאם מקבל עליו הנפקד אחריות** צריך המפקיד לקבל במדבר, וכתב הסמ"ע דבודאי גם הרמב"ם מודה בזה דאז הוה מדבר לו כישוב וכן מוכח בב"י.

כתב **הש"ך** (ו) על הרישא דמבואר בתוספתא דאולם **באבידה** חוזרת לבעלים בכל מקום, והטעם שהרי לא הפקידו אצלו מדעתו מיהו היינו דוקא כשמחזירו ליד הבעלים הא לאו הכי בעינן מקום המשתמר ברשות הבעלים.

[ביאר **הסמ"ע** (ו) בסיפא **דשינו הטוש"ע ממש"כ בסימן ע"ד** אם התחיל הלוח לומר אני רוצה לצאת למדבר, דאורחא דמילתא נקט הכא והתם, בפקדון מסתמא כשרוצה המפקיד לצאת ולילך בדרך רחוקה כדרך מדבר מפקיד את אשר לו ביד הנשארים בעיר, משו"ה התחיל כאן במפקיד שאומר רוצה אני לצאת, ובהלואה כשאדם רוצה לצאת בדרך רחוקה כדרך מדבר לוח מעות מאחרים לצורך הדרך, ומשו"ה התחיל שם בלוח שאמר תלוהו לי לצורך הליכתי למדבר, וכשהמלוה משיב לו גם רצוני לצאת שם, הו"ל כאילו הבטיחו על קבלתו שם, ומשו"ה כתבו שם דצריך לקבל שם, דאל"כ למה אמר כן, דאין לומר דאמר כן כדי לתבעו שם ההלואה כשירצה, דהא בלא"ה יש כח ביד המלוה לתבוע הלואתו מהלוח אפילו במדבר, וא"כ גם פירוש דיכול להחזיר לו דהכא ר"ל המפקיד צריך לקבלו דאל"כ למאי נפק"מ קאמר דיכול להחזירו לו].

סעיף ג

כתב **הרמב"ם** בשם יש מי שהורה "ודברי טעם הם" וכ"פ בשו"ע "המפקיד אצל חבירו והלך בעל הפקדון למדינת הים, והנפקד רוצה לפרש בים או לצאת בשיירא, אם בא והביא הפקדון לב"ד, נפטר מאחריות שמירתו, שאין אוסרים זה במדינה זו מפני פקדון של זה שהלך, ואי אפשר לו (גירסת המחבר) להוליכו עמו, שמא יארע לו אונס ויהיה חייב באחריותו, ובית דין מפקידים ביד אדם נאמן אצלם, מפני השבת אבידה לבעלים {**מרדכי** -} ואם לא היה יכול להניחו ביישוב, והוצרך להוליכו עמו למדבר מכח סכנה או מכח שומר שמסר לשומר, ונאנס מידו, י"א דפטור הנפקד}."

כתב **הסמ"ע** (ז) דלא גרסינן כלבוש 'ואין אומרין לו' משום דהאומרים לו מסתמא הן הבית דין שהן הן האומרים לאדם במה ואיך יתנהג, ואם בית דין אומרים לו ליקחנו עמו במדבר, אז לא יהיה האחריות על הנפקד כיון שברשות הוליכו עמו, ו-ואי אפשר לו ר"ל לעשות מעצמו וגם הבית דין ודאי לא ירשוהו לעשות כן על אחריות המפקיד, דמוטב לבי"ד לעשות טובה למפקיד לאמר לנפקד שיניח הפקדון בב"ד.

כתב **הש"ך** (ט) על הרמ"א בשם **רש"ל** דאם הוליכו הנפקד דרך יער שאין בו סכנה גדולה ונגזל שם פטור, אבל אם היה ישן וחבלוהו וגזלו חייב, ואם העכו"ם מודה שחבלו אם דין עכו"ם שהנחבל נשבע ונוטל חייב הנפקד להוציא ממנו ואם הלסטים מגזם לו אינו חייב להוציא.

סעיף ד

ע"פ ברייתא **דגיטין יד**. פסק בשו"ע כלשון הטור "שלח לו פקדונו ע"י אחר בין שא"ל הולך לו, או תן לו פקדונו, חייב באחריותו עד שיגיע ליד הבעלים, כיון שבעל הפקדון לא עשאו שליח להביא לו, לפיכך אם בא לחזור וליטול מיד השליח רשאי, בד"א, שלא הוחזק הנפקד כפרן, אבל הוחזק כפרן, זכה השליח מיד בשביל המפקיד, ואין הנפקד יכול לחזור וליטלו מידו, ומ"מ חייב באחריותו עד שיגיע ליד המפקיד {וע"ל סי' רצ"א סכ"א אם החזיר לאשת המפקיד} ויש מי שאומר (ר"ן, ובסימן קכ"ה כתב כן

בפשיטות, ש"ד) דה"ה נמי אפילו לא הוחזק כפרן אלא שהיה רגיל בעל הפקדון להפקיד לזה שהופקד אצלו עתה באחרונה, וכן נמי אי שדר ליה פלניא גברא מהימנא הוא, אף על גב דלא פטריה אינו יכול לחזור בו וחייב באחריותו".

ביאר הסמ"ע (ח) דאע"ג דבמתנה ובשאר ענינים הולך לא הוי כזכי וכטושי"ע בסימנים קכ"ה ורמ"ג, מ"מ בהלואה ופקדון הו"ל הולך כלשון זכי, דכיון דהממון כבר הוא של המלוה או המפקיד, בלשון כל דהו שאומר הלואה או הנפקד לשליש שמסרו הממון לידו, יצא מרשותו לגמרי וזכה הלה למפקיד או למלוה לענין שאם הנפקד הוחזק כפרן דאינו יכול לחזור בו, ובהלואה אפילו אינו הוחזק כפרן.

עמש"כ המחבר בשהיה רגיל וכו' ביאר הסמ"ע (ט) דכיון שהיה רגיל להפקיד אצלו, ודאי ניחא ליה למפקיד שגם עתה ישאר בידו ונראה דהיינו דוקא כשאצל זה הנפקד שהיה הפקדון בידו לא היה המפקיד רגיל להפקיד דאל"כ מאי אולמא האי מהאי, אולם הש"ך (יא) כתב דזה אינו אלא אפילו רגיל להפקיד אצלו ג"כ מ"מ כיון שעתה אין המשלח יכול לומר אין רצונו של המפקיד שיהא פקדונו ביד אחר א"י לחזור בו וכן משמע בש"ס ופוסקים, ועוד דהא גבי הלואה בכל ענין אינו יכול לחזור בו אע"ג דלא אולמא האי מהאי.

הקשה **הקצות** (ג) על המחבר ע"פ הר"ן דכיון דדעתו בסימן רצא/כד בשומר שמסר הפקדון לאנשי ביתו ולא שמרו כדרך השומרין דפטור מלשלם כיון דמפקיד על דעת אשתו ובניו וכרמב"ם, א"כ ה"ה במסר למי שרגיל להפקיד דאפילו פשע בו השני הראשון פטור דחד דינא אית ליה וא"כ היכי כתב דחייב באחריות כיון דנתנו למי שרגיל להפקיד, עיי"ש שהאריך ונשאר בצ"ע.

סימן רצד – הכופר בפקדון או שטוען נגנב

סעיף א

ב"מ ה: "אמר רב אידי בר אבין אמר רב חסדא הכופר במלוה כשר לעדות, בפקדון פסול לעדות". ז"ל השו"ע ע"פ הגמ' שם "תבעו הפקדון וכפר בו, מיד נעשה עליו גזלן, וחייב באונסים ופסול לעדות ולשבועה, בד"א, שיש עדים שבשעה שכפר בו היה ברשותו, אבל אם אין עדים לא, שמא נאבד ממנו ואמר אכפור בו ואדחנו עד שאמצאנו ואחזירנו לו".

כתב הסמ"ע (א) דנראה דאפילו לא הפקידו בעדים מ"מ כשתבעו זה פקדונו והוא כופר ואומר להד"ם ובאו עדים שראוהו בידו בשעה שאמר להד"ם, נעשה עליו גזלן וחייב באונסים, ואף אם יטעון ויאמר כונתי במה שאמרתי להד"ם שלהד"ם הוא שבא לידי בתורת פקדון אלא בתורת מכר, דא"כ ה"ל לפרש דבריו ולא לומר סתם להד"ם, ורע"א (נח/ב), צוין בפת"ש א' והגהותיו כאן) האריך לחלוק דאמאי לא נימא דלהד"ם היינו דמעולם לא הפקידו בידו דבר.

עוד ביאר הסמ"ע (ב) דמש"כ 'מיד' ר"ל אפילו קודם שנשבע על כפירתו, ואילו בכופר בהלואה מבואר בסימן ע"ה דאינו נעשה עליו גזלן, אף דאין נפק"מ בזה דהרי עכ"פ חייב באונסים (אף נפק"מ לענין שנעשה חשוד, ש"ד), ולדעת רש"י מיירי אפילו באו עדים שהיו מעות ההלואה בידו בשעה שכפר, דכיון שהלואה להוצאה ניתנה אמרינן שמשו"ה כפר שהיה צריך למעות באותה שעה ודעתו לשלם לו לאחר זמן, משא"כ בפקדון דלא ניתן להוצאה ולא להשתמש בעינה.

כתב **הקצות** (א) דדעת **התשב"ץ** שהמעכב ממון חבירו בידו הו"ל עושק ומתחייב באונסין, ולכן פסק בשמעון שע"כ תחת ידו זהב לעשות טבעת וראובן היה כותב לשמעון תן לי זהב ובין כך ובין כך נכנסה בולשת בעיר דאם הנותן הזהב היה דוחקו לעשות לו הטבעת והאומן היה דוחהו לפי שהיה טרוד בשאר מלאכות כשאר האומנין עדיין הוי שומר שכר ופטור, אבל אם נותן הזהב היה אומר לו כיון שעכבת מלאכתי עד עתה החזר לי הזהב, אין דינו כדן האומן אלא כדן נפקד המעכב פקדונו בידו שלא ברצון המפקיד ואינו שומר עליו ונתחייב באחריותו שהרי בפשיעת עכובו נאנס, אך **הקצות** חלק דמסתימת הפוסקים לא משמע הכי ולא מיחייב אלא כשכופר בפקדון דהו"ל גזלן, אבל מעכב פקדונו של חבירו אפילו שלא ברצון המפקיד אינו גזלן ולא דין עושק לו, וכן משמע מדברי הטושי"ע עב/מג ע"פ תשובת הרא"ש באומר תן לי משכוני ואמר לו לך עתה ובוא למחר אם נגנב קודם הזמן שקבע לו חייב המלוה.

כתב רע"א דיש להסתפק אם בשעת הכפירה לא היה ברשותו ובענין דלא שייך אשתמוטי דהשומר והפקדון היו באגם וכפר אם חייב באונסים, די"ל דכפירה לא עדיף מגולן ממש דבלא מעשה קנין לא קם ברשותו לחיוב אונסים, רק לענין פסול צריך שיהיה בענין דלא שייך אשתמוטי, ומלשנא דסוגיא ב"ק ק"ו משמע דגם לענין חיוב אונסין וקיימא באגם בעינן דלא שייך אשתמוטי אבל הסברא צ"ע.

עוד כתב רע"א דאף דחייב באונסים מ"מ לא פקע ממנו חיוב שומרים ונפק"מ דאם אחרי שכפר נתייקר ופשע בו שנאבד, דמצד גזלן לא משלם רק כשעת הגזילה, דהיינו שעת כפירה שהיה בזול, ומטעם שומר חייב כשעת הפשיעה, זולת בנאנס דמחייבין רק מדין גזלן ומשלם כשעת הכפירה.

סעיפים ב - ג

שמעון שהפקיד אצל ראובן פקדון וכשבא המפקיד לדרוש את הפקדון טען הנפקד שנגנב או נאבד במקום כלשהוא, והמקום היה ידוע כמקום שמתאספים בו אנשים, האם הנפקד יהיה חייב שבועה שהוא דובר אמת ולא פשע או שחייב להביא ראיה אחרת?

ב"מ פג. "תניא איסי בן יהודה אומר 'אין רואה, שבועת ה' תהיה בין שניהם' הא יש רואה יביא ראיה ויפטר כלומר ואם לא יביא ראיה חייב". ז"ל השו"ע "לא כפר בו אלא טען נגנב או נאבד, אם אמר שאירע הדבר במקום שיש עדים מצויים יביא ראיה בעדים לדבריו ויפטר, (רמב"ם -) אפילו משבועה (ונלמד ג"כ מהפסוק ואין אומרים שמא שלח בו יד קודם שנאבד, דעיקר השבועה היא שנגנב וזה הביא ראיה שנגנב שלא בפשיעה ופטור מן השבועה בדין הוא שיפטר אף משבועה דשליחות יד דאחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן לאשבועי אם לא בגלגול וכ"ד התוס', סמ"ע ובאה"ג), ואם לא יביא עדים לדבריו ישלם, (ב"מ ו. ב"ק קז. "אמר רב ששת שלש שבועות משביעין אותו שבועה שלא פשעתי בה שבועה שלא שלחתי בה יד שבועה שאינה ברשותי" -) ואם הוא במקום שאין עדים מצויים ישבע שהוא כדבריו (רמב"ם ע"פ שם -) ומגלגלין עליו בשבועתו שלא פשע בשמירתו אלא ששמרו כדרך השומרים ושלא שלח בו יד קודם לכן שאם שלח בו יד קודם לכן ליהנות ממנו נתחייב אפילו נאנס {וי"א (רא"ש ע"פ הירו') דאפילו איכא עדים שנגנב או נאבד צריך לישבע שלא פשע, ומגלגלין עליו שלא שלח בה יד (סמ"ע: טעמם דכיון דלא מוחזק בזה ברשע כולי האי משו"ה חיישינן לה, משא"כ בשלח בה יד לשמש בה דעבר על דעת המפקיד בידים וכ"ש אם היתה דעתו לחסרה ע"י ששלח יד דגול בידים), אבל אי איכא עדים שלא פשע, אין צריך לישבע שלא שלח בה יד } (ג) (רמ"ה -) זה שאמרנו שבמקום שיש עדים מצויים אם לא הביא עדים שיעידו כדבריו ישלם, ה"מ במידי דשלטא ביה עינא, כגון מעביר חבית בשוק וכיוצא בו (דומיא דעובדא דחביתא דחמרא בריסתקא דמחוזא בב"מ פ"ג), אבל מילתא דעביד דמתרמי דלא שלטא ביה עינא, כגון מאן דנקט חפצא בידיה, דאפשר שאעפ"י שרבים מצויים שם ליתרע אונסא ולא ירגישו בו בני אדם, דינו כמקום שאין עדים מצויים".

ביאר הש"ך (ב-ג) שהשבועה המוזכרת ברישא ע"פ ב"מ ו' שיישבע שהוא כדבריו שאינו ברשותו שנגנב או שנאבד ואינו ברשותו ושבועה זו דאינה ברשותו דאורייתא היא, כיון דשבועה זו פוטר עצמו מתשלומים והכי מוכח בגמ', אבל שבועה דאינו ברשותו דלקמן רצה/א היא מדרבנן כיון שמשלם ומשביעין אותו שאינו ברשותו מחשש דשמא עיניו נתן בה, ומה דמגלגלין עליו שלא פשע בשמירתו כלומר דמשביעין ליה שלא פשע אבל לא סגי שנשבע שנעשה שלא בכוונה והטעם דלשון זה משמע דמודה דפשע ולא נזהר לשומרו כראוי אלא שלא עשה כן בכוונה, כ"ה הרא"ש וכן משמע בגמ'.

עוד כתב הש"ך דמש"כ המחבר 'שאם שלח בו יד קודם לכן' וכו' משמע כפירוש רש"י דלא שלחתי בה יד כלומר לעשות בה מלאכה או שאר הנאה ולא כפירוש ר"ת שמפרש שלא אכלה וכן משמע דעת הפוסקים, וכן נ"ל עיקר מדאמרינן בב"מ מ"א דמר סבר שליחות יד צריכה חסרון ומ"ס אין צריכה חסרון והכי קי"ל דאי"צ חסרון משמע דלכ"ע לשון שליחות יד היינו לעשות בה מלאכה או שאר הנאה, ובהכי ניחא מה שהקשה הב"ח בסעי' ה' למה השמיט הטור פירוש ר"ת ועוד כתב דהכל מודים לר"ת דשבועה שלא אכלה אינה בכלל שבועה שלא פשעתי בה ושאינה ברשותו ולכך צריך ליזהר דכשמשיעין אותו שלא שלח בה יד צריך לפרש בשבועתו תרווייהו שלא שלח בה יד לעשות מלאכתו וגם לא שלח בה יד לאכלה, דזה אינו דכיון דקי"ל צריך לישבע שלא שלח בה יד משמע היינו לעשות בה מלאכתו או שאר

שום הנאה בעולם ואם כן פשיטא דאם אכלה נהנה ממנה ושלח בה יד ואם כן כשנשבע שלא שלח בה יד דסגי בין למר בין למר.

הקשה **הקצות** (ב) דאיכא למידק דבייש רואה' אמאי חייב לשלם, להימניה במיגו דאי בעי אמר לא היו דברים מעולם או החזרתי, דהא טעמא דשבועת השומרין גופיה כתב הרמב"ם משום דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן, והרא"ש כתב משום דמיגו דלהד"מ או החזרתי הו"ל מיגו דהעזה, וא"כ הא תינח לשבועה אבל לממון דקיי"ל אפילו מיגו דהעזה מהני וכמבואר בש"ך בסימן פ"ב בכללי מיגו (אות ו'), וא"כ בין לטעמא דהרמב"ם בין לטעמא דרא"ש אמאי יתחייב ממון במקום שיש רואה הא אית ליה מיגו דלהד"מ או החזרתי [ואע"ג דבחשוד אמרינן שכנגדו נשבע ונטל בשבועות מ"ד ולא מהני ליה לאוקמי ממונא במודה במקצת במיגו דכופר הכל, משום דהתם גבי חשוד דין שבועה רמי עליה ולשבועה לא מהני מיגו או משום דלאפטורי משבועה לא אמרינן או משום דהוי מיגו דהעזה כדרבה, וכיון שאינו יכול לישבע רמי שבועה אשכנגדו, אבל בזה במקום שיש רואה ליכא דין שבועה כלל אלא חיוב ממון עד שיביא עדים ונפטר ואמאי הא ממון מהני ליה מיגו ואפילו מאינו מעיז למעיז], עיי"ש שנשאר בצ"ע, והתקשה גם בדברי המהרי"ט דכתב דאפילו אומר שנאנס במקום שיש רואה נאמן במיגו דאי בעי הוי טוען תוך מבואות העיר נאנסתי דלא שכיחי רבים, דלפי"ז הך דאיסי היכי משכחת לה, דהא אית ליה מיגו דלהד"מ או החזרתי, והנתיבות (א) כתב בקצרה דמשמע במחבר דאפילו הוא מודה מעצמו ויש לו מיגו דאי בעי היה אומר שנאנס שלא במקום רואה אפילו הכי אינו נאמן דהוי כמיגו במקום עדים ודלא כמהרי"ט [וראה במילואי חושן הע' 49 כמה תירוצים לקו' הקצות].

עוד כתב **הקצות** (ג) בהא דאם לא יביא עדים לדבריו ישלם, דאפילו לדעת הרמב"ם ושו"ע דשבועה העיקרית היא שבועה שאינו ברשותו, דאע"ג דידוע שאינו ברשותו וטוען שנאנסה כל שיש רואה צריך להביא עדים שנאנסה, ואפילו לדעת הרמ"ה בטור בסימן קפ"ז דלא אמרו יש רואה אלא בשבועת השומרין אבל בטענת פקדון והחזרתי אפילו יש רואה אין צריך עדים, אפילו הכי בשומרין צריך ראייה בעדים שנאנסה אפילו היכא דליכא שבועה דנאנסה, עיי"ש.

כתב **הנתיבות** (ב) דאפילו היא מתה לפנינו מ"מ גבי שומר שכר ושואל השבועה שנאנסה או שמתה מחמת מלאכה הוא עיקר שבועה, ואפילו בשומר חנם שלא פשע בשעת מיתה גם כן היא עיקר שבועה, ומחלוקת המחבר והרמ"א היא רק כשידוע שבשעת מיתה לא היתה פשיעה, רק שיש לחוש שמא פשע מקודם בפשיעה שיש לתלות שהאונס של עכשיו בא מחמת פשיעה ראשונה, ובזה לדעת הרמ"א הוא עיקר שבועה ולמחבר הוא רק גלגול שבועה, עיי"ש שהאריך.

סעיף ד

ע"פ הרמ"ה (ע"פ בכורות י"ח, גר"א) פסק בשו"ע "מי שהפקידו אצלו גלימא וטוען שנאנסה והביא עדים שנאנס לו גלימא, אע"פ שלא ידעו אם היתה גלימת המפקיד פטור, כיון שאילו היתה גלימא בידו ומפקיד אומר לא זו היא ונפקד אומר זו היא, נאמן בשבועת היסת, ואם המפקיד אומר שמא והנפקד אומר ברי אפילו היסת ליכא, והכא כיון דמפקיד לא ידע האי גלימא דאיתניס אי דידיה הוא או לא, נפקד מהימן".

כתב הש"ך (ו) דהיינו דוקא שהעדים אומרים גלימא כזו ממש ששואל המפקיד ראינו שנאנסה אבל לא ידענו שהיה של מפקיד, אבל אם אומרין ידענו שנאנס לו גלימא אבל לא ידענו אם היה ממש כזו ששואל המפקיד, צריך לישבע, ובזה תירץ קושית הב"ח מב"מ ל"ה דפריך שם ואי איתא לדרב הונא דמשביעין אותו שבועה שאינה ברשותו מאי טעמא חיישינן שמא עיניו נתן בה דכיון דמשתבע מלוה שאינו ברשותו היכי מצי מפיך לה ומשני רבא כשיש עדים שנשרפה ופרכינן אי הכי מהיכא מייתי לה, ונימא דמיירי שראו עדים שנשרף לו בגד אחד ולא הכירו, דיש ליישב דבעינן דוקא שראו עדים שנשרף בגד כזה והתם ליכא למימר הכי דא"כ יודעין כמה היה שוה. והקצות (ה) כתב דדבריו צ"ע, דנראה דודאי שבועת השומרין הכתוב בתורה ליתיה בענין זה שראו עדים שנאנס לו גלימא, וכיון דהאונס ידוע ואין הספק אלא בבגד אם הוא זה או לא דזה לא הוי מתורת שבועת השומרין וכמ"ש הרמ"ה, אבל שבועה דרב הונא דהוא מתקנת חכמים דשמא עיניו נתן בה, א"כ כל שלא ראו עדים אם נשרף בגד זה אכתי לא יצא מחשש דשמא עיניו נתן בה, דהא שבועה זו אינה מלתא דשבועת שומרין דהא כל שמודה שפשע ורוצה לשלם ליכא תורת שבועת השומרין ואינה אלא שבועת המשנה דשמא עיניו נתן בה, ואפילו באונס ידוע כיון שאינו ידוע אם זה הוא הפקדון לא נפיק מחששא דשמא עיניו נתן בה, אבל היכא שאינו רוצה לשלם

ורוצה ליפטר עצמו מתשלומין בטענת אונס דכה"ג לא תיקנו חכמים, דלא חיישי שמא עיניו נתן בה אלא היכא שרוצה לשלם ומודה שפשע, ואינו אלא בשבועת התורה, ומש"ה כל שהאונס ידוע דתו ליכא שבועת השומרין, דגזירת הכתוב אינו אלא במקום שלא ידעינן האונס וכמ"ש הרמ"ה, ושבועת המשנה נמי לית ביה כיון דאינו רוצה לשלם לא חשו שמא עיניו נתן בה ומש"ה מיפטר לגמרי. **בנתיבות (ג)** הקשה גם על דברי הש"ך וגם על דברי הקצות עיי"ש שהאריך, והעלה דהעיקר דאפילו מעידין סתם ג"כ פטור, ודוקא כשפוטר עצמו מתשלומין אז פטור כה"ג, אבל כשמשלם, אפילו איכא עדים שנגנבה לו גלימא כזו ממש חייב ליטבע שבועה שאינה ברשותו שהיא מדרבנן.

סעיף ה

ע"פ משנה ב"מ צד. "אם התנה הנפקד שיהא פטור משבועה, תנאו קיים".

סעיף ו

נגנב באונס והוכר הגנב, מי עושה דין עמו? מה דין סרסור של חוב שהחוב התקלקל לאחר מכן, מי מטפל בתביעה?

ב"ק קח: "איתמר נגנבה באונס והוכר הגנב אמר אביי אם שומר חנם הוא רצה עושה עמו דין רצה נשבע אם שומר שכר הוא עושה עמו דין ואינו נשבע רבא אמר אחד זה ואחד זה עושה עמו דין ואינו נשבע, לימא פליגא אדרב הונא בר אבין דשלח נגנבה באונס והוכר הגנב אם שומר חנם הוא רצה עושה עמו דין רצה נשבע ואם שומר שכר הוא עושה עמו דין ואינו נשבע אמר לך רבא הכא במאי עסקינן כגון שקדם ונשבע והא רצה עושה עמו דין רצה נשבע קאמר הכי קאמר רצה עומד בשבועתו רצה עושה עמו דין".

וז"ל השו"ע כרבא וכלשון הרמב"ם "נגנב הפקדון באונס ואחר כך הוכר הגנב, אחד שומר שכר ואחד שומר חנם עושה דין עם הגנב ואינו נשבע. קדם ונשבע ואחר כך הוכר הגנב, אם ש"ח הוא רצה עומד בשבועתו רצה עושה דין עם הגנב, ואם ש"ש הוא, עושה עמו דין".

כתב רש"י "נגנבה באונס. בלסטים מזויין דשומר שכר פטור בו ואחר כך הוכר הגנב ויכול לכופו ולהוציא מידו. עושה עמו דין. משלם לבעלים והוא יפרע מן הגנב", וכתב ה"ה שהמפרשים הקשו עליו דודאי אינו מן הדין שיתחייבו לשלם האונסין אע"פ שהוכר הגנב אלא כך פירושו שהם חייבים לטרוח לדון עם הגנב משום דלפעמים הגנב אלים וקשה ואין הבעלים רוצים לטרוח לדון עמו אבל אם אין יכולין להוציא מיד הגנב השומרים פטורים משלם וזה דעת הרמב"ם, והב"י תמה מאין הכריע כן דלשון הרמב"ם כגמ' ממש, ובאה"ג ביאר דאי היה הרמב"ם מחייב הנפקד לשלם למפקיד לא הוה שתיק מינייה לבארו לנו. הסמ"ע (ז) חלק אביי כי המעיין בלשון רש"י ולשון הרמב"ם יראה לעינים ההבדל שביניהם ושאינן לשון הרמב"ם סתומים כלשון הגמרא. הש"ך (ח) כתב דאף לפי רש"י דמשלם היינו כשידוע שיחזור ויוציא את שלו מהגנב ומשלם כיון שאינו מפסיד כלום אלא שטורח להוציא מידו.

האריך הסמ"ע (ו) לבאר הא דבשומר חנם נקט הטור דנגנב באונס דלסטים מזויין משום דביה צריכין טירחא דהעמדה בדין, דאף דימצא האנס הא גם בתחילה באלמות ובגזילה לקחו, משא"כ גנב דעלמא דכל ענינו בהסתר, ומיד שימצא בעדים שהוא גנבו א"צ לדין דמעצמו ישלמנו הקרן והכפל, עיי"ש ובש"ך (ז) ג"כ האריך.

הקצות (ז) כתב ליישב מדוע הרי"ף רא"ש וטור (בניגוד לרמב"ם) השמיטו הא דבעי רבה זוטי נגנבה באונס והחזירה גנב בבית שומר ומתה בפשיעה מהו מי אמרינן כיון דנגנבה באונס כליא ליה שמירתו או דלמא כיון דהדרא הדרא, דכיון דלרבא דבהוכר הגנב דהוי שומר מכ"ש בהך דרבה זוטי, עיי"ש.

כתב בתשובת הבית אפרים (פת"ש ב) דש"ש אף אם כבר נשבע מחויב לטרוח לדון עם הגנב זהו אפילו אם רוצה להחזיר השכר ולהיות כשומר חנם ולא לטרוח לא מהני ליה.

כתב הרמ"א ע"פ תה"ד "ראובן המציא חוב בטוח לשמעון וקבל שכר על הסרסרות, ואח"כ נתקלקל החוב וצריכין להשתדל עם השר בעד החוב, ושמעון רוצה שראובן יטריח אותה טירחא הואיל וקבל שכר מן החוב, י"א דהדין עם שמעון דומיא דהוכר הגנב".

בב"י (סוף סימן של"ה) כתב שדבריו מגומגמים והסכים עמו **הש"ך** (ט) דלא דמי להוכר הגנב שהיה שומר עליו ונגנב ממנו בביתו ורשותו ודאי מחויב לעשות כל מה דאפשר להחזירו לבעליו כיון שהיה ש"ש משא"כ הכא ועוד שאני התם כיון דלא נפטר אלא בשבועה ואפשר דאם הביא עדים שנגנב באונס והוכר הגנב פטור וה"ה הכא בחוב של שמעון, אך בתשובת **בית אפרים** (**פת"ש** ג) כתב בשם כמה פוסקים לפסוק כתי"ד.

סימן רצה – המפקיד בעדים וטוען הנפקד נגנב או להד"מ

סעיף א

ע"פ מימרא דרב הונא **ב"מ לד**: פסק **בשו"ע** כלשון **הרמב"ם** "שומר חנם שאמר הריני משלם ואיני נשבע (רמב"ם – אע"פ שהחילוק לא נתבאר בגמ' נכון הוא – ה"ה -) אם היה הפקדון דבר שכל מינו שוה ומצוי בשוק לקנות כמותו, כגון פירות או יריעות של צמר ושל פשתן השוות בכל ענינם, או קורות שאינם מצויירות וכל כיוצא בהם, ה"ז משלם ואינו נשבע, אבל אם היה הפקדון {בהמה או (רמב"ם)} בגד מצוייר או כלי מתוקן או דבר שאינו מוצא לקנות כמותו בשוק, חוששין שמא עיניו נתן בו, ומשביעים אותו בנקיטת חפץ (ע"פ שבועות מ"ג) שאינו ברשותו, ואח"כ משלם (כן משמע בגמ' לה. -) וה"ה לשאר השומרים, כגון השואל שאמר מתה או נגנבה, וש"ש והשוכר שאמרו נגנבה או אבדה, אע"פ שהם חייבים לשלם משביעים אותם שבועה שאינה ברשותם ואח"כ משלמים דמי הבהמה או החפץ, שאנו חוששים לו שמא עיניו נתן בה, ואם אמרו הבעלים יתר על זה היה שוה, כולל בשבועתו שאינו שוה אלא כך וכך".

ביאר **הסמ"ע** (א) דהרמב"ם נקט שני עניינים הא' שצריך שיהיה דבר שמינו ידוע מצוי לקנות בשוק, והשני שיהיה הדבר שמצוי לקנות שבמינו שוה לו, דאם חסר אחד מהשנים חוששין שמא עיניו נתן בה, דאף שכל שבמינו שוה לו, מ"מ אינו מצוי לקנותו, ואם מצוי לקנותו ואינו שוה לו בציוור ג"כ יש לחוש שמא עיניו נתן במצויר כזה.

עוד ביאר **הסמ"ע** (ב) במש"כ המחבר דמשביעים אותו בנקיטת חפץ שאינו ברשותו ואחר כך משלם דאם צריך ליטע עכ"פ שבועה חמורה למה לו לשלם די"ל דאם אינו משלם צריך לכלול בשבועתו עוד שני עניינים, דהיינו ששמר כראוי, ושלא נהנה ממנו בשליחות יד וכדמסיק בסעי' ב' וירא השומר לנפשו שמא פעם אחת נהנה ממנו קצת או שלא שמרו כראוי בעת מן העתים.

עמש"כ המחבר בסיפא 'אע"פ שהם חייבין לשלם' כתב **הסמ"ע** (ג) דלא מדבר רק על ש"ח שהתחיל בו שכתב שאמר הריני משלם ואיני נשבע שטוען ואומר הריני משלם כי פשעתי בה ואיני נשבע לומר שנגנבה, אלא הוא הדין שאר השומרים שאם אמרו דבר שיפטר בו מהתשלומין כגון שואל שאמר שמתה מחמת מלאכה ושומר שכר טוען שמתה באונס, אלא שאינם רוצים ליטע ע"ז אלא לשלם, דג"כ משביעים אותן תחילה שאינו ברשותו וכ"כ הטור, והמחבר לרבותא כתב כן, דלא מיבעיא כשטוען השומר חנם שנגנבה ושומר שכר שמתה ואפילו הכי רוצים לשלם, דודאי יש לחוש לרמאות, כיון דלפי דבריו הוא נפטר מהתשלומין למה רוצה לשלם, אלא ודאי משקר ועיניו נתן בה, אלא אפילו טוען השומר חנם פשעתי בה או שומר שכר נגנבה, שי"ל שהאמת טוען כאשר היה, ואין כאן צד לומר שעניו נתן בה, אפ"ה חיישינן לה ומשביעין אותו שאינו ברשותו.

כתב **הש"ך** (א) דדעת הרא"ש דאע"פ ששילם צריך ליטע שאינו ברשותו ולא אמרינן שמחל לו השבועה במה שקבל התשלומים דמסתבר טפי למימר שקבל התשלומים שלא יחזור בו, ומה שהקשה הב"ח עליו דהא אינו יכול לחזור בו כיון שקיבל עליו בב"ד לשלם, לק"מ דה"ק שהמפקיד סובר שיחזור בו ויצטרך אח"כ לאוקמיה בדינא ודייני לכך קבל המעות, ואף הרי"ף והרמב"ם לא נחלקו על הרא"ש בזה ומה שכתבו הריני משלם כו' אורחא דמילתא נקטו דמשביעין אותו תחלה ואח"כ משלם דש"ס ע"י השבועה יפרוש ויתן גוף החפץ ולא יצטרך לשלם אבל אה"נ דאם שלם מתחילה דמשביעין אותו שאינו ברשותו, ודלא כב"ח [שלמד ברמב"ם שדווקא בשלא שילם אלא אמר הריני משלם התם הוא דמשביעין אותו שבועה שאינה ברשותו ואחר כך משלם אבל כשכבר קבל התשלומין מידו לא מצי להשביעו דאנן סהדי

שלא נחשד בעיניו וכאילו מחל לו השבועה בפירוש דאם לא כן לא היה מקבל מידו התשלומין והרא"ש כאמור דחה פירוש זה וכתב דגם כשקיבל התשלומים מידו יכול, דרכי חושן].

סעיף ב

ז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם ע"פ ב"מ ו. "נמצא כל שומר שנשבע שבועת השומרים כולל בשבועתו ג' דברים ששמר כדרך השומרים ושאיננו כן וכך ושאינו ברשותו ושלא שלח בו יד קודם שאירעו המאורע הפוטר אותו, ואם רצה לשלם, נשבע שאינו ברשותו וכולל בשבועתו שכך וכך היה שוה".

ביאר הסמ"ע (ה) דמה שנשבע דאינה ברשותו זה אע"ג דכבר נשבע שאירע כך וכך והיינו שנגנבה בשומר חנם וממילא אינה ברשותו וכן הלאה, ואין לומר ששבועה זו כדי שלא יעשה רמאות דחיישינן דאף שכבר נגנבה שמא חזרה לבוא לרשותו ובשומר שכר אף שנשבע שנאנסה מידו שמא יכול להשתדלה וכמשמעות הגמ', דא"כ בש"ש שטוען שמתה צריך לישבע הני ג' שבועות ובש"ש אי אפשר לחזור לרשותו אחר שכבר מתה, לכן צ"ל דה"ק שאירע כך וכך ולא היתה אז ברשותו כלומר שלא נהנה ממנה קודם לכן שעל ידו היתה עומדת ברשותו לענין אחריות שיבוא עליה, ולפי"ז צ"ל דשלא שלח בה יד הוא עוד ענין אחר זולת הנאה שנהנה ממנה, ודוחק, וצ"ע.

שואל שהתנה שיהיה דינו כשומר חנם ונגנב הפקדון, והשואל רוצה לשלם, ועדיין לא שילם, ונמצא הגנב, האם השואל זוכה בכסף?

שילם ולא רצה להישבע והוכר הגנב, מה דין השבח?

משנה ב"מ לג: "המפקיד אצל חברו בהמה או כלים ונגנבו או שאבדו שילם ולא רצה לישבע נמצא הגנב משלם תשלומי כפל טבח ומכר משלם תשלומי ד' וה' למי הוא משלם למי שהפקדון אצלו" ובגמ' לד. "אמר רבי חייא בר אבא אמר רבי יוחנן לא שילם שילם ממש אלא כיון שאמר הריני משלם אף על פי שלא שילם... אמר רב פפא שומר חנם כיון שאמר פשעתי מקנה ליה כפילא דאי בעי פטר נפשיה בגניבה שומר שכר כיון שאמר נגנבה מקנה ליה כפילא דאי בעי פטר נפשיה בשבורה ומתה שואל שאומר הריני משלם לא מקני ליה כפילא במאי הוה ליה למפטר נפשיה במתה מחמת מלאכה מתה מחמת מלאכה לא שכיח איכא דאמרי אמר רב פפא שואל נמי כיון שאמר הריני משלם מקני ליה כפילא דאי בעי פטר נפשיה במתה מחמת מלאכה אמר ליה רב זביד הכי אמר אביי שואל עד שישלם מאי טעמא הואיל וכל הנאה שלו בדיבורא לא מקני ליה כפילא תניא כוותיה דרב זביד השואל...". פסקו הרי"ף רמב"ם רא"ש כרב זביד בשואל.

תמה הב"י על הטור שכתב "או אפילו אמר פשעתי והריני משלם ושילם" דהרי לא מצריכינן שילם אלא בשואל אבל בש"ח כיון שאמר פשעתי אע"פ שלא שילם מקני ליה כפילא, ואפילו לומר הריני משלם משמע דלא בעינן דכיון שאמר פשעתי הוי כאומר הריני משלם, וביאר דנמשך אחר הרא"ש שכתב דרב הונא אתא לאשמועינן דלא מקני כפילא עד שישבע שאינה ברשותו דכל זמן שלא נשבע או שילם לא סמכא דעתיה שיהא כדבריו אלא אומר עינינו נתן בה וקודם שישבע או ישלם יחזור בו הילכך אכתי לא מקני ליה כפילא, אך אין דברי הרא"ש מחוורים שחידש דבר כזה מדעתנו בשביל דקדוק לשון דאי הוה דינא הכי ודאי לא הוה שתיק תלמודא מלאשמועינן חידוש גדול כזה, והא דנקט רב אלפס ברב הונא אמר הריני משלם לאו להכי נתכוין אלא דמימרא דרב הונא מרחקא בגמרא טובא ממתניתין ומשמע דמילתא באפי נפשיה היא להכי כתב אמר הריני משלם לומר דאמתניתין קאי, והרמב"ם שהיה תלמיד תלמידו של הרי"ף לא הזכיר דבר זה אלא סתם וכתב כיון שאמר הריני משלם מקני ליה כפילא.

עוד שם דפריך בגמ' על דאיתא במשנה במשלם כפל – "מתקיף לה רמי בר חמא והא אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אמר רבא נעשה כאומר לו לכשתגנב ותשלמני הרי פרתי קנויה לך מעכשיו מתקיף לה רבי זירא אי הכי אפילו גיזותיה וולדותיה נמי אלמה תניא חוץ מגיזותיה וולדותיה אלא אמר רבי זירא נעשה כאומר לו חוץ מגיזותיה וולדותיה, ומאי פסקא סתמא דמילתא שבחא דאתא מעלמא עביד אינש דמקני שבחא דמגופא לא עביד אינש דמקני איכא דאמרי אמר רבא נעשה כאומר לו לכשתגנב ותרצה ותשלמני סמוך לגניבותה קנויה לך מאי בינייהו איכא בינייהו קושיא דרבי זירא אי נמי דקיימא

באגם (כשגנבה גנב ללישנא בתרא לא קני כפילא דהא סמוך לגניבתה לא היתה בחצרו שתהא חצרו קונה לו, רש"י).

וכתב הר"ש ש"למי משלם למי שהפקדון אצלו והיינו טעמא דאזלינן בתר אומדן דעתא כשמתרצה לשלם הקרן והוא יהיה יכול להפטר ממנו בשבועה דעתו להקנות לו גוף הפרה מעכשיו תוך מגיזותיה וולדותיה דשבחא דאתי מעלמא מקני ליה שבחא דאתי מגופיה לא מקני ליה דהכי אמדינן דעתיה והיינו כלישנא קמא דרבא דהוא עיקר דמתניתין סתמא קתני בין בעומדת באגם בין ברשותו ועוד דברייתא חוץ מגיזותיה וולדותיה מוכח כלישנא קמא" וכ"ד הר"ף שלא חילק בין קיימא באגם לקיימא ברשותיה, אך לא כתב 'חוץ מגיזותיה וולדותיה' וכתב הב"י דאפשר שלא הוצרך משום דמפשטה משמע הכי דקתני נמצא הגנב משלם תשלומי כפל טבח ומכר משלם תשלומי ד' וה' למי הוא משלם למי שהפקדון אצלו משמע דדוקא כפל וד' וה' משלם לו ולא גיזות וולדות, וה"ה למד ברמב"ם שאפילו גיזות וולדות שנטענה בבית גנב הם לבעלים קודם יאוש, וכתב עליו שאין נראה כן דעת שאר מפרשים אלא לנפקד הם ולא אמרו גיזות וולדות שהם לבעלים אלא אותם שנטענה בהם משעת פקדון עד שעת גניבה (וראה לקמן בש"ד).

עוד ע"פ לה. גבי גבי ההוא גברא דאפקיד כיפי גבי חברה וכו' לסוף אישתכח כיפי ואיקור וכו' כתב הרמב"ם "כל הקונה הכפל קונה השבח הבא מאלין כיצד הפקיד ד' סאין אצל חברו והרי הן שוין סלע ונגנבו או אבדו ואמר הריני משלם סלע ואיני נשבע ואחר כך נמצאו והרי הן שוין ד' סלעים הרי הן של שומר ואינו משלם אלא סלע. במה דברים אמורים בשלא הטריחו לבעלים בדין (ע"פ ב"ק קת). דאמר אביי דכיון דאטרחיה לא מקני ליה כפילא ורבא אמר למי שהפקדון אצלו כיון דשילם מקני ליה כפילא והלכה כרבא, והא דמשמע בב"מ גבי עובדא דכיפי דאית ליה לרבא דהיכא דאטרחיה לבית דין לא אקני ליה כפילא תירצו התוס' דהתם כשלא שילם ברצון כי התם דאגבייה רב נחמן לאפדניה מיניה) אבל אם הודה שפשע וחייבוהו בית דין ליתן ולא נתן ברצונו עד שכפוהו בית דין על כרחו ונטלו ממנו ואחר כך הוכר הגנב או נמצא הפקדון יחזיר לבעלים כמות שהוא ומחזירין לשומר הדמים שלקחו ממנו ואם כלים או קרקע גבו בית דין ממנו בשומא מחזיר לשומר כליו או שדהו".

הראב"ד השיג דדוקא שבא השבח אחר ששילם או שאמר הריני משלם, וה"ה (וכ"ד הסמ"ע ו') חלק דאם הוקרה הבהמה אחר שהופקדה בידו דא"צ הנפקד ליתן אלא דמי שוויה כשעת הפקדון, דכל שבא השבח אחר גניבה הוא של שומר לפי שמאותה שעה נקנה לו הפקדון וכלשון אחרון דרבא, ודעת הרמב"ם אפשר שהוא אפילו במה שנתייקרו בין פקדון לגניבה וכלישנא קמא דרבא ודוקא אם היה יכול ליפטר באמת אבל בחייב על דרך האמת כששילם ודאי בשעת גניבה שילם שהרי מן הדין הוא חייב ובית דין היו מכריחין אותו בהודאת האמת. הש"ד (ז) כתב דעיקר כראב"ד, ולא קשה קושיית הרב המגיד דנהי דקנה למפרע משעת פקדון מ"מ הא קאמר דנעשה כאומר לו לכשתגנב ותרצה לשלמי תהא קנויה לך מעכשיו ופשיטא אילו הוי תבע ליה לנפקד לקמן לבי דינא היה מוכרח לשלם לו כפי שעת התביעה אם לא היה רוצה לישבע דדילמא השתא פשע וכל השומרין משלמין כשעת הפשיעה א"כ ה"ק כשתגנב ותרצה לשלמי מה שיגיע לי ע"פ הדין אז תהא קנויה לך מעכשיו, מיהו היכא דאיכא עדים מתי נאבד אך אינם יודעים אם בפשיעה או לא אז אינו חייב לשלם אלא כשעת האבידה וכל שבח דיוקרא שבא אחר הגניבה הוא של נפקד אבל שבח דיוקרא שבא אחר הפקדון עד שעת הגניבה לא משכחת לה שיהיו של נפקד אפילו ללישנא קמא אלא כדאמרן. הקצות (ב) ביאר דדעת הרב המגיד דהיוקרא שבא בין שעת גניבה לתשלומין ודאי לשומר אע"ג דחייב על דרך האמת, כיון שאין השומר צריך לשלם אלא כשעת פשיעה ודעת הש"ך דמשלם כשעת התביעה ומשום דפשיטא ליה אילו הוי תבע לקמן לדינא היה מוכרח לשלם כשעת התביעה אם לא היה רוצה לישבע דדלמא השתא פשע, והקצות הקשה על סברת הש"ך [במש"כ דדלמא השתא פשע דודאי שבועת השומרין אינו אלא שאינו ברשותו ושנאנס אבל אם השומר רוצה לשלם ואומר כך וכך היה שוה ובעל הבית אומר כך וכך אין זה משבועת השומרין ואינו צריך רק היסת, ואם בעל הבית אינו יודע אין נשבעין בטענת שמא, וא"כ השומר שטוען שנגנב בשעת הזול אין משביעין אותו לומר שמא פשע בשעת היוקר כיון דאין זה משבועת השומרין ובנתיבות ב' יישב קושייתו] והעלה דגם הראב"ד מודה דקונה משעת גניבה או משעת משיכה וא"כ התשלומין נמי אינו אלא כשעת קנייתו, אלא דס"ל דלענין יוקרא לא קנה אלא משעת תשלומין ואילך דס"ל דיוקר הו"ל שבחא דמגופה, ודברי הרב המגיד שכתב דקונה היוקר קודם ששילם היינו דוקא אם היה יכול ליפטר באמת, אבל בחייב על דרך האמת ודאי כששילם כשעת גניבה שהרי הב"ד היו מכריחין אותו בהודאת האמת. עוד כתב דנראה דכל שאין עדים כלל וטוען שנאנסה ואומר הריני משלם ולא רצה לישבע

דכל כה"ג הוא מקני ליה ואינו משלם אלא כשעת משיכה אבל בחייב על דרך האמת היינו אם באו עדים שפשע אינו זוכה ביוקר משעת פקדון או שהודה בעצמו שפשע ורוצה לשלם נמי צריך לשלם כשעת הפשיעה כיון שהב"ד מכריחין אותו בהודאת האמת וא"כ היה מודה שפשע בע"כ וצריך לשלם כמו שעת הפשיעה, אבל אין עדים כלל חשיב יכול למיפטר באמת, והיינו באומר שנאנסה ורוצה לשלם, דכל זמן שאין אנו יודעין שפשע בודאי א"כ חשיבא יכול ליפטר באמת ואדעתא דהכי מקני ליה שבחא כשעת משיכה, ומשום דניחא ליה במאי דמשלם ואינו רוצה לישבע שישלם רק כשעת משיכה, ובנתיבות (ב) הסכים לרוב ככל דבריו. הפת"ש (ב) כתב שבחידושי רע"א תמה על הש"ך דפשטא דמילתא השומר נאמן דנאבד ממנו בשעת הזול ולא נתחייב יותר, ואפילו שבועה א"צ כיון דהבעלים טוענים שמא, דאין זה בגדר שבועת שומרים דזהו רק באיזה אופן נאבד ממנו, אבל לא באם הספק באיזה שעה נאבד ממנו, והוי כמו בשעה שאולה או שכורה מתה (וראה גם בגליון רע"א מה שהוסיף לתמוה).

עוד כתב הטור ע"פ ב"מ לד. "אמר בב"ד הריני משלם וחזר ואמר איני משלם ודאי אינו יכול לחזור בו כיון שקבל עליו בב"ד לשלם", ועוד כתב ע"פ הבעיות בלד: "מיבעיא אם זכה בכפל אם לאו או שאמר הריני משלם ומת ואומרים בניו אין אנו משלמין או שלא הספיק לתבוע לנפקד עד שמת ותבע לבניו ושלמו או שלמו בני הנפקד לבני המפקיד או ששלם הנפקד למפקיד החצי או ששאל שתי פרות ושלם אחת מהן או ששאל מהשותפין ושלם לא' מהן חלקו או שותפין ששאלו מאחד ושלם אחד מהם או ששאל מהאשה פרת נכסי מלוג שלה ושלם לבעלה או אשה ששאלה פרה לעבוד בה קרקע של נכסי מלוג שלה ושלם בעלה בכולהו מיבעיא לן אי זכו בכפל או לא ולא איפשיטא וכתב רב אלפס דהמפקיד והנפקד חולקין ואם תפש אחד מהם אין מוציאין מידו אפילו בחוצה לארץ, וכ"כ הרמב"ם, ור"י פסק דהמוציא מחבירו עליו הראיה והנפקד חשוב כמוציא" וכ"ד הרא"ש, ובב"י האריך מעט בסברות הרא". כתב הש"ך (ו) "ועיין עוד בטור ורמב"ם הרבה דינים מכפל ונפק"מ גם בזמן הזה אי תפס או נתייקרה".

וז"ל הרמ"א שנקט בקצרה כרא"ש והטור "שילם" (דווקא) ולא רצה לישבע ואח"כ הוכר הגנב, קנה כל שבח דאתי מעלמא (כפל או נתייקרה), אבל לא שבח דמגופא (גיזותיה וולדותיה) "ודלא כב"י ע"פ שא"ר שפסקו כר' יוחנן דלא שילם שילם ממש".

כתב הסמ"ע (ו) דהמחבר השמיט הענין לגמרי כדי שלא להכניס ראשו בפלוגתא, וציין לדרישה ששם האריך "ליתן טעם" לרא"ש "ושאין בהשגת דברי הבי"ע עליהן כלום". הש"ך (ג) כתב דאף שתלמידי הרא"ש הטור ור"י נמשכו אחריו, דעת כל הפוסקים אינו נראה כן ומיד כשאמר הריני משלם דינו כשילם וכדעת הבי"ע.

דעת הש"ך (ט) דאפילו השבח שבא אחר הגנבה לא קני כיון שבא מגופא אלא דווקא מאז ששילם וכ"נ ברא"ש ושא"פ "וקרוב אצלי שכל הפוסקים מודים" וכל"ק, והמפרשים שהביא ה"ה שנראה מדבריהם שחולקים נראה דהיינו בקושיא דר' זירא אבל לפי מסקנא דר' זירא דנעשה כאומר חוץ מודים המפרשים דשבחא דמגופא לא קני אפילו בא אחר הגנבה דהא דומיא דכפל אמרינן דשבחא דגופא לא קנה והיינו שבא אחר הגנבה, וגבי מש"כ הרמב"ם בטבח ומכר כו' חזרה הבהמה עצמה חוזרת היא וגיזותיה וולדותיה כו' עי"ש בש"ך (יא) שהאריך לבארו (וכן בנתיבות סק"ד, דלמד ברמב"ם דס"ל דלא כשא"ר ולא קיי"ל כהני תרי לישני דגמי ומשום הכי ס"ל שהבהמה עצמה חוזרת לבעלים דס"ל דלא מקני ליה גוף הפרה כלל אלא רק הקנה את הפרה לשבחא דאתי מעלמא כגון כפל ויוקרא, דרכי חושף). הקצות (ג) חלק על הש"ך במש"כ שאין חולקים דלפמש"כ בסק"ב בשיטת הראב"ד (לקמן) דס"ל דיוקר הו"ל שבחא דמגופא וכדעת תוס' שבריטב"א ואפילו הכי קונה שבחא דאחר ששילם, א"כ ה"ה בגיזות וולדות שבא אחר ששילם קונה השומר, ואע"ג דאין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו וכיון דלא קנה קודם הגניבה היכי קנה אחר שנגנב דכבר אינו ברשותו, משום דגוף הפרה קונה למפרע משעת משיכה או סמוך לגניבה, אלא דשבחא דמגופא לא אקני היינו ששייר לעצמו גוף הפרה לשבחא דמגופא, ולא שייר לעצמו אלא עד התשלומין, וא"כ אחר ששילם ממילא של השומר הוא כיון דכבר קנה הפרה בעודו ברשותו והו"ל כאומר קנה הגוף מהיום ופירי לאחר שלשים דאע"ג דנגנב קודם שלשים כבר קנה בעודו ברשותו. [בסק"ד האריך (ד) בקושיית התוס' על קושיית הגמ' 'והא אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם' דהכא אפילו עבידי דאתו היאך יקנה הכפל במעות ששילם והא מעות אינו קונה].

עמש"כ הרמ"א 'ולא רצה' הרחיב הש"ך (ד) ע"פ הגמ' דלעיל דעסקינן הכא דוקא ששילם מרצונו אבל היכא דהכריחו הדיין עד שהוכרח לשלם כגון שאמר פשעתי ולא רצה לשלם או שאומר איני יודע היכן

הנחתיו דהוי פשיעה ולא רצה לשלם והכריחו הדיין וגבה ממנו בע"כ - לא קנה השבח, והביא שכתב בהגהות מרדכי (בב"י) דריב"א דקדק מדברי רב אלפס וראב"ן דהיכא דלא הוצרך הדיין לגבות ממנו בע"כ לא מיקרי אטרחיה, וכתב הש"ך דכן משמע בתוס' ורא"ש. עוד כתב (ה) ע"פ מימרא דרבא בב"ק ק"ח דה"ה כשנשבע שבועת השומרין ושילם קנה כל שבח דמעלמא וכ"פ כל הפוסקים, מיהו כשנשבע תחלה לא סגי אח"כ באמירה לחוד עד שישלם, אולם רע"א כתב דלפי רש"י דוקא בש"ח דהשתא איגלאי מילתא דנגב היו התשלומים לפני משורת הדין בזה מקנה כפילא אף באטרחיה לבי דינא ונשבע, אבל בש"ש כיון דבאמת היה חייב וגם אטרחיה, לא מקנה כפילא.

עוד ביאר הש"ך (ו) דמש"כ הרמ"א דאח"כ הוכר הגנב ה"ה אפילו נמצא אח"כ ולא הוכר הגנב זכה בשבח דממילא כגון ביוקרא כדמוכח בגמ' גבי עובדא דכיפי אלא נקט הוכר הגנב משום כפל, ועוד מוכח שם דאפילו נמצא אח"כ בבית השומר כל שלא ידע השומר בשעה ששילם או שאמר הריני משלם זכה אח"כ ביוקרא.

כתב הש"ך (ח) דכתב המרדכי דמפקיד ששילם לנפקד בעד משכון של עכו"ם הוי שבח דאתי מעלמא וזכה בריבית של העכו"ם.

כתב הקצות (א) דדעת הב"ח דשומר חנם שאמר פשעתי לא מקני כפילא עד שיאמר הריני משלם דסמך דעתיה בדבורא שאמר לו הריני משלם, והקצות חלק דמבואר דלכולהו אוקימתות יטענת ונגנבה' היא הטענה הפוטרת ומשום הכי אינו חייב אלא באומר הריני משלם ובהודה בטענה המחייבו מקני ליה כפילא אפילו שלא אמר הריני משלם, עיי"ש שהאריך.

כתב הנתיות (א) דיש לתמוה הרבה על הרמ"א שהשמיט כל הסוגיא שהן כהררים ההפרש בין שומר לשואל דבשומרים באמר סגי ובשואל בעינן שילם דוקא, ואם כבר נשבע דבעינן שילם לכ"ע מחלוקת הרא"ש והפוסקים שהביא הש"ך בסק"ג (לקמן), וכתב ליישב דהנה הש"ך בסק"ט כתב דשבח דמגופה אפילו בא אחר הגניבה לא קנה, ונראה מדבריו דהשבח שבא אחר ששילם הוא של השומר, דאלת"ה היה לו לכתוב רבותא יותר דאפילו השבח שבא אחר ששילם הוי דבעלים, וכ"ד הריטב"א, ולפי"ז אתי שפיר, ד"ל דהרמ"א ס"ל כשיטת הריטב"א דיוקרא הוי שבחא דמגופה ולא קנה רק היוקר כשנתייקר אחר תשלומין, דהטור כתב דיני כפל ולכך כתב הדיין המבוארין בש"ס, אבל השו"ע אין לו עסק בדיני כפל ולא אתי לאשמועינן רק דין יוקרא קודם התשלומין דאינו קונה, ולכך נקט שילם לאשמועינן רבותא יותר, דשבחא דמגופה אפילו שילם לא קנה השבח למפרע היינו מה שנעשה קודם התשלומין, והרמ"א לא מיירי רק מהשבח דקודם התשלומין, דהשבח שאחר תשלומין ודאי דקנה בכל אופן אף על פי שלא נשבע שבועה שאינה ברשותו אפילו לדעת הטור, וכן אפילו כבר נשבע ואח"כ שילם ואפילו יש עדים שפשע, ולכך לא הביא אלו חילוקי דינים.

כתב הנתיות (ג) ע"פ השיטה דלא קנה רק בנמצא הגנב אחר שאמר הריני משלם אבל אם נמצא הגנב קודם שאמר והגנב עני ואמר השומר הריני משלם, לא מקני ליה כפילא.

כתב רע"א דבשומר בבעלים כיון דהתורה פטרתו מפשיעה לא אקני ליה כפילא ודמי לדינא דהרשב"א בבאו עדים דשומר כראוי דלא זכה בכפל.

כתב הש"ך (ג) גבי דאמרינן בש"ס שואל עד שישלם מ"ט כיון דכל הנאה שלו בדבורא לא מקני ליה כפילא וכ"כ רי"ף רא"ש וש"פ, וכתב נ"י בשם הר"ן (ב"י) דלפי"ז אפילו היכא שהתנה השואל להיות כש"ח דמצוי פטר נפשיה במידי דשכיח לא מקני ליה כפילא, ומשמע דשואל שאמר הריני משלם אע"פ שנשבע שאינו ברשותו לא מקני ליה כפילא עד שישלם ממש והכי מוכח להדיא ברא"ש, ודלא כב"ח שכתב דה"ה אם נשבע ולא שילם קנה הכפל. בפת"ש (א) כתב בשם ושב הכהן דדעת הרי"ף ורא"ש כאמור דבשואל בעינן דוקא שילם ממש, ואפילו התנה להיות כשומר חנם, אבל לא בשאר שומרים, ואפילו התנה להיות כשואל אפ"ה סגי באמירה שאמר הריני משלם, אבל ברש"י נראה דללישנא קמא לא מוכח מברייתא אי קיי"ל כטעמא דרב זביד או כטעמא דרב פפא ולכן י"ל דטעמא דתרווייהו איתנהו, ולפי"ז אפילו בשאר שומרים אם התנה להיות כשואל בעינן שילם ממש, וי"ל דגם הרמב"ם ס"ל כן, לכן צ"ע בשאר שומרים שהתנו להיות כשואל אי סגי באמירה או בעינן שילם ממש, ונ"מ אפילו בזמן הזה לענין יוקרא.

עוד כתב הש"ך (ח) בשם ה"ה ונ"י בשם הרשב"א וכן הוא בירו' (ובסמ"ע) דאם היה לשי"ש עדים שנאנסה או לשי"ח עדים שנגנבה מידו ואפילו הכי רוצה לשלם לא מקני ליה כפילא דמתחלה לא אסיק המפקיד אדעתא שישלם לו השומר כשיהיה לו עדים בכה"ג דפטור בו ולא מקני הכפל מתחלה אדעתא דהכי וה"ל כמוכר לו הכפל השתא דלא מהני מטעם שאין אדם יכול למכור קנסיו, וכתב הש"ך דלפי"ז אם נתייקרה זוכה במה שנתייקרה דזה יכול למכור מיהו דוקא כשעשה איזה קנין כגון משיכה וכה"ג, ועוד כתבו שם בשם הרשב"א דאם יש בשי"ח עדים שפשע או בשי"ש שנגנבה אם אמרו אנו משלמים או ששלמו בלא כפיית ב"ד זכה בכפל, והרב המגיד כתב שהרמב"ן והרמב"ם חולקין - וכן עיקר דכן מוכח בשי"ס דלא קנה כפל אלא במגו דאי בעי פטר נפשיה, ומשי"כ הרשב"א שכן משמע בירושלמי ליתא כן ואפילו יסבור הירו' כן אגן נקטינן כשי"ס דילן ובפרט שהרי"ף והרא"ש לא הביאו הירו'.

כתב הקצות (ג) דבשיטה כתב על מימרא דרבא דנעשה כאומר לו לכשתגנב ותרצה ותשלמני דדוקא בגניבה אמרינן הכי אבל באבידה דכל היכא דאיתא מצי מקני ליה בשעת תשלומין דוקא מקני ליה, דאולם מדברי הפוסקים שלא חילקו בכך משמע דבאבידה נמי קונה סמוך לאבידה או משעת משיכה, ומשי"כ דבאבידה קונה בשעת תשלומין קשה דהיכי מצי קני לה בלא משיכה, דהא מעות אינו קונה, ובגמ' משמע להדיא דאינו קונה בלא משיכה דהא להך לישנא דנעשה כאומר לו סמוך לגניבה לא קנה בעומד באגם אלמא דבעי קנין דוקא ומעות אינו קונה.

סעיף ג

ראובן הפקיד אצל שמעון דבר חביב עליו אך בסך הכל שווה פרוטה אחת. שמעון מכחישו או טען שנגנב ממנו, האם חייב שבועה או לא? האם הנפקד צריך שיודה במקצת ואח"כ ישבע או אפילו כפר הכל?

מה שווי הפיקדון עליו נשבעים?

כתב השו"ע (ע"פ מח' הגאונים המוזכרת בה"ה) "יש מי שאומר (ר"י מגאש ורמב"ם) שאפילו היה הדבר המופקד או המושכר או השאול שוה פרוטה הרי השומר נשבע עליו, (מוסכם בגאונים רי"ף ורא"ש -) ואין אחד מהשומרים צריך להודאה במקצת ולא לכפירה במקצת (דהלכה כרבי חייא בר יוסף בב"ק קו: דאמר עירוב פרשיות כתוב כאן וכי כתוב 'כי הוא זה' אמלוה הוא דכתיב וליתא לדרמי בר חמא דאמר ארבעה שומרים צריכים כפירה במקצת והודאה במקצת). ורבו החולקים (רמב"ן רשב"א רא"ש בשבועות ו,ו) עליו במה שכתב שאפילו היה הדבר המופקד שוה פרוטה נשבע עליו ואומרים שצריכים כפירה שתי כסף (דכסף או כלים דמיניה ילפינן שתי כסף בשבועות ל"ט בשבועות השומרים כתיב, ודעת הר"י מגאש כנ"ל שאינם צריכים דאע"ג דכתיב גבי שומרים עירוב פרשיות כתוב כאן ואינו אלא בטענת מודה מקצת).

הסמ"ע (ז) תמה על המחבר שבסימן פח/ה סתם כמצריכין שתי כסף וגם בב"י כאן כתב דכדבריהם ראוי להורות שהמה הרבים והאחרונים, וצ"ל דסתם שם וסמך אמה שכתב כאן שהוא גוף הדין.

ביאר הסמ"ע (ח) ד"שתי כסף" היינו שני מעין שהוא כסף החשוב הפחות שבתורה, ויליף לה מדכתיב כסף או כלים, וכתב דנראה דהאי כפירה לאו דוקא קאמר, אלא ר"ל תביעת שתי כסף, שתבעו המפקיד להחזיר לו פקדונו ששוה שתי כסף, ואף אם השומר מודה לו שהפקיד בידו שוה שתי כסף אלא שנגנב ונאנס מידו חייבתו התורה שבועה וא"צ שיכפרו דברי המפקיד.

כתב הש"ך (יב) דגבי כלים לרא"ש וסיעתו סגי בשוה פרוטה ולרמב"ם אפילו בפחות.

סימן רצו - המפקיד בעדים וטוען הנפקד נגנב או להד"מ

סעיף א

[האם מפקיד שלא בעדים יכול להשביע את השומר?]

כתב השו"ע כלשון הרמב"ם "אחד המפקיד או המשאיל או המשכיר את חבירו בעדים או שלא בעדים דין אי יש להם, כיון שהודה זה מפי עצמו שהפקיד בידו או שהשאילו או שהשכירו הרי זה נשבע **שבועת השומרים** (ה"ה וגר"א: דין זה מוסכם מכל הפוסקים שדין שבועת השומרים היא אפילו בלא עדי פקדון שלא כדברי הסוגיא בשבועות מ"ה לפי שאינה עיקרית, אלא כב"ב ע' דלקמן בסע' ב'), שאין אומרים **מגו לפוטרו משבועה** (כשהפקידו בלא עדים, סמ"ע) אלא לפוטרו מלשלם (ר"ל בשום מקום בעולם אין מגו פוטר משבועה, זה דעת ר"ח ר"י מגאש והרמ"ה, ב"י). {וי"א (רא"ש ור"ן) דאמרינן מגו לפטור משבועה, אלא (שכאן -) שאין זה מגו טוב (דהוא מיגו דהעזה) לכן לא אמרינן ליה (דאין יכול להעזי בפני המפקיד לומר לא הפקדתי מעולם או החזרתיו לך, כיון דהלה עומד נגדו ויודע האמת שהפקידו ולא החזירו לו, משא"כ טענת נגנבה ומתה דאין המפקיד יודע האמת ויכול להיות שכן הוא כדברי הנפקד, סמ"ע)"}.

כתב הסמ"ע (א) דסברת הרמב"ם דדוקא בהוצאת ממון הקילו לומר מיגו כי קשה להוציא הממון מיד בעליו אבל היכא שנפטר בשבועה מהוצאות ממון לא רצו חז"ל לפטרו משבועה מכח המיגו ודלא כלבוש, אולם הש"ך (א) דחהו דלפי דבריו מה טעם לחלק בין ממון לשבועה והסכים עם הלבוש שכתב דהרמב"ם ס"ל דכשאדם טוען לפטור עצמו מממון בטענותיו הוא במחשבתו מקבל עליו כל חומרות שבועות שבעולם כדי להחזיק דבריו שיאמינו לו טענותיו, וא"כ אין זה מגו טוב דנימא אם היה רוצה היה טוען טענה הפוטרו אפילו משבועה, אדרבה ברצון הוא טוען טענה זו לחייב עצמו בשבועה כדי שיאמינו לו לפטורו בשבועתו מחיוב ממון, ואנו היאך נפטרנייה משבועה מטעם מגו, הוא עצמו לא חשב להפטר, משא"כ במגו דממון מפטור לפטור.

כתב הסמ"ע (ב) על הרא"ש והרמ"א דדוקא כאן לא אמרינן ליה כנ"ל דשבועה כזו שחייב בה השומר מן התורה לא אמרינן ליה, אבל בשותפין אריסין והאפוטרופסים שתיקנו חכמים לישבע בהן אטענת ספק של השותף שחששו שמא מורה היתר לנפשו להחזיק בידו ממון השותפין בשביל שכר טרחו כתב הרא"ש דאמרינן מיגו לאפטוריה משבועה, אף דגם שם המיגו דאי בעי היה אומר לא נשתתפו מעולם הוא מיגו דהעזה, מ"מ כיון דעיקר השבועה אינה אלא תקנת חז"ל הקילו בה, ומהתימה על הרמ"א שבסימן צג/ב לא הביא דעת הרא"ש שם דהמחבר שם פסק כרמב"ם דלא פטרינן ליה משבועה במיגו והרא"ש ס"ל דפטור מהשבועה במיגו, ולא כאן, דכאן אין נ"מ בדין אלא בטעם, וצ"ע.

כתב רע"א ע"פ תוס' ב"ק ס"ג דבדבר שאינו מסוים כגון חצי רימון וחצי אגוז ליכא שבועה.

סעיף ב

[מה הדין בהפקיד בידו או השאילו או השכירו בשטר האם נאמן הנפקד בשבועה לומר

החזרתני? אם כן איזו שבועה ומה נפק"מ?]

ב"ב ע. "בעא מיניה רב עמרם מרב חסדא המפקיד אצל חבירו בשטר ואמר לו החזרתים לך מהו מי אמרינן מיגו דאי בעי אמר נאנסו מהימן השתא נמי מהימן או דלמא אמר ליה שטרך בידי מאי בעי א"ל מהימן ולימא ליה שטרך בידי מאי בעי א"ל וליטעמך וכי א"ל נאנסו מי מצי א"ל שטרך בידי מאי בעי א"ל סוף סוף כי אמר ליה נאנסו לאו שבועה בעי ה"נ מאי נאמן נאמן בשבועה".

כתב השו"ע כלשון הרמב"ם "גר"א: **שבועות מה:** -) אבל אם טען לא הפקדת בידי מאומה ולא השאלתני ולא השכרתני או שאמר אמת הפקדת בידי או השכרתני או השאלתני אבל החזרתני לך (אע"פ שיש שם עדים נאמן לומר החזרתני בשבועת היסת) נשבע היסת ונפטר (ה"ה: זה פשוט שאין שבועת השומרים בכופר אלא בטוען נאנסו וכו' שכל אלו טענות שהמפקיד יודע בהן כמו הנפקד, אין שם חיוב שבועות התורה אלא במודה במקצת וכן מוכיחות המשניות שבפי שבועת הדיינין בביורו, אבל פשוט שיש בו שבועת היסת). (ע"פ בעיא הנ"ל דב"ב ע' ואיפשיטא -) אפילו הפקיד בידו או השאילו או

השכירו בשטר נאמן בשבועה בנקיטת חפץ לומר החזרתי לך, במגו שהיה יכול לומר נגבב, אם הוא שומר חנם, או נאנס, אם הוא שומר שכר, ומתה מחמת מלאכה אם הוא שואל, וכשם שאם היה טוען כן היה צריך לישבע מן התורה בנקיטת חפץ כך כשטוען החזרתי צריך לישבע כעין של תורה".

ביאר **הסמ"ע** (ג) דאף שלא פטרינן משבועה דאוי במיגו דאי בעי היה טען 'לא הפקדתי וכדו', מ"מ אם טען כן, פטור בטענה זו משבועת השומרים דאוי ואינו נשבע אלא היסת, והיינו דוקא כשאין ביד המפקיד שטר שהפקיד בידו, אבל אם יש בידו שטר ע"ז, אינו נפטר בטענת החזרתיהו לך אלא בשבועה דאורייתא במיגו דאי בעי הוי טוען נאנסו והיה נשבע שבועה דאוי ונפטר אף שהיה שטר ביד המפקיד, גם כשטוען החזרתיו לך נפטר בשבועה דאורייתא במיגו זה, ואין אומרים בפקדון אם אמת שהחזירו שטר ביד המפקיד מאי בעי ה"ל ליטלנו מידו כשהחזירו, י"ל דסמך אטענת מיגו שבידו לטעון נאנסה מידי, משא"כ בשטר שביד המלוה על הלוח דאינו נפטר בטענת אונסין דהא הלוח חייב באחריות הלוחותו אף באונסין. כתב **הש"ך** (ג) דמשמע בסמ"ע ולבוש דשבועה על טענה דהחזרתי בנקיטת חפץ היינו שבועה דאוי וכ"כ **הב"ח** - בשיטת הרי"ף והטור ודלא כתוסי בב"ב שם דהיינו שבועה דרבנן וכתבו כן לר"ת דס"ל דאי טען נאנסו ליכא שבועה דאוי כיון דלא הודה במקצת אבל למאי דקי"ל אגן דלא בעינן הודאה במקצת בטענת נאנסו א"כ גם שבועה זו שבועה דאוי היא, אולם הש"ך כתב דאף שהטור והלבנוש כתבו במפורש דאורייתא לאו שבועה דאוי ממש קאמרי אלא שבועה כעין דאוי קאמרי ולא באו אלא לומר דצריך לישבע בנקיטת חפץ דודאי לא אשכחן שבועה דאוי אלא בטענת נאנסו דרמא רחמנא שבועה עליה דאלי"כ כל אחד יטעון נאנסו ואין הלה מכיר בשקרו משא"כ בטוען החזרתי שהלה מכחישו ליכא כאן שבועה דאוי וכן מש"כ הרי"ף אידי ואידי שבועה חמורה בנקיטת חפץ לא בא אלא לומר דגם בהחזרתי בעי שבועה חמורה באנקוטי חפצא כמו אילו טען נאנסו אבל מ"מ היינו מדרבנן והשתא הרי"ף והטור לא פליגי אתוסי הסוברים דהוי דרבנן עם אנקוטי חפצא דנתקנה קודם שבועת היסת וכ"כ בעל המאור דשבועת החזרתי לך דבתורת מגו היא דאתיא ומדרבנן כעין דאורייתא הוא כעין נאנסו אבל היא עצמה אינה שבועת התורה, והאריך להראות כן גם ברמב"ם ושו"ע בכמה מקומות ונפק"מ בין שבועה דאוי ממש ובין שבועה כעין דאורייתא לענין נחתין לנכסיה וכן לענין היפוך וכן לענין חשוד כדאיתא בסימן פ"ז ועוד נפקותות.

כתב הקצות (ב) דנראה כסמ"ע והב"ח דבטענת החזרתי הוא שבועה דאוי וכ"ד הרש"ל, וכתב להוכיח כן משבועות מ"ה דאמרינן שבועת השומרים דחייב רחמנא היכי משכחת לה וכו' דאפקיד ליה בעדים מתוך שיכול לומר החזרתי יכול לומר נאנסו דאפקיד ליה בשטר, ואי נימא דמפקיד בשטר וטוען החזרתי אינו צריך שבועה מן התורה א"כ כי אפקיד ליה בשטר וטוען נאנסו נמי נימא מתוך שיכול לומר החזרתי, וכ"ד התוס' בב"ב ע' דמן התורה בטוען החזרתי אינו פטור בלא שבועה דאלי"כ נאנסו מן התורה אמאי צריך שבועה מתוך שיכול לומר החזרתי וזה ראייה ברורה, ולגבי מש"כ הש"ך דנפק"מ לענין היפוך, כתב דאפילו נימא דהוי שבועת התורה ממש יכול להפך ומשום דלא עדיפא משטר חוב דאם טוען השבע לי דאינו נוטל בלא שבועה ודוקא אם רוצה לפטור לגמרי צריך למיגו דנאנסו וכיון דצריך למיגו דנאנסו צריך שבועה כמו בנאנסו, אבל להשביע למפקיד אינו צריך למיגו דנאנסו כיון דאפילו בשטר חוב צריך המלוה שבועה כשטוען השבע לי וא"כ כשמהפך על המפקיד ואומר השבע אינו נוטל בלא שבועה, ולענין חשוד איכא למימר דאפילו הוי שבועת התורה ממש נאמן החשוד לומר החזרתי במיגו דנאנסו, דאילו הוי טען נאנסו פטור כמבואר בסימן צב/ח עיי"ש, והמשיך לדון גם בדברי התומים בכללי מיגו הסובר דהוי שבועה דרבנן ואעפ"כ יש לו כל תוקף שבועה דאורייתא וליכא הבדל בינותם כלל ולא נפק"מ לדינא שהקשה על הש"ך דלאו מיגו הוא דיש לומר דעושה כן בכדי שיהיה יכול להפך או משום נחתין לנכסיה. כתב ה**נתיבות** (א) דמה שתמה בקצות עמש"כ הש"ך לענין היפוך דהא בלא"ה יכול להשביע כמו בשאר שטר דיכול לומר השבע לי, לא קשה, דהא בשבועת השבע לי פטור תלמיד חכם כמבואר בסימן פב/ו וגם תפס מהני כשאין רוצה לישבע, משא"כ בהיפוך, וגם מה שכתב בחשוד דנאמן במיגו דהיה טוען נאנסו דהא אם היה השומר חשוד פטור, לא קשה, דאם יטעון נאנסו מ"מ חייש דאפשר שהמפקיד ג"כ יטעון בשקר ברי ששלח בו יד או שאר טענת ברי כענין שכתב הש"ך בסימן צ"ב שגם בשומרינן נשבע ונוטל. (ועיין גם ברע"א שדן בדברי הש"ך).

כתב הפת"ש (ג) דדעת הרדב"ז דשואל כלי כסף בשטר אינו נאמן לומר החזרתי במיגו דנשבר מחמת מלאכה, דמיגו זו אינו טוב, דאי הוה טעין כן אומרים לו הבא השברים, ונקוט כללא בידך דכל כלי שהיה יכול לטעון עליו נאבד מחמת מלאכה, נאמן לומר החזרתי במיגו, אבל כל כלי שאינו יכול לטעון עליו

שנאבד מחמת מלאכה שאין לו מיגו, משלם כיון שיש עליו שטר, וחלק עליו בשער משפט וכתב דלפי דבריו צ"ל דהרמב"ם והמחבר מיירי שהנבילה אינה שוה כלום דאל"כ ליכא מיגו, ונראה דאף בכה"ג נאמן במיגו לפמ"ש"כ הנ"י והרמ"א בסימן שדמ"ב דאם א"ל השואל המשאיל טול לך השברים ונאנס לאחר מכאן ונאבדו לגמרי, הוי כאילו נאנסו ברשות המשאיל ופטור, וא"כ אכתי אית ליה מיגו מעליא, דאי בעי אמר דנשבר מחמת מלאכה ואמרת לך טול השברים ואח"כ נאנסו דפטור לגמרי.

סעיף ג

ע"פ הרמב"ם (ה"ה): אף שאינו בש"ס פשוט הוא שהרי בזה אין מיגו כלל, והגר"א ציין לשטרך בידי מאי בעי בב"ב ע"י פסק בשו"ע "בד"א כשהיה השומר יכול לטעון לומר נאנסו, ולא נצרך אותו להביא ראיה על טענתו, אבל אם היה חייב להביא ראיה על טענתו, כגון שהיה במקום שעדים מצויים (כמבואר בסימן רצ"ד דילפינן לה מדכתוב 'אין רואה שבועת ה' תהיה בין שניהם' הא יש רואה אינו נאמן בשבועה), אינו נאמן לומר החזרתי, אלא ישבע בעל השטר בנקיטת חפץ שלא החזיר לו וישלם (ראב"ד -) והוא דאמר לו ישתבע לי שלא החזרתי לך אבל אגן לכתחלה אמרינן ליה זיל שלים ליה (דלא טענינן בעד הנתבע כלום עד שיטענו הוא בעצמו לאחר שאמרינן ליה זיל שלים ליה, סמ"ע) (ה"ה): דימה זה לדין בסימן פב/ב מלוה את חבירו בשטר מקוים וטען הלוה ואמר פרעתין שאומרים ללוה לך שלם ואם טען הלוה ואמר ישבע לי נשבע המלוה, ונכון הוא והרמב"ם קיצר".

כתב הסמ"ע (ד) דמלשון הרמב"ם שהביא הטור 'מקום שהעדים מצויים שהוא בענין שאי אפשר שאירעו אונס אם לא שיודע הדבר' משמע הא סתמא א"צ להביא ראיה, והמחבר לא העתיקו משום דס"ל דמסתמא צריך להביא ראיה וכמשמעות הרמ"א בסימן רצ"ד וציין לפרישה שם שכתב דלא פליגי, ותמה על הלבוש שהעתיק לשון הרמב"ם והניח לשון המחבר.

כתב הפת"ש (ד) בשם השער משפט דאם מת הנפקד ובא לגבות מן היורשין, תליא בפלוגתא בסימן קח/ד דלפוסקים דלא טענינן ליתמי נאנסו כיון דלא שכיח א"כ כ"ש הכא דלא טענינן להו נאנסו, אבל לסוברים דטענינן להו נאנסו וכ"פ הש"ך הכא נמי טענינן להו נאנסו אף שהוא במקום שעדים מצויים דאביהן גופיה לא היה נאמן לומר נאנסו אם לא שיביא ראיה לדבריו, היינו דוקא אביהן דגלי קרא 'אין רואה' משום דאם היה האמת כדבריו היה מביא ראיה כי הוא יודע מי היה שם בשעת מעשה דהאונסין, משא"כ ביורשים אפשר שאינם יודעים מי היה שם להביא ראיה, טענינן להו שנאנסו אף דאביהן לא היה נאמן בטענה זו.

סעיף ד

ע"פ משנה שבועות מב: וגמ' פסק השו"ע כלשון הרמב"ם "בא להחזיר לו פקדונו וא"ל המפקיד אין זה פקדוני אלא אחר הוא או שלם היה ושברתו או חדש היה ונשתמשת בו מאה סאין הפקדתי אצלך ואין אלו אלא חמשים ובעל הבית אומר זהו שהפקדת בעצמך וזה שנתת אתה נוטל, הרי השומר נשבע היסת כשאר כל הנשבעין, שאין כל שומר נשבע שבועת השומרים האמורה בתורה אלא בזמן שמודה בעצמו על פקדון כמו שאמר המפקיד, אלא שטוען שנגנב או אבד או נשבר. אבל אם אמר זהו שהשאלתני או שהשכרת לי או שנטלתי שכר על שמירתו, והבעלים אומרים אינו זה אלא אחר, או נשתנה מכמות שהיה, הרי השומר נשבע היסת או שבועת התורה אם הודה במקצת, כיצד, מאה סאה הפקדתי אצלך, והשומר אומר לא הפקדת אצלי אלא חמשים (בשונה מהרישא דהוי הילך הכא מיירי כשאין החמשים שהודה בעין להחזירו או שאינו מבקש להחזירו, וזה הנפק"מ במה שכתב הרמב"ם שנשבע שבועה דאורייתא מפני שהודה במקצת ולא משום שבועת השומרים, דאילו משום שבועת השומרים היה צריך לישבע לעולם משא"כ במשום מודה מקצת דנפטור באומר הילך, סמ"ע), נשבע שבועת התורה, מפני שהודה במקצת, לא משום שבועת השומרים. מאה כור של חטים הפקדתי אצלך, והוא אומר לא הפקדת אצלי אלא מאה של שעורים, נשבע היסת כשאר כל הנשבעין בטענה כזו" - דלא כרמב"ן שאין חייב שבועת התורה אלא כשהפירות שהוא מודה בהן אינן בעין ונפסדו או נאבדו בפשיעה והוא חייב לשלם דמיהן אבל אם הן בעין כמות שהיו אע"פ שהנפקד אינו טוען הילך כל פקדון הוא ברשות בעליו והרי זה כאומר הילך שהוא פטור משבועת התורה (דס"ל דכל פקדון שהוא בעין אין צריך השומר לומר מה שהנחת אתה נוטל שהוא כמו הילך דבלא"ה נמי כיון שהפקדון עומד ברשות המפקיד הו"ל כמו הילך, סמ"ע).

הסמ"ע (ו) כנ"ל ביאר שהפטור משבועה דאוי ברישא משום הילך, והש"ך (ו) חלק דלא מטעם הילך פטר ליה אלא משום דכיון דאומר מה שהנחת אתה נוטל, לא הודה בדבר שבמדה ומנין כדלעיל סימן פח/כג וכ"כ בב"י להדיא ולפ"ז י"ל דכאן לא הוי הילך וכגון שנרקבו בפשיעתו וכ"כ המחבר שם.

סעיף ה

האם שומר חנם יכול להתנות להיפטר מפשיעה?

ע"פ ב"מ צד. משנה וגמ' פסק בשו"ע "מתנה שומר חנם להיות פטור משבועה והשואל להיות פטור מלשלם, וכן מתנה בעל הפקדון על שומר חנם או שומר שכר ושוכר להיות חייבים בכל כשואל, שכל תנאי בממון או בשבועת ממון קיים (כרבי יוחנן -) ואין צריך לא קנין ולא עדים (דלא איברי סהדי אלא לשיקרא, סמ"ע)".

כתב הפת"ש (ה) דבהגהות אשר"י כתב שה"ר ברוך למד דמדלא נקט גבי שומר חנם להיות פטור מתשלומין כדקתני גבי שומר שכר משמע דלא מיפטר אם פשע אפילו התנו, וכ"ד הרב השואל בתשובת זכרון יוסף דמסתימת לשון כל הפוסקים משמע דס"ל כהגהת אשר"י ולא מצי הנתבע לומר קים לי כר' יונתן מלוניל החולק דיחידאה היא כו', ובתשובה השיב שזה אינו וכן נראה במרדכי, ועוד כתב דנראה דה"ר ברוך ס"ל כדעת הרמב"ם בסימן ש"א דאע"ג דשומר חנם אינו נשבע על הקרקעות ועבדים ודכוותיה מ"מ אם פשע בהם ונאבדו חייב לשלם דפושע הוי כמזיק בידים, אך לדין דקיי"ל (זולת הש"ך בסימן ס"ו) כדעת הרי"ף והרא"ש וסיעתם דאף מפשיעה פטורין דלאו מזיק הוא אין ספק דקיי"ל נמי שיכול שומר חנם להתנות שיפטור מפשיעה וכ"ד התפארת שמואל ולכן השמיטו הפוסקים דברי הג"ה זו וכך משמע בתוס' דף צ"ג. [בדרכי חושן כתב שמקור דברי ההגהות אשר"י באו"ז ושם מבואר דדוקא אם השומר התנה אינו פטור אבל אם המפקיד התנה ליפטור מפשיעה מהני לפטור].

סעיף ו

ע"פ הרמב"ם פסק בשו"ע "טען זה שהיה שם תנאי והשומר אומר לא היה שם תנאי, נשבע השומר שבועת השומרים ומגלגל בה שלא היה שם תנאי" - וכתב ה"ה דזה פשוט שגלגול שבועה הוא מדאורי'.

סעיף ז

ע"פ הרמב"ם פסק בשו"ע "טען שהפקיד אצלו וזה אמר לא אמרתי אלא הנח לפניך ולא נעשיתי לך שומר, נשבע היסת שלא קבלו אלא בדרך זו, וכולל בשבועתו שלא שלח בו יד ולא איבדו בידים ולא בגרם שגרם לו שיהיה חייב לשלם", וכתב ה"ה דגם זה פשוט שאין שבועת השומרין בכופר אלא בטוען נאנסו וכסע' ב'.

ביאר הסמ"ע (ט) דאינו נעשה שומר בלשון זה 'הנח לפניך' ואינו חייב עליה אלא כשאר בני אדם, והיינו כששלח בה יד דאז עומד ברשותו אף לענין אונסין או שאבדו בידים, וזהו שמסיק המחבר שצריך לישבע היסת, דמאחר שמודה שבא לביתו ועתה אינו בביתו הוא קרוב להכנס בגלגול שבועה, אבל אם הבעלים מודים שא"ל הנח לפניך, אין משביעין אותו מספק מכח חששות אלו.

עמש"כ המחבר יולא בגרם שגרם ביאר הסמ"ע (י) שאין הכוונה שנשבע שלא פשע בה, דאף אם לא סגר הדלת אחריו בכל פעם ומכח זה נאבד או נגנב, לא היה חייב בזה לשלם כיון דלא קיבל עליו שום שמירה, ואינו חייב אלא דוקא בגרם גדול שנראה כאילו איבדו בידים.

כתב הנתיבות (ב) דשליחות יד היינו בכולו אבל במקצת לא נתחייב בכולו רק שומר וזה לא נעשה שומר.

בשער משפט (פת"ש ו) כתב בתחילה דנראה דמייירי הכא שהודה שפשע אלא שאומר לא קיבלתי השמירה עלי דאם טוען ג"כ ששמרו כראוי א"צ היסת דאין נשבעין אלא על טענת כפירת ממון ולא על כפירת שבועה כמבואר בסימן צ"ג, אך למסקנה כתב דאף שטוען ג"כ ששמרו כראוי מ"מ צריך היסת שלא אמר אלא הנח לפניך, לפי שיטת רב האי גאון שהביא הטור בסימן פ"ז והסכים כן הש"ך שם, דאף דמי שנתחייב שבועה ואמר נשבעתי אין משביעין אותו שבועה על שבועה, היינו דוקא בהיסת, אבל בשבועה דאורייתא חייב היסת, והטעם הוא, משום שבשבועה דאורייתא אם אינו רוצה לישבע חייב

לשלם ונחתינן לנכסיה, ולכך אם כופר שנשבע חשיב כפירת ממון, וא"כ ה"נ כשטוען לא אמרתי אלא הנח לפניך, אף שטוען ג"כ ששמרו כראוי מ"מ הוי ככופר חיוב שבועה דאורייתא דחייב עכ"פ היסת.

סעיף ה

ע"פ הרמב"ם פסק בשו"ע "הודה השומר שפשע וטען תנאי היה בינינו שלא אצטרך לשומרו כדרך השומרים, והמפקיד אומר לא היה שם תנאי, אף על פי שהפקיד אצלו בעדים (ה"ה): 'עדים' שכתב ר"ל - שמעידים שדבר זה פקדון הוא אצל זה אבל לא ידענו (שיצאו משם ולא שמעו, סמ"ע) אם היה בתנאי אם לאו השומר נאמן מתוך שהיה יכול לומר שמרתי כדרך השומרים ונאנסתי, נאמן לומר שהיה ביניהם תנאי, ולפיכך ישבע שלא שלח בו יד ושאינו ברשותו ושהיה בהם תנאי (ובפירוש 'עדים' זה מסתלקת קושיית הראב"ד דאיך נאמן לומר תנאי היה בינינו דכיון שהפקיד סתם בפני עדים הרי נעשה שומר גמור והוא מודה שפשע ומה לי לשקר במקום עדים לא אמרינן, ה"ה), ואם הביא המפקיד עדים שפשע חייב השומר ואינו נאמן במה שטוען תנאי היה בינינו, שהרי אין כאן מגו (אינו נאמן בשבועה במיגו דנאנסתי כנ"ל דהרי עדים מעידים שפשע ולא היה באונס, וכיון דאין מיגו דנאנסתי אינו נאמן לומר תנאי היה בינינו שלא יצטרך לשומרו, סמ"ע) {ה"ה - } ודוקא שיודעין עדים שהיה שומר עליו אבל בלא זה, אע"פ שפשע נאמן, במגו שהיה יכול לומר לא הייתי שומר עליו דלא אמרתי אלא הא ביתא קמך}."

ביאר הש"ך (ח) ע"פ הכס"מ והב"ח בכוונת הרב המגיד דאע"ג דהעדים מעידים שהפקיד בסתם כבר אפשר שמתחלה התנו ביניהם בכך וכך ואח"כ מסר לו הפקדון בפני עדים סתם על סמך התנאי שהיה ביניהם מתחלה ונאמן השומר בטענה זו מטעם מיגו לאפוקי אם טוען תנאי היה בינינו אחר מסירת הפקדון כשיצאו העדים דאינו נאמן במיגו. **בנתיבות** (ג) כתב דמשמע מדברי הסמ"ע (ט) דאם היו העדים בשעת מסירת הפקדון דאינו נאמן, ומש"כ הש"ך דכשהפקיד בסתם דנאמן, דהיינו שדיברו ביחד קודם ביאת העדים ענייני הפקדון ואח"כ באו העדים וראו המסירה, ולא רצה לפרש כדברי הסמ"ע שהיו בשעה שביקש להפקיד ולא היו בשעת מסירה, דבזה מסתבר לש"ך דנאמן השומר במיגו דלא אמרתי לך אלא הנח לפניך דמהימן בלא מיגו.

ביאר הסמ"ע (יב) ברישא דאיירי בשבועה חמורה "כאילו היה טוען נאנסתי שהיה עליו שבועה דאורייתא."

כתב הש"ך (ט) דהקשה הרב המגיד על הרמב"ם שהרי כתב (בשו"ע סעי' ז') בהפקיד אצלו וזה אומר לא אמרתי אלא הנח לפניך נשבע היסת ואילו כאן הדברים מראים שהוא שבועה דאורייתא שהרי כתב שמדין מגו היא ובודאי אם היה טוען נאנסו היה צריך לישבע שבועת התורה, ואפשר שיהיה הדין כאן מפני שיש שם עדים ואינו יכול לומר להד"ם ומ"מ הרי יכול לומר החזרתי אף על פי שיש שם עדים ואם ר"ל כגון שלא זזה ידו מיד העדים ה"ל לבאר, והב"ח תמה על תמיהתו דשאני הכא כיון שנעשה שומר וחייב לישבע שבועה דאורייתא שלא שלח בה יד חייב לישבע ג"כ שבועה דאורייתא שהיה תנאי בינינו מצד גלגול והוא דבר פשוט, אולם הש"ך כתב עליו דלא ירד לסוף דעת הרב המגיד דודאי אין כוונתו ממה שנשבע ש"ד דפשיטא די"ל דהיינו מצד גלגול אלא כוונתו דמוכח מהרמב"ם דשבועה זו שהיה תנאי היא ש"ד אפילו בלא גלגול כגון שהיו עדים שלא שלח יד ושאינו ברשותו מדכתב מתוך שיכול לומר שמרתי כדרך השומרים ונאנסתי כו' הרי כיון שאינו נאמן אלא מכח מגו דנאנסתי ובנאנסתי היה צריך לישבע שבועה חמורה גם עתה צריך לישבע שלא יד דאי ר"ל דבלא גלגולים אינו נשבע רק היסת אפילו בלא מיגו דטענת נאנסו ה"ל להאמינו במגו דלהד"ם או החזרתי, עיי"ש שהאריך.

סימן רצז – הכופר בפקדון אפילו נותן המפקיד סימן

סעיף א

האם מועיל סימן מובהק להוציא ממון? עיין מקורות ובאר את דברי השולחן ערוך (סי' רצז) בהתאם לכך.

הפקיד אצל חברו בעדים או שלא בעדים ומת הנפקד, מתי רשאי המפקיד להוציא את הפקדון מן היתומים?

כתובות פה: "ההוא גברא דאפקיד שב מרגניתא דציירי בסדינא בי רבי מיאשא בר בריה דר' יהושע בן לוי, שכיב ר' מיאשא ולא פקיד, אתו לקמיה דר' אמי א"ל חדא דידענא ביה בר' מיאשא בר בריה דר' יהושע בן לוי דלא אמיד ועוד הא קא יהיב סימנא, ולא אמרן אלא דלא רגיל דעייל ונפיק להתם אבל רגיל דעייל ונפיק להתם אימא איניש אחרינא אפקיד ואיהו מיחזא חזא", והמשך הגמ' עוד תרי עובדי כדן זה.

יבמות קטו: "ההוא גברא דאפקיד שומשמי גבי חבריה אמר ליה הב לי שומשמי אמר ליה שקילתינהו והא כן וכן הויין ובחביתא רמיין א"ל דידך שקלתינהו והני אחריני נינהו סבר רב חסדא למימר היינו שני תלמידי חכמים ולא אמרינן הנך אזלו לעלמא והני אחריני נינהו אמר ליה רבא מי דמי התם קאמרי סימנים הכא שומשמי מאי סימנא אית להו ודקאמר כן וכן הויין אימר חושבנא איתרמי".

בב"י האריך בדברי הרא"ש ר"ן והרמב"ם (וראה לקמן) וז"ל בשו"ע "המפקיד אצל חבירו שלא בעדים נאמן לומר להד"מ (אפילו ראו עדים עתה בידו והכירוהו בטביעות עין יכול לומר להד"מ שהפקדתו בידי אלא לקחתיהו מידך או מיד אחר שקנהו ממך, סמ"ע וש"ך וראה קצות א' לקמן) (פשוט הוא שכל תביעה שאדם תובע לחבירו ואין לו עדים עליה הנתבע נאמן אלא שנשבע היסת, ב"י, וכן הוא בשבועות מ"ה, גר"א) אע"פ שאין הנפקד אמוד שיהא לו חפץ כזה והמפקיד נותן בו סימן (מובהק, ש"ך) (תוס' כתובות פ"ה, ב"י, דיש מתרושש והון רב או מציאה מצא, סמ"ע בשם הר"ן)".

כתב הסמ"ע (ג) דאיירי אפילו באינו רגיל אצלו, דדוקא גבי יורשים דאין טוענין ברי אבינו לקח ממך, מוציאין מידך בהצטרפות הני ג' ענינים דסיפא, אבל כשהן טוענין ברי של אבינו היה או שהנפקד חי וטוען שלי הוא וקניתיהו ממך או נתתיהו לי במתנה אין מוציאין מידו, אפילו בהצטרפות הני ג' ענינים הנ"ל, ודלא כלבוש דלא מוקי ליה באינו רגיל, וטעמו מדלא הזכירו הטוש"ע כאן אינו רגיל.

עוד כתב השו"ע "ב"ב מ"ה -) ואפילו הפקיד אצלו בעדים אם לא ראו עתה בידו נאמן לומר החזרתיו לך או נתתו לי במתנה (דוקא בטענה זו נאמן אך לא בטענת להד"מ כדלעיל דכיון דאיכא סימן ריע טענתיה, ש"ך ע"פ התוס' ועוד, והגם שבאגודה ועוד לא משמע כן "לענין דינא לא פליגי"). (ע"פ עובדא דשומשמי ביבמות קט"ו -) ואפילו אם טוען הפקדתי בידך חטים וזה אומר החזרתי לך והלה אומר והרי כך וכך היו ונתתם בחבית פלונית ונמצא כדבריו, אפילו הכי נאמן הנפקד לומר החזרתי לך את שלך ואלו אחרים הם (וכתב הרמב"ם כתב שישבע בנק"ח, והשיגו הראב"ד למה בנקיטת חפץ והלא המפקיד אצל חבירו בעדים אינו צריך להחזיר לו בעדים, וכתב ה"ה דאולי מפני שנתן כאן סימנים), (תוס' -) אפילו הפקידם בעדים (לפי שאין מנין סימן מובהק לגמרי, שאם היה סימן מובהק אע"פ שאין העדים מעידים שהם היה נוטל, ש"ך בשם ה"ה, והוסיף דה"ה אפילו לא היו עדים כלל היה נוטל בסימן מובהק כשטוען זה אחר הוא וכנ"ל, ודחה דעת הסמ"ע דנאמן לטוען גבי שומשמי אלו היו שלך ולקחתיהן מידך או נתתם לי במתנה במגו דהיה אומר אלו אחרים הם, דזה אינו דבכה"ג אינו נאמן שאין זה מיגו טוב כיון שראו כיוצ"ב בידו)".

עוד בשו"ע "ע"פ ב"ב שם -) אבל אם עדים מעידים שהפקיד בידו זה החפץ ורואים אותו עתה בידו אינו נאמן לומר חזרתי [ולקחתי ממך] או נתתו לי במתנה, (ע"פ כתובות שם -) ולא מבעיא אם הוא חי שמוציאין אותו מידו, אלא אפילו אם מת מוציאים אותו מהיורשים, אפילו בלא שבועה {אמר המפקיד חפץ פלוני הפקדתי בעדים בידו שסימנו כך וכך ואנו רואים ביד היתומים חפץ כזה, צריכין להראותו לעדים, ואם עדים מעידים אותו שהוא זה (בטביעות עין שהוא שלו, סמ"ע), מחזירין אותו, ואם אמרו היתומים אבינו אמר שלו הוא, נאמנים בשבועה (טור, אף דקיי"ל דאין היורשים נשבעים אלא ליטול ולא ליפטר שאני הכא דהבע"ה נותן סימנים ואומר שיש לו עדים שיכירוהו בטביעת עין שהוא שלו, משום הכי הו"ל כאילו הן באין ליטול מיד הבעל הבית, סמ"ע, "ואין דבריו נכונים דס"ס הן מוחזקים והקושיא מעיקרא ליתא דהיכא דהיורשים טוענים ברי צריכים לישבע", ש"ך) (לשון הרמב"ם ע"פ כתובות שם וכ"ד הרא"ש -)³ ולא עוד אלא מי שבא ואמר כך וכך הפקדתי אצל אביכם⁴ ונתן סימנים מובהקים ונמצא הפקדון כמו שאמר² והיה יודע הדיין שלא היה המת אמוד (קצות: והיינו דוקא ביודע שלא היה אמיד, אבל אם אינו יודע בודאי שלא היה אמיד ליכא אומדנא כלל, ודלא כמהרש"א דצריך אמיד בבירור אבל אינו יודע שהוא אמיד מפקינן מיניה, ודבריו תמוהין דהא טעמא דלא אמיד הוא משום אומדן דעתו של הדיין ובעינן דוקא יודע בבירור שאינו אמיד) שזה הפקדון שלו, יש לו לדיין הזה לתת הפקדון לזה שנתן סימניו,³ והוא שלא יהיה המפקיד רגיל להכנס אצל זה שמת,

אבל אם היה רגיל להכנס אצלו, שמא של אחר הוא והכיר הסימנים שלו (ה"ה): לדעת הרמב"ם שלא היו שם עדי פקדון כלל אלא שנתן סימנין מובהקין והאב ידוע לדיין שלא היה אמיד וזה התובע לא היה רגיל ליכנס בבית המת ובהתחבר ג' עניינים אלו אמרו שיתנו לו, ואפשר לדעתו שאילו היה האב קיים והיה טוען לקחתי כיון שאין שם עדי פקדון וראה אין מוציאין מידו אבל אין אנו טוענין ליתומים כיון שיש כאן כל הצדדין האלו, ודלא כרמב"ן והרשב"א שעדי פקדון היו שם אבל לא היו מכירין אם היו אותם בעצמם וסימנים מובהקים שנתן הם בראה וטענת אמיד אינה מעלה ולא מורידה בדין דודאי אפילו אמיד כיון שיש כאן עדי פקדון וסימנים מובהקים נותנין לו ולא נאמרה אלא לסעד בעלמא). באו עדים והעידו לדיין שאין זה אמוד, אין מוציאין מיד היתומים בעדותן, שאין זה ראיה ברורה, ואומדן דעתם אינו אומד דעתו, ואין לו לדיין אלא מה שדעתו סומכת עליו (יצא לו מלשון הגמ' 'אמר רב נחמן ידענא ביה לא אמיד' שנראה שהדיין צריך לידע, ה"ה). (רמב"ם ע"פ הרי"ף בשם גאון גבי אורועי שטרא ועיין בסימן טו/ה -) ומשרבו בתי דינים שאינם הגונים, ואפילו יהיו הגונים במעשיהם אינם חכמים כראוי ובעלי בינה, הסכימו רוב בתי דיני ישראל שאין מוציאין מהיתומים באומד דעתו של דיין { החזיר פקדון ע"פ ב"ד ואח"כ נודע שטעו (שהחזירהו למי שאינו שלו, סמ"ע), הנפקד פטור (יר' ורי"ו) }.

כתב הסמ"ע (ז) בהא דעדים רואים עתה בידו, מיירי אפילו אם עדי הראיה הללו אינם העדים שהפקיד בפניהם, מצטרפין העדויות יחד ומוציאין מידו.

ביאר הסמ"ע (ט) ע"פ הרא"ש והטור דהא דמוציאין מהיורשין כלומר דלא טענינן בעד היורשין אילו היה אביהן חי שמא היה מברר בעדים שקנאהו מידך, משום דלא טענינן בעד היורשים טענה דאינה שכיחא (כדאמרין בב"ב ע' גבי שטר כיס היוצא על היתומים), לא מיבעיא כשראו העדים החפץ ביד היורשין קודם שבאו לדין דהו"ל עדים וראה דגם אביהן לא היה נאמן בכה"ג לטעון לקוח הוא בידי, דמוציאין מידי היורשים, אלא אפילו לא ראו העדים החפץ ביד היורשים אלא שהמפקיד טוען חפץ פלוני הפקדתיו כו' עד צריכין להראותו לעדים כו', ואף שאביהן בכה"ג לא היה צריך להראותו לעדים, שאני אביהן דהיה טוען טענת ברי, אבל אן לא טענינן בעד היורשים טענה שאינה שכיחא, ומשו"ה צריכין להראותו לעדים, ואם יכירוהו הו"ל כעדים וראה לפני הדין, ומוציאין אותו מיד היורשין ומחזירין אותו למפקיד, אם לא שגם הן טוענים ברי.

כתב הסמ"ע (יא) דמש"כ הרמ"א ע"פ הטור שמוציא ע"י עדים מיירי אפילו אם אבי היורשין היה אמוד להיות לו חפץ כזה, מ"מ כיון דיש לזה עדים שהפקידו בידו, מוציאין מידם בסימנים שהוא נותן, ומש"כ המחבר אחר זה דבעינן שלא יהא אמוד ולא יהא רגיל, מיירי דוקא כשאין למפקיד עדים שהפקיד בידו וכ"כ הר"ן בהדיא והרא"ש, ודלא כלבוס שכתב דמיירי באינו אמוד, ועירבב דיני שני הבבות יחד כאילו הן מענין אחד, ולא דק כלל, אלא הרמ"א מיירי כשיש לו עדי הפקדון שם אפילו אמוד מחזירין, וסיפא מיירי באין לו עדים שהפקיד בידו, אולם הש"ך (א, "נמצא לפי זה") הסכים (חלקית) עם הלבוס דמיירי בעדים באינו אמיד וכמו שהאריך לבאר (ומקצת לקמן) דבעינן לא אמיד ומש"כ שכן מוכח ברא"ש לא מוכח מידי ואפילו תאמר שכן דעת הרא"ש אין דבריו עיקר בזה.

כתב הסמ"ע (יג) דנראה דמה שסיים המחבר משרבו וכו' אין מוציאין, היינו דוקא בהאי דינא בתרא, אבל במש"כ לפני זה בעדים וראה דאין תלוי באומדן דעת, מוציאין גם בזמנינו.

כתב הש"ך (א, ד"ה 'ומה שכתב הרב המגיד בשם הרמב"ן') דדעת הרב המגיד ע"פ הרמב"ן רשב"א והר"ן ברי"ף דהיכא שיש עדי פקדון וראה אלא שאין מכירין אם זהו הדבר בעצמו ויש למפקיד סימן מובהק מוציאין מידו, וחלק עליהם דחידוש גדול הוא ולא נמצא בשום פוסק, דהא אפילו ראוהו עתה בידו אי ליכא עדים שהפקידו בידו נאמן לומר לקוח כדאיתא בב"ב מ"ה ומוסכם מכל הפוסקים, ואם כן מה בכך שנותן סימן הא יכול לטעון זה שהעדים מעידים שהפקדת בידי החזרתי לך וזהו שראו עתה בידי לקחתי ממך ומתחלה בתורת לקוח בא לידי ועל כן אתה יודע הסימן דהא אפילו היכא דאיכא עדי ראה ומכירים החפץ זה ממש שהוא שלו נאמן לטעון לקוח אע"ג דהשתא ליכא מגו אלא משום כיון דליכא עדים שבא לידו בתורת פקדון טענת לקוח טענה מעליותא היא ומהימנינן ליה שבא לידו בתורת מכירה אם כן ה"ה הכא מה בכך שנותן סימן דיילמא לקחו ממנו ומעולם לא בא חפץ זה לידו בתורת פקדון ואותו חפץ שבא לידו בתורת פקדון החזיר לו, והא דאינו נאמן מול עדים היינו במכירים העדים

בטביעות עין או בסימן מובהק שזהו שהפקידו ושזהו עתה בידו, "ולבי אומר ליי" שגם הרמב"ן והרשב"א לא כתבו כן אלא ליישב דברי הר"י, ואף בר"י עצמו יש ללמוד כן וכן יש ללמוד בדעת הרמב"ם.

עוד חלק הש"ך (ד"ה 'אך מ"מ מ"ש הרא"ש דליתומים') על מש"כ הרא"ש ונמשכו אחריו הטור והרמ"א דליתומים לא טענינן לקוח במגו דהחזרתי, דליתא שכל זה כתב ע"פ שיטתו שהבין דברי התוס' באיזהו נשך דמיירי דוקא אחר מיתת המקבל, אלא מדובר אפילו בחיי המקבל רק דבהך דהכותב כיון דלא אמוד לא טענינן ליתמי לקוח דכיון דלא אמוד מילתא דלא שכיח הוא שיהיה שלו אבל באמוד משמע בתוס' ופוסקים דאע"ג שיש עדים שהפקידו ביד אביהם טענינן להו לקוח במגו דהחזרתי, ומוכח בתוס' דהיכא דמביא עדים שהפקידו וראו עתה בידו אפילו אין העדים מכירים רק ע"י סימנים מובהקים הי"ל שפיר עדים וראה, וכן בדין דהא קי"ל בכל דוכתא דסימנים מובהקים דאורייתא נינהו כדמוכח בב"מ י"ח כ"ז ועוד, וכתב בסיום הענין לאחר שהאריך "וס"ל להרא"ש דאפילו באמיד מוציאין מן היתומים מכל מקום לענין דינא לא נ"ל כן אלא היכא דהוא אמיד טענינן ליתמי לקוח וכדמשמע בתוספות ופוסקים הנ"ל וכמ"ש לעיל, גם בלאו הכי אפילו במילתא דלא שכיח יש פוסקים דטענינן להו ליתמי וכמ"ש הרמב"ן.. וכן דעת הר"י.. והנ"ל.. דטענינן ליתמי נאנסו דלעולם כל מה דמצי אבוהון למטען טענינן להו".

עוד כתב הש"ך (ד"ה 'ונראה דהיכא שיש') דהיכא שיש עדים שכלי זה הופקד בידו וראהו עתה לאחר מותו או שהיתומים מודים שהוא פקדון רק שאין העדים או היתומים יודעים מי הפקידו אצלו נאמן התובע כשנותן סימן מובהק אפילו הנפקד אמיד, אבל אם אין היתומים יודעים אם לקחה אביהן אע"ג שיודעים שבפקדון בא לידו ואיכא עדי ראה נראה דטענינן להו שלקוח במגו שהיה אביהן חי לא היה מודה שהוא פקדון רק היה יכול לטעון במכירה בא לידו כי היכא דטענינן להו לקוח במגו דהחזרתי היכא דאיכא עדי פקדון וליכא עדי ראה אע"פ שהיתומים יודעים האמת שלא החזיר וה"ה הכא.

עוד כתב הש"ך לקראת סיום דבריו דלרא"ש כנ"ל במילתא שלא שכיחא דלא טענינן א"כ ס"ל באינו אמיד ויהיב סימנא ואינו רגיל דאיכא תלתא לטיבותא דהתובע וליכא עדי פקדון וראה ס"ל דמוציאים מיתומים דמילתא דלא שכיח לא טענינן ליתמי, אבל לפוסקים דטענינן כל מידי דלא שכיחא א"כ גם כאן אין מוציאין מהיתומים, וע"כ יש לפרש הך דכתובות בענין אחר, דהתם היה דעת החכמים נוטה שהוא של התובע ולכך מיייתי בגמ' תלתא עובדא לומר דלאו דדינא הכי הוא אלא דאשכחן דרבי אמי ורב נחמן ורבי אבא היו דנים כן ע"פ אומדן דעתם א"כ שמע מינה דהרשות ביד דיין לדון כן ע"פ אומדן דעתו ודלא כר"י שכתב דלהכי מיייתי הני תלתא למימרא דהלכה רווחת בישראל היא, וכן נראה ללמוד ברמב"ם שכתב דיש לדיין לתת הפקדון מה שלא כתב כן בשאר הדינים אלא אשמעינן דדין זה תלוי באומדן דעת הדיין ובהל' סנהדרין מדוקדק כן יותר שכתב "אם ידע זה הדיין" וכו' ונמצא דלרמב"ם והמחבר בזמן הזה אין מוציאין מהיתומים באומדן הדעת והיינו אפילו ידוע לדיינים שאינו אמיד אין מוציאין מהם ה"ה היכא דאיכא עדים שהפקידו בידו, אך דליכא עדי ראה אין מוציאין מידו אפילו אין אביהן אמיד וגם בלא"ה יש פוסקים דטענינן להו נאנסו א"כ הוי ספיקא דדינא ואין מוציאין מספק ולפי"ז אם תפס התובע אפילו תפס בעדים לא מפקין מיניה אפילו ליכא עדים וראה רק שנותן סימן ולא רגיל דעייל להתם ולא היה אביהן אמיד או שרגיל דעייל להתם והביא עדי פקדון אע"ג דלא יהיב סימן כלל ולא היה אביהן אמיד כיון דבהנך תרתי היה ביד ב"ד להוציא מהיתומים רק שאין דנין עכשיו כן הלכך אי תפס התובע אין מוציאין מידו (עיי"ש שסיים "העולה מכל זה" וסיכם בזה כל הדינים העולים בסימן, וראה סיכום מקוצר יותר ב'דרכי חושן' בסוף הסימן).

עמש"כ הש"ך (הובא בדברי השו"ע וסוכם בקצרה בנתיבות לקמן) דהיכא דאומר סימן מובהק גמור (כלומר שאין כמותו כלל, דרכי חושן) אף שאין להם טביעות עין מוציאין מהנפקד ואינו נאמן לומר שלך החזרתי וזה אחר הוא ולא לקוח, ואפילו ליכא עדים והוא מודה, אינו נאמן לטעון החזרתי וזה אחר במיגו, דהוי מיגו במקום עדים [ובסימן מובהק שאינו גמור, נאמן לטעון החזרתי וזה אחר כשיש לו מיגו דלקוח, ובסימן גרוע, יכול לטעון החזרתי וזה אחר אפילו בלא מיגו, אבל לקוח אינו נאמן במיגו, שירא לומר כן כיון שראו כיוצא בו] חלק הקצות (א) דסימנין אפילו מובהקין לא מהני כלל להוציא ממון וכ"כ בריטב"א דכי יהיב סימנא מאי הוי הא לא אשכחן דמהני סימנא להוציא ממונא מרשות בעלים המוחזק, ולא הוזכר אלא במציאה ויאוש בעלים וכי איכא סימנא ליכא יאוש בעלים והנך דיבמות קט"ו וב"מ ע' היינו משום דהוי עדי פקדון וכיון דאיכא סימנא אמרינן מסתמא זה הפקדון, וכן מוכח מחולין צ"ו דאמרינן דלא מפקין עד דאתו בתרי ואמרי טביעות עינא אית לן בגויה, ולכן הפירוש בשו"ע שכתב

המפקיד אצל חבירו שלא בעדים נאמן לומר לא היו דברים מעולם, דהיינו לא היה שלך מעולם, ואע"ג דהתובע יחייב סימנא לא מהני לאפוקי ממונא, ודלא כסמ"ע והש"ך שפירשו להד"מ היינו שטוען לקוח או שלקחו מאחר ולישנא דלהד"מ משמע להד"מ ממש, ואפילו בדברים העשויין להשאיל ולהשכיר דליכא מיגו יכול לטעון להד"מ דלא היה שלך מעולם, וסימנא לא מהני אלא כשהפקידו בעדים, וסימן משקל אפילו בעדי פקדון לא מהני כמו שמוכח מהך דב"מ ע' בדקינן גברא דאית ליה דהבא פריכא אבל כלים לא דיהיב סימנא, דכיון דכלים לא היינו כשיהיו עדי פקדון א"כ מוכח דמדת משקל לא מהני אפילו בעדי פקדון, דהא בדהבא פריכא נמי איכא סימן משקל וכמ"ש הנ"י משום דמשקל הוי סימן כל דהו. גם בנתיבות (א), כתב דדברי הש"ך תמוהים ובהדיא כתבו התוס' בחולין דאם אמרו חפץ דהאי סימניה דפלניא דאין מוציאין והא אפילו בסימן מובהק כמו בפלניא דהאי סימניה, וגם מש"כ דבסימן אמצעי כשאין לו מיגו מוציאין הוא תמוה, דהא קי"ל דסימנים אמצעים דרבנן ואפילו באבידה מתמה הש"ס בב"מ כ"ז אמאי מחזירין, והטעמים שאמרו שם באבידה לא שייך להוצאת ממון מהמוחזק, לכן נראה עיקר דסימנן לא מהני רק לענין זה לכופף אותן להראות לעדים שיכירוהו בטביעות עין.

סימן רחצ – נפקד אומר איני יודע כמה אני חייב והמפקיד טוען ברי

סעיף א

ראובן הפקיד אצל שמעון ארנק סגור וחתום ואמר לו שהארנק מכיל דולרים ופשע שמעון בשמירתו ונתחייב בדין כדי שומר חנם, אך הם חלוקים בסכום הכסף שהיה בארנק, המפקיד טוען שבתוך הארנק היו עשרת אלפים דולרים ואילו הנפקד טוען שאינו יודע כמה הכיל הארנק אך אינו מאמין שהיה בו סכום גדול כל כך מאחר והמפקיד אינו אדם אמיד, מה הדין?

ב"ק סב. "אמר רב שמעית מילתא לר' יהודה ולא ידענא מאי היא אמר שמואל ולא ידע אבא מאי שמיע ליה לר' יהודה דמחייב על נזקי טמון באש עשו תקנת נגזל באש".

בירושלמי פרק הכונס (הובא ברי"ף רא"ש וכדלקמן) מובא הך עובדא אפלוגתא דטמון באש דרבי יהודה ורבנן - "חד בר נש אפקיד גבי חבריה חד שק צרור אירעו אונס הדין הוה אמר (הנפקד) סיגין הוה מלא (סיגים) והדין אמר (המפקיד) מטכסא (בגדי משי יקרים) הוה מלא אתא עובדא קמיה ר' אמי אמר הרי זה נשבע ונטל", על פניו נשמע שעשו תקנת טמון במפקיד.

כתב הרא"ש בב"ק (ו, טז) לתמוה על הירו' למה יעשו תקנת נגזל במפקיד בשלמא בנגזל עשו תקנה שלא ישבע הגזול וכן באש שפשע בשמירת אשו הטילו השבועה על הניזק וגם אין המבעיר יכול לידע מה היה לניזק בבית אבל במפקיד למה הטילו אי דטעין נפקד ברי סיגין הוה משתבע דהכי הוא ויותר נראה שיהא פטור בלא שבועה מידי דהוה כטוען חטים והודה לו בשעורים, ואי דטעין הנפקד שמא אמאי נשבע המפקיד בלא שבועה יטול דהוה ליה נפקד מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע כמו טענו מנה ואמר ליה חמשין ידענא וחמשין לא ידענא (שבועות מז). דהכא נמי טענו שק מלא מטכסין והודה על השק ועל המטכסין אמר לא ידענא דשמא סיגין היו, ומיהו איכא למימר דלא אמרינן בכהאי גוונא מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם דדוקא היכא דנראה טענה שלו ברמאות הא דטעין לא ידענא לפי שהיה ליה לידע אם הוא חייב אם לאו, ודבר קשה הוא מאוד כי מעשים בכל יום שאין הנפקד מדקדק לידע מה שיש בשקים ומרצופין שמפקידים אצלו, וכתב דאפשר לפרש דירושלמי באירע אונס לנפקד שנשרף ביתו בפשיעת שכנו שלא שמר גחלתו ונתחייב המבעיר לשלם הנזק אע"פ שמה שבתוך השק הוי טמון ומיירי דנפל גדר מחמת דליקה והוי חציו ומתחייב אטמון ואמר המבעיר דמלא סיגין הוה והשתא מייתי סייעתא מרב דעשו תקנת גזלן באשו, וסיים "ושמעתי שהגאונים פירשוהו בפקדון וכתבו דעשו תקנת נגזל בפקדון ואין לזוז מדבריהם". הרי"ן (דלקמן) סיים דבריו דעיקרון של דברים שאין לירושלמי עסק בדין נפקד כלל דהתם מפני תקנת נגזל באשו נגעו בה דגבי פלוגתא דר' יהודה ורבנן בטמון באש מייתו להו ועל ענין זה הביאו הרי"ף ז"ל בפרק הכונס, וכ"ד הרמב"ן (ראה לקמן), והוזכר גם ברא"ה). כתב הטור (בסימן צ') דנראה מדברי הרא"ש שאינו מסכים לדברי הגאונים אלא

כשהנפקד טוען שמא אבל אם טוען ברי לא, והירושלמי שהביא רב אלפס מיירי נמי כהאי גוונא שטען הנפקד שמא היה מלא סיגין.

כתב הרמב"ם (שאלה ה, ז) (ה"ה: זהו פירוש הירו' לשיטתו) "מעשה באחד שהפקיד שק צרור אצל חבירו ופשע בו המפקיד אומר חלי זהב ומרגליות וכיוצא בהן היו בו והשומר אומר איני יודע שמא סיגים או חול היו בו ואמרו חכמים ישבע בעל הפקדון ויטול והוא שיטעון דבר שהוא אמוד בו או אמוד להפקידו אצלו, ולמה נשבע כאן בעל הפקדון לפי שאין השומר מחוייב שבועה שאפילו הודה ואמר ברי לי שהיה מלא סיגים והמפקיד אומר מרגליות היו השומר נשבע היסת ונפטר כמו שטענו חטים והודה לו בשעורים וכן כל כיוצא בזה ובהלכות טוען ונטען יתבארו עיקרי הדברים", והשיג הראב"ד דאין זה כלום שהרי היה שם שק ומטכסין והודה בשק וכפר במטכסין ועוד בשק צרור למה נשבע בעל השק לאו היינו אמרינן לגבי שוורים דקאמר ניזק ברי ומזיק שמא אכתי היינו דרבה בר נתן ותו לא מידי.

בהלכה ו' כתב הרמב"ם "הפקיד אצלו פירות שאינן מדודין ועירבן עם פירותיו ולא מדדן ה"ז פושע, בעל הפקדון אומר כך וכך היו והשומר אומר איני יודע ישלם בלא שבועה שהרי חייב עצמו בתשלומין ואינו יודע כמה הוא חייב ונמצא חייב שבועה שאינו יכול להשבע, וכזה הורו רבותי הרב ר' יוסף הלוי ורבו ז"ל, וכן כל שומר שנתחייב לשלם ואמר איני יודע כמה דמים.. ויש לשומר להחרים על מי שלקח ממנו יתר מן הראוי לו, ומנין שהדין כך הוא הגע עצמך שהפקיד אצלו כיס מלא זהובים ופשע בו הבעלים אומרים מאתים דינר היו והשומר אומר ודאי שהיה בו דינרים אבל איני יודע כמה היו נמצא זה כטוען מאתים והודה לו במקצת ואמר השאר איני יודע שהוא מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם כמו שיתבאר". הראב"ד השיג על הרמב"ם לפי שאינו דומה לחמשין ידענא וחמשין לא ידענא דהתם הוה ליה למידע ואערומי הוא דמעררים ותובע נמי טוען עליה ואמר מידע ידעת ודבר שבמניין קא טעין ליה ודבר שבמניין קא כפר ליה והוה ליה מחוייב שבועה שאינו יכול לישבע ומשלם אבל הני לאו הכי הוא והיינו טעמא דשק צרור דאמרינן עלה ישבע זה ויטול ולא אמרו יטול בלא שבועה.

כתב הר"ן (שבועות כ"ד:) דהקשה ה"ר יוסף הלוי (וכ"כ הרא"ש) על דברי עצמו מדגרסין בירושלמי (הנ"ל)... והתם ודאי בטוען שמא סיגין הוה מלא עסקינן דאי בטוען ברי סיגין הוה מלא פטור היה לגמרי דמה שהודה לו לא טענו וה"ל כטוענו חטים והודה לו בשעורין אלא על כרחין באומר שמא סיגין הוה מלא עסקינן וכיון שכן הרי הודה במקצת החיוב ואיני יודע כמה והוה ליה למפקיד ליטול בלא שבועה, ותירץ דלא אמרינן מחוייב שבועה שאינו יכול לישבע משלם אלא בזמן שאם היה טוען ברי מה שהוא טוען שאינו יודע היה מתחייב שבועה כגון חמשין ידענא וחמשין לא ידענא אבל הכא דאילו טעין ברי סיגין הוה מלא לא הוה מחוייב שבועה דמה שטוענו לא הודה לו כי אמר נמי בשמא לאו מחוייב שבועה שאינו יכול לישבע, וחזר והקשה כיון שכן למה נשבע תובע ונוטל הוה ליה כאומר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע דפטור ותירץ דהתם בדליכא דררא דממונא אבל הכא דאיכא דררא דממונא דהא ודאי אפקיד גביה אלא דאיהו לא ידע אי סיגין אי מטכסין נשבע התובע דינר ונוטל (והרמב"ן חלק עליו בדין זה דודאי כי אמרינן מנה לי בידך והלה אומר איני יודע דפטור אפילו בדאיכא דררא דממונא).

כתב הרא"ש (שבועות ו, כז) דיש מקשים על ר"י הלוי (ראה ראב"ד לעיל) דכיון דלא ידע כמה היה שוה לא מיחייב שבועה דהא לא מודה בדבר שבמדה ומשקל ומנין ועוד שהרי אינו כופר בשתי כסף שהוא אומר שאינו יודע כמה שוה, ותירץ הרא"ש דלא קשה דכיון שאמר יודע אני שהיה שוה יותר ממה שיש לי עליו הודה ששוה פרוטה יותר שפחות משוה פרוטה אין נחשב שוויו בחפץ אחד ואם לא יגיע לשוה פרוטה אינו מונה אותו הילכך זה שאומר שהיה שוה יותר מסלע על כרחך בפרוטה הודה והרי יש כאן הודאות ממון וכיון שהודה בסתם אין בכלל הודאה זו אלא בפחות שבממון ואין יכולין להוציא ממנו אלא פרוטה והוי כאילו הזכיר בפירוש שוה פרוטה יותר הילכך על כל השאר אומר שאינו יודע ואילו כפר על השאר יש כאן כפירת שתי כסף וכיון שאמר איני יודע הוי מחוייב שבועה שאינו יכול לישבע. (הש"ך סק"ב הביא שהסמ"ג הקשה על הרמב"ם דאין כאן אלא שבועה דרבנן מאחר שאינו מודה בדבר שבמנין כך וכך דינרים היו בו והשאר אינו יודע ובשבועה דרבנן אין אומרים משואיל"מ, ונדחה ע"י יישובי הרא" דלעיל).

כתב הב"י דלענין הדין בהלכה ו' באומר יודע אני שהיו בו זהובים אבל איני יודע כמה נקטינן כרמב"ם, ולענין דין הירושלמי שכתב הרמב"ם (הלכה ה') מאחר שהסכמת המפרשים הוא דלענין טמון באש מיירי ופשט דברי הרי"ף מוכיחים כן הכי נקטינן ולא כרמב"ם.

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם בהל' ו' "כל שומר שנתחייב לשלם ואמר איני יודע כמה דמים אני חייב לשלם והבעלים אומרים אנו יודעים כך וכך היה שוה, כגון שהפקיד אצלו כיס מלא זהובים ופשע בו הבעלים אומרים ק"ק דינרים היו והשומר אומר ודאי שהיו בו דינרים אבל איני יודע כמה היה (ודוקא שהיה בו דברים שדרכו להניח בכיס דאלי"כ פטור כדלקמן ר"ס שפ"ח, ש"ך), נמצא זה כטוען ק"ק ומודה לו במקצת ואמר השאר איני יודע, שהוא מחויב שבועה ואינו יכול לישבע, ומשלם. ולפיכך הבעלים יטלו בלא שבועה, (ע"פ ב"ק סב. -) והוא שיטענו דבר שהם אמודים בו, ויש לשומר להחרים על מי שלקח ממנו יותר מהראוי לו {וע"ל סימן צ' סעיף י'}. וז"ל **בסימן צ'י** "הפקיד אצל חבירו שק צרור, ופשע בו, המפקיד אומר חלי זהב ומרגליות היו בו, והשומר אומר איני יודע שמא סיגים או חול היו בו, ישבע בעל הפקדון ויטול, (רמב"ם -) והוא שיטעון דבר שהוא אמוד, או אמוד להפקידו אצלו, (כדעת הטור ברא"ש -) ואם אמר השומר, ברי לי שהיה מלא סיגים או חול, ישבע ויפטר, ואם אמר השומר, יודע אני שהיה בו זהב ואיני יודע כמה, נוטל המפקיד בלא שבועה, וי"א שנשבע שאינו יודע ויפטר (ראה סמוך), ויתבאר עוד בסימן רצ"ח סעיף א"י".

הסמ"ע (א) תמה על פסיקת המחבר כרמב"ם דהא הראב"ד, רא"ש בהכונס, רשב"א, וטור הסכימו לדחות דברי הרמב"ם בזה דהפקידו כיס, דלא יטלנו המפקיד בלא שבועה חמורת, מטעם דלא ה"ל לנפקד למידע מאי הפקיד אצלו בשקין או בכיס או בתיבה צרורה וחתומה, וגם הב"י בעצמו כתב בסימן צ' שהרב המגיד כתב שעיקר הדברים המה כדברי הראב"ד בהפקיד כיס מלא, ושם צ"י פסק בשו"ע כמש"כ כאן וסיים "וי"א דנשבע שאינו יודע ונפטר" ודבריו סתומין אמאי קאי, וניתן לפרשו בבי פירושים - א' קאי אמאי דכתב לפניו דעת הרמב"ם בהפקידו שק צרור וטוענו שהיה מלא מרגליות והנפקד משיבו יודע אני שהיו בו מרגליות ואיני יודע כמה, דנוטל המפקיד בלא שבועה, ועליה כתב ד"י"א שנשבע ויפטר משום דס"ל דלא עשו תקנת נגזל בנפקד והירו' מיירי באש וכמ"ש הרא"ש שהרבה מפרשים פירשוהו כן, וגם ס"ל להאי י"א כסברת הראב"ד והרא"ש דלא אמרינן בזה מתוך שאינו יכול לישבע משלם כיון דלא ה"ל לנפקד למידע, ולפי"ז לא ה"ל להמחבר לסתום כאן כדעת הרמב"ם, ופירוש ב' דה"י"א הנ"ל קאי אדין שכתב שם לפני זה אהיכא דהשומר טוען איני יודע שמא סיגין היו בו וס"ל דלא אמרינן דמסתמא היתה דעת התובע גם על השק, נמצא דה"ל כטוענו בחיטין והנתבע משיב לו איני יודע אם חיטין או שעורין, וס"ל כראב"ד בה"ז דבכה"ג לא עשו תקנת נגזל משו"ה ס"ל דישבע הנפקד שאינו יודע ויפטר, ולפי"ז לק"מ, דכאן לא איירי המחבר בדין אם טוען הנפקד שמא סיגין היו בו, ואפשר דלזה רימז גם כן הרמ"א בקיצור לשונו.

הש"ך (א) הסכים עם המחבר דכ"ד הרמב"ן ר"ן ונ"י [ומה שהקשה הסמ"ע מדברי הב"י סי' צ' בלא"ה דברי הב"י מגומגמים דהרב המגיד דכתב דעיקר הדברים כראב"ד לא קאי אהיה לו לידע]. עוד כתב (ד) דבסימן שפ"ח פסק בהג"ה שנשבע ונוטל ולא כהכא שנוטל בלא שבועה, ואפשר שמחלק בין מזיק לפקדון אבל בדברי כל הפוסקים אין נראה לחלק, ולענין הלכה העיקר כמחבר.

סעיף ב

פסק בשו"ע **כרמב"ם** (בתחילת ה"ז שם, וכתב הה"ה דפשוט הוא, דודאי אין השומר מחוייב שבועה כיון שאין המפקיד טוענו טענת ברי וכיון שכן, נשבע שאינו יודע ונפטר) "מת אביו והניח לו שק צרור והפקידו אצל חבירו ופשע בו, המפקיד אומר איני יודע מה היה בו שמא מרגליות היו בו, וכן השומר אומר איני יודע כמה אני חייב לשלם שמא זכוכית היה מלא, ישבע השומר כתקנת חכמים שאינו ברשותו, ויכלול בשבועתו שאינו יודע בודאי שהיה בו יותר על שוה כך וכך, וישלם מה שהודה לו {מפקיד שאמר נגנב לי מן הפקדון והשומר אומר איני יודע נשבע שאינו יודע ופטר (תשובת הרשב"א, ולא דמי לההוא ירושלמי דשק צרור כו' דהתם השומר מודה שנגנב או איכא עדים שנגנב אבל כאן השומר אומר איני יודע שנגנב ולכך פטור אפילו נכנסו ויצאו אנשים לשם לא אמרינן שבודאי גנבו, דרכ"מ וסמ"ע)"}".

ביאר הסמ"ע (ב-ד) דאורחא דמילתא נקט במת אביו וכו', דאילו לא הניח לו אביו מסתמא היה יודע מה היה בו, עוד י"ל דבתובע טוען שמא אי הוה טוען טענת עצמו שהוא הפקידו ואינו יודע כמה, אפילו שבועה ע"י גלגול שאינו יודע לא היה צריך השומר לישבע, דלמה ליה למידע יותר מהמפקיד, והכא דכולל בשבועתו וכו' אי לא גלגול שבועה דאינו ברשותו לא היה צריך לישבע אטענת שמא, ואפילו לצאת ידי שמים לא הוה צריך וכטושי"ע בסימן ע"ה.

כתב הש"ך (ה) דכתב המהרי"ט דאם אבד לו אבן טוב ואינו יודע כמה היה שוה לא ה"ל משואיל"מ דלא ה"ל לידע שאינו ידוע אלא לבקיאין וחלק עליו דה"ל משואיל"מ.

[בתשובת בית דוד (פת"ש א) כתב באחד שמסר לבעל ספינה מאה שקים קמח שיוליכם לנמל פלוני וכל שק יהיה במשקל מסויים ושכרו מאה ר"ט וכשבא לנמל טען המפקיד שחסר לו הרבה קמח באופן שהחסרון עולה יותר מדמי השכירות והנפקד השיב איני יודע, דיש לספק למאי מדמינן לה, לטענת פרעון או לטענת יש לי בידך כנגדו וכיון שהדבר שקול, אם כבר נפסק הדין ע"פ הרוב לחייב את בעל הסחורה לשלם, אין אח"ז כלום, כי על כיוצא בזה אמרה תורה אחרי רבים להטות, אמנם כל זה אם לא היה כאן רק שכר שמירה לחוד ולא גם שכר הולכת הסחורה למקום, עיי"ש שהאריך].

סימן רצט – שנים שהפקידו ביד אחד ואחד מהם בא לתבוע

סעיף א

[מה הדין האחד שהפקיד אצל שנים, האם הם ערבים זה לזה?]

ע"פ **כתובות צד**. גבי "הני תרי אחי או תרי שותפי דאית להו דינא בהדי חד ואזיל חד מינייהו", כתב הר"ן, וכ"פ השו"ע בקצרה מה שהורחב ונומק בסימן ע"ז "שנים שהפקידו אצל אחד ובא אחד מהם ליתול את שלו, אין שומעין לו עד שיבא חברו, בד"א, כשאין השני בעיר, אבל אם הוא בעיר וידע שתבעו חברו ולא בא, ניחא ליה במאי דעביד חבריה ושליחותיה קא עביד, ונתבארו פרטי דין זה בסימן קע"ו סעיף כ"ה ובסימן קכ"ב. {ג"י - } ואם הפקיד אצל שנים, הוה כהלוח לשנים, ועיין לעיל סימן ע"ז."

כתב **הסמ"ע** (ב) דהא דאין שומעין לו וכו' דאולם יכול לתבעו ולירד עמו לדין על חלקו אף שאין חברו בעיר אם יש כפירה ביניהם.

כתב **הקצות** (א) דכתב בתשובת הרמ"א גבי שני שומרים שקיבלו שמירה ביחד לא אמרינן דהוי אחד ערב בעד חברו ואע"ג דכתב ה"ה בשם הרמב"ן דאם הפקיד גבי שנים דינו כהלוח לשנים י"ל דהרמב"ן לא מיירי בסתם פקדון אלא מיירי דהתנה בהדייהו בפירוש וכמשנה ב"מ צ"ד, וראיה מהא מב"ק י' מסר שורו לחמשה בני אדם דאמרינן אם סילק אחד עצמו מן השמירה הנשארים חייבים ולא מצינו שיחייבו זה שנסתלק מטעם שנתערב בעד חברו, אולם מדברי הרמ"א כאן ובריש סימן ע"ז בשנים שקבלו פקדון ביחד דכתב בסתמא דהו"ל דין ערב כמו בשנים שלוו יחד, משמע דאפילו בסתמא נעשו ערבין וא"כ תיקשי הך דמסר שורו לחמשה, והש"ך בסימן ע"ז כתב דהתם לא מיירי מדין ערב אלא מדין מזיק ממש ואין ה"נ דחייב מדין ערב, אלא דא"כ לא הו"ל לטוש"ע בסימן שצ"ו לסתום במסר שורו כו' דאם פשע אחד מהם זה שפשע בשמירתו חייב, ולא זכרו לחייב חברו מדין ערב, אולם לק"מ דבב"ק בהא דתנא הכשרתי במקצת נזקו חבתי בתשלומי נזקו כהכשר כל נזקו וכו' מיירי דפשע אחד מהם ויצא השור והזיק לאחרים דאינו חייב אלא בחלקו, דאע"ג דשנים שקבלו פקדון ביחד הו"ל ערבים, היינו למפקיד אבל לעלמא אין בו דין ערבות, וכיון דחבתי בתשלומי נזקו כהכשר כל נזקו היינו בהזיק לאחרים אין בזה דין ערבות, ואם הוזק השור הוא דאית ביה דין ערבות לבעל הפקדון אבל הזיק לאחרים אינו חייב אלא בחלקו, וכיון דדעת השו"ע והרמ"א הכא דשנים שלוו ביחד אין להם אלא דין ערב כל אחד בעד חברו ולא נעשו ערבים קבלנים א"כ לא שייך דין ערב בהזיק לעלמא, ומש"ה סתמו בשו"ע סימן שצ"ו דזה שפשע הוא דחייב כיון דמיירי במזיק לאחרים לית ביה דין ערב.

סימן ש – שנים שהפקידו אחד ק' ואחר ר' וכל אחד תובע מאתים

סעיף א

משנה ב"מ לז. "אמר לשנים גזלתי לאחד מכם מנה ואיני יודע איזה מכם או אביו של אחד מכם הפקיד לי מנה ואיני יודע איזה הוא נותן לזה מנה ולזה מנה שהודה מפי עצמו. שנים שהפקידו אצל אחד זה מנה וזה מאתים זה אומר שלי מאתים וזה אומר שלי מאתים נותן לזה מנה ולזה מנה והשאר יהא מונח

עד שיבא אליהו אמר רבי יוסי אם כן מה הפסיד הרמאי אלא הכל יהא מונח עד שיבא אליהו" **ובגמ'** "ורמי פקדון אפקדון ורמי גזל אגזל, פקדון אפקדון - דקתני רישא או אביו של אחד מכס הפקיד אצלי מנה ואיני יודע איזה הוא נותן לזה מנה ולזה מנה ורמינהי שנים שהפקידו וכו' **אמר רבא רישא** נעשה כמי שהפקידו לו בשני כריכות הוה ליה למידק סיפא נעשה כמי שהפקידו לו בכרך אחד דלא הוה ליה למידק כגון דאפקידו תרוייהו בהדי הדדי בחד זימנא דאמר להו אנת גופייכו לא קפדיתו אהדדי אנא קפידנא. ורמי גזל אגזל קתני הכא אמר לשנים גזלתי לאחד מכס מנה ואיני יודע איזה מכס או אביו של אחד מכס הפקיד לי מנה ואיני יודע איזה הוא נותן לזה מנה ולזה מנה, ורמינהי גזל אחד מחמשה ואינו יודע איזה מהן גזל זה אומר אותי גזל וזה אומר אותי גזל מניח גזילה ביניהם ומסתלק דברי רבי טרפון אלמא מספקא לא מפקינן ממונא ואמרין אוקים ממונא בחזקת מריה וממאי דמתניתין דהכא רבי טרפון היא דקתני עלה דההיא מודה רבי טרפון באומר לשנים גזלתי לאחד מכס מנה ואיני יודע איזה מכס שנותן לזה מנה ולזה מנה - **התם דקא תבעי ליה הכא בבא לצאת ידי שמים...** אמר ליה רבינא לרב אשי ומי אמר רבא כל בשתי כריכות הוה ליה למידק והאמר רבא ואי תימא רב פפא הכל מודים בשנים שהפקידו אצל רועה שמניח רועה ביניהן ומסתלק אמר ליה התם כשהפקידו בעדרו של רועה שלא מדעתו".

כתב **הרא"ש** דבהאי שינויא בבא לצאת וכו' מיתרצא נמי פירכא קמייתא דפקדון אך מדלא קאמר 'אלא' משמע דאכתי צריכנא לשינויא קמא דלעיל בין כרך אחד לשתי כריכות, וכן מוכח במסקנא דפריך ומי אמר רבא כל בשתי כריכות הוה ליה למידק משמע דאכתי קאי ההוא שנויא דבכרך אחד לא מיחייב **אף לצאת ידי שמים ובשתי כריכות חייב בפקדון אי תבעי ליה**, ולא דמי למנה לי בידך והלה אומר איני יודע דחייב בבא לצאת ידי שמים כדאיתא בב"ק קי"ח דהתם ברי ושמא והכא ברי וברי, אולם הרי"ף לא כתב אלא שנויא דרבא בלבד ובמאי דאמר רבא סיפא נעשה כמי שהפקידו אצלו בכרך אחד וכתב הרי"ף דנראה מדבריו דבכרך אחד ממש קאמר אלא שאמרו לו מנה שלי ומאתים של חבירי, וכ"ד **הרמב"ם** וכדלקמן.

וז"ל השו"ע כלשון **הרמב"ם** "שנים שהפקידו אצל אחד זה מנה וזה מאתים וכל אחד משניהם אומר אני הוא שהפקדתי המאתים, והשומר אומר איני יודע (רמב"ם -) ישבע כל אחד מהם שהפקיד ק"ק, ויתן ק"ק לזה וק"ק לזה, ונמצא מפסיד מנה מביתו מפני שפשע, שה"ל לכתוב שם כל אחד (דלא סגי שיכתוב רק בעל ר' דאכתי יש פשיעה שמא יבוא שלישי לתבוע כ"ס ק', סמ"ע) על כ"ס שלו. (ה"ה בשם כתבו ז"ל -) ואי אינהו לא תבעי ליה כל חד בברי, אם בא לצאת ידי שמים חייב, אבל בדיני אדם פטור (דיכול לומר דקדקתי מי בעל ר' ושכחתי והא ראייה שהן ג"כ שכחו מדלא תבעו אותי, סמ"ע) (וציינו **הש"ך** והגר"א לדברי הרא"ש הנ"ל) (ואי לא תבעי ליה כלל אמרינן דהק' הג' חולקים ולא אמרינן יהא מונח כיון דלא תבעי ליה אי"כ ליכא רמאי וכדלקמן סי' שס"ה, **ש"ך**). (המשך **הרמב"ם** -) **לפיכך** (כיון דהטעם דיתן לכל אחד מאתים הוא משום שפשע דה"ל לכתוב וכו' לפיכך בכה"ג דהפקידו בכרך אחד לא מיקרי פשיעה, סמ"ע) אם הביאו לו השנים כאחד שלש מאות בכרך אחד, ובאו ותבעו וכל אחד אומר הק"ק שלי נותן מאה לזה ומאה לזה והשאר יהא מונח אצלו (וי"א דיהא מונח ביד ב"ד **מרדכי**, דא"י"כ כל אחד יערים ויאמר איני יודע כדי שישאר בידו) { עד לעולם (ר"ל עד שיבוא אליהו, ומכח זה ודאי יודה הרמאי או לא יבוא מתחילה ברמאות, סמ"ע), או עד שיודה האחד לחבירו (וה"ה אם ירצו לחלוק המנה השלישית וכמ"ש המחבר בסוף הסימן גבי בהמות, סמ"ע) (ואם לא תבעו ליה אם היה בכרך א' נותן לזה ק' ולזה ק' ומנה שלישית חולקים, **ש"ך**) **שהרי** הוא אומר להם כיון שראיתי שאינכם מקפידין זה על זה והבאתם בכרך אחד לא הטרחתי עצמי לידע ולזכור תמיד מי בעל המאה ומי בעל המאתים, ואפילו בבא לצאת ידי שמים פטור (וי"א **רא"ש**) דאם תבעו ליה חייב בבא לצאת ידי שמים אפילו בכי האי גוונא (דס"ל דמתני' בדיני אדם, דרישא לחוד בדיני שמים, אבל בדיני שמים חייב אף בסיפא כיון שהוא טוען שמא וכב"ק קי"ח, **גר"א**, וכתב **הש"ך** דרוב הפוסקים דלא כרא"ש) }".

ביאר **הסמ"ע** (א' וכן הוא בב"י בשם הרשב"א) דמש"כ הרמב"ם ברישא שכל אחד נשבע היינו כדן נשבע ונוטל (ומשמע בנקיטת חפץ, **ש"ך**) שכתבו הטוש"ע בסימן פ"ב (והגר"א ציין לסימן צ"א ר"ל דומיא דחנווני ופועלים), ואף על פי שהוא מודה לכל אחד שיש לו בידו מאה ועל המותר אומר איני יודע, אין לדמותו לתובע לחבירו מנה והנתבע משיבו חמשים ידענא וחמשים לא ידענא דאמרין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, דשאני הכא דטוען בודאי אין בידי יותר מג' מאות ואחד מהן ודאי רמאי, משו"ה הטילו חכמים שבועה על כל אחד מהן.

כתב **הסמ"ע** (ה ט) גבי הסיפא דבכרך אחד דכן היא גירסת הרי"ף והרמב"ם ולדידהו כל שלא הפקידו בכרך אחד אע"פ שהפקידו זה בפני זה ה"ל כאילו הפקידו זה שלא בפני זה וה"ל למידק, אבל לגירסת רש"י תוסי' ורא"ש וכ"ד ההג"ה אם הפקידו זה בפני זה אינו חייב אלא מאה לכל אחד שאמר לא חששתי לדקדק מאחר שראיתי שלא הייתם חושדים זה את זה.

גבי מח' הרמב"ם והמרדכי בסיפא אצל מי יישאר המנה כתב ה**ש"ך** (י) דדעת הרבה גדולי הפוסקים כרמב"ם שאצל הנפקד ומש"כ הפוסקים בשם המרדכי דלעולם יערים וכו' י"ל דאינהו דאפסידו אנפשיהו דהפקידו אצלו בכרך אחד מתחלה ואדרבה הם מערימים שכל א' תובע ר' וכיון שממ"נ חד מנייהו רמאי לא חיישינן תו להערמת הנפקד וממ"נ צריך ליטבע היסת שאינו יודע שהרי כל אחד תבעו ברי בר' ומ"מ מודה מקצת לא הוי דנימא מתוך שאיל"מ מטעם שכתבו הפוסקים וכסמ"ע סק"א ואפילו רוצה להניח המנה השלישית בב"ד צריך ליטבע שאינו יודע.

עמש"כ המחבר דבכרך אחד אפילו תבעי ליה פטור ואפילו לצאת ידי שמים כתב ה**קצות** (א) דנראה דהא דס"ל למחבר בסימן רכב/ב גבי מקח בלקח מחמשה בני אדם דחייב לצאת ידי שמים, משום דפקדון כל היכא דאיתיה ברשותא דמאריה ואין הנפקד חייב להשיב ליד הבעלים דלא כתיב והשיב אלא בגזילה וכן בהלואה משום דמלוה להוצאה ניתנה אלא היכא דפשע ומחויב לשלם דמי הפקדון מחויב להחזיר הדמים ליד בעלים, ומש"ה כאן בפקדון ס"ל כיון דבכרך אחד לא פשע מידי א"כ אין לו לנפקד להחזיר לבעלים אלא אומר הרי שלך לפניך כל היכא דאיתיה ואינו מחויב אפילו לצאת ידי שמים ואפילו תבעו.

סעיף ב

ע"פ **משנה שם** וכת"ק וכאוקימתא דרבא בגמ' פסק ב**שו"ע** כלשון הרמב"ם "וכן אם הפקידו אצלו שני כלים, אחד גדול ואחד קטן, וכל אחד אומר אני בעל הגדול, ישבעו שניהם, ויתן הגדול לאחד מהם ודמי הגדול לשני, וישאר לו הקטן, ואם הביאום בכרך אחד כאחד, נותן הקטן לאחד ודמי הקטן לשני, והשאר יהיה מונח (אצלו, ש"ך בשם הרמב"ם) עד שיוודה האחד לחבירו או עד לעולם".

סעיף ג

ע"פ **משנה שם** (וכסלקא דעתך בתבעוהו, דלא אוקמי בהודה ולצאת יד"ש אלא לר"ט ואן קי"ל כר"ע, גר"א) וכלשון הרמב"ם פסק ב**שו"ע** "וכן מי שתבעוהו שנים זה אומר אני הוא בעל הפקדון, וזה אומר אני הוא, והשומר אומר אחד מכם הוא ואיני יודע מי הוא, ישלם לשניהם (אחר שיישבעו, סמ"ע וש"ך) { ואי אינהו לא תבעי ליה פטור אפילו בבא לצאת ידי שמים (רא"ש, ובסימן ע"ו הביא המחבר ב' דעות, ש"ך, והקצות דייק בתוס' דאף בשמא ושמא חייב בבא לצאת ידי שמים), אבל אם אמר אביכם (ר') יהונתן בשיטה: האי דקאמר אביו של אחד מכם ולא קאמר אחד מכם הפקיד לי מנה משום דאורחא דמילתא נקט דדרך הוא דיתמי במילי דאבוהון לא ידעי ולפיכך לא תבעי ליה מידי אבל כשהוא עצמו מפקיד לו לא שכיח דשכת ותבע ליה) של אחד מכם הפקיד אצלי ואיני יודע איזה מכם חייב בבא לצאת ידי שמים (רא"ש ע"פ הגמ')".

עמש"כ המחבר דמשלם לשניהם הקשה ה**סמ"ע** (יא) דמאי שנא מאם לקח מאחד מחמשה ואינו יודע ממי לקח ובאו כל חמשה ותובעין אותו דקי"ל מניח המעות של המקח בב"ד ומסתלק עד שיוודו לאחד וכטושי"ע בסימן רכב/ב, ותירץ בשם הנ"י דשאני התם דסתם מקח עומד להתפרע מיד ולא ה"ל למידק, משא"כ בפקדון שהוא לאחר זמן דמיקרי פשיעה מה שלא כתב שם המפקיד על כיסו.

עמש"כ הרמ"א דאי אינהו לא תבעו פטור אפילו בדיני שמים, ביאר ה**סמ"ע** (יב) דדוקא כששניהן הפקידו זה מנה וזה מאתים עליה דנפקד רמיא טובא למידק ולכתוב השמות, דהרי ידע דשניהן הפקידו בידו ויחזרו ויבואו ויתבעו מידו, משא"כ בזה דלא הפקידו בידו אלא האחד, דיש לו להתנצל ולומר סברתי מי שהפקיד בידי הוא שיבוא ולא אחר מן השוק שלא הפקיד בידי כלל, ומה"ט נמי באומר אביכם של אחד מהן הפקיד אצלי פשיעה הוה וחייב בבא לצאת ידי שמים.

סעיף ד

ע"פ הגמ' שם פסק בשו"ע "וכן שנים שהפקידו שתי בהמות אצל רועה, ומתה אחת מהן (וה"ה אם שתיהן בחיים והאחת גדולה או טובה מהשניה, או שהאחד הפקיד אחת והשני הפקיד שתיים, סמ"ע) ואינו יודע של מי היתה, ישלם לשניהם (אחר שישבעו, סמ"ע), ואם הפקידו בעדרו שלא מדעתו (לאו דוקא שלא מדעתו קאמר, אלא שלא בראייתו של רועה, דהשתא לא ה"ל למידק, סמ"ע ע"פ התוס') מניח הבהמה ביניהם ומסתלק, ותהיה מונחת עד שיודה האחד לחבירו או עד שירצו לחלק אותה".

כתב הב"י דאיכא למידק על הרי"ף למה השמיט דין הרועה וכתב דאפשר דמשום דמילתא דפשיטא היא לא חשש להזכירו.

כתב הסמ"ע (יד) ע"פ התוס' דהכא אין חילוק ואפילו הפקידו יחד ומקושרין זה בזה, דבהא אין לו להתנצל ולומר ראיתי שאתם אינכם מקפידים בו זה על זה כנ"ל, דיכול כל אחד מהמפקידין לומר מה היה לנו לעשות דלא היה בידינו לשמור נפשינו מרמאות, דאפילו אם היינו מפקידין זה שלא בפני זה יראה השני הבהמה השניה כשהיא בשדה במרעה ויבוא אח"כ ויאמר שלי היתה.

סימן שא – דין השומרים בעבדים וקרקעות ובהקדשות ובשל עניים

סעיפים א – ג

בדיני השומרים קי"ל דאין נשבעים על הקרקעות ועל ההקדש והעבדים, האם נשבעים שבועה שאינה ברשותם או לא? האם ישנה שבועה אחרת כל שהיא או כלל לא?

מה דין שמירה בקרקעות עבדים ושטרות? פרט האם יש חיוב בפשיעה, ובשומר שמסר לשומר, והאם השומר זכאי לשכרו במקרה שהשמירה כשלה?

משנה ב"מ נו. (וכן הוא בשבועות מב:) "אלו דברים שאין להם אונאה העבדים והשטרות והקרקעות וההקדשות (הקדש גמור ולא בהקדש של העניים, ב"י וסמ"ע) אין להן תשלומי כפל ולא תשלומי ארבעה וחמשה שומר חנם אינו נשבע ונושא שכר אינו משלם.. "ובגמ' "מנהני מילי דתנו רבנן וכי תמכרו ממכר לעמיתך או קנה מיד עמיתך דבר הנקנה מיד ליד יצאו קרקעות שאינן מטלטלים יצאו עבדים שהוקשו לקרקעות יצאו שטרות דכתיב וכי תמכרו ממכר שגופו מכור וגופו קנוי יצאו שטרות שאין גופן מכור ואין גופן קנוי ואינן עומדין אלא לראיה שבהם" עיי"ש, וביאר הסמ"ע (ב) דמיעוטים הללו קאי אכל מה שנזכר בפרשה דהיינו חיוב שבועה ותשלומין.

דעת הרמב"ם שלא פטר בהם אלא גניבה ואבידה ואונסין אבל אם פשע בהן ונאבדו חייב לשלם דפושע כמזיק בידים דמי, וכ"כ ה"ה בשם יש מן המפרשים שדקדקו מהמשנה שנקטה אינו נשבע ולא אמרה אינו משלם דדוקא אינו נשבע ונאמינהו במה שאמר שלא פשע הא אם נודע שפשע משלם וכן נראין דברי רש"י. אולם הרמב"ן רשב"א חלקו ודחו הראיה מהמשנה דלא הזכירה אלא מה שנזכר בכתוב ובשומר חנם לא נאמרו תשלומין בכתוב כלל ומכל מקום הדין שוה שאפילו פשעו פטורין דפושע לאו מזיק הוא שהרי פשיעה בבעלים פטור בכל הד' שומרים ואילו היה מזיק צריך לחייבו בבעלים, וכן סברת הרא"ש (שבועות ו, כד) שכתב בשם תשובת הרי"ף במפקיד שטרות אצל חבירו ומודה שפשע בהם ונגנבו או אבדו דפטור מלשלם דכיון שהוציא את אלו מכלל פרשת השומרים אין לחייבו אלא מטעם אדם המזיק ופושע בדבר ונאבד לא חשיב אדם המזיק שהרי פשיעה בבעלים פטור ואילו חשיב כאדם המזיק אמאי פטור בבעלים, וכתב הב"י דמאחר שהרי"ף והרא"ש מסכימים לדעת אחת הכי נקטינן וכ"ש בנדון זה שנלוו אליהם הראב"ד רמב"ן ועוד.

וז"ל השו"ע (א) "ג' דינים האמורים בתורה בארבעה שומרים (כלשון הרמב"ם ור"ל כולל שואל שאינו מוזכר במשנה, וגם דינו הוא שאינו משלם אונסין וגניבה ואבידה דאיתקש לש"ש בב"מ צ"ה אלא כיון דתנא פטור שבועה בשומר חנם ופטור תשלומין בש"ש ה"ה בכולם ועוד משום דשואל לא שייך בהקדש, נ"י), אינם לא בקרקעות ולא בעבדים ולא בשטרות ולא בנכסי עובדי כוכבים (דכתיב 'רעהו', מכילתא

ורמב"ם) ולא בהקדשות של מזבח או של בדק הבית. שומר חנם אינו נשבע, נושא שכר או שוכר או שואל אינם משלמים (רא"ש יוכן משמע בגמ" -) ומכל מקום שומר שכר מפסיד שכרו עד שישבע ששמר כראוי (גר"א: נלמד מב"מ נ"ח ע"א ינהי דשלומי לא משלמי אגרייהו מיהא לפסיד). (רי"ף -) וכן פטורים אף מפשיעה {והכי קיי"ל} ויש (רמב"ם) מחייבים בפשיעה. (ה"ה ונ"י -) וכל אלו חוץ מן ההקדשות, פטורים אפילו משבועה שאינם ברשותו (ושלא שלח בה יד) (דלא כר"ן בדרכ"מ ורשב"א בב"י בסימן רצ"ג ששבועה שאינה ברשותו צריך לישבע דהא שבועה זו תקנו חכמים שמא עיניו נתן בה) {ועיין לעיל סימן ס"ו סעיף ל"ט}."

ע"פ משנה קידושין כו. כתב הרא"ש וכ"פ השו"ע (ב) "הא דאין נשבעין על אלו הני מילי בפני עצמן, אבל על ידי גלגול נשבעים", וביאר התיבות (ג) דר"ל דמגלגלין שבועה שאינה ברשותו, דשבועה שלא פשע אינו מגלגל רק לרמב"ם דחייב בפשיעה, ושבועה שלא שלח יד ג"כ אינו מגלגל, דהא עבדים וקרקעות אינן נגזלין, ואינו מתחייב באונס שנעשה אחר הגזילה.

ע"פ כתובות פז: גבי פוגמת כתובתה לא תפרע אלא בשבועה ומסקנת הגמ' דמדרבנן דפרע דייק דמיפרע לא דייק ורמו רבנן שבועה עליה כי היכי דלידק, כתב הרי"ף וכ"פ השו"ע (ג) "אף על פי שאמרו שאין נשבעין על אלו הני מילי מדאורייתא, אבל נשבעים עליהם היסת, אם היתה שם טענת ודאי (דלא תיקנו שבועת היסת כי אם אטענת ודאי, סמ"ע)".

כתב הש"ך (ג) שבסימן ס"ו סקכ"ו הוכיח כרמב"ם דבפשיעה חייב, וכן הסכים בנתיבות (א) ומה שהביאו ראיה מצדקה בב"ק צ"ג דפטור אפילו מפשיעה שאני צדקה כיון דגילה רחמנא דלאו של בעלים הן רק של עניים ממילא פטור אפילו מזיק כמו במתנות כהונה בחולין ק"ל, ומה שהביאו ראיה דאם פשיעה הוי מזיק אפילו פשיעה בבעלים מתחייב, לא קשה דהא ילפינן מקרא לפטור בשומר חנם פשיעה בבעלים בב"מ צ"ה מדכתוב יוכי ישאלי וי מוסיף על ענין ראשון ומקרא נדרש לפניו ולפני פניו, ופרש"י שהוא משום סמיכות הפרשיות ועל כרחך קרא לא אתיא רק לפוטרו מתשלומין דשבועה שאינה ברשותו חייב אפילו בבעלים כמבואר בב"י סימן ס', ועוד דבהדיא כתיב קרא 'ואם בעליו עמו לא ישלם ולא בא רק לפטור מתשלומין, ובפשיעה חייב אפילו רק תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, וכן הדין בעבדים וקרקעות עיי"ש, וכל זה, אם לא עשה משיכה ולא נעשה שומר, פטור אפילו בפשיעה, ולא חשיב פושע למזיק רק במי שקיבל לשמור ופשע ולא שמר, דהא אפילו פורץ גדר לפני בהמת חבירו פטור, וגם נראה דאפילו הפוטרים בפשיעה, היינו דוקא שנתרשל בשמירה, אבל אם הניחו ברה"ר שהוא מקום הפקר שחשיב אבידה מדעת, הוי מזיק גמור. אולם הפת"ש (ד) כתב דמשמע מתשובת פני יהושע דהלכה כרמ"א דאף מפשיעה פטורים ודלא כש"ך וכן מבואר בתשובת זכרון יוסף, "או דס"ל" דהוא ספיקא דדינא ואין להוציא מן המוחזק, וכ"ד העטרת צבי שב יעקב ותשובת בית שמואל דודאי המוחזק יכול לומר קים לי כרמ"א ורוב גדולי הראשונים.

עמש"כ המחבר פטור בעכו"ם, כתב הפת"ש (א) דדעת המקור חיים דאף דאין דיין שומרים לגוי מ"מ במשכון אפילו בגוי הוי ש"ש ובתשובת מו"ה משה רוטנבורג השיג עליו.

כתב הרמ"א (א) עפמש"כ בדרכ"מ "שומר שמסר לשומר בדברים אלו חייב דגרע מפשיעה (רא"ש, דהוי כאלו השליכו לנהר) ויש חולקין (מהרי"ק) {".

הש"ך (ד) חלק על הרמ"א דהרא"ש בתשובה מיירי להדיא שנתנו לשני לגמרי ולא בתורת שמירה אבל בשומר שמסר לשומר לא פליג אמהרי"ק ולא מסתבר כלל לומר דגרע מפשיעה וכ"כ הרא"ש גופיה בפרק המפקיד דשומר שמסר לשומר אפילו פשיעה לא הוי וכן מוכח בסימן רצ"א/כו דפסקו כל הפוסקים והטושי"ע דאם מביא השומר הראשון עדים שנאנס אצל השומר השני או שראה שנאנס אצלו ויכול לישבע על זה פטור וכן מוכח בב"מ דף ל"ו ע"ב ופסקו כל הפוסקים כר"בא וגם מהרי"ק לא כתב דהוי פשיעה אלא למ"ד דיכול לומר אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר [ואפ"ה פטר מהרי"ק התם מטעם דכאן פטור אפי' פשע] אבל למאי דקי"ל דטעמא הוא משום דא"ל האיך לא מהימן לי בשבועה משמע במהרי"ק דאפילו פשיעה לא הוי.

הנתיבות (ב) האריך בביאור מחלוקתם וכתב דליכא מחלוקת כלל בין מהרי"ק לרא"ש, דהרא"ש מיירי שאינו ידוע שנאנס אצל השני דחייב הראשון מטעם מזיק דחשדינן לשני שעדיין ברשותו הוא, ומהרי"ק מיירי שידוע שנאנס אצל השני דאז ודאי דלא נחשב תחילתו בפשיעה לענין שמירה

שיתחייב מחמת תחילתו בפשיעה וסופו באונס, דכל כמה דליכא למיחשדיה לשני, אחזוקי בגנבי לא מחזקינן, והרי מסרו לבן דעת ולא פשע בשמירה, וגם ליכא למיחשביה למזיק כיון שלא ע"י מעשה של הראשון נאבד דהא נאנס ממילא, והעלה (חי' ב') דהעיקר דאם יש לחוש שעדיין הוא ברשות ה' ולא מהימן ליה בשבועה, הוי מזיק גמור, וממילא חייב בדברים אלו בכה"ג, אבל אם יש עדים שאינו ברשותו של השני או ע"י שבועת מי שרגיל להפקיד ודאי זגרע מפשיעה ופטור.

מה דינו של שומר שכר שקיבל לשמור עשרה שטרות בעשרה זהובים ופשע בשטר אחד, כמה ישלם לו המפקיד? מה דינו של שומר שכר שקיבל לשמור במשך עשרה ימים בעשרה זהובים ופשע ביום העשירי?

עמ"ש"כ המחבר ע"פ הרא"ש דבש"ש הפסיד שכרו וכו' (וראה לקמן שג/ג) כתב הפת"ש (ב) דבתשובת בית דוד כתב דאם מסר בידו עשר שטרות והתחייב ליתן לו שכר שמירתן עשרה זהובים ונאבד אחד מהם בפשיעת השומר באופן דמפסיד שכרו, פשוט דמפסיד שכר כולו וא"צ לשלם לו שכר שמירה כלל אפילו בעד השטרות ששמרן יפה, וראיה לזה מהא דאיתא בע"ז ס"ה 'רבא אמר ל"ק הא דאמר ליה העבר לי מאה חביות במאה פרוטות' וכו' ופרש"י דכל כמה דלא אעברינהו לכולהו לא יהיב ליה מידי הלכך כולי אגרא שיך ביה, הרי להדיא דהיכא דשכרו בהבלעה על כמה חפצים כל כמה דלא השלים כל מלאכתו לא יהיב ליה שכר כלל, אמנם בהבלעת הימים אינו כן, שאם שכרו לשמור השטרות עשרה ימים בעד עשרה זהובים ופשע ביום העשירי וע"י כן נאבדו, אינו מפסיד שכר הימים שעברו, וזה מוכח בב"מ נ"ח גבי השוכר את הפועל לשמור את התינוק ואת הפרה כו', דפריך אי הכי רישא דתני אין אחריות שבת עליו ה"נ דהפסיד את שכרו ומי אית ליה שכר שבת כו', ואי ס"ד דבסיפא בפשיעת שבת מפסיד שכר כל השנה, מאי קשיא ליה מרישא, דאימא דה"ק אין אחריות שבת עליו ולכך אינו מפסיד שכר כל השנה, אבל בסיפא דשכרו בהבלעה אחריות שבת עליו ואם אירע הפסד בשבת מפסיד שכר של כל השנה, אלא ע"כ דגם בסיפא אינו מפסיד רק שכר שבת כו', ותמה הפת"ש שלא זכר דברי התומים בסימן ס"ו שכתב בהדיא דאם שכרו על כמה ימים בהבלעה הפסיד גם שכר הימים שעברו, רק אם שכרו לימים נפרדים אין מפסיד של שאר ימים והשווה הדין בב"מ לע"ז עיי"ש, וכ"ד מוהר"ש שטראשון.

השוכר או השואל דירה מחבירו ופשע ולא נזהר ונשרפה הדירה, במה יהיה חייב ובמה יש פוטרים?

ראובן שכר בית משמעון ונשרף הבית מפשיעתו, מה הדין?

עוד כתב הרמ"א (א) ע"פ התוס' והמרדכי "השואל בית ונשרף פטור לשלם דה"ל קרקעות".

כתב הסמ"ע (ה) דאפילו בא האונס מכח השואל פטור וכן פסק הלבוש כאן, ודלא כמשי"כ הלבוש בריש סימן ש"מ דאינו פטור אא"כ בא האונס מעלמא ולא מכח השואל.

במקרה שפשע יש להביא מחלוקת הרמב"ם והש"ך עם השו"ע דלעיל, וכן הפת"ש בסק"ד הביא מחלוקת הפסיקה באח' בסוגיה זו על המילים 'השואל בית', ובפסקי המשפט (ז) כתב בשם קובץ תשובות לגריש"א "דירה שכורה שנשרפה פטור השוכר מלשלם על הדירה ואפילו אם השריפה נגרמה כתוצאה מפשיעה". עוד צריך דלומר שלפי הש"ך לעיל בדעת הפוטרים, אם הזיק ממש חייב.

כמובן שיש לציין שעל המטלטלים שבדירה חייב, כ"כ בפסקי המשפט (ו) וציין לפתחי חושן (ח"ג פקדון ב' הערה מט) שכתב דנראה שהמשאיל ביתו לאחר והוא עוזב את הבית שהשואל נעשה שומר על כל חפצי הבית אפילו לא השאילם לו [ולכאורה היה מקום לומר שנעשה גם ש"ש שהרי נהנה בבית המושאל לו, מיהו אפשר שלא משום כל הנאה נעשה ש"ש], אולם לגבי חפצים המחוברים לקיר כמו מזגן וארונות קיר כתב בפסקי המשפט בשם משפטיך ליעקב שדינס כקרקע (וכדלקמן סעי' ה') ופטור.

סעיף ד

המפקיד שטרות של חברו והתנה השומר שיהיה חייב על השטרות בדיני השומרים, האם צריך קנין או מתחייב בדברו בלבד?

כתב השו"ע ע"פ הרמב"ם ע"פ ב"מ שם "כל אלו, אם קנו מידם להתחייב באחריותם, חייבים", וכתב הנ"י (בי"י) דאע"ג דבב"מ צ"ד קי"ל כר' יוחנן דלא בעי קנין גבי מתנה שומר חנם להיות כשואל דבההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה אפילו בדברים בעלמא, י"ל דשאני התם שהוא שומר חנם וכיון שהוא בדין השומרים יכול הוא לחייב עצמו להיות כשואל אפילו בדברים אבל כאן שאינו בתורת שומרים כלל אי אפשר שיחול עליו שום חוב אא"כ קנו מידו, והביאו גם הסמ"ע (ז) וציין לסימן שה"ד דכתבו הטוש"ע דבדיבור בעלמא חל התנאי בשומרים בין לחיוב בין לפטור ובפטור א"צ טעם כיון דקי"ל מחילה א"צ קנין כבסימן י"ב.

כתב הש"ך (ז) דהר"ן כתב דלדעת הרמב"ם דבסימן מ' קנין לאו דוקא והוא הדין באומר אתם עדי או חייב עצמו בשטר [וז"ל הר"ן בכתובות ברי"ף ס"א "שהרמב"ם ז"ל כתב בפרק י"א מהלכות מכירה המחייב עצמו בממון לאחר כו' הרי זה חייב כיצד האומר לעדים הוו לי עדים שאני חייב לפלוני מנה או שכתב לו בשטר הריני חייב לך מנה אף על פי שאין שם עדים.. ולפי זה י"ל דכי איצטרכינן לאוקמוה בב"מ (נח.) בשקנו מידו לאו דוקא דה"ה דבאומר אתם עדי מהני דהא על כרחין הוה מצי לאוקמוה בשחייב עצמו בשטר כיון דקיימא לן כר' יוחנן אלא דנקט קנו מידו לפי שהיא ההקנאה היותר רגילה], וחלק עליו דדוקא התם שמתחייב עצמו מיד בלי ספק, משא"כ הכא שאינו מתחייב מיד רק אם יאבד דמי לערב שכתב הר"ן שם דדמי לאסמכתא ולא מהני אתם עדי אלא רק קנין.

כתב הקצות (ב) דמשמע מהמחבר דגם בהקדשות צריך קנין דהא כתב 'כל אלו' וקשה דלמה לא ישתעבד באמירה גרידא כיון דאמירה לגבוה כמסירה להדיט, וצ"ע (וגבי מש"כ בסק"ג ראה רצא/כז), ובנתיבות (ד) יישב דודאי אם אמר בפירוש אם יאבד הנני מחייב עצמי כך וכך דאו באמת חייב מטעם אמירה לגבוה, אלא דהכא מיירי שקיבל על עצמו שיהיה לו דין שומרים, וכיון שאין הקדש בגדר שמירה כלל, לא מהני בלא קנין, רק במקום שיכולין לומר דהוי כאומר הריני כאילו התקבלתי וכמ"ש הש"ך.

סע' ה': ראה סימן קצא.

סעיפים ו - ז

מה דינם של גבאי צדקה בזמנינו שיש קופות צדקה עירונית או שכונתית המקבלים צדקה מהתורמים שפשעו בטרם שהעבירו לקופה, האם חייבים להשיב לקופה? ומה הדין שנגנב מהגזברים המחלקים?

מה דין שמירה בעדקה? פרט האם יש חובב בפשיעה ובשומר שמסר לשומר, והאם השומר זכאי לשכרו במקרה שהשמירה כשלה? (ראה לעיל) האם יש מקרים בעדקה שיש חובב על השמירה בדיני אדם או בדיני שמים?

בב"ק צג. תנא "לשמור" - ולא לחלק לעניים" ובהמשך הגמ' "ההוא ארנקא דצדקה דאתי לפומבדיתא אפקדה רב יוסף גבי ההוא גברא פשע בה אתו גנבי גנבוה חייביה רב יוסף א"ל אביי והתניא לשמור ולא לחלק לעניים אמר ליה עניי דפומבדיתא מיקץ קיץ להו ולשמור הוא". ופירש"י "ולא לחלק לעניים. דלא קרינא ביה לשמור דכיון דאמר ליה חלקהו תו לאו דמפקיד נינהו ומאן קא תבע ועניים לא מצו תבעי דבכל חד וחד מצי אמר לאו לדידך יהבינא אלא לאחריני. קיץ להו. ממון כך וכך לשבת לכל אחד הוה ליה ממון שיש לו תובעים וקרינא ביה לשמור".

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "מי שהפקידו אצלו מעות עניים או פדיון שבויים ופשע בהם ונגנבו, פטור, שנאמר לשמור ולא לחלק לעניים, והרי הוא ממון שאין לו תובעין, במה דברים אמורים, בשאין זה הממון מופקד לעניי מקום זה או לשבויים ידועים, אבל אם היה לעניים אלו או לשבויים אלו והרי הוא

קצוץ להם (תרתני בעינן וכפירש"י, גר"א בשם ב"י וה"ה), הרי זה ממון שיש לו תובעים וישלם אם פשע או ישבע שלא פשע, כדרך כל השומרים { וכן אם הגבאי אמר לשומר שמור לי חייב כשאר שומר (מרדכי, ואם לא אמר שניהם פטורים בחלק הצדקה אבל ביתר המשכון על החוב חייב הגבאי לשלם ללוה, ש"ך י" וראה לקמן ברע"א) }. (זו מי שהפקידו אצלו ממון פדיון שבויים ובאו עליו גנבים וקדם והציל עצמו בממון שבויים, אם הוא פטור, נתבאר בסימן רצ"ב סעיף ט"ו).

ביאר הסמ"ע (ט) דאע"פ שאין למעות עניים דין הקדש וכטושי"ע בסי' צה/א ורי"ב/ח מ"מ פטור מדכתיב "לשמור" ולא לחלק ר"ל לא חייבה התורה כי אם כשבא לידו בתורת שמירה דהיינו שישמרנו לו בידו לזמן מה ואח"כ יחזירהו לידו, משא"כ ממון זה דהנותנו בידו לשומר אינו רוצה שיחזירהו לו לאחר זמן, וא"ת א"כ יהיה זה שומר של עניים שיחלק להם הממון, ע"ז קאמר שהוא ממון שאין לו תובעים שהרי לא ניתן לידו לחלקו לעניים מיוחדים, וכיון שמה"ט הוא פטור, משו"ה מסיק דאם היה זה הממון מופקד בידו לחלקו לעניים דמקום זה וגם קצץ כמה יתן לכל אחד, מיקרי שומר דידהו כיון דאין לממון זה דעניים דין הקדש וישלם כו', ומה"ט נמי הוא שמסיק הרמ"א דאם הגבאי א"ל שומר לי חייב, דהרי גילה דעתו שיהיה שומר לו דהיינו שיחזירהו לידו והוא יתנו למי שירצה.

כתב הקצות (ד) דכתב בשלי"ג דהא דאומר דכי לא קייץ דפטור השומר דוקא שהפקידו אצלו עתה ארנקי של צדקה אבל ראובן שהפקיד ביד שמעון מעות ואח"כ בעוד שהן פקדון נדר אותם לעניים אז אם פשע בהם שמעון חייב דהא מתחלה בתורת שמירה אתי לידיה ואין המעשה משתנה בחילוף הדברים, וכתב הקצות דדבריו תמוהין דבב"ק שם בקרע כסותי אמרינן דכי אתי לידיה בתורת שמירה אינו משתנה בחילוף דברים אף על פי שנראה מדבריו דאינו חושש אלא א"כ יאמר בפירוש והפטר, אבל זה נשתנה בע"כ כיון שהקדישו לעניים, והרי כתב הרמב"ם להדיא חולין ואח"כ הקדש פטור, וכ"כ הרמ"א בסעי' ט' חולין ואח"כ הקדישו ביד שומר דפטור.

כתב הנתיות (ו) דדוקא שהשומר הוא המחלק אז הוי ממון שאין לו תובעין, שכל עני שיבוא יכול לומר לא לך אתן כי אם לאחר, אבל הציבור שנותנים מעות לגבאים שהן נותנין לכל עני כדינו וכפי אומד דעתם, ואם יתרבו עניים צריך הציבור להוסיף ואם יתמעטו עניים וישאר ממון נוטל הקהל המעות לצורכם, וגם יש לקהל רשות לשנות המעות, ודאי דמעות הציבור הוא והוי כיש לו תובעין דחייב, וכן שאר מעות מצוה של ציבור, כגון מעות שהכינו לבית העולם או לבית הכנסת, מעות ציבור הוא ויש לו תובעים וחייב, וכן מבואר בב"י בסימן צ"ה לענין שבועה וה"ה הכא דשבועה ותשלומין שוין, אולם הפת"ש (ה) כתב שבתשובת חות יאיר חלק דאפילו ביש גבאי צדקה והוא המחלק מצד זה לא נקרא ממון שיש לו תובעים לולי דקיץ להו (וכ"ד השיבת ציון, פת"ש ח'), אך סייג דאם הצדקה שייך לבני עיר יכולים להעמיד מורשה, דלא גרע כחם משאר תובעים רבים בשותפות מן יחיד אפילו לא קיץ להו, ואחר שיש לו תובעין חייב לשלם.

[בפסקי המשפט (יב) כתב בשם שו"ת הליכות ישראל סי' נ"ה דלפי הנתיות אדם המשמש כמזכיר ששומר כל כספי המוסד או משולח שאסף כסף לטובת המוסד ונאבדו או נגנבו מהם, חייב לשלם את הכסף למוסד, באם לא היה באונס אלא כתוצאה מחוסר זהירות, הואיל ויש לבעלי המוסד זכות עליהן, חשיב ממון שיש לו תובעים].

עוד ביאר הנתיות (ח) סברת הרמ"א בשם המרדכי דהגבאי שיש לו רשות לחלק שנתן לאחר לשומר, הוי ממון שיש לו תובעין, ולא אמרינן דלא יתחייב השומר לגבאי רק בדמי טובת הנאה כמו בגונב תרומה, דכיון שהגבאי מברר העניים שרוצה לחלק להם, אמרינן ברירה שלהם נתרצה תיכף והן הן התובעין, דבממון אמרינן ברירה, דאף דבגט כה"ג כגון לאיזה שארצה אגרש פסול ולא אמרינן הוברר שלא נתרצה מעיקרא, מ"מ בממון אמרינן ברירה, דשאני גיטין דבעי ברירה חזקה.

כתב רע"א דהא דכתב הש"ך (לעיל י) דביתר המשכון על החוב חייב הגבאי לשלם ללוה, היינו בנאבד בפשיעה אבל בגנבה ואבידה אף לפוסקים כרב יוסף דמלוה על המשכון ש"ש וכן אפילו הלוה על המשכון ממעות צדקה בריבית דרבנן דלכ"ע הוי ש"ש, מ"מ הכא פטור דממעות צדקה אין לפרעו כי אין הצדקה פושע ומדיליה א"צ לשלם דש"ח הוא דהריבית נופל לצדקה.

כתב הפת"ש (ו) בשם תשובת חות יאיר דהא דקיי"ל לשומר ולא לחלק לעניים היינו מדיני אדם משום דליכא מאן דמצי תבע ליה, אבל לצאת ידי שמים חייב, וק"ו הוא, אם מיחייב באמירה שאומר ליתן

לעניים כדרשת רז"ל ברי"ה ו' בפיך זו צדקה, דה"ל כאילו נמסר להם, איך יפטר זה שפשע בממון של צדקה הנמסר לו, זה אי אפשר להעלות על לב, רק ודאי בדיני שמים חייב לפרוע לעניים הן עניי עיר או דעלמא, ולכן קיי"ל ביו"ד סימן סא/טו דהאוכל מתנות כהונה פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, ופסק שם גבי גבאי צדקה שגנב מהקופה ואינו יודע כמה גנב שעליו לשלם לקופה ע"פ אומדנא ואם ירצה לצאת נקי ככסף צרוף ישלם עד שברור לו שגניבתו לא היתה יותר וכמשנה במנחות פ"ג מ"ד ובטושי"ע יו"ד סימן רנ"ח נדרתי ואיני יודע מה נדרתי וכו' ויחזיר מעות השבה ללשכה ההיא שממנה גנב באופן שיבואו המעות ג"כ לעניי אותה עיר.

עוד כתב **הפתי"ש** (ז) דתמה הנו"ב למה נקטו הרמב"ם והמחבר פשיעה דוקא, דלכאורה לפ"ד הרמב"ם והמחבר בסימן רס"ז שפסקו כרב יוסף דשומר אבידה כש"ש א"כ ה"ה הכא הוי ש"ש, וא"כ אפילו בגניבה ואבידה ג"כ חייב.

בפסקי המשפט (יג) כתב דדעת **מהרי"א הלוי** (ב, מט) שדינו כדין שומר אבידה, וכיון שנחלקו בזה הפוסקים הוי ספיקא דדינא אי ש"ח או ש"ש דאין הגבאי מחויב לשלם לקופת הצדקה ההיזק שהיה לצדקה מחמת גניבה דיכול לומר קיי"ל כפוסקים כרבה דהוי ש"ח, ודעת **שער אפרים** דנחשב כשומר שכר משום שיכול להשתמש בכסף בינתיים או משום פרוטה דרב יוסף, ודעת **הגריש"א** בגבאי בהתנדבות שאין לו דין שומר כלל כיון שלא מינו אותו לשמור ופטור גם על פשיעה.

כתב **הפתי"ש** (ח) בשם **השיבת ציון** בעובדא בגבאי אחד מגבאי בתי כנסיות שאסף מעות נדבה מאנשי בהכ"נ שלו לצורך קמחא דפיסחא לעניי קהילתם דפשע בהניחם בכסאו ונאבדו דאין לפטרו משום שאין לו תובעים, דליתא, דבודאי אם היה המנהג לחלק לעניים מעות שפיר היה מקום לדברי השואל שפטר, אבל כיון שהמנהג שמחלקים קמח ופרנסי העיר עשו שטר מקח עם טוחן הקמח על מספר כד וכך מדות ועליהם מוטל לפרוע לו, ואם יחסרו אותן מעות שנאבדו מהגבאי דבית הכנסת מחויבים הפרנסים להשלים החסרון מכיסם לשלם לטוחן עבור הקמח שלקחו, ולפ"ז הגבאים דבתי כנסיות הם השומרים שהעמידו הפרנסים לשמור מעות המקובץ תחת ידם, והרי מפורש ברמ"א דאם הגבאי אמר לשומר שמור לי חייב כשאר שומר, ואף שדין זה הוא דוקא אם אמר לשומר בפירוש אבל אם לא אמר שניהם פטורים כמש"כ הש"ך לעיל, שאני התם דשם גם הגבאי פטור מלשלם אם נפטר השומר ואין לגבאי שום הפסד במה שנפטר השומר, אבל בנידון דידן, אם יפטר השומר שהוא הגבאי דבית הכנסת לשלם המעות שאבד, יבוא ההפסד על הפרנסים לשלם לטוחן מכיסם, בזה הוא סתמא כפירושו דהגבאי דבית הכנסת נעשה שומר וחייב לשלם לפרנסים.

סעיף ח

ע"פ עובדא דרחבה **ב"מ כט**: פסק בשו"ע "מי שיש בידו מעות של יתומים דינו כדין מעות שאר כל אדם ואסור להשתמש בהם", וכתב **הסמ"ע** (י) דקמ"ל בזה דלא תימא דאין שם שומר עליו כיון דאין נשבעין על טענת קטן, ואי משום ב"ד שמסרו הממון לידו הרי הממון אינו שלהם ואינן מבקשין שיחזור להן, קמ"ל כיון דכשיגדלו הקטנים יתבעו ממנו, מיקרי ממון שיש לו תובעים, ודין שומר שלהן הוא עליו.

עמש"כ המחבר דאסור להשתמש כתב **הסמ"ע** (יא) דהא דחזרו הטושי"ע לכתוב דין זה אחר שכתבוהו בסימן רס"ז היינו אגב דכתבו שדינו כדין מעות של כל אדם, והיינו דש"ח פטור עליו מגניבה ואבידה וש"ש פטור מאונסין, ואי הוה מותר להשתמש בהן הוה חייב עליו אפילו באונסים, והו"א דישתמש בהן כדי שיהא חייב באחריותן וכדמי אבידה, קמ"ל דלא התיירו אלא באבידה דעשה טובה.

כתב **הנתיבות** (ט) דיש להסתפק במעות ציבור שביד הגובה או הפרנס אם מותר להשתמש, דלא דמי למעות מותרין דסימן רצב/ז דשם כיון שנתן לו מותרין הוי כנותן לו רשות להשתמש אבל הכא כיון שהמעות נגבה מיחידים והן לא נתנו רשות, אך י"ל שאדעתא דציבור נותנין, והן נותנין מותרין כדי שיתחייב באחריות, אבל אם נשאר תחת יד הפרנסים, לא ידענא אם יש להן רשות להשתמש, דבהו ודאי דלא שייך שנתנו לו מותרין אדעתא כדי להשתמש בהן כדי שיתחייב באחריות, וגם אין לומר דמסתמא ניחא להו שיהיה מותר להשתמש כדי שיתחייב באחריות, דאם כן במעות אבידה גם כן נימא הכי.

סעיף ט

ע"פ הרמב"ם ע"פ המכילתא פסק בשו"ע "עובד כוכבים שהפקיד ואחר כך נתגייר אין לו כל דיני השומרים, עד שיהיה תחלתו וסופו ישראל (וכן חולין ואחר כך הקדישן ביד השומר (רמב"ם))" דכתיב 'וכי יתן איש אל רעהו וישלם שנים לרעהו' דבעינן 'לרעהו' בשעת נתינה ובשעת תשלומין.

כתב הסמ"ע (יב) דמה"ט דלעיל י"ל נמי דאם היה הנפקד מתחלה גוי ואח"כ נתגייר והרי הפקדון עדיין בידו דאין לו דין שומר.

בשער משפט (הובא בקצרה בפת"ש ט') כתב דלכ"י יש ללמוד מכאן דישראל שהפקיד לעכו"ם אין העכו"ם חייב בדין השומרים בדיננו, ויש לתמוה מהא דאמרין בב"ק ל"ז דשור של ישראל שנגח לשור של כותי פטור ושל כותי שנגח לשור של ישראל בין תם בין מועד משלם נזק שלם ופריך עלה דממנ"פ אי רעהו דוקא אף שור של עכו"ם שנגח לשל ישראל ליפטר מהאי טעמא ומשני הש"ס דכתיב ראה ויתר גוים ראה שאינן מקיימים שבע מצות עמד והתיר ממונן לישראל אי נמי מדכתיב הופיע מהר פארן, וכן לענין אונאה מבואר בסימן רכ"ז דכותי אין לו אונאה שנאמר איש את אחיו וכותי שאינה את ישראל מחזיר אונאה בדינים שלנו שלא יהיה זה חמור מישראל, ולמה ישתנה דין השומרים מאלו דעכו"ם שקיבל פקדון יפטר מדין השומרים ויהא עדיף טפי מישראל, וכתב דלכ"י נראה דודאי אף עכו"ם לגבי ישראל חייב בדין השומרים כמו שור של כותי שנגח לשור של ישראל, וכן עכו"ם שאינה לישראל דהעכו"ם חייב אף דכתיב רעהו מ"מ גלי קרא דויתר גוים שהתיר ממונם לישראל, אך מ"מ כיון דמדנינא העכו"ם פטור אלא דקנסיה רחמנא יש לומר דלא קנסיה רחמנא אלא דוקא לעכו"ם גופיה אבל לא שישתעף מזה היזק לישראל אחר, וכעין הא דאמרין בגיטין מ"ד גבי טימא טהרות של חבירו ומת דפטורים היורשים משום דלדידיה קנסו רבנן לבריה לא קנסו רבנן והכי נמי בישראל שהפקיד לעכו"ם ונתגייר כיון דמתחלה עכו"ם הוי דלא שייך בו דין שומרים כיון דלאו רעהו הוא אף דלעכו"ם גופיה קנסיה רחמנא מ"מ לא קנסיה לחייבו אחר שנתגייר מהאי טעמא כיון דעכשיו ישראל הוא ובתחלתו לאו רעהו הוה, אך לפ"ז היה נראה דעכו"ם שנתחייב לישראל מחמת נזקין או אונאה או מדין השומרים ונתחייב גם כן לישראל אחר מחמת חוב של הלואה וכיוצא"ב והעכו"ם אין לו לשלם לשניהם מגבין תחלה למי שהעכו"ם חייב מחמת הלואה, וצ"ע לדינא.

סעיף י

ע"פ משנה ב"ק צב. וגמ' צג. פסק בשו"ע "אין השומר חייב אלא אם כן נתנו לו בתורת שמירה, אבל אם נתנו לו לאבד פטור (אפילו אם לא א"ל אבדיהו ע"מ לפטור, ואפילו א"ל אח"כ שמרהו לי, כיון דמתחילה לא בא לידו בתורת שמירה פטור, סמ"ע), דדרשינן לשמור ולא לקרוע ולא לאבד, והני מילי דאתא לידיה מעיקרא בתורת קריעה ואיבוד, אבל אי אתא לידיה מעיקרא בתורת שמירה, והדר אמר ליה קרע, חייב אי לא אמר ליה על מנת לפטור".

סימן שב – דיני שומרים אחד האיש ואחד האשה

סעיף א

ע"פ הרמב"ם פסק בשו"ע "אחד האיש ואחד האשה בדיני השומרים, בין שהיה הדבר שמור של האשה בין שהיה ביד האשה", וכתב ה"ה דזה פשוט בהרבה מקומות ואמרו בב"ק ט"ו דהשוה הכתוב אשה לאיש לכל דינין שבתורה וכמה מעשים בתלמוד בדיני שומרים בנשים (גר"א: ב"מ ל"ד ב"ק מ"ח ועוד), ואע"ג דכתיב כי יתן איש אל רעהו דבר הכתוב בהווה, באה"ג.

כתב הש"ך (א) ע"פ הירו' וכ"כ בטושי"ע אב"ה סימן פ' דאשה ששברה כלים של בעל בפשיעה פטורה מלשלם משום שלום בית, ובנ"י כתב דאם שברתו במזיד או נתנתו לאחר חייבת.

סעיף ב

ע"פ הרמב"ם בשם הר"י מגאש פסק בשו"ע "קטן שהפקיד או השאיל לגדול נשבע שבועת השומרים לקטן (דכי תנן בשבועות ל"ח אין נשבעין על טענת קטן דוקא שבועות שהן באות מחמת טענת ברי אבל שבועה כשבועת השומרים שהיא באה על שמא כיון ששומר לקטן נתחייב לו שבועת השומרים) {ויש חולקין (רמב"ן ורשב"א - דבר תורה אין נשבעין לקטן אך נשבע הוא שבועת היסת על ידי קטן, ודעת הראב"ד שאפילו היסת אינו נשבע) ועיין לעיל סוף סימן צ"ו}."

הלכות שומר שכר

סימן שג - שומר שכר באיזה דבר חייב או פטור ומאימתי מתחייב

סעיף א

האם כל שכר הופך את השומר להיות 'שומר שכר' או שמא יש שכר מינימום כדי להיות 'שומר שכר'?

האם שומר שכר צריך קנין כדי להיות שומר שכר?

ע"פ הרמב"ם פסק בשו"ע "שומר שכר גם הוא אינו מתחייב בשמירתו עד שימשוך במקום שראוי למשוך כמו שנתבאר בסימן רצ"א (ושם כתב ב' הדעות, סמ"ע) בשומר חנם (דלא כר"י בתוס' דמיד כשקבל עליו לשמור ונסתלקו הבעלים משמירתו חייב אף על פי שלא משך, ובטור כתב פלוגתתם גם כאן, סמ"ע)" ובסימן רצ"א פסק הש"ך כרמב"ם, והסמ"ע (א) ציין שכאן סתם המחבר כרמב"ם, ובסימן רצ"א כתב דעת שניהן ולא הכריע.

כתב הש"ך (א) דנראה דלא הוי ש"ש א"כ שכרו ש"פ וכ"מ ברא"ש ובטור בסימן שמ"ו בשם הרמ"ה.

עוד כתב הש"ך (א) ובקיצור בנתיבות ח"י (א) ע"פ ב"מ נ"ח ונדריים ל"ז דהשוכר את הפועל ליום אינו נותן לו שכר שבת, לפיכך אם נאבד לו בשבת פטור, היה שכיר שבת או שכיר חודש, נותן לו שכר שבת, לפיכך אחריות שבת עליו.

מי שעומד בתחנת אוטובוס וביקש מידיד הנוסע לעיר אחרת שיקח אתו חבילה לבנו בישיבה, ושכחו באוטובוס, או שנגנב, או כל אונס אחר, האם חייב הידיד על התשלום של דמי החבילה? (ראה רצ"א, א) האם כשעמדו בתחנה ראה שהוא מזיע, קנה לו פחית שתיה, האם השתנה דינו? מה הדין כשיש ויכוח ביניהם, איך אמר לו, מה דינו? (ראה שם וצ"ע)

כתב הרמ"א י"א (הגהות מרדכי) אדם ששולח לחבירו שום דבר להוליכו למקום אחד ותוך כך שלח לו דורון הוי שומר שכר (גר"א קפה/א: כמו שומר אבידה משום פרוטה דרב יוסף שהנאה הוא) (והב"י כתב דצריך להתיישב בדבר). (מהרי"ק -) ראובן שאמר לשמעון יש לך חפץ פלוני למכור אשתך ואמכרנו ושמעון אומר תנהו בכך וכך והמותר יהא שלך, נעשה ראובן שומר שכר עליו, אע"פ ששתק כשקבלו.

כתב ה"ט"ז (בסימן קפ"ה והובא שם בבא"ה והנתיבות) על דין הדורון דדוקא שיש הוכחה ששלח לו הדורון בשביל השליחות, כגון שאינו רגיל בזה, או רגיל ועכשיו מוכח קצת שנותן לו בשביל השליחות.

[כתב בפתחי חושן (ח"ג פ"א הע' טו) דמשמע מדבריו שבאינו רגיל, אע"פ שאמר לו בלשון דורון, נעשה ש"ש, וצ"ע דכיון שאמר לו לשון דורון אפשר שאינו מתרצה בכך, א"כ נאמר כסברת המנחת יעקב שבזה שקיבל הדורון ושתק, הרי זה כהודאה שמתרצה בכך, ולפי"ז נראה אם שלח אחריו באופן שלא היתה לו ברירה למחות או שלא לקבל, אינו נעשה ש"ש בעל כרחו].

כתב הפת"ש (א) דדעת המחנ"א בשם מהרש"ך דמשרת של בעה"ב נחשב ש"ח אצלו לענין אם מסר בידו לשמור ונגנב מידו, ואע"פ דהמשרת עומד אצל בעה"ב בשכר מ"מ לא נקיט השכר בשביל שמירה אלא בשביל שירות הבית, וכתב הפת"ש דמהקצות (רצא,ו) משמע דחולק, ובריש סימן שלב הביא הפת"ש שכתב בחות יאיר כדעת הקצות דהוא כש"ש אך כב דפרט למחמת מלאכה ופרט אם מנהג רוב הנשים לא להקפיד על דבר קטן.

סעיף ב

שומר שכר שנאנס ב'אונס שינה', מה דינו?

ב"ק נו. "ואת לא תסברא דשומר אבידה כשומר חנם דמי והא אמר רבי חייא בר אבא אמר רבי יוחנן הטוען טענת גנב באבידה משלם תשלומי כפל ואי ס"ד שומר שכר הוי אמאי משלם תשלומי כפל קרנא בעי שלומי א"ל הכא במאי עסקינן כגון שטוען טענת לסטים מזויין א"ל ליסטים מזויין גזלן הוא א"ל שאני אומר לסטים מזויין כיון דמיטמר מאינשי גנב הוא" וכתב הר"א"ש (ב"ק ו,ה) "ואף על גב דאונס הוא ושומר שכר פטור, מ"מ כיון דמיטמר מאינשי גנב הוא לענין דבר זה דבטענה זו מתחייב כפל, ומכאן דקדקו התוס' מדלא מצי לאשכוחי כפל בשומר שכר אלא בטענת ליסטים מזויין וצ"ל ליסטים מזויין גנב הוא ולא קאמר כגון שטען שנגנבה ממנו באונס כגון שנתן כספים תחת הקרקע עומק מאה אמה שאי אפשר לגונבם אלא במחילה תחת הקרקע או אם נגנבו בשעה שהוא ישן או קפץ עליו חולי או טירוף דעת או כמה אונסיין שיכולין לבוא על האדם, אלא כל שם גניבה אע"פ שבאת ע"י אונס גדול חייב עליה שומר שכר ואע"פ שהאונס גדול כמו ליסטים מזויין, והיינו טעמא דכל גניבה קרובה לאונס כדאמרינן פרק השואל (צד:) הלכך אין חלוק בין שהאונס גדול בין שהאונס קטן, אבל אונס ליסטים מזויין היינו שבויה ובהא פטר רחמנא שומר שכר, וכ"כ בשאלתות.. אע"ג דאוקמה בדוכתא נטירותא ונגנבה או נאבדה חייב באחריותה, דבעי למיתב בהדה ביממא ובליליא שנאמר הייתי ביום וגו'".

רע"א כתב דיש בזה ג' שיטות (המובאים גם בב"י) א' דעת תוס' דב"מ מ"ב דאונס גמור כגון שנתנה במחילת קרקע או שתקפתו חולה או שינה אף ש"ש פטור ואין בין ש"ש לש"ח אלא בנעל בפניו שיכול לעמוד ברוח מצויה ולא בפני כל רוח, וכן בעל בעידנא דעיילי אינשי בזה ש"ש חייב דהוי קצת פשיעה אבל אונס גמור פטור לגמרי, ב' דעת הנ"י בשם הרמב"ן לחלק דהניחו בקרקע חייב אבל תקפתו חולי פטור דבאותו שעה אינו מחויב כלל לשמור וג' דעת הרשב"א והרא"ש הטור וכן דעת התוס' בפרק הכונס דחייב בכל אונס א"כ שהאונס בגוף החפץ ששללו לסטים מזויין אבל באונס בגופו של שומר שתקפתו חולי וכדומה חייב.

וז"ל השו"ע כרא"ש וכלשון הטור "שומר שכר חייב בגניבה ואבידה (ע"פ משנה ב"מ צ"ג שבועות מט. ועוד גמ'), וי"א שאפילו שמר כראוי ונתן הכספים תחת הקרקע בעומק מאה אמה, שאי אפשר לגנבם משם אם לא ע"י מחילות, או נס בעידנא דניימי אינשי ונגנבו, או קפץ עליו חולי ולא יכול לשומרה וכל כיוצא בזה, חייב, ואפילו הקיפו חומה של ברזל, ואפילו אם אילו היה שם לא היה יכול להציל, חייב בגניבה ואבידה, א"כ היה שם ולא היה יכול להציל (ושאני סע"י דהתם שם אונס טריפת זאב עליה, משא"כ הכא דשם גניבה עליו)". כתב הסמ"ע (ב) דהכלל שהשומר צריך שיהיו עיניו פקוחות על הדבר השמור בידו תמיד, ושוב אם נאנס מידו מה היה לו לעשות דהו"ל דומיא דשבורה ומתה דפטריה רחמנא.

אולם הש"ך (ד) כתב דהעיקר כפוסקים דגניבה באונס גמור פטור וכ"ד הרש"ל.

הקצות (א) כתב בדעת התוס' בהכונס דחייבו דוקא בגניבה באונס גדול או שבא עליו חולי ואונס אחר שאינו יכול לשמור, ומשום דכל גניבה קרובה לאונס ואפ"ה חייבו רחמנא, וליסטים מזויין למאן דאמר גנב הוא נמי ראוי לחייבו כיון דכל גניבה חייב אפילו באונס אלא דגלי קרא לפטור שבויה וכמ"ש תוס', אבל אבידה ע"י אונס כגון שבא עליו חולי או אונס אחר שאינו יכול לשמור הרי הוא פטור כיון דאבידה קרובה לפשיעה לא חייבו הכתוב ע"י אונס, ובכך יישב מה שהקשה הרש"ל על התוס' מב"מ צ"ג בהאי רעיא דהוי קא רעי בהמות והחליקה אחת מהם אתא לקמיה דרבה ופטריה אמר מאי הוי ליה למיעבד הא נטר כדנטרי אינשי אמר ליה אביי אלא מעתה אם עייל השומר לביתו בעידנא דעיילי אינשי ונגנבה או נאבדה ה"נ דפטור ונימא מאי הו"ל למיעבד, א"ל אין הכי נמי אמר ליה א"כ הוא ניים בעידנא דניימי אינשי ה"נ דאיפטר אמר ליה אין הכי נמי, וכתב דא"כ שמע מינה להדיא דלא ס"ל לרבה הא דאיתא בירושלמי ובשאלתות, וכתב הקצות ע"פ הנ"ל, דהמעייין בגמ' שם יראה דלא אמרו כלל לישנא דנגנבה,

וקאי באבידה כי האי דשריג חדא מינייהו דפטור ע"י אונס ורבה חשיב ליה אונס, ואביי ס"ל דלא הוי אונס בשומר שכר דהו"ל לנטריה נטירותא יתירתא, אבל בגניבה אפילו לרבה דחשיב ליה אונס חייב כיון דכל גניבה קרובה לאונס וכנ"ל. **הנתיבות** (ב) פסק כש"ך ודחה יישוב הקצות דא"כ מאי מקשה על רבה שם מברייתא דתני אלו הן אונסין כגון ותפול שבא, לישני דהברייתא קמ"ל דכל שאינו כעין ותפול שבא רק דרך גניבה חייב אפילו היה נם בעידנא דניימי אינשי, והעלה דאולם אם היה שם אונס על החפץ והיה יכול להציל ונאנס בגופו של השומר ומחמת זה לא הציל פטור דבב"מ שם ע"ב לא פליגי רב חסדא ורבה בר רב הונא באנסתו שינה או שאר אונס גדול בגוף. גם הגר"א (ד, צוין בפת"ש ג) פסק כרש"ל "דכל אונס גמור פטור".

הנתיבות (א) תמה עמש"כ המחבר לחייב ב"נס בעידנא' וכו' בלשון י"א, דהא בזה כ"ע מודים דחייב, דהא קיי"ל בב"מ צ"ג כרב חסדא ורבה בר רב הונא דשומר שכר חייב בזה, ולא פליגי רק באנסתו שינה או שאר אונס גדול בגוף, משום דס"ל דלא פטרה התורה רק באונס בחפץ, ולא באונס בגוף השומר שכר או גניבה באונס גמור.

עוד כתב **הנתיבות** (ב) דכל שהיה אונס בגופו של פקדון והיה יכול להציל והיה אונס ג"כ בגופו ולא הציל נראה דפטור, כדמוכח מהך דאם נפלה דליקה שהיה ירא להציל מפני שלא ישליכהו באש ומ"מ פטור כמבואר במרדכי וברמ"א סע' ג'.

סעיף ג

ראובן קבל משמעון חפץ לשמרו כשומר שכר, לבסוף נאנס החפץ על ידי שודדים. שמעון המפקיד שהפסיד את החפץ מסרב לשלם לראובן את שכרו האם יש העדקה לסירובו? הוכח.

האם מגיע תשלום לש"ש שהבהמה נאנסה ומתה בשעת השמירה? ומה הדין בנגנבה ממנו?

ע"פ משנה ב"מ צב. - צב: וגמ' שם פסק בשו"ע "שומר שכר פטור מאונסים, איזהו אונס, בא עליו לסטים מזויין (זהו "נשבה" הכתוב בתורה, סמ"ע), אפילו אם גם הרועה מזויין, לפי שהליסטים מוסר נפשו יותר (וכן בב"מ נח. מוקי הא דתניא דש"ש פטור בגניבה ואבידה - נגנבו בלסטים מזויין אבדו שטבעה ספינתו בים)". ביאר הש"ך (ו) דלסטים מזויין היינו אפילו מיטמר מאינשי, וכתב **הנתיבות** (ד) דהיינו אפילו לא היה שם השומר כיון דשם אונס ד'נשבה' ובהיה שם ולא היה יכול להציל אפילו בגנב שאינו מזויין פטור.

עמש"כ הרמב"ם (שכירות ב, ב) "ותקנו חכמים שנשבעין על ההקדשות שבועת השומרין כעין של תורה כדי שלא יזלזלו בהקדשות", כתב ה"ה והביאו הש"ך (ה) דמהשמועה בגמ' (נז): גבי הקדש יש ללמוד שש"ש שפטור מאונסין בכל מקום אם נאנס ה"ז לא הפסיד שכרו אלא נשבע שנאנס ונוטל שכרו וכתב הש"ך דכן יש ללמוד מדף נ"ח (וכן הוא בסימן שא"א עיי"ש בשם הגר"א). כתב **הנתיבות** (ג) דהיינו דוקא שכר שמירה שמר עד שנאנס, אבל משעה שנאנס עד סוף הזמן שקבע פטור, דנהי דהוי כאונסא דבעה"ב, מ"מ באונס דלא הוי לתרווייהו לאסוקי אדעתא פטור הבעה"ב רק דהכא מיירי משכר שמירה שמר עד שעת האונס דזה חייב לשלם, וגם מיירי באונס שהיה על החפץ, דהוי כאונס שאירע לבעה"ב, אבל באונס שאירע לפועל למאן דס"ל דגניבה באונס גמור פטור כמבואר בש"ך לעיל סק"ד, דהיינו כשאירע חולי לשומר, אז פטור אפילו משכר שמר עד שעת אונסין כיון שלא ההנהו לבעה"ב. [לגבי השבועה דכתב הש"ך ביאר דשבועה זו לישבע וליטול היא שבועת המשנה אף במקום שאינו נשבע בדין השומרים כגון בהקדשות ושטרות והיא שבועת המשנה כמו בחנוני על פנקסו, דהחנוני אע"ג דמדינא לא היה נוטל כמש"כ הש"ך בסימן צ"ב דהוי כאיני יודע אם נתחייבתי לך, מ"מ חייבוהו חז"ל ליתן ע"פ שבועת החנווני, ומה לי הוציא ממון על פיו ומה לי עשה מלאכה על פיו, וכל יורדי ברשות אף שהבעה"ב אינו יודע אם עשה מלאכה כלל חייב, ולא דמי למחייב עצמו על תנאי שצריך לברר על קיום תנאי כמבואר בסימן פ"ב בש"ך, דשם אינו מגיע לו בעד התנאי ממון, ולא עשה על פיו דבר של ממון, אבל כשעשה על פיו דבר של ממון, חייב לשלם לו על פי שבועתו כמו בחנוני].

באופן שהשומר משלם את דמי הפקדון כגון במקרה של גניבה ואבידה כתב בפתחי חושן (ח"ג, ב, יח העי' מב) שנחלקו לגבי שכרו, דעת הקצות (רכז, יא) שמפסיד הואיל ולא שמר כראוי ואילו דעת החזו"א אינו

מפסיד שכרו שהרי כל חיובו בתשלומים הוא מכח השכר שמקבל, וכ"ד המאירי וההגהות חשק שלמה שמנכה מהתשלום דמי הפקדון.

שומר שכר שפשע בשמירתו ובעליו היו עמו, האם זכאי המפקיד שלא לשלם לו שכרו? ציין מקור.

כתב הקצות (שה,ב) דבשמירה בבעלים דפטור אף בפשיעה, אע"פ שפטור מתשלומין, שכרו מיהא מפסיד, דלא גרע מעבדים ושטרות והקדשות דנשבעין ליטול שכרן כמבואר בב"מ נ"ח ושו"ע שא"א, וכל שלא שמר כראוי מפסיד שכרו ואפילו בשמירה בבעלים, אלא דנראה דהיינו דוקא היכא דנתן לו שכר לשמור א"כ כל שלא שמר כראוי אפילו שאין בו דין שמירה אבל שכרו מיהא מפסיד כיון שלא עשה מלאכתו ששכרו לכך לשומרו כתורת שומר שכר.

מה הדין בש"ש שחתנה להפטר מגניבה ואבידה, האם ישלמו לו שכרו?

בפתחי חושן (ח"ג ב,יח) הביא שכתב המאירי דבהתנה ש"ש להפטר מגניבה ואבידה ונגנב או נאבד מפסיד שכרו, וכן העלה מהר"א ששון הביאו הש"ך (שה,ב) וכ"ד רע"א (שג,ב), אבל המחנ"א (שומרים סימן כב) כתב שעיקר שכר ש"ש הוא משום נטירותא יתירא, וזה שהתנה להפטר מגניבה ואבידה הרי לא קיבל עליו נטירותא יתירא וע"כ שכרו לאו שכר שמירה הוא, אלא שכר טרחו או שכר המקום, ולכן אין לו להפסיד שכרו, וכתב הפתחי חושן דמ"מ נראה שאף למחנ"א אם התנה להפטר מפשיעה ופשע מפסיד שכרו.

ראובן הפקיד אצל שמעון חפץ לשומרו כשומר חינוג לימים נפלה דליקה בביתו של שמעון, והלה עסק תחילה בהצלת חפציו הפרטיים, ובינתיים נשרף החפץ של ראובן. האם ניתן לחייב את שמעון? ציין מקור.

כתב הרמ"א ע"פ המרדכי "אם נפלה דליקה בעיר ונשרפו החפצים שהיה ש"ש עליהם, הוי אונס (דהוי כטבעה ספינתו בים), אם לא היה יכול להציל בעצמו ולא על ידי אחרים (וכדאמרין שם הוה ליה לקדם ברועים ובמקלות ש"ש בשכר וש"ח בחנם), ודוקא שידוע בודאי שנשרפו, אבל אם אינו יודע בבירור, רק שהיו בבית שנשרף, אינו יכול לישבע שנשרפו דדילמא עובדי כוכבים נכנסו וגנבו אותו (פת"ש ה': בתשובת חוט השני כתב דהמעין בב"י יראה דהיינו דוקא היכא דשכיחי גנבי), ולכן חייב לשלם אא"כ עובדי כוכבים הנכנסים הם ליסטים מזויינים, דאז ישבע שנשרפו או נגנבו בלסטים מזויינים, ופטור".

כתב הש"ך (ז) שבתשובת הרמ"א כתב דאף שהיה מציל את שלו ומתוך כך נשרף החפץ שהיה שומר עליו כיון שהיה יכול להציל את החפץ, לא הוי אונס מטעם שהיה נשרף חפצים שלו, וכתב הש"ך דיש לדקדק מדבריו דאף אם היה ש"ח חייב דמחשב ליה כפשיעה, וצ"ע לדינא. הנתניבות (ה) כתב דהמעין בתשובה יראה מכל ראיותיו דהטעם הוא דבש"ש דוקא כל שלא הגיע האונס לגופו של חפץ רק לגופו של שומר הוי כפשיעה נגד גופו של חפץ, וכ"ד הקצות (ג) דודאי בשומר חנם פטור כל שטרוד להציל את שלו כיון דאפילו נם כד ניימי אינשי ועייל בעידנא דעיילי אינשי שומר חנם פטור ה"ה בזה, ואע"ג דאם כבר בא זאב אין לו לש"ח להניח מלהציל ולהכנס לעיר אבל בזה שטרוד להציל נכסים שלו כה"ג לאו פשיעה הוא, וכ"כ הפת"ש (ד) דהעיקר דש"ח פטור ורק ש"ש חייב וכ"פ בנו"ב ושב יעקב.

עוד כתב הנתניבות (ה) דבש"ש נראה דאפילו היו אונסין אותו בגופו אונס נפשות שלא יציל חייב, דהא מחייבין ליה אפילו אם הגיע עליו חולי של טירוף הדעת כמבואר בסעי' ב' ברא' והמחבר וחולי של טירוף הדעת כאונס נפשות דמיא ואפ"ה חייב ואפילו למאן דפוטר בסימן שפ"ח בנשא ונתן ביד באונס מחמת נפשות, מ"מ בש"ש חייב, דהשתעבד עצמו מעיקרא לשלם כל שלא יגיע האונס לגופו של חפץ, אבל בש"ח דפטור באונס אפילו כשלא הגיע האונס רק לגופו של שומר, כיון דקיי"ל בסי' שפ"ח בש"ך סק"כ"ב דאונס ממון מיקרי אונס, אם אנסוהו אונס ממון שלא יציל או בכה"ג, דהוי כאנסוהו באונס נפשות דפטור.

עוד כתב הנתניבות (ו) גבי הסיפא דרמ"א דדילמא עובדי כוכבים נכנסו וגנבו אותו ולכן חייב לשלם, דדבריו תמוהים, דכיון דמיירי דלא היה יכול להציל אפילו ע"י אחרים, הפקירא הוא, וכל הדוחק עצמו ומציל זכה בו כדין מציל מן הדליקה ולא גנבים הם וכדין זכו, ועוד הא בלאו גנבים היה נשרף ומהיכי

תיתי יתחייב, וביאר דמיירי במרדכי דלא היה יכול להציל מטעם שהיה ירא שלא ישליכוהו ליסטים באש, ובאמת מהשריפה הוי יכולין להציל, רק שאנסוהו כדי לגנוב, ואם נשרף היה פטור דשם אונס שריפה על החפץ כמש"כ הסמ"ע סק"ג, אבל אם נגנב, אף שהיה על ידי אונס שאנסוהו שלא יציל מהגניבה, מ"מ כיון דשם גניבה על החפץ חייב וכמ"ש הסמ"ע שם, דמה לי אם אנסו רוח רעה שלא יציל או אנסוהו גוים שלא יציל, ומתוך שאינו יכול לישבע מפסיד, ודוקא שלא היה הנפקד שם, דבזה מיירי במרדכי שהנפקד הוצרך לברוח תיכף, אבל כשהנפקד היה שם ולא הניחוהו הנכרים להציל, אפילו נגנב פטור, ולפי"ז לפמ"ש"כ הש"ך בסק"ד דגניבה באונס פטור גם כאן פטור, ואין לומר דכאן מיירי שספק אם נגנב קודם בשעה שהיו יכולין להציל, דהא על כרחך מיירי שתיכף בשעת התחלת הדליקה לא היו יכולין להציל כלל, והביאו הפת"ש (ה) בקיצור.

סעיפים ד. ו

ע"פ משנה ב"מ צג: וכת"ק וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע (ד) רועה שבאו זאבים וטרפו ממנו, אם היה זאב אחד, אינו אונס אפילו בשעת משלחת זאבים, ואם היו שני זאבים, הרי זה אונס. שני כלבים, אינם אונס אפילו באו משתי רוחות (דלא כטור מב' רוחות הוי אונס, וכתב הב"י דנראה שפסק כתנא ידוע הבבלי וס"ל דלאו לאיפלוגי אתא אלא לפרושי מילתיה דת"ק "ואיני יודע מי הכריחו לפרש כן", ובסמ"ע שלח לדרישה שכתב שם "טוב טעם" לטור). היו יותר על שנים, ה"ז אונס. (ו) "הארי והדוב והנמר והברדלס [פי' רש"י פוטוי"ש בלע"ז ובערוך פי' מין בעל חי שבז' שנים הוא זכר ונקרא צבוע ואח"כ יתהפך לנקבה נקרא נפרזא ואז היא יותר רעה מקודם] והנחש, הרי אלו אונסים בזמן שבאו מאליהם, אבל אם הוליכן למקום גדודי חיה ולסטים, אין אלו אונסים, וחייב לשלם".

כתב הפת"ש (ו) בשם הנו"ב דשומר חנם אולי גם גבי זאב אחד פטור, שלא אמרו 'אלא אינו אונס', אבל לא אמרו שהוא פשיעה.

סעיף ה

ע"פ הרמ"ה (וכתב הב"י דדברי טעם הם) פסק בשו"ע "יש מי שאומר דכל מה דאמרינן דלא הוי אונס דוקא בשלא השתדל להציל, אבל אם השתדל להציל ולא יוכל, אין לך אונס גדול מזה, ונשבע על זה, ונפטר", והגר"א (ז) ציין לב"מ דף צג ע"ב דאומדין אותו וכו'.

סעיף ז

ע"פ איבעיא דאיפשטא בב"מ צד. פסק בשו"ע "רועה שמצא גנב והתחיל להתגרות בו (א"פילו היתה כונת הרועה לטובה", סמ"ע בשם מהרי"ק) ולהראותו שאינו חושש ממנו, וא"ל הרי אנו במקום פלוני כך וכך רועים אנחנו כך וכך כלי מלחמה יש לנו, ובא אותו הלסטים ונצחו ולקח מהם, הרי הרועה חייב".

הקצות (ב) הביא לשון המהרי"ק דכתב אפילו היתה כוונת הרועה לטובה כדי להפחיד הליסטים אפ"ה חייב דדיבור בעלמא חייב הש"ש, מיהו דוקא דידיעין דבלא דיבור לא הוי בא אבל בלא"ה לא, וכתב דמשמע מלשונו דוקא ש"ש הוא דחייב אבל ש"ח אם היה כוונתו לטובה כדי להפחיד הליסטים פטור, וראה לזה מהנ"י גבי האי דאפקידה גביה ויהיבינה לאימיה שכתב דוקא שומר חנם מיפטר בטענה זו דסבר אם לא יאמר לה שהוא פקדון תשמור טפי אבל ש"ש לא, והובא בש"ך סימן רצ"א, ומבואר דשומר חנם שכוונתו לטובה פטור משא"כ שומר שכר דהו"ל למידק טפי. עמש"כ "דוקא דידיעין" כתב דמשמע דמספיקא לא מחייבין אותו ובסעי' ג' גבי דליקה משמע דמחייבין אותו מספק אם אינו יודע שודאי נשרפו לפי שאינו יכול לישבע, ואפשר לחלק, ושלח למש"כ בסימן שמ"ג. הנתובות (ז) הסכים עם מש"כ הקצות אולם עמש"כ דדוקא כשידוע שבלאו דיבור לא היו הליסטים באים אבל מספיקא לא מחייבין ליה, כתב דא"א לומר כן, דא"כ לא היה לו למחבר לסתום, וגם נראה דא"א כלל למידע אם בלא"ה לא היו הליסטים באים או לא, אלא הכא ודאי חייב מספיקא, ומהרי"ק לא כתב דאין חייב מספק רק בעובדא דידיה שהיה גניבת אונס בודאי ורק הספק הוא על פשיעה שמקודם וזה לא הוי רק גלגול שבועה דלא אמרינן גביה מתוך שאינו יכול לישבע משלם, משא"כ הכא במחבר שיש ספק אולי רק מחמת אמירתו בא הליסטים, והוי כהוליכם לגדודי חיות, והרי הספק אולי שעת הגניבה גופה היתה בפשיעה, וזהו העיקר שבועה, ומתוך שאינו יכול לישבע משלם.

סעיף ה

בב"מ צג: הקשה אב"י מברייתא, לרבה הסובר לפטור שם ההוא רעיא דהוה קא רעי חיותא אגודא דנהר פפא שריג חדא מינייהו ונפלת למיא דמאי הוה ליה למיעבד דנטר כדנטרי אינשי - "איתיביה רועה שהיה רועה והניח עדרו ובא לעיר בא זאב וטרף ובא ארי ודרס אין אומדים אילו היה שם היה מציל אלא אומדין אותו אם יכול להציל חייב אם לאו פטור, מאי לאו דעל בעידנא דעיילי אינשי (וקשה לרבה, הפטור כששמר כדרך השומרים) לא דעל בעידנא דלא עיילי אינשי, אי הכי אמאי פטור תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, דשמע קל אריה ועל, אי הכי אומדין אותו מאי הוה ליה למעבד היה לו לקדם ברועים ובמקלות, אי הכי מאי איריא שומר שכר אפילו שומר חנם נמי דהא מר הוא דאמר שומר חנם שהיה לו לקדם ברועים ובמקלות ולא קידם חייב? שומר חנם בחנם שומר שכר בשכר ועד כמה עד כדי דמיהן והיכן מצינו בשומר שכר שחייב באונסין דהדר שקיל דמיהן מבעל הבית. אמר ליה רב פפא לאב"י אי הכי (שדמי המסייעים בהברחת הארי משלם הבעלים) מאי אהני ליה מינה? נפק"מ לכושרא דחיותא אי נמי לטרחא יתירתא רב חסדא ורבה בר רב הונא לא ס"ל הא דרבה דאמרי להכי יהבי לך אגרא לנטורי לי נטירותא יתירתא (דנהי דלאו פשיעה הוא אונס נמי לא הוי והוי ליה כאבידה, רש"י)."

וז"ל **השו"ע** כלשון **הרמב"ם** "רועה שהיה לו להציל הטריפה או השבוייה ברועים אחרים ובמקלות, ולא קרא רועים אחרים ולא הביא מקלות להציל, הרי זה חייב, אחד ש"ח ואחד ש"ש, אלא שש"ח קורא רועים ומביא מקלות בחנם, ואם לא מצא פטור, אבל שומר שכר חייב לשכור הרועים והמקלות עד כדי דמי הבהמה כדי להציל, וחוזר ולוקח שכרן מבעל הבית, ואם לא עשה כן, והיה לו לשכור ולא שכר, הרי זה פושע וחייב". כתב **הראב"ד** דאינו משלם כל דמי הבהמות אלא מנכין לו השכר שהיה צריך לשכור הרועים להציל ואם אותו השכר עולה עד כדי דמיהן אומדים כמה אדם רוצה ליתן ולא יטרח לקנות בהמות יפות כאלו וישלם לו האומד, וכתב ה"ה דהדעת מכרעת כן ואפשר שאף הרמב"ם סובר כן וקיצר לפי שכבר באר שהשכר משל בעל הבית וכדמפרש אב"י טעמא שם דנפק"מ לשוכר הבהמה שמכיר בה שהיא מלומדת בביתו א"נ שלא יצטרך לחזור אחר הבהמות לקנות (ב"י ובאה"ג).

ביאר **הסמ"ע** (ט) מש"כ המחבר 'עד כדי דמי הבהמה' דבגמ' יהיב טעמא משום דאכתי ניחא לבעלים שמצילה משום טירחא וכו' ומ"מ אם הרועים לא נתרצו להציל בכדי דמי הבהמה א"צ השומר להוסיף להן דמי טירחא קניית הבהמה או דמי מה שהיתה רגילה וניכרת בביתו, דשמא הבעה"ב לא ירצה להחזירו לו, והשתא אתי שפיר מש"כ הטוש"ע בסעי' ט' דיש לו מיגו דאי בעי הוה טען נטרפה, דקשה הא אין כאן מיגו, דאי הוה טען נטרפה לא היה בידו אלא כדי דמי הבהמה, דהיינו דרך משל י' זהובים, והשתא טוען הוצאתי עליה כדי דמי הבהמה וגם כדי שכר טירחא דהיינו זהוב, ויהיה בידו י"א זהובים, אלא ודאי אין המפקיד צריך להחזיר לו דמי טירחא, וממילא גם שומר א"צ להוציאם.

כתב **הש"ך** (ח) ע"פ תוס' ופוסקים דאף ש"ח אם קדם להציל בשכר צריך להחזיר לו מה שהוציא וה"ה באינש דעלמא שאינו שומר והציל בשכר חוזר וגובה. כתב **הש"ך** על הסמ"ע דלכ' י"ל דמאותו שעה ואילך ששכר הש"ח נעשה לש"ש משום פרוטה דרב יוסף דהוי עוסק במצוה במה שקדם בשכר להציל הבהמה והיינו לדעת הרשב"א דמשום פרוטה אחת מקרי ש"ש, אבל לדעת תוס' דשומר אבידה דהוי ש"ש הוא משום שטיחה וניעור זהו לא שייך הכא.

כתב **הפת"ש** (ז) בשם **הבית אפרים** דהא דקיי"ל שומר שכר שהיה יכול לקדם ברועים ומקלות ולא קידם חייב, שכן הדין אף אם הודיע לבעלים שהם יקדמו ויקימו עליו רועים, אם אין הבעלים רוצים לקבל עליהם טורח זה השומר שכר חייב.

סעיף ו

כתב **הרמב"ם** וכ"פ **השו"ע** "רועה שטען הצלתי על ידי רועים בשכר, נשבע ונוטל מה שטען, שאינו יכול לטעון אלא עד כדי דמיהן, ויכול היה לומר נטרפה וישבע בנקיטת חפץ" וכ"פ ר"ח, וכתב ה"ה דזה כלל לכל המוציאין ברשות שהן נשבעים ונוטלים וכמוציא הוצאות על נכסי אשתו בכתובות ע"ט דכל היכא דאיהו ידע והאי לא ידע נשבע איהו דידיע והני מילי בעושה ברשות, וראה בסמ"ע (ט) לעיל, וביאר **הנתיבות** (ט) דתרווייהו טעמי צריכי דודאי מטעם מוציא ברשות א"א לחייבו רק כשידוע שהוציא ואין ידוע כמה, אבל ודאי דאין אדם נאמן לישבע שעשה עמו טובה והוציא עליו כל כך הוצאות וליטול, ולכך צריך הטעם דמיגו שיכול לומר נאנסו, והוסיף דמיירי בלא ראה, דאי בראה לית ליה מיגו דנאנסו.

כתב **רע"א** עמש"כ המחבר דלפ"ז בליכא מגו כגון בפקדון בפנינו או שהוזלה והוא טוען שהציל בעת היוקר כפי דמיהן של יוקר אינו נאמן, ומ"מ אפשר דזהו דוקא אם אינו יודע כלל שהציל בשכר אבל אם ידוע שהציל בשכר ואינו יודע כמה הוציא י"ל כיון שהוציא ברשות לטובת חברו נאמן בשבועה בלא מגו כדן מוציא הוצאות על נכסי אשתו וככל מוציא ברשות.

עוד כתב ה**נתיבות** (ט) דנראה דאין לו לשכור פועלים להציל רק באופן כשיתן להם שיצילו וכשלא יצילו לא יתן להם, אבל על ספק אין לו לשכור, דאם לא יצילו לא יחזיר לו בעה"ב, ועוד, דהא אין לו משכון מבעה"ב רק הבהמה, וכשלא תהיה ניצלת הבהמה מאין יגבה מעותיו, ואין חייב ליתן מעותיו בלא בטחון מבעה"ב.

סעיף י

בב"מ שם פסקו ה**רי"ף** **רמב"ם** ו**רא"ש** כרב חסדא ורבה בר רב הונא **ודלא כרבה** שפטר (ראה סעי' יא), וב**ב"מ לו:** גבי פלוגתא דאביי ורבא בפשע בה ויצאת לאגס ומתה כדרכה (ראה סעי' טו) כתבו ה**רי"ף** וה**רא"ש** דאע"ג דקיי"ל תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב הכא שלא בא האונס מחמת הפשיעה פטור **והא דבדף צ"ג** משמע דהיכא דתחילתו בפשיעה אפילו איתניס שלא מחמת פשיעה חייב, ההוא מימרא דאביי ורבה הוא ולא עדיף מהאי מימרא דאית להו הכא בהמפקיד וכבר דחייה רבא והא מתניתא דרועה שהיה רועה כפשטא סבירא לן דאומדין אותו אם יכול להציל חייב ואם לאו פטור ודקא מוקים לה אביי דעל בעידנא דעיילי אינשי וקא מוקים לה רבה דשמע קול אריה ועל שינויא הוא ולא סמכינן אשינווי אלא בין על בעידנא דעיילי אינשי בין בעידנא דלא עיילי אינשי אי הוה יכול להציל אפילו על ידי רועים ומקלות חייב ואם לאו פטור, וכן פסק ה**רמב"ם** דבין על בעידנא דעיילי אינשי בין על בעידנא דלא עיילי אינשי אומדים אותו אם היה יכול להציל חייב ואם לאו פטור.

וז"ל ה**שו"ע** ע"פ **צג:** "רועה שהניח עדרו ובא לעיר, בין בשעה שדרך הרועים להכנס בין בעת שאין דרך הרועים להכנס, ובא זאב וטרף (צ"ל 'ובאו זאבים וטרפו' דהא קיי"ל בסעי' ד' דזאב אחד אינו אונס וכן הוא ברמב"ם, **פת"ש** בשם נוי"ב), ארי ודרס, אין אומרים אילו היה שם היה מציל, אלא אומדין אותו אם יכול להציל על ידי רועים ומקלות חייב, ואם לאו פטור, ואם אין הדבר ידוע, חייב לשלם } ויש אומרים (**ראב"ד** ו**טור** – עיין רצא"ב) דאם נכנס בעת שאין דרך ליכנס חייב בכל ענין, דהוי תחלתו בפשיעה וסופו באונס, ועיין לעיל סימן רצ"א סעיף י"ב}."

ביאר ה**סמ"ע** (יא) דמש"כ הרמב"ם ואם אין הדבר ידוע ר"ל דמן הסתם היה יכול להציל ע"י רועים ומקלות שהיה שוכרן להצילו באמת וכ"כ הב"י וכ"ד הלבוש ובש"ח פטור, אולם תמה ה**ש"ך** (י) דהיאך אנו יכולים לומר דמן הסתם היה יכול להציל וגם מי הגיד לו לרמב"ם זה, אלא ביאר דהטעם כיון דאין הדבר ידוע א"כ השוכר מחויב ליטע ואינו יכול ליטע שהרי אינו יודע וכל שומר מחויב ליטע שידוע בבירור שנאנסה אבל אם ישבע שספק לו ה"ל מחויב שואיל"מ וכדלעיל בסימן רצ"א והוא פשוט בכמה דוכתי וא"כ גם בש"ח הדין כן ועל כן לא חלק הרמב"ם בדבר זה.

סעיף יא

ע"פ **עובדא שם צג:** דאתא לקמיה דרב פפא דס"ל כרב חסדא ורבה בר רב הונא פסק ב**שו"ע** "רועה שומר שכר שהעביר הבהמה על הגשר, ודחפה אחת מהן לתבירתה ונפלה לשבולת נהר [מקום שמים נגרים בכח], הרי זה חייב, שהיה לו להעבירם אחת אחת (ודלא כרבה דמה היה לו למיעבד), שאין השומר נוטל שכר אלא לשמור שמירה מעולה, והואיל ופשע בשמירתן בתחלה והעביר כאחד, אע"פ שנאנס בסוף בעת הנפילה, הרי הוא חייב."

סעיף יב

ע"פ **משנה ב"מ צג:** פסק ב**שו"ע** "מתה כדרכה, פטור. סיגפה ומתה, כגון שהעמידה בחמה או בצנה, (רא"ש -) אפילו לא מתה מיד – חייב."

כתב ה**נתיבות** (י) דכתב הרב המגיד דאפילו לא מתה רק אחר שנה חייב, כיון דאי אפשר לו ליטע, דאימר מחמת הסיגוף מתה, וכתב דנראה דאם ידוע בבירור שבנתיים היתה בריאה כשאר בהמות לא

חיישינן לה, ואינו חייב רק כשהוא באופן שאי אפשר לידע ואפשר לספק אולי מחמת חולי הראשון מתה, דהא אפילו בגט כשהלך בשוק בלא משענת מחזקין ליה כשאר בריאים ולא חיישינן שמא מחמת חולי הראשון מת, ואפשר דהטעם משום דכשעדיין הוא בידו ופשע מקודם, דכל שיש לתלות בשום צד אפילו רחוק אמרינן דהוי תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, אם לא שעל פי אומד אי אפשר לומר שמחמת סיגוף הראשון מתה. עוד כתב דיש להסתפק בגזלן שסיגפה ומתה אחר שהחזירה, דגזלן אינו שומר כמו שכתבו התוס' ב"ק נ"ו והחייב שלו הוא רק משום שחייב בהשבה, ולפי זה כשהוא ספק אינו חייב רק מטעם דהו"ל כאיני יודע אם החזרתני, והכא גם התובע מסופק, ופטור אפילו באיני יודע אם החזרתני, וגם יש לומר כיון דהסיגוף לאו חיוב הוא אצל אחר, דודאי אחר שאינו שומר אינו חייב בסיגפה בחמה ומתה אחר שנה, רק דהוי כמו תחילתו בפשיעה כמש"כ התוס' ב"מ ל"ו ובאחר ודאי פטור בזה כשיש לספק שמתה שלא מחמת סיגוף, וא"כ ה"ה גזלן שאינו שומר ג"כ פטור. ולפי"ז ה"ה בשומר אם סיגפה בחמה והחזירה ואח"כ מתה פטור, דומיא דהבלא דאגמא דמודה אביי דאי הדרה לבי מרה ומתה דפטור כיון שכבר כלה התחלתו בפשיעה עיי"ש, אולם אחר שחזרה לבריאותה ע"פ אומד בני אדם אין בו דין תחילתו בפשיעה.

סעיפים יג – יד

משנה ב"מ צג: "עלתה לראשי צוקין ונפלה הרי זה אונס העלה לראשי הצוקין ונפלה אינו אונס", ובדף לו: יהיב טעמא להעלה לראשי הצוקין ונפלה דחייב משום דהיה לו לתקפה ולא תקפה אי הכי אימא רישא עלתה לראשי הצוקין ונפלה הרי זה אונס איבעי ליה למתקפה לא צריכא שתקפתו ועלתה תקפתו וירדה, וכתב הרמב"ן דאף דהאי אוקימתא אליבא דאביי איתמר ולא קיימא לן כוותיה אלא כרבא אולם קיי"ל כרב פפא ודלא כרבה ואביי ורבא נחלקו בדעת רבה הסובר דמאי אית ליה למעבד, אלא אמרינן אית ליה לעבורי חדא חדא, הכי נמי להכי יהבי ליה אגרא דאיבעי ליה לתקפה שלא תעלה להכי צריך לאוקמי תקפתו ועלתה תקפתו וירדה, וכ"פ הרמב"ם.

וז"ל השו"ע כרמב"ם "תקפתו ועלתה לראשי צוקין ותקפתו ונפלה, הרי זה אונס. (יד) העלה לראשי הצוקין, או שעלתה מאיליה והוא יכול למונעה ולא מנעה, אע"פ שתקפתו ונפלה ומתה או נשברה, חייב, שכל שתחלתה בפשיעה וסופו באונס, חייב".

הקשה ה**נתיבות** (יא) על סע' י"ד דחייב אף בתקפתו דכיון דשומר חנם אינו חייב בעלתה מאליה על כרחך לאו פשיעה היא אלא כעין גניבה כמו בעל בעידנא דעיילי אינשי, וא"כ אמאי חייב בתקפתו ונפלה הא הוי תחילתו בגניבה וסופו באונס, וביאר דדוקא כל שהאונס בא מחמת הגניבה רק שיש לתלות בצד רחוק, דאפשר שיהיה מקוים ומוראכם וחתכם או גם הארי והדוב, וזהו תליא באופן רחוק, ולזה פטור כשהיה תחילתו בגניבה, אבל כשהוא באופן שאם לא עשה מעשה הראשון לא היה נעשה האונס כלל, כגון הכא שאילו היה יושב ומשמר שלא לעלות בודאי לא היתה נפלה, חייב, דהוה כמו תחילתו וסופו בגניבה.

סעיף טז

ב"מ לו: "אתמר פשע בה ויצאת לאגם ומתה כדרכה אביי משמיה דרבה אמר חייב רבא משמיה דרבה אמר פטור. אביי משמיה דרבה אמר חייב כל דיינא דלא דאין כי האי דינא לאו דיינא הוא לא מבעיא למאן דאמר תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב דחייב אלא אפילו למאן דאמר פטור הכא חייב מאי טעמא דאמרינן הבלא דאגמא קטלה רבא משמיה דרבה אמר פטור כל דיינא דלא דאין כי האי דינא לאו דיינא הוא לא מבעיא למאן דאמר תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור דפטור אלא אפילו למאן דאמר חייב הכא פטור מאי טעמא דאמרינן מלאך המות מה לי הכא ומה לי התם, ומודי אביי דאי הדרא לבי מרה ומתה דפטור מאי טעמא דהא הדרא לה וליכא למימר הבלא דאגמא קטלה, ומודי רבא כל היכא דאיגנבה גנב באגם ומתה כדרכה בי גנב דחייב מאי טעמא דאי שבקה מלאך המות בביתיה דגנבא הוה קיימא".

וז"ל השו"ע כרבא "העלה לראש ההר ומתה שם כדרכה, או שפשע בה ולא שמרה כראוי ויצאה לאגם ומתה שם כדרכה פטור, אבל אם נגנבה מהאגם ומתה בבית הגנב חייב {שומר שכר שכלה זמנו עיין לקמן סימן ד"ש וסימן שמ"ג}."

הקשה **הסמ"ע** (טו) דמאי איריא דגנבה מהאגם אפילו גנבה מביתו נמי חייב מכח גניבה, ותירץ די"ל דאיירי אפילו בנגנבה בליסטים מזוין דאינו חייב כשנגנבה מביתו אבל כשנגנבה מהאגם דהו"ל תחילתו בפשיעה אף שסופו באונס חייב, דמיד כשנגנבה מהאגם חייב, דאילו עמדה בביתו אמרינן דלא בא הליסטים וגזלה, וכיון דמתחייב על הגניבה תו לא מיפטר במה שמתה ביד הגנב, ובזה נתישב ג"כ הא דהוצרכו הטוש"ע לכתוב דין זה אף שכבר כתבוהו בשומר חנם בסימן רצא/ט.

סימן דש – המעביר חבית ממקום למקום ונשברה מתי חייב

סעיף א

אומן ששבר כלי האם חייב לשלם, האם יש בזה לפנים משורת הדין לותר לאומן והאם יש הבל בין אומן עני לאומן עשיר והאם חייב לשלם לו שכר עבודה?

מה יהא הדין בפועלים שנשכרו להעביר חבית ממקום למקום ונשברה החבית, האם ישלמו להם שכרם?

במשנה ב"מ פב: "המעביר חבית ממקום למקום ושברה בין שומר חנם ובין שומר שכר ישבע", ואע"ג דבברייתא איפליגו תנאי במילתא הלכה כסתם מתניתין, ובגמ' "למימרא דסבר רבי מאיר נתקל לאו פושע הוא והתניא נשברה כדו ולא סלקה וכו' רבי מאיר מחייב וכו' וקיימא לן דבנתקל פושע פליגי אמר רבי אלעזר תברא מי ששנה זו לא שנה זו רבי חייא בר אבא אמר רבי יוחנן שבועה זו תקנת חכמים היא שאם אי אתה אומר כן אין לך אדם שמעביר חבית לחברו ממקום למקום היכי משתבע אמר רבא שבועה שלא בכוונה שברתיה", וכתב הרי"ף דמסתברא דהא דאמר רבא שבועה שלא בכוונה שברתיה אליבא דרבי מאיר היא דס"ל נתקל פושע הוא הילכך לא מצי לאישתבועי דלא פשע בה אבל לרבנן דסברי נתקל לאו פושע הוא וקיי"ל כוותיהו משביעינן ליה שלא בפשיעה נשברה, וכ"פ הרמב"ם והרא"ש, וז"ל ה**שו"ע** "המעביר חבית ממקום למקום בשכר ונשברה, דין תורה הוא שישלם, שאין זה אונס גדול, והרי השבירה כגניבה ואבידה שהוא חייב בהן, אבל תקנו חכמים שיהיה חייב שבועה שלא פשע בה, שאם אתה אומר ישלם, אין לך אדם שיעביר חבית לחבירו, ולפיכך עשו בו שבירת החבית כמיתת הבהמה ושבירתה".

כתב **הסמ"ע** (א) דהרמב"ם והמחבר לא חילקו בנתקל במקום מדרון לאינו מקום מדרון אבל הטור חילק שכך נשמע ממסקנת הגמ', דבנתקל במקום שאינו מדרון הוה פושע וחייב מדינא אפילו שומר חנם ואינו נפטר בשבועה דלא פשע בה, דמחשבינן ליה לודאי פשע דה"ל ליזהר מלהיות נתקל כיון שהלכו במקום הישר, אלא שמ"מ מצוה לכנוס עם הפועלים לפנים משורת הדין וכדכתיב למען תלך בדרך טובים, כל שלא ידענו שפשע במזיד, ולא עוד אלא מצוה על בעה"ב ליתן להם גם שכרם אם הם עניים ואין להם מה יאכלו, וכדכתיב סיפא דקרא הנ"ל וארחות צדיקים תשמור, ודוקא אם נתקל במקום מדרון לא מחשבי פושעים ויש לו דין שכתב המחבר, אולם הש"ך (א) כתב דמשמעות הש"ס (עיי"ש) כרמב"ם דר"א מתמה הכי על רבותיו ומיהו רבותיו ות"ק דמתני' סתמא קאמרי דאלי"כ מאי קמתמה ר' אלעזר דלמא לא קאמרי אלא במקום מדרון אלא ודאי כיון דמסתמא קאמרי אלמא דלעולם ישבע ולרבי יהודה בכל ענין פטור.

כתב ה**נתיבות** (א) דנראה דדוקא כשנשא שיעור משא כל שיכול לישא תיקנו חז"ל שיפטר מתשלומין משום דנקל ליכשל, אבל מי שנשא דבר קל ונתקל ושברו חייב דבקל אפשר ליזהר, ובזה אתי שפיר הא דסעיף ב', וכ"כ הריטב"א [הישנים].

סעיפים ב – ד

ע"פ **ב"מ פג.** "אתקין רב חייא בר יוסף" וכדעת הרמב"ם פסק ב**שו"ע** "ועוד תקנו בדבר זה שאם נשא אותה שנים במוט ונשברה משלמים החצי, הואיל ומשוי זה גדול לגבי אחד וקל לגבי שנים הוי כאונס ואינו אונס, ומשלמים מחצה אם יש עדים שלא פשעו בה (דקיי"ל כאיסי בן יהודה שם בגמ').

(רמב"ם -) נשברה במקום שאין עדים מצויים, נשבעים שלא שברוה בפשיעה ומשלמים חצי דמיה, שהרי לא היה לכל אחד להעביר אלא משוי שהיה יכול להעביר בפני עצמו. מכאן אתה למד שהאחד שהעביר חבית גדולה שאין דרך כל הסבלים להעבירה ביחיד, שהוא פושע, ואם נשברה בידו משלם הכל" והרמ"א כתב "כל זה לשון הרמב"ם ודעתו, אבל יש חולקים (ה"ה ברש"י ורשב"א) וס"ל דכל שהוא קל לשנים אע"פ שהוא כבד לאחד לא מקרי פושע גמור ואינו משלם רק מחצה (דלמדו הגמ' לעיל בנשא יחיד דנתקל כעין אונס הוא לפטרו ובשבעה משום התקנה ודמי לפשיעה מפני שנשא יתר על משאו ובפושע לא תקנו על כן חייבים במקום פשיעה ופטור משום תקנה ממחצה, ה"ה, והראב"ד השיג על הרמב"ם "הוא נותן את הפשיעה בעבור הכבדות ואני סבור שאין הפשיעה אלא בשביל הקלות שהנתקל במשא הקל פושע הוא ולמד ה"ה בדעתו במקרה של יחיד הנ"ל פטור מכלום ושיטה שלישית היא)".

כתב הב"י דסברת הרמב"ם לחייב חצי בשנים שלא היה להם להתחבר שניהם ולא לשאת אלא משאוי שכל אחד יכול להעבירו לבדו וכיון שמשאוי זה כבד אצל כל אחד מהם היה בדין שישלמו הכל וכיון שהוא קל לשניהם היה בדין שיהיו פטורים ולפיכך משלמין מחצה, וכעין זה בסמ"ע (ה) כיון דמשא זה אינו ניתן לשאת לאחד מפני כבידותו, א"כ יש על משא זה שם פשיעה לאדם אחד הבא לנושאו ואף שנתחבר אחד עמו וסייעו לשאת אותו, כיון שאין מדרכן להתחבר בענין זה הוי כאילו נשאו אחד דמי, מיהו הואיל וקל לשנים אינו חייב אלא החצי, ודחה טעם ה**לבוש** דכיון שמשוי זה כבד אצל כל אחד מהן אפשר לומר שכל אחד סמך על חבירו להקל מעליו משאו והרי פשע, דליתא, שהרי הרב המגיד כתב שהטעם מבואר בדברי הרמב"ם בסיפא.

כתב הסמ"ע (ח) דהרמ"א קיצר דהטור ס"ל דוקא כשמחלק משא כבד כזה ונשאו במוט בשני ראשו דהיינו בכל ראש תולה וקושר חצי המשא והמוט כפוף באמצע ומניחו במקום כפיפתו על כתיפו, וכל כה"ג רגיל אדם להתחזק לנושאו אף שהוא יותר משיעור אדם אחד כיון שאינו מגיע למשא של שני בני אדם, משו"ה אינו משלם אלא מחצה, אבל אם נושא המשא במוט מונח במקום אחד, גם הטור כתב בהדיא דצריך לשלם כולה.

סעיף ה

סבל ששבר חבית יין באופן שחייב לשלם, ביום השוק שווי חבית מאה ש"ח וביום רגיל שווי חבית יין שמונים ש"ח, כמה ישלם לבעל החבית?

ב"מ צט: "אמר רבא הני שקולאי דתברי חביתא דחמרא לחנוואה ביומא דשוקא מזדבנא בה' בשאר יומי מזדבנא בד'..."

וז"ל השו"ע כשיטת הרמב"ם ביאורו וגרסתו "הסבל ששבר חבית של יין לחנוני ונתחייב לשלם (ר"ל כגון ששברו בפשיעה באופן שחייב לשלם וכסעי' א', סמ"ע), והרי הוא שוה ביום השוק ד' ובשאר ימים ג' (דלא כגרסתנו ה' וד'), אם החזירו ביום השוק חייבים להחזיר חבית של יין או ישלמו לו ארבע, והוא שלא היה לו יין למכור ביום השוק, אבל אם היה לו יין, מחזירין לו שלשה, ואם החזירו לו בשאר ימים, מחזירין לו שלשה ומנכין לו בכל זמן טורח שהיה טורח במכירתה ופגם הנקב שהיה נוקב החבית (סמ"ע: דזה הפושע שמשלם לו דמי היין ודמי החבית מנכה לו מדמי 'היין' כשיעור הטורח שהיה לו במכירתו ומדמי 'החבית' מנכה לו פגם הנקב אילו לא שברה לא היה יכול למכור היין אם לא שהיה צריך לנקוב תחילה החבית, וחבית שיש לה נקב אין שוה כ"כ כמו החבית שלמה, שחבית שלמה ראויה לכל דבר משא"כ זו, עיי"ש וברש"י וגר"א), וכן כל כיוצא בזה" והרמ"א כתב "גם זה לשון הרמב"ם ודעתו, אבל רוב המפרשים (ראב"ד רא"ש ועוד) חולקים וס"ל בהפך שאם שבר בשאר הימים משלם ג', ואם שברו ביום השוק, אם בא לפורעו בשאר הימים צריך ליתן לו ארבע ואינו נפטר אם רוצה ליתן לו חבית אחר של יין (סמ"ע: אם נשאר לו יין מיום השוק ששבר בו הרי זה נפטר כשהחזיר לו חבית יין, שהרי לא מצי למימר אילו היה בידי הייתי מוכרו, אלא שאינו נפטר בנתינת ג' כיון שהיה שוה ד' ביום השבירה), אבל אם בא לפורעו ביום השוק יכול להחזיר לו חבית אחר של יין, והוא שאין לו יין אחר למכור בשוק, אבל אם יש לו יין אחר הרי הוא אצלו כשאר ימים וצריך ליתן לו דמי היין (סמ"ע: היינו דוקא בדקנה היין זה אחר זמן השבירה ואז אמרינן כיון דהיתה החבית שוה ד' ביום השבירה ועכשיו ביום התשלומין יש לו יין ואינו יכול למכור גם זה, משו"ה צריך ליתן ד' דמי היין אבל אם נשאר יין זה

שבידו עתה מיום השבירה נפטר בהחזרת חבית יין וכנ"ל) " ודלא כרש"י בדעה נוספת שלישית דבדמים לעולם משלם ה' אלא דקודם שעבר יום שוק ראשון יכול לשלם לו בחביתא דחמרא (הובא בקצות).

כתב **הסמ"ע** (ט) דסברת הרמב"ם דלא חילק בין שברו החביות ביומא דשוקא בין נשברו בשאר הימים, גם בין אם היה לבעל חביות יין אחר למכור בשעת השבירה בין לא היה לו, שהסבלים יש להם לשלם לו חבית יין, לפיכך כל שמשלמים דמים רואים כמה היה שוה ביום החזרה, אם החזירה ביום השוק נותנין דמי שוויה ביום ההוא, לפי שאם ישלמו חבית יין ואין לו יין למכור היה מוכרה ומקבל ד', וכשהם מחזירים בשאר הימים, אם היו מחזירין יין היו נפטרין ביין, כשהם מחזירין דמים מחזירין בשוויה דשאר הימים (הרב המגיד), ואע"ג דכל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה מ"מ לא מיקרי גזלן, ואין עליו לשלם אלא מה שקלקל בפשיעה, ואין לו להחזיר אלא חביות יין והרי מחזיר הם או דמיהן (ועדיין הקשה **הקצות** א' דהא בב"מ מ"ג תנן במתניתין דילקה בחסר וביתר ובית הלל אומרים כשעת הוצאה רבי עקיבא אומר כשעת התביעה, וקי"ל כבית הלל ולא כר' עקיבא, ואף על גב דהתם שומר הוא דהוי ולא אמרינן כשעת התביעה וצ"ע), והרא"ש דחה סברא זו וכתב דהולכין אחר שעת השבירה, משו"ה יש לחלק אימתי שברו וכמ"ש הרמ"א, דאם שברו ביום השוק כיון שבאותו היום ששברו היה שוה ד' שם ד' עליו וצריך לשלם לו ד', אבל בהחזרת חביות יין נפטר בכ"ג, ואם משלם לו ביומא דשוקא, אע"פ שעברו כמה יומא דשוקא שהיה יכול למוכרה, מ"מ אם אין לו עתה יין אחר למכור הרי הוא שוה אצלו ד' כיום השבירה ונפטר בזה.

[**סיכום**: המזיק חפץ של חנווני ושוויו עולה ביום השוק מפני הביקוש, כיון דבשאר הימים הוא שוה ד' וביום השוק שוה ה', דעת המחבר שמשלם כשווי החפץ בשעת התשלום, ואילו דעת הרמ"א כשוויו בשעת הנזק, ודעת רש"י שלעולם חייב לשלם כשוויו ביום השוק והוא מדינא דגרמי כדלקמן, ע"פ פסקי המשפט].

כתב **הש"ך** (ג) דאפשר דהרמב"ם מיירי ששברו דוקא בשאר יומי וא"כ לענין הדין לא פליגי עם הרא"ש ובשבר בשאר הימים הדין כמ"ש המחבר וכן עיקר לדינא כי כבר אפשר לפרש דברי הר"י והרמב"ם והמחבר בשבר בשאר ימים כי היכא דלא לפלוג לדינא ואין זה דוחק שהרי הרא"ש ושאר פוסקים מפרשים הש"ס בשבר ביום השוק דוקא א"כ ע"כ דלאו בכל גונא מיירי בש"ס א"כ י"ל שהרמב"ם מפרש להפך.

כתב **הקצות** (א) דמשיטת רש"י ותוס' משמע דהשבירה הוי בשאר יומי ואפילו הכי כי אהדרו בתר יומא דשוקא הראשון מהדרי חמשא משום דאמר חנוונא אילו הוי גבאי ביום השוק מזבנא ליה בחמשא, אמנם קשה טובא כיון דקי"ל (ב"ק צג:) דכל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה וכל השומרין כשעת הפשיעה בסימן רצ"א, וא"כ אמאי משלמי כיוקרא דלקמיה, וביאר לפי פסחים כ"ט בהא דתניא האוכל חמץ של הקדש במועד מעל [ויש אומרים לא מעל], וא"כ הכי נמי כיון דלקמיה חזי וביום השוק שוי חמשא אית ליה ביה גורם לממון בחמשא ומשלם חמש, והא דכל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה אע"ג דאייקר בשעת התביעה, היינו היכא דלא נודע בשעת הגזילה אם יתייקר אח"כ, אבל היכא דידוע היוקר דלקמיה כי הכא דביום השוק שוה חמשא אזלינן בתר יוקרא דלקמיה דהו"ל גורם לממון, ואע"ג דאנן קי"ל דבר הגורם לממון לאו כממון ולית לן דר' שמעון, משום דינא דגרמי מחייב אפילו לרבנן דפליגי אדר' שמעון, דלא פליגי רבנן אדר' שמעון אלא בגונב קדשים שחייב באחריותן שיפטור מכפל (ב"ק עד) אבל קרן מודו רבנן דחייב משום דינא דגרמי, וא"כ ה"נ מחייב משום דיני דגרמי כיון דברי היזקא שהרי שוה לקמיה ביום השוק חמשא, ולא מיפטר בארבע אף על גב דיכול לקנות בזה חבית יין כיון דאזלינן בתר יוקרא דלקמיה והו"ל היזק בחמשא מש"ה צריך להחזיר לו חבית יין דהוא נמי שוה חמשא ביום השוק. עוד כתב דכיון דדעת רש"י והתוס' והרמב"ן בחדא שיטה דאם ביום השוק שוה יותר צריך לשלם כשער יום השוק, א"כ אם תפס מחנוני נראה דלא מפקינן מיניה עד דמשלם חמשא.

הנתיבות (ב) כתב על סברת הקצות דאי אפשר לומר כך דא"כ בהך דיומי ניסן יקרי ארעתא וביומי תשרי זל ארעתא בב"ק ז' ה"נ אם יקלקל ויחפור בורות הקרקע בתשרי יצטרך לשלם כיוקרא דלקמיה, אלא ודאי דלא דמי כלל, דשאני גבי חמץ דא"א לו למכור כלל בפסח ואינו מחזיקו רק על אחר פסח, משו"ה חייב לשלם לו כפי השעה שדרך למכרו, דדמי קצת לגזול חבירו במדבר שא"א למוכרו כלל במדבר רק שמוליכו לשוק, ודאי דחייב לשלם כשער שבשוק, משא"כ הכא שהרבה מוכרים יין קודם יום השוק כשצרכין מעות, וכן מוכרין הרבה קרקעות ביומי תשרי, משו"ה לכ"ע אינו משלם רק כפי השער שהיה בשעת הגזילה אף שידוע שמתיקר ולא חשיב כלל גורם לממון, ובודאי א"צ לשלם רק כשער הזול,

אלא מדנקטו המחבר והש"ס הסבל ששבר חבית יין ולא נקט סתם מי ששבר חבית יין, משמע דלא שייך דין זה רק בסבל, והטעם דכיון דמייירי ששברו בפשיעה כמש"כ הסמ"ע ומבואר בסימן קע"ד בהג"ה דשותף שמכר קודם זמנו דהוי פשיעה דחייב לשלם לחבירו מה שנתייקר אח"כ, דדמי לפועל דחייב לשלם מה שהיה יכול להרויח משום הכי חייב לשלם הכא ג"כ כשפשע בדבר שדרכו להחזיק עד הזמן כפי השער, ולפי"ז י"ל דמייירי ששכר סבל לשאת את החבית ליום השוק למוכרו לאחרים בד', כי במקומו לא היו יכולים למוכרו בד' רק במקום השוק, ושברו בהולכה, ושוב א"א לקנות אחר שיהיו יכולין להוליכו ליום השוק למוכרו שם, וכששברו בפשיעה חייב לשלם כל מה שהיה יכול להרויח, דהא על זה שכרו לעשות מלאכתו לשאת אותו לשם להרויח בו, ולכך אם בא לשלם לו ביום השוק הא' צריך ליתן לו חבית יין או ליתן לו מה שהיה יכול להרויח. [בקה"י (ב"ק ה')] גם הקשה על שיטת הקצות וביאר שיטת רש"י דלא מדין הגורם לממון הוא אלא "כך שוה החביתא עכשיו לגבי החנווני הזה מאחר שיכול להשיג בעדו חמשה ביומא דשוקא" עיי"ש שהאריך בזה].

סעיף ו

ע"פ מש"כ הטור בסימן שמ"ג גבי שואל כתב הב"י דיש ללמוד לענין שוכר לזמן וכ"פ בשו"ע ש"ש כיון שכלה זמנו כלתה שמירתו, ואפילו היא עדיין בביתו אינו עליה אלא ש"ח".

סימן שיה – שומר שכופר או שטוען או נגנב

סעיפים א – ב

כתב השו"ע כלשון הטור וכפי שנתבאר בש"ח בסימנים רצ"ד-רצ"ו "שומר שכר דינו כש"ח לענין אם כפר או טענות אחרות שביניהם, כגון אם אמר לו נשתמשת בחפץ וקלקלתו, וכיוצא בזה, נשבע היסת ונפטר, ואם השומר טוען שנאנסה, אם במקום שעדים מצויים, יביא עדים ויפטר או ישלם, ואם אין מצויים ישבע שהיא כדבריו, ויכלול בשבועתו שלא שלח בה יד ושאינה ברשותו, ואם טען נגנבה, או אפילו שאומר פשעתי בה והריני משלם, משביעין אותו שאינה ברשותו. (ב) נגנבה בלסטים מזויין והוכר הגנב, צריך לפרוע לבעל הבית, והוא יעמיד הגנב בדין, ואפילו אם נשבע כבר ונפטר קודם והוכר הגנב, כיון שנמצא הגנב צריך להעמידו בדין והוא יפרע לבעל הבית".

עמש"כ המחבר בסיפא 'והוא יפרע לבעל הבית' כתב הסמ"ע (ד) דהמחבר העתיק כאן לשון הטור ובסימן רצ"ד/ו העתיק לשון הרמב"ם, ומשו"ה לא הזכיר שם דין פרעון דשומר לבעל הבית משום דהרמב"ם ג"כ לא כתבו, וצ"ע ששם ביאר דלרש"י והטור צריך השומר לשלם לבעל הבית והוא חוזר ומוציאו מהגנב, והרב המגיד כתב דהרמב"ם ס"ל דאין על השומר אלא הטירחא ושהב"י כתב ד"ל שגם דעת הרמב"ם היא שהשומר צריך לשלם לבעה"ב עכ"פ, ומהאי טעמא נמי כתב המחבר כאן לשון הטור דצריך לפרוע לבעל הבית דס"ל דגם הרמב"ם ס"ל הכי, אבל הרמב"ם לא כתב זה ולא ס"ל כרש"י, א"כ גם מה שכתב כאן המחבר אינו מכוון, שהוא על פי שיטת רש"י, ובסוף סימן רצ"ד העתיק לשון הרמב"ם שאינו כדעת רש"י, עיי"ש בסימן רצ"ד.

ראובן הפקיד אצל שמעון כספים וע'ק שניתן לראובן, ונגנבו באונס. ואחר כך חזר הגנב בתשובה והחזירם לשמעון השומר, ותבע ראובן את שמעון שיחזיר את הכספים ואת הע'ק ואמר שמעון איני יודע היכן הם מה הדין?

כתב רע"א דאם החזיר הגנב לבית שומר ואח"כ נאבד בפשיעה היא איבעיא דלא איפשיטא בב"ק ק"ח אי אמרינן כלתה שמירתו ופטור השומר או כיון דהדרא הדרא לשמירתו וכתבה הרמב"ם וסיים הלכך השומר פטור ואם תפסו הבעלים אין מוציאין מידו, וגם ביש"ש העתיק האבעיא אלא דפסק דאם תפס מפקינן מיניה, אולם מהשמטת הרא"ש והטור נראה דס"ל כרמ"ה דלאב"י ור"ב דס"ל דש"ש עושה עמו דין וכן הש"ח אם רצה עושה עמו דין בודאי דלא כלתה שמירתו ופסקינן כוותיהו.

סעיף ג

ע"פ **ב"מ צה**. כתב השו"ע "היו הבעלים עמו במלאכתו בשעה שמשך החפץ לשמור, פטור אף מפשיעה, כמו שנתבאר בדיני ש"ח (רצא/כח עיי"ש)", וכתב **הסמ"ע** (ה) דנתבאר שם דבשעה שמשך דהיינו בתחילת ענין מלאכת השמירה והדומה לו בעינן שיהא עמו, ואז לא איכפת לן אף אם אח"כ בשעת אבידה לא יהיה עמו ופטור, משא"כ איפכא.

סעיף ד

ע"פ **משנה ב"מ צד**. וגמ' פסק בשו"ע "קבל עליו ש"ש להתחייב אף באונסים (אפילו בדברים בלא קנין חייב, ב"י וכסימן רצ"א), או שהתנה ליפטר מגנבה ואבידה ומשבועה, הכל לפי תנאו". כתב הש"ך גבי הסיפא (ב) דמ"מ מפסיד שכרו המגיע (וראה שג"ג).

כתב **הפת"ש** (ב) בשם **הבית אפרים** דאם הוצרך השומר שכר ליתן משכון לא מהני תנאו בלא קנין, דהא דמתחייב אף בדברים הטעם הוא משום דבההיא הנאה דנפיק עליה קלא דמהימן הוא גמר ומשעבד נפשיה, והכא לא שייך טעם זה, דהא קמן דלא הימניה, והביא **הפת"ש** שהסתפק בסברא זו ההג' אשר"י (ב"מ ז, יז).

כתב **הרמ"א** ע"פ **המרדכי ותשובת מיימוני** "אמר סתם על מנת שלא אתחייב באחריותו, פטור אפילו מפשיעה".

כתב **הסמ"ע** (ו) דבתשובת מיימוני כתב בזה"ל שומר שכר או שואל שאמרו מעיקרא איני מקבל אחריות עלי פטור מכלום אפילו שומר חנם לא הוה, וכתב דצ"ל דוקא בדאמר מעיקרא כן מהני בלא על מנת, משא"כ אם קיבל השמירה מעיקרא צ"ל אח"כ על מנת, והש"ך (ג) הקשה על הסמ"ע דאי אתא לאפוקי בשעת קבלת השמירה הא ליתא דהא בהדיא ברא' הנ"ל דאם אומר בשעת הקבלה איני מקבל אחריותו לא הוי אפילו ש"ח ואי אתא לאפוקי כשנסתלקו זה מזה אחר שכבר קבל השמירה פשיטא דע"מ נמי לא מהני וגם זה משמע ברא' ומה דאמרינן בעלמא כל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי אין ענינו לכאן.

כתב **רע"א** דמשמע במרדכי שכתב דפטור אפילו מפשיעה ר"ל אף **במזיק ממש** פטור, אולם ברש"י במנחות ק"ט (מקור הדין, ראה בגר"א) משמע בהיפך.

סעיף ה

כתב **השו"ע** "שומר שכר שמסר לשומר אחר נתבאר משפטו בסימן רצ"א".

סעיף ו

משנה ב"מ פ: "שמור לי ואשמור לך - שומר שכר" ובגמ' פא. "ואמאי שמירה בבעלים היא אמר רב פפא דאמר ליה שמור לי היום ואשמור לך למחר. תנו רבנן שמור לי ואשמור לך השאילני ואשאלך שמור לי ואשאלך השאילני ואשמור לך כולן נעשו שומרי שכר זה לזה ואמאי שמירה בבעלים היא אמר רב פפא דאמר ליה שמור לי היום ואשמור לך למחר" ופירש רש"י בסוף הגמ' "שמירה בבעלים היא. אשמור לי ואשמור לך קאי ששניהם במלאכתו של זה אבל השאילני כליך ואני אשאל לך כליי שמור לי ואשאלך או השאילני ואשמור לך אין כאן בעלים של חפץ במלאכתו של שומר", אולם **ברמב"ם** נראה (ב"י) שמפרש קושיית 'ואמאי שמירה בבעלים היא' על כל הברייתא ולכן מעמיד השאילני היום ואני אשאלך למחר, וכעין זה **ברמ"ה** שכתב דבהשאילני ואשאלך ושמור לי ואשאלך או השאילני ואשמור לך דהוי שמירה ושאלה בבעלים אא"כ אמר השאילני היום ואשאלך למחר וכן משמע מתשובת **הרא"ש** דסעי' ז (טור), וכתב **הטור** דאפשר שדעתו שכשמשאל וגם שאל ממנו כליו הרי הוא עמו במלאכתו לשמור לו כליו השאול ביד, אך זה ניחא בהשאילני ואשאלך, אבל שמור לי ואשאלך אין המפקיד שהוא המשאל עם הנפקד שהוא השואל אלא כליו שאול לו ואין זה נקרא בעליו עמו והשאילני ואשמור לך אין המשאל עם השואל כלל לא הוא ולא כליו, וכתב **הב"י** דבקושיה על שמור לי ואשאלך דאין המפקיד עמו במלאכתו יש לדחוק ולומר דכיון דכליו שאול לו הוי כאילו בעליו עמו אבל מה שהקשה בהשאילני ואשמור לך דאין המשאל עם השואל כלל לא הוא ולא כליו הא ודאי קושיא היא וצ"ע.

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "האומר לחבירו שמור לי ואשמור לך" {ו"י"א (רמ"ה), וכן משמע ברמב"ם וכנ"ל, סמ"ע} דהוא הדין השאילני ואשאילך (והקשה הש"ך דלמה כתב בשם י"א שהרי גם המחבר סובר כן ממש"כ אח"כ השאילני היום ואני אשאילך למחר נעשה ש"ש אלמא דבבת אחת הוי שמירה בבעלים, וכן מוכח מהמחבר בסעי' ז' וצ"ע) { הרי זה שמירה בבעלים. אמר ליה שמור לי היום ואשמור לך למחר, השאילני היום ואני אשאילך למחר, שמור לי היום ואשאילך למחר, השאילני היום ואשמור לך למחר, כולם נעשו שומרי שכר זה לזה", והרמ"א כרש"י "ו"י"א [דהשאילני ואשאילך] ושמור לי ואשאילך או השאילני ואשמור לך, אפילו בחד יומא, הוי שומר שכר ולא מקרי שמירה בבעלים".

כתב הסמ"ע (י) ליישב הקושיות על הרמ"ה דס"ל דהא דכתיב בעליו אין עמו וכו' לאו דוקא עמו במלאכה קאמר, דא"כ לא ה"ל לקרא לסתום, אלא ר"ל בעל המשאיל אינו עם ענין השאלה דלא תלה עסקו וענין אחר בשאלה זו, אז חייב, לאפוקי כשאמר לו השאילני ואשאילך שמור לי ואשאילך השאילני ואשמור לך, שכולם מיקרי בעליו עמו, שהרי תלה השמירה או השאלה בענין אחר שאמר אשאילך בתנאי שתשמור לי או השאילני בתנאי שאשמור לך כנגדו, מיהו באומר לו השאילני היום ואשמור לך למחר, לאו עמו מיקרי, דעמו משמע מיד בשעת התחלת שאלה. הש"ך (ו) כתב שהעיקר בש"ס כסיעת הרמ"ה והרמב"ם דא"כ ל"ל לתלמודא להקשות הכי אבריייתא הא כבר קאמר הכי אמתניתין ותרתי זימני ל"ל, ולענין קושית הטור י"ל דהשאילני ואשאילך ודאי אתי כפשוטו בבת אחת דומיא דשמור לי ואשמור לך וא"כ בשעה שזה מחויב לשמור לו כלי השואל גם חברו מחויב לשמור כלי משאיל והוה שאלה בבעלים, ושמור לי ואשאילך נמי א"ש שהרי מיד שזה מקבל הכלי לשמור זה מחויב להשאיל לו הכלי נמצא שזה הכלי של משאיל הרי הוא כאלו הוא של השומר וכל היכא דאיתיה ברשותא דהשומר איתיה ובעל הכלי צריך לשומרו לו כדי להשאילו נמצא נעשה בעל הכלי שהוא המשאיל שומר, וכן בהשאילני ואשמור לך (עיין בנתיבות ג' שהאריך בדבריו בזה), ומיירי שמשאילו אח"כ דאלו היה מוסר לו כלי השואל מיד א"כ אינו שוב עמו במלאכתו וזה בכלל היום ולמחר מיהו בשמור לי היום ואשאילך למחר כיון דאינו חייב להעמיד לו כלי השואל עד למחר לא חל על המשאיל תורת שמירה עד למחר שהרי הכלי הוא שלו ולא הוי שמירה בבעלים. עוד כתב דאפשר שגם רש"י וסיעתו שפירשו דלא קאי בש"ס רק אשמור לי ואשמור לך מודו בזה לדינא רק שלא רצו לפרש הש"ס כן משום דס"ל דא"כ לא היה צריך לשנויי דמיירי בהיום ולמחר רק שא"ל שמור לי ואשאילך מיד וכן עשה באופן שלא היה מחויב המשאיל לשמור הכלי שלו בשעה שהשומר משמר, והעיר על דברי הסמ"ע שאינם נכונים.

כתב הש"ך (ה) דמש"כ המחבר ואשמור לך 'למחר' ה"ה ביום אחד ושעות מחולקות.

עוד כתב הש"ך (ז) ע"פ תשובת הר"ן דאם א"ל השאילני ואניח לך משכון הוי שואל וחייב באונסים, ובנתיבות (ג) הקשה דהא שמירה בבעלים הוא, וע"כ צ"ל דמיירי ששאל ואח"כ הניח לו המשכון דלא נשתעבד בשמירה בשעת מעשה.

< כתב הקצות (ג) דבכל בני שומרי שכר זה לזה בין על הפרה השאולה בין על הפרה השמורה, דבפרה השאולה הוי שומר שכר בשכר שמשאיל לו הפרה ונהנה בפרה, אלא לפי שאין כל הנאה שלו דהא עבור זה שומר לו פרה לזה הוי שוכר ממש, וא"כ בפרה השאולה הוי שוכר דק"ל (ב"מ פ:): כשומר שכר, ובפרה השמורה נמי הוי שומר שכר דזהו שכרו שמשאיל בשכרו פרה, ודלא כחוות יאיר, עיי"ש.

< עוד חלק הקצות (ג) על החוות יאיר שכתב דלדברי הכל בשמור לי בשכר היום ואשמור לך בחנם למחר ונגנבה או נאבדה פרה דחנם, דלא מיקרי שכר מה שחבירו ישמור לו בשכר, דליתא דהוי שומר שכר כיון שלא נתרצה לשמור בשכר שקצץ עד שיוסיף לו בשכרו דהיינו שמירת פרתו למחר בחנם, וא"כ זה ששומר למחר בחנם עבור שכרו של זה שקיבל עליו היום לשמור בשכר זה וכיון שהיה שמירת פרתו בחנם בתנאי השכירות הו"ל שומר שכר על פרה דחנם.

[האם אומן בבעלים ונגנב או נאבד חייב לשלם שכירותו?]

כתב בתשובת חוט המשולש (קצות ב) בראובן שהביא לו שמעון עשרה משקלי זהב שיעשה לו מהם אצעה אחת ושמעון סייע בהתכתו ונאבדה ומצד מה שנתעסק עמו במלאכה פשוט דהוי שמירה בבעלים ופטור אך משום כך פשוט שחייב שמעון לשלם לו דמי פעולתו בדינא ודיינא, והקצות האריך שאכן אע"ג דשמירה בבעלים פטור אפילו מפשיעה אבל שכרו מיהא מפסיד דלא גרע מעבדים ושטרות והקדשות דנשבעין ליטול שכרן כמבואר בב"מ נ"ח ובטושי"ע סימן שא/א (ראה שג"ג), היינו דוקא היכא דנתן לו

שכר לשמור א"כ כל שלא שמר כראוי אפילו שאין בו דין שמירה אבל שכרו מיהא מפסיד כיון שלא עשה מלאכתו ושכרו לכך לשומרו כתורת שומר שכר, אבל אומן שנטל שכר עבור מלאכתו אלא דהוא ממילא שומר שכר כמו שוכר כיון דנהנה וכסימן שו/א א"כ כיון דעשה מלאכתו מלאכת אומן ונאבד בענין שהוא פטור כגון שהיה בעלים עמו א"כ הו"ל כמו חזרה ליד בעלים וכאילו נאנס דהו"ל כמו חזרה ליד בעלים וצריכין לשלם שכרן, והכא שכבר השלים המלאכה אלא שאח"כ נאבד וכיון דהוא פטור צריך לשלם השכירות, אך סיים דאכתי צ"ע דכיון דקיי"ל אין לשכירות אלא לבסוף והיינו לאחר חזרה כמבואר בתוס' ב"ק צ"ט ונהי דאונסין הוי חזרה אבל פשיעה דלא הוי חזרה נהי דפטור כיון דהשלמת המלאכה הוא עד לאחר חזרה היה לו לשומרו, ובנתיבות (א) כתב דאין שום ספק בזה דהא בב"מ נ"ח גבי בני העיר ששלחו שקליהן דאמר להפסיד שכרן, אף דשם הוי שכר שליחות ולא שכר שמירה, אפי"ה מפסיד כשנגב, א"כ ה"נ מפסיד שכר אומנות, כיון דקיי"ל דשכירות אינה משתלמת רק לבסוף כשנתנו לו כמ"ש התוס' ב"ק צ"ט והרי לא גמר מלאכתו כשלא החזירו מחמת שלא שמרו מגניבה.

סעיף ז

ע"פ תשובת הרא"ש וכמעשה בב"מ פא: גבי חד שהיה רכיב פסק בשו"ע "אמר לו השאילני גלימא שלך שהיא קלה וטול שלי שהיא כבדה (והוא היה חזק יותר לנושאה עליו או שהיה רוכב גמל, סמ"ע), ובאו לסטים ונטלו האחת, הנשארת היא של בעל ראשון {דהוי ליה השאילני ואשאילך דהוי שאילה בבעלים. (מהרי"ק -) מיהו אם אין הדברים השאולים ביד השואלים, אלא ביד אחרים, כגון שראובן הניח המשכון ביד לוי בעד שמעון ושמעון השאיל דבר לראובן, לא מקרי שאלה בבעלים, דהא אין שמעון שומר לראובן, והווי שומרי שכר זה לזה}."

כתב הסמ"ע (יג) על הרמ"א דאם עשה כן מעצמו ולא תלה זה בזה אפילו הרמ"ה דחולק לעיל מודה, אולם הש"ך (ט) כתב דפשט לשון הרמ"א לא משמע כן וכן במהרי"ק משמע דאין חילוק בכך אלא אפילו תלה זה בזה כיון דאין המשכון בידו א"כ אינו שומר עליו.

הלכות אומנין

סימן שו – האומנים שומרי שכר ואם קלקלו וטבח שנבל

סעיף א

כל האומנים שומרי שכר – מה הדין בקבלן או שכיר יום?

משנה ב"מ פ: "כל האומנין שומרי שכר הן". וז"ל השו"ע ע"פ הגמ' שם "כל האומנים שומרי שכר הם, וכולם שאמרו טול את שלך והבא מעות, או שאמר ליה האומן גמרתיו, ולא לקחו הבעלים הכלי, הרי האומן שומר חנם, אבל אם אמר האומן הבא מעות וטול את שלך, עדיין הוא שומר שכר כמו שהיה".

הסמ"ע (א) הביא לשון הטוב שכתב "כל האומנין שנותן להן לתקן בקבלנות הן כשומרי שכר להתחייב בגניבה ואבידה וזהו שכרן שמשתכרין במה שנותנין להן לתקן ליטול שכרן", וכתב הסמ"ע דדוקא באומן דקבלנות קאמר דהוי ש"ש משא"כ פועל שכיר יום¹ דכיון דהשכירות שנותנין להן אינה בשביל השמירה אלא עבור המלאכה שמתקנין ועוסקין בו אלא שבהנאה שנתנו לו לתקן ולא לאחר באותה הנאה מחשב לשומר שכר והנאה כזו אינה שייכא כי אם בקבלן שמניח אותה המלאכה בידו עד גמרו ונתנו לו שכר, משא"כ שכיר יום שהיום נותן לזה ומחר לאחר, וכל כהאי גוונא אין שייך לומר בו בהנאה שנתנו לו וכיון דהא לא נתנו לו אלא עבור שנוזמן לפניו זה והא ראייה שלמחר יתנהו לאחר,² ועוד דסתם קבלן עושה המלאכה בביתו ושייך בו שמירת הכלי מגנבים מביטו. אולם הש"ך (א) חלק ולפי מסקנת הש"ס בדף פ' משמע דאין חילוק ומש"כ הטור בקבלנות הוא לאו דווקא א"י משום סיפא נקט ליה דאומן קונה בשבח כלי, וכ"ך הב"ח דאפילו היה שכיר יום נמי הוי אלא דמשמע מדבריו דדוקא בשכיר יום שנותנים לו המלאכה בביתו, ודעת הש"ך דאפילו עושה המלאכה אצל הבעל הבית הוי ש"ש מטעם שזהו שכרו שמשתכר במה שנותן לו מלאכה ליטול שכרו, ומה דמשמע חילוק הב"ח בתוס' פ' ע"ב היינו

למ"ד שוכר כש"ח אבל למאי דקי"ל שוכר כש"ש משמע להדיא מדבריהם שם דאפילו עושה מלאכה בבית בעה"ב הוי ש"ש מטעם הנ"ל. **המחנ"א (פת"ש א)** למד ברש"י דלא כש"ך דדווקא בעושה בביתו הוי ש"ש דהואיל ולהנאתו הוא אצלו גמר נפשיה לשמרו מגניבה ואבידה, דאם הוא לא ישמרנו מי ישמרנו, אבל בעושה אצל בעל הבית ואינו עומד אצלו ברשותו לאו משום הנאתו קאי שם, דבלא"ה ברשותיה דבעל הבית הוה קאי ועומד, **ואפילו ש"ח נמי לא הוי**, דהא לא סילקו הבעלים שמירתן כיון שאין האומן רשאי להביא הכלי בביתו ולתקנו שם, וסתם שמירה הוי כשמסלקים הבעלים החפץ מרשותם לרשות הנפקד.

עמש"כ הש"ך דאפילו בעושה בביתו הוי ש"ש כתב ה**נתיבות** (א) דאף דבעינן משיכה בשומרין (רצא/ה) נראה **דבשוכר הוי התחלת השימוש קנין** הן לענין חזרה הן לענין חיוב אונסין וכשאלה בסימן ש"מ דמהני התחלת שימוש דהוי כקבלת כסף, וה"נ בשוכר כיון שאין המשכיר יכול לחזור בו האי הנאה הו"ל ככסף לגבי השוכר.

עמש"כ המחבר דבטול את שלך והבא מעות דהוי ש"ח, כתב ה**ש"ך** (ב) דלא קשה מב"מ מ"ט גבי מוכר "כיון דאמרי לך שקול זוזך ולא שקלית" דלא הוי אפילו ש"ח, דהכא א"ל טול את שלך והבא מעות א"כ כיון שעדיין חייב לו מעות הוי ש"ח משא"כ התם שאינו חייב לו כלום (ועיין נתיבות ב').

כתב ה**מחנ"א (פת"ש א)** ע"פ ה**ראב"ן** השאלות ועוד שכל שהקדים לו שכרו אינו כשומר ש"ח דס"ל דטעמו של אומן אינו אלא משום דתפיס ליה אאגריה, אבל כל היכא דלא שייך האי טעמא הרי זה פטור מדין ש"ש, ולא דמי לשוכר, דשוכר שאני משתמש בגוף הפרה ולהנאתו היא אצלו שצריך שתהא הפרה ברשותו כדי להשתמש בה, משא"כ באומן שאינו משתמש בגוף החפץ, וג"כ לא חשיב שלהנאתו עומד אצלו, דאין זה מטי ליה הנאה כשעומד ברשותו יותר משאם היה עומד ברשות בעלים והיה עושה מלאכתו אצלם, **אולם בתשובת גליא מסכת בעובדא דבעל עגלה** שקיבל שכירותו מקודם שנסע, כתב בפשיטות דגם באומן שקיבל תשלום פעולתו מקודם הוי ש"ש, משום דעיקר הטעם גבי אומן כמו גבי שוכר בההיא הנאה דשביק לאחרני ואוגיר לדידיה, וגם בתשובת **באר יצחק** כתב לדחות חילוק המחנ"א בין אומן לשוכר, וה**פת"ש** כתב דאפשר דבעובדא דגליא מסכת גס המחנ"א יודה דאף דגבי אומן כתב דאינו כשומר ש"ח באם הקדים לו שכרו דלא חשיב שלהנאתו עומד אצלו שהרי היה יכול לעשות המלאכה בבית בעל הבית, אבל גבי בעל עגלה שכל אומנותו להוליך הסחורה על עגלה שלו ממקום למקום וע"י זה משתכר, בודאי דחשיב שלהנאתו עומד אצלו כמו גבי שוכר ולכן הוי כש"ש גם בהקדים לו שכרו.

כתב בתשובת ה**חוט המשולש (פת"ש ססק"א)** דאם נתן כלי לאומן כדי לראות צורתו ולעשות לו כלי אחר כמותו לא אמרינן דהוי כפקדון ואינו אלא שומר חנם, כי אילו לא היה מראה לאומן הכלי לא היה יודע לעשות אחר כמותו, נמצא השכר שקיבל בעשיית הכלי הוא בשביל הכלי ההוא שנתן לו, וא"כ הוה ליה החפץ ההוא כמו החפץ עצמו שנוטל שכר על עשייתו ונמצא זה וזה שוין, והוי ש"ש כל זמן שלא הודיע האומן לבעל הכלי שכבר צייר בדעתו ציור הכלי ההוא ואינו צריך לו עוד.

< ע"פ דיוק **תלמידי הרשב"א** מרש"י כתב ה**רמ"א** "ואם אמר טול את שלך **ואיני שומרו** עוד פטור", וביאר ה**סמ"ע** (ד) דה**רמ"א** ר"ל דאפילו ש"ח לא הוי דהא גילה דעתו שאינו רוצה להיות בשמירתו כלל, אבל בהקדים לומר הבא מעות וטול את שלך ואיני שומרו עוד לא איירי, אלא גם בזה אמרינן דלא אמר טול את שלך ואיני שומרו עוד אלא אחר שיביא המעות וכן מוכח בנ"י, ו**בנתיבות** (ב) כתב דמטעמו משמע דאם אמר בפירוש דאינו שומרו עוד אפילו קודם שיביא המעות פטור, אך נראה דאפילו בכה"ג חייב, דדומה לתופס חפץ בשביל חובו דודאי חייב בהאי הנאה דתפיס אזוזי, כדמוכח בב"ק ל"ו בתפסו לגבות נזקיו דהוי ש"ש.

< כתב ה**דרכ"מ** ד**במרדכי** כתב באומן שקבל ספר לכתוב ממנו ופסק דהוי ש"ש וחייב בגניבה ואבידה ואם בביתו באו הגנבים וגנבוהו פטור דהא שמר כדרך השומרים ואנוס הוא, אך **צ"ע** דהא נתבאר בסימן ש"ג דש"ש חייב בגניבת אונסין, ואפשר שזהו התשובה ס"ל כמאן דפוטר לעיל.

סעיף ב

האם אומן קונה בשבח כלי? פרט דעת שו"ע והפוסקים.

מה דינו של אומן שקיבל לתקן וקילקל?

משנה ב"ק צח: "נתן לאומנין לתקן וקלקלו חייבין לשלם. נתן לחרש שידה תיבה ומגדל לתקן וקלקל חייב לשלם, והבנאי שקיבל עליו לסתור את הכותל ושיבר את האבנים או שהזיקן חייב לשלם היה סותר מצד זה ונפל מצד אחר פטור ואם מחמת המכה חייב" ובגמ' "אמר רב אסי לא שנו אלא שנתן לחרש שידה תיבה ומגדל לנעץ בהן מסמר ונעץ בהן מסמר ושיברן אבל נתן לחרש עצים לעשות שידה תיבה ומגדל ועשה מהן שידה תיבה ומגדל ושיברן פטור (ואינו חייב לשלם אלא דמי עצים, ראי' בש"ך) מאי טעמא אומן קונה בשבח כלי (וזוכה במה שהשביחו, ומשום קבלנותו יוצא לו, וכשמחזירו לו הרי הוא כמוכר לו שבח שהיה לו בתוכו, רש"י בב"מ קי"ב), וכתב הרי"ף דמסקנת רבא בהמשך הגמ' צ"ט ע"ב דאין אומן קונה בשבח כלי ושמע מינה דליתא לרב אסי אלא חייב לשלם דמי שידה (דמיד שעשאו האומן קנאו בעה"ב ואין לאומן עליו אלא חוב בעלמא דמי שכרו, סמ"ע א'), וכ"פ הרמב"ם.

וז"ל השו"ע "נתן לאומנים לתקן וקלקלו, חייבים לשלם, כיצד, נתן לחרש שידה תיבה ומגדל, לקבוע בהם מסמר ושברו, או נתן לו עצים לעשות מהם שידה תיבה ומגדל, ונשברו אחר שנעשו, משלם לו דמי שידה, תיבה ומגדל, שאין האומן קונה בשבח כלי {עיי'ן באבן העזר סימן כ"ח סט"ו}. הבנאי שקבל עליו לסתור הכותל ושבר האבנים או הזיק, חייב לשלם. היה סותר מצד זה ונפל מצד אחר פטור, ואם מחמת המכה חייב (טור ע"פ המשך המשנה) ". בשו"ע אבן העזר (כח,טו) כתב "אמר לה התקדשי לי בשכר מלאכה זו שאעשה עמך ועשה - אינה מקודשת (רי"ף ורמב"ם דאין אומן קונה בשבח כלי ושכירות משתלמת מתחילה ועד סוף), ויש אומרים שהיא מקודשת (רי"י והרא"ש כרב אשי דאומן קונה בשבח כלי)", והובא בסמ"ע (ו).

הש"ך (ג) האריך בפסיקות הרא' לכאן ולכאן ובראיותיהם מהאוקימתות בברייתא בהמשך הגמ' גבי 'עשה לי שירים ואקדש לך' ובקידושין מ"ח, וכתב דפשטא דסוגיה כרב אסי, והעלה לדינא דהוי ספיקא דדינא ואינו משלם אלא דמי עצים בלבד דהממע"ה, וכן האריך בדעת הרא"ש דסובר דהוא ספיקא ודלא כה"ד בדעתו שפסק כר"י.

[מה הדין באומן שכבר פרעו לו בעל הבית השכר, האם עדיין נחשב שקונה השבח? ומה

הדין באומן שהתנדב בחינם?]

עוד כתב הש"ך (ג) בשם השל"ג הוא הדין אם נגנב או אבד הכלי ממנו לאחר שעשאו והשביחו דלרמב"ם וסיעתו יתחייב בדמי הכלי ושבו דלא קנאו בשבח ולדברי ר"י וסיעתו לא יתחייב רק בדמי עצים, וכי היכא דפליגי בהני מלאכות ה"ה לכל שאר מיני מלאכות, ופלוגתיהו הוי כשלא קבל עדיין האומן דמי שכירתו דאלו קבל דמי שכירתו ליכא למ"ד שלא יתחייב להחזיר דמי השידה שקלקל.

גם הקצות (ד) כתב דכל מה שקונה אומן בשבח אינו אלא עד דפרע לו דמי שכירותו, אבל מכי פרע דמיו שוב אין לו לאומן בשבח כלום וממילא שבחא דבעל הבית, וכמו במלוה על המשכון מכי פרע ליה זוזי דהלואה אפילו בעל כרחו שוב אין למלוה במשכון כלום, וה"ה אם התנדב האומן לתקן לו כלי בחנם דליכא דמי שכירות א"כ הרי מעולם לא קנה בשבח כלום כיון דאין לו בשבח עד שיתן לו דמיו וזה שהתנדב בחנם הרי כאילו כבר נתקבל דמיו, ואין לו כח לקדש בו אשה וכן בהזיקו חייב כיון דליכא דמי שכירות ממילא לא קנה בשבח כיון דאין לו קוח גמור אלא מקצת קנין עד שיפרע לו דמיו וזה כבר קיבל דמיו והו"ל כאומר התקבלתי, וכן אומן שמתקן בדמי שכירות ובעל הבית פורע לו דמיו אפילו בעל כרחו ממילא שבחא דבעל הבית דאין צריך קנין חדש מן האומן לבעל הבית כמו בלוה שיוכל לפרוע בעל כרחו למלוה דמי משכונו וכל זה ברור. גבי גניבה ואבידה כתב הקצות דנראה חייב אפילו אחר שקיבל דמי שכירותו דכיון דאומן דהוי שומר שכר לאו משום הנאה דתפיס ליה אאגריה אלא משום דשוכר הוי ש"ש וא"כ לעולם הוי שומר שכר אפילו אחר שקיבל שכירותו כיון דכבר קיבל הנאה מזה החפץ עד שיאמר לו טול את שלך דאז כלתה שמירתו, אבל כל זמן שלא אמר לו טול את שלך אפילו קיבל דמי שכירותו עדיין שומר שכר הוא עליו. אך כתב דאולם אפשר לומר כיון דקודם שפרעו הוי

שבחא לאומן א"כ מעולם לא נעשה שומר שכר על השבת, דהא דחייב בכלי אחר שפרעו היינו משום הנאת פרוטה דהיה לו בתחלה, אבל בשבחו דבתחלה לא נעשה שומר כיון דאפילו הזיקו פטור ואחר שפרעו כלתה הנאה זו, ומש"ה ראוי שיפטור בגניבה על השבח בין קודם שפרעו בין אחר שפרעו, אלא שהיה צריך להחזיר דמי השכירות דלענין זה נעשה שומר גם על השבח שיתחייב בגניבה ואבידה נגד דמי השכירות דהיינו להפסיד השכירות, וא"כ אפילו אחר שפרע צריך להחזיר השכירות כשנגנב או נאבד וסיים דעדיין צ"ע.

עמש"כ הקצות שבחינם בהזיקו חייב חלק הנתיבות (ד) דאינו חייב כשקלקל למאן דס"ל דאומן קונה, דכמו שכתב הרשב"א הנ"ל דאין דעתו של האומן להשביח אדעתיה דבעה"ב לחייב עצמו בהזיק, מכ"ש כשעושה בחנם דאין דעתו להשביח אדעתיה דלחייב עצמו, ובודאי אינו מקנה לו השבח עד שנותנו לו, רק כשעושה בשכר ונותן לו המעות קונה השבח במעות, דאפילו אם היה של האומן לגמרי היה נקנה במעות במקום דליכא חשש דנשרפו חיטיך, ועמש"כ הש"ך (והקצות) דאחר שפרע אין לאומן בשבח כלום, ביאר הטעם דבכהאי גוונא מעות קונות כיון דלא שייך כאן החשש דנשרפו חיטיך בעליה, דהא אפילו אם אומן קונה, בנאנסו חייב בשכירות, ומכ"ש כשנתן לו השכירות דא"צ להחזיר, ובגניבה ואבידה בלא"ה חייב דהאומנין ש"ש הן.

האם יש הבדל בין קבלן לשכיר לענין אומן קונה בשבח כלי? האם יש משום בל תלין?

ב"מ קיב. "בעו מיניה מרב ששת קבלנות עובר עליו משום בל תלין או אין עובר משום בל תלין - אומן קונה בשבח כלי והלואה היא או אין אומן קונה בשבח כלי ושכירות היא? אמר רב ששת עובר והתניא אינו עובר התם שהמחהו אצל חנוני ואצל שולחני נימא מסייעא ליה הנותן טליתו לאומן גמרה והודיעו אפילו מכאן ועד עשרה ימים אינו עובר משום בל תלין נתנה לו בחצי היום מששקעה עליו חמה עובר משום בל תלין ואי אמרת אומן קונה בשבח כלי אמאי עובר אמר רב מרי בריה דרב כהנא בגרדא דסרבלא למאי יהבה ניהליה לרכוכי היינו שבחיה לא צריכא דקא אגריה מיניה לבטושי בטשא ובטשא במעתא (לא בקבלנות עסקינן אלא בשכירות, בין ישביח ובין לא ישביח, שכרו לפי מנין בטישותיה, כך וכך בטישות בכך וכך מעות, רש"י)".

הטור בסימן של"ט פסק שעובר וז"ל "נתן טליתו לאומן לתקנה בקבלנות וגמרה כל זמן שהטלית ביד האומן אינו עובר נתנו לו אפילו בחצי היום כיון ששקעה עליו החמה עובר משום בל תלין שקבלנות היא כשכירות לפרעו בזמנו", דס"ל כר"י והרא"ש דהלכתא כרב ששת דתניא דמסייע ליה והכי אסקה רבא בב"ק צ"ט דכולי עלמא אין אומן קונה בשבח כלי והא דאוקי רב מרי להאי מתניתא דאגריה לבטושי וכו' דחייב בעלמא היא ולא סמכינן עלה, וכן ביאר כאן הסמ"ע (ו) סברתו שאין אומן קונה בשבח כלי, אולם הש"ך כאן (ג) חלק כתב דהא דפסק הטור דבקבלנות עובר משום בל תלין מיירי ביישוב הגמי ששכרו לביטשי ביטשי במעתא (ואין זה דחייב בעלמא) דזה הוי כשכירות, אבל בקבלנות סתמא אינו עובר ואומן קונה בשבח כלי.

כתב הקצות (ג) דהיכא דהשביח קונה בשבחו כיון דאומן קונה בשבח כלי, ואפ"ה עובר בבל תלין כיון דשכרו בין ישביח בין לא ישביח, דדוקא היכא דשכרו להשביח א"כ אינו שכיר כלל אלא מוכר שבחו כיון דקונה בשבח כלי, אבל שכרו בין ישביח בין לא ישביח א"כ אם לא השביח ודאי עובר בבל תלין, ה"ה כשהשביח לא גרע כחו משאר שכיר ומגיע לו שכרו עבור הביטשא לא עבור השבח ועבור הביטשא עובר בבל תלין.

האם זה קנין גמור או משכון בעלמא?

למ"ד אומן קונה האם קונה בגוף הכלי או רק בשבח? ומאי נפק"מ? הבא ראיה. ומה דעת

הקצות?

כתב הקצות (ד) דדעת ¹מוהר"ש הלוי דלמ"ד דאומן קונה וכו' היינו דע"י השבח זוכה בגוף הכלי להיות כשלו כיון שנתהפך חומר הכלי אל הצורה אשר נתן ולכן קונה בגוף הכלי והוכיח כן מתוס' גבי הנותן כסף לגוי לתקן לו כלי שא"צ טבילה, ואם לא היה לו זכות אלא בשבחו ולא בגוף הכלי ומהיכי תיתי דחייב טבילה אפילו למאן דאמר אומן קונה כיון דלא קנה גוף הכלי, ועוד דהלשון הכי מוכח אומן קונה

בשבח כלי כלומר קנה הכלי עם השבח, ואילו היה קונה השבח היה לו לומר קונה שבח הכלי או אומן קונה בשבח הכלי.² דעת תה"ד דאומן אינו קונה אלא בשבח ולא בגוף הכלי.³ והקצות כתב בתחילה דיש להתבונן בהאי קנין אם קנין ממש וכשלו הוא מאי אית ליה לבעל הבית בהאי שבחא והיכא דשבח שוה יותר מדמי שכירות היכי מסלק ליה בעל הבית בפחות מדמיו, ואי משום דכבר קנה ממנו בעל הבית בפסיקה שפסק לו עבור השבח, הא הו"ל דבר שלא בא לעולם ואיך חוזר וקונה בעל הבית שבחא דאומן אם האומן אינו רוצה ליתן לו שבחו בדמי שכירות כיון דלא קנה מיד האומן, ועוד דהו"ל דבר שלא בא לעולם, והעלה דיש לדמותו לבע"ח דקונה משכון לקדושי אשה והלוה יכול לסלקו בעל כרחו ותו לית ליה במשכון ולא מידי, וה"ה ה"נ בשבח הכלי עד שיסלק לו דמי שכירות אית ליה קנין לקדושי אשה ולנזקין דהיינו אם הזיק אין לו לשלם בעד השבח, ובוזה עדיף מבע"ח דמלוה שקונה משכון אינו אלא כדי חובו ואם המשכון שוה יותר והזיקו צריך לשלם המותר, וא"כ האי שבחא דבעל הבית הוא והא דאומן קונה בשבח כלי אינו קנין גמור להיות כשלו ממש אלא קצת קנין הוא דאית ליה בגויה לקדושי אשה, כמו בע"ח דקונה משכון לקדושי אשה ובוזה עדיף מבע"ח, דמלוה שקונה משכון אינו אלא כדי חובו ואם המשכון שוה יותר והזיקו צריך לשלם המותר, אבל אומן בשבח כלי קונה לנזקין אפילו עלה שבחו יותר מדמי שכירותו, והאריך ללמוד כן ברמב"ן ריטב"א ור"ן.⁴ דעת הנת"בות בשם הרשב"א דאם לא נתקלקל שבחא דבעה"ב כיון שהשביח אדעתיה דהבעה"ב, רק לענין אם קלקל אמרינן אומן קונה מטעם דאין דעתו של אומן להקנות לבעה"ב כדי לחייב עצמו וכן לענין שיהיה קונה כנגד דמי השכירות, ר"ל, קנין שעבוד כמו במשכנו שלא בשעת הלואה דאי קונה קנין גמור כנגד דמי השכירות, קשה דא"כ אם נאנס הכלי יפטר מליתן דמי שכירותו דשל האומן נאנס עיי"ש.

ראובן מסר לחייט בד כדי לתפור ממנו חליפה החייט דרש סכום של 2000 ל"י עבור העבודה. לאחר שסיים את עבודתו דרש תוספת של 1000 ל"י בטענה שהמחירים עלו. ראובן סרב לשלם את התוספת למרות העובדה שהמחיר עלה בשיעור זה, בטענה כי סיכמו על מחיר נמוך יותר, כתוצאה מכך סרב החייט למסור לראובן את החליפה. הצדק עם מי? הסבר.

כתב החכמת שלמה דאם אומן קונה בשבח כלי הוא רק השבח או גוף הכלי – נפק"מ אם הוקר או הוזל כמה משלם בעד גוף הדבר.

< כתב רע"א ע"פ הרא"ש דאם אמר לאומן עשה כלי כך וכך ואקחנו ממך למחר והוא עשה אותו וחזר זה מליקה אותו חייב לשלם לאומן כל ההפסד מדיני דגרמי.

< עוד דן הקצות (ב) בתשובת הרא"ש שכתב גבי הנותן טבלא לאומן לצייר בה ציורין ששוחקין עליו באיסקונדרי ואסרה על הבעלים אחר שציירה קודם שפרע לו שכרו, וכתב דקיי"ל אין אומן קונה בשבח כלי הרי אין לו בגוף כלום אלא שכר הוא דמחייב עלה בעל הכלי ואין לו כח לאסור הכלי, ואפילו אם היה האומן קונה בשבח כלי, היינו היכא שיש ממשות בשבח כגון שנותן לו עצים ותיקן כלי אבל הכא לא עשה אומן אלא ציירה בסימנין אין בזה ממש דאיבעיא לן בב"ק ק"א אם יש שבח סימנין על גבי צמר או לא כגון אם צבע קוף צמרו של ראובן בסימנין של שמעון ולא איפשטא האיבעיא ואינו חייב לשלם נמצא שלא קנה הצייר בצבע כלום, והקשה הקצות דהרי מפורש בסוגיה בב"ק צ"ט דאפילו בצבע אמרינן אומן קונה בשבח כלי (אמר שמואל הכא במאי עסקינן כגון דצמר וסימנין דבעל הבית וצבע אגר ידיה הוא דשקלי עיי"ש) זולת אם הסימנין הם של בעל הבית, ותירץ הקצות דכונת הרא"ש היא כיון דבצבע הקוף אפילו בסמנין דחבריה לא מצי אמר סימנאי גבך, לא עדיף האומן, דהא אין האומן קונה רק שבח הכלי ולא הכלי, ולא עדיף מצבעו קוף, ואין לו אלא מה שההנהו אבל אין לו בשבח, כיון דאין לו אלא חזותא כמאן דליתנייהו ואין לו מה לאסור, דאפילו צבע דאיסור ערלה אי לאו דגלי קרא לא היה אסור, והדר מקשה הרא"ש הא עכ"פ סמנין דידיה נינהו ויכול לגורדן ויכול לאוסרן, ולזה תירץ דאם יגרדנו אין בו ממש, ותירץ ב' תירץ הרא"ש, כיון דאינו קונה אינו יכול לגורדו, והא שהקשה הרא"ש דיכול לגורדו, הא אפילו צבע דאיסור מותר אם לאו דגלי קרא, לזה תירץ דמ"מ מדרבנן אסור חזותא, ועוד, דאיבעיא דלא איפשטא הוא ביש שבח סמנין ע"ג הצמר, ולזה כתב הרא"ש דכיון דלא איפשטא ספק ממון הוא ואין לו בצבע כלום ואין לו כח לאסור, וגוף הצבע כשיגרדנו אין בו ממש, והנת"בות (ג) תמה עלינו דהא כל שהאומן קונה בשבח כלי אפילו השבח הוא ע"י דבר שאין בו ממש גמור, כגון שנתן לו בגד לרכוכי, קונה בכלי בערך השבח שנשבת, כגון שמקודם היה שוה מנה וע"י השבח שוה

ק"ן, יש לו שליש בכלי, ואין הצבע בלבד שלו רק שקונה שיעור שבח בכלי, דהא בנתן לו כלי לרכוכי אמר בש"ס אומן קונה, ושם אי אפשר לקנות הריכוך רק בגוף הכלי קונה שיעור שבחא, וכיון שיש לו חלק בגוף הכלי שליש או רביע, מהיכא תיתי לא היה יכול לאסור חלקו כמו בשותפין, ועוד, דלדבריו אם קלקל מהיכא תיתי יתחייב לשלם לו שיעור צמרו ושבחו, הא אין שבח סמנין, לימא ליה חזותא בעלמא אזקתיד. אלא כונת הרא"ש דס"ל כרשב"א דאף למ"ד אומן קונה מ"מ כשלא קלקל שבחא דבעה"ב הוא דהא אדעתא דהבעה"ב אשבח ולא אמרו אומן קונה רק לענין אם הזיקו, שאין דעתו של האומן להשביח לצורך בעל הכלי לחייב עצמו בתשלומי נזקו, ולענין שיש לו קנין על גוף השכירות, ולפי"ז בודאי דאין יכול האומן לאוסרו על הבעה"ב כשפורע לו, דכל זמן שלא קלקל שבחא דבעה"ב הוא, רק שהיה קשה לרא"ש כיון דע"כ מייירי שהסמנין של האומן במה נקנו להבעה"ב ובמה יצאו גוף הסמנין מרשותו, ועדיין של האומן הו, דאפילו מאן דס"ל אין אומן קונה, היינו דוקא בשבח שנשבח הכלי של הבעה"ב, אבל ודאי אם הוסיף האומן נופך משלו לא נקנה להבעה"ב, דהא אין אדם זוכה בשלו לאחר רק במזכה ע"י אחר, ואפילו אם מקנה לו במה קנה הא כליו של לוקח ברשות מוכר לא קנה, וע"ז תירץ דהצבע דבר שאין בו ממש הוא ויצא מרשותו וזכה בו בעל הכלי. [עוד כתב הקצות דיש לעיין לדין דאין אומן קונה בשבח כלי אין האומן יכול לאסור שבחא, כיון דאומן אינו קונה, ולא מצי אסר לשבחא אפילו אחר שנעשה שבחא קודם שעשה לומר קונם על מעשה ידיו לאחר שיעשה כיון דלאחר שנעשה לאו דידיה הוא והאריך לדון בזה בנדריים פ"ה גבי 'קונם שאני עושה לפיך' עיי"ש, ולדעת ר"י הסובר שאומן קונה בשבח כלי מש"ה חיל נמי קונם במעשה ידיה אחר שתעשה דכה"ג הו"ל דבר שיש בו ממש דאוסרת את גוף מעשה ידיה לאחר שתעשה, עיי"ש].

לסוברים שקונה אומן בשבח כלי, האם גם בהשביח קרקע שייך לומר שאומן קונה בשבח?

כתב ה**נתיבות** ססק"ד דבקרקע כהאי גוונא ששכרו לבנות בית וקלקלו אחר שהשביח, יש לומר בו אומן קונה בשבח הקרקע, דגם בקרקע בעינן שהאומן יקנה לו השבח, דהא כתב הסמ"ע סימן שע"ה ס"ק י"ד הטעם דאין יכול לומר בנייני אני נוטל משום דאדעתא דהכי בנאו ולפי"ז שייך ג"כ הטעם שכתב הרשב"א בהא דאומן קונה בשבח כלי, שאין דעתו להקנות לבעלים שיתחייב בנזקין, אך הקשה מב"ק כ' דאמרינן שצריך ליתן שכר משום דהוי זה נהנה וזה חסר משום שחרוריתא דאשייתא ואי נימא דאומן קונה הלא בדידיה קמזיק, ויישב דכיון דצריך לשלם לו ויהיה שלו ולא ינוכה לו החסרון דשחרוריתא דאשייתא, נחשב לזה חסר מעט משלו.

למ"ד אין אומן קונה בשבח כלי האם יש אומן שקונה בשבח כלי לכו"ע?

כתב בשו"ת **טוב טעם ודעת** (קמא, ריש סי' קפא, הובא כאן באוצר התשובות של מכון מאור החושן) שאף לפי הפוסקים שאין האומן קונה בשבח כלי היינו דוקא באופן שלא עשה דבר מחודש לגמרי וכגון שגוף העץ או האבן היה מעיקרא אלא שהאומן מצייר בו ציור כלי וכדומה אבל באופן שנעשה בריה חדשה לגמרי וכגון שהאומן עושה מכמה מיני חול זכוכית שהוא דבר חדש לגמרי כ"ע מודים שהאומן קונה בשבח כלי.

סעיף ג

מה הדין אם נתן לנגר עצים לעשות ריהוט טוב ועשה ריהוט גרוע, האם יכול לדרוש את העצים כמו שנתן לו?

אומן ששינה ממה שצוהו בעל החפץ, ועשה דבר אחר או צבע בצבע אחר האם חייב בעל החפץ לשלם לאומן?

מה הדין בנתן עצים לאומן לעשות כסא ועשה ספסל? האם אומרים בזה דין יורד לשדה חבירו ומדוע?

משנה ב"ק ק: "נתן צמר לצבע והקדיחתו יורה נותן לו דמי צמרו (דלא היה בו שבח מעולם). צבעו כעור - אם השבח יתר על היציאה נותן לו את היציאה ואם היציאה יתר על השבח נותן לו את השבח. לצבוע

לו אדום וצבעו שחור שחור וצבעו אדום רבי מאיר אומר נותן לו דמי צמרו, רבי יהודה אומר אם השבח יתר על היציאה נותן לו את היציאה ואם היציאה יתר על השבח נותן לו את השבח".

פירש רש"י "צבעו כעור. בגמרא מפרש שצבעו בשיווי צבע ומזיק בכוונה הוא לפיכך ידו על התחתונה לדברי הכל. ואם השבח. שהשביח הצמר יתר על היציאה של צבע. נותן לו. לצבע את היציאה ולא שכר שלם ומקבל צמרו ודמי צמרו לא אמרינן דנתיב דליקני איהו שבחא דצמר דהא בצבע שהתנה עמו צבע וליכא שינויא דנקניה. לצבוע לו אדום וכו'. קנייה בשיווי לרבי מאיר ולא יהיב ליה אלא דמי צמרו אבל לא דמי שבחו או זה יתן שכרו משלם ויקח הצמר. רבי יהודה אומר וכו'. דקניס ליה להאי דשינה להיות ידו על התחתונה ולא נתהני משבחא ואגרא נמי כוליה לא ישקול אלא יציאה ואם יציאה יתירה על השבח יתן לו את השבח שהשביח את הצמר ואם ירצה לתת את שכרו שלם ששבח יתר על השכר יתן שכרו". **הב"י כתב שהרמב"ם בפייהמ"ש פירש כרש"י** (ועל דרך שמפרשין במי שיורד לשדה חבירו שלא ברשות דידו על התחתונה, סמ"ע) אלא שהרמב"ם אינו מחשב שכר טרחו (סמ"ע: דוגמא לפירושם - אם הבעה"ב נתן לצבע צמר שוה י" דינרים והצבע הוציא בסמנין ובשאר הוצאה י" דינרין, אם הצמר כמו שהוא צבוע שוה יותר מעשרים, היינו שבח יתר על ההוצאה, ונותן לצבע ההוצאה דהיינו י" דינרים, ואם הוא שוה י"ח דינרין אינו נותן לצבע אלא השבח דהיינו ח' דינרין) **התוס' הביאו בשם ר"י ע"פ הירוש' פירוש אחר** ובקצרה בטור ע"פ הרא"ש "כיצד נתן לו צמר וסמנין שוין י" וקצב לו שכר י" ואילו צבעו כמו שאמר לו היה שוה כ"ה אין לו לצבע כלום א"כ שוה יותר מט"ו שאותן ה' דינרין שהיה משביח הן בכלל הקרן לפיכך אם השבח יתר על היציאה כגון שהשביח בין הכל כ"ו נותן לו עשרה דהיינו הוצאה ואם היציאה יתר על השבח כגון שאינו שוה אלא כ"ד נותן לו השבח דהיינו ט' ואם אינו שוה אלא ט"ו לא יתן לו כלום" והא דלא אמרינן הכי ביורד לשדה חבירו שלא ברשות י"ל דגבי אומן שאני דכיון דנותן לו לצבוע כל מה שהוא עתיד להשביח חשוב כאילו כבר השביח ואומן שפשע ושינה חייב לשלם לו הכל. **הב"י** כתב שהעיקר כרמב"ם ד"ל דאי תלמודא דידן הוה מפרש כדברי הירושלמי לא הוי שתיק מלפרושי הכי ומדמסתם לה סתומיה משמע דס"ל לפרושי מתניתין כפשטה ועוד דהתוס' עצמם מגממו על פירושם, אולם הדרב"מ כתב דאין בנו כח לחלוק ולומר דהירושלמי חולק על גמרא שלנו אלא יש לנו לפרש דברי התלמוד שלנו כדברי הירושלמי ולא לעשות מחלוקת במקום שאין צורך.

ב"ק קא. "תנו רבנן הנותן עצים לחרש לעשות מהן כסא ועשה מהן ספסל ועשה מהן כסא ר' מאיר אומר נותן לו דמי עציו רבי יהודה אומר אם השבח יתר על היציאה נותן לו את היציאה ואם היציאה יתירה על השבח נותן לו את השבח ומודה רבי מאיר אם נתן עצים לחרש לעשות מהן כסא נאה ועשה מהן כסא כעור ספסל נאה ועשה ספסל כעור אם השבח יתר על היציאה נותן לו דמי היציאה ואם היציאה יתירה על השבח נותן לו דמי השבח".

וז"ל השו"ע כרבי יהודה וכלשון הרמב"ם "נתן צמר לצבע והקדיחו יורה, נותן לו דמי צמרו. צבעו כעור או נתנו לו לצבעו אדום וצבעו שחור שחור וצבעו אדום, נתן עצים לחרש לעשות מהם כסא נאה ועשה כסא רע או ספסל, אם השבח יתר על ההוצאה, נותן בעל הכלי את ההוצאה, ואם ההוצאה יתירה על השבח, נותן לו את השבח בלבד { (ע"פ הירוש' והתוס' -) ומה שהיה ראוי להשביח אילו לא שינה הוא בכלל הקרן וחשבינן השבח [וההוצאה] בלא זה }".

כתב הש"ך (ד) ארישא גבי הקדיחתו וכו' נתן צמר כו' דנותן לו דמי צמרו מבואר בדף צ"ט דדוקא שהקדיחתו יורה קודם שנפל בו הצבע אבל לאחר נפילה שהשביח נותן לו דמי צמרו למ"ד אין אומן קונה בשבח כלי, ובתי"ט ולח"מ תמהו שלא פירשו הפוסקים כן דהא ס"ל אין אומן קונה בשבח כלי ואין זה קושיא דלשון הפוסקים לשון המשנה. כתב הנתניבות (ה) דא"כ לפי מש"כ הש"ך בסק"ג הוי ספיקא דדינא ואינו נותן לו רק דמי צמרו, אמנם זה דוקא כשהסמנין של פועל, אבל אם הצמר והסמנין הן של בעה"ב וצבע אגר ידיה הוא דשקיל, לכ"ע אין האומן קונה בשבח כלי.

הסמ"ע (ט) כתב דאינו מנכה לו החמשה זהובים שראוי היה להרויח רק מהשכר המגיע לאומן בעד שכר האומנות ולא מהסמנין ושיעור השכר שמגיע לפי שומת שכיר יום שזה בכלל קרן שיש לאומן (נתניבות), ועוד כתב לתמוה על לשון הרמ"א דה"ל למימר בלשון יש אומרים כיון דיש ביניהו נ"מ לדינא, דלרמב"ם ורש"י משמע בפשיטות דאם הוציא האומן הוצאה משלו נוטל כשיעור הוצאתו או שבחו אף דלא ישאר לבעל הבית שיעור שבח הראוי, משא"כ לרא"ש והטור וצ"ע. **הש"ך** (ה) כתב שאין זה קושיא על הרמ"א מכיון דאין בדברי הרמב"ם והמחבר הכרח כ"כ לכך כתב הרמ"א בסתם וכן דרכו

בכמה מקומות מיהו לענין דינא עיקר כמו שפסק הב"י כפירש"י והרמב"ם דהרי אף מהירושלמי לא נדחה פירושם ואדרבה נראה דווקא כשיטתם עיי"ש שהאריך בזה, ועוד חלק על הסמ"ע ודעת רש"י דאין נותן לו שכרו משלם דשכירותו לעולם לא שקיל ולמד כן מלשון המשנה (עיי"ש) ולכך גם הרמב"ם והמחבר שלא כתבו אלא כלשון המשנה משמע ג"כ מדבריהם דלעולם אינו משלם לו אלא יציאה אבל לא שכירתו אף שהשבח יותר מן השכירות, ואפשר לומר דרש"י מיירי כשאין ידוע מה שהיה ראוי להשביח ומודה להירושלמי, ושכר טרחו של כל יום צריך ליתן דזהו בכלל ההוצאה מדכתבו נותן לו היציאה ולא שכר שלם, וסיים – "העולה מזה נתן לאומן לצבוע אדום וצבעו שחור אם השבח יותר מן ההוצאה נותן לו ההוצאה דהיינו דמי עצים וסמנין ושכר טרחו כשאר שכיר יום ולא שכרו משלם שפסק עמו בקבלנות ואין מנכה לו מן ההוצאה השבח שהיה ראוי להשביח יותר אך משכירותו שפסק עמו מנכה לו ואם השביח עכשיו כפי מה שהיה ראוי להשביח צריך לשלם לו כל שכירותו שפסק לו אף שהוא יותר מן ההוצאה ואם ההוצאה יתירה על השבח אינו משלם לו אלא שיעור שבח, וכן מי ששלח את חברו ליקח חטין מטבריה ולקח מצפורי מנכה לו מה שהיו נותנים יותר בטבריה משכירותו שפסק עמו אבל אינו מנכה לו משכירותו שהיה מגיע לו כשכיר יום אם יש לו ריוח כל כך".

הנתיבות (ו) הסכים עם הסמ"ע וחלק על הש"ך והכריע דמחויב הפועל לשלם לו מה שהיה יכול להרויח כיון שהיה בידו וסמך עליו ודמי להא דאם אוביר ולא אעביד השדה המבואר בש"ס, וכמ"ש הראב"ד (עיי"ש) דאם נתן לו יין להוליך על יום השוק ולא הוליך דחייב לשלם לו פסידא דשוקא, ומכ"ש הכא בצבעו שחור דהוי פסידא דלא הדר השבח שהיה יכול להרויח, דהא כבר אי אפשר לו לצבוע אדום ולהרויח, וצ"ל דמשלם הפועל אף מביתו אף דליכא עכשיו שום שבח בצמר כשצבעו שחור וכסימן שכ"ו בלזרעה חטין וזרעה שעורין דאם עשתה פחות ממה שראויה לעשות שמשלם לו כפי מה שראויה לעשות, א"י דבסימן שכ"ו יש לו זמן קבוע ואילו הובירו בזמן ההוא היה חייב לשלם ולכך כשזרעה מין אחר גם כן חייב לשלם, משא"כ הכא בלצבעו אדום שלא קבע לו זמן, ואי לא היה צובעו כלל בזמן ההוא לא היה חייב לשלם מכיסו כיון דעדיין יכול ליקח הצמר ולצבוע אדום ולהרויח בזה, לכך גם בצבעו שחור צמר זה אינו משלם מביתו כיון דאפשר להשלים עוד הרויח ע"י צביעת צמר אחר מחדש, ולא דמי כל כך להא דאם אוביר, ומ"מ מנכה לו משכרו, ואין הפועל נוטל שבח עד שנוטל מקודם הבעה"ב מה שהיה יכול להרויח בצביעת אדום, כיון דמ"מ לא דמי לשאר יורד שלא ברשות, דבשאר יורד שלא ברשות יש לבעה"ב שבח, משו"ה צריך ליתן לפועל עכ"פ ההוצאה שיעור שבח, משא"כ הכא דע"י השבח שהשביח הפועל הצמר בצביעת שחור לא השביח כלל לבעה"ב, דהא אדרבה הפסידו דהא כשלא היה צבוע שחור היה יכול לצבוע אדום ולהרויח ה' זהובים, נמצא דהצביעת שחור אינו שבח לבעה"ב רק הפסד לבעה"ב, ולכך הדין נותן שאין הפועל נוטל שבח רק כשיש מותר שבח בצמר יותר ממה שהיה יכול להרויח הבעה"ב מה' זהובים, אז נקרא שבח ונוטל הפועל, ולפי"ז אף מהסמנים של צביעת שחור מנכה ה' זהובים שהיה יכול להרויח כמ"ש הסמ"ע, דהסמנים של צביעת שחור הוציא הפועל שלא מדעת בעל הבית ואין הפועל נוטל מהוצאה רק שיעור שבח, והשבח החמשה זהובים לא נקרא שבח לבעה"ב.

האם יכול בעל החפץ לומר לאומן תן לי דמי המוצר או האם האומן יכול לומר לבעל הבית טול דמי החפץ, אם לא רוצה לקחת, האם חייב לשלם?

המשיך השו"ע בסיפא ע"פ הרמב"ם "אמר בעל הכלי איני רוצה בתקנה זו אלא יתן לי דמי הצמר או דמי העצים, אין שומעין לו, וכן אם אמר האומן הא לך דמי צמרך או דמי עצצך ולך, אין שומעין לו, שאין האומן קונה בשבח כלי שעשה".

כתב הש"ך (ו) דכתב מהרש"ל דע"כ איירי היכא דליכא שבחא כלל ואינו שוה דמים הראשונים דאי איירי בדאיכא שבחא אין שייך לומר אין שומעין ימכור והבגד ויקח המותר לעצמו, או מאי דעתו של זה, אלא מיירי דליכא ריוח כלל ואף לא הגיע לדמיו, ועוד פסק כראב"ד ששומעין לו, והש"ך חלק דהא אדלעיל אם השבח יותר על הוצאה או הוצאה יתירה על השבח קאי אלמא דאיכא שבחא אלא ודאי מיירי כפשוטו דאיכא שבחא רק שהבע"ה אינו רוצה להטריח ולמכור וחפץ דמי צמרו במעות מזומנים אין שומעין לו, ועוד דעיקר כרמב"ם בש"ס דטעמא דרבי יהודה שינוי אינו קונה וא"כ למה יתחייב לתת לו דמי צמרו הא הצמר של בעה"ב היא בשלמא הא דאם השבח יתר על ההוצאה תקנו רבנן לתועלתו של בעה"ב דכיון שהצמר הוא של בעל הבית והאומן רוצה להוציא ממנו תקנו שידו על התחתונה והבע"ה משלם לו הפחות שביניהם הואיל ושינה אבל שיוציא הבעה"ב מעות מן האומן אין

לזה טעם כלל שהרי הצמר של הבע"ה דשינוי אינו קונה ואיך יעלה על הדעת שהאומן יתחייב ליתן לו מעות בעד הצמר. **הקצות** (ו) כתב דיש ליישב דהראב"ד ס"ל כיון דלא עשו תקנה זו לטובת שניהם אי"כ הו"ל כמו בשדה שאינו עשוי ליטע דאומר לו טול עציך ואבניך אע"ג דגבי קרקע לא שייך שינוי קונה, והרמב"ם לא אתי עלה אלא משום תקנה, ודברי הרמב"ם ברורים דקאי בעבר על דעת בעל הכלי ואיכא נמי שבחא אלא דבעל הכלי אינו רוצה ליתן לו היציאה או שבח. **הנתיבות** (ז) פירש בכוונת הראב"ד דודאי אין בעה"ב יכול לתבוע כל המעות, רק שהבעה"ב יכול לומר לו למה אתן לך השבח בדמים אהיה שותף עמך ויהיה לך חלק בהצמר כפי שיעור שבחך, ואי"כ יכול לטעון גוד או איגוד, ומהיכא תיתי אקנה ממך שאתן לך חלקך במעות, תן לי דמי צמרי וקנה ממני חלקי בצמר ותן לי מעות, ואפשר דגם הרמב"ם מודה בזה.

סעיפים ד - ה

נתן בהמה לטבח וניבלה, מה הדין בודאי ובספק?

ב"ק צט: "אמר רבה בר בר חנה אמר רבי יוחנן טבח אומן שקלקל חייב לשלם ואפילו הוא אומן כטבח צפורי, ומי אמר רבי יוחנן הכי והאמר רבה בר בר חנה עובדא הוה קמיה דרבי יוחנן בכנישתא דמעון ואמר ליה זיל אייתי ראייה דממחית לתרנגולי ואפטרך, לא קשיא כאן בחנם כאן בשכר, מיתבי המוליד חטים לטחון ולא לתתן ועשאן סובין או מורסן קמח לנחתום ועשאו פת ניפולין בהמה לטבח ונבלה חייב מפני שהוא כנושא שכר, אימא מפני שהוא נושא שכר".

וז"ל השו"ע "המוליד חטים לטחון ולא לתתן, ועשאן סובין או מורסן, נתן קמח לנחתום ועשאו פת נפולין (נשבר ונופל כשאוהזין בו), בהמה לטבח וניבלה, בשכר, חייבים לשלם דמיהם, ואם שחט בחנם, אם היה טבח מומחה פטור (דכיון שהוא מומחה ואינו רגיל לבוא מכשול זה לידו, אמרינן דמזל דבעל הבהמה גרם לו שבא מכשול זה לידו, אבל שחטו בשכר חייב דה"ל לזוהר טפי, סמ"ע), ואם אינו מומחה חייב {והטבחים שלוקחין הכרכשאות מן הכשרות, מקרי שכר, ואם נבלו חייבים לשלם (טור), ואע"פ שאין לוקחין כלום מן הטריפה, כיון שאם לא היתה נטרפה היה נוטל נמצא זה שכרו, ועוד הכרכשאות שנותנים לו מן הכשירות הן הן שכרו גם על הטריפות, סמ"ע בשמו, וכתב הש"ך דמטעם השני הוי שייש גם על התרנגולים}."

כתב **הקצות** (ז) דנשאר הש"ג בצ"ע מאי "בחנם" הא יש שכר ברכה י' זהובים, ובמעדני מלך כתב בטעמא דלא חשיב הברכה לשכירות כיון דניבלה אין לו שכר ברכה ואע"ג דק"ל דהיכא דנוטל שכר רק על הכשרות נמי הוי שומר שכר, לא דמי דהתם כשנטרפה אין לו שכר אבל הפסד אין לו וכיון כשניבלה הפסד הוא לו שמוציא שם שמים לבטלה ואף דאנוס הוא לגבי שמים חשבינן ליה כפושע, והקצות הביא ראייה דלא נחשב שכר וקושיא ליתא דהא בשומר אבידה דפליגי בה רבה ורב יוסף (ב"ק נו) וטעמא דרב יוסף משום דמרויח פרוטה לעני, ותיפוק ליה דמצוה לחודיה בלא ברכה נמי הוי י' זהובים וכבר נתקיים מצותו כהוגן בשעה שהגביה האבידה ונטלו תוך ביתו והרי הוא עשרה זהובים, אלא ודאי דאין זה שכר לשומר שכר ומשום דמצות לאו ליהנות ניתנו, ומהאי טעמא מכסין בעפר איסור הנאה (חולין פט).

למד ה"ה בב"ק שם (דפטור ב"מגרומתא" כלומר ששחט מתוך אחת הטבעות והגרים חוץ בין טבעת לטבעת ושייר מלא החוט על פני רובה וריב"י מכשר ליה במלא החוט על פני רובה ורבנן בעו על פני כולה) וכ"פ בשו"ע (ה) "במה דברים אמורים, שניבלה בוודאי, אבל אם עשה בה טרפות הפוסלה מספק, כגון ששהה במיעוט סימנים, פטור, (תשובת הרשב"א -) וכן אם מצא הסכין פגום, והוא בדקו תחלה, כיון דאיכא למימר בעצם המפרקת נפגמה, לענין ממון לא מפקינן מספק (משא"כ אם נפגמה בעור הבהמה קודם שחיטה פושע הוא, דאילו הוה סכיננו טוב לא היה נפגם דסכין טוב אינו נפגם מעור הבהמה, סמ"ע) {אע"ג דאנו נוהגין לאסרו, אפילו הכי פטור מממון, וכן נראה לי (גם דעת המחבר כן מדכתב לענין ממון לא מפקינן מספק משמע אע"ג דלענין איסור אסרינן ליה מספק, סמ"ע וראה לקמן), ואף על פי שיש מי שחולק (תה"ד), (רא"ש -) ומכל מקום שכרו הפסיד דדילמא בסכין פגום שחט"}."

עמש"כ המחבר דלענין ממון לא מפקינן מספק, הקשה הסמ"ע (טז) דהא כתב הרמ"א בסימן רלב"ב דאפילו טריפה שאנו אוסרין מספק מבטל המקח ואין המוכר יכול לומר אייתי ראייה דטריפה

הוה, ותירץ דשאני התם דלא מיקרי הפקעת ממון כל כך מה שמחזיר המוכר ללוקח מעותיו שקיבל ממנו בעד הבהמה וחוזר ולוקח מהלוקח בהמתו, משא"כ כאן דהטבח ישלם דמי הבהמה מכיסו, והש"ך (ט) כתב דתירוצו דחוק דסוף סוף מפקינן מיניה ממון אלא דמעיקרא אין התחלה לקושיא זו דהתם כיון דאפילו מספק פרשי אינשי אין לך מום גדול מזה ויכול לומר אילו הייתי יודע שהוא ספק טרפה לא הייתי לוקח ונמצא המקח בטל והדמים חוזרים וכן מבואר ברמב"ן ועוד ראי'.

הש"ך (י) חלק על הרמ"א והסכים עם תה"ד דודאי כל היכא דנהגינן לאוסרו אע"ג דאינו אלא מכח חומרא כיון שהוא מפורש בהדיא בהלכות שחיטה שביד השוחטים חייב לשלם ואין טעם לפוטרו שהרי ידע שאם נעשה קלקול זה תיאסר השחיטה וה"ל לזוהר בכה"ג וממש"כ הטור דחיישינן שמא בעור נפגמה לא מפקינן ממון מספק אין ראייה דפטור דשאני התם דאין שייך לומר כלל דה"ל לאסוקי אדעתיה וגם ממש"כ ה"ה והמחבר בשהה במיעוט סימנים פטור נמי אין ראייה דאפשר דמיירי היכא דאין מבואר בהלכות שחיטה דשהה במיעוט סימנים פסולה וכן משמע במחבר ביו"ד דאינו מטריף אלא בשהה בשחיטה מיעוט אחרון של סימן ראשון, משא"כ לדין דמטרפינן שהייה בכל שהוא בין במיעוט קמא בין במיעוט בתרא והוא דבר פשוט ומבואר אצל כל השוחטים הלומדים ופשיטא דהשוחט חייב דה"ל לאסוקי אדעתיה כמש"כ תה"ד, ואין ראייה מדברי המחבר והטור כמש"כ הסמ"ע. **הקצות (ו) כתב להכריע דאם עשה קלקול בשוגג בשהייה כל דהו דהו"ל היזק שאינו ניכר דפטור בשוגג דכל שהוא מצד חומרא יתירא פטור דשהייה כל דהו שאנו מחמירין אינו אלא לאכילה אבל השחיטה כשרה להוציא מידי נבילה, אבל אם עשה קלקול בחומרא יתירא שאנו מחמירין בהגרמה ועיקור הו"ל היזק ניכר וא"כ אפילו מצד חומרא יתירא חייב דהו"ל לזוהר וכדברי תה"ד, והביא (ט) שכתב הרמב"ן דהיכא שלא שחט כראוי השחיטה עצמה היא ההיזק שאין זו שחיטה אלא כמתזי ראשה בסייף. **הנתיבות (ח) חלק עמש"כ הקצות** דבשהה במיעוט סימנין פטור מטעם היזק שאינו ניכר, דהא ודאי אם היתה מדאורי פסולה השחיטה שהיתה מקפדת התורה בכך, ודאי דהוה כמתזי ראשו בסייף, וה"נ כשהוא מדרבנן, דכל דתיקון רבנן כעין דאורי תקון, ואפילו הוא מחומרת הגאונים כאיסור דרבנן דמי, ועוד דדמי לדין שאסר את המותר דחייב לשלם מטעם כדי שידקדק, אך כתב (ט) דהש"ך יודה שפטור בבדק שניתק סירכות כדי להכשיר הבהמה ומחמת זה נטרף, דהא היזק שאינו ניכר הוא, דבשלמא בשחיטה כיון דלא שחט כראוי הוי השחיטה היזק ניכר, משא"כ בבדיקה אחר שכבר נשחטה הבהמה היזק שאינו ניכר.**

סעיף ו

מה הדין במראה דינר לשולחני וטעה?

נתן דולרים לבדיקה ואמר לו טובים הם, ונמצאו מזוייפים, מה הדין?

מזיק לחבירו בעצה מה דינו?

ב"ק צט: "איתמר המראה דינר לשולחני ונמצא רע תני חדא אומן פטור הדיוט חייב ותניא אידך בין אומן בין הדיוט חייב, אמר רב פפא כי תניא אומן פטור כגון דנכו ואיסור (שולחנין אומנין היו, רש"י) דלא צריכי למיגמר כלל אלא במאי טעו טעו בסיכתא חדתא דההיא שעתא דנפק מתותי סיכתא (שנפסל המטבע והעמידו צורה אחרת ועדיין לא היו בקיאים בה, רש"י). ההיא איתתא דאחזיא דינרא לרבי חייא אמר לה מעליא הוא למחר אתאי לקמיה ואמרה ליה אחזיתיה ואמרו לי בישא הוא ולא קא נפיק לי אמר ליה לרב זיל חלפיה ניהלה וכתוב אפנקסי דין עסק ביש (סחורה רעה היא שעל עסקי חנם אני מפסיד שלא היה לי לראותה, רש"י) ומאי שנא דנכו ואיסור דפטורי משום דלא צריכי למיגמר רבי חייא נמי לאו למיגמר קא בעי רבי חייא לפנין משורת הדין הוא דעבד... ריש לקיש אחוי ליה דינרא לרבי אלעזר אמר מעליא הוא אמר ליה חזי דעלך קא סמכינא א"ל כי סמכת עלי מאי למימרא דאי משתכח בישא בעינא לאיחלופי לך והא את הוא דאמרת רבי מאיר הוא דדאין דינא דגרמי מאי לאו ר' מאיר ולא סבירא לן כוותיה א"ל לא ר' מאיר וסבירא לן כוותיה".

כתב הרי"ף דשמעינן מינה דהדיוט לא מיחייב לשלומי עד דמודע ליה דעליה קא סמיך דאי לא מודע ליה מצי אמר ליה לא ידענא דעלי סמכת ואי מוכחא מילתא דעליה קא סמיך לא צריך לאודועיה וכ"ד הרמב"ם והרשב"א, ואילו הרא"ש כתב דדעת התוס' דאפילו לא אמר ליה חזי דעלך קא סמיכנא חייב דההיא איתתא לא אמרה לרבי חייא עלך קא סמיכנא אפילו הכי אי הוה צריך למיגמר חייב והכי

מסתברא דסתם מראה דינר הוא מראהו לידע אם הוא טוב כדי שיפטור מי שנתנו לו ואם כבר פטור למה לו להראותו כשיוציאונו ידע אם יקבלוהו ממנו

כתב הרמב"ם דאם בשכר הראהו חייב לשלם אע"פ שהוא בקי ואינו צריך להתלמד ואם בחנם ראהו פטור והוא שיהיה בקי שאינו צריך להתלמד ואם אינו בקי חייב לשלם אף על פי שהוא בחנם והוא שיאמר לשולחני עליך אני סומך או שהיו הדברים מראים שהוא סומך על ראייתו ולא יראה לאחרים, והחילוק בין שכר לחנם למד מאומן (ה"ה), אולם דעת הרשב"א (הובא בשל"ג) שהבקי הגמור בראיית המטבע פטור אפילו בשכר ושאינו בקי כל כך אפילו בחנם חייב ושאינו משחיטה דזה דבר תלוי באימון ידים ואפילו אומן בקי יקלקל לעתים אם לא יכוין מלאכתו היטב ולפיכך אינו כאנוס וכיון שיש לו שכר חייב אבל ראיית המטבע שהוא תלוי במראית העינים והבקיאות בצורות כל שהוא אומן בקי הרבה אינו מצוי שיטעה וכשהוא טועה הרי זה אונס גמור ושומר שכר פטור מן האונסים וזהו שלא הזכירו בגמרא בשולחני חילוק בין בחנם לשכר (וכעין זה ברא"ש).

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "המראה דינר לשולחני ואמר לו יפה הוא, ונמצא רע, אם בשכר ראהו, חייב לשלם אע"פ שהוא בקי ואינו צריך להתלמד, ואם בחנם ראהו פטור, והוא שיהיה בקי שאינו צריך להתלמד, ואם אינו בקי, חייב לשלם אע"פ שהוא בחנם, והוא שיאמר לשולחני עליך אני סומך, (רמב"ם –) או שהיו הדברים מראים שהוא סומך על ראייתו ולא יראה לאחרים (נראה דמעשה דרב חייא הכי הוי שהיה הדבר נראה שעליו היתה האשה סומכת ומתוך כך החליפו לה ואם לא היה בקי כ"כ היה חייב מן הדין, ה"ה) {ווי"א (רא"ש) דאפילו סתמא נמי חייב, ומי"מ הסברא הראשונה נראה עיקר}."

הרש"ל פסק דלא כרמב"ם בשתי המחלוקות, כרשב"א דאומן גמור כדנכו ואיסור אפילו בשכר פטור דאם לא כן ה"ל לרב פפא לשנויי הכי, וכרא"ש שבאינו בקי חייב אפילו לא אמר עליך אני סומך דמסתמא המראה דינר מראהו לידע אם הוא טוב כדי שיפטור אותו שנתן לו ואם כבר קבלו ופטרו ל"ל להראותו הלא כשיוציאונו ידע אם יקבלוהו ממנו, אולם הרש"ד (יא-יב) האריך לחלוק עליו מהשקלא וטריא דגמ', ירו' ורא', אך מודה הרש"ל שבאמר לו חזינא וכו' חייב, והוסיף הרש"ל בשם השל"ג דה"ה בשואל את חברו אם פלוני אמוד ובטוח כדי להלוות לו או לעשות עמו מסחר וחברו אומר לו שהוא אמוד ונמצא אח"כ שאינו כן דפטור לרש"ל אם לא שאמר לו חזי דעלך קסמכינא.

כתב הרש"ד (יב) דעוד מבואר בשל"ג דהיכא דהראהו לשולחני וקבל המטבע על פיו משום הלואה או מקח כיון שמראהו כדי לפטור את הנותן לו וכיון שפוטרו תו לא מצי למיהדר עליה והוי דינו דוקא עם השולחני וכן למד ברא"ש וה"י אמרינן גבי מקח וממכר דכל ששהה כדי שיראה לתגר ולקרובו תו לא מצי למטען אונאה משום דכשראו ל"ש אם נפסל הצורה ל"ש אם הוא רע שבמקום כסף הוא נחשת וכיוצא בזה לעולם הוא פטור הנותן כשזה הראהו לשולחני, והרש"ד חלק דלמה יפטור הנותן כיון דלא מחל לו בהדיא ואפילו מוחל לו אין לך מחילה בטעות גדול מזה, ולא דמי לשהה כדי שיראה לתגר ולקרובו דהתם אמרינן כיון דשהה ולא אמר ליה כלום מחל אבל הכא הא חזינן דהראהו לשולחני ואמר ליה שהוא טוב ולכך לא אמר כלום לנותן וכשנודע לו שהוא רע חזר על הנותן ועוד דהתם מיירי מדין אונאה משא"כ הכא דנמצא הדינר רע כגון כסף ונמצא נחושת וכה"ג דהוי מום פשיטא דחוזר לעולם.

כתב הרש"ד (יב) דעוד מבואר בשל"ג דאם אמר הרואה בפירוש אל תסמוך עלי בזה ודאי פטור דלא ה"ל למסמך על דבורו, וכתב הרש"ד דאולם בתשובת מהר"ם בר ברוך למד ברי"ף דדוקא הדיוט לא מחייב עד דא"ל חזי וכו' אבל אומן חייב בכל ענין, אך תמה על התשובה הנ"ל דכולא סוגיא מוכחא דאומן פטור טפי מהדיוט מטעם דגבי אומן הוי אונס, ודחה ראייתו מהרי"ף, והנתיבות (יב) כתב ליישב דבשלמא בהדיוט כל שלא אמר לו חזי דעלך קא סמיכנא מוכח דלאו עליה קא סמיך דמהיכא תיתי היה לו לסמוך על ההדיוט, משא"כ באומן אף דלא אמר לו חזי וכו' ידוע הוא דמסתמא בודאי סמוך עליו כיון שהוא אומן, ועל מי יסמוך אם לא עליו, ובסקי"א כתב דנראה דדין עליך אני סומך הוא רק ברואה בחנם אבל בשכר ודאי חייב אפילו בלא אמר לו (וראה בהג' אשרי ושל"ג).

כתב הקצות (יא) דכתב המרדכי דמראה דינר לשולחני אינו חייב אלא כשהוא נחסר מחמת רעתו ואומר שהוא טוב אבל אם נמחק צורתו והוא אומר שהוא טוב פטור דהא אי הוי שף מטבע של חברו בידיים נמי פטור (בי"ק צ"ח), אך כתב הקצות דמהשמטת הפוסקים דינו נראה דאפילו בנמחק צורתו נמי חייב, וכן משמע בסוגיא הכא דאע"ג דלא הוסיפו במשקל רק שהעמידו צורה אחרת ונעשה בה פסול מחמת

צורה נמי אית ביה דין מראה דינר, כיון דטעמא דנמחק צורה לא הוי היזק משום שיכול הוא להעמיד צורה, וא"כ אפילו שף מטבע של חבירו והעמיד עליו צורה הפוסל נמי פטור כיון דיכול להעמיד צורה ההולכת במדינה ובודאי אין לחלק בין נמחק צורה לצורה הפוסלת, וראייתו משף מטבע ליתא דהתם כיון שאינו עושה ההיזק בגוף המטבע אלא במחיקת הצורה ויכול עדיין להוסיף עליו צורה אע"ג דצריך הוצאה לכך הו"ל כמו ריפוי דפטור בנזקי ממונו ולא מתחייב ריפוי אלא באדם, וכ"ד ה**נתיבות** (י).

עוד כתב ה**נתיבות** (יב) דנראה דאם **שמאים** שמו לבע"ח והוצרך לקבלו בחובו כפי שומתו, דלא דמי למראה דינר לשולחני, דדין ב"ד יש להן וכטעו בדבר משנה דמי דפטורין מלשלם.

[נראה ב**פתחי חושן** נזיקין פ"ד הערה נז גבי **יועץ לעניני השקעות** שיעץ בהשקעה לא טובה דלכאורה היה מקום לחייבו מדין מראה דינר או מדין פלוני בטוח ובדרך כלל כשבא להתייעץ ע"ד להשקיע ה"ז כסומך עליו ודווקא כשהוברר שבשעת היעוץ כבר היתה השקעה לא טובה, ומסתבר דדומה למראה דינר ובשכר חייב, ואם ידע והטעה מסתבר שאפילו בחנם חייב, אבל אם לא ידע ולא היה יכול לידע, נראה שאפילו בשכר פטור, דהוי כעין אונס, ואפשר שאף כשנושא ונותן ביד פטור, עיי"ש].

סעיף ז

כתב ה**שו"ע** ע"פ הרמב"ם "טבח שעושה בחנם וניבל וכן שולחני שאמר יפה ונמצא רע, וכן כל כיוצא בזה, עליהם להביא ראיה שהם מומחים, ואם לא הביאו ראיה, משלמין", וביאר ה"ה דלמד כן מדאמרין ב**דף צט**: גבי טבח בחנם שנבל ואמר לו רבי יוחנן אייתי ראיה דמומחה את ואפטרך, וקל וחומר הוא לשולחני ומה טבח שאמרו חכמים (חולין ג'): רוב מצויים אצל שחיטה מומחים הם עליו להביא ראיה שולחני לא כל שכן.

סעיף ח

[האם ניתן לפטר איש מקצוע בלא להתרותו? פרט.]

ב"מ קט. "רוניא שתלא דרבינא הוה אפסיד סלקיה אתא לקמיה דרבא אמר ליה חזי מר מאי קא עביד לי אמר ליה שפיר עביד אמר ליה הא לא התרה בי אמר ליה לא צריך להתרות רבא לטעמיה דאמר רבא מקרי דרדקי שתלא טבחה ואומנא וספר מתא כולן כמותרין ועומדין דמי כללא דמילתא כל פסידא דלא הדר כמותרין ועומדין דמי".

וז"ל ה**שו"ע** כלשון הרמב"ם "הנוטע אילנות לבני המדינה שהפסיד {וי"א (ראב"ד וטור) דהוא הדין ליחיד (ה"ה): ע"פ עובדא דרבינא ודעת הרמב"ם אפשר דרוניא שתלא דרבינא הוה ובכללן היה רבינא ואירע הדבר שהפסיד לרבינא, וכתב הסמ"ע דפלוגתא גם באינד דלקמן}, וכן טבח של בני העיר שנבל הבהמות, והמקזי דם שחבל, והסופר שטעה בשטרות, ומלמד תינוקות (ע"פ הרי"ף -) שפשע בתנוקות ולא למד {אפילו רק יום או יומים (מרדכי)} {וע"פ פירש"י -} או למד בטעות (כגון שהמלמד בעצמו טועה אבל אם היה הוא יודע הדבר ואינו משגיח על אחד מהתינוקות אם אומר הדבר בטעות לא מסלקין ליה, ה"ה), וכל כיוצא באלו האומנים שאי אפשר שיחזרו ההפסד שהפסידו, מסלקין אותם בלא התראה, שהם כמותרים ועומדים, עד שישתדלו במלאכתם, הואיל והעמידו אותם הצבור עליהם {וי"א (נ"י) דאע"פ שאין צריכין התראה, מ"מ בעינן חזקה, דעד שיהיו מוחזקין או שיתרו בהן לא מסלקין להו}."

כתב ה"ה בשם הרשב"א דבהא דטבח הקשה ה**ראב"ד** דאי בשכר מאי פסידא איכא והלא משלם, אי בחנם כי מסלקי ליה מאי פסידא אית ליה, ותירץ דאפילו בחנם קנסינן ליה ולא עביד לא בחנם ולא בשכר ואי נמי בשכר ופסידא טובא איכא דאע"פ דמשלם דמי בהמה דמי בשתו ודמי בשת אורחיו לא משלם ואי נמי זימנן דמצריך לבישרא טובא ולית ליה אלא האי, וכתב הסמ"ע (כ) דתירוצו אי אפשר לאומרו בשתל, ואפשר דבשתל היינו טעמא, דהפסיד בגוף האילן שנטע, ועוד, שאילו נטעו כהוגן כבר היה מגדל הפירות, ובאותו שבח שהיה ראוי לבוא לא שייך תשלומין דלא ידעינן כמה הוה, ומשו"ה קרי ליה בגמ' פסידא דלא הדר בכולהו.

עמש"כ הרמ"א ע"פ המרדכי "יום או יומים" הקשה הסמ"ע (כא) דלמה כתב יומים הא כ"ש הוא מיום, וכתב דאפשר שכונתו לכוונת הפס' בפרשת משפטים 'ואם יום או יומים יעמוד לא יקם', ודרשו במכילתא יום שהוא כיומים דהיינו מעת לעת ה"נ בעינן שיבטלו דוקא מעת לעת.

< כתב הקצות (יב) דכתב בתשובת הרא"ש גבי ראובן שנתן לשמעון מטוה לארוג בגד וטען עליו החלפת לי טוב ברע, ושמעון מודה שנחלף לו ואמר שנעשה בלא דעתו ואמר השבע כמה נחלף וטול, וראובן טוען איני יודע כמה החלפת תשבע אתה כמה ותפרע לי, ואמר שמעון שאינו יודע כמה, ופסק ששמעון מחויב שבועה ואינו יכול לישבע וישלם דהוי כמו חמשין ידענא וחמשין לא ידענא (ב"מ צח) הלכך ישלם כפי מה שישומו שנתקלקל הבגד בחילוף המטוה, והקשה הקצות דהא חמשין ידענא לא אמרינן אלא היכא שטוען התובע ברי אבל אם התובע טוען שמא ליכא דין מודה במקצת וצ"ע.

נתן מעות לסופר לכתוב ספר תורה, מי משלם את ההגהה?

כתב הרמ"א ע"פ תשובת הרשב"א "הנותן מעות לחבירו לכתוב לו ס"ת ונמצא בו טעות, וצריך לשכור אחר שיגיה אותו, אם הם טעויות שדרך סופרים לטעות, אין הסופר חייב כלום. אבל אם טעה כל כך שאין דרך לטעות, חייב. ומכל מקום אזלינן בתר המנהג, אם מנהג המקום שכותבי ספרים מגיחים אף זה, צריך להגיה. ובסתם המקומות שאין על הסופר להגיה, אם עמד והגיה מעצמו, חייבים הבעלים לשלם לו".

הלכות שוכר

סימן שז - דיני השוכר וחיובו ופטורו ואם השאיל או השכיר

סעיף א

ב"מ צג. ועוד "תניא שוכר כשומר חנם דברי רבי מאיר, רבי יהודה אומר כשומר שכר", וז"ל השו"ע כרבי יהודה "השוכר מחבירו בהמה או כלים (גר"א: ר"ל אע"ג דלא כתיב בקרא אלא בהמה, וזה כלשון המשנה בריש המפקיד), דינו כשומר שכר, להתחייב בגניבה ואבידה וליפטר מאונסין", וביאר הסמ"ע (א) דאע"ג דיהיב ליה שכר פעולתו מ"מ בהנאתו שנהנה ממנה נעשה שומר שכר, ואי לאו דיהיב שכר ה"ל חייב באונסין כשואל.

סעיף ב (עם סימן שמ.ד)

השואל בהמה ממתי חייב באונסין ובמזונותיה? וממתי המשאיל לא יכול לחזור בו?

ממתי אדם השוכר חפץ מחבירו מתחייב בשמירת החפץ ובתשלומים?

מאימתי חלים דיני שמירה על שומר חנם, שומר שכר, ושואל?

מה הדין בשכר או שאל חפץ מחבירו ועשה קנין המועיל לשכירות או לשאלה ואח"כ התחרט השוכר או השואל וחזר בו מהשכירות או מהשאלה, והבעלים מחל לו והסכים לבטל את השכירות או השאלה, והחפץ נגנב או אבד לפני שהגיע לידי הבעלים, האם מועיל מחילה והשוכר או השואל פטורים?

ב"מ צט. "אמר רב הונא השואל קרדום מחבירו בקע בו קנאו ולא מצי משאיל למהדר לא בקע בו לא קנאו ומצי משאיל הדר ביה ופליגא דרבי אלעזר דאמר כדרך שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרים".

וז"ל **השו"ע** (ב) כלשון **הרמב"ם** כר"א דתניא כוותיה "יכולין המשכיר והשוכר לחזור בהם, עד שימשוך או שיעשה אחד מדרכי הקנין, וכן אינו מתחייב בגניבה ואבידה, עד שיעשה אחד מדרכי הקנייה (דס"ל דקאי ר"א אחרת המשכיר או השוכר וגם אחריות השמירה שאינו מתחייב עליה, **סמ"ע**). וי"א (**תוס'** **ורא"ש**) שמשסילק הבעל שמירתו מעליה מדעת השומר נתחייב בשמירתה (דמשיכה בשומרין אינו אלא לחזרה דמשאיל ומשכיר, דאיתא בדף פ' דהנח לפני הוי שומר חנם והוא הדין שומר שכר בגניבה ואבידה וכן בשואל, וכן משמע לישנא דקאמר ופליגא דרבי אלעזר משמע דפליג ארב הונא דאיירי בחזרה וסברא גדולה לחלק בין חזרה לחיוב אונסין דלענין חזרה ברשות הבעלים קיימא כל זמן שלא עסק בה השומר דבר הקונה במקח וממכר אבל לענין חיוב אונסין מיד שסילק בעל הבהמה שמירתו מעליה מדעת השומר קמה ליה ברשות השומר לשמרה, **רא"ש**)".

וכ"פ **השו"ע** בסימן שמ"ד **כרמב"ם** "השואל בהמה חייב במזונותיה משעה שמשכה עד סוף ימי שאלתה" והרמ"א **כתוס'** וי"א דלא בענין משיכה, אלא מיד שנסתלקו הבעלים וע"ל ריש סימן רצ"א וש"ז", וביאר שם **הסמ"ע** (ט) דאע"ג דהמשאיל יכול לחזור בו כל זמן שלא משך הבהמה, מ"מ כיון דלא חזר בו ונסתלק הבעל משמירת הבהמה מחמת שקיבל השומר שמירתו עליו, נתחייב באונסין. כתב **הש"ך** (שמ"ט) דיכול המוחזק לומר קים לי כרמב"ם ובסימן רצא/ה כתב דהעיקר כרמב"ם.

הש"ך (שמ"ח) ציין לסימן ע"ב סק"ל שפסק שם דמי שהפקיד כלי אצל חבירו בין שהוא ש"ח או ש"ש ואח"כ נתן לו רשות להשתמש בו הוי שואל אע"פ שעדיין לא נשתמש בו.

כתב **הקצות** (שז"א) דנראה בטעמא דתוס' והרא"ש דנתחייבו השומרין תיכף משנסתלקו הבעלים משמירה דהו"ל דין פועל דמשהתחילו במלאכה הוי להו קנין וכמבואר בדף ע"ו ובטוש"ע סימן שלג"ד. עוד כתב דבנ"י כתב דאית דמפרשי דהא דתיקנו משיכה בשומרין היינו דוקא בשואל ושוכר דקנו גוף הדבר לדידהו מהני משיכה, אבל בשומר חנם ושומר שכר לא מהני משיכה כיון דלא קנו גוף הדבר, והרמב"ן סובר דמהני משיכה משום דהו"ל משיכה כמו התחילו במלאכה דהוי קנין אצל הפועלים ומשי"ה בשומר חנם ושומר שכר מהני משיכה, והקשה הקצות דא"כ למה לי משיכה הא פועלים משהתחילו במלאכה אינן צריכין לשום קנין וא"כ ה"נ משהתחילו לשמור ונסתלקו הבעלים משמירה ליהוי התחלה וכמ"ש בשיטת התוס', ואפשר דס"ל לרמב"ן דעיקר התחלה בשמירה מכי משכו לרשותן אבל כל זמן שלא משכו לרשותן לא הוי התחלת השמירה, והקצות ס"ל דמשיכה מהני בש"ח וש"ש אע"ג דלא קנו שום דבר, דהו"ל קנין להתחייב על החפץ באחריות כל שומר כדינו וכמו גנב וגזלן דקנו להתחייב באונסין מכי משכו אע"ג דלא קנו שום דבר.

עוד כתב **הקצות** (שמ"ה) דכללא דשואל שיהיה כל הנאה שלו והיכא דבעלים נהנין גם כן הו"ל דין שוכר ופטור מאונסין, וכתב דנראה דאפילו נתן השואל לבעלים פחות משהו פרוטה תו לא הוי עלה דין שואל כיון דגם הבעלים נהנין מיהת, ואע"ג דש"ש לא הוי בשכרו בפחות משהו פרוטה, מ"מ לגבי משאיל סגי לה בפחות משהו פרוטה כיון דהא לא הוי כל הנאה שלו.

כתב **הנתיבות** (שמ"ח ובפת"ש סק"ב) דבשואל שלא משך וגם לא היה סילוק שמירה ונשתמש בה כגון ששאל ספסל לישב עליו בחצר המשאיל ואצל המשאיל או ספר ללמוד ממנו ולמד ממנו בלא הגבהה ומשיכה ונאנס מידו י"ל דודאי חייב בזה, והביא וראיה מב"מ צ"ט דאמר רב הונא השואל קרדום מחבירו ביקע בו קנאו וביאר השיטה הא דמשיכה מחייב באונסין אף דלא תיקנו משיכה בשומרין מ"מ חייב באונסין משום דקבלת הנאה של השואל הוי ככסף ובהנאה זו מחייב עצמו באחריות והנאת שימוש הוי כקבלת כסף, ולפ"ז הנך דפליגי ארב הונא וס"ל דתיקנו משיכה בשומרין ס"ל דאפילו משיכה קונה, אבל ודאי דס"ל דביקוע ג"כ קונה, דלא מצינו שחולקין בזה ואפוש פלוגתא לא מפשינן, ועוד דלא אישתמיט שום פוסק לומר דלפעמים שואל אף שכבר שימש פטור מאונסין כגון שהוא ברשות המשאיל, אלא ודאי דכשימש חייב באונסין לכ"ע.

[עמש"כ המחבר דנשבע שבועת השומרים שמחמת מלאכה, הקשה **הקצות** (שמ"ו) דכיון דהמחבר (רצ"ד, ב) ס"ל דעיקר שבועה הוא שאינו ברשותו כאן א"צ לישבע זה כיון שהוא נכח בפנינו, והנתיבות (שמ"ט) כתב דלפמ"ש בסימן רצ"ד דשבועה דלא פשע בשעת היזק היא עיקר שבועה לכ"ע, לא קשה כלל, וגם בלאו הכי לא קשה, דהא הטעם שכתבו הפוסקים דשלא פשע הוא רק גלגול הוא מטעם דאחזוקי אינשי בפושעים לא מחזקינן, ובשואל דחייב באונסין והחשש הוא שמא נאנס, ודאי דשבועה אם מתה מחמת מלאכה היא עיקר שבועה].

סעיף ג

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע "ראובן שכר בית משמעון ונתן שם חטה, ומחמת שעמדה שם ימים הרבה נתקלקלו הכותלים ונפלו והזיקו לשמעון ולשכניו, אם היה ניכר וידוע קלקול הכותלים, והתרו בו לסלק החטה ולא סלקם, פושע הוא וחייב לשלם כל ההיזק", וביאר הסמ"ע (ג) דכיון דידע שהכותלים רעועים והתרה בו ה"ל לסלקו, ולא דמי לפורץ גדר בפני בהמת חבירו ונאבדה הבהמה דפטור מדיני אדם, דשם ההיזק בא לו ממילא, משא"כ כאן דההיזק נעשה מתבואתו דהוה כידו והזיק בגיריה דיליה, ובש"ך (א) כתב דמש"כ המחבר דפושע הוא לאו דווקא אלא גרע מפשיעה דגירי דיליה הוא והוי כמזיק בידים דאל"כ הא בקרקעות ובית אפילו פושע פטור כדלעיל סימן ש"א ולפ"ז הא דקאמר שכר בית משמעון לאו דווקא אלא ה"ה אחר שאינו שוכר אלא דאשמועינן אפילו בשכר דמסתמא שכרו לעשות בו מה שירצה חייב וכתב דבזה מיושב ג"כ קושיית הסמ"ע מפורץ גדר.

כתב ה^הנתיבות (א) דמש"כ 'התרו בו שכניו' תמוה דהא מבואר בסימן תט"ז ברמ"א גבי כותל שנפל לרשות הרבים דבעינן דוקא שהתרו בו בית דין, ואי מדמה ליה להא דמבואר שם דאם חפר בכותל וגרם להפילו, וה"נ מיירי בכה"ג דתחילת הנחת החטין היה עומד להפיל הכתלים כגון שהיו הכתלים רעועים שלא היו ראויים לעמוד בה ימים רבים, א"כ לא בעינן התראה כלל, וכתב דלכן נראה דהתרו בו לאו דוקא, וכן הוכיח מתשובת הרא"ש.

סעיף ד

כתב ה^הטור "כל דיני שומר שכר בשבועותיו ובתשלומין ובענין קניית הכפל נוהגים גם כן בשוכר וכשם שאין השומר שכר רשאי למסור לאחר כך אין השוכר רשאי להשכיר לאחר ואם השכיר לאחר חייב אפילו באונסין אלא אם כן יש לשני ראיה שיפטר בה הראשון (שלא שינה בה לעשות בה דבר שלא השכירה להכי, סמ"ע)", וכתב הב"י דזה פשוט ע"פ הנתבאר בסעי' א' דשוכר כנושא שכר, וז"ל השו"ע "אין השוכר בהמה או מטלטלים רשאי להשכיר לאחר, ואם השכיר לאחר דינו כדין ש"ש שמסר לשומר אחר שנתבאר בסימן רצ"א (סעי' כ"ו)".

סעיף ה

מה הדין בשומר חנם על חפץ, ומסרו מדעת הבעלים לשומר שכר לשמור ונגנב או שאבד, למי ישלם השומר שכר?

שוכר בית שביטח הבית בחברת ביטוח ושילם דמי הביטוח, ונשרף הבית, מי זוכה בדמי הביטוח?

משנה ב"מ לה: "השוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר ומתה כדרכה ישבע השוכר שמתה כדרכה והשואל ישלם לשוכר אמר רבי יוסי כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו אלא תחזור פרה לבעלים" ואיפסיקא בגמ' (לו:): הלכתא כרבי יוסי, וכתבו התוס' דטעמא דרבי יוסי משום דסבר דשוכר לא קני אלא בשבועה ומשכיר יאמר לו דל אנת ודל שבועתך ומשתעינא דינא בהדי שואל ואפילו אם יש עדים שמתה כדרכה דאין השוכר צריך לישבע מכל מקום לא קני לה אלא בהבאת עדים ויאמר לו אני פוטרך מהבאת עדים ואם המשכיר עצמו היה שם בשעה שמתה ביד שואל שרבי יוסי יודה לדברי רבנן דהתם ודאי קני לה במיתה גרידתא דהשתא אין השוכר צריך לעשות כלום, אולם דעת ה^הטור ברא"ש דאפילו אם המשכיר יודע שמתה כדרכה ואפילו מתה בפני המשכיר תחזור הפרה לבעלים וחייב לשלם למשכיר, דכתב הרא"ש דטעמא דרבי יוסי משום דחשיב שוכר כאלו השאילו בשליחות המשכיר הילכך דין המשכיר עם השואל כלומר דכיון דחשיב שוכר כאלו השאילו בשליחות המשכיר אם כן אפילו המשכיר יודע שמתה כדרכה לא הפסיד, וכ"ד הר"ן ברי"ף שלא כתב הרי"ף ההיא דפעמים שהבעלים משלמים כמה פרות לשוכר משמע דס"ל דאליבא דרבנן בלחוד איתמר אבל לרבי יוסי אפילו ידעו הבעלים שמסר אי אפשר שיעשה סחורה בפרתו של זה והיינו דקא מתמה כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של זה משום דס"ל שהשואל נכנס תחת השוכר והוי שומר של בעלים לגמרי, וכ"ד הרמב"ם דסתם וכנ"ל.

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "השוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר (סמ"ע): פי' אם עבר על ציווי חכמים והשאילה לאחר, ש"ך: לחנם דחק אלא מיירי בשנתן לו רשות להשאיל כשירצה והכי איתא בש"ס, ובפנ"מ ביאר דהסמ"ע בא אשמעינן דבכל מקום אף שעבר על ציווי חכמים לא הוי פשיעה והכא אינו חייב אלא מטעם כיצד הוא עושה סחורה בפרתו של זה) ומתה כדרכה או נאנסה, כיון שהשני חייב תחזור לבעלים הראשונים שאין הלה עושה סחורה בפרתו של זה. (רא"ש -) ואם אמר לשוכר אם תרצה תשאילנה ויהיה דינך עם השואל ויהיה דיני עמך אז ישלם השואל לשוכר (קמ"ל דלא אמרינן דכונתו היתה בזה במה שיהיה דינך עם השואל יהיה דיני עמך שתצטרך לחזור ליתן לי מה שתקבל ממנו, סמ"ע).

הסמ"ע (ו) והש"ך (ג) פסקו כרוב הרא' ודלא כתוס' דתחזור לבעלים אפילו אם המשכיר יודע שמתה כדרכה.

כתב הש"ך (ד) על דין המחבר ע"פ הרא"ש בסיפא דהשוכר פטור לשלם למשכיר כיון שמתה כדרכו כשידוע בעדים או ישבע שמתה כדרכה וה"ה אם השאלו השוכר למשכיר עצמו ומתה כדרכה אצל המשכיר חייב המשכיר לשלם לו ולהעמיד לו אחרת כל ימי השכירות ובין ששאל ממנו כמה פעמים ושכר ממנו כמה פעמים הדין כן כגון שהשכירה לו לק' יום וחזר ושאלה ממנו לצ' יום וחזר והשכירה לו לפ' יום וחזר ושאלה ממנו לע' יום ומתה כדרכה משלם פרה א' לשוכר ומחויב להעמיד לו א' לעשות בה כידכן הוא בגמ' וכתב הרא"ש דנ"מ לרבי יוסי היכא דא"ל יהא דינך עם השואל כו'. הקצות (ב) כתב לבאר בדין זה דהרא"ש דהו"ל כאומר קני פרה זו שתשאיל אותה ושיהיה דינך עם השואל, אבל אם אינו על דרך קני פרה לא מצי למימר תשאילנה ויהי דינך עם השואל דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, אלא צ"ל דהוא על דרך קני פרה זו דהו"ל כמו דקל לפירות, ואע"ג דפרה לכפילא לא מהני כמבואר בתוס' (ב"מ ל"ג) היינו משום דאיכא מי יימר טובא. עמשי"כ הש"ך דלפעמים הבעלים משלמים כמה פרות כתב ה**נתיבות** (ג) דקשה דהא כשהשואל משלם דמי פרה שמתה מנכה דמי שיווי הימים שהיתה שאולה אצלו ולפי"ז אם שכר ממנו פרה השה מנה על ק' יום ודמי ק' יום שוין עשרה זהובים, ואח"כ השאילה ממנו על צ' יום, כשמתה אינו מנכה לו רק אותן העשרה ימים דהיינו דינר אחד ומשלם לו צ"ט זהובים, ומה ענין תשלומי פרות הרבה, ולכן ביאר דאף דבעד מיתת הפרה יכול לשלם מעות או מטלטלין מ"מ בעד הפרה ששכר ממנו, כששכר ממנו פרה סתם מחויב להעמיד לו פרה כמבואר בסמ"ע ש"י, ולכך יכול השוכר לומר אם שכר ממנו פרה השה מאה והשאילה על ק' יום ששוין עשרה זהובים, אין רצוני לקבל ממך רק מעות או פרה השה צ' בעד גוף הפרה שמתה, ואז אף שמסלק לו פרה בעד הצ' זהובים נעשית פרה זו של השוכר, והוא צריך להעמיד לו פרה משלו על העשרה ימים שהיא שכורה אצלו, וזהו בפרה סתם, אבל אם שכר ממנו פרה זו לא שייך דין זה כלל, רק מנכין דמי שיווי ימי השאלה אצל הבעלים והמותר משלם לו במעות או במטלטלין.

כתב הפת"ש (א) בשם הריטב"א דהמשנה איירי בשוכר מיהו ש"ח או ש"ש שאין לו רשות להשתמש בפקדון והשכירו או השאלו, חייב באונסין כדין שולח יד בפקדון, והביאו הב"י לקמן סימן שמ"ב ובש"ך שם סק"ג. עוד כתב דבשבו"י נשאל באחד שנתן שורו לש"ח וש"ח מסרו לש"ש ונגנב או אבד, והשיב דיש לפשוט זה מהמשנה דנקט השוכר וכו' ואמאי לא נקט בכה"ג, נהי דלא מצי למינקט בנתן לשומר חנם ושומר חנם מסרה לשוכר או שנתן מתחילה לשומר שכר והוא השאילה, משום דבכה"ג הוי פשיעה גמורה שהשכירה או השאילה לעשות בה מלאכה, וחייבים אפילו באונסין (וכנ"ל בריטב"א והב"י), אבל אכתי קשה אמאי לא נקטה המתניתין בשומר חנם שמסר לש"ש ונגנב, אלא ודאי דמשו"ה תני שוכר ושואל דבזה דוקא פליג ר' יוסי לומר איך הלה עושה סחורה כו', אבל בשומר חנם שמסר לשומר שכר שהוא נותן מכיסו שכר לשומר שכר לשמור שמירה מעולה יותר כדין שומר שכר דאלים שמירתו, גם ר' יוסי מודה וזה מיקרי עושה סחורה בממון של עצמו ובזה בודאי מקנה לו הפרה והיא שלו, ותמה עליו הפת"ש שכתב כן בפשיטות ולא זכר דברי התוס' והשיטה הסוברים להדיא דגם בכה"ג פליגי רבנן ורבי יוסי והלכה כרבי יוסי, ועוד הביא שכתב בשיטה דדעת מהר"י כ"ץ דבעלים לא משלמי לשומר חנם השכר שנתן לשומר שכר אע"ג דעלייה לשמירתו דשומר שכר שומר טפי דחייב בגניבה ואבידה אפ"ה פטורין הבעלים, ולא דמי ליורד לתוך שדה חבירו דנותן לו דמי הוצאה, דהתם תקנתו דבעל שדה עביד, אבל הכא לא עלייה לשמירה בעבור הבעלים כי אם בשביל עצמו שהיה לו טורח לשומר, וע"כ פטורין הבעלים [ומשמע דאפילו אם נגנב מהשומר שכר דמרויחין הבעלים ממון על ידו אפ"ה פטורין], אבל ה"ר מאיר מסרקסטה סבר דאף שלא נגנב או נאבד אצל השומר שכר ג"כ חייב בעל הבית לשלם השכר כיון דעלייה לשמירתו וזימנין דמרויח איהו בהכי וכמאן דאוגריה ברשות דמי,

ובספר **דברי חיים** העיר על שיטתו דמשמע דאף בלא נאבד או נגנב אצל השומר שכר ג"כ חייבים הבעלים לשלם השכר, דזה ודאי צ"ע כיון דלא השביח לו רק עלייה לשמירה, ולא עדיף ממבריה ארי.

כתב **הפתחי חושן** (ד,ו,יט) "השוכר שביטח את הבית על חשבונו, שלא בציווי המשכיר, ונפל או נשרף, נראה דעת רוב הפוסקים שהפיצוי שמקבל מחברת הביטוח שייך לו ולא למשכיר, ויש אומרים שחולקים ביניהם", וביאר בהערה דשאלה זו נידונה בספרי האחרונים בכמה צדדים, ונידון בתחילה בשואל **ומשיב בשוכר שביטח הבית המושכר לו ותבע מהמשכיר שיחזיר לו והמשכיר הבטיח לתת לו** אך דחהו בלך ושוב ולבסוף נשרף, וכתב לשני הצדדים, דמצד אחד יש לזכות השוכר¹. דכל זמן שלא נתן לו לא זכה בבטוח² ואפילו אם נאמר שהשוכר נתכוין לזכות למשכיר ה"ז כשליח שקנה במעותיו שיכול לחזור בו כמבואר ברמ"א (קפג/ד) ובנדון דידן שלא עשאו שליח אפילו רמאי לא הוה,³ ועוד במה זכה המשכיר. מאידך כתב לזכות המשכיר¹ משום שמעיקר הדין אינו יכול לתבוע מהמשכיר שיחזיר לו דמי הבטוח, שאינו אלא כמבריה ארי מנכסי חברו וגם השוכר נהנה שדר בבית מבוטח שמעמידה חברת הבטוח שומרים² ונתרצה להקנות לו מה שיקבל מחברת הבטוח, ומכח ספק העלה השו"מ שיש לפשר ביניהם ושני שלישי יקבל המשכיר ואם הפיצוי יעלה יותר משווי הבית יחלקו ביניהם, וכתב הפתחי חושן דהיינו דוקא כשנתכוין כשעשה הבטוח גם לבקש ממנו וגם הסכים המשכיר לבסוף לתת לו, ובאור **שמח** (שכירות ה,ו) הביא ראיה מסוגיה דידן מר' יוסי כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו אף על פי שמה שהשאילה לאחר בא לו מכח השכר ששילם לבעלים, וה"נ שייך הפיצוי לבעלים, אך לאידך גיסא⁴ יש לומר דלא דמי, דשאני בהך דר' יוסי שכשהשאילה לאחר לא נתכוין לזכות בדמיה כשתמות, והמיתה לא במכוון בא ועוד וכי זה יהיב דמי וזה זכי, ונראה שלזה נטה לזכות השוכר, ואח"כ הביא דעת השואל ומשיב שכתב לפשר וזה משום סברא הנ"ל האם לדמות לדר' יוסי.² **המהר"ש ענגיל** (ו,קג, בפסקי המשפט) כתב לא דמי כלל להך בר' יוסי שהתשלומים הם מדיני שומרים ותמורת גוף הפרה של משכיר, משא"כ בבטוח שאין בו דיני שמירה, כי אם התחייבות לפצות במקרה של נזק, תמורת דמי הבטוח שמשלמים ואיזה זכות יש למשכיר בזה,³ ובתשורת ש"י (סימן קו, שם) כתב לחלק דתשלום הביטוח אינו קשור בגוף הבית אלא תמורת דמי הבטוח והמשלם דמי הבטוח זוכה בפיצוי, וכעין חילוק ב' כתב בפסקי המשפט בשם **מנחת פתים** לזכות את השוכר, שלא שייך לומר 'כיצד הלה' וכו' אלא כשהתשלומים הם עבור גוף החפץ של הבעלים משא"כ בנידו"ד שחברת הביטוח מעולם לא קיבלה את הנכס לשמור עליו אלא שהם מתנים הם המשלם ובכל הנכס לאו בעל דברים. עוד הוסיף הפתחי חושן דנראה שאם אמר המשכיר לשוכר שיבטח את הבית על חשבונו, אף על פי שעדיין לא נתן לו, ואפילו תבעו ודחהו בלך ושוב, לכו"ע זכה המשכיר בבטוח, משום שנעשה שלוחו והמעות חוב עליו, ואע"פ שהבטוח נרשם ע"ש השוכר חייב השוכר להחזירו למשכיר, וכן אם נתכוין מתחלה לזכות לטובת המשכיר ויכול להוציא ממנו בדין מה ששילם לחברת הבטוח.

עוד כתב הפתחי חושן לדון במקרה שהאחד משלם דמי הבטוח והשני זוכה בפיצוי כגון בנדון השו"מ והא"ש, אם צריך המשכיר להחזיר לשוכר דמי הבטוח ששילם, ותלה בתחילה במח' מהר"י כהן צדק ור"מ מסרקסטה, אך כתב אח"כ דאמנם אפשר שאף מהר"י כץ לא פטרו אלא כשלא נהנה אבל כשבא לידי כך שנהנה מהתשלומים ממש, חייב, שהרי גם כאן יש סברא לומר כיצד הלה עושה סחורה בדמי השומר, אבל בפתי"ש (סימן רצג) כתב שאף אם נהנה אינו צריך ליתן השכר ובדברי חיים נראה שמחלק שאם נהנה חייב לשלם ואם לא נהנה אין זה אלא כמבריה ארי מנכסי חברו שפטור מלשלם וכתב דמעתה נראה שאף לסברת מהר"י כץ יש לחייב את הנהנה לשלם דמי הבטוח, שהרי עיקר טעמו לפטור את הבעלים משום שהשומר עשה לטובת עצמו, ובנ"ד לא שייך סברא זו, עיי"ש.

המשכיר בית, והשוכר קיבל אחריות על שריפה, והמשכיר עשה ביטוח נגד שריפות, ונשרף הבית, האם השוכר חייב לשלם אף על פי שהביטוח משלם למשכיר?

כתב **האור שמח** (שכירות ז,א) "נשאלתי באחד ששכר בית מחבירו וקיבל עליו אחריות מדליקה ואח"כ הלך המשכיר והבטיח ביתו בחברת האחריות, ונשרפה הבית, מי מצוי השוכר לומר כיון דלית לך פסידא, דדמי ביתך את נוטל מן החברה, אדעתא דא לא קבלתי אחריות" וכתב דיש לומר דהשוכר חייב דכמו כן שנינו בב"ק קט"ז במשנה דשטף נהר חמורו וחמור חברו וכו' דמצי אמר ליה מאי איכפת לך במה דמשמיא רחימו עלי, כ"ש כאן, שע"י מה שנתן שכר קצבתו לחברת האחריות הרויח בתשלומי ביתו ודאי דבזה לא נפטר השוכר מתשלומי אחריות שקבל עליו, וכתב גדולה מזו מצאנו בסוגיה דידן ב"מ

ל"ה גבי השוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר והבעלים משלם לשוכר דמוכח בסוגיא דפעמים בעלים משלמין כמה פרות לשוכר ולא מצי שמעון לומר אילו הוי קיימא הך פרה הלא לא היתה חוזרת לך רק לעשרה ימים של שכירותך, והשתא הא אית לך פרה חלוטה לעולם מן לוי השואל, שמשלם לך עבור מה שקיבל אחריות אונסין, ולמה אנא מחייבנא לאוקמי לך פרה לעשרה ימים, ועל כרחין דא"ל פרה אגירנא מאתך והיא מתה וחייב אתה להעמיד לי פרה אחרת, כדין כל שוכר פרה סתם ומה דלוי משלם לי פרה בשביל חיוב שאלתו הוא פרה דאתא לי מעלמא, ואנא ממצנינא לי מעלמא בשביל שנתתי לו זכות שכירותי בפרה לצ' יום חיוב אחריות אונסין, ומה איכפת לך במה דעבידנא, לגבי דילך הוי כמו דלא שאילנא ללוי ומתה אצלי, כן הכא, מצי אמר אילו לא הוינא יהיבנא זוזי לחברת האחריות והיה נשרף, הלא היית חייב באחריות אונסי הבית, מה איכפת לך במה דרויתנא בהדי זוזאי, אף על גב דלולא הבית לא היה נוטל הדמים מן החברה, כן תמן לולא הפרה של המשכיר לא היה לו לראובן דמים מן לוי השואל, ובכ"ז איהו חייב לאוקמי פרה למלאות שכירותו.

גם **במשפטיך ליעקב** (ב,לב) דן בשאלה זו והקשה על ראית האו"ש מסוגיין דכל דין הנ"ל רק לת"ק דמשנה ועוד דיש מקום לחלק בין חיוב שומרים להתחייבות דבהתחייבות מצי למימר דאדעתא דהכי לא התחייבתי משא"כ חיוב שחייבתו תורה לא שייך לחלק בכה"ג, וסברתו 'מה אכפת לך במאי דעבידנא' הינה סברא העומדת בפני עצמה אך אין להביא לה ראיה מהגמ' הנ"ל, ובשם מהרש"ם (ד,ז) כתב במזיק שורף לחייבו לשלם אף שיש ביטוח דמה לו לשורף בזה הביטוח ופשוט מסברא.

בפסקי המשפט (אות ד) כתב שבשו"ת **קנין תורה** (ב,צד) חלק על האו"ש ואין השוכר חייב לשלם על הנזק דעל דעת זה שהביטוח משלם הכל לא קיבל על עצמו אחריות, ובאבן ישראל (ח,צב) הוסיף שאולם אם בשעת השכירות עדיין לא היה החפץ מבוטח חייב השוכר והסכים עם המנח"י (ג,קכו) שאם מנהג המדינה שלא תובעים אזי פטור "והמקור לזה היא בשכירות פועלים דהכל כמנהג המדינה (ע"י חו"מ סי' של"א) וע"כ אם יש לברר שכן מנהג המדינה של רובא דרובא, שאין מקפידים בזה לבקש אחריות אונסים בכה"ג".

סעיף ו (עם סימן שמ סע' ב' ו-ד')

מה הדין שכר פרה ונולד בה מכה בפשיעת השומר שלא מחמת מלאכה וסוף המכה להבריא?

ראובן שכר פרה משמעון ונולדה בפרה מכה שסופה להתרפאות בפשיעתו או שלא בפשיעתו האם חייב לשלם? מה הדין בשואל פרה במקרה הנ"ל?

שכר את חמור חבירו ונאנס מלהשיבו, האם יש לחייבו מדין 'שבת'? (וראה שי'ג)

כחשה הבהמה מחמת חוסר מזון, או מלאכה, האם חייב השואל לשלם הפחת?

ע"פ **תוס'** גיטין מ"ב ע"ב והרא"ש (ב"מ ח,ד) כתב **השו"ע** (ו) "השוכר פרה מחבירו ונולדה בה מכה בפשיעת השוכר שלא מחמת מלאכה (כגון ששינה, טור), י"א (חכמי צרפת) שהוא פטור משלם, כיון שסופה להתרפאות מאותה מכה לא הוי אלא שבת ואין שבת בבהמה, לפיכך אם מתבטלת כמה ימים פטור כיון שסופה להתרפאות (דאביי ורבא פליגי בפרק החובל גבי הכהו על ידו וסופה לחזור אביי אמר נותן לו שבת גדולה ושבת קטנה ורבא אמר אינו נותן לו אלא שבתו שבכל יום ויום, דאביי חשיב ליה נזק כיון דאפחתיה מכספיה ורבא לא חשיב ליה נזק כיון דסופו לחזור, וא"כ הכא דהוה אדם בשור פטור, דאדם בשור לא משלם אלא נזק אבל לא שבת, ולדבריהם כחש בשר מחמת מלאכה דשמעתין איירי בכחשא דלא הדר דאי בכחשא דהדר אפילו שלא מחמת מלאכה נמי פטור דהוה ליה שבת). ויש (ר' חיים) מחייבים (דדוקא באדם לא מחשבינן מכה שסופה להתרפאות אלא שבת לפי שאינו עומד למכור הלכך לא אפחת ליה מכספיה, אבל בהמה שכל שעה עומדת למכור ואם בא למוכרה ודאי תשוה פחות מחמת מכה זו, חשיב נזק וחייב)" וכתב הרמ"א "והסברא הראשונה נראה עיקר".

כתב רע"א ע"פ הב"ח דכל זה ה"ה בש"ח שנפלה הבהמה בפשיעה ונולדה בה מכה.

בהלכות שאלה פסק ה**שו"ע** (שמ"ב) כחכמי צרפת "נכחש הבשר מאליו וסופו לחזור פטור, אבל אם נכחשה מאליה ומתה אחר כך, שהוא חייב לשלם, כיון שאינה בעין משלם כמו שהיתה בשעת שאלה", ובסעי' ד כתב "ואם כחש בשרה כחשא דלא הדר, חייב לשלם מה שפחתה בדמים, ואם היה הכחש מחמת מלאכה, פטור, וישבע שבועת השומרים שמחמת מלאכה כחשה".

כתב ה**סמ"ע** (שז, י שמ"ו) דנראה דפסק הרמ"א כן משום דהטור בעצמו סתם בריש סימן ש"מ בנכחש בשר בהמה וסופו לחזור דפטור ממנו השואל וס"ל דחדא באידך תליא וכ"כ רש"ל וכן נראה בב"י שהביא על דברי הטור שם אותה פלוגתא, אולם אינו נראה דהא כתב הטור כאן דעת המחייבין לבסוף ואיך יסתום בריש סימן ש"מ דפטור בכה"ג, אלא בסימן ש"מ איירי בנכחש הבשר 'מאליו' שאני, ואע"ג דשם בשואל איירי דחייב אפילו באונסין ובהיזק דאתיא מאליו, מ"מ בכה"ג דחוזר לבריאותו לא מיקרי אלא שבת דפטור בבהמה. הש"ך (ה) השיג דאין לחלק דאידי ואידי שבת הוא, וכתב דדעת המהר"מ במרדכי כדעת ה"ר חיים דחייב וצ"ע לדינא דכבר ידוע שקשה לחלוק על דברי מהר"מ וכן הכריע רש"ל וכ"פ פסקי התוס' וסיים דע"כ נראה דהוי ספיקא דדינא והממע"ה. הקצות (שז, ג) הוכיח מדברי התוס' בב"ק נ"ו כר' חיים דבשומרין מתחייבין בכחש דהדר, ובסימן שמ (ב) כתב ל**שב הסמ"ע** דשפיר יש לחלק בין היזק דממילא דאפילו לדעת מי שאומר דהו"ל נזק מ"מ כיון דכחש דהדר לאו שינוי הוא ואפילו גנב וגזלן מצי אמרי הרי שלך לפניך. ה**נתיבות** (שמ"ג) כתב דמסתברא דעת החולקים דבשלמא אדם באדם דילפינן תשלומי נזק מקרא דיד ביד ושם יש חסרון אבר, משא"כ נזק דבהמה דילפינן מקרא דמכה בהמה ישלמנה דמשמע בהכאה בעלמא אף בלא חסרון משלם נזק.

כתב ה**שב"י** (פ**ת"ש** שז, ג) שפסק כמה פעמים למעשה דאם הוציא הוצאות על הריפוי לרפאותה צריך השוכר להחזיר לו, שע"י כן מצילו מנזק שהיה צריך לשלם לו, ולענין שבת, אע"ג דאין להוציא שבת בבהמה הואיל והוא פלוגתא דרבוותא, מ"מ יש בכלל נזק לשלם מה שהבהמה אוכלת כל ימי חליה, שקודם שנעשה בה נזק היתה עושה ואוכלת, ועכשיו צריך להאכילה אף שאינה עושה וזה נזק גמור, אבל אין צריך לשלם מה שהיתה עושה יותר מפרנסתה, כי זה יקרא שבת ואין שבת בבהמה, וגם עיקר כ**סמ"ע** דהיכא דלא נכחש הבשר מאליו, שמין מה דאפחתה מכספה משא"כ בנכחש מאליו, והביאו בקצרה ר**ע"א**.

כתב ה**נתיבות** (שמ"ג) בטעם סיעת הפוטרים ברא' דאין שבת בבהמה, דקשה, כיון דפירות בני מכירה נינהו דהא יכול למכור שדהו ובהמתו לפירות, וכשמזיקו שאינו יכול למכרו לזה היזק ממון גמור הוא, ועוד, דאטו אם ישראל ישכור בית או בהמה לפירות על שתי שנים מהגוי בעד מאה זהובים ובא אחד ושרף הבית והמית הבהמה, יפטר מהתשלומין לישראל כיון דאין בו לישראל רק ביטול מלאכה ואין שבת בבהמה, ולכן נראה דטעמא דהנך פוסקים דפטרי, דמבואר לקמן בסימן ת"כ דנזק לא נקרא רק כשמחסרו אבר או אפילו חסרו עור שאינו חוזר שנעשה צלקת אז חייב בנזק, אבל כשאינו מחסרו שום דבר רק שסופו לחזור לקדמותו לגמרי לא נתחייב בנזק רק בדי דברים, וכיון דקיי"ל (ב"ק פ"ז) דשור אינו משלם אלא נזק ממילא פטור כשעשה היזק בדבר שאינו מחסר, ולכן דוקא כשסופו לחזור לקדמותו לגמרי בלי שום חסרון דאז לא חשיב נזק כמבואר בסימן ת"כ, אבל אם כשתחזור יחסר אפילו קצת מהעור שתעשה צלקת, חייב לשלם כל ההיזק, דהיינו במה שנזדלזלה מחמת חבלה אם ירצה למוכרה תיכף, ולכן מי ששכר בהמה מגוי ובא אחד והזיקה שאין השוכר יכול לעשות מלאכתו במשך הזמן של השכירות, חייב לשלם דמי שכירותו, ולענין הריפוי, כל שאי אפשר לחזור לקדמותה בלא ריפוי, בכלל נזק הוא ומחויב לשלם, אבל כל שאפשר לחזור לקדמותה בלא ריפוי רק שצריך ריפוי למהר רפואתה פטור, והמזונות, בזמן שאין יכולה לעשות ולאכול, מחויב השומר לשלם.

סניף ז

ע"פ הירוש' הביאוהו רי"ף רמב"ם ורא"ש פסק בשו"ע "אין אדם רשאי לדוש בפרתו ערבית ולהשכירה שחרית".

סימן שח – השוכר בהמה לרכוב עליה וכמה יטעון עליה

סעיפים א. ב. ה (עם סימן שט/ג.)

השוכר רכב להובלות והטעין עליו יותר מהמשקל המותר והרכב ניזק, מה דין השוכר? פרט.

ע"פ ברייתא ב"מ עט: פסק בשו"ע וכלשון הרמב"ם (א) השוכר בהמה לרכוב עליה איש לא ירכיב עליה אשה (שהיא כבדה יותר, ריטב"א וכן משמע בגמ', סמ"ע) {וה"ה (וכל שכן) לעכו"ם (מרדכי, דסתם גוי אינו מקפיד על ממונו של ישראל, סמ"ע)}. מיהו י"א (רשב"א) דוקא לכתחלה אבל אם עבר והרכיב עליה אשה אע"ג שניזוקה הבהמה אינו חייב לשלם (דלאו פשיעה מיקרי דאם א"ל לרכוב אשה היה ג"כ משכירה לו אלא שהיה צריך להוסיף מה בשכירותו, גם זה יוסיף בשכירות כדלקמן ופטור מאונסין, סמ"ע), ויש חולקין (ה"ה ברמב"ם דסעי' ה' במחבר לקמן) ולכ"ע אם מנהג המקום להתייקר ברכיבת הנשים, צריך להוסיף לו כפי המנהג (מ"מ בשם הרשב"א). לרכוב עליה אשה, ירכיב עליה איש", ובסעי' ה' פסק כלשון הרמב"ם ע"פ ב"מ פ' (במשנה וגמ' וכן הוא ברש"י לקמן בסעי' ז') "השוכר את הבהמה לשאת עליה משקל ידוע והוסיף על משאו, אם הוסיף חלק משלשים על השיעור שפסק עמו ומתה חייב, פחות מכאן פטור, אבל נותן הוא שכר התוספת {וע"ל סי' שלי"ה ס"א}."

ז"ל השו"ע בסימן שט (ג) ע"פ תשובת הרא"ש "השכיר בהמתו לילך בה למקום פלוני ולהחזירה למחר, והלך השוכר עליה למקום ההוא והחזירה בו ביום, ונתרעם המשכיר לזקני העיר על אשר הוליכה והביאה ביום אחד, ואמרו למשכיר לקבלה ולהשתדל ברפואתה, וכן עשה, ומתה לסוף ח' ימים, חייב השוכר כיון שפשע בה (אע"פ שיש בהמות שהולכות וחוזרות ביום א' זה שהתנה שיחזירה למחר מכיר כח בהמתו שאין בה כ"כ כח לילך ולחזור ביום אחד וזה ששינה פשע, ומ"מ המשכיר שמתה ברשותו צריך ליטען כדן שומר חנם שלא פשע בה במאכל ובמשתה ואם רכב עליה לא להשקותה אלא לצרכו הוי פשיעה מאחר שהיתה בחזקת חולה, רא"ש"י" וביאר הב"י (שט) דהרא"ש ס"ל כרמב"ם דלעיל ודלא כרמב"ן דס"ל דאם הוסיף על הדרך כגון ששכרה לה' מילין והלך י' מילין כיון שדרך כל חמור לילך י' מילין (או סיכמו משא חצי לתך והניח לתך כשאר חמורים) אם מתה דפטור אא"כ מתה ודאי מחמת המשאוי "והביא ראיה לזה אלא שאינה מכרחת".

עוד כתב הב"י בשם תלמידי הרשב"א דהיכא דאמר ליה משכיר שהוא משכירו לחצי לתך אם הוסיף על כך חייב דמוכחא מילתא שזה היה יודע שחמורו חלוש אבל אם אמר השוכר השכיר לי חמורך להביא עליו חצי לתך והשכירה לו סתם איפשר שאם הוסיף עד כדי משאו פטור, וכתב הב"י דדברי טעם הם ודברי הרא"ש בתשובה מסכימים לזה וגם דברי הרמב"ם יכולים להתפרש על פי דרך זה, וכ"פ הסמ"ע (יא) חילוק זה והרמב"ם והמחבר איירי דווקא שהמשכיר קצב עמו כמה יטעון עליה. כתב הש"ך (א) דכתבו הב"י והדרכ"מ דהיש חולקין דסעי' א' הוא הרא"ש בתשובה, ולפי"ז קצת קשה אמאי סתם הרב בסימן ש"ט כמחבר, אלא דיש לחלק דשאני התם כיון שהזכיר המשכיר שיחזיר למחר אם כן ה"ל למידק דידוע בבהמתו משא"כ הכא ששכרה איש סתם ואה"נ אלו שכרה סתם והמשכיר א"ל בפירוש אני משכירה לרכוב עליה איש חייב, וכ"כ תלמידי הרשב"א.

לגבי מש"כ המחבר ע"פ תשובת הרא"ש יש לציין לסמ"ע (שט,ה) שכתב דמש"כ המחבר שמונה ימים' זהו "לאו דוקא אלא שהמעשה כך היה ועיין בטור" (ובטור כתב "ועד אימתי חייב לשלם אם תמות אפילו לסוף חצי שנה.. תשובה.. וכיון שמתה לסוף שמונה ימים יש הוכחה גדולה שמתה מחמת ששינה ואם היתה חיה יותר צריך להראות בהמתו בכל יום לעדים והם יראו שמתנוונה והולכת"), וכתב ה^נתיבות (שט,ב) דכוונת הסמ"ע דה"ה אם היה יותר מח' ימים ויש הוכחה שמחמת השינוי מתה, דבהדיא כתבו הרא"ש והטור דבעינן הוכחה, והא דפטור בליכא הוכחה, ולא אמרינן כיון דאי אפשר לידע אם מחמת הפשיעה מתה או לא הוי מתוך שאינו יכול ליטען משלם, כיון דלא הוה ליה למידע, לא אמרינן מתוך שאינו יכול ליטען משלם, ולכך כתב הרא"ש דביותר מח' ימים על המשכיר להראות לעדים אם מתנוונה והולכת, והוא מטעם כיון דברשות המשכיר היא ולא הוה ליה לשוכר למידע, משו"ה לא אמרינן גביה מתוך שאינו יכול ליטען משלם.

הקצות (א) כתב דנראה דלא כרב המגיד והב"י, ודעת הרא"ש כרמב"ן דהרמב"ן לא פטר בודאי מתה מחמת משא וא"כ דברי הרא"ש אינו סותרו, דהא שם בתשובת הרא"ש במתה ודאי מחמת משא

מיירי דיש הוכחה שמחמת שינוי הדרכים הוא שמתה ובוזה גם לרמב"ן חייב, ולא כתב הרמב"ן אלא במתה כדרכה הוא דפטור אע"ג דהוסיף במשא ממה שהתנה לא חשיב גולן ושולח יד בכך להתחייב באונסין, אבל בידוע שמחמת השינוי מתה ודאי חייב, ולפי דמשמע מדברי הרמב"ם שכתב בהוסיף על משאו ומתה חייב ולשון ומתה משמע אפילו מתה כדרכה, ובוזה הוא דכתב הרב המגיד דהרמב"ן חולק, אבל אם ידוע בהוכחה שמחמת שינוי מתה גם הרמב"ן מודה דחייב, **והנתיבות (א) חלק דדעת הרא"ש דאפילו ליכא הוכחה חייב**, והא שכתב הרא"ש דאיכא הוכחה היינו משום דשם מתה אחר חזרה ויש לומר דהמשכיר המיתה אחר חזרה באכילה ובסמים, ולכך כתב דאיכא הוכחה שמחמת החולי שאירע לה בעודה בידו מתה, וכן המחבר שהעתיק דינו בסימן ש"ט לא כתב שיש הוכחה, **ומהרשב"א מוכח דאפילו מתה ודאי מחמת מלאכה פטור**, כיון דאיכא אומדנא דודאי היה משכירו אם היה אומר לו מתחילה לאשה ולכך הוצרך הבי"י לחילוק שלו. עוד כתב דנראה דאפילו הרא"ש שמחייב, לא מחייב רק במתה מחמת מלאכה, ואף שאינו ידוע בודאי אי מתה מחמת מלאכה זו, מ"מ חייב כל שיש לתלות שאפשר מחמת שמלאכה זו כבידה הוזקה, כמו בהולכה בהר והולכה בבקעה דכשאייר המקום ההוא משונה דתולין באויר ההר, אף שבשומר אין תולין, מ"מ נגד שוכר למלאכה נחשב שינוי זה לפשיעה כשיש לתלות באיזה דבר, וה"נ כבידות מלאכה זו כשינוי אויר דהולכה בהר דמי, אבל באונסין אחרים כגון הכישה נחש פטור, דלא חשבינן ליה לשולח יד, דלא גרע מלוקח חמור העומד להשכיר דלא הוי גולן ופטור מאונסין כמבואר בהג"ה סוף סימן זה, אבל בפחת שיש לתלות שנעשה מחמת מלאכה חייב כמבואר בסימן שס"ג ודעת הרשב"א הפוסק ס"ל דאפילו בפחת שמחמת מלאכה פטור, דדוקא שלא מדעת רצה פחתה נוטל, אבל אם השכירה רק ששינה למלאכה כבידה, כל שאין גילוי דעת מהמשכיר שרוצה דוקא למלאכה זו, הוי כאומדנא דמוכח שאילו היה אומר לו מתחילה למלאכה כבידה היה ג"כ משכירה, וכשוכר מדעת דמי, ואפילו מתה מחמת מלאכה פטור, וגבי הולכה בהר ג"כ מיירי שהמשכיר גילה דעתו שמשכירה להולכה בהר וכמש"כ הש"ך סק"א.

ע"פ הברייתא שם פסק בשו"ע (ב) "שכרה לרכוב עליה אשה, מרכיב עליה כל אשה, בין גדולה בין קטנה, ואפי' מעוברת ומניקה (אפילו תרווייהו אית בה, סמ"ע)".

כתב הטור בדעת הרמ"ה "שהשוכר בהמה למשא ידוע אינו יכול לשנות וליתן עליו משא אחר אפילו אינו כבד ממנו כדאמרינן לקמן גבי ספינה זו ויין זה (והוי כמו שאסור השוכר רשאי להשכיר בב"מ כ"ט, ב"י, ולמד כן מדחזינן בשקלא וטריא דברייתא ע"ט דאומר ספינה זו או יין זה הוי קפידא ואינו יכול ליתן לו אחר כמבואר בסימן שיא, ב"י שי"א), אבל י"א שיכול לשנותו ובלבד שלא יהא כבד יותר וכן דעת א"א הרא"ש (וכן דעת הרמב"ן דודאי בעלמא יכול לשנות דמה לי יין זה שהתנה או אחר אלא שמצאה כאן מקום קפידא לנוח ונחה, ב"י שי"א)", והש"ך (ב) כתב שכ"כ עוד ראי' וכ"פ הלבוש והסמ"ע לקמן סימן שי"א בסתם ודלא כרמ"ה, וחלק גם על המשך הרמ"ה לשיטתו הסובר דדוקא ששכרה לאשה סתמא אבל שכרה לאשה זו אינו רשאי לשנותה לאשה אחרת, אך הסכים (ג) למש"כ הרמ"ה דדוקא כשהשוכר או הבעלים הולכים עמם דאלי"כ אפילו מכבד לקל לא ישנה שאין השוכר רשאי להשכיר, אך הוסיף דאם הוא אחד מבני ביתו יכול לשנות אפילו אינו הולך עמה דכל המפקיד ע"ד אשתו ובניו מפקיד.

רע"א כתב ע"פ הרמ"ה דגם לדבריו אם שכרה האשה לעצמה כגון שאמרה לו השכיר לי בהמתך שלא הוצרך השוכר לומר לפלונית זו אז יכולה לשנותה ובלבד שלא תהא כבדה ממנה.

כתב בפסקי המשפט (שט,א) דהשוכר רכב רגיל המתאים לנסיעה בלבד והעמיס עליו משאות בצורה שרגילים להשתמש ברכב מסחרי, נחשב לשינוי מתנאי השכירות אע"פ שלא סיכמו על כך במפורש וחייב על כל אונס והוי כדן הכא דשוכר בהמה לשאת עליה משקל ידוע והוסיף שאם מתה חייב.

[בענין מי שהעמיס במעלית יותר מהמשקל המותר, כתב בחשוקי חמד (בי"ק צא.) דלכ"ע פטור לא מבעיא לשיטת הרמב"ן וכדבריו כתבו הקצוה"ח והגר"א, שאם דרך המעליות שיכולות לסבול יותר, אי אפשר לחייב את הנושא, אלא אפילו לדעת הרמב"ם יהיה פטור, כי בשותפים הגרים יחד, אין שייך לומר דהוי שליחות יד, דכל אחד מהם בשלו משתמש, ולכן יש לאמוד את המעלית, אם המעלית יכולה לשאת משא כזה, אעפ"י שהדייר עשה שלא כדן בזה שהעמיס יותר מהמותר, בכל זאת כיון שאין זו סיבה מספקת לשבור את המעלית ולהזיקה, הרי זה בגדר אונס, ויש מקום לפוטרו].

סעיף ג

ע"פ ברייתא ב"מ עט: וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "השוכר את החמור לרכוב עליה, יש לו להניח עליה כסותו ולגיניו ומזונותיו של אותו הדרך, לפי שאין דרך השוכר לחזור בכל מלון ומלון לקנות מזונות. יתר על זה, הרי מעכב עליו בעל החמור, וכן יש לבעל החמור להניח עליה שעורים ותבן ומזונות של אותו היום, יתר על זה השוכר מעכב עליו, מפני שאפשר לו לקנות בכל מלון ומלון, לפיכך אם אין שם מאין יקנה, מניח עליו מזונותיו ומזונות בהמתו של כל אותה הדרך (סמ"ע: לשון הטור אינה כן אלא ואם אינו מצוי לקנות בכל מלון ומלון ומשמעותו דבעינן שיהא מצוי בכל מלון ומלון, הא אם אין מצוי בכל מלון אף שבקצתן יש מניח עליו), (רמב"ם -) וכל אלו הדברים בשוכר סתם, ובמקום שאין מנהג ידוע, אבל במקום שיש מנהג, הכל לפי מנהגו".

כתב ה^{נתיבות} (ב) דבדיעבד אם הוסיף נראה דתליא בפלוגתא שהביא הרמ"א בסע' א'.

סעיף ד

משנה ב"מ פ. "השוכר את החמור להביא עליה חטים והביא עליה שעורים תבואה והביא תבן חייב מפני שהנפח קשה למשאוי", ובגמ' "אביי אמר קשה כמשאוי תנן נפחא כי תקלא ואי מוסיף ג' קבין חייב, רבא אמר קשה למשאוי תנן תקלא כי תקלא ונפחא הוי תוספת".

וז"ל השו"ע כרבא "השוכר את הבהמה להביא עליה ק"ק ליטרין של חטים והביא ק"ק ליטרין של שעורים ומתה חייב, מפני שהנפח קשה למשוי, והשעורים יש להם נפח, וכן אם שכרה להביא תבואה והביא במשקלה תבן, אבל אם שכרה להביא עליה שעורים, והביא במשקלן חטים, ומתה פטור, וכן כל כיוצא בזה", וביאר הסמ"ע (ו) ע"פ הגמ' דהשעורים קלים מהחיטין וכשמניח עליה שעורים במשקל החיטין יתוסף המדה והוא עושה נפח והוא כבד לבהמה אע"פ שאין במשקלו יותר, וט"ז סאין שעורין עולין במשקל ט"ו סאין חיטין, ואם שכרו לט"ו סאין חיטין, שהוא נקרא לתך, והניח עליה ט"ז סאין שעורין ומתה הבהמה, חייב באונסין.

סעיף ו

כלשון הרמב"ם כתב השו"ע "שכר סתם, אינו נושא אלא משקל הידוע במדינה לאותה בהמה, ואם הוסיף חלק מל', כגון שדרכה לשאת ל' וטען עליה שלשים ואחד, ומתה או נשברה, חייב", וכתב ה"ה דאע"פ שבגמ' כתבו שיעור ידוע לקצת בהמות הרמב"ם לא כתבו לפי שכל הארצות אינם שוות.

סעיף ז

השוכר פועל סבל, והעמיס עליו יותר ממה שרגיל לסחוב, והוזק, האם השוכר חייב בנזקיו?

ומדוע?

ע"פ ברייתא ב"מ פ: וכרב אשי פסק בשו"ע "הכתף שהוסיף (שהטעינו המשכיר) על משאו קב אחד (רש"י: "קב הוי תוספת לאדם הנושא בכתף וחייב המוסיף בקלקולו, מכאן אתה למד שמשא אדם בינוני שלשים קב... דתנן תוספת החמור שלשה קבין שהן חצי סאה, ומשאו לתך חמש עשרה סאין, אלמא תוספת אחד משלשים במשא הוא", וכתב הסמ"ע דמינה יש ללמוד לכל זמן וזמן דאם יוסיף השוכר חלק אחד מל' כפי המנהג להטעין שחייב באונסין) והוזק במשא זה, חייב בנזקיו (אבל ד' דברים לא חייב אלא היכא דאזקיה בידים, טור בשם הרמ"ה), שאע"פ שהוא בן דעת והרי הוא מרגיש בכובד המשא, יעלה על לבו שמא מחמת חוליו הוא זה הכובד (ובהוסיף בלא ידיעתו מיירי, ה"ה).

הקשה הרמב"ן (בב"י) וכי שומר הוא על גופו שישלם לו ואי בשוכר עבד מחבירו אף הוא פטור מפשיעה, וא"ת שנזקי אדם הם תימה הוא דהא לאו מכחו אתי ליה נזק ואפילו הטעינו הוא ונשאר בצ"ע, והריטב"א (קצות ב) תירץ מפני שהוא גרם לו הטעות שהיה סבור שאמר לו אמת וכיון שעל פיו ועל סמך שלו ניזוק הוי גיריה כמראה דינר לשולחני ואמר לו שהוא יפה ונמצא שאינו יפה (ב"ק צ"ט), וכתב השיטה דזה נראה טעמא דהרמ"ה דלא יהיב אלא נזק בלבד אבל ארבעה דברים לא מיחייב אלא היכא דאזקיה בידים, וביאר הקצות דר"ל דמשום דזה אינו נזק בידים אלא משום דינא דגרמי ולא מיחייב דינא דגרמי אלא בנזק ולא בד' דברים, אבל בחבסו לאלתר (עיי"ש בגמ') ורבץ תחת משאו בד' דברים

נמי מיחייב, ובנתיבות (ג) חלק דמכל מקום לא הוי רק כממונו שהזיקו דפטור מדי דברים ואף שע"י גרמא שלו בא לו שהטעהו מ"מ לא הוי רק גורם דפטור מדי דברים.

כתב הרמ"א ע"פ תה"ד "הלוקח חמורו של חברו שלא מדעתו ועושה מלאכתו, וכוונתו ליתן לו שכרו, הוי כשואל שלא מדעת והוי גזלן, ואם החמור עומד לשכור, לא הוי גזלן, ומיהו אם מיחו בו בני ביתו ואומרים שבעל החמור צריך לחמורו, הוי כשלא מדעת והוי גזלן, ואם לקחו להציל את שלו (דוקא דאמר כן מיד אבל לא כשמתה הבהמה, רע"א), ורוצה ליתן לבעל החמור הפסדו, לא הוי גזלן, דתנאי בית דין הוא כדלעיל סימן רס"ד סעי' ה', ועיין לקמן סימן שס"ג סעיף ה' מדינים אלו".

הסמ"ע (יד) תמה על הרמ"א שסתם דמותר ליקחו ובסי' רסד/ו-רעד/יב כתב שיש חולקים כלומר הרי"ף והרמב"ם, וצ"ל דס"ל שגם החולקים לא פליגי אלא לאפוקי מדעת שכנגדם הוא הרא"ש וסיעתו דס"ל דבעל היין חייב לשפוך יינו בע"כ, אבל אם אין בעל היין כאן וגילה דעתו דלא ניחא ליה בזה, אפשר דהחולקים מודים דמותר לבעל הדבש לשפוך יינו של חברו אדעתא לשלם לו.

עמש"כ דבעומד לשכור לא הוי גזלן כתב הנתיבות (ד) דהיינו דפטור מאונסין אבל בפחת שמחמת מלאכה ודאי חייב כשרוצה הבעל הבית כמבואר בסימן שס"ג גבי התוקף ספינתו של חברו דאם עומד להשכיר דרצה פחתה נוטל, והטעם כעין שכתב השיטה גבי שואל שלא מדעת, דאף שלא נתכוין לגזול הגוף רבנן שווינהו כגזלן, ומ"מ לא חייבוהו לשלם השברים רק הכחישה מחמת מלאכה וה"נ בשוכר שלא מדעת, ועמש"כ בסיפא 'להציל את שלו' כתב (ה) נראה דאפילו במתה מחמת מלאכה פטור, דכיון דתנאי בית דין הוא ודעת רחמנא איכא, כשוכר מדעת דמי דפטור מחמת מלאכה.

סימן שט – השוכר את הבהמה לילך למקום ידוע והוליקה למקום אחר

טע"פ א – ב

משנה ב"מ עח. (רש"י) "השוכר את החמור להוליכו בהר והוליכו בבקעה בבקעה והוליכו בהר אפילו זו עשר מילין וזו עשר מילין ומתה חייב. השוכר את החמור להוליכה בהר והוליכה בבקעה אם החליקה פטור (שבהר היא ראויה להחליק יותר) ואם הוחמה חייב (שהבקעה מעלה הבל), להוליכה בבקעה והוליכה בהר אם החליקה חייב ואם הוחמה פטור אם מחמת המעלה חייב", ובגמ' "מאי שנא רישא דלא קא מפליג ומאי שנא סיפא דקא מפליג (בין הוחלקה להוחמה)? אמרי דבי רבי ינאי רישא שמתה מחמת אויר דאמרינן אוירא דהר קטלה ואמרינן אוירא דבקעה קטלה (הואיל ושינה בה יכול לומר לו לא מתה זו אלא מחמת אויר לא היתה לימודה ליגדל באויר הר וקשה לה או לא היתה לימודה באויר בקעה וקשה לה, וכתב הרא"ש דדוקא שהיה האויר משונה בו ביום), רבי יוסי בר תנינא אמר כגון שמתה מחמת אובצנא (עייפות) רבה אמר כגון שהכשיה נחש (וכגון שידוע שבמקום שהוליכה מצויים נחשים יותר מבמקום שהיה לו להוליכה, רא"ש), רבי חייא בר אבא אמר רבי יוחנן הא מני רבי מאיר היא דאמר כל המעביר על דעת של בעל הבית נקרא גזלן".

וז"ל השו"ע ע"פ הרמב"ם שהשמיט רישא דמשנה "השוכר את החמור להוליכה בהר, והוליכה בבקעה, אם הוחלקה, פטור, אף על פי שעבר על דעת הבעלים. ואם הוחמה, חייב. (ב) שכרה להוליכה בבקעה והוליכה בהר אם הוחלקה, חייב, שהחלקות יותר בהר מבקעה, ואם הוחמה, פטור, שבבקעה חמימות יותר מבהר, מפני הרוח שמנשבת בראש ההרים. ואם הוחמה מחמת המעלה חייב (והיינו שראינו שמיד בשעה שעלתה הוחמה, סמ"ע), וכן כל כיוצא בזה", וביאר ה"ה טעמו משום דבגמ' אמר רבי יוחנן הא מני רבי מאיר היא דאמר כל המעביר על דעתו של בעל הבית נקרא גזלן וכתבו הרי"ף והרא"ש דלא קי"ל כרבי מאיר בהא, ואפשר שרבי יוחנן חולק על האוקימתות האחרות ולרבנן כל זמן שאין פשיעתו נכרת פטור דאי לא לא הוה מוקי לה דלא כהלכתא והוסיף דיש מי שפסק כאותן אוקימתות ולפי זה אם שינה ממה שאמר בעל הבית והכשיה נחש או מתה מחמת אויר חייב אבל מתה כדרכה וכל שכן אם הוחמה בהר או הוחלקה בבקעה פטור שאע"פ ששינה אינו חייב באונסים.

וז"ל הרמ"א (ב) ע"פ הרא"ש שפסק ככל האוקימתות דס"ל דלא פליגי דר' יוחנן מייירי בסתמא שאין האויר משונה "שינה מהר לבקעה ומבקעה להר ונתייגעה ומתה חייב (ואפילו לא מתה מיד עד שבאתה

למישור אנו תולין אותה בטורח העליה ואילו הולכה בבקעה לא היתה מתיגעת, ואם שינה והולכה בבקעה, שמא אם הולכה בהר היה האויר שולט ולא היתה מתיגעת, סמ"ע בשם הטור, וכן אם שכרה להולכה למקום אחד, והולכה למקום אחר, ואויר הדרך משונה מבמקום אחר חייב, וכן כל כיוצא ב"ב".

כתב הסמ"ע (א) דמדברי הרב המגיד יש ללמוד דמש"כ הרמב"ם והמחבר דאם שינה והחלקה בבקעה או הוחמה בהר דפטור, כ"ש אם מתה כדרכה דפטור, ולא עוד, אלא אם מתה מחמת אויר או שהכיתה נחש ס"ל דפטור, דהממע"ה, דאמרינן גם אם לא שינה היתה מתה מחמת זה, והא דכתב הוחלקה בבקעה פטור, ולא כתב רבותא, לשון המשנה נקט, ובמשנה קתני הכי אגב דקתני דאם שינה והחלקה בהר חייב קתני נמי הוחלקה בבקעה פטור, וכ"כ התוס', והרמ"א שכתב ע"פ הטור הני אוקימתות דנתייגעה ומתה או שמתה מחמת אויר, והוא הסכמת הפוסקים, ולא כתב בלשון פלוגתא אדברי המחבר, מטעם שכל שאין רישא דהמשנה לפנינו להקשות מינה למה השמיטה הרמב"ם והמחבר י"ל דגם הרמב"ם והמחבר ס"ל דינא הכי.

הסמ"ע (ד) ביאר דמש"כ הרמ"א 'ואויר הדרך משונה' היינו כרא"ש דדוקא שהוא ידוע שהוא משונה, דאל"כ היה פטור, אפילו לאביי דאמר בעלמא (ב"מ ל"ו) אוירא דבקעה קטלה, הני מילי היכא דפשע מעיקרא שהיה לו להחזיקה ברפת בקר ופשע בה ויצאה לאגם, שהיתה תחילתו בפשיעה מגניבה ואבידה וסופו באונס הבא מחמת פשיעה ד"ל אוירא דאגמא קטלה, משא"כ זה שיצא עמה לאגם אלא ששינה מהר לבקעה או איפכא דלא מחשב פשיעה, שהמולכה מדקדק בהליכתה שלא תחליק בהר ושלא תתחמם בבקעה, כ"כ התוס'.

מה דין שוכר בבעלים ששינה מדעת בעלים ונאנס מחמת השינוי?

כתב רע"א דמש"כ המחבר בסעי' א' 'ואם הוחמה חייב' כתב הנ"י דאף בש"ח חייב. עוד כתב דאי הוה שמירה בבעלים לכאורה חייב דהוי שינה מדעת בעלים וכאלו התנה באם ישנה ויארע דבר שנוכל לתלות שלא היה נארע אם לא היה משנה יהיה כאלו נטלה שלא ברשות ונאנס, וגם אם החיוב דהוחמה והוחלקה רק מדין פשיעה מ"מ יש לדון לחייב גם בשמירה בבעליו כיון דפשע בידים הוי כמזיק בידים.

סעיף ג (רמ"א)

כתב הרמ"א ע"פ תשובת הרא"ש (לדברי השו"ע – ראה ריש סימן שח) "השוכר את החמור ונעשה פסח בדרך, ולא חש לכך והניח עליו משוי ונתקלקל, הוי פשיעה, דלא ה"ל להניח עליו משוי, אבל אם היה נחוץ לדרכו ולא היה אפשר לשכור חמור אחר, לא הוי פשיעה, ופטור".

כתב הסמ"ע (ז) ברישא דאפילו לא הניח עליה משא, כל שהיה יכול להניח החמור באיזה מקום משומר ולא הניחה ונתקלקל החמור טפי בהליכתו בדרך חייב, ובהניח עליה משא חייב אף שלא היה לו מקום משומר להניח החמור, מ"מ לא היה לו להניח המשא עליו, ודעת ה**נתיבות** (ג) דכשלא מצא לשכור חמור אחר פטור בכל גוונא, ואפילו לכתחילה יש לו רשות להניח משוי עליו, וכשמוצא חמור אחר, אז אם יש נאמן מחויב להניחו, ואם הוליכו עמו חייב, ובדליכא נאמן יכול להוליכו עמו ריקן, עיי"ש שהאריך.

סעיף ד

ע"פ **משנה ב"מ פ: וגמ'** פסק השו"ע כלשון הרמב"ם "השוכר את הפרה לחרוש בהר וחרש בבקעה ונשבר הקנקן, והוא הכלי שחורש בו, הרי השוכר פטור (שהרי שינה לטובה שבהר קשה לחרוש טפי מבבקעה) ודין בעל הפרה עם האומנין שחרשו, וכן אם לא שינה על דעת הבעלים, ונשבר הקנקן, דין בעל הפרה עם האומנים. שכרה לחרוש בבקעה, וחרשה בהר ונשבר הקנקן, השוכר חייב ודינו של שוכר עם האומנים (שהרי מבואר בגמ' דכל זמן שהשוכר לא שינה מדעת בעל הפרה האומנין משלמין לבעל הפרה אע"פ ששכרה לחרוש בהר וממילא ג"כ שאע"פ ששינה השוכר דינו עם האומנין והם משלמים, ה"ה) {ו"א (רא"ש) דאם האומנים הם שכורין מן המשכיר הרי הם פטורין מן השוכר, הואיל ושינה, והמשכיר צריך ליתן להן שכרן (דיכולים לומר כיון שאנחנו שכורין ממשכיר ואמר בבקעה שמירת הקנקן שלא ישבר בבקעה קבלנו ולא בהר, גר"א)} ומהו דין האומנים ששברו בעת חרישה שמשלמים, מי משלם, זה האוחז את הכלי בעת החרישה. ואם היתה השדה מעלות מעלות, שניהם חייבים בדמי הקנקן, המנהיג אותה במלמד והאוחז את הכלי (סמ"ע): מפני שבדבר זה בקלות נשבר, והיה לבעל הדרבן

ג"כ ליזהר מאד בהליכת הבהמה, דכשהבהמה מעוותת התלם מעט נשבר הקנקן, ואמרינן דנשבר מכח שניהן, ולא כלבוש דכתב ספק הוא מכח מי נשבר משו"ה משלמין בין שניהן, דהתוס' דחו פירוש זה וכתבו דאי משום הא לא היו חייבין דלא קי"ל כסומכוס דאמר ממון המוטל בספק חולקין).

כתב הסמ"ע (יג) דמש"כ הרמ"א דהמשכיר צריך ליתן להם שכרם ר"ל אף אם אין ביד המשכיר להוציא דבר מהשוכר מפני שהוא עני או אלם, אין לו לתפוס שכירות הנערים לומר להן למה שמעו לו לחרוש בהר, שיאמרו לו אף ששמענו מהשוכר ששכר ממך הפרה לחרוש בבקעה, מ"מ מדלא התנית עמנו שלא לשמוע לו לחרוש בהר, אמרנו שדעתך שנעשה בציווי השוכר עלינו ואין אתה מקפיד עמו.

כתב ה**הנתיבות** (ד-ו) דמייירי שהמשכיר שכר האומנין, ואם שכרם השוכר, אז אם שכר למי שדרכו להפקיד, תליא בפלוגתא המבואר בסימן רצא/כד אי חייב הראשון כשפשע השני ואין לו לשלם, ואם שכר למי שאין רגיל חייב, ומזה נלמד אם שכר אצל בעל עגלה עגלה עם סוסים ועם עבדו של המשכיר או עם פועל שלו, דפטור כשפשע הפועל או העבד דלא גרע ממסר למי שרגיל להפקיד, ומש"כ הרמ"א דפטורין מן השוכר ה"ה אם הבעל הבית בעצמו שכרם ופירש בשעת שכירות בבקעה ואחר כך ציוה אותן לחרוש בהר ונשבר פטורין, שיכולין לומר על שמירת הר שומרי חנם אנחנו, שהשכירות אתה חייב לנו על שמירת בקעה, אבל אם פשעו נגד שמירת הר חייבים, ומש"כ דהמשכיר צריך ליתן להן שכרן כתב דהאומנין חייבין לישיבע ששמרו כמו שוכרים בשמירת בקעה עכ"פ, ולא פשעו נגד שמירת הר, דמבואר הוא שהפועל צריך לישיבע ליטול שכרו, דנגד תשלומי שכר הבעל הבית הוי כאיני יודע אם נתחייבת.

עמש"כ הסמ"ע בסיפא ע"פ התוס' גבי שניהם חייבים, הקשה **בחיידושי רע"א** על הש"ס (פתי"ש ב) דהא כיון דשניהם קיבלו לחרוש הוויין כמו ערב זה לזה כמבואר בסימן עז/א וא"כ גובה מכל אחד החצי ממה נפשך, או שהוא פושע או שהוא מחויב מדין ערב, וכתב די"ל דהכא דומה למה דאיתא בבכורות מ"ח ובשו"ע סימן מ"ט בבי' יוסף בן שמעון שקנה אחד שדה מחבירו, ויצא שטר חוב על אחד מהן, דאינו יכול לגבות מזה שקנה בממה נפשך וה"נ כן, אף שהוא ערב בעד חבירו, מ"מ הא מחבירו גופיה אינו יכול לגבות דמצי לדחות שמא לא פשע, ממילא אינו יכול לגבות מהערב, עיי"ש.

סעיף ה

ע"פ **משנה ב"מ פ.** פסק בשו"ע "שכרה לדוש בקטנית, ודש בתבואה, והוחלקה, פטור. בתבואה, ודש בקטנית, חייב, שהקטנית מחלקת".

סימן שי – השוכר את החמור ונסתמא או מת או נשבר

סעיפים א – ב

ראובן שכר מונית לנסיעה מיוחדת מתל אביב לירושלים במחיר 1000 ל"י, בהגיע לשער הגיא חלה תקלה במונית וראובן נאלץ להזמין מונית מיוחדת מירושלים שתקחהו ליעדו, עבור המונית השניה שילם ראובן 700 ל"י. בעל המונית הראשונה דרש מראובן שישלם לו לפחות את מחיר הנסיעה מתל אביב לשער הגיא בסך 500 ל"י. ראובן מוכן לשלם לו רק 300 ל"י (כסכום ההפרש בין מחיר הנסיעה מת"א לירושלים לבין הסכום ששילם עבור הנסיעה משער הגיא לירושלים) הצדק עם מי? ציין מקורות.

ע"פ **משנה ב"מ עח.** וגמ' פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "השוכר את הבהמה וחלתה {ועדיין ראוי למלאכה (טור)}, או נשתטית, או נלקחה לעבודת המלך (כשמואל –) אעפ"י שאין סופה לחזור (דלא כרש"י שפירש שאין המלך מחזירה לבי' וגי' ימים עד שיפגע בחמור אחר), אם נלקחה דרך הליכה הרי המשכיר אומר לשוכר הרי שלך לפניך (דמצי אמר ליה מזלך גרם שאילו היתה בבית לא היתה ניטלת, תוס' בשם ר"ח), ונותן לו שכרו משלם (דלא כרש"י שפירש 'ואף' מזלך גרם כלומר ונפסיד שנינו). בד"א (ה"ה וסמ"ע: קאי אחלתה או נשתטית אבל בדין האנגריא הדבר שוה ברכיבה ומשאוי), כששכרה לשאת

עליה משאוי שאיפשר להשליכה בלא הקפדה, אבל אם שכרה לרכוב עליה או לשאת עליה כלי זכוכית וכיוצא בהם, חייב להעמיד לו בהמה אחרת, ואם לא העמיד יחזיר השכר ויחשוב עמו על שכר כמה שהלך בה (לשיטתו מדלעיל וראה לקמן). מתה הבהמה או נשברה, בין ששכרה לשאת בין ששכרה לרכוב, אם אמר לו חמור סתם אני משכיר לך, חייב להעמיד לו בהמה אחרת, ואם לא העמיד יש לשוכר למכור הבהמה וליקח בה בהמה אחרת, ואם אין בדמים ליקח בהמה אחרת, שוכר בדמים בהמה אחרת עד שיגיע למקום שפסק עמו (לא מיבעיא קאמר, לא מיבעיא דאם יש בדמיה לקנות אחרת אפילו פחותה שקונה דהא לא מכליא קרנא דהראשון, אלא אפילו אם אין בדמיה אלא לשכור אפי"ה ימכור הנבילה וישכור לו אחרת, דקי"ל כשמואל דלא חייש לפסידא דקרנא, סמ"ע, וכתב ה**נתיבות** ו' דאם אין בדמים לשכור כתב המל"מ דאין צריך להחזיר לו כל שכרו, ומסתיתם הפוסקים משמע ג"כ דא"צ רק לחשוב עמו כמה שהלך כמו בחלתה ושכרה לרכיבה דהרמב"ם ס"ל דלא נשתעבדו שאר נכסים לשכירות החמור, רק החמור שמשך נשתעבד לו ולא יותר)."

עמש"כ המחבר בשכרה לרכוב עליה או לשאת עליה כלי זכוכית וכו' דאם לא העמיד יחזיר השכר ה**סמ"ע** (ה) דכתב הרב המגיד דהרמב"ם ס"ל דכל שלא מת אף ששכרו לרכוב ואמר חמור זה, אין החמור משועבד לו לשכור או לקנות אחר בדמיו, אבל הטור לא ס"ל הכי, אלא נתן לזה דשכרו לרכיבה או לנושא זכוכית והתליע או נשתטה הדין כאילו מתה הבהמה, ובמתה הבהמה אפילו אם ירצה המשכיר להחזיר לו השכר יכול השוכר לומר אינני חפץ בשכרי כי אם בבהמה, והוי דינו דאם שכרו לבהמה סתם ונתיקרו בשכירות מתחייב המשכיר להוסיף כמה וכמה מביתו להעמיד לו בהמה אחרת, ואם א"ל חמור זה ויש בדמיה לקנות או לשכור בהמה אחרת מוכרין את זו וקוננין או שוכרין לו אחרת, וגם הרמב"ם ס"ל כטור, ותמה (א) על הרמ"א שלא כתב שהטור חלוק על הרמב"ם (ועיין נתיבות ד').

בענין העמדת בהמה אחרת כתב ה**סמ"ע** (ו) דדעת הראב"ד דוקא שהקנה לו בקנין דא"כ במאי נתחייב לו אין כאן אלא מי שפרע וכיון שמת אין כאן מי שפרע, והרא"ש ס"ל דבמשיכת החמור נשתעבדו נכסי המשכיר להעמיד לו חמור עד אותו המקום, אולם בלשון הרמב"ם והמחבר משמע דלא ס"ל כחד מינייהו, דלדידהו מהני הקנין או המשיכה שמשועבדין כל נכסי המשכיר להעמיד לו בהמה אחרת, ולרמב"ם משמע דאין נכסיו משועבדין לו כי אם בהמה זו אפילו בהשכיר לו בהמה סתם, והטור פסק כרא"ש דאין צריך קנין משום דהרי"ף ועוד ס"ל כוותיה, וה**נתיבות** (ה) הביא שהסמ"ע פסק כרא"ש דא"צ קנין, ותמה דהא לרמב"ם והמחבר אין משועבד רק חמור זה, ולקנות חמור זה לכ"ע אין צריך קנין דהא נקנה לו במשיכה, ומחלוקת היא רק לענין שעבוד נכסים להעמיד לו חמור אחר אי צריך קנין.

כתב ה**נתיבות** (א) דמדובר כשחלתה אחר שבאה לרשותו, אבל לכתחילה אם יש לו חמורים רבים אינו יכול ליתן לו חמור חולה או נשתטית, ולא דמי לשור בין שוורים מכור לך שנותן לו הגרוע, כי גם במוכר עולמית אין יכול ליתן לו חמור שהיא חולה או נשתטית שלא תתרפא לעולם דודאי דהוי מום במקח.

דן ה**נתיבות** (ב) בשיטת ר"ח בענין מזלך גרם והעלה דכל שהאונס נעשה בגוף הבהמה מזל המשכיר גרם, ואפילו בנשברה מחמת המלאכה דומה למתה, אבל אם לא בא האונס רק במלאכת השוכר חייב ליתן לו שכרו משלם דמזליה דידיה גרם, והוא הדין בשוכר בית ונלקח לאנשי חיל, דאם אפשר לדור עמם הוי כראוי עדיין למלאכה ומשלם הכל, אבל אם נלקח כל הבית שאי אפשר לדור עמהם, אינו חייב רק כפי מה שדר בו, דזה דומה למחפשיין גם בבתיים.

ע"פ **ב"מ משנה עט.** וגמ' וכגירסת ה**רמב"ם** (לחלק בין שכרו למשא או לרכיבה) פסק בשו"ע **"א"ל** חמור זה אני שוכר לך, אם שכרה לרכוב עליה או לכלי זכוכית, ומתה בחצי הדרך, אם יש בדמיה ליקח בהמה אחר יקח, ואם אין בדמיה ליקח, שוכר אפילו בדמי כולה, עד שיגיע למקום שפסק עמו, ואם אין בדמיה לא ליקח ולא לשכור, נותן לו שכרו של חצי הדרך, ואין לו עליו אלא תרעומת. ואם שכרה למשא, הואיל ואמר ליה חמור זה, ומת בחצי הדרך, אינו חייב להעמיד לו אחרת, אלא נותן לו שכרו של חצי הדרך ומניח לו נבלתו {ויש חולקין **(ראב"ד וטור)** שהקשו דמה חילוק בין שכרו למשא או לרכיבה) וס"ל דאפילו שכרו למשא דינו כשכרו לרכיבה, **(טור ע"פ התוס' -)** והא דאמרינן דנותן לו שכרו מחצי הדרך, היינו שיכול למכור סחורתו שם או שיכול לשכור חמור אחר עד מקום שרוצה לילך, אבל בלאו הכי אינו נותן לו כלום משכרו, דהא לא מהני ליה מידי (קאי אכל מקום שנזכר בדינים הללו שמשלם לו שכר על מה שהביאו לכאן, וקאמר דהיינו דוקא שנהנה השוכר על מה שהביאו עד כאן,

והיינו כשיכול למכור סחורתו גם כאן במעט ריוח, ואע"פ שאם הוליכו למקום מבוקשתו היה לו ריוח יותר, עכ"פ מיקרי זה הנאה, וכיון דהמשכיר לא פשע ונאנס במיתת הבהמה צריך לשלם שכירותו דעד הנה לפי ערך, סמ"ע ע"פ הטור }".

הסמ"ע (ט) האריך לתמוה על הרמב"ם, וכן על המחבר שפסק כמותו על אף שראה השגות הראי, והעלה דס"ל לרמב"ם דלשון 'זה' משתמע לתרי אפי, יש לדקדק מינייה טובת המשכיר דחמור זה כמו שהוא אמר כלומר דלא נתחייב להעמיד אחר במקומו, ויש לדקדק מינייה ג"כ טובת השוכר, דחמור זה דקאמר ר"ל דיהא משועבד לך כל זמן שראוי למכור ולשכור, ולכן כי שכרו למשאוי מסתמא כי אמר חמור זה אני משכיר לך לאו לטובת השוכר אמרה, דאי משום שמא תמות, לזה ודאי לא אסקי דעתן להתנות, דלא שכית הוא שימות חמור שהוא עתה בריא, ואי משום שמא תסתמא או תעשה אנגריא שיעמיד לו חמור אחר, אין זה סברא שיחייב עצמו מה שאינו מחויב, שהרי עדיין ראויה היא לשאת עליה המשא, אלא ודאי לדקדק טובת המשכיר קאמר, ולפיכך הוא הדין כי מת אח"כ דקדוק של זה במקומו עומד, וכי מת או נשבר אח"כ תו לאו חמור זה הוא, אבל בשכרו לרכיבה כיון שאם יסתמא ואינד תו אין ראויה לרכיבה ודברים כאלו הם הווים לבוא במקרה, מסתמא מה שאמר חמור זה היה לטובת השוכר, ואף שהמשכיר התנה ולא השוכר, רגיל הוא שהמשכיר מפרש אופן השכירות כמה תהיה כדי להרבות לו בשכרו, ואע"פ דלא כתב הרמב"ם בפירוש דמשועבד לו החמור בשכרו לרכיבה ואמר ליה חמור זה ונסתמא כי אם במת, מ"מ י"ל דהרמב"ם לשון הגמרא נקט, עיי"ש עוד. **הנתיבות** (ז) כתב שדבריו דחוקים ויש "לישב בפשיטות" דודאי כשאומר חמור זה משמעותו למעט אחר, אמנם התוס' בב"מ ע"ט כתבו לחלק דבבית שאינו עומד למכור כשנפל אין משועבד הנשאר מהבית לקנות אחר, משא"כ חמור שמת שעומדת הנבילה למכור נשתעבד גם הנשאר מחמור זה, ולפ"ז בשכרו לרכוב שהדין כשחלתה כשאמר לו חמור סתם, דכשיש לו חמור מחויב להעמיד, א"כ י"ל שמיעט במלת זה שלא ליתן חמור אחר, ולזה ודאי דאין לומר שמיעט במלת זה דאפילו אי מתה הבהמה שלא תהיה משועבדת הנבילה הנשארת מחמור זה לקנות חמור אחר, כיון דדרך הוא לקנות מהנבילה חמור אחר, וגם הוא אתי מחמור זה, א"כ מהיכא תיתי לן למעט מלשון זה דבר שהוא אתי מחמת זה ודרכו לעשות בכך, תפשת מרובה לא תפשת, ואמרינן שלא מיעט בלשון זה רק לענין שלא יצטרך ליתן חמור אחר לענין אם חלתה דאז אינו ראוי למכור החמור, וממעט במלת זה שלא יתחייב ליתן חמור אחר, משא"כ בשכרו למשא דאז כשחלתה אפילו בחמור סתם אינו חייב להעמיד חמור אחר, וע"כ לא בא למעט במלת זה רק לענין אם תמות הבהמה שלא יצטרך ליתן בהמה אחרת, וממילא אינו מחויב למכור ג"כ הנבילה כדי לשכור, דאי היה יכול למכור הנבילה והעור לשכור אחרת, זה נקרא חייב להעמיד אחר כמ"ש המחבר בלשונו לשון חייב, והוי כנקטיה בכובסיה שיעמיד חמור אחר, ובלשון זה פוטר עצמו מחיוב כפיה להעמיד.

במשפטיך ליעקב (ח,לד) דן במקרה המדובר של רכב שכור שנתקע, ונאלץ השוכר לקחת מונית (עיי"ש במקרה בהרחבה), ולפי הגמרות והשו"ע הנ"ל פסק בנידון שהמונית עלתה יותר מדמי השכירות שאין השוכר צריך לשלם כלל על דמי שכירות הרכב, אך הוסיף שאם המונית עלתה יותר מדמי השכירות אין לחייב את המשכיר כיון שהמשכיר לא השתעבד מעבר לסכום השכירות ומהגמ' הנ"ל לא מצאנו חיוב מעבר לסכום השכירות. נז"ל "אין ראובן חייב לשלם לשמעון כלל על דמי שכירות הרכב, כיון שהמחיר ששילם למוניות שיקחו אותו לצפת, היו יותר מכל שכירות הרכב, אך מאידך גם אין מקום לחייב את שמעון בתוספת הקטנה שהיתה מעבר לסכום השכירות (עלות הנסיעה במוניות לצפת, היו מעט יותר מסכום השכירות), כיון ששמעון לא השתעבד מעבר לסכום השכירות, ומהגמ' הנ"ל לא מצאנו חיוב מעבר לסכום השכירות, ואף בחייב להעמיד לו אחרת, כבר כתב רש"י.. דאו יעמיד לו אחרת או יפסיד שכרו, שלא נשתעבד המשכיר מעבר לשכר השכירות, ואין שעבוד המשכיר אלא להעמיד לו חמור תמורת השכירות, ושלא מעמיד לו חמור, אין לו שכר, אבל לא השתעבד לנזקי גרמא שיגרמו מחמת החמור, וגם בנשברו כלי הזכוכית בנפלה הבהמה, אין חייב המשכיר לשלם לו כלי הזכוכית, וכמבואר בגמ' שם דרק טענה יש לשוכר שלכן לא יכול להשתמש בבהמה", וכן נראה מהסמ"ע והנתיבות גבי 'אין בדמים ליקח בהמה אחרת' ששאר נכסיו לא השתעבדו, הובאו לעיל בתוך השו"ע, ושמא יש לדון לפי שיטת הרא"ש בהמשך אי נשתעבדו כל נכסיו, ומ"מ המשכיר מוחזק בממון מכח הרמב"ם, ח.פ].

סעיף ג

מי ששכר מכונית מחבירו למספר ימים כדי להגיע למקום מסוים ובחזרתו נגרמו עיכובים ותקלות והתעכב ימים נוספים, באיזה עיכובים ותקלות אין מחייבים אותו לשלם עבור הימים הנוספים ובאיזה מקרים מחייבים? במקום שחייב לשלם, האם הוא ישלם את הסכום המלא או ישלם כפועל בטל (המכונית עומדת ולא נוסעת)?

מה הדין שכר רכב מחברת השכרה ליום שלם, ובחצי היום נתקע הרכב, האם משלם על חצי היום השני, ומי ישלם את שכר הגרר?

שכר את חמור חבירו ונאנס מלהשיבו, האם יש לחייבו מדין 'שבת'?

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע "ראובן השכיר בהמתו לשני ימים לילך ולחזור, ובחזרתו ביום השני גדל הנהר עד שהוצרך לעכב יום אחד, אם שכרה לימים פשיטא שצריך ליתן לו שכירות כל יום ויום, ואם שכרה למקום פלוני ולחזור, או ששכרה לשני ימים והזכיר המקום שרוצה לילך שם וידוע שהוא מהלך שני ימים ועכבו הנהר, אם לא היה רגיל להתגדל פסידא דבעל בהמה (ע"פ ב"מ ע"ז, ראה ריש סימן של"ג, גבי 'אי סיירא לארעיה מאורתא' וכו'), ואם היה רגיל להתגדל, והשוכר מכיר ענין הנהר ולא המשכיר, פסידא דשוכר, ואם שניהם ידעו פסידא דבעל בהמה, ומזונות הבהמה והשכירות (ר"ל מזונות של יום השלישי שנתעכבה הבהמה במקום שהוא פסידא דהמשכיר במה שלא התנה צריך המשכיר ג"כ לשלם לשוכר דמי המזונות של אותו היום, סמ"ע), דין אחד להם".

כתב הסמ"ע (יב) דכללא דהאי דינא דכל שניהן ה"ל למידע ולהתנות כגון שרגיל להתגדל, או ששניהם לא ה"ל למידע כגון שאינו ראוי להתגדל, בשניהם הוא פסידא דהמשכיר, דהוא בא להוציא שכירות מיד השוכר ועליו מוטל להתנות דהמע"ה וידו על התחתונה, וצריכין שיהיה דבר שהשוכר ידע והמשכיר לא ה"ל למידע, דבזה ודאי על השוכר ה"ל להתנות ואם לא התנה הפסיד צריך לשלם וכן הוא בב"ב ע"ו בכל ענינים דפועלים ובעל הבית, דיד פועל שבא להוציא היא על התחתונה.

כתב הסמ"ע (יא) עמש"כ ברישא דצריך ליתן שכירות יום ויום דלכ' צריך ליתן לו שכירות משלם ולא כפועל בטל, דניחא ליה דליכחוש חמריה ולא ליכחוש מריה, מיהו הכל לפי המשוי "וכמ"ש הטור בריש סימן של"ג בחמר שהשכיר חמורו ע"ש דכתב דנותן לו כפועל בטל", וכתב בפתחי חושן (ד, ב, כב) בהערה "ומשמע שחזר בו הסמ"ע ממה שהיה נראה לו לכאורה בתחלת דבריו, וסובר עתה שנותן לו כפועל בטל, ולפמ"ש בסמוך יתכן שלא חזר בו, אלא תלוי לפי דרך המשכירים, ולולי דמיסתפינא אפשר שיש ט"ס בסמ"ע וצ"ל הכל לפי המצוי, דבלא"ה אינו מובן ענין משוי לכאן, וכ"כ הגר"א בפשיטות שנותן לו כפועל בטל, וכ"כ בשו"ת יעקב הנ"ל וכתב שכן מסקנת הב"ח", ובהלכה למעלה הביא דעה זו שמנכה לו שכר בטלה כ"ש אומרים", וראה בסמוך.

כתב הנתניבות (ח) דמש"כ הסמ"ע דמנכה לו כפועל בטל, נראה דמיירי דוקא שפירש לו ששכרו למשא על כך ימים, אבל אם שכרו סתם על "כך ימים" שיעכבונו, משמע בין יעשה בין לא יעשה, אינו מנכה לו כלל דהא כן היה התנאי, וכמ"ש הרא"ש בטעם דלא מהני אונס משום דכן היה התנאי [בפתחי חושן (ד, ב, כו) כתב שבשו"ת קנה בשם הוכיח שהקצות והשבויי דלקמן דלא ס"ל כוותיה (ודעת החו"י לקמן שמשלם לו שכר שלם דעת יחידאה היא), שהרי בנידון דלקמן היה ידוע ששוכר לימים שלא יעשה בכולם מלאכה אלא לעיכוב בלבד ואפ"ה ס"ל שמנכה, והפתחי חושן דחהו דלא דנו השבויי והקצות על הימים שהיה ידוע שלא יעשה מלאכה ואין להוכיח שחולקים על הנה"מ, והעלה לדינא שיש לחקור בדרך המשכירים אם דרך לנכות משום בטלה ינכה לו ואם לאו אינו מנכה וז"ל בהלכה כ"ו "השוכר כלי מחבירו למלאכה, אף על פי שלא נשתמש בה משלם לו שכרו, ואם דרך לנכות שכר בטלה מנכה"].

כתב הנתניבות (ח) דמשמע במחבר דאפילו הזכיר המקום שרוצה לילך לשם מ"מ כיון שהשכירות היתה שכל יום ייתן לו כך הוי כעין תנאי שהתנה שכל יום שיעכבנה יתן לו שכירות ולא שייך טענת אונס, אך קשה, נהי דהיה תנאי, מ"מ אם נתחייב מנה על תנאי ונתקיים התנאי באונס פטור מחיובו, דהא יש טענת אונס בממוון, לכן כתב נראה דעיקר הטעם כיון דאמר לו כל יום ויום שיעכבונו הוא מושכר לו בעד

כך וכך, א"כ אם יתרצה הלה לעשות מלאכה בחמור כשהוא מעוכב יכול לעשות, א"כ אף בשעת אונס החמור מושכר לו לעשות בו איזה מלאכה שירצה ולא ביטל האונס את השכירות, משא"כ בהזכיר לו ששכרו למקום זה לילך ולחזור, וכיון שכבר עשה הדבר ששכרו לזה הדבר נתבטל שוב השכירות והאונס עיכב החזרה, פטור.

לגבי תשלום הגרר, יש לומר שהוא כדין המזונות דבהמה, שמבואר בשו"ע דדין המזונות כדין השכירות, וכאמור במקום שידיעת שניהם שווה ולכל הפחות השוכר לא ידע על משהו מיוחד בפעולתו, אזי התשלום על המשכיר.

הקשה הנו"ב (פת"ש ב) משו"ע הכא לסימן שז/ו דפסק דאין שבת בבהמה ואיך פסק כאן בעיכבו הנהר שצריך השוכר לשלם והלא אפילו פשע ועיכב בהמת חבירו במזיד פטור, והשיב¹ דכאן באמת אינו חייב לשלם רק יום אחד יותר והיינו יום השלישי, והרי באותו יום רכב עליה, אבל אם עיכבו הנהר ימים הרבה, כל אותן הימים שעמדה הבהמה בטילה חוץ משני ימים הראשונים באמת אינו חייב לשלם, ועוד השיב (וכן נראה עיקר בתשובותיו, פת"ש)² דשאני היכא שירד מתחילה בתורת שכירות, אף ששכרה רק למקום ההוא, מ"מ כל זמן שלא החזירה למרה עדיין היא מושכרת בידו וחייב לשלם שכירותה, כיון שהוא ידע מרגילות הנהר היה לו להתנות על זה, ואין זה דומה למה שהביא הש"ך בסוף סימן ש"ז בשם רש"ל שאם סגר בהמת חבירו בחדר וביטלה ממלאכה שהוא פטור דאין משלמין בבהמה שבת בלא נזק, דשם לא באה לידו בתורת שכירות, ואף שהשו"ע שם מיירי בשוכר ואפ"ה פטור מטעם שאין שבת בבהמה, התם מיירי שמחזירה לבעליה אחר כלות השכירות אלא שהוכחשה כחש שסופה להתרפאות וכיון שמחזירה הרי כלתה שכירותו.

[מה הדין בשכר הבהמה למהלך ידוע, או שכרה לסכום ימים, והוצרך להתעכב מחמת אונס שלא היה לו לידע בשעת שכירות, האם פטור השוכר מלשלם עבור ימי העיכוב?]

כתב בשו"ת **חות יאיר (קצות א פת"ש א)** בראובן שהיה לו סוס עומד להשכיר בשכירות ידוע חצי זהוב ליום מיציאה עד ביאה ולוי נצטרך לרכוב אל השר מהלך ג' ימים ולקח לסוס על ח' ימים ובהיותו שם העליל עליו השר ועיכבו שם עד חודש ימים ובבואו תבע ראובן שכרו לכל הימים מראש ועד סוף ותפס בעדים, ודן דאיתא בירו' דמבטל כיסו של חבירו פטור הביאו הנ"י (ראה רצב, ז), וטעמא משום דלא הוי אלא גרמא, ולפ"ז אפילו תבע מעותיו והתרה בו ואמר שיכול להרויח בהם וזה מעכב פטור וכ"פ רש"ל וחולק על הרמ"א בסימן רצב/ז הסובר דחייב, וכתב דלכ' קשה מאי שנא מהדר בחצר חבירו שלא מדעתו שאם החצר עשויה לשכר חייב הדר לתת לבעל הבית שכרו וכן התוקף ספינתו של חבירו העשויה לשכר חייב, והעלה דיש לחלק (למסקנה, ובתחילה כתב לחלק דמבטל כיסו מיירי כשבא המעות בהיתר לידו, אך לפי"ז מי ששכר בית מחבירו על שנה ואחר שנה אמר לו לצאת מביתו ונתעכב כמה שנים יהיה פטור מליתן לו שכר) דבית וספינה שעומדין להשכיר ודרך העולם שאין עומדין פנוין דשכיחי שוכרים, משא"כ מעות דצריך התחכמות והתעסקות קניה ומכירה, והנה בנדון דסוס דלא פשע המעכב לכ"ע פטור, וכן זה שלא נהנה בסוס חבירו כו' אדרבה היה מוציא הוצאות במזונותיו חנם ועוד הרי נאנס בעכבת הסוס, ואפילו נדון בזה דינא דגרמי כבר הכריע הש"ך בסימן שפ"ו סק"א שהוא רק קנסא ובשוגג פטור, וכל זה בשכרו לוי על ח' ימים משא"כ בלקח הסוס בשכירות סתם שידוע שכרו או שפסק עמו חצי זהוב ליום ולא זכר סך ימים אע"פ שהמהלך ידוע שאינו רק שלשה ימים מ"מ צריך ליתן לו חצי זהב לכל יום, ואין אומרים שינכה לו קצת מפני שישב בטל, מפני דלא איכפת ליה למשכיר בכך ואפשר דמצוי למימר ניחא לי טפי שישאר ברגילתו ברכיבה דוגמא לב"ק צ"ז ניחא לאיניש דלא ליסתר עבדיה, ואפילו אם שאל המשכיר לשוכר לכמה ישהה שם אצל השר והשיב יום או יומים לכל היותר ואח"כ לקח הסוס סתם דינו כשכרו סתם.

הקצות כתב דמה שהקשה מהא דמבטל כיסו דטעמו מבואר דקרקע אינה נגזלת ומש"ה חייב לשלם שכר בדר משא"כ מטלטלין דנגזלין וכל הגזלנין אינן משלמין אלא כשעת הגזילה ושבח גזילה דמטלטלין דגזלן הוא, אבל שבח גזילה דקרקע דנגזל הוא, ומה שהקשה מספינה העשויה לשכר דחייב התם נמי אינו אלא אם ירד אדעתא דאגרא אבל אם ירד אדעתא דלא לשלם אגרא אינו משלם שכרה ומשום דכל הגזלנין אינן משלמין אלא כשעת הגזילה, וכה"ג נמי במבטל כיסו אם עוסק אדעתא ליתן ריוח לבעל המעות צריך לשלם לו הריוח וכמבואר בסימן רצ"ב שם, ואם עוסק אדעתא דידיה ושלא ליתן ריוח

לבעל המעות פטור ומשום דגבי ספינה נמי כה"ג פטור. ובעיקר הדין בנידון כתב דהוא הך דינא דשו"ע דאם שניהם לא ידעו הו"ל פסידא דמשכיר, ואם שכרו לימים סתם חצי זהוב ליום פשיטא שנותן לו כל שכרו לכל יום ויום כמבואר כאן לפנינו בשו"ע, אמנם מנכה לו שכרו כפועל בטל, ומש"כ דהו"ל כמו האי דאמרו דניחא ליה דלא ליסתור עבדא וה"נ ניחא ליה ברגילתו ברכיבה, הרי אמרו להדיא בב"מ ע"ו גבי הלכו חמרין ולא מצאו מנכה לו כפועל בטל ואפילו בעד הסוסים מנכה וכן מבואר להדיא בתשובת הרא"ש בהך דינא דשכרו לימים דמנכה לו כפועל בטל, וכ"כ בסמ"ע (סקי"א) [ומה שכתב דאפילו אם שאל המשכיר לשוכר כמה ישהה שם אצל השר והשיב יום או יומים ולא יותר ואח"כ לקח הסוס סתם דינו כשכרו סתם, ליתא, דמלתא דתנאה שאני דכל שלא פירש אופן התנאי בשעת מכירה מחל לתנאה, אבל קוצב לו זמן שכירתו ואח"כ נגמר ביניהם השכירות ודאי על קצבתם הראשונה נגמר, והרי זה כאומר מכור לי חצי טלית ואח"כ משך הטלית סתם דאין לו אלא חצי טלית, וה"נ לא הוי אלא כמו שכרו לשני ימים כיון דאמר למשכיר שלא ישהה יותר משני ימים] - מ"מ נראה בקצות דהסכים לדנא לחו"י ופטור, וכ"כ באוצר התשובות (הע' כ).

הנתיבות (ט) חלק על פטור החו"י דבשלמא בגודל הנהר נעשה האונס בחמור שלא היה אפשר לו להחזירו בשום אופן, משא"כ בנידון דסוס בחו"י היה אפשר לו להחזיר הפקדון ע"י שלית, ואין בו משום אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר כמ"ש הסמ"ע בסימן קכ"ה (סקי"ג) ס"ק י"ג ע"ש, ובפרט שיש לומר שעיקב החמור לצרכו שהיה חושב בכל יום אולי יוגמר העסק שלו ויצטרך ליסע לביתו, דהא מהאי טעמא לא רצה ליתנו לשליח, ובשבו"י (פת"ש) כתב כעין דבריו אך מ"מ אינו נותן לו שכר רק כפועל בטל וכסמ"ע סקי"א.

עוד חלק **השבו"י עמש"כ החו"י** דתפיסת ראובן אינו מועיל כלום, דזה אינו, דאפילו אם נדמה זה לבבא תניינא בשכרה לשני ימים ולא היה רגיל הנהר להתגדל, מ"מ בהאי דינא גופיה נראה דהיכא דתפס המשכיר משל שוכר פסידא דהשוכר, דהא מקור הדין נובע מב"מ ע"ז 'אמר רבא האי מאן דאגיר אגירא לדוולא ופסק נהרא בפלגא דיומא אי לא עביד דפסיק פסידא דפועלים' וכתב הרא"ש דכל אונסא דלא מיבעי להו לאסוקי אדעתיהו לא פועל ולא בעה"ב, אי נמי תרווייהו איבעי לאסוקי דעתיהו, המוציא מחבירו עליו הראיה וידו על התחתונה, וכן הוא בקיצור בסמ"ע כאן, א"כ פסידא דבעל הבהמה משום דהוא המוציא, ממילא היכא שבעל הבהמה מוחזק אזי הוי פסידא דשוכר.

סימן שי"א - השוכר הספינה ופרקה בחצי הדרך או טבעה בחצי הדרך

סעיף א

ע"פ ברייתא ב"מ פ: פסק בשו"ע "ספינה שהוסיף בה אחד מ-ל' על משאה וטבעה, חייב לשלם דמיה".

סעיפים ב - ה

השוכר ספינה וטבעה בחצי הדרך, מה הדין, באילו מקרים משלם השוכר שכר מלא ובאילו שכר חלקי? פרט את השיטות והסברות.

ב"מ עט. "תנו רבנן השוכר את הספינה וטבעה לה בחצי הדרך רבי נתן אומר אם נתן לא יטול ואם לא נתן לא יתן, היכי דמי אילימא בספינה זו ויין סתם אם נתן אמאי לא יטול נימא ליה הב לי ספינתא דאנא מייתינא חמרא, אלא בספינה סתם ויין זה אם לא נתן אמאי לא יתן נימא ליה הב לי ההוא חמרא ואנא מייתינא ספינתא, אמר רב פפא לא משכחת לה אלא בספינה זו ויין זה אבל בספינה סתם ויין סתם חולקיין".

וז"ל השו"ע (ב) כלשון הרמב"ם (וכן לקמן) "השוכר את הספינה וטבעה בחצי הדרך אם אמר לו ספינה זו אני משכיר לך ושכרה השוכר להוליד בה יין סתם, אף על פי שנתן לו השכר יחזיר כל השכר, שהרי זה אומר לו הבא לי הספינה עצמה ששכרתי שהקפדה גדולה יש בספינה זו ואני אביא יין מכל מקום ואוליד בה { ואם אפשר להוציא הספינה מן המים ולהשכיר ספינה אחרת בדמיו או בכל מה ששייך

לספינה צריך להשכיר כמו שנתבאר לעיל סימן ש"י (סע' ב) לענין חמור (הגה"מ, ר"ל דאין המשכיר יכול לעכב על השוכר מלעשות כן, אבל הטיפול עכ"פ הוא על השוכר, סמ"ע) }."

הסמ"ע (ב) למד ברמב"ם והמחבר דכל מקום שהמשא ששכר עליו עדיין לפנינו יכול השוכר להחליפו באחר ובכלל מדת סדום הוא, דהרי היה למשכיר עכ"פ לישא משא כזו ע"ג בהמתו או ספינתו, משא"כ כשמשא הראשון אינו בעולם בזה לא הכריחו למשכיר לקבל מהשוכר משא אחר, וזה מש"כ הרמב"ם שהקפדה גדולה יש בספינה זו ר"ל בספינה זו שטבעה ואיננה לקיים תנאו, ולאפוקי מהלבוש שנתן טעם למ"ש המחבר שהקפדה גדולה יש בספינה זו כלומר שיכול לומר לכך שכרתיו מפני שהוא בטוח להוליך בה יותר מבשאר ספינות, וליתא, ועוד כי איך יטעון שבטוח היה בספינה זו כו' שהרי כחשותו העיד על פניו, שהרי ספינה זו טבעה יותר משאר ספינות. **הש"ך (א)** והקצות הסכימו עם הלבוש וביארו דתרתני בעינן דכיון שנטבע ספינתו ואין היין הזה לפניו הוא דיכול להקפיד דיכול לומר הואיל ונטבע ספינתי למה לי להשתדל ספינה אחרת כיון שאין לך יין זה, אבל אם רק היין נטבע יכול לטעון עליו יין אחר אע"פ שאמר יין זה, אך חלק הקצות עמש"כ הש"ך דכשאומר יין סתם וספינה זו אפשר דאפילו היין לא נטבע יכול לעכב עליו ולומר איני רוצה ספינה אחרת, אלא דודאי יכול לומר איני רוצה ספינה אחרת, דכיון דשכירות ליומא ממכר הוא.

כתב הסמ"ע (ג) דלא דמי לסימן שי"ב בשוכר חמור זה ומת בחצי הדרך ואין בדמיו לשכור אחר דעכ"פ צריך לשלם השכירות לפי ערך המגיע עד כאן, דהתם איירי דנהנה במה שהביאו עד אותו המקום דיכול למכור שם הסחורה או לשכור חמור אחר משא"כ כאן דנטבע היין ולא נהנה כלל.

כתב הנתניבות (ב) דדברי הרמ"א היינו לשיטת היש חולקין שהביא הרמ"א בסימן שי"ב אבל לדעת המחבר שם כיון ששכרו למשא אינו שוכר בדמים.

ז"ל **השו"ע (סע' ג)** אמר לו ספינה סתם אני משכיר לך ושכרה השוכר להוליך בה יין זה, אע"פ שלא נתן לו מהשכר כלום, חייב ליתן כל השכר, שהרי אומר לו הבא לי היין עצמו ואני אביא לך ספינה מכל מקום ואוליכנו (רי"ף -) אבל צריך לנכות כדי הטורח של חצי הדרך (לאו דוקא מחצי דרך אלא כפי שיעור שהוליכו, סמ"ע), שאינו דומה המטפל בהולכת הספינה ליושב ובטל (כדאמרינן בדף ע"ו דאינו דומה הבא טעון לבא ריקן עושה מלאכה ליושב ובטל) {וי"א (רא"ש) דאינו נותן לו אלא שכירות מחצי הדרך (דלעיל בדף ע"ז משמע דכל אונס שאירע לבעל הבית שלא היה לו לידע יותר מן הפועלים פסידא דפועלים גבי האי מאן דאגר אגירי לדוולא ופסק נהרא בפלגא דיומא, והרמ"ה גם נחלק על הרי"ף וכתב דלא שייך למימר כאן אינו דומה הבא טעון לבא ריקן דבטילא דהאי דאפסדיה לספינתיה קשה ליה טפי מהיכא דעביד מלאכה ודמי לאוכלוסי דמחוזא דיהיב להו כל שכרן משום דכי לא עבדי חלשי, וס"ל נותן לו שכרו משלם, והביאו רע"א) }."

כתב הב"י בשם תלמידי הרשב"א גבי ספינה סתם ויין זה אע"פ שלא נתן יתן ע"כ בקנין דאי בלא קנין הרי יכול לחזור בו כל שעה שירצה וליכא למימר דכיון דהתחיל במלאכה אפילו בלא קנין אין שום אחד מהם יכול לחזור בו דכיון דנאנס יכול לחזור בו דדמי לאתא מיטרא דהוי פסידא דפועלים.

הסמ"ע (ה) כתב שסברת סיעת הרי"ף (כמבואר בתוס') דאין לדמות זה לשוכר ומשכיר או פועל ובעה"ב דעלמא, דשם אין למשכיר או לפועל פסידא כי אם שכר טרחתו, משא"כ כאן דפסיד המשכיר בעל הספינה כל ספינתו, משו"ה כפועל בטל מיהו אית ליה, כיון דהוא מוכן לקיים תנאו, וכתב הש"ך (ב) דכן משמע פשטא דהש"ס וכ"פ ראשונים נוספים.

ז"ל **השו"ע (סע' ד)** אמר לו ספינה זו אני משכיר ושכר השוכר להוליך בה יין זה, אם נתן השכר אינו יכול להחזירו, ואם לא נתן, לא יתן, שאין זה יכול להביא הספינה עצמה ולא זה יכול להביא יין עצמו, וביאר **הסמ"ע (ו)** שהשכר נשאר אצל בעל הספינה כיון שהוא מוחזק יכול לומר לבעל היין מזלך גרם, ולא דמי ליין סתם וספינה זו דצריך בעל הספינה להחזיר השכירות אף שכבר קיבלו, דשם יכול הבעל יין לומר הריני מוכן לקיים תנאי ליתן לך שכירותך כשתעביר ייני והמניעה היא מידך שספינתך זו טבעה, ויש לו מקום להקפיד כנ"ל, משא"כ כאן דאין שום אחד יכול לקיים תנאו, משו"ה הולכין אחר המוחזק, והוסיף רע"א דאף לדעת הי"א בסע' ג' שאני התם דהוא להוציא משא"כ הכא דמוחזק וכן מבואר בתוס'.

וז"ל השו"ע סעי' ה' "שכר ספינה סתם לין סתם, הרי אלו חולקין השכר, (רמב"ן -) ודוקא כשאין אחד מהם רוצה להשלים, אבל [אם] זה מביא יינו וזה אינו מביא ספינה, אם נתן שכר נמי יטול ויוציא מתחת ידו (וה"ה נמי איפכא אם בעל הספינה מביא ספינה אחרת ואין בעל היין מביא יין אחר דצריך לשלם לו כל שכירותו, טור וסמ"ע)".

כתב הסמ"ע (ז) דנראה דבזה אפילו לא הולוכו עדיין חצי הדרך או שהולוכו טפי מחצי דרך, עכ"פ חולקין השכר כיון דאינו מועיל חזקתו של חד מנהון, וצריך ליתן לשכנגדו החצי, כיון ששניהן שוין בקיום התנאי ואין אחד מהן עדיין קיימו משוין ביניהן לחלק השכר, ה"נ נאמר לענין אם הולוכו פחות או טפי מחצי הדרך, מיהו אינו מוכרע, והוסיף הש"ך (ג) דהוא מוכרע.

סעיף ו

השוכר ספינה ופרקה בחצי הדרך, מה הדין? באילו מקרים משלם השוכר שכר מלא ובאילו שכר חלקי? פרט את השיטות והסברות.

ע"פ ברייתא וכאוקימתות דגמ' בב"מ ע"ט: פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "השוכר את הספינה ופרקה בחצי הדרך, נותן לו שכר כל הדרך, ואם מצא השוכר מי שישכיר אותה לו עד המקום שפסק שוכר, ויש לבעל הספינה עליו תרעומת ("מה שנפסדה הספינה בהוצאת הסחורה של הראשון ובהכנסת הסחורה של האחרון, ויש לו עוד עליו תרעומת שגורם לו לסבול דעת איש אחר שלא הורגל עמו", טור) {וצריך ליתן לבעל הספינה מה שהספינה נפסדת בהוצאת הסחורה הראשונה ובהכנסת השנייה (טור כנ"ל ע"פ הגמ', וכ"ד הראב"ד דתרעומת זו ממון וחלק על הרמב"ם, ועיין גר"א בהבנת השקלא וטריא לכל שיטה)} וכן אם מכר כל הסחורה שבספינה לאיש אחד בחצי הדרך, וירד ועלה, הלוקח נוטל שכר חצי הדרך מהראשון ושכר החצי מזה האחרון, ויש לבעל הספינה עליו תרעומת מפני שגרם לו לסבול דעת איש אחר שעדיין לא הורגל, וכן כל כיוצא בזה".

כתב הסמ"ע (י) ברישא ע"פ הטור דנותן לו שכר כל הדרך אבל עכ"פ מנכה לו שאינו דומה הבא טעון להבא ריקן, וזה דלא כרב המגיד (בב"י) דכתב דאינו מנכה לו כלום שכיון שספינה קיימת יכול לומר אנא הא קאימנא ואינו דומה לספינה סתם ויין זה וטבעה ספינה שמנכה לו לפי שלשם אין הספינה קיימת. הש"ך (ד) כתב שסתמת המחבר כרב המגיד, אולם התוס' סוברים כטור וכן עיקר לדינא.

הקצות (ב) כתב שהמל"מ תמה על הרב המגיד דמה לי אם הספינה קיימת הרי נהנה ממנה שלא טרח, והלא גבי פועלים שהלכו ולא מצאו תבואה דאמרינן (ב"מ עו) נותן להם שכרם כפועל בטל, ועוד קשה במה שסיים דאינו דומה לספינה סתם ויין זה שלשם אין הספינה קיימת, דזה תימה דכל מה שאנו מחייבים לשוכר משום שיכול המשכיר לקיים תנאו והרי הוא כאילו הביא ספינה אחרת וזה אינו יכול להביא יין זה, האיך יועיל זה שלא לנכות כפועל בטל, אך הביא הקצות שסברת הרב המגיד נמצאת בשיטה בשם ר' יהונתן שכתב דדומה דין ספינה לדין אוכלסי דמחוזא (ב"ב עו) דאי לא עבדי חלשי ומשי"ה לא שייך למימר אינו דומה הבא טעון להבא ריקן.

[כתב בפסקי המשפט (אות א) דמכאן נלמד לגבי נוסע במונית הרוצה לרדת באמצע הדרך מחמת שיש פקק, שאינו רשאי להפסיק את הנסיעה אלא ישלם לנהג את ההמשך אבל אין צריך לשלם לו את כל מחיר הנסיעה עד למקום שהזמין מראש אלא ינכה קצת את מה שחוסך הנהג (במקרה שחוסך, עי"ש) ועוד כתב ע"פ האג"מ גבי שוכר רכב שבאמצע תקופת השכירות אינו צריך את הרכב שחייב לשלם כל דמי השכירות וגם אינו יכול להביא מחליף במקומו].

סימן שיב - המשכיר בית לחבירו לזמן קצוב או סתם

סעיפים א. יא

מה הדין אם נחרב ביתו של המשכיר, האם השוכר חייב לצאת? (וראה גם סעי' י"ז)

משנה ב"מ קא: (רש"י) "המשכיר בית לחבירו בימות הגשמים אינו יכול להוציאו מן החג ועד הפסח" ובגמ' "אמר רב יהודה להודיע קתני והכי קאמר המשכיר בית לחבירו סתם אין יכול להוציאו בימות הגשמים מחג ועד הפסח א"כ הודיעו שלשים יום מעיקרא... פשיטא נפל ליה ביתא אמר ליה (המשכיר) לא עדיפת מינאי (הואיל והגיע זמנו מוציאו), זבניה או אורתיה או יהביה במתנה אמר ליה (שוכר לזה שקנאה) לא עדיפת מגברא דאתית מיניה. כלליה לבריה חזינן אי הוה אפשר לאודועיה איבעי ליה לאודועי ואי לא אמר ליה לא עדיפת מינאי". כתב הר"א"ש דכולה שמעתין איירי בסתם אבל אם שכרו לזמן קצוב כמכר דמי אבל אם אין לו מה יאכל יכול למכרו אפילו בתוך הזמן והכי איתא בירושלמי, ועוד כתב דאם הקדים לו שכר אפילו לזמן מרובה אינו יכול להוציאו עד שיכלה זמן כל השכירות שהקדים לו והביא ראיה מהירו'.

וז"ל השו"ע "המשכיר לחבירו בית או חצר או מרחץ או חנות לזמן קצוב, אינו יכול לחזור בו ולהוציאו תוך זמנו (דלאחר שנעשה אחד מהקנינים דשכירות קרקע ה"ל כמכר דשכירות ליומא ממכר הוא, סמ"ע א'), אפילו נפל ביתו של משכיר שאין לו מקום לדור בו (והא דאמרו נפל ביתו של משכיר מצי אמר המשכיר לא עדיפת מינאי זה דוקא בשוכר סתם שכל שעה זמנו ואינו מחוסר אלא זמן ההודעה אבל בשוכר לזמן ידוע אינו יכול להוציאו תוך זמנו וכן מוכח בירושלמי, רשב"א בב"י ולקמן סעי' יא במחבר, ובקצות כתב דמה דאמרינן בגמ' היינו לענין זמן דהודעה אבל תוך זמן השכירות אפילו נפל ביתו אינו יכול להוציאו עד הזמן), ואפילו העני וצריך למכרו לאחר, אינו יכול להוציאו, והמקח קיים, ולוקח צריך להניחו ביד השוכר עד שישלים זמנו (אבל יכול להשכירו לאחר תוך זמנו לכשיגיע הזמן, ש"ך ג', שדבר המחוסר רק זמן וזמן ממילא קאתי לא הוי דבר שלא בא לעולם, נתיבות א') {ואם היה מושכר בענין שלא היה יכול לפדותו לעולם אם לא מכרו, יכול למכרו ולהוציאו מיד (רא"ש)}. התנה עמו שיוכל להוציאו לצרכו ומכרו, אין הלוקח יכול להוציאו (ריב"ש) { ואם הקדים לו השכר, אפילו לזמן מרובה, אינו יכול להוציאו עד שיכלה זמן כל השכירות שהקדים לו { ואפילו לא קצב לו זמן אפילו הכי מסתמא שכרו נגד מעותיו (ב"י בטור), אף שאינו מוכרח ונראה שלכן קיצר המחבר מיהו הדין יכול להיות נכון מצד עצמו בלא הוכחה מהטור, סמ"ע, ובש"ך פסק שאין הדמים מודיעים, וראה לקמן}. המשכיר בית לחבירו, ובתוך הזמן רוצה לבנותו, אין יכול לכופו לצאת אפילו לבית יפה ממנו, גם להכניס פועלים לבית לבנותו, מיהו מבקשים מן השוכר לעשות לפניו משורת הדין (מרדכי) }".

בסעי' י"א פסק כלשון הרמב"ם "נפל בית המשכיר שהיה דר בו (וכן אם מחמת דחקו מכר, רע"א), הרי זה יכול להוציא השוכר מביתו (סמ"ע): היינו דוקא כשכבר דר בו לי יום, אבל בתוך לי הראשונים לשכירותו כיון דאין שכירות פחות מלי יום ה"ל כהשכירו לזמן דכתב המחבר אחר זה מיד דאינו יכול להוציאו בתוך זמנו, וכתב הנתיבות שסותר עצמו ממש"כ בסעי' ה' ואומר לו אינו בדין שתהיה אתה יושב בביתו עד שתמצא מקום ואני מושלך בדרך שאין אתה בעל זכות בבית זה יותר ממני (ודלא כנ"י שכתב שידורו שניהם ביחד), (ירו' ורשב"א וכנ"ל סעי' א' -) ודוקא בשוכר סתם, אבל בשוכר לזמן ידוע אינו יכול להוציאו תוך זמנו".

יש לציין שמסתימת לשון הרמב"ם בסעי' י"א (ללא הרשב"א) משמע שיכול להוציא את השוכר בכל גווני, וכ"כ באוצר התשובות אות ו' והערה י"ג דהרש"ל למד ברמב"ם כרב יוסף הספרדי החלוק על סיעת הרשב"א רא"ש והמחבר והמשכיר יכול להוציאו בנפל ביתו, אכן הרב המגיד למד ברמב"ם דדיבר כרשב"א דדוקא בשוכר סתם, וכן א"כ משמעות המחבר.

עמש"כ המחבר בסעי' א' דאפילו נפל ביתו של משכיר וכו' כתב הש"ך (ב) ע"פ תשובת הרמ"א דה"ה אם חלה השוכר או אשתו אחרי גמר השכירות (נדר"ל סיכום השכירות, ח.פ.) אף דלא נכנס עדיין השוכר אין יכול המשכיר לעכב עליו שלא יכנס, ובנתיבות (ב) דבתשובה שם מבואר דאפילו בחולי המתדבק דינא הכי, והוסיף דנראה דאם היה לו חולי המתדבק והמשכיר לא ידע דהוי מקח טעות.

עמשי"כ הרמ"א ע"פ המרדכי דרוצה לבנותו וכו' אינו יכול לכפותו לצאת וכו', כתב הסמ"ע (ג) דכעין זה כתבו הטושי"ע בסעי' י"ז לקמן וכאן קמ"ל הרמ"א דאפילו אם המשכיר רוצה לחזור ולבנות זה הבית בעצמו וליתן לו לדור בו אחר התקנה, אפ"ה יכול השוכר לעכבו, ועדיפא מיניה אשמועינן הטושי"ע בריש סימן קס"ד בשנים דהיה לאחד בית ולשני עלייה וירדה קרקעית העלייה למטה, דכל שלא הגיעה הירידה תוך עשרה טפחים דאז התחתון עדיין יכול לדור בביתו ע"י הדחק, אין יכול לכפות לבעל העלייה לצאת אפילו לבית הטוב מזה עד שיתקן דירת ביתו, דמצי למימר לא בעינא למטרח ביציאה וכניסה, ומה לי שנים שיש לכל אחד חלק בו ומה לי זה ששכר, והא ג"כ שכירות ליומא ממכר הוא. הש"ך (ה) כתב ברמ"א דאינו יכול להוציאו ליפה ממנו היינו בבית זה, אבל בבית סתם משמע ברמ"א בסעי' י"ז דיכול להוציאו לבית כמוהו.

[כתב בפסקי המשפט (אות ה) בשם מנחת אשר (א,קג) דלפי הרמ"א משכיר שרוצה להכניס פועלים לדירה לצורך תיקון או תוספת כגון סגירת מרפסת כדי שתהיה הדירה מוכנה לשוכר הבא, אם מניעת העבודה תגרום למשכיר הפסד גדול, אין השוכר יכול לעכב בעדו, ובתנאי שהמשכיר ידאג שלא יפריעו למנוחת השוכר ומשפחתו, עיי"ש].

בענין מח' הרמ"א עם הש"ך גבי דמים מודיעים, עיין בקצות (ב) שהאריך בשאלת אחיו על הרמ"א דהא בשכירות קרקע אין אונאה וא"כ היכי אמרינן הדמים מודיעים, והוכיח בראי' דאפילו בקרקע כל שאין הלשון סותר אמרינן הדמים ראייה, ובנתיבות (ד) כתב דאם אמר השכר לי ביתך בעד מנה ולא פירש לו זמן כיון דסתם שכירות שלשים יום הוי כסותר הלשון ואין הדמים מודיעין, אם לא שהמנהג בעיר שאין שוכרין בית לפחות משנה שאז הסתם הוא שנה, והפת"ש (ג) כתב שהשבו"י פסק כרמ"א ודלא כש"ך (ולא כבא"ה שלמד שהש"ך מסכים לדינא לרמ"א) וקושית הש"ך לא קשה מידי דודאי היכא שנתן לו שכירות ולא קצב לו זמן, זה הוא נגד הסברא דלא שדי אינש זווי בכדי, איך לא יפרש השוכר או המשכיר איזה זמן קצוב, אלא ודאי סמכו אשכירות כנגד מעותיו, משא"כ היכא ששכר לזמן שאמר לשנה זו רק שאנו מסתפקין איך היתה כונתם, וכן במכר את הצמד, אף דאיכא דקרי לצמד בקר ולבקר צמד, מ"מ אין הדמים ראייה ואמרינן ששכר או מכר לו הפחות והדמים מתנה.

כתב בא"ה (ד) בשם מהרי"ט דמי שהשכיר בית ב"ב דינרין לשנה לפרוע דינר בכל חודש והוא עני שאין ספוק בידו כדי לפרוע מה שעבר ומה שעתידי לבא נראה דבר פשוט דמצי מסלק ליה שלא השכיר לו אלא ע"מ שישלם לו חדש בחדש.

ראובן השכיר בית לשמעון לתקופה של שנתיים, ובתוך הזמן הציע שמעון לראובן שיפנה את הבית ויחזירונו לו, וראובן הסכים, או להיפך ראובן ביקש משמעון שיפנה לו את הבית, ושמעון הסכים, האם יכולים לחזור בהם או לא?

כתב הבא"ה (א) בשם תשובת בני חיי שמתשובת רשד"ם יש ללמוד שאם בתוך זמן הקצוב אמר המשכיר לשוכר שיפנה לו הבית לזמן פלוני והשוכר אמר הן שאינו מועיל בלא קנין, ומהרי"ט צהלון כתב דכשאמר המשכיר לשוכר כך מהני בלא קנין אבל אם אמר שוכר למשכיר כך לא מהני בלא קנין.

סעיף ב

ע"פ הרמב"ם פסק בשו"ע "אם חזר אחר שהשכירו לזה והשכירו או מכרו לעובד כוכבים או אנס שהפקיע שכירות הראשון, הרי זה חייב להשכיר לו בית אחר כמותו וכן כל כיוצא בזה", וכתב ה"ה דזה פשוט, וכתב הסמ"ע (ד) דדוקא בגוי ואנס שמוציאין לשוכר בעקיפין הוא דסגי למשכיר כששוכר לו בית אחר משא"כ כששכרו או מכרו לישראל אחר וכסעי' א'.

סעיף ג

ב"מ עג: "רב מרי בר רחל משכן ליה ההוא גוי ביתא, הדר זבנא לרבא נטר תריסר ירחי שתא שקל אגר ביתא אמטי ליה לרבא, אמר ליה הא דלא אמטאי למר אגר ביתא עד האינדא דסתם משכנתא שתא אי בעי גוי לסלוקי לא הוה מצי מסלק לי השתא לישקול מר אגר ביתא".

ז"ל השו"ע "משכנו לשנים ידועים, בכך וכך לכל שנה ושנה כל זמן שלא יפדנו, וחזר ומכרו לאחר, אין הלוקח יכול לקחתו מיד המלוה תוך השנה; אבל אחר השנה יכול לקחתו".

סעיף ד

ע"פ הירו' הביאווה ה**פוסקים** פסק בשו"ע "השכיר לו ללינה, אין פחות מיום אחד, לשביתה, אין פחות משני ימים (רמב"ם -) לנישואין אין פחות מל' יום (לאפוקי מהגורסים בטור ז' ימים, סמ"ע)"

סעיף ה

ע"פ המשנה וגמ' שם (בסעי' א') וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "המשכיר בית לחבירו סתם, אינו יכול להוציאו עד שיודיענו ל' יום מקודם כדי לבקש מקום ולא יהא מושלך בדרך, ולסוף השלשים יצא, בד"א בימות החמה, אבל בימות הגשמים, אינו יכול להוציאו מהחג ועד הפסח (אלא צריך להודיעו ל' יום לפני חג הסוכות ולולא כן אפילו איחר יום אחד הוי דינו כאילו לא הודיעו קודם לכן כלל וצריך להניחו לדור בביתו עד הפסח, סמ"ע ז')", ודלא כראב"ד דבימות החמה יכול להוציאו מיד בסוף החודש אע"פ שלא הודיעו מתחלה משום דשכיחי בתי, ומט"ו אלול נחשב ימות הגשמים.

כתב הסמ"ע (ו) ע"פ הרב המגיד דהאי סתם לאו דוקא קאמר, דא"כ אחר יום אחד או פחות יכול להוציאו כשיאמר המשכיר שאין דעתו היתה על יותר, דקרקע בחזקת בעליה עומדת, וראיה לזה מהרמ"א ריש סימן רי"ב דהאומר ידור פלוני בבית זה ולא קצב לו זמן, אפילו שעה אחת במשמע, משמע דה"ה בשכירות יד השוכר על התחונה, אלא ר"ל שהשכיר לו וא"ל אתה תתן לי בעד שכירות ביתי כל חודש כך וכך, דאז השוכר סומך ע"ז דיקח שכירותו כל חודש ולא יוציאנו, משו"ה צריך להודיעו ל' יום מקודם, משא"כ כשהוא לזמן ידוע יכול להוציאו אף בו ביום בלא הודעה, אולם הש"ך (ז) כתב דאין מסימן רי"ב ראייה דהתם נתן לו מעצמו אבל בשוכר מחברו סתם לדירה מסתמא אינו שוכר פחות מל' יום ואין לדמות הענינים זה לזה דהא קי"ל סתם הלואה ל' יום וסתם שאלה מיד והכי אמרינן בר"ה ז' המשכיר בית לחברו ואמר לשנה זו אינו פחות מל' יום ומהרב המגיד אין ראייה דלא אתא אלא לאפוקי אם פירש לו לכמה חדשים דאז מוציאו מיד בלא הודעת ל' וכדלקמן סעי' ח' ועכ"פ הוכרח להזכיר זמן דהיינו בכך וכך לחדש דאל"כ אין שייך שכירות דא"א להזכיר שכירות בלא זמן אבל אה"נ אילו שכרו בכך וכך לשבוע אע"פ שהודיעו ל' יום מקודם שנכנס לדור בו צריך לדור בו ל' יום.

[כתב בפסקי המשפט (אות ז) בשם צי"א (י,נב) שבזמנינו הכל ע"פ הכתוב בחוזה, ואם אין חוזה כתוב, נהוג שיכול המשכיר להוציאו בלי הודעה ועכ"פ אין נוהגים להודיע יותר מל' יום ויש ללכת בזה אחר המנהג עיי"ש, וכתב על דבריו שבזמנינו נהוג בכמה מקומות שאפילו בשכירות קצובה חייב המשכיר להודיעו חודשיים קודם סיום השכירות].

סעיף ו

ע"פ משנה וגמ' ב"מ קא: פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "קבע לו שלשים יום לפני החג, אם נשאר מהשלשים יום אפילו יום אחד, אינו יכול להוציאו עד מוצאי הפסח, והוא שיודיעו שלשים יום מקודם פסח. במה דברים אמורים בעיירות, אבל בכרכים (דשכיחים בני אדם יותר וצר להם המקום וקשה למצוא דירה לעת שירצו) אחד בימות החמה ואחד בימות הגשמים, צריך להודיעו שנים עשר חדש מקודם. וחנות, בין בכרכים בין בעיירות, צריך להודיעו י"ב חדש מקודם (שהחנוונים יושבי חנות דרכם להקיף להקונים מהן זמן רב, וכשיבואו לשלם באים על פתח החנות לשלם לו, וכשיצא משם לדור במקום אחר לא ידעי אנה ימצאוהו)" והרמ"א פסק כרשב"ג במשנה ע"פ הרי"ף והרא"ש – "ובחנות של נחתומין וצבעין, צריך להודיעו ג' שנים מקודם" (מדיהיב טעמא בגמרא לדברי רשב"ג מפני שהקיפן מרובה משמע דס"ל דהלכתא כוותיה, והרמב"ם השמיטו ונקטינן כרי"ף והרא"ש, מיהו בזמן הזה אפילו חנות של נחתומים ושל צבעים אינם צריכים להמתין יותר מיי"ב חודש דהא חזינן דבהכי סגי להו האידינא ואפשר שמטעם זה השמיט הרמב"ם, ב"י)".

סעיף ז

ברייתא **שם** "וכשם שמשכיר צריך להודיע כך שוכר צריך להודיע דאמר ליה אי אודעתן הוה טרחנא ומותיבנא ביה איניש מעליא", ולמד הרמב"ם ש"כשם" היינו אותם דינים, וז"ל השו"ע כלשונו "כשם שהמשכיר חייב להודיעו, כך השוכר חייב להודיעו מקודם שלשים יום בעירות, או מקודם שנים עשר חדש בכרכים (וכן הדין בחנויות כדלעיל, ב"י וסמ"ע), כדי שיבקש שכן ולא ישאר ביתו פנוי, ואם לא הודיעו, אינו יכול לצאת, אלא יתן השכר {ב"י -} או יעמוד לו אחר במקומו, ואם רוצה להעמיד אדם שאינו הגון, אין המשכיר צריך לקבלו, וע"ל סי' שט"ז" וביאר הב"י דיכול המשכיר לומר אלו הודעתני קודם הייתי מבקש אדם הגון מאד שישכרנו והכי דייק לישנא דגמ' דקאמר דאמר ליה אי הודעתן הוה טרחנא ומותיבנא ביה איניש מעליא, ואע"ג דגבי שוכר ספינה אמרינן דאין לו אלא תרעומת דשנוי דעתא ומ"מ אינו יכול לעכב עליו בשביל כך, התם שאני שאינו סובל אותו שנוי דעת אלא קצת ימים אבל שוכר בית שצריך הוא לסבול שנוי דעתו של שני זמן רב מעכב הוא על ידו מפני טענה זו ואפילו אין המשכיר דר אצל אותו בית איכא למיקפד בשנוי דעתא בשעת גביית השכירות ובשכונתו עם השכנים אולי לא תהיה דעתם נוחה הימנו ויצטרך להוציאו וכיוצא בזה, ואע"פ שכתב הרב המגיד שלא אמרו שיש לו תרעומת אלא בספינה מפני שיש לו לבעל הספינה לדור עם השוכר ולסבול דעתו אבל בבית אפילו תרעומת אין לו, "מה שכתבתי הם דברי טעם".

באה"ג הביא דברי הרמב"ם (שכירות ה,ה) גבי המשכיר בית לחבירו עד זמן קצוב שלא ישכור למנין יותר מבני ביתו (וראה לקמן שט"ז/א).

כתב ה**נתיבות** (ו) דהש"ך שצ"י לשו"ת מהר"א ששון, כוונתו למש"כ שאם השוכר כבר הקדים השכר שאינו יכול להעמיד אחר במקומו.

כתב ה**פת"ש** (ד) דכתב ה**שער משפט** דמפשטא דלישנא משמע דאף שיצא מהבית חייב ליתן השכר ומוציאין מידו בב"ד, וקשה טובא מהא דכתב הרמ"א בסימן שסג/ו ע"פ הרא"ש דאם לא היה דר בו אלא שגזלו ממנו פטור לשלם השכירות, ובע"כ צ"ל דמ"ש הטושי"ע אינו יכול לצאת אלא יתן השכר היינו דאינו יוצא ידי שמים עד שישלם ומשמתין אותו על כך, דכל הגרמות משמתין אותו עד דמסלק הזיקא אבל אם יצא מהבית ולא הודיעו אין מוציאין ממנו בב"ד דאינו אלא גרמא דפטור, ולפ"ז הי"ה בההיא דסעיף י"ד מקום שנוהגין כו' עד הדין עם שמעון, היינו נמי דשמעון יכול לעכב עליו שלא לצאת מהבית וחייב לשלם דגרמא בניזקין אסור ומשמתין ליה עד דמסלק הזיקא, אבל מ"מ היכא שעבר ויצא מהבית לאחר חודש אחד אין מוציאין מידו בב"ד וסיים דנראה שהאידינא אין דנין כן ומש"כ עיקר, וה**פת"ש** כתב דלא נראה כן ושלח למש"כ **בנחלת צבי** - שאם ודאי לא ימצא שוכר אחר אינו חייב רק בדיני שמים אלא גם בדיני אדם (משום דינא דגרמי דברי הזיקא וגם מדין שכירות שהרי ירד מתחילה בתורת שכירות, פסקי המשפט).

סעיף ח

ע"פ ה**ירו'** הביאוהו ה**רי"ף רמב"ם ורא"ש** (וכן משמע מסוגיין בבבלי, מ"מ) פסק בשו"ע "אם שכר לזמן קצוב, כיון שכלה הזמן יכול להוציאו מיד, אפילו כלה הזמן באמצע ימות הגשמים".

כתב ה**סמ"ע** (יג) דהוא הדין דהשוכר יצא מיד בלי הודעה למשכיר, והטעם, דהרי ידעו שיכלה הזמן, והוה להו לדבר זה עם זה או עם אחרים באופן שידעו מקום דירתם מסוף הזמן והלאה.

[ב**שבט הלוי** (י,רפו) דן בענין שוכר דירה מחבירו ועשו שטר שכירות על ג' שנים ובתום הזמן בא המשכיר להוציאו שהרי נשלם זמן השכירות, והשוכר טוען דצריך להודיעו ל' יום קודם ובכרכים י"ב חודש, דאין ספק דהוא בכלל שוכר ביתו לזמן שכתב ה**רי"ף** בשם ה**ירו'** הכא דמוציאו מיד וכדמוכח לכאורה גם בגמ' דילן והלכו אחריו כל הראשונים והשו"ע, לאפוקי שיטת רש"י דאעפ"י שקבע זמן צריך להודיעו כהלכה, וא"כ להלכה עליו לעזוב גם בלי הודעה, ואין לומר דמנהג המדינה אינו כן ודרך המשכיר לא להקפיד על הזמן, דזה פשוט דלא נקרא מנהג כיון דלא נעשה בהסכמת בי"ד מומחה ולא מצינו בפוסקים כזה, ומצינו רק מש"כ בתשובת מהרשד"ם שהיה מקום שנהגו מנהג דגם בשכירות זמן מודיעו ז' ימים או ט"ו ימים או אפ"י ל' יום אבל לא לעקר עיקר היסוד שמוציאו אפ"י באמצע ימות הגשמים, דזה אין בידינו כח, אלא מפני הישר והטוב יודיעו עכ"פ קצת קודם, אבל עצם הכח להוציאו אין בידינו לשנות (ועיין גם **משפטי שאול** סימן מז באריכות בענין אי הודעה של השוכר שעוזב יקב יין שנגמר החוזה)].

סעיפים ט - י

המשכיר בית לחברו לשנה וקבעו גובה השכירות ובנתיים עלה שכירות הבתים, האם המשכיר יכול לדרוש יותר?

מה דין משכיר שחתם חוזה על מחיר מסוים לשנה, לאחר שנה ראשונה עלו המחירים ולא נחתם חוזה חדש בינו לשוכר והמשיך השוכר לגור בשנה שניה, כעת מעונין המשכיר להעלות את השכר בהתאם למחיר השוק, האם הוא יכול לעשות כן? פרט ונמק והבא דברי הפוסקים.

ב"מ קא: "אמר רב הונא ואם בא לרבות בדמיה מרבה אמר ליה רב נחמן האי לנקטיה בכובסיה דלשבקיה לגלימא לא צריכא דאייקור בתי", וכתבו הר"ן **ריב"ש רשב"א** ובשם **רבינו האי** דמיהו דוקא דאתנו הכי קודם הזמן ואע"פ שעבר זמן הודעה הא אם עמדו בסתם מסתמא דעתם היה על השכר הראשון, וז"ל **השו"ע** כלשון **הרמב"ם** "מה שאמרנו שאין המשכיר יכול להוציאו ולא השוכר יכול לצאת עד שיודיענו מקודם, אם הוקרו הבתים יש למשכיר להוסיף עליו ולומר לשוכר או שכור בשוויה או תצא, וכן אם הוזלו הבתים יש לשוכר לפחות השכר ולומר למשכיר או שכור לי כשער של עכשיו או הרי ביתך לפניך (**ריב"ש ר"ן ורשב"א** -) מיהו דוקא דהתנו הכי מקודם הזמן, ואע"פ שעבר זמן הודעה, אבל אם עמדו בסתם, מסתמא דעתם היה על השכר הראשון { וכן אם שכרו לזמן קצוב, אף על פי שנתייקרו הבתים או הוזלו, אינן יכולין לשנות רק כפי שהתנו (תשובת הר"א"ש) }. (י) (**רשב"א ור"א"ש** -) במה דברים אמורים, שהשכירו סתם, אבל אם השכירו לזמן ידוע, אע"פ שנתייקרו הבתים או הוזלו, אינם יכולים לא להוסיף ולא לגרוע".

ביאר **הסמ"ע** (יד) הרישא שהבעה"ב אומר לשוכר מכאן והלאה אם תרצה לדור בביתי צריך אתה ליתן לי כך וכך לחודש ואם לא תרצה ליתן כל כך צא מיד, ואין צריך ליתן לו זמן ל' יום, וזה שכתב אע"פ שעבר זמן ההודעה, פירוש, שעברו ה' יום שצריכין להודעת המשכיר לשוכר שיצא, יכול זה לומר לו צא מיד או תן שכירות כפי שער היוקר שהוא לעת עתה, אבל אם כבר דר בו אין יכול להוציאו מידו כפי היוקר דלמפרע, וזה שכתוב אבל אם עמדו בסתם וכו'.

כתב **הסמ"ע** (טו) דמש"כ הרמ"א וכן אם שכרו לזמן קצוב וכו', גם המחבר בעצמו כתב דין זה בסעי' יי "ואגב שיטפא לא ראהו מור"ס", אולם ה**ש"ך** (י) כתב דראהו, אלא חידש הרמ"א אדברי המחבר שכתב ואף על פי שעבר זמן כו' ר"ל שאע"פ ששכרו לזמן ודר בו אחר הזמן בסתם אף על פי שנתייקר אן הוזל א"י לשנות ליתן בעד מה שדר יותר מהזמן כפי היוקר, וכ"כ הרשב"א והריב"ש.

כתב **הרמ"א** (ט) ע"פ ה**נ"י** "מי ששכר בית לחבירו, והיה אוהבו ונעשה שונאו, אין יכול להוציאו מן הבית ואם א"ל מתחלה שאינו משכיר לו רק משום שהוא אוהבו ונעשה שונאו יכול להוציאו".

כתב **הקצות** (ג) על דין זה דצ"ע ואם השוכר כבר בבית קשה להוציאו (והרחיב בזה בסימן שי"ט סק"א עיי"ש), **והנתיבות** (ז) כתב דמיירי דוקא שהבית לא היה עומד אצלו להשכיר, רק לזה השכיר משום שהוא אוהבו, גם גילה דעתו שמשכיר לו רק משום שהוא אוהבו, אז יכול להוציאו דממא להא דסימן רז/ג דאיכא אומדנא דמוכח, וכן בשורש הדין גבי האשה בב"מ בסוגיין שלא רצתה להשכירו עד שיקדשה תחילה, אבל בסתם משכיר בית שעומד להשכירו, אפילו אם אומר בפירוש מחמת שהוא אוהבו, ואפילו אמר תנאי בפירוש, לא מהני עד שכופל לתנאי כמבואר בסימן רמא/ט, וכן שם אם האשה משכירה לו קודם שקידשה, אפילו אם היתה אומרת הריני משכירה לך אם תקדשני התנאי בטל והמעשה קיים כל שלא היה כדינו וליכא אומדנא דמוכח כגון שהדבר עומד להשכיר.

סעיפים יב - יג

ע"פ **שם פסק בשו"ע** "יב) נתן הבית לבנו לישא בו אשה (או שנתן ביתו לבנו וצריך אבי הבן את הבית לדור בו, **סמ"ע** בשם הטור), אם היה יודע שבנו נעשה חתן בזמן פלוני והיה אפשר לו להודיעו מקודם ולא הודיעו, אינו יכול להוציאו, ואם עכשיו נזדמנה לו אשה והרי הוא נושאה מיד, הרי זה יש לו להוציאו, שאינו בדין שיהא זה יושב בביתו וכן בעל הבית ישכור בית שיעשה בו חתונה (**באה"ג**: פשוט

דאיירי בשכרו סתם) (יג) **מכר הבית**, או נתנו או הורישו, אין השני יכול להוציאו עד שיודיעו מקודם ל' יום, או מקודם י"ב חדש, שהרי השוכר אומר לו אין כחך יותר מכח זה שזכית בבית זה".

סעיף יד

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע "מקום שנוהגין שיש להם ראש שנה קבוע לשכירות הבתים, וראובן שכר בית משמעון לשנה אחת, ואחר שכלתה השנה נשאר בבית חדש אחד (לאו דוקא אלא אפילו יום אחד ומעשה שם היה בחודש, סמ"ע), ולא דברו זה עם זה כלום בשכירות שנה הבאה, ורצה ראובן לצאת מהבית ושמעון מעכב על ידו שלא לצאת עד תשלום שנה שניה, הדין עם שמעון (דכיון דרגילין לשכור הבתים לשנה כבר שכרו כל השוכרים ולא ימצא להשכירו, והיה לו להודיעו איני רוצה לדור בביתך כי אם חודש, וכיון שלא הודיעו סמך האחר עליו שידור בבית כמנהג העיר ששוכרים הבתים לשנה ונתחייב בשכירות שנה אחת, סמ"ע בשם הטור)".

כתב הרמ"א ע"פ הב"י "שנים שהיו דרים בבית והיו חולקין על הבית, ואחר כך נתחייב אחד בדין, צריך לצאת אפילו באמצע החורף, אע"פ שלא הודיעו חברו מקודם", ומקור הדין בב"י בשם מ"כ והוא במהרי"ל (הובא בקצרה בסמ"ע סקכ"ב) שכתב "כיון דימים רבים הוא שטענה עמו לאה איבעי ליה למיחש שמא תנצחנו" ולא תרצה להחזיקו דדמיא עליה כאריה ארבא, ועוד כתב שם "אמנם אם אונס גדול הוא לראובן שלא יוכל כלל למצוא בית בימי החורף נכון ללאה לעשות לפנים משורת הדין, להניחו בבית באחת המקומות, כי זהו הטוב הישר עד אשר ימצא לו בית עד כלות החורף, ותנסה אם תוכל לדור עמו מחמת אונסו אם האונס מבורר".

סעיף טו

משכיר בית לשנה ונתעברה השנה מה דין חודש העיבור? ומה הדין בשכירות פועל לשנה?

משנה ב"מ קב. "המשכיר בית לחבירו לשנה נתעברה השנה נתעברה לשוכר השכיר לו לחדשים נתעברה השנה נתעברה למשכיר מעשה בציפורי באחד ששכר מרחץ מחבירו בשנים עשר זהב לשנה מדינר זהב לחדש, ובא מעשה לפני רבן שמעון בן גמליאל ולפני רבי יוסי ואמרו יחלוקו את חדש העיבור" ובגמ' "מעשה לסתור חסורי מחסרא והכי קתני ואם אמר לו בשנים עשר זהובים לשנה מדינר זהב לחדש יחלוקו ומעשה נמי בציפורי באחד ששכר מרחץ מחבירו בשנים עשר זהובים לשנה מדינר זהב לחדש ובא מעשה לפני רבן שמעון בן גמליאל ולפני רבי יוסי ואמרו יחלוקו את חדש העיבור".

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "המשכיר בית לשנה בסכום ידוע ונתעברה השנה (בין ידע המשכיר שמעוברת או לא ידע, קצות בשם תשובת הרי"ף בשיטה) נתעברה לשוכר (אפילו בעומד באמצע השנה, ה"ה בדעתו והר"ן, ולא כטור בשם רשב"א דדווקא כשעמד בר"ה ואמר לו שנה זו אי נמי השנה דקיי"ל דהוי כאומר שנה זו אבל אם אמר לו שנה אחת אין לו אלא י"ב חודש כרוב שנים שאינן מעוברות, דלא אמר כן אלא להלכה אבל לא למעשה, וכן מבואר בתשובת הרשב"א דפסקינן כ"ראשונים", ב"י). השכיר לחדשים, נתעברה למשכיר. (ע"פ רב נחמן דאין הלכה כרשב"ג ורבי יוסי אלא קרקע בחזקת בעליה קיימת אע"ג "דאפיך מיפך" ולא תלוי בתפוס לשון אחרון או ראשון -) הזכיר לו חדשים ושנה, בין שאמר לו דינר לחדש שנים עשר דינר בשנה, בין שאמר לו שנים עשר דינר לשנה דינר בכל חדש, הרי חדש העיבור של משכיר, שהקרקע בחזקת בעליה".

הסמ"ע (כג כו) כתב שעל פניו הטור ביו"ד סותר למש"כ כאן ע"פ הרשב"א דפסק שם בסימן ר"כ לענין נדרים סותרין זה את זה דהיה עומד תוך השנה ואמר שנה זו אסור עד תשלום השנה ומותר ביום ראש השנה ואם אמר שנה אחת או שנה סתם אסור מעת לעת, ואם שנה מעוברת אסור י"ג חודש מיום אל יום, וחילק הסמ"ע "לדינא" דהכא כשעמד בראש השנה ואמר שנה אחת או שנה סתם יהיה זה מושכר לך או אסור, אז ודאי דעתו היתה דלא יהיה חודש העיבור בכלל, דאי הוה דעתיה ג"כ עליו ה"ל למימר שנה זו, אבל ביו"ד התחיל בעומד בתוך השנה כו', ועלה מסיק וכתב דאם אמר שנה אחת או שנה סתם כונתו י"ג חדשים, דבעומד באמצע השנה לא הוה מצי למימר שנה זו יהיה זה מושכר לך, או אסור לך, דא"כ הוה משמע דאין כונתו רק עד כלות שנה זו דהיינו עד ראש השנה, והוא רוצה להשכיר או לאסור שנה תמימה משו"ה הוצרך לומר שנה אחת או שנה סתם, ובוזה מיושב כל התמיהות שהקשו הב"י וד"מ, ולפי הרשב"א הסיפא 'השכיר לחדשים ושנה בין שאמר' וכו' האי שנה דקאמר מיירי דעמד בראש השנה

ואמר השנה או שנה זו דאז אם אמר שנה לחוד ולא חודש היה חודש העיבור בכלל. **כתב הש"ך** (יו"ד רכז, ציין אליו כאן וע"פ בא"ה שם) דמבואר בסמ"ע כאן דאם עומד בר"ה ואמר שנה א' אינו אסור אלא יב"ח אף שהשנה מעוברת דא"כ הל"ל שנה זו אבל כשאינו עומד בר"ה לא הוי מצי למימר שנה זו דא"כ הוה משמע רק עד ר"ה ובאמת ר"ל שנה תמימה, והוסיף עליו דאמנם היכא דאמר שנה א' מיום זה מונח י"ב חדש אפי' עומד בר"ה וכן אם אמר השנה דינו כאומר שנה זו וראה לקמן.

כתב הש"ך (יג) דהתחלת השנה לענין שכירות הבתים משמע מלשון הרשב"א הרב המגיד ר"ן וסמ"ע סקכ"ב שהוא מר"ה דהיינו בא' בתשרי, ואע"ג דאמרי במסכת ר"ה ז' באחד בניסן ר"ה לחדשים ולעבורים ולתרומת שקלים וי"א אף לשכירות בתים הא משמע התם דת"ק ס"ל דא' בתשרי הוא ר"ה לשכירות בתים וכן מבואר בגמ' דלת"ק דברייתא ותנא דמשנה הוי א' בתשרי ר"ה לשכירות, ואין הלכה כיי"א וכן מוכח דעת הר"י והרא"ש ושאר פוסקים שלא הביאו רק המשנה כצורתה ולא הזכירו שאחד בניסן הוא ר"ה לשכירות בתים, ולכן סיים "וא"כ המשכיר בית לחברו לשנה מונה י"ב חודש מיום ליום, ואם אמר לשנה זו אפילו לא עמד אלא בא' באלול עלתה לו שנה, אבל אם עמד בב' באלול או יותר לא עלתה לו שנה ודר בו שנה שלימה דליכא למימר אדעתא דהיא שתא אגריה דלא טרח אינש למיגר ביתא לבציר מתלתין יומין" וכ"פ **השב"י** (פת"ש ז'), ואילו **רע"א** חלק עליהם, וכוונת הרשב"א "היה עומד בר"ה" מבואר בחידושו דלאו כוונתו אתשרי אלא קאי אר"ה דשכירות וכגון במקום שיש להם ר"ה קבוע וכסע"י י"ד, ומהר"י והרא"ש נמי אין ראייה דאדרבה מדלא הביאו ס"ל אין ר"ה כלל רק אם הוא מנהג המקום, וכיון שאין ראייה ברורה לפסוק כנגד הרשב"א, מאן דבעי להורות כש"ך עליו הראייה בפרט שאפשר לומר שאילו נתגלו החידושים בזמן הש"ך היה חוזר בו.

גבי היפוך הלשונות **כתב הסמ"ע** (כו) דדעת הנ"י דהא דמספקא לן דוקא דכל הלשונות סמוכין הן זה לזה אבל אם אינן סמוכין זה לזה לכ"ע האחרון עיקר וכדאמרינן גבי שט"ח בב"ב קס"ה. עוד כתב (כז) בסברת רב נחמן דכתב הטור דמספקא לן אי תפוס לשון ראשון או לשון אחרון וקרקע בחזקת בעליה עומדת, אפילו לא בא לשאול השכירות עד סוף החודש שכבר דר בו צריך ליתן השכירות, וכתב רש"י דהטעם הוא משום שהספק לא עכשיו אחר שדר בו נולד, אלא מתחילת החודש נולד, והעמד הקרקע על חזקתו ונמצא שדר בשל חבירו וצריך להעלות לו שכר, וכתב הסמ"ע דהיינו דוקא במקרקעי אבל במטלטלין כל היכא דמספקא לן אי תפוס לשון ראשון או האחרון מי שתפס לא מפקינן מיניה, והיינו דוקא במילתא דלא עבידא לגלויי וכ"כ הטושי"ע שיז"ג, וכן הסכים **הש"ך** (יד) ואע"ג דכתב הרא"ש דבמטלטלי לא מהני תפיסה בספיקא רק כשטוען ברי היינו דוקא שלא ברשות אבל תפס ברשות מהני תפיסה אף בספיקא.

כתב הש"ך (יד) דברא"ש משמע להדיא דדוקא משום דאין לשוכר טענת ברי אבל אי היה טוען ברי לי שאמרת לי בפירוש ביי"ב דינרים לשנה אע"פ שהשנה היא מעוברת לא מפקינן מהשוכר, וכ"ד הש"ך, ואף דמוכח בדף ק"י ולקמן סימן שיז"ג דאע"ג דהמלוה טוען ברי מפקינן מיניה מטעם קרקע בחזקת בעליה קיימת, שאני התם שידוע הפירות שאכל המלוה כמה הם רק שבא לזכות מכח שטוען ברי שהשכינו לגי שנים א"כ אמרינן קרקע בחזקת בעליה קיימת וה"ל כאילו הפירות עדיין ברשות הלוה כיון שהפירות באים מגוף הקרקע וידוע כמה היו ולא מהני טענת ברי של המלוה משא"כ הכא דכשטוען השוכר ברי א"כ מעולם לא היה בקרקע זו פירות י"ג דינרים ולא שייך כאן כלל לומר קרקע בחזקת בעליה קיימת דנהי דקרקע הוא של המשכיר מ"מ אפשר דמתחלה לא היה בה פירות רק י"ב דינרין וא"כ השוכר שטוען ברי הוא מוחזק.

כתב רע"א דאם אמר "שנה סתם ולא אמר שנה זו ולא שנה אחת רק סתם שנה, איבעי בש"ס בנדריים (ס) אם שנה סתם כמו שנה זו או שנה אחת, וא"כ י"ל לדינא דהיכא דעומד באמצע שנה ומשכיר לו לשנה סתם, אין לו לדור אלא עד ר"ה דקרקע בחזקה בעליה קיימת".

כתב הש"ך (טו) דכתב בהג' **אשר"י** בשם **האו"ז** ע"פ התוספתא (ש"ך) דהמשכיר בית לחברו עד אדר זה אומר עד אדר ראשון וזה אומר עד אדר שני או השכיר עד סוף אדר זה אומר עד סוף אדר ראשון וזה אומר עד סוף אדר שני חולקים ביניהם, וכתב הש"ך דלא קיי"ל כן דנראה דהך תוספתא אתיא כרשב"ג ור' יוסי דס"ל ביי"ב זהובים לשנה מדינר זהב לחדש יחלקו חדש העיבור ולא ס"ל קרקע בחזקת בעליה קיימת, אבל למאי דקיי"ל כר"נ דיי"ב זהובים לשנה כולו למשכיר אלמא דהיכא דאיכא ספיקא כולו למשכיר משום דקרקע בחזקת בעליה קיימת וכ"פ כל הפוסקים א"כ בזה אומר עד אדר ראשון וזה

אומר עד אדר שני כולו למשכיר, והא דפסק האו"ז דלא כרב נחמן כתב הש"ך דנראה דאזיל לטעמיה דהיכא דאין הדיין יכול לידע מחמת שעלתה ההלכה בתיקו הוי ספק וחולקין, א"כ דוקא ביי"ב דינרים לשנה דינר לחדש דה"ל בעצמו מסופק ואין שום אדם יכול לידע כוונתו הוא דאמר ר"נ קרקע בחזקת בעליה עומדת אבל בהשכירו עד אדר דאין הלשון מסופק אלא דאנן לא ידעינן אי אדר ראשון עיקר או אדר שני וכן פליגי באמת ר' מאיר ור' יהודה בנדרים ונחלקו הראי' כמי פסקינן הילכך כיון דהוי פלוגתא דרבנותא חולקין, ולפי"ז לדידן דקיי"ל בפלוגתא דרבנותא המוציא מחבירו עליו הראיה א"כ הכא המשכיר הוא מוחזק דקרקע בחזקת בעליה קיימת והשוכר ה"ל המע"ה ואפי"י בא בסוף חדש כולו למשכיר, ורע"א כתב שהמל"מ הביא "חבילות פוסקים" כרשב"ם דבספיקא דרבנותא גם בקרקע היכי דקיימא תיקום.

כתב הרמ"א ע"פ תשובת הרשב"א "אבל מי ששכר מלמד לבנו ואמר ליה שני לשונות כאלו, והמלמד למד עמו חדש העיבור, אין צריך לשלם לו חדש העיבור", ומבואר בדרכ"מ דלא דמי לקרקע שבחזקת בעלים קיימא ועוד דמלמד שלמד עמו מדעתו אע"פ דגלי דעתיה דמחמת שכירות השנה לומד עמו א"צ לשלם לו, ועוד שהמלמד בן חבירו שלא מדעת האב אין האב חייב לשלם לו כלום, וכתב הקצות (ה) דמש"כ דלא דמי לקרקע שבחזקת בעלים קיימא, קשה דודאי הפועל או המלמד הוא עצמו בחזקתו קאים, ומש"כ שהמלמד בן חבירו שלא מדעת וכו', זה הוא דעת הרשב"א דפטור אבל דעת המרדכי דחייב משום דהוי כדון יורד לתוך שדה חבירו, וכתב דנראה דעיקרא דמלתא שסמך עליה רמ"א הוא מהך טעמא שכתב הרשב"א לפי שלמד עמו מדעתו, והיינו משום דגבי משכיר בית הרי השוכר דר בו שלא מדעת בעלים ומש"ה חייב לשלם השכירות אע"ג דמוחזק בשכירות כיון דבדירה לא הוי מוחזק הו"ל תפס שלא ברשות, אבל מלמד שלומד עמו מדעת אע"ג דדעת המלמד אדעתא דאגרא הו"ל תפס ברשות בגוף הפעולה ופטור מלשלם בעד חדש העיבור, וה"ה כה"ג בשוכר משרת לשנה ואמר לו שני לשונות והמשרת שרתו בחדש העיבור דפטור מלשלם בעד חדש העיבור כיון שמשרתו מדעתו, ודומיא לבי"מ ע"ו גבי היכא דבעל הבית אמר בארבע ושליח אומר בשלשה ופועלים אמרו כמו שאמר בעל הבית, מאי אדיבוריה דידיה סמכי דאמרי ליה מהימנת לן דהכי אמר בעל הבית, או דלמא אדיבוריה דבעל הבית קא סמכי, ולא איפשטא, ופסקו הראי' והטושי"ע בסימן של"ד קולא לבעל הבית ואין צריך ליתן אלא שלש, ולא אמרינן פועלים בחזקתן קיימי וכמו בקרקע אלא דהיינו מטעמא דאמרן כיון דפועלים עבדי מדעתן הו"ל תפס ברשות, מיהו נראה דאם אין המלמד רוצה ללמוד בחדש העיבור צריך בעל הבית לשלם לו בעד י"ב חדש, ואין בעל הבית יכול לומר עדיין צריך אתה ללמוד עם בני בחדש העיבור עד שישלם לו בעד חדש העיבור כיון דהמלמד הוי מוחזק בעצמו והו"ל דין קרקע בחזקת בעלים, דכמו דאמרינן בסוגיין במשכיר בית לשנה דצריך השוכר לשלם בעד חדש העיבור, ואפילו לשמואל דלית ליה קרקע בחזקת בעליה אפי"ה בבא בתחלת החדש צריך לשלם שכרו דינר לחדש, ולא הוי מוחזק בשכרו וכשיטה בשם הר"ן, ה"ה הכא במלמד אם בא בתחלת החודש צריך בעל הבית לשלם בעד חודש העיבור ואם בסוף החדש כיון שלמד עמו מדעתו לא הוי דינו כדון קרקע.

סעיף טז

כתב השו"ע כלשון הרמב"ם "בעה"ב שאמר לזמן השכרתיך, והשוכר אומר לא שכרתי אלא סתם (והוה לך להודיעני לי יום קודם בימי הקיץ כנ"ל בסעיף ה', סמ"ע) או לזמן ארוך, על השוכר להביא ראיה ואם לא הביא בעל הבית נשבע היסת ומוציאו מן הבית (מהטעם האמור למעלה דקרקע בחזקת בעליה עומדת וכן הדין בכל מילתא דלא עבידא לאגלויי, ה"ה) {וכן בכל ספק שנופל בין הדר בבית חבירו ובין חבירו (ה"ה), אם לא שאכלה שני חזקה דאז נאמן במגו דלקחתי (רשב"א), וע"ל סימן שט"ו סעיף ג' ובסימן שי"ז (והגר"א ציין לדף ק"י לסוגיה דההוא שטרא דהוה כתיב ביה שנין סתמא שהובאה בסימן שי"ז וקיי"ל הלכה כרב כהנא דפירות בחזקת אוכליהן)"}.

כתב הש"ך (טז) דהא דבעה"ב נשבע היסת אע"פ שהוא מודה מקצת, מ"מ כיון דחולקים על הדירה דינו כקרקע דאין נשבעין רק היסת דשכירות קרקע לענין אונאה כדלעיל סימן רכ"ז וכן לענין קניה לעיל ריש סימן ק"צ בהג"ה.

עוד כתב הש"ך (יז) דמשמע מהרב המגיד (לעיל) דאם היה כאן מלתא דעבידא לאגלויי כגון שהיו עדים יודעים לאיזה זמן השכירו לא היה מוציאו מן הבית, וליתא, דלא אמרינן לקמן דבעי מילתא דלא עבידא לאגלויי אלא לענין להוציא ממנו מה שכבר אכל אבל לענין להניחו מכאן ולהבא אפי"י במילתא

דעבידא לאגלויי לא שבקינן ליה מטעם דקרקע בחזקת בעליה עומדת וכדמוכח לקמן סימן שי"ז וכן משמע להדיא בריטב"א והלכך אפילו יש כאן עדים מוציאו.

סעיף יז

השכיר בית ונפל או נשרף מה הדין (ראה גם סע' א') ואם כל העיר נשרפה מה הדין?

כתב השו"ע כלשון הרמב"ם (משנה וגמ' ב"מ קג. -) המשכיר בית לחבירו לזמן ורוצה לסתרו בתוך הזמן, השוכר יכול לעכב עליו, ואם עבר וסתרו בתוך הזמן, חייב להעמיד לו בית אחר או ישכיר לו כמותו (שלא אמרו שאינו חייב לבנותו אלא כשנפל מאליו אבל אם המשכיר סתרו ודאי חייב להעמיד לו בית ופשוט הוא וכ"ש לפירש"י מזלו של שוכר גרם שא"א לומר כן בסתרו הוא, ה"ה), ואם מעצמו נפל - אם אמר לו בית זה אני משכיר לך אינו חייב לבנותו (ואינו דומה לחמור זה שאם יש בדמיו לשכור ישכור בסימן ש"ב משום דחמור כשמת לזבונאי קאי ולוקח אחר משא"כ בבית כשנפל שאין דרך למכרו, תוס') { ואפילו בנאו המשכיר יכול לומר שלא ידור בו (רשב"א) } אלא מחשב על מה שנשתמש בו ומחזיר לו שאר השכירות (וה"ה איפכא אם עדיין לא נתן לו כלום משלם לו כפי הזמן שדר בו, סמ"ע השם הטור) { ואפילו השוכר אומר אבננו משלי אין שומעין לו (ב"י) } ויש מי שאומר (רא"ש) דדוקא בשנפל כולו אבל אם הוא קיים אלא שהוא מסוכן לדור בו (דהשתא לא שייך למימר אזדא ליה) חייב המשכיר לתקנו אם יש בידו שכירות מוקדם (רמ"ה), לאו דוקא שהוא עדיין בעין בידו אלא ר"ל אם כבר קיבל שכירות יותר מלפי ערך הזמן שדר בו חייב המשכיר לתקנו מדמי אותה שכירות, משא"כ אם לא קיבל יותר דהיה יכול המשכיר לחזור בו ולומר צא ושכור לך דירה אחרת, מיהו אין לו טעם כ"כ דכיון דשיעבד נפשו להשכיר לו בית זה ועדיין שמו עליו עליו לתקנו, סמ"ע ל"ב, ועיין נתיבות י"א). ואם אמר לו בית סתם ונפל, חייב לבנותו או יתן לו בית אחר, ואם היה קטן מהבית שנפל, אין השוכר יכול לעכב עליו, (רי"ף -) והוא שיהיה קרוי בית שלא השכיר אלא בית סתם { אבל כל זמן שלא נפל הראשון אינו יכול להוציאו וליתן לו בית קטן כזה (נ"י), ובבית זה אינו יכול להוציאו וליפה ממנו, ש"ך י"ט, והקצות כתב דנראה דבבית זה אפילו אם עדיין לא הורידו בתוכו כיון דקנה בקניני השכירות הוי כממכר ושוב אינו יכול להחליף לו באחר אפילו מקטן לגדול) } אבל אם אמר לו בית כזה אני משכיר לך, חייב להעמיד לו בית כמדת ארכו ומדת רחבו של בית זה שהראהו, ואינו יכול לומר לא היה ענין דברי אלא שיהיה קרוב לנהר או לשוק או למרחץ כזה, אלא חייב להעמיד לו בית כמדתו וכצורתו { ואע"פ שאינו נאה בבנינו ובקישוטו (נ"י), וכן א"צ להעמיד לו סמוך לנהר ולמרחץ ולשוק כזה, סמ"ע בשמו), לפיכך אם היה קטן לא יעשנו גדול, גדול לא יעשנו קטן; אחד לא יעשנו שנים, שנים לא יעשנו אחד, ולא יפחות מהחלונות שהיו בו ולא יוסיף עליהם, אלא מדעת שניהם } { נשרף הבית דינו כנפל (מרדכי). נשרף כל העיר הוי מכת מדינה ומנכה לו מן שכירותו מה שלא דר בו בין הקדים לו שכרו או לא (תשובת מיימוני, ויתבאר בסימן שכ"א, סמ"ע). המשכיר בית לחבירו והוא נפול אדעתא דלבנותו הוא מוגיר ליה (נ"י) }."

כתב הטור גבי בית סתם (הובא ברע"א בקיצור) דדעת הרמ"ה הא דצריך להעמיד לו בית לאו למימר שיכופו אותו לבנות לו בית או לשכור לו דאע"ג דקנו מיניה שישכור לו או לבנות לו לא היה בעולם ולא חל עליו הקנין אלא להכי קאמר שחייב להעמיד לו בית שאם קבל כל השכירות שחייב להחזירו לו עד שיתן לו בית ואפילו נפל בחצי הזמן שאינו מוצא לשכור אלא בכל השכר שנתן לו צריך להחזיר לו כל השכר או ליתן לו בית מיהו אם היה למשכיר בית אחר שלא היה משועבד בשעת שכירות לאדם אחר חל הקנין עליו דבית סתם אמר לו וצריך ליתנו לו, וכתב הטור דלרא"ש גבי שוכר חמור דבמה שמשכו נשתעבדו לו הנכסים ליתן לו חמור אחר הכי נמי כיון שקנו מיניה נשתעבדו לו כל נכסיו להשלים לו תנאו אפילו לבנות לו בית אחר, ודעת הדרישה (ברע"א) ברא"ש דבעי עכ"פ קנו בידו ולא מהני חזקתו שבבית זה ומחלק בין הכא לחמור.

גבי העמדת הבית כתב הסמ"ע (לג) בשם הנ"י עוד דאפילו בית סתם אי כבר נחית והתחיל לדור בבית גדול צריך לחזור וליתן לו בית גדול כאותו בית.

עמש"כ הרמ"א בשם הנ"י בבית סתם דכל זמן שלא נפל הראשון אינו יכול להוציאו וליתן לו בית קטן, כתב הקצות דדעת הריטב"א (בנ"י) דמאחר שהוריד לתוכו לא יכול לשנות לו אא"כ נפל, ודעת הנ"י ברמב"ם דאפילו קודם שנפל יכול להוציאו וליתן אחרת, והקצות דחה הבנה זו ברמב"ם, אכן הנתיות (יב) למד בש"ך סק"יט דלעיל שכתב דבבית זה אינו יכול להוציאו אפילו מרעה ליפה, מוכח מלשונו

דבבית סתם יכול להוציאו, וכ"כ בסק"ה, ותמה מאוד על כך דא"כ בכל יום יהיה יכול להוציאו מדירה לדירה והוא נגד הסברא, דודאי יכול לומר לא בעינא למיטרח בכניסה ויציאה בכל יום ואדעתא שאדור מתחילת שנה עד סופה שכרתי בית וכריטב"א הנ"ל, "אך מה אעשה שמדברי הרמ"א והש"ך לא משמע כן", ואפשר שדעת הרמ"א דרק פעם אחת יכול לומר שבטעות או מחמת אונס נתן לו בית גדול או בית זה, וגם מתחילה לא היתה דעתו ליתן לו רק בית השני, אבל לשנותו בכל פעם לא מסתבר כלל.

גבי 'בית זה' הביא הסמ"ע (ל) שכתב הטור דדעת הרמ"ה שאם יש בעציו ובאבניו כדי ליקח אחר יקח ואם אין בהם כדי ליקח אחר ויש בהן כדי לשכור ישכור, והרא"ש כתב שאפילו אם יש בעציו ובאבניו כדי ליקח אחר או לשכור אינו צריך ליתן לו אחר, דס"ל לרא"ש דדוקא גבי משכיר לו חמור ואמר לו חמור זה ומת הוא דאמרינן כן בסימן שי"ב משום דבחמור שמת אין לו תיקון להחיותו אלא למוכרו, משו"ה כשאומר חמור זה משועבד לו, משא"כ בית שנפל דאינו עומד למוכרו אלא להוסיף עליו ולבנותו מחדש, והרי זה א"ל בית זה ור"ל כמות שהוא, לא להוסיף עליו ולא ליתן לו בית אחר.

סעיף יח

ע"פ משנה ב"מ קטז: וגמ' פסק בשו"ע "המשכיר עלייה סתם חייב להעמיד לו עלייה. אמר לו עלייה זו שעל גבי בית זה אני משכיר לך הרי שעבד בית לעלייה, לפיכך אם נפחתה העלייה בארבע טפחים או יותר (כשמואל בדינא), חייב המשכיר לתקן, ואם לא תקן הרי השוכר יורד ודר בבית עם בעל הבית (נפשטא באת"ל, רא"ש, ור"ל דאין הבעה"ב צריך לצאת מביתו וידור בו השוכר לחוד עד שיתקן לו עלייתו), ונכנס ויוצא דרך פתח הבית (כנ"ל), ולא אמרינן שיעלה בכניסתו על גבי סולם לעלייתו כבראשונה ומשם ירד למטה בבית) עד שיתקן לו את העלייה (ודעת הרמ"ה דאין המשכיר חייב לטפל בזה ולהוציא עליו הוצאות אלא יתן לשוכר דירה למטה בביתו ואם צר להשוכר המקום יתקנו לעצמו והטור חולק, סמ"ע). (ע"פ דין אפרסק דלקמן -) אבל אם נפל הבית והעלייה אין צריך לבנות לו אחר, כיון שאמר לו בית זה { אבל אם נפלה העלייה צריך לבנותה כל זמן שהבית קיים (טור, דלא כרמ"ה וב"י דדוקא נפחתה העלייה יורד לבית אבל אם נפלה - לא, שלא שעבד הבית לעלייה אלא בעודה קיימת) }".

סעיף יט

ע"פ שם קיט. פסק בשו"ע "היו שתי עליות זו על גב זו, ונפחתה העליונה, דר בתחתונה, (בעיא שם ועלתה בתיקו וכלשון הרמב"ם -) נפחתה התחתונה, הרי זה ספק אם ידור בעליונה או בבית, לפיכך לא ידור, ואם דר (משמע מיד שהתחיל לדור למטה, סמ"ע) אין מוציאין אותו משם (ופשוט הוא, ב"י)".

כתב הקצות (ט) על פשיטת הספק של הרמב"ם והב"י דהא בקרקע אפילו בספיקא דדינא אמרינן אוקי קרקע בחזקת בעלים, וביאר דנראה דכיון דדר עם בעל הבית ברשות בעל הבית כבר זכה בה ולא גרע מבית סתם דאין יכול להוציאו וליתן לו בית קטן וכרמ"א בסעי' י"ז, וה"ה בזה אע"ג דיכול ליתן לו העליה כיון דכבר נתן לו הבית זכה בה כיון דעליה גרוע מבית, ומיהו דוקא שדר בו בידיעת בעל הבית אבל שלא בידיעת בעל הבית יכול להוציאו לעליה כיון דקרקע בחזקת בעלים [אכן דעת המאירי דיד השוכר על התחתונה].

סעיף כ

ע"פ ב"מ קטז: פסק בשו"ע "מעשה באחד שאמר לחבירו דלית (פירוש גפן מודלית על אילן שפירותיו אפרסקין) זו שעל גבי אפרסק הזה אני משכיר לך, ונעקר אילן האפרסק ממקומו ובא מעשה לפני חכמים, ואמרו לו חייב אתה להעמיד האפרסק כל זמן שהדלית קיימת וכן כל כיו"ב { (רמ"ה -) ודוקא בכה"ג שהאפרסק עדיין בעולם, רק שנעקר ממקומו, אבל אי נקצץ, לא מחויב להעמיד לו אחר, וכן אם נפל הבית שתחת עלייה, ואמר לו עלייה שעל גב בית זו, אין צריך להעמיד בית אחר (דלא כטור) }".

סימן שיג – המשכיר בית לחבירו בבירה גדולה באיזה מקום רשאי להשתמש

סעיף א

כיצד אדם קונה שכירות בית עם חצר? פרט לענין תשמיש בחצר, מציאה שנפלה בחצר וקנין

ע"י החצר השכורה (ראה סימן רס, ד)

ע"פ ב"ב ו. וכרבא דבתרא הוא פסק בשו"ע וכלשון הרמב"ם "המשכיר בית לחבירו בבירה גדולה, משתמש בזיזים ובכותלים עד ארבע אמות (כלומר משתמש בחורי הכותל על פני ארכה מבחוץ עד ד' אמות אף שלא כנגד ביתו ובזיזין היוצאין מכותליה ובעובי הכותל בראשו כגון אם השכיר לו עלייה בבית, סמ"ע בשם רש"י וראה לקמן), ובתרבץ של חצר וברחבה שאחורי הבתים, ומקום שנהגו להשתמש בעובי הכתלים (לא קאי אלא אעובי הכותל דא"כ ל"ל כ"ז ה"ל דמשתמש הכל לפי המנהג וכמו שמבואר ובכל אלו כו' אלא דבכל הנ"ל משתמשין בסתם אף בלא מנהג ידוע גר"א] ועיין רבינו יונה)) (רמב"ם -) ובכל אלו הדברים הולכים אחר מנהג המדינה והשמות הידועים להם".

כתב הסמ"ע (א) דגם הנ"י כתב כרש"י הנ"ל דהאי שימוש בעובי הכותל מיירי כששכר העלייה, ועוד כתב דלאו דוקא בכותל בירה שהוא לפני פתחי החדרים אלא אף בכותל גן תרבץ יכול להשתמש, וכתב הסמ"ע דמשמע מדבריו ורש"י שלא התירו שימוש בגינה עצמה כי אם בכותליה אבל ברחבה לא הזכיר כותל ומשמע דס"ל דגם ברחבה מותר לשמש, וצ"ע אם כן למה סתמו הפוסקים ולא כתבו כן, ולישב דברי הטור י"ל שסמך אמ"ש שבמשכיר לו בית בחצר, דאין לו בחצר כי אם דריסת הרגל ולא שימוש בגוף החצר, וכ"ש שאין לו שימוש בגינה עצמה שהוא מקום מוצנע ומיוחד טפי מהחצר, אבל דברי הרמב"ם והמחבר א"א לישיב בזה, שהן לא כתבו כאן דין זה שכשמשכיר לו בית בחצירו דאין לו בחצר כי אם דריסת הרגל, ונראה דס"ל דהגמ' התירה לשמש באויר החצר כמו ברחבה וכנ"ל, ואפשר שכן ג"כ דעת הטור שסתם ולא כתב כותל בגינה.

סעיף ב

ע"פ מימרא דרב אשי ב"מ קב. פסק בשו"ע "המשכיר חצירו סתם לא השכיר הרפת שבה".

סעי' ג: ראה סימן רס/ד.

סעיף ד

ע"פ משנה ב"מ קא. פסק בשו"ע "והאפר היוצא מהתנור וכירה של שוכר {רמ"ה -} אפילו אחרים אופין ומבשלין".

כתב הסמ"ע (ז) דבטור מפורש דהיינו שעומדין בחצר ושכורים לשוכר לבשל בהן ואשמועינן דאפילו אם גם אחרים אופין ומבשלין שם, כיון ששכורים לו האפר של השוכר, וזהו שמסיק הרמ"א אפילו אחרים וכו', והקשה מאי שנא מזבל של בהמות אחרים הנמצא בחצר דס"ל לרמב"ם דאפילו אם החצר מושכר להשוכר הזבל הוא של המשכיר (בסעי' ג'), ותירץ דשאני אפר תנור וכירה שהם מתערבים באפר של השוכר שגם הוא מבשל ואופה שם, ומשו"ה אין דעתו של המשכיר עליו.

הקצות (א) כתב דלפמ"ש"כ בסעי' ג' דדוקא בזבל כתב הרמב"ם כן משום דלא השכיר הרפת משייר לנפשיה כח בחצר לשבח הרפת שבחצר אבל בשאר מציאות מודה הרמב"ם דהשוכר זוכה, א"כ בתנור וכירים כיון דהשכיר לשוכר ולא שייר לנפשיה בזה הו"ל כמו שאר מציאות דשוכר הוא שזוכה.

סימן שיד - מה הדברים שעל המשכיר לעשות או על השוכר

סעיף א

ע"פ משנה ב"מ קא: וגמ' פסק בשו"ע וכלשון הרמב"ם "המשכיר בית לחבירו, חייב להעמיד לו דלתות ולפתוח לו החלונות שנתקלקלו (אפילו יש לו אורה הרבה, סמ"ע ע"פ הראב"ד ואפשר שכן גם דעת הרמב"ם) ולחזק את התקרה ולסמוך את הקורה שנשברה ולעשות נגר ומנעול, (ע"פ ת"ק במשנה קטז: וכשמואל בגמ' -) וכן אם נפחתה המעזיבה והתקרה בד' טפחים חייב לתקנה, (ברייתא בדף קא: -) וכן כל כיוצא בזה מדברים שהם מעשה אומן והם עיקר גדול בישיבת הבתים והחצרות {נ"י -} ואע"פ שנכנס שם השוכר וראה שלא היו שם דברים אלו ולא אמרין דנתפייס במה שראה, אלא על המשכיר לתקן. תקן המשכיר דברים אלו, ונשברו תוך ימי השכירות, אם אמר ליה בית זה, אין צריך להעמיד לו אחר. אמר לו בית סתם, צריך לתקנו כל ימי השכירות, וע"ל סימן שי"ב סי"ז}."

כתב הסמ"ע (ה) דמש"כ הרמב"ם והמחבר 'והם עיקר גדול בישיבת הבתים' גם עלייה בכלל בית הוא ובית איקרי וכסי' ריד/א ו-שיב/יט, והטור כתב בזה שהמעזיבה נמי חיזוק תקרה הוא, ור"ל ומשו"ה הוא מוטל על המשכיר לתקנו שהוא מעשה אומנות, לאפוקי אם היו אומרים דאינו אלא משום משווי גומות כרבי יוסי והוה מעשה הדיוט שהוא על השוכר.

[תמה הקצות (א) עמש"כ המחבר 'אמר לו בית זה' דזה כדעת הריטב"א דאם השכיר לו בית זה חייב להעמיד לו בשעה שמכניסו, מכאן ואילך אם נפל אין חייב להעמיד לו, ואם השכיר לו בית סתם חייב להעמיד לו כל ימי השכירות, והובא בדרכ"מ, ותימה דהא פסק בשו"ע סימן שיב/ז דוקא כשנפל כולו אבל אם הוא קיים אלא שהוא מסוכן לדור בו חייב המשכיר לתקנו והוא מתשובת הרא"ש דדוקא כשנפל כולו דאזדא ליה בית זה אבל אם הבית מסוכן כיון שהוא קיים דהשתא לא שייך לומר אזדא ליה דמסתמא עומד לתקן שעדיין נקרא בית הלכך מחוייב המשכיר לתקנו, וא"כ הכא שהבית קיים אלא שנתקלקל המנעול והנגר ודאי שמו עליו ועומד לתקן אמאי אינו צריך המשכיר לתקנו, והריטב"א אפשר דלא ס"ל הך דרא"ש, אבל בשו"ע דפסק כרא"ש והרמ"א אינו חולק שם א"כ היכי פסק כאן כריטב"א, וצ"ע].

סעיף ב

ע"פ ברייתא ב"מ קא: וגמ' פסק בשו"ע "השוכר חייב לעשות מעקה ומזוזה ולתקן מקום המזוזה משלו, וכן אם רצה לעשות סולם (דהיינו לגג, דאילו לעלייה המשכיר חייב דבלא"ה לא מיתדר ליה, נ"י וסמ"ע) או מרזב (גגיהן היו טוחין בטיט ומשופעים מד' צדדיהן וסומכים נסרים לכותל אצל הגג להרחיק המים מן הכותל, וכשנפול אחד מהן הדיוט מחזירה, רש"י וסמ"ע), או להטיח גגו, הרי זה עושה משל עצמו {וה"ה כל דבר שאינו מעשה אומן (טור ע"פ המשנה), ובכל אלו העניינים הולכים אחר מנהג המדינה (טור ע"פ הרמב"ם דריש סימן שיג)}."

סימן שטו - דין המשכיר בית על תנאי

סעיף א

[במשכיר בית לזמן קצוב ואח"כ רצה להשכירו או למכרו לאחר לאחר שיכלה זמן הראשון האם יכול לעשות קנין? האם יוכל לחזור בו לאחר מכין? פרט.]

ע"פ ב"ק עט: וב"מ צט: פסק בשו"ע "שכירות קרקע נשכר בדרכים שהוא נקנה בהם (דהיינו בכסף בשטר ובחזקה ובקנין סודר, טור) {ואין אונאה לשכירות קרקע כמו במכירת קרקע (תשובת הרא"ש, כפי שנתבאר בסימן רכז/כט ונלמד מהפס' 'או קנה מיד עמיתך לא תונו' דאין אונאה אלא בדבר הנמכר במטלטלין הניתנין מיד ליד, סמ"ע)}."

כתב **בהגהת הסמ"ע** (ב) בשם **המרדכי** בשם **ראב"ה** על אשה ששכרה בית מראובן לדור בו מפסח עד עצרת, והוא קיבלה אצלו קודם פורים לביתו במדת חסד או מחמת דבר אחר, ועתה חזר בו קודם פסח, ופסק דיכול לחזור בו, דכל חזקה לא מהני אלא אחר גמר מעשה שראוי להחזיק מיד, והוסיף בשם הריב"ש (סימן תק"י) דאם קנה באחד מהדרכים ומחלה לא מהני מחילה עד שיחזיר השוכר ויקנה באחד מהקנינים, משא"כ בפועל בסוף סימן שלי"ג בהג"ה (וז"ל **הב"י** בסימן ש"ב בשמו "על מי שהשכיר קרקע לחבירו בקנין ובשטר והקדים לו השכירות והיה דוחה המשכיר לשוכר מיום אל יום מלמסור לו הקרקע וכראות השוכר כך אמר לו אחר שאינך מוסר לי הקרקע החזר לי מעותי ועתה רוצה המשכיר להחזיר לו דמי השכירות ואומר שכבר נסתלק מהשכירות ומחל אותה והשוכר אומר שלא נסתלק מהקרקע כיון שלא קנו מידו והשיב שהדין עם השוכר"). כתב **הפת"ש** (א) דמבואר במרדכי דמיירי שלא אמר לה קני בחזקה מעכשיו, ואכן כך מבואר לענין מכר בסוף סימן קצ"א בהג"ה דקנין חזקה לא מהני אם אמר קני לאחר שלשים יום אלא אמר מעכשיו ולאחר שלשים יום, וכן הדין הב' שכתב בשם הריב"ש כבר מבואר בסוף סימן קפ"ט בהג"ה לענין מכר, והשמיענו שניהם בכאן ג"כ לענין שכירות.

דן **הפת"ש** (א) בספק **המל"מ** שכתב ששמע שחכמי הדור שלפני נסתפקו במשכיר בית לזמן קצוב, ואח"כ רצה להשכירו או למכרו לאחר שיכלה זמן הראשון, אי מהני קנין חזקה דנעל גדר ופרץ כיון שזה הבית קנוי לראשון לכל תשמישיו, וגם נסתפקו אי מהני נתינת רשות דשוכר ראשון כדי שיקנה הב', ומטו בה מהריב"ש דלא נסתלק השוכר מהקרקע בדיבור בעלמא בלא קנין, וכתב **בדברי משפט** דצ"ל דכוונת המל"מ באמר מעכשיו ולאחר הזמן דאם לא אמר מעכשיו אפילו בלא היה עתה הבית מושכר כלל ג"כ לא מהני קנין חזקה לאחר זמן כמפורש ברמ"א בסימן קצ"א, ¹ וכתב **הפת"ש** דמשמע מדברי המל"מ דע"כ לא נסתפקו אלא בקנין חזקה ואפשר דה"ה בקנין חליפין, אבל **בקנין כסף אין ספק כלל דודאי יכול** למכור או להשכיר אף קודם שנשלם זמן דראשון ודין דלמכור מבואר להדיא בשו"ע שיבא ודין דלהשכיר מבואר בש"ך שם דיכול להשכירו לאחר תוך זמנו לכשיגיע הזמן, ומשמע שאינו יכול לחזור אף קודם שהגיע הזמן, וכ"כ בפשיטות ב**נתיבות** בסי' רי"א ושי"ב **דאין המשכיר יכול לחזור בו אפילו קודם כלות זמן שכירות של ראשון** אמנם כתב דבמחוסר זמן בעינן דוקא שיברר מקחו היינו שמשכיר לו שדה זו אחר שנה שמושכר לאחר אבל כשמשכיר לו סתם שדה ואין לו, רק כל שדותיו הן מושכרים לאחרים, לא מהני, ועוד כתב דאפילו השכיר לו סתם הוא כאומר מעכשיו, אם לא שתלה הקנין בזמן עי"ש, ² אולם דעת **הבית יעקב** בתקע המשכיר כפו לשוכר שני כדרך התגרים פשוט דלא קנה השוכר השני אף אם היה לאחר זמן שכירות דראשון כי **שכירות קרקע אינו נקנה באסטומתא** (ובפת"ש ציין לש"ך ונתיבות בסימן ר"א דאם ידוע שהמנהג הוא גם בקרקע מהני), **ובקונה שכירות בכסף כיון שהיה זה קודם תשלום זמן שכירות דראשון לא קונה ואף אם חזר המשכיר לפני תשלום זמנו של הראשון חזרתו חזרה** (ואף שאין המנהג כן), **והביא ראיה מהמרדכי בסמ"ע** לעיל דכל חזקה לא מהני אלא לאחר גמר מעשה שראוי להחזיק מיד, א"כ ה"נ אף את"ל שקנה השוכר השני תחילה כששכר מהמשכיר בכסף, אין הקנין חל כיון דאין ביד ראובן להשכיר לו, ואף שהשוכר השני בא לבית עם ב"ב והחזיק ביום סיום שכירות הראשון מ"מ קנין החזקה דשוכר הראשון עדיף דקנין השני נתבטל ע"י החזרה שחזר ראובן, וכן עיקר **לדינא שכל האנשים השוכרים בתים לא מהני להו כל הקנינים עד שנשלם זמן השכירות של הראשון שדר בו, ואין סברא לחלק דהמרדכי הנ"ל איירי בקנין חזקה כמבואר בהדיא משא"כ בכסף דבהשכיר קודם סיום הזמן הוא כמו שאומר קני קרקע ולא תקנה אלא לאחר שלשים יום דקיי"ל דבשטר היכא שנקרע תוך שלשים ובחזקה לא קני כשלא אמר מעכשיו ובכסף קני אפילו לא אמר מעכשיו אפילו נאבדו המעות כמבואר בסוף סימן קצ"א, דזה אינו, דהתם איירי לענין שיקנה אחר שלשים יום אם לא חזר בו, אבל תוך שלשים יום לא קני, וכיון שאין בידו להקנות אינו קונה לא בכסף ולא בחזקה, ודין דכסף וחזקה שוין הם בתוך שלשים יום, ועוד, דהחילוק שיש בין כסף לחזקה לאו משום עדיפותא דכסף מחזקה, אלא מטעמא שכתב הסמ"ע שם משום דבמעות אם לא נתקיים המקח היה צריך להחזירם לו, אבל לעולם אימא לך דקנין כסף וחזקה שוין הם. בתשובת **חמדת שלמה** למד בדברי הבית יעקב דבלא מעכשיו קאמר אולם **הפת"ש** כתב דמשמע דר"ל אפילו היכא דאמר מעכשיו. ³ שיטת **הבגדי כהונה** (ע"פ החמדת שלמה) **כבית יעקב והוסיף דאף לאחר זמן השכירות דראשון יכול לחזור ודלא כבית יעקב**. ⁴ שיטת **החמדת שלמה** כעין הבית יעקב "דאף שזה ברור שיכול להשכירו תוך זמן שכירות הראשון מ"מ י"ל **דיכול המשכיר לחזור** כיון דלא חל עדיין זמן השכירות ולא חל הקנין". ⁵ **העטרת צבי** האריך כנתיבות ודלא כבית יעקב ואינו יכול לחזור אפילו בתוך הזמן והאריך בראיות, ועוד כתב דכיון שהמנהג כן שרגילים להשכיר בתים קודם שנשלם זמן השוכר הראשון וי"ל**

דאפילו ע"י קנין סודר מהני, ומשמע ברש"ל וכ"כ בתשובת חת"ס דסיטומתא מהני גם בדבר שלא בא לעולם ודלא כנתיבות שכתב מצד דינא דמלכותא דינא, אך כתב דזה אם אמר דיחול מעכשיו אחר דיכלה זמן שכירות דראשון אינו יכול לחזור אף קודם שכלה הזמן אולם אם לא אמר מעכשיו יכול משכיר לחזור קודם דכלה זמן שכירות דראשון, ומשמע מדבריו דאם השכיר לו סתם אף שלא תלה הקנין בזמן לאו כמעכשיו דמי ויכול לחזור קודם שהגיע הזמן, ודלא כנתיבות כנ"ל דבכל גוונא אינו יכול לחזור, ועוד חלק על הנתיבות אפילו אם אינו מברר הבית והיה לו כמה בתים דשכורים לאחרים, ואמר אחר דיכלה שכירות ראשון יהא בית אחד מושכר לך, השכירות חלה אחר דכלה זמן שכירות דראשון, אף דלא בירר הבית ואמר בית זו רק דהשכיר לו סתם בית.

סעיף ב

כתב השו"ע כלשון הרמב"ם (שכירות ז, א) "כשם שמתנה אדם כל תנאי שירצה במקח, כך מתנה בשכירות (שהשכירות מכירה לזמן קצוב היא, ה"ה ובאה"ג בשמו), וכל שממכרו ממכר בנכסיו שכירותו שכירות, וכל שאין לו למכור (כחש"ו בסימן רל"ה, סמ"ע) אין לו להשכיר, אלא אם כן יש לו פירות בלבד באותו קרקע, שזה שוכר ואינו מוכר".

הגר"א (ג) העיר עמש"כ הרמב"ם והמחבר כשם וכו' דזה דלא כתוס' ב"מ נ"ו (דדוקא באונאה אמרינן דשכירות קניא) והביא שכתב הנ"י דהא דאמרינן שכירות מכירה ליומא היינו לענין שישתמש בו כל ימי שכירות אבל גוף הדבר אינו קנוי כלל ובוה מתורצת קושיית הב"י על הרמב"ם בסימן שי"ג גבי קנין בחצר הנשכרת.

כתב הסמ"ע (ג) ד"כך מתנה בשכירות ר"ל דאי"צ קנין בפני עצמו על זה אלא כשמחזיק בגוף השכירות צריך לקיים התנאי, וכמו שכתבו הטוש"ע בסעי' ד' בראובן ששכר נער וכו'.

כתב הסמ"ע (ה) ע"פ המהרי"ק גבי הסיפא דהכלל דבעל בנכסי אשתו או מי שנתן לאחר הגוף מהיום והפירות לאחר מיתה ושייר הפירות לנפשו וכיוצא באלו, כשיבוא אחד מהן למכור או להשכיר הפירות לאחרים, והפירות הן דבר שלא בא לעולם ואינו יכול להקנותן לאחר אלא כשיאמר לו קנה קרקע זו לפירותיה וכבסימן ר"ט, בזה קאמר דאין לו רשות להקנות לאחר הקרקע כדי לקנות הפירות בתורת מכירה כי אם בתורת שכירות, כלומר לפי הרמב"ם הקונה שדה לפירות אינו יכול למכור זכותו ואף דכתבו הטוש"ע בסימן שטז/א דהשוכר יכול להשכיר הקרקע, היינו דוקא בשכירות בית, דכאשר נותן הקרקע בידו ע"פ שטר ועדים כן צריך להחזיר לו במושלם, משא"כ בשדה דיכול לזרעה יותר משיעורה, או תמיד בלא להובירה, או לזרוע קטנית במקום שהיה לו לזרוע חיטים, וכיוצ"ב דברים המכחישים את הקרקע טובא, ולא יוודע לבעל הקרקע, ואע"פ שנתבאר בסימן רי"ב דהקונה קרקע לפירותיה יכול לחזור ולהקנותה לאחר, אפשר דהמוכר אותה בפירוש לפירותיה נתיאש דיעשה בהן מה שירצה, משו"ה יש לו זכות טפי מאלו א"י לא כתב אלא דיכול לחזור ולהקנותה ולא קאמר דיכול למוכרה ויכול להיות בכונתו כנ"ל דלהקנותה לאחר בתורת שכירות ולא בתורת מכירה קאמר, אולם הקצות (א) למד במהרי"ק דמה שכתב הרמב"ם א"כ יש לו פירות בשדה היינו שזה שוכר את הפירות ואינו מוכר גוף השדה אבל הפירות איתנהו בין בשכירות בין במכירה. גם הנתיבות (א) חלק על הסמ"ע דכיון דהוא בעצמו יכול לקלקל בדברים אלו, דהיינו להוסיף בתשמישין, מהיכא תיתי לא יוכל להקנות לאחר, ובדברי הסמ"ע ברמב"ם ביאר דודאי הקונה יכול למכור כל זכותו, רק כונתו במש"כ דאם יש לו פירות לבד שזה שוכר ואינו מוכר, היינו במי שיש לו רק פירות ולא שדה לפירותיה, כגון באחד שמכר איזה דבר והתנה על פירות שדה זו לכמה שנים, דאדם מתנה בדבר שלא בא לעולם, או בית שהתנה לדור בו כמה שנים, דאז אינו יכול למכור שדה לפירותיה, והפירות או הדירה בעצמה אינו יכול למכור דאין אדם מוכר דבר שלא בא לעולם, מ"מ יכול להשכיר הפירות או הדירה, דהא כל שוכר א"צ לשכור שדה לפירות כמו במוכר, והטעם דאף דבכל דבר שאין יכול למכור אינו יכול להשכיר, מ"מ בדבר שלא בא לעולם שאני, דכל משכיר כחוב הגוף דמיא להעמיד לו.

סעיף ג

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע "השוכר בית מחבירו וטוען ששכרו על תנאי שיכניס עמו דיורין אחרים, והמשכיר מכחיש, ישבע המשכיר שלא התנה כן, והוא הדין לכל טענות שביניהם (דאמרינן קרקע בחזקת בעליה עומדת, סמ"ע) {ועיין לעיל סימן שי"ב סעיף ט"ז ולקמן סימן שט"ז סעיף ב'}. "

סעיף ד

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע "ראובן שכר נער לשמשו ואמר לו שמעון לסמוך עליו לשלם לו כל מה שיפסיד בהיות הנער בביתו, אף על פי שלא היה קנין בדבר, חייב, כי כל תנאי שכירות אינו צריך קנין", וכתב הסמ"ע (ז) דהא דאינו צריך קנין פירושו אין צריך קנין חדש, אלא כשלקח הנער לביתו ע"פ תנאם נתקיימו הדברים שהתנו ביניהן, והביא לשון הריב"ש שכתב כל מה שאדם נודר בשכירות אפילו בע"פ ובלא קנין צריך לקיים כל זמן שהנשכר עשה מלאכתו.

הקצות (ב) כתב דאין לזה ביאור ומה ענין שמעון לזה שיתחייב ע"י דיבור כיון שלא היה השכירות בין לבין ראובן וכתב שנראה שטעות נפל בדפוס וצריך להיות כתוב במקום 'לשמשו' היה לכתוב 'משמעון' וה"ג ראובן שכר נער משמעון, ובנתיות (ב) כתב "לא ידענא מאי תנאי שכירות שייך גבי שמעון, דהוא אינו לא שוכר ולא משכיר, לכן נראה דהוא התחייב עצמו להיות ערב בעד הנער, ע"כ מה שהפסיד חייב מטעם דהוי כערב בשעת מתן מעות כיון דנתערב בשעת דשכרו לשמשו, ותנאי שכירות אי"צ קנין ונתחייב השכיר, וכיון דאדעתא דהכי קיבלו והכניסו לביתו הוי כערב בשעת מתן מעות".

סימן שטז - המשכיר בית לחבירו לזמן קצוב ורצה השוכר להשכירו לאחרים

סעיף א

אברך שכר דירה בעיר טבריה ליד הטיילת, האם רשאי בימי בין הזמנים לצאת מהדירה ולהשכירה לאחרים, מה נפסק בשו"ע? ואם הלכה זו תקיפה גם לימינו ומדוע?

ישיבה הנמצאת במבנה בשכירות מוגנת. האם רשאית להשכיר לכולל שאינו שייך לישיבה להשתמש בנכס המושכר, למי ישלם הכולל דמי שכירות, לבעלי המבנה או לישיבה? (לקמן)

השכיר בית לחבירו לזמן קצוב האם יכול השוכר להעביר לאחר בתוך הזמן?

כתב הרמב"ם (שכירות ה,ה) "מכאן אני אומר (הלכה ד' והובא בסימן שי"א): השוכר את הספינה ופרקה בחצי הדרך נותן לו שכר כל הדרך ואם מצא השוכר מי שישכיר אותה לו עד המקום שפסק שוכר ויש לבעל הספינה עליו תרעומת) שהמשכיר בית לחבירו עד זמן קצוב ורצה השוכר להשכיר הבית לאחר עד סוף זמנו משכיר לאחרים אם יש בני בית כמנין בני ביתו, אבל אם היו ארבעה לא ישכור לחמשה, שלא אמרו חכמים אין השוכר רשאי להשכיר אלא מטלטלין שהרי אומר לו אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר אבל בקרקע או בספינה שהרי בעלה עמה אין אומר כן, וכן אני אומר אם אמר לו בעה"ב לשוכר למה תטרח ותשכיר ביתי לאחרים אם לא תרצה לעמוד בו צא הניחו ואתה פטור משכירתו אינו יכול להשכירו לאחר שזה באל תמנע טוב מבעליו עד שאתה משכירו לאחר תניח לזה ביתו, ויש מי שהורה שאינו יכול להשכירו לאחר כלל ויתן שכרו עד סוף זמנו ולא יראה לי שדין זה אמת" והראב"ד כתב שיש בדורינו חולקים שיש בני אדם שמחריבים הבית בדירתם.

כתב ה"ה דסברת הרמב"ם ראייתו בצדה מדין הספינה בב"מ ע"ט ולא אמרו שיש לו תרעומת אלא בספינה מפני שיש לו לבעל הספינה לדור עם השוכר ולסבול דעתו אבל בבית אפילו תרעומת אין לו ונכון הוא בטעמו, ומש"כ 'וכן אני אומר' וכו' גם זה נכון אבל אין לזה ראייה מן הגמ', וסברת סיעת הראב"ד ס"ל לחלק בין ספינה לבית שבספינה יכול הוא להשכירה לאחר לפי שבעלה עמה וישמור שהשוכר הזה לא יקלקלנה ואעפ"כ יש לו תרעומת מפני שינוי הדעת אבל בבית שאין בעליו עמו אינו רשאי, וכתב דטענתם חלושה מאד שהרי זה השוכר השני אם הזיק ישלם ואין מצוי היזק בקרקע שיאמר בו אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר. עוד חיזק הסמ"ע (א) דברי ה"ה ברמב"ם דבמשכיר ביתו בשונה מספינה דהמשכיר אינו דר עם השוכר בביתו ויש בו משום "אל תמנע טוב מבעליו", ולא אמרו בגיטין כ"ט וב"מ כ"ט דאין השוכר רשאי להשכיר, כי אם במטלטלים שמא יבריחם שומר השני ויאבדם, וגם בשדה משום שמא יכחישה וכסימן ר"ב ובסמוך בסימן שט"ו סק"ה, משא"כ במשכיר ביתו דיכול להראות לו כל פרטי עניני ביתו ויתנה עמו שיחזירנו כן בשלימותו.

כתב **הדרכ"מ** דדעת המרדכי בשם **מוהר"ם** דיכול להשכירו אפילו למי שבני ביתו יותר מרובים דהא יכול למלאות ביתו דיורים (וכ"ד מהרי"ו שיכול להשכיר גם למי שב"ב מרובין וגם הט"ז כתב דהרשב"א שאסר להשכיר למי שב"ב מרובין היינו משום שהתנה בפירוש אבל בסתם יכול להשכיר למי שירצה, ונראה שכן דעתו להלכה, פתחי חושן דלקמן הע' כב) אבל **המרדכי** כתב דלא יכול להשכירו לאחר כלל ואם דר בו אחר חייב להעלות שכר למשכיר, וציין לסימנים ש"ח ושי"א שדעת **הרא"ש** שמותר לשנות בשכירות במקום שאינו מפסיד למשכיר והוא כדעת הרמב"ם ומוהר"ם, אמנם במחלוקת שבין מוהר"ם ורמב"ם אם יכול להשכירו ליותר בני אדם נקטינן כרמב"ם משום דכל ספיקא דדינא קרקע בחזקת בעליה עומדת, וכ"פ המרדכי במקום אחר "דלא יוכל להשכירו אלא לדכוותיה ולא לדקשה ממנו".

וז"ל **השו"ע** כרמב"ם "המשכיר בית לחבירו לזמן קצוב ורצה השוכר להשכיר הבית לאחר, משכיר עד סוף זמנו, והוא שלא יהיה מנין בני בית האחד יותר מבני ביתו. ואם אמר לו המשכיר למה תטרח ותשכיר ביתי לאחרים אם לא תרצה לעמוד בו צא והניחו ואני פוטר אותך משכירותו, שומעין לו {וע"ל סי' שיי"ב ס"ז} (שם כתב ברמ"א "ואם רוצה להעמיד אדם שאינו הגון, אין המשכיר צריך לקבלו, וע"ל סימן שט"ז")

הש"ך (ב) ציין לספר לחינוך "לרא"ה" מצוה נ"ט, שם כתב "וכתב הרמב"ם.. ובלבד שיהו האחרונים כמנין הראשונים, וכן בספינה, ויש חולקין עליו".

כתב **בכסף הקדשים** (א) דאולי דברי הרמב"ם רק בימיהם שהיה על המשכיר מוטל כל תיקוני הבית ולא על השוכר כלל כי קיימא לן אין שומרים בקרקע ופטור גם בפשיעה ליי"א, וכשבני ביתו מרובים יש קלקול ביותר בבנינים ורוב הקלקולים הם כמתה מחמת מלאכה שאינם בחזרה גם אם היה דין שומר בהם, משא"כ כעת שפשט המנהג במדינות אלו שעל השוכר מוטל להחזיר כל הבנינים בסוף השכירות כמו שהיה בתחלת השכירות וכותבין כן ברוב שטרות ופשוט כן עד שאין צריך להזכיר כי ד"ה מנהג קבוע עי"ז והו"ל כזה נהנה וזה לא חסר, ומה לו להקפיד אם יהיו שם דיורים כמה נפשות יותר ובמה שאינו יכול לעשות לו הנאה מביתו שייך מדת סדום כשמוחה, אך צריכים להבחין אם אין חשש רעוע או רפיון באיזה פרט מהבנינים על ידי תוספות שיהיו בדיורים, ובמה שאינו ניכר ומסוים כל כך אין מנהג להטיל על השוכר שום תיקון, והו"ל כשחררותא דאשיתא שעל ידי דירה, והביאו בקיצור ב**פתחי חושן** (חלק ד' פרק ד', הע' כב) עיי"ש שגם דן בחולקים על הרמב"ם ובדרכ"מ הנ"ל, וב**חשוקי חמד** (בי"ב ס.). כתב על דברי כסף הקדשים שבזמנינו עלולים המרובים לגרום לבלאי גדול יותר בבית, או האינסטלציה, בדברים שכעת לא ישימו לב, ולא יחייבו תשלום את השוכר, אבל לטווח ארוך, עלול לגרום נזק וא"כ חזר דין השו"ע למקומו והרבה תלוי במה שכתוב בחוזה, ולדעת **פסקי המשפט** תלוי במנהג ולכן בימינו מותר לתקופה קצרה ומסתבר אף ליותר ממנין הנפשות.

בשו"ת **משפטיך ליעקב** (ד, טז) האריך וכתב במסקנה ש"כיום שיש בבית רהוט וחפצים של המשכיר בכל ענין לא יוכל השוכר להשכיר דהוי כמשכיר מטלטלין עם הבתים ולכ"ע אינו רשאי להשכיר בפרט אם יש בבית מטלטלין שניתן להבריח" ודרך בעלי הבית להקפיד על כל הנמצא בבית, וזה בכלל מה שאמרו חז"ל (שז, ד) דאין השוכר רשאי להשכיר וגם הרמב"ם הכא כתב 'שלא אמרו חכמים אין השוכר רשאי להשכיר אלא מטלטלין' והריהוט בכלל מטלטלין.

אם השוכר יצא מן הבית ומשלם על השכירות והבית ריק כמה עליו לשלם? אם המשכיר דורש להשכיר את הבית, האם הוא זכאי לכך ומי יקבל את השכירות?

מה הדין אם רוצה השוכר להחזיק בדירה עד תום המועד ולהשאירה ריקה ולהמשיך לשלם את השכירות?

עזב השוכר בתוך הזמן בתשלום מלא, האם רשאי המשכיר להשכיר לאחר בתשלום?

אם בחוזה היה כתוב במפורש שאין השוכר רשאי להשכיר לאחרים, וזה הלך והשכיר לאחרים ללא ידיעת בעל הבית, מי יקבל את דמי השכירות?

אם בחזרה היה כתוב שמתר לשוכר להשכיר לאחרים, מדוע אין זה נחשב עושה סחורה בפרתו של חבירו?

כתב הרמ"א ע"פ המרדכי "ואם השוכר רוצה לצאת מן הבית ולהניחו כך בלא דיורין, ורוצה לשלם למשכיר, יכול המשכיר להשכירו לאחרים, דביתא מיתבא יתיב ושאייה יוכת שער".

כתב הסמ"ע (ג) ע"פ המרדכי דאם כבר קיבל המשכיר המעות דאין צריך להחזיר לשוכר המעות, אף אם השוכר אומר אם כן יעמיד הבית בלי דיורין אין צריך לשמוע לו, אבל אם עדיין לא קיבל המעות מהשוכר והמשכיר משכירו לאחרים מנכה לשוכר מדמי שכירותו מה שמקבל מאחרים, אף אם אמר השוכר אני אשלם כולו ולא ידורו בו אחרים והדין נותן שאין צריך לשמוע לו, מ"מ יש לומר אדרבה הרי גילה השוכר דעתו שלא יתן לו כל השכירות אלא אם לא ידורו בו אחרים והני דרו בו ואיך נוציא ממנו ממון. כתב הקצות (ב) דמשמע מדבריו דאם כבר הקדים שכרו אע"ג דמשכירו לאחרים אין המשכיר מנכה מה שקיבל מאחרים, ויפלא איך עושה סחורה בפרתו של חבירו כיון שגוף הבית לשכירות קנוי לשוכר וראוי להחזיר השכירות דשני לראשון, והמעין בדברי המרדכי אין זה במשמע כלל ומודה דאם משכירו לאחר בשכר מודה המרדכי דהשכר לראשון כיון דקניה ליה לשכירות, ועוד דבעיקר הדין שכתב המרדכי בהקדים שכרו אין השוכר יכול להשכירו לאחר, דעת ר' מאיר בר' ברוך במרדכי אפילו בהקדים שכרו יכול להשכירו לאחר, ואין לנו אלא דברי הב"י והרמ"א בדרכ"מ שכתבו דלא כמרדכי.

עוד כתב הקצות (א) דנראה דאם אין המשכיר יכול להשכירו לאחרים צריך השוכר לשלם כל השכירות ואינו מנכה לו כפועל בטל, ומש"כ המרדכי בשוכר שמת תוך שנה דאם כבר הקדים לו שכרו ואין היורשין מוצאין אחר להשכירו אין בעל הבית צריך להחזיר שכרו אלא כפועל בטל מחזיר לו מה שהבית פנוי לו לעשות כל מה שירצה, היינו דוקא היכא שהשוכר אנוס כמו התם שהשוכר מת, אבל היכא דאפשר לו לשוכר לקיים השכירות אינו מנכה כפועל בטל, וכן בפועלים אם בעל הבית רוצה לחזור היכא דאפשר לו לקיים השכירות ורוצה לנכות להם כפועל בטל לאו כל כמיניה כיון שהפועלים רוצים בפעולתם, וה"ה בשוכר כה"ג היכא דאפשר לו לדור בתוכו ואינו רוצה צריך לשלם כל השכירות, והא דגבי פרקה בחצי הדרך בספינה משלם לו כפועל בטל בסימן שי"א ובש"ך סק"ד, התם כיון שפרקה בחצי הדרך הו"ל כמו אנוס.

בנתיבות (ב) כתב שבאגודת אזוב הקשה אמרדכי מדברי עצמו [והביא תירוץ בשם מהר"י כץ לחלק אי מיירי בדר עמו, והוא לא ניחא ליה בתירוץ זה שסובר דבמשכיר אפילו דר עמו יכול להשכירו לאחרים] ותירץ דאם כבר קיבל המעות שוב אינו יכול להשכירו לאחרים, אולם הסמ"ע דלא הביא האי דינא דבקיבל מעות שוב אינו יכול להשכיר משמע דס"ל כתירוץ הראשון, וכ"כ בסמ"ע סק"ח דגם במשכון שכבר נתן המעות יכול להשכירו לאחרים, וכיון דיכול להשכירו לאחרים ויכול לומר אני אשכירנו לאחרים, ודאי דהשכירות דידיה הוא וצריך להחזיר לו מה שמקבל מאחרים, וע"כ צ"ל כתירוץ הראשון, ובדר עמו דאינו יכול להשכיר לאחרים השכירות של המשכיר, והקצות כתב כעין זה "רק שלא חילק בין דר עמו או לא", וסיים דהייצא דבמקום שלא היה השוכר יכול להשכיר לאחרים כגון בדר עמו, השכירות שמקבל המשכיר מאחרים הוא של המשכיר אפילו לא נתן המעות כיון דאין לשוכר שייכות בגוויה, ובמקום שיכול להשכיר לאחרים, השכירות לשוכר ואפילו נתן לו המעות, דמנין לנו להמציא חילוקים שלא נזכרו בש"ס ובפוסקים קדמונים, ואפילו רק שכיח להשכיר אינו משלם לו השכירות דלהבא כדמוכח גבי ספינה, ואפילו במקום שאינו יכול להשכיר לאחרים מנכה לו מהשכירות כמה אדם רוצה ליקח פחות כשלא דר בו דומיא דפועל בטל.

בפת"ש (ב) כתב דהקצות פליג על הסמ"ע בתרתני, חדא, בעיקר דינו של המרדכי דבהקדים שכרו אין השוכר יכול להשכירו לאחר, לא קיי"ל הכי, וא"כ פשיטא דאם המשכיר השכירו לשני שיך השכירות לראשון, ועוד, דאף אם נודה לדינו של המרדכי בזה דאין יכול השוכר להשכירו, מ"מ אם הלך המשכיר והשכירו לאחר שיך השכירות לראשון כיון שגוף הבית לשכירות קנוי לראשון, ואח"כ הביא מסקנת הנתיבות הנ"ל שכתב כעין הקצות.

עוד הביא הפת"ש שבתשובת ברית אברהם דן בכל הנ"ל בעובדא דהביא שם וסיים דלדינא נראה כיון דהדרכ"מ, סמ"ע, ט"ז וב"ח בסימן רי"ב מתרצים תירוצים אחרים על סתירת דברי הרמב"ם

והטור, מבואר דלא ס"ל החילוק הנ"ל בין כבר שילם, אלא דבכל גווני יכול השוכר להשכיר לאחר, ואפילו אם נסכים לחילוק זה דבכבר שילם אינו יכול להשכיר, מ"מ אינו ברור דאם המשכיר השכירו שיהיה השכירות שייך למשכיר, וראוי לומר דשייך לראשון, אך באמת ברור דבגוף הדין דבהקדים שכרו אי"י להשכיר לאחר או דהשכירות שייך למשכיר, אין הטעם דיועיל טענת הקפדה בהיותו מוחזק ולא להוציא ממון, רק עיקר החילוק הוא, בהקדים לו שכרו נתרצה שיהיה שלו לאלתר גם אם יצא מתוכו, דמה שיצא השוכר מהבית ע"פ איזה טעם וסיבה שנוולד לו לא גרע מאונס ונתרצה על זה וכ"כ הש"ך סימן של"ד סק"ב במת תוך זמן השכירות, דאף דשכירות רק לכל יומא ממכר הוא ופטור היורש, מ"מ כיון דהקדים שכרו נתרצה שיהיה שלו גם אם יארע אונס מיתה וה"ה בזה, וזהו ג"כ החילוק באם המשכיר השכירו לאחר, דבהקדים לו שכרו אינו חל על בעה"ב להתנות והשוכר נתרצה, לכן השכירות לבעלים, אבל בלא הקדים לו שכרו ה"ל לבעה"ב להתנות שבאם יצא השוכר מן הבית שהבית ישאר לו להשכירו למי שירצה, ולכן השכירות לשוכר, עיי"ש שהאריך וגם בדברי הרמ"א בסימן שס"ג, וכתב הפת"ש דמבואר מדבריו שדעתו מסכמת דאף בגוונא דאין יכול השוכר להשכיר לאחר כגון בדר עמו וכה"ג, מ"מ אם המשכיר השכירו לאחר שייך השכירות לראשון כדעת הקצות ודלא כנתיבות, זולת היכא דהקדים לו שכרו מטעם דסבר וקיבל מתחילה".

חמשה אנשים שלמו לנהג מונית עבור נסיעה של אלף ש"ח, שני נוסעים ירדו בדרך והנהג העלה שני נוסעים חדשים וגבה מהם מאתיים ש"ח עבורו, הנוסעים טוענים כי הכסף הזה שייך לחברים ששילמו עבור הנסיעה ולא נסעו, הדין עם מי?

באגרות משה (חו"מ א, עד, הובא וסוכם באוצר התשובות עמ' רצב) כתב בנידון זה דמונית שפשוט הדין שיכולים להשכיר לאחרים את מקומם כמ"ש בשו"ע שיא"ו בשוכר ספינה ופרקה בחצי הדרך שכיון שהמשכיר שם יכול השוכר להשכיר לאחר, ובענין השאלה למי הדמים דין זה במחלוקת הוא שנוי לגבי שוכר שאינו רוצה לדור בבית והשכירו לאחר למי הריווח שלדעת הסמ"ע סק"ג כאן יש לחלק אם השוכר הראשון כבר שילם מעות או לאו שאם כבר שילם נסתלק מהשכירות וכל הריווח למשכיר ואם עדיין לא שילם מקבל השוכר את המעות, נראה פשוט דלאו דווקא אם השוכר שילם כבר והוא הדין אם נסתלק מהשכירות ואמר שישלם ששכירותו בטלה ואם השכירו המשכיר אח"כ לאחר הריווח למשכיר, ולקצות והנתיבות השיגו עליו ע"פ הב"י והדרכ"מ שהלכה כמ"ש המרדכי בפרק האומנים שהשוכר יכול להשכירו לאחר וממילא מקבל השוכר את המעות, וכתב האג"מ ליישב דעת הסמ"ע שגם הוא מודה למ"ש המרדכי בב"מ שאפילו לאחר ששילם יכול להשכירו לאחר והריווח לשוכר אמנם הוא סובר שאם שילם דמי השכירות מתחילה והסתלק מהשכירות בטלה שכירותו משום שמה ששילם בתחילת השכירות אינו על התשמיש בחפץ השכור אלא על מה שהמשכיר התחייב לו שלא יחזור בו וכיון שנתייבש מזה הפסיד, וכתב דמאחר שהסמ"ע והקצות והנתיבות חולקים הרי זה ספיקא דדינא ויש לפשר שהמשכיר היינו בעל המונית יקבל חצי והבחורים יקבלו חצי.

שכר בית מחבירו לשלוש שנים ובתוך השנים האלו השכיר הבית לאחר במחיר יותר גבוה, למי שייך הרווח הזה?

כתב הנתיבות (א) דהסמ"ע (ב) בציונו לפרישה רימו למש"כ דאם השוכר השני רוצה ליתן לשוכר הראשון יותר מהסך ששכרו, המשכיר צריך ליתן לו כך, כיון דאין שומעין לו רק משום דאל תמנע טוב, והביא ראיה מסימן שס"ג בהג"ה "ופשוט", וז"ל הרמ"א (שם) ע"פ הנ"י "השוכר בית מחבירו וחזר והשכירו לאחרים ביותר ממה ששכרו, אם היה לו רשות להשכירו לאחרים בענין שנתבאר לעיל סי' שט"ז, המותר הוא שלו, ואם לא היה לו רשות להשכירו, המותר לבעלים" – כלומר כשהשכיר לבני בית מרובים ונטל שכר יותר המותר לבעלים, רע"א הכא (שהביאו גם). דברי הרמ"א הוזכרו גם בפת"ש סק"ב, שם כתב כנגד הברית אברהם שכתב דמשמע דנגד דמי השכירות שייך לראשון, דלכאורה יש לחלק, ד"ל דזהו דוקא באם השכיר למי שבני ביתו מרובים או למי שאינו הגון, דבאמת יש לו לשוכר תפיסת יד בבית להשכירו למי שהוא הגון ואין בני ביתו מרובים, רק שהוא השכירו ביותר למי שבני ביתו מרובים ואינו הגון, שפיר כתב הרמ"א דרק המותר לבעלים, משא"כ בדר עמו שאין לו רשות להשכיר לשום אדם בעולם, י"ל דהנכון עם הנתיבות דאם המשכיר השכירו שייך כל השכירות למשכיר רק שינכה לו דומיא דפועל בטל, וצ"ע. כתב הנתיבות (שס"ג, ט) על דברי הרמ"א (הנזכרים) דאם לא

היה לו רשות להשכיר השכר לבעלים, דלפ"ז במטלטלין שאין לו רשות להשכיר, השכר לבעלים. [עוד כתב בנתן השוכר רשות לאחד שידור בו בחנם עם השוכר ביחד אין לומר דכיון שמשכיר לא היה יכול להשכירו לאחר כיון שכבר הוא מושכר לשוכר והוי כחצר דלא קיימא לאגרא דפטור הדר בו, אלא נראה דחייב לשלם, דהא ודאי דאיכא קילקול במה שדרין בבית, והפטור במה דלא קיימא לאגרא משום דביתא מיתבא יתיב, וכאן כיון שדרין בו בבית דליכא משום ושאינה יוכת שער ממילא חייב לשלם, דהא ודאי דאיכא קילקול קצת דהא מה"ט אסור להשכיר למי שבני ביתו מרובין רק דהשבח דשאינה יוכת שער עדיף מהקילקול, והכא דלא שייך זה, חייב לשלם כל הנאה בדין זה, דהוי זה נהנה וזה חסר מעט דחייב לשלם כל מה שנהנה].

[מה הדין במי שנתן ביתו לאחר או השכירו, ושייר כח לעצמו שכשירצה יכול לדור עם המקבל מתנה או השוכר בבית, האם יכול למכור כחו לאחר?]

עוד כתב הרמ"א "מי שנתן ביתו לאחר או השכירו, ושייר כח לעצמו שכשירצה יכול לדור עם המקבל מתנה או השוכר בבית, יכול למכור כחו לאחר, ובלבד שלא יהו בני ביתו מרובים (תשובת הרשב"א), ויש מחלקים (ריב"ש) בין אם שייר לעצמו חלק מסויים כגון חצי הבית, אז יוכל למכרו לאחר, אבל אם שייר לעצמו חלק שאינו מסויים כגון, דיוכל לסלקו, אינו יכול למכרו או להשכיר זכותו לאחר".

כתב הסמ"ע (ד) דצריך לבאר מאי שנא מסע' ב' בשכרו בשותפות דאין האחד יכול להושיב אחר במקומו כו', ואע"פ שבספינה הנ"ל גמרא ערוכה היא דהרשות בידו להעמיד אחר במקומו יש לומר דשאני התם דדרך הספינה בכך שיצא זה ולהכניס אחר במקומו כשמכר סחורתו ומתחילת השכירות אסיק הספן זה אדעתו דפעמים יבוא לידי כך, ומ"מ תרעומות יש לו עליו משום שינוי הדעת, וצריך לחלק ולומר שכל משייר לנפשו כח בו ייאש השוכר נפשו מתחילה לקבל גם אחר במקומו כשירצה המשכיר, מאחר שכל אדם שליט בביתו לעשות בו מה שירצה והרי שייר לנפשו.

עוד כתב הרמ"א "מי שנתן לאחר דירה בביתו ואין המקבל צריך לאותה דירה, נ"ל דיוכל להשכירו או למכרו לאחר שבני ביתו אין מרובים ממנו, דלא גרע כח המקבל מתנה מכח המשייר לעצמו, דנותן בעין יפה נותן (בסימן רט"ו גבי מכר ביתו ושייר בור ודות לפניו דלא שייר לנפשו הדרך וכו', דרכ"מ), ועיין לעיל סימן קנ"ד סעי' כ"ח".

הסמ"ע (ה) תמה על הדרכ"מ דאי משום הא לא איריא, דהא גם מצינו איפכא דיפה כח המשייר לנפשו מהמוכר או נותן לאחר גבי המוכר שני אילנות עיי"ש, וכן המוכר דקל ושייר פירות לפניו אמרינן בסימן ר"ט דשייר לנפשו בעין יפה ושייר לו ג"כ מקום באילנות לקנות על ידו הפירות שיגדלו, וכן אם מכר ביתו ושייר לנפשו דירת ביתו דאמרינן בסימן ריב"ג דשייר לנפשו הבית לדירתו, משא"כ במכר או הקנה לאחר פירות דקלו או דירת ביתו דאמרינן בסימנים ר"ט ורי"ב, וראיית הרמ"א ממכר בור נדחית מחילוק התוס' עיי"ש, והכלל דהיכא דלא נחית הנותן או המוכר לשירא אמרינן דבעין יפה מכר או נתן והיינו כמו התם דמכר הבית ואין בכלל מכירת הבית הבור והדות משא"כ במכר האילן דבכללו ג"כ הוא הפירות שיגדלו עליו, וכן המוכר הבית בכללו הוא הדירה, והוצרך המוכר או הנותן לאמר הפירות והדירה "ישארו לי", בזה אמרינן כל דפירש השיר בעין יפה שייר, וכן במכר השדה בכלל המכירה היו ג"כ האילנות שבו, והוצרך לשייר ולומר שישארו משו"ה אמרינן מדנחית לשיר בעין יפה שייר לנפשו, ועפ"ז דוקא במשייר לנפשו אמרינן דשייר לנפשו כח לדור בו אפילו עם השוכר בחדר אחד, אבל לא בנתן דירה לאחר, דיכול היורש לומר אין דעתי נוחה לדור עם אחר כי אם עמד, וכרא"ש והטושי"ע בסעי' ב', וגם הרש"ל חלק על הרמ"א אבל לא נחית לסתור דברי ראיתו שהביא דלא גרע כח המקבל מתנה מכח המשייר לנפשו אלא חלק עליו מכח אומדנות דהנותן. עוד כתב דממשי"כ הרמ"א דלא גרע כח המקבל מתנה מכח המשייר לעצמו כו', ובמשייר לעצמו כתב לפני זה דאם שייר לעצמו לדור עם השוכר יחד יכול להשכיר אותה זכות לאחר, משמע דס"ל דכן הדין נמי בנותן דירה לאחר לדור עמו יכול להשכירו לאחר מה"ט דלא גרע כח המקבל, וכנ"ל יש לחלק ביניהן, ולא מיבעיא כשבאו לדור עמו בחדר אחד, אלא אפילו בבית אחד כשאין לכל אחד פתח בפני עצמו לכנוס ולצאת בתוכו מרה"ר לחדרו ומחדרו לרה"ר איכא קפידא. אולם הנת"בות (ג) כתב דלולי דברי הסמ"ע נראה עיקר כדעת הרמ"א, דהא ודאי יש חילוק בין שוכר לדבר שהוא שלו, דהא חזינן דדוקא בשנים ששכרו מסיק בסעיף ב' דאין אחד יכול להושיב אחר במקומו, משמע דבי שהן שותפין לגמרי יכול כל אחד להושיב אחר במקומו או למכרו,

והטעם נ"ל, דבשלו יכול כל אדם לעשות מה שירצה אף שעל ידו גורם היזק לחבירו כל שאינו מזיק ממש בגירי דיליה אבל בשוכר אין השוכר רשאי להשכיר אם לא שאין בו שום דבר המזיק דבשל חבירו לאו כל כמיניה להזיק דבשכירות לא קניא, ומשו"ה השוכר אינו יכול להשכיר כשהמשכיר דר עמו, דע"כ לא קאמרי דיכול השוכר להשכיר רק במקרקעי משום דמקרקעי אינו מזיק לו כמו במטלטלין, ובשדה דמזיק לו דעת הסמ"ע בסימן ר"יב דאינו יכול להשכיר, ואפילו בבית פליג הראב"ד, וא"כ כשדר עמו דמזיק לו כ"ע מודים דאינו יכול להשכיר, וכן בבי' שוכרים כל אחד אינו יכול להזיק לחבירו כמו שאינו יכול להזיק למשכיר דלכל שוכר כל זכות המשכיר ובמקום המשכיר קאי, משא"כ בדבר שהוא שלו יכול לעשות מה שירצה, ומשו"ה במשייר לנפשו, כיון דמה שמשייר שדה לפירותיה ובית לדירה כמבואר בסימן ר"יב דידיה לגמרי הוא ויכול למוכרו ולעשות כל מה שירצה, יכול ג"כ להשכירו ואף על פי שמזיק קצת, דבדידיה קעביד, ומשו"ה נמי כשנותן לאחד דירה, ע"כ בנותן בית לדירה מיירי.

ראובן שהשכיר בית לשמעון ונפלה מריבה בתוך הזמן ואמר ראובן לשמעון תריק לי את הבית, האם רשאי שמעון לעזוב? ומדוע?

כתב הקצות (ג) דכתב מהרי"ט בראובן שהשכיר בית לשמעון לזמן י"ב חודש ובתוך הזמן נפלה מריבה ביניהם והקפיד ראובן כנגדו ואמר לו תריק לי הבית, עתה רוצה שמעון להריק הבית באומרו שכבר מחל לו במה שאמר שיריק לו הבית והמשכיר אומר שעדיין חיובו קיים כי מה שאמר לו דברים בעלמא ופטומי מילי, והעלה דאין השוכר נפטר בזה דלשון תריק לי הבית אינו לשון פטור דאפשר לומר תריק ושלם לי בעד כל השנה וכהאי דקרקע כסותי כי אתי לידיה בתורת שמירה דצריך לומר והפטר (ב"ק צ"ג), ועוד דאפילו תימא דהרק לי והפטר קאמר דאין סברא שיפרע לו השכירות והוא אינו דר בה, ובמל"מ כתב דאם אמר לו בעל הבית לשוכר צא והניחו ואתה פטור משכירותו, אם חזר בו המשכיר ואינו פטור דעת הדרכי נועם דחייב השוכר לדור או להשכיר לאחר ואילו דעת מוהראנ"ח נפטר השוכר בדיבור בעלמא, וכתב הקצות דמסתבר טעמיה דמוהרי"ט לחייב השוכר, וכן משמע מהריב"ש (בסימן הקודם) דאם השוכר מוחל למשכיר אחר שנקנה לו בקנין הראוי לשכירות לא מהני אא"כ היה קנין מחדש משוכר למשכיר, וא"כ אפילו נתרצו שניהם השוכר והמשכיר שיריק הבית ויפטור מן השכירות עדיין לא נקנה הדירה משוכר למשכיר כיון דמלוה לא קנה וכמבואר בסימן רד"י, ואם קנה קרקע במלוה לא קנה ושניהם חוזרין וה"ה לוקח דלא עדיף מכסף במטלטלין וה"ה בזה אע"ג דפטורו לשוכר כיון שלא זכה המשכיר בבית השכור דהא חוב לא קנה שניהן חוזרין, אא"כ אומר לו הריני פוטר אותך משכירות ובהנאת מחילת מלוה תריק לי הבית דכה"ג מהני קנין מלוה וקנה הבית השכור ושוב אין חוזרין לא זה ולא זה, ואפילו תוך זמנו מהני מחילת מלוה, ובפרט דהכא חשיב כמו הגיע זמנו כיון שרוצין להקנות זה לזה הו"ל שכירות שעבר כאילו הגיע זמנו.

סעיף ב

ראובן ושמעון שכרו דירה בשותפות ומבקש ראובן להושיב אדם אחר במקומו, האם יכול שמעון להתנגד, והמקור לכך.

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע "שנים ששכרו בית בשותפות לדור בו יחד, אין אחד מהשותפין יכול להושיב אחר במקומו, אפילו יש לו דיורין פחותים ממנו, כי יכול לומר אותך אני יכול לקבל אבל אחר איני יכול לקבל, ואינו יכול לכופו לחלוק, שהבית אינו שלהם, אלא שכור להם לזמן {וע"ל סימן קע"א סעיף ט' דיש חולקין} - והקשה הסמ"ע (ו) דכאן סתם המחבר כרא"ש ובסימן קע"א/ט סתם כדברי הרמב"ם אחד השוכר מחבירו מקצת שדה או חצר שאין בו דין חלוקה או שנים ששכרו מקום אחד בשותפות כל אחד מהם יכול לכופו לחבירו ולומר לו או שכור ממני חלקי או השכר לי חלקך ואם יש בו דין חלוקה חולקין, וכתב דיש לישב דמש"כ כאן דאינו יכול לכופו לחלוק, היינו דוקא בבית שתשמישו מרובה ויש בו משום היזק ראייה ואם ידורו יחד צריכין לחלק במחיצה כיון דיש בו דין חלוקה כדי לסלק היזק ראייתו זה מזה, בזה דוקא קאמר דאין בידם לחלק הבית במחיצה כיון דאין הבית הוא שלהם, והתם לא הזכיר בית אלא שדה וחצר, והקדים המחבר שם שדה לחצר ללמדנו דחצר דנקט היינו חצר דומיא דשדה דמיירי בחצר שאין בו תשמיש קבוע דאין בו משום היזק ראייה, ובאלו סגי להן בחילוק באיזה סימן שעושיין באמצע וזה יכולין לעשות אף שהחצר או השדה אינה שלהן וביאר עפ"י ביאר הטור בסימן קע"א ולשונות המחבר עיי"ש ולשונות זכר ונקבה, וע"פ הנ"ל כתב דלא יתכן מש"כ הרמ"א

והלבוש כאן ושם שיש חולקים אמחבר. **הש"ך** (ה) העיר על דיוקי הלשון במחבר דשדה וחצר הוי כמו מחנה והדומה שמשמשים זכר ונקבה, עיי"ש.

כתב ה**נתיבות** (ג' והובא לעיל) דב' שהן שותפין לגמרי יכול כל אחד להושיב אחר במקומו או למכרו, והטעם דבשלו יכול כל אדם לעשות מה שירצה אף שעל ידו גורם היזק לחבירו כל שאינו מזיק ממש בגירי דיליה כמבואר בסימן קנ"ה, אבל בשוכר אין השוכר רשאי להשכיר אם לא שאין בו שום דבר המזיק, דבשל חבירו לאו כל כמיניה להזיק דבשכירות לא קניא, ומשו"ה השוכר אינו יכול להשכיר כשהמשכיר דר עמו, דע"כ לא קאמרי דיכול השוכר להשכיר רק במקרקעי משום דמקרקעי אינו מזיק לו כמו במטלטלי.

סעיף ג

ע"פ תשובת ה**רשב"א** פסק ב**שו"ע** "ראובן משכן ביתו לזמן והתנה שאחר הזמן יהיה רשות [לשוכר] לדור בו הוא וסיעתו, או למשכן או להשכיר למי שירצה, יש מי שאומר שאפילו בלא תנאי רשאי להשכיר או למשכן {למי שבני ביתו אינן מרובין (שם)} ומפני התנאי רשאי להשכיר ולמשכן אפילו למי שיש סיעה גדולה מסיעתו (לפי ששורת הדין דאפילו בלא תנאי היה יכול להשכירה ולמשכנה אפילו תוך הזמן, א"כ מאי תנאי הזה עושה, אלא ודאי כונתו היתה להשכירה אפילו לסיעה גדולה ולא אמרינן דלשופרא דשטרא כתבו אלא היכא דנוכל לומר דלטפויי אתא מטפינן ליה, **רשב"א**, הובא בסמ"ע".

כתב ה**סמ"ע** (ז) דלשון 'לשוכר' אינו מדוקדק, דהל"ל זה שהשכינו בידו, אלא משום דסתם משכונא הוא בנכיתא, דא"כ ה"ל אבק ריבית, וכל נכיתא בכל שנה כך וכך בעד הפירות ה"ל כשכירות.

עוד כתב ה**סמ"ע** (ח) שיש ללמוד מתשובת ה**רשב"א** (והמחבר קיצר) דאפילו מת הממשכן והניח בניס קטנים, דאף דאין יכול לתובען בקטנותו, מ"מ אין מפקיעין מיד זה שהשכינו בידו זכותו, כיון שמשעה שהשכינו היה בידו להשכירו מיד אפילו בתוך הזמן, וגם ה"ל כאילו הבטיחו הממשכן בפירוש שכשיכלה הזמן יהא רשות בידו להשכירו אפילו למי שבני ביתו מרובין, הרי הוא בידו כאילו קנוי לו לכל זה בחיי הממשכן ואין מפקיעין זכותו.

סימן שיז - אמר השוכר פרעתי שכר הבית והמשכיר אומר לא פרעת

סעיף א

משכיר ושוכר, מי נקרא מוחזק לגבי תשלום השכירות, גובה השכירות, סיום זמן השכירות? (וכן בסעיפים ב-ג לקמן)

ב"מ קב: "בעו מיניה מרבי ינאי שוכר אמר נתתי ומשכיר אמר לא נטלתי על מי להביא ראיה אימת אי בתוך זמנו (שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף והוא ביום אחרון של שנה, **רש"י**) תנינא אי לאחר זמנו תנינא דתנן מת האב בתוך שלשים יום בחזקת שלא נפדה עד שיביא ראיה שנפדה לאחר שלשים יום בחזקת שנפדה עד שיאמרו לו שלא נפדה, לא צריכא ביומא דמשלם זמניה מי עביד איניש דפרע ביומא דמשלם זמניה או לא אמר להו רבי יוחנן תניתיה שכיר בזמנו נשבע ונוטל שכיר הוא דרמו רבנן שבועה עליה משום דבעל הבית טרוד בפועליו אבל הכא שוכר מהימן בשבועה".

כתב ה**ריטב"א** (בקצות) דצ"ע מאי קא מוכח ליה משכיר דלמא התם שאני דאיכא איסורא בל תלין ומש"ה עביד דפרע כדי שלא יעבור אבל בעלמא אימא לך דלא פרע, ותירץ **הקצות** (ג) דבמשכיר בית לחבירו עובר משום בל תלין דהו"ל תלוש ולבסוף חיברו והו"ל כמו שכירות כלים א"כ שפיר פשיט ליה שוכר משכיר דבשניהם איכא בל תלין.

וז"ל ה**שו"ע** כלשון ה**רמב"ם** "השוכר שאמר נתתי שכר הבית שנתחייבתי בו והמשכיר אומר עדיין לא נטלתי, בין שהיתה בשטר (דאפילו היה בשטר נאמן השוכר לאחר זמן, ולאפוקי מלוח לחבירו בשטר דאינו נאמן לומר פרעתיך כל זמן שהשט"ח בידו כבסימן פ"ב ועוד, **סמ"ע** א') [או בעדים] בין שהיתה בלא עדים (ר"ל דהיתה בעדים בלא קנין, או שאין העדים לפנינו, דה"ל כשכירות בעל פה, **סמ"ע** א'),

אם תבעו בתוך { זמן השכירות כגון ששכרו (טור) } ללי יום (לאו דוקא ופשוט, ראב"ד וה"ה) { ותבעו תוך ל' } על השוכר להביא ראייה, או יתן ויחרים על מי שלקח ממנו שלא כדין, או יטעון עליו בדמים שנתן תחלה טענה בפני עצמה וישביענו היסת (ר"ל יטעון עליו לאחר שפרעו תביעה בפני עצמה בדמים שנתן תחילה וישביענו שבועת היסת, והאי 'או' לאו דוקא דהא מצי למיעבד תרווייהו, דהיינו קודם שיתן יחרים חרם סתם על מי שלקח מידו, ואחר שיתן יתבענו ויטעון עליו שנתן תחילה אלא אורחא דמילתא נקט, סמ"ע), ואם תבעו המשכיר לאחר שלשים יום, אפילו ביום ל' (דאסיקנא דעביד אינש דפרע ביומא דמשלם זמניה ומהימן שוכר בשבועה, כס"מ ובאה"ג), על המשכיר להביא ראייה, או ישבע השוכר שכבר נתן לו שכר, ויפטר, וכן אם שכר ממנו שיתן לו השכר שנה בשנה, ותבעו בתוך השנה, על השוכר להביא ראייה, תבעו לאחר השנה, ואפילו ביום אחרון של השנה, על המשכיר להביא ראייה { ועיין לעיל סימן ע"ח סעיף ג' }.

הסמ"ע (א) ביאר החילוק מהלוואה דאמר ליה אי פרעתי שטרך בידי מאי בעי, דלא נכתב מתחילה אלא לגבות בו, משא"כ שטר שכירות דניתן לכתוב מתחילה כדי שלא יחזיק השוכר בשדה ויאמר קניתי, ואף שכתב בשטר וקנינא מיניה על כל מה דכתב לעיל, וכתב גם בשטר פרעון השכירות, אמרינן דלא קאי הקנין על הפרעון (וחילוק זה בר"ח תוס' ורא"י נוספים, ש"ך א'), אם לא דכתב ליה שטר בפני עצמו על דמי השכירות וכתוב בו נאמנות (יש לומר "או" כתוב בו נאמנות וחד בעינן ולא תרתי וכן משמע בנ"י ויכול להיות טע"ס בסמ"ע, ש"ך), אזי לא יוכל לומר פרעתי (נ"י), וכן מי שקיבל קנין בעדים לפרוע לו השכירות אינו יכול לומר פרעתי (ריב"ש), והובאו בדרכ"מ (ועוד).

הקשה הסמ"ע (ג) דמאי שנא כאן דאמר דיפרע תחילה ואח"כ ישביענו היסת על מה שנתן כבר, מסימן עח/א גבי הטוען פרעתי תוך זמני דאינו נאמן וצריך לפרוע דקודם שיפרענו ישביענו שלא פרעו כבר, וביאר דשאני שכירות דאין דרך העולם לפרוע כלל תוך הזמן דשמא יוציאנו המשכיר מביתו קודם שיכלה הזמן ולא יהיה חייב כלום, משו"ה צריך לפרוע תחילה, משא"כ בהלוואה דהחוב מוטל עליו לפרוע, ואף שלא הגיע עדיין זמן פרעונו, מ"מ שמא ירא שיפזר הממון ולא יהיה בידו לזמנו ממה לפרוע החוב המוטל עליו ופורע בתוך זמנו. הש"ך (ג) כתב דמש"כ דשאני שכירות דאין דרך העולם כלל לפרוע תוך הזמן סברא זו רחוקה ולא נמצא בשום פוסק ואף שהתוס' ונ"י כתבו לחלק בין שכירות להלוואה היינו לרבא אבל לא לר"ל וקי"ל כוותיה ואף לרבא היינו לענין אי נאמן או לא אבל לענין שבועה דקודם או אח"כ אין סברא לחלק בכך, וקושייתו מעיקרא לאו קושיא היא דבסימן ע"ח ר"ל אחר פרעון וכ"כ הרא"ש להדיא דישבע היסת ואין היסת קודם פרעון.

כתב הש"ך (ב) על הגהת הרמ"א 'בתוך זמן השכירות' וכו' דנראה שחשש במחבר דאל"כ מה ענין ל' יום לכאן ועי"כ הגיה ששכרו ללי, אבל באמת פשט דבריו לא משמע כן דא"כ מאי שנא זמן ל' דנקט ועוד דא"כ מה שכתב בסוף הסעיף 'וכן אם שכר ממנו שיתן השכר שנה בשנה' ה"ל לכתוב כאן ולערבינהו וליתנינהו, אלא הדבר פשוט שדבריו הם ממש דברי הרמב"ם וכביאור הרב המגיד דל' יום הכונה בשוכר סתם באותן ל' יום של הודעה הנזכר בסימן שיבה, ועי"ל דמיירי במשכיר סתם דזמנו ל' יום ואפשר דגם כוונת ה"ה כן, אך קשה על המחבר דבשלמא ברמב"ם והרב המגיד י"ל דס"ל כר"ן דאף בסתם הלואה אמרינן אין אדם פורע תוך ל' יום אבל המחבר דס"ל לעיל ס"ס ע"ח בפשיטות דדוקא בקובע זמן אמרינן הכי אבל לא בסתם ולא הביא בשו"ע ובבב"י מי שחולק ע"ז א"כ לשיטתו ה"ה הכא דנאמן בסתם שכירות פרעתי תוך ל', ואפשר לחלק בין סתם הלואה לסתם שכירות וצ"ע.

הקצות (ב) כתב לבאר על קו' הש"ך בסיום דבריו, דהא דנאמן לומר פרעתי תוך סתם הלואה ל' יום היינו משום דסדרי פרעון במנהגא תליא ועבידי אינשי דפרעי גו סתם הלואה וכן מבואר במרדכי דחזקה דתוך זמנו במנהגא תליא ובשכירות סתם שלשים לא עבידי אינשי דפרעי גו זימניה וכן תוך שלשים של הודעה, וכיון דבמנהגא תליא אין להקשות סתמא אסתמא דהכל. עוד כתב דנראה דאם שכרו סתם לכל שנה כך וכך ובכלות השנה טען פרעתיך עבור השנה דנאמן לומר פרעתי דהו"ל אחר זמנו, ואע"ג דלא הודיעו ויש לו לדור עוד שנה, היינו משום דלא הודיעו הו"ל כנותן לו רשות שידור עוד שנה אבל זמן הפרעון כבר עבר משנה הראשונה, דהא דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף ושכירות של שנה אינה משתלמת אלא בשנה שניה, והרי כבר התחיל שנה שניה דהא אם רוצה צריך להוסיף לו בשנה שנית אלא משום דלא הודיעו מתחלה הו"ל כנרצח לדור בשכירות כשנה הראשונה אבל שנה שניה מיהא הוי, וממילא כה"ג בהשכיר לו לחדשים ואמר לו בעד כל חדש כך מכי כלתה חדש הראשון

הו"ל זמנו ונאמן לומר פרעתי אחר כל חדש, אלא דאם טען שפרע תוך שלשים יום של הודעה עבור אלו התלתין יומין הוא דאינו נאמן כיון דלא הודיעו הרי יש לו לדור ל' יום ואינו נאמן תוך זמן זה, עיי"ש.

עוד כתב **הסמ"ע** (ד) ד'אפילו ביום ל' דנאמן השוכר מיירי אפילו בתחילת היום, דעביד אינש דפרע בתחילת יומא דמישלם זימניה, אע"ג דמן הדין אינו יכול להוציאו מידו עד סוף היום שנשלם זמנו הן בהלואה הן בשכירות, והא דכתבו הטוש"ע בסימן עח/ד דאינו נאמן כי אם באומר כן בסוף היום, היינו כשטוען ביומא דמישלם זימנא פרעתיך בתוך זמני דנאמן במיגו דאי בעי אמר פרעתיך עכשיו, דבזה אמרינן דלא אמרינן מיגו כי אם בטוען כן בסוף היום, אבל בתחילת היום ה"ל מיגו דהעצה דהרי הלה עומד בפניו ומכחישו לומר לא פרעתי משא"כ בסוף היום דאין בו העצה כל כך דיכול לומר פרעתיך אתמול בתחילת הלילה ושכחתו בטרדותיך כל הלילה והיום וכ"כ התוס' ב"ב ה', משא"כ הכא שטוען היום פרעתיך ועביד אינש דפרע אפילו בתחילת היום נאמן בלא מיגו.

עוד ביאר **הסמ"ע** (ה) דלא דמי לסימן שיב/טו בהזכיר לו בשכירותו חודש ושנה דאפילו כבר דר שם צריך ליתן לו השכירות מחודש הי"ג, דהתם הספק בין הלשונות גם מתחילת החודש היה, משא"כ בזה דלא היה הספק עד השתא, דודאי היה חייב לו אלא שטוען עתה פרעתיך, ואמרינן הממון היכא דקאי תיקום, וכתב הש"ך דכ"כ הרא"ש.

כתב **הקצות** (א) דמדברי הסמ"ע סק"א שכתב דהיתה בעדים בלא קנין או שאין העדים לפנינו, משמע דאפילו בקנין רק שאין העדים לפנינו אין נאמן השוכר בתוך הזמן, והא דכתב השו"ע לט"ה דאפילו בקנין אם אין העדים לפנינו דנאמן לומר פרעתי אפילו תוך זמנו ומשום דריע טענתיה דמלוה כשלא הוציא שטר, נראה דהתם דשטר והקנין לגוביינא א"כ טענתיה איתרע מדלא הוציא השטר כיון דסתם קנין לכתיבה עומד מסתמא כבר פרעו, אבל הכא דאפילו שטרא נמי לאו לגוביינא אלא כי היכי דלא ליחזק וכדאיתא בגמ' דף ק"ג וא"כ אפילו פרע השכירות נמי היה צריך לשטר כדי דלא ליחזק וכיון דהאי שטרא לאו לגוביינא לא אתרע כי ליתנהי לשטרא ומש"ה תוך זמנו לא גרע כחו. עוד בענין זה כתב **הנתיבות** (א) דאף דבסימן עח/א בעינן דוקא שיהיו עדים בקביעת הזמן דבלאו הכי נאמן במיגו, הכא ליכא מיגו, דאינו רוצה לומר כבר עבר הזמן דאינו רוצה לגרע דירתו שרוצה לדור בתוכה עדיין, וכן אין לו מיגו דלא קצצתי לו רק פחות, דבטענת פרעון פוטר עצמו מהכל, אך כתב דאמנם אם טוען פרעתיך מקצת, לכו נאמן כשאין לו עדים במיגו דלא קצצתי לו רק סך כזה שטוען שעדיין חייב לו, ואפשר דכיון שהוא תוך זמנו עדיין, אם יאמר לא קצצתי רק כך המשכיר יהיה נאמן להוציאו מהבית.

סעיף ב

משכיר לעשר שנים ולא כתבו בשטר את מועד כתיבת השטר ויש מחלוקת בין הצדדים אם

עבר הזמן, מה הדין?

ב"מ קג. "אמר רבא אמר רב נחמן האי מאן דאוגר ליה ביתא לחבריה לעשר שנין וכתב ליה שטרא ואמר ליה נקיטת חמש שנין מהימן (בעל הבית, דקרקע בחזקת בעליה עומדת, על כל דבר ספק הבא לפנינו, רש"י), אמר ליה רב אחא מדפתי לרבינא אלא מעתה אוזפיה מאה זוזי בשטרא ואמר ליה פרעתיך פלגא הכי נמי דמהימן אמר ליה הכי השתא התם שטר לגוביינא קאי אם איתא דפרעיה איבעי ליה למכתבא אגביה אי נמי מיכתב עליה תברא אבל הכא אמר ליה האי דכתיבי לך שטרא כי היכי דלא תחזק עליה".

וז"ל השו"ע "המשכיר בית לחבירו בשטר לעשרה שנים, ואין בו זמן, השוכר אומר עדיין לא עבר מזמן השטר אלא שנה (וה"ה אם אמר עדיין לא כלו כל הי' שנים, טור וסמ"ע), והמשכיר אומר כבר עברו ושלמו שני השכירות ושכנת עשרה שנים, על השוכר להביא ראיה, ואם לא הביא ראיה, ישבע המשכיר היסת ויוציאונו } וה"ה בשאר טענות שביניהן (מרדכי, דהוא הדין אם המשכיר אומר ב"י שכרת והוא אומר בה' או שבעל הבית אומר לא השכרתי לך והוא אומר שכרתי קרקע בחזקת בעליה קיימת, וכתב הדר"כ"מ והובא גם בש"ך דנראה מלשון המרדכי והטור דבאלו הטענות אפילו לאחר זמן השכירות המשכיר נאמן בשבועה, והמשיך בדרכ"מ -) ומיהו י"א (נ"י) דאם הוא לאחר זמן השכירות שיכול לומר פרעתי או לא שכרתי מעולם, ונפל טענה בין המשכיר והשוכר, אע"פ שקרקע בחזקת בעליה עומדת, השוכר נאמן במיגו (דאי בעי כביש ליה לשטרא ואמר לקוחה היא בידי, שם ב"מ נ"ט ע"ב) (ולא

אמרין דהוי מיגו להוציא לפי שכבר זכה בקרקע לפי טענתו משעה שירד בה והחזיק בה לה' שנים בחזקת דנעל גדר ופר, סמ"ע סק"ד בשם ר' יונה}."

הש"ך (ה) האריך דמש"כ הרמ"א "מיהו י"א" ליתא דליכא מאן דפליג בהא דדבר פשוט הוא דהיכא דאית ליה מגו דנאמן השוכר וכדאיתא בב"מ ק"י ופסקו כן הטושי"ע בסעי' ד' וגם הנ"י לא כתב רק כמש"כ הטושי"ע בסוף הסימן בסתם דהמשכיר נאמן מיירי בענין דלית לשוכר מגו, וגם מה שלמד הרמ"א במרדכי אין נ"ל כן והאריך להוכיח כן בלשונו (דאורחא דמילתא נקט דלעולם בתחלת הזמן מחולקים על הקציצה ובסוף הזמן מחולקין על הפרעון, עיי"ש שהאריך) וגם¹ אין טעם כלל לומר דאם חלוקים בסוף הזמן בקציצה שלא יהא השוכר נאמן במגו דפרעתי וגם² לא שייד כאן לומר קרקע בחזקת בעליה קיימא דהא אין חלוקים על הקרקע שהרי המשכיר בא להוציא ממון מהשוכר³ ואין ידוע כמה מגיע שכירות ומה בכך שנאמר קרקע בחזקת בעליה עומדת הא השוכר אומר מעולם לא הוציא קרקע שלך פירות יותר מזה, וכן מוכח בדעת רא"ש וכן מפירש"י "ור"נ אמר קרקע בחזקת בעליה עומדת ואפילו בא בסוף החדש כולו למשכיר דהספק לא נולד עכשיו אלא מתחלת החודש נולד הספק והעמד קרקע על חזקתו ונמצא שדר בשל חבירו וצריך להעלות לו שכר" אלמא דדוקא בהך דדינר לחדש ביי"ב דינרין לשנה שהספק נולד מתחלה הוא דאמרין קרקע בחזקת בעליה קיימא אבל אם מחולקין בסוף הזמן בקנינה דלא שייד לומר כן פשיטא דהשוכר נאמן, וכ"כ הרשב"א בתשובה דהיכא דאית ליה לשוכר מגו נאמן. עוד הוסיף (ו) על המיגו ברמ"א בשם הנ"י דה"ה תוך זמן אם יש לו מגו כגון שהשוכר אומר עדיין לא עבר מזמן השטר רק ג' שנים דנאמן במגו דלקוח הוא בידי וכ"כ הנ"י ועוד, ומש"כ הרמ"א לאחר זמן היינו משום דמיירי שהמשכיר בא להוציא מעות מן השוכר והשוכר מחזיר לו קרקעו וזה לא שייד רק לאחר הזמן.

הנתיבות (ב) האריך בדברי הש"ך, על טענתו⁽³⁾ דהשוכר אומר מעולם לא הוציא קרקע שלך פירות יותר, כתב הנתיבות דכך כתב גם בסימן ש"ב (יד) לחלק בין מרחץ ובין הך דשנים סתמא דסעי' ג', וכתב דנראה דהחילוק פשוט דבשלמא במשכונא שכבר הקדים לו המעות, אם היו באין לבי"ד בתחילת השנה היה המשכיר נאמן בין להוציא מן הבית כיון שקרקע בחזקת בעלים קיימת ובין שלא להחזיר לו השכירות כיון שהוא מוחזק, ואם כן אף עכשיו שכבר דר בו הוי כתפיסה בעדים דלא מהני כשהספק נופל על פי טענותיהם, משא"כ במרחץ אם היו באים בתחילת החודש והשוכר טוען ברי, נהי שהיה יכול להוציא מן הבית כיון שהקרקע בחזקת בעלים, מ"מ כיון ששוכר מוחזק במעות וטען שלא קצב לו י"ב דינרים רק על י"ג חודש, ממילא היה יכול לנכות לו חודש העיבור, כמו במשכיר אומר ב"י שכרת והשוכר אומר בה' שהשוכר נאמן כיון שהוא מוחזק, משום הכי גם אחר כך אין צריך ליתן לו יותר בטוען ברי. עוד כתב כדי לתרץ דברי הרמ"א שלא יהיו תמוהין כ"כ דנראה דהך דינא דסעי' ב' ע"כ מיירי בלא הקדים השכירות, מדנקט סתם המשכיר בית, וסתם שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף, ולפ"ז צ"ל דהטענה היא שהוא תובע ממנו ששכר ממנו על עשר שנים ומחויב ליתן לו הדירה ורוצה לשלם לו השכירות כפי הפסיקה, והמשכיר טוען שכבר כלו ושוב אינו רוצה להשכיר לו, ע"ז קאי הרמ"א דהמשכיר מודה לו שלא כלה עדיין זמן השכירות, רק שטוען שהשכיר לו כל שנה ב"י וכך נתן לו בה' שנים הראשונות ושיתן לו כמו כן בשנים הבאות, והשוכר אומר בה' ואינו רוצה ליתן לו מכאן ולהבא אלא ה', ואומר שגם בשנים הראשונות לא נתן לו רק ה', שהדין נותן שהמשכיר נאמן ויכול להוציא מן הבית, ולזה כתב הרמ"א דיש אומרים אם הוא אחר זמן השכירות, דהיינו אף שהשכיר לו על י' שנים, מ"מ כל שנה ושנה זמנה הוא לענין פרעון, ואם האמת כדברי השוכר א"צ ליתן לו השכירות מהשנים שעברו כיון שחייב להעמיד לו בית ויכול לשכור עליו בית אחר ולהוסיף עליו מהשכירות שעדיין בידו, ולזה אם יש בידו שכירות מהשנים שעברו ויש לו מיגו דפרעתי משנים שעברו כיון שהוא אחר כלות שנה שהוא זמן פרעון של השכירות, יכול לעכב מהשכירות שתחת ידו עד שיעמיד לו בית או שישכור מעצמו בית ויוסיף עליו משכירות שתחת ידו, ובזה באמת המרדכי חולק, דהא בסימן קנ"ד-ה יש מחלוקת הפוסקים אי נאמן במיגו על הפירות דלהבא, והמרדכי (בש"ך שם) ס"ל דלא אמרין מיגו מממון לממון ודוקא במשכנתא הוי מיגו באותו ממון עצמו דהמשכונן הוי כקנוי לו, ולפ"ז בשוכר בית סתם שתובע ממנו שחייב להעמיד לו בית אחר הוי מיגו מממון לממון דלא מהני למרדכי שם.

סעיף ג

כתוב בשטר השכירות שנים סתם, המשכיר טוען שתים והשוכר טוען שלוש ואכל כבר את

הפירות, מה הדין?

ב"מ קי. "ההוא שטרא (שטר משכנתא דסורא במשלם שניא אילין ולא פירש בו מנין השנים, רש"י) דהוה כתיב ביה שנין סתמא מלוה אמר שלש לוח אמר שתים קדים מלוה ואכלינהו לפירי מי נאמן רב יהודה אמר קרקע בחזקת בעליה קיימא רב כהנא אמר פירות בחזקת אוכליהן קיימי והלכתא כוותיה דרב כהנא דאמר פירות בחזקת אוכליהן, והא קיימא לן דהלכתא כוותיה דרב נחמן דאמר קרקע בחזקת בעליה עומדת (קב:). התם מילתא דלא עבידא לאיגלווי היא (דמספקא לן ביה אי תפיס לשון ראשון ואי תפיס לשון אחרון) הכא מילתא דעבידא לאיגלווי היא (בסוף שיבואו עדי השטר ויעידו) ואטרוחי בי דינא תרי זמני לא מטרחינן".

[עיין באוצר התשובות עמ' שיג שהאריך בשיטת הרשב"ם ב"ב ל"ב ע"פ הגמ' שם במי שבא להחזיק בקרקע בשטר, דאמרינן קרקע בחזקת בעליה עומדת דווקא בספק במציאות אבל בספק דין לא אמרינן, ובשו"ת פני משה כתב דהוא יחידאה, אך אין הדבר פשוט].

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "שטר השכירות או שטר המשכנתא שכתוב בו שנים סתם, בעל הפירות אומר שלש, ובעל הקרקע אומר שתים, וקדם זה השוכר או המלוה ואכל הפירות (של שנה השלישית, סמ"ע), הרי הפירות בחזקת אוכליהם, עד שיביא בעל הקרקע ראייה (אבל אם עדיין לא דר בו פשיטא דאין מניחין לו לדור בו, דהקרקע בחזקת בעליה עומדת, סמ"ע) ויש מי שאומר (רא"ש) שאם יראה ב"ד שלא יוכל השוכר או הממשכן (ראה נתיבות ד' שסיכס דדעת הסמ"ע הוא הלווה ולש"ך קאי על המלוה שהוא במקום שוכר) לברר עוד דבריו (שמתו העדים ונשתכח הדבר מפי אחרים, רא"ש, ומשמע אע"פ שמתו צריך שיראה לב"ד שלא יוכל לברר כי שמא העדים או בעלי דינים גילו הדבר ברבים ועשוי הדבר להתגלות, ש"ך ט"ו), מוציאין מידו".

כתב הסמ"ע (יא) די"ל דדוקא בכתב בשטר 'שנים סתם' דהוא מילתא דרמיא עליה דעדים לאדכורי ולפרש לשון השטר בכמה שנים היה הקנין לפנייהם, ולפעמים הולכין העדים לדרך ומוסרים הדברים לאחרים שביניהן, בכה"ג דוקא אמרו דאיכא לברורי, משא"כ כשכתב בשטר ל' שנים ואין בו זמן, דאין מוטל על העדים לאדכורי מתי יתחיל זמן השכירות, בכה"ג ליכא לברורי מיקרי (ודחה אפשרות ראשונה לומר דמדובר אף בכה"ג ואפילו ליכא שטר כלל אלא שהשכירו לו בעדים לג' שנים ומחולקים השוכר והמשכיר מתי כלו הג' שנים, ג"כ אין מוציאין מיד השוכר אם קדם ודר בו כיון דיכולין לברר), והביאו הש"ך (ח), וחלק אמש"כ הב"ח דשכתוב בשטר לג' שנין אפילו ליכא לברורי כגון שמתו עדים ויראה לב"ד שלא יוכל לברר אין מוציאין מידו דהשוכר נאמן אצל שטרו ולא דומה לכאן שכתוב בו שנין סתמא מסייע לו למשכיר שלא השכיר לו אלא לבי' שנין, דזה אינו, ודינו שוה לכאן, דהיכא דאיכא לברורי אין מוציאין מידו ואם לאו מוציאין מידו והכל תלוי בראיות עיני הב"ד אם אפשר להתברר או לא.

כתב הש"ך (ז) דמשמע שקדם בעדים שאכילתו ידוע דאל"כ אפילו היכא דלא אפשר לברורי אין מוציאין מידו מטעם דאית ליה מגו דלא אכלתי וכן מיירי בענין דלית ליה מגו דלקוח דאל"כ נאמן במגו כסע' ד' ואף שהראה השטר בב"ד מ"מ אי בעי כביש לשטריה, וגם לא שייך לומר דכיון שכתוב בשטר שנין סתמא לסייע ליה ללוה דמשמע שתים כבסימן מג' גבי סלעין דינרין, דכיון דהניחו לוח למלוה לאכול פירות של שנה שלישית איתרע ליה סהדותא דשטרא, ועוד דהתם נמי אי אית ליה מגו נאמן.

עוד כתב הש"ך (ח) דהפירות בחזקת אוכליהן היינו כגון היכא שתפס קצת ברשות ואף כשאכל יותר מב' שנין לא עיכב עליו הלוח דה"ל כמאן דתפוס ברשות לענין שאין מוציאין ממנו ואפ"ה אם חזר והוציא ממנו ג"כ אין מוציאין ממנו ואפילו תקפו בעדים וכל דאלם גבר אבל היכא דתפס לגמרי שלא ברשות אפילו במילתא דעבידא לגלווי מפקינן מיניה.

עוד כתב הש"ך (יא) בסיפא שמוציאין מידו היכא דא"א לברר היינו אפילו אכל ג"ש קודם שתבעו לדון דאין טעם לחלק בכך ועוד דדמי לסימן שיב/טו דאפילו בא בסוף חדש כולו למשכיר מטעם שפירש רש"י

דהספק נולד בתחלת חדש וה"ה הכא, ואע"ג דהתם טוען שמא והכא ברי כבר נתבאר (שם ס"ק י"ד) דברי דהכא כשמא דהתם.

סעיף ד

ע"פ מימרא דרב יהודה **שם קי**. (ודלא כרב זביד ורב עזירא, עיין בכס"מ) וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "אכלה השוכר או הממשכן שלש שנים וכבש השטר ואמר לחמש שנים יש לי פירות, ובעל הקרקע אמר שלש, אמר לו הבא שטרך, ואמר אבד, השוכר נאמן, שאילו רצה אמר לקוחה היא בידי, שהרי אכלה שלש שנים (ה"ה -) ודוקא שאין עדים שהיא מושכרת או ממושכנת בידו וגם בעל הקרקע לא מיחה הא לאו הכי אינו נאמן".

כתב הסמ"ע (יד) דמיגו ד'אילו רצה אמר לקוחה' וכו' כן היא מסקנת הטור גם כן לעיל בסימן ק"נ בשם הרי"ף והרא"ש דאפילו השכינו בשטר וטען שאבדו אין מוציאין מידו מכח האי מיגו, ודלא כרבינו יונה החולק בשטר, והש"ך כתב דגם ר' יונה מודה הכא, ועיי"ש עוד מה שהקשה משם.

סימן שיח - השוכר רחים מחבירו ושוב לא נצטרך

סעיף א

ע"פ כתובות קג. וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "השוכר רחים מחבירו שיטחון לו (למשכיר) עשרים סאה בכל חדש בשכרו, והעשיר בעל הרחים והרי אינו צריך לטחון שם (שקנה ריחיים אחרות עם חמור ע"פ גירסא דידן, סמ"ע), אם יש לשוכר חטים שצריך לטחון לעצמו או לאחרים (ואינו עושה כן ונצמד להסכם הראשוני עם המשכיר) כופין אותו ליתן דמי טחינת עשרים סאה (ואין הוא יכול לטעון שהוא ימשיך לשלם בטחינה ולא במעות) שזו מדת סדום היא (זה נהנה וזה לא חסר, רש"י, דמה לו שיטחון למשכיר או שיטחון לאחרים הנמצאים ובאים אצלו, יקח מהן דמים ויתנם למשכיר, סמ"ע), ואם אין לו (ביקוש לחטים לעצמו או מאחרים), יכול לומר (כרב עזירא ולא כרבינא שדימה למשנה שם, דהתם חד כריסא אית לה תרתני כריסתא לית לה) אין לי דמים והריני טוחן לך כמו ששכרתי, ואם אין אתה צריך מכור לאחרים" - **טור**: ואם גם המשכיר "אינו מוצא לטחון" (דהיינו למצוא לקנות ולטחון ולמכור לאחרים, סמ"ע) לדעת ר"י יכול לחזור בו מהשכירות אם אין שמעון רוצה ליתן לו דמים והרא"ש כתב דאפילו שראובן אינו מוצא למי יטחון אינו יכול לחזור מהשכירות (דשכירות ליומא ממכר הוא) וגם אין שמעון נותן לו דמים אלא טוחן לו כמו שהתנה.

הסמ"ע (ג) תמה על הרמב"ם המחבר והרמ"א שקיצרו ולא כתבו מהמח' הנ"ל כלום, ואדרבה מהנתינת טעם דכתבו 'ואם אין אתה צריך מכור לאחרים' משמע דבמקום דלא מצי למימר ליה הכי צריך ליתן לו דמי הטחינה, וזה ליתא לכ"ע, וגם לחזור ליקח מידו הרחיים נראה דהלכה כרא"ש דאינו יכול ליקח מידו עד סוף הזמן כי טעמם ברור, וצ"ע, ולישב התמיהה הנ"ל י"ל דהרמב"ם כתב האי דינא לפי דרך העולם או שאפשר שגירסתו ופירושו בגמרא דלא מייירי שהעשיר וקנה רחיים אחרים, אלא העשיר ותו לא נתן לטחון ברחיים, רק קונה לחמו מהמצוי מפלטר מהשוק, וס"ל דאם אין לשוכר חטים לטחון וליתן למשכיר דמיו, אזי יכול לומר למשכיר קיים תנאך לטחון אצלי או מכור זכותך לאחרים והיינו העמיד אחר במקומך ואטחון לו, משו"ה קיצר הרמב"ם וכתב ואם אין אתה צריך מכור לאחרים ולא כתב קנה חטים ואטחנם לך ומכור הקמח לאחרים, אלא ר"ל מכור זכותך לאחרים, וס"ל דטענה זו מצויה לעולם וטענה נוכחת היא, משו"ה אין שייך לומר שהמשכיר יחזור בו משכירתו הראשונה, וגם למה ליה לחזור בו, כיון דזה שכיח הוא שימצא אחרים להעמידן במקומו למה יפסיד לנפשו, וס"ל ג"כ דהגמרא דקאמר טחון וזבין טחון ואותיב לאו דוקא קאמר אלא חדא מנייהו נקט, ובזה מתיישב הכל.

סימן שיט – מי שהטעה חברו עד שהכניס פירותיו לביתו

סעיף א

הכניס סחורה לבית חברו או למחסן של חברו שלא בידעתו או שפשוט הטעה אותו ונעלם. האם יכול בעל הבית להוציא החפץ למקום הפקר, ואם עליו להודיע לבעלים?

אדם הניח פירותיו בחצר חברו שלא מדעת, כיצד בעל החצר יכול לטפל בזה?

ע"פ עובדא דב"מ קא: גבי ההוא גברא להך איתתא אית לך דוכתא לאוגורי פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "מי שהכניס פירותיו לבית חברו שלא מדעתו (רמב"ם) או שהטעהו עד שהכניס פירותיו ("אזל קדשה יתבה ליה דוכתא לעיולי אזל לביתה כתב לה גיטא"), והניחם והלך, יש לבעל הבית למכור לו מאותם הפירות כדי ליתן שכר הפועלים שמוציאין אותם ומשליכים אותם לשוק ("כאשר עשה כן יעשה לו גמולו ישוב בראשו") (רמב"ם -) ומדת חסידות הוא שיודיע לבית דין וישכירו במקצת דמיהם מקום משום השבת אבידה לבעלים אע"פ שלא עשה כהוגן {ו"א (רא"ש) דצריך להודיעו תחלה, ואם נאנסו לאחר שהודיעו, פטור}."

בגמ' מבואר "לא מיבעיא חצר דלא קיימא לאגרא אלא אפילו חצר דקיימא לאגרא אמרה ליה לכולי עלמא ניחא לי לאוגורי ולך לא ניחא לי דדמית עלי כי אריא ארבא". כאמור הרמב"ם כתב הדין הנ"ל גם גבי המכניס פירותיו לחצר חברו שלא מדעתו, וכתב ר"י¹ דנראה מדבריו שלא חילק בין קיימא לאגרא ובין לא קיימא לאגרא בזה, ויש מי שכתב² בדלא קיימא לאגרא יש לו רשות להוציא דעביד אינש דינא לנפשיה אבל בחצר דקיימא לאגרא לא. הסמ"ע (א) כתב דברא"ש ובטור משמע³ דאפילו בחצר דלא קיימא לאגרא נהי דמצי למיעבד דינא לנפשו ולהוציא מביתו אבל אינו רשאי למכור מגוף הסחורה לשכור בדמיה פועלים להוציא וגם אינו רשאי להוציא ולהניחו במקום הפקר שיופסד, ודוקא היכא שהטעה לבעה"ב שעשה שלא כהוגן אמרינן שכאשר עשה כן יעשה עמו דבר שלא כהוגן.

הב"י והדרכ"מ (בסמ"ע ב') כתבו שהרא"ש פליג עם הרמב"ם הסובר דאינו אלא מדת חסידות להודיע ואם לא ירצה לעשות חסידות פטור אף אם לא הודיעו ויפסד, והרא"ש ס"ל דצריך להודיעו ואז אם יופסד פטור הא אם לא הודיעו חייב באונס הפירות, וכן נראה מלשון הרמ"א בהג"ה, אולם הסמ"ע כתב דלא פליגי, אלא הרמב"ם למדנו דמדת חסידות היא שלא יוציא הבעה"ב מביתו להניחו בשוק במקום הפקר אלא מודיע לב"ד, והן ישכרו פועלים להניח הפירות במקום מוצנע, אבל לבעל הפירות אין צריך להודיעו אפילו ממדת חסידות, דאם יודיעו ודאי יבוא ויכנס לתוך בית של זה להוציא הפירות, והבעה"ב לא ניחא ליה בזה שיכנס לביתו כלל, ואם לא ירצה לעשות מדת חסידות זו להודיע לב"ד, אלא ירצה להתנקם ממנו ולהוציאן ולהשליכן בשוק, עכ"פ מחויב הבעה"ב להודיעו לבעל הפירות שיבוא ויקח פירותיו מהשוק, דהרי מאז לא יכנס לביתו אלא למקום שפירותיו מונחים שם בשוק, ואם לא הודיעו זה חייב באונס גם לדעת הרמב"ם, וזהו גם דעת הרא"ש שצריך להודיעו, ור"ל שצריך להודיעו שיבוא ויקח פירותיו מהשוק, ולא פליגי כלל. הקצות (ג) כתב דגם הב"ח ס"ל כסמ"ע דודאי גם הרמב"ם ס"ל דצריך הודעה דאם לא הודיעו והשליכו לשוק ונאנס חייב מדינא דגרמי ומזיק בידיים, אך אינו מוכרח כלל די"ל דס"ל לרמב"ם דאין צריך הודעה כלל וכן משמע בשיטה בשם הראב"ד דכתב "דלא אודעיה כלל" משמע דס"ל דלא בעי הודעה כלל לא בתחלה ולא בסוף. בפת"ש (א) כתב על מקרה שהוזכר בחוות יאיר שהוציא חפצים שהכניס אחר לביתו ללא ידיעתו מבלי שהודיע לב"ד "הוי מזיק בידיים ומחויב לשלם אחר שישבע חברו כמה ניזק".

כתב הקצות (א) דדעת הריטב"א דדוקא כה"ג דהך אתתא שלא היה דעתה לאגורי להאי אלא מפני שקידשה, הא אילו השכירה לו סתם קודם ואח"כ קידשה לאו כל כמינה למיעבד הכי, אטו המשכיר או המשאיל בית לחברו לזמן ידוע כשהוא אוהבו ואח"כ היתה מריבה ביניהם יכול להוציא מן הבית שהשאיל או השכיר לו, ודאי ליכא למימר הכי, וע"פ הריטב"א כתב הרמ"א בסימן שיב/ט דאם פירש ואמר שמשכיר לו מפני שהוא אוהבו ואח"כ נעשה שונאו יכול להוציא, והקצות תמה דכיון דלא התנה בדיני תנאי היכי מהני מפרש מפני שהוא אוהבו, דהא כל שאינו כתנאי בני גד בתנאי כפול המעשה קיים והתנאי בטל, וגמ' דילן דפרק השואל התם בתחלה כאשר שאל ממנה דוכתי לאגורי אמרה ליה

לא ולבתר דקדשה יהבה ליה זה הוי גילוי דעת גמור שאין צריך בזה דיני תנאי כלל, אבל בזה שאומר בשעה שמשכירו מפני שהוא אוהבו אין בזה גילוי דעת כלל רק במה שאמר וכיון דלא כפליה לתנאיה ולא אמר כלל בלשון תנאי אין בזה לא משום גילוי דעת ולא משום תנאי, ואין לומר דטעמא דהרמ"א שם לפי הרא"ש בקידושין גבי מוכר שמפרש בשעת מכירה אדעתא למיסק ולא עלה דמהני בקרקע ולא במטלטלין, דהא הרא"ש ביאר החילוק דבקרקע מהני מפרש בשעת מכירה משום דאין אדם מוכר קרקעותיו שהוא מתפרנס בהם ומסתמא לא מכר אלא אדעתא דפירש בשעת מקח וא"כ היינו דוקא במוכר קרקעות שהוא מתפרנס ואין דרך למוכרו, אבל שכירות קרקעות עבידי בהכי א"כ שכירות בתים לא גרע ממכירת מטלטלין דאע"ג דמפרש בשעת מקח אדעתא דלילך למקום פלוני דלא מהני אא"כ התנה בדיני תנאי ומשום דדרך למוכר מטלטלין, וא"כ שכירות בתים דקיימא לאגרא הרי הוא כמטלטלין ולא מהני מפרש בשעת שכירות, ולכן קשה להוציא השוכר מן הבית תוך זמנו.

הלכות הכירות וקבלנות

סימן שכ - מי שהטעה חברו עד שהכניס פירותיו לביתו

טע"פ א - ב

כתב השו"ע כלשון הרמב"ם "ע"פ תוספתא דדמאי הביאה הרי"ף -) אחד השוכר מחבירו שדה לזורעה, או כרם לאכול פירותיו בדמים, או ששכר ממנו בפירות קצובים, דין אחד יש להם, והשוכר בפירות הוא נקרא חוכר (ובשניהם אף אם ילקה השדה ולא תצמיח כראוי, צריך ליתן לבעל השדה או הכרם כל דמי קצבתו הן במזומנים הן בפירות כפי מה שיהיה השכירות, אם לא שהיה מכת מדינה ועל דרך שיתבאר בסימן שכ"א ושכ"ב ואין ביניהן אלא השם, סמ"ע) (ב) ב"מ קג. וכתב הרב המגיד דפשוט -) המקבל שדה או פרדס כדי לעבוד אותו ולהוציא עליו יציאות (לאפוקי סתם אריס דבעל השדה נותן ההוצאה והזרע דאז בעל השדה נוטל הפירות ונותן לאריס שליש או רביע, סמ"ע) ויתן לבעל הקרקע שליש התבואות או רביע או מה שיתנו ביניהם, הוא נקרא מקבל { ב"ב קסז -) ואין כותבין שטר ביניהם אלא מדעת שניהם שמשנכתב השטר אינן יכולין לחזור בו והוי ליה כמלוה בשטר, והמקבל נותן שכר הכתיבה מן השטר (ואפילו אם הובירה, טור וסמ"ע ע"פ הגמ')".

כתב הסמ"ע (ה) על הרמ"א דמשכתבו תהיה הכתיבה עליו כמלוה בשטר לטרון על ידו ממשועבדים שלו מה שקצב עמו ולא ניחא לסתם אנשים שיהיה עליהן שטר כזה, ודוקא כשפרט בתוך השטר קצבה ידועה ליתן לו, אבל אם לא נפרט בתוך השטר אלא שיתן לבעל השדה שליש או רביעית מהיוצא מהשדה כפי מה שיהיה, שאין לזה דבר קצוב וידוע, אין מוציאין בשטר כזה ממשועבדין. עוד בענין השטר כתב הפת"ש (א) בשם הנו"ב דעל כרחך מיירי כאן בלא קנין, דאי בקנין למה לא יכתבו בלא דעתם, והרי סתם קנין לכתיבה עומד, ועוד דאי בקנין א"כ שוב אין כתיבת שטר חוב להם שהרי בלא"ה בקבלן לכ"ע אינו יכול לחזור, דאפילו הש"ך דפליג בפועל מודה בקבלן כמבואר בסימן שלי"ג סק"ד, אלא ודאי דבלי קנין מיירי רק בשטר לחוד ואפ"ה אינו יכול לחזור, דקבלן בשטר אף בלא קנין אינו יכול לחזור בו.

הקצות (א) חלק על הסמ"ע ומש"כ הטור והרמ"א דהו"ל כמלוה בשטר לאו למשעבדי קאמר, אלא קאי על אין יכולין לחזור בהן ואם התנו שישלם לו כלום משכתבו קנו והו"ל כמלוה בשטר, היינו דהו"ל כמלוה בשטר לענין חיוב שמחייב עצמו בשטר, אבל לענין משעבדי ופרעתי לא הו"ל כמלוה בשטר דשטר שכירות אינו לגובינא, והאי לישנא דכתבו דהו"ל כמלוה בשטר לא מצינו ברי"ף רמב"ם ורא"ש ולא נדע מאין הוציא הטור.

טע"פ ג

ע"פ ב"מ קג: פסק בשו"ע "כל דבר שהוא לסייג הארץ (והחפירה שסביב השדה, ראה טור וסמ"ע בביאור הדבר וכן שאר הפרטים המוזכרים לקמן), בעל הקרקע חייב בו ("עיקר הדברים הצריכים לעבודת קרקע", טור), וכל דבר שהוא שמירה יתירה החוכר (רמב"ם ורמ"ה, דכיון דחוכר נמי אינו משלם אלא מפירות השדה הרי הוא כמקבל לענין זה, ב"י) או המקבל חייב בו, הקרדום שחופרין בו הארץ והכלים שנושאים בהם העפר והדלי והכד וכיוצא בהם שדולים בהם המים על בעל הקרקע,

וחטיטת המקומות שמקבצים בהם המים על החוכר (רמב"ם ורמ"ה וכו"ל) או על המקבל ("דברים שאינן מעיקר העבודה אלא כדי להקל מהעבודה.. כיון דהטירחא מוטלת על המקבל, אם ירצה הוא להקל עליו טירחות.. יעשיהן משלו", טור) {וי"א דבחובר אין על בעל השדה כלום (טור בשם י"א והכי מסתברא והביאו הסמ"ע, דכיון דדבר קצוב נותן לו בין יוציא השדה רב או מעט ה"ל כשוכר שאין לבעל השדה עסק בצרכי השדה, ב"י) (ומכל שכן אם שוכר שדה מחבירו במזומנים שאין על המשכיר לעשות שום דבר מכל אלו, סמ"ע)"}.

סעיף ד

ע"פ משנה ב"מ קג. וגמ' פסק בשו"ע "בין חוכר בין מקבל, מקום שנהגו לקצור התבואה אינו רשאי לעקור (עם השורש), לעקור, אינו רשאי לקצור (ראה בגמ' וסמ"ע הטעמים), ואיזה מהם שבא לשנות, חבירו מעכב עליו. ובמקום שנהגו לחרוש אחר הקצירה, צריך לחרוש, אפילו אין מנהג לנכש עשבים רעים והוא ניכש. (ע"פ הרמ"ה בגמ' ועיין ב"י -) ואם פירש בשעת הניכוש שעושה זה כדי שלא יחרוש ושתק בעל השדה, גלי דעתיה דניחא ליה (קמ"ל בזה דאין צריך לפרש כן בשעת קבלת השדה לידו, אלא אפילו אם קיבלה מתחילה בסתם, אם בשעת הניכוש פירש דבריו והוא שותק, אמרינן ג"כ דשתיקתו הוה כהודאה, סמ"ע) (משנה ב"מ קה. וגמ' -) ואם נהגו לנכש והוא אינו רוצה, אין שומעין לו אפילו אם ירצה לחרוש אחר הקצירה כדי לעקור העשבים".

סעיף ה

ע"פ ברייתא ב"מ קג: פסק בשו"ע "אם נוהגין שהחוכר שדה סתם נוטל חלקו באילנות שבו, יש לו חלק בהם אפילו אם הוסיף בעל השדה בחלק החוכר, ואינו יכול לומר הוספתי לך בחלקך כדי שלא תקח חלק באילנות ואם נהגו שלא ליטול חלק באילנות, אז הם של בעל השדה אפילו אם הוסיף בחלק של בעל השדה (והיינו דוקא בדלא פירש בשעת הקבלה שמשו"ה מוסיף לו אבל פירש כן פשיטא דצריך לקיים תנאו, ולא הוצרך ליכתב דפשיטא הוא דכל תנאי דמתנה בשעת החכירות והקבלה קיים, ודוקא בסעי' שלפני זה דמיירי דלא התנה בשעת הקבלה כי אם בשעת הניכוש, הוצרך לכתוב דמהני הפרישה נגד השתיקה, סמ"ע)".

סימן שכא – המקבל בית השלחין ושדה האילן ויבשו

סעיף א (עם סימן שכב.א)

בקין הזה יש מצב מלחמה בדרום הארץ בעיקר, מה הדין במי שסיכם עוד לפני כמה חדשים צימר לתחילת החופש הגדול בדרום הארץ וכעת מתוך פחד אינו יכול לנסוע ורוצה לבטלו?

מה הדין באם טרם שילם ורק הזמין ופרעה המלחמה בדרום, ואיך הדין באם כבר שילם, האם על פי הדין יכול לתבוע בחזרה את הכסף?

שכר רכב לשלושה ימים ולאחר יום התבקש להיכנס לבידוד, האם חייב לשלם את דמי השכירות גם על ימי היותו בבידוד או שמא אנוס הוא?

משנה ב"מ קג: "המקבל שדה מחבירו והיא בית השלחין או בית האילן יבש המעין ונקצץ האילן אינו מנכה לו מן חכורו אם אמר לו חכור לי שדה בית השלחין זו או שדה בית האילן זה יבש המעין ונקצץ האילן מנכה לו מן חכורו" ובגמ' "היכי דמי אילימא דיבש נהרא רבה אמאי אינו מנכה לו מן חכורו נימא ליה מכת מדינה היא, אמר רב פפא דיבש נהרא זוטא דאמר ליה איבעי לך לאתויי בדוולא".

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "החוכר או המקבל שדה מחבירו, והוא בית השלחין (שדה יבשה שאין די לה במי גשמים) או בית האילן, ויבש מעין בית השלחין ולא פסק הנהר הגדול, אלא אפשר להביא ממנו בדלי, או שנקצץ האילן של בית האילנות, אינו מנכה לו מחכירו. ואם מכת מדינה היא, כגון שיבש הנהר,

מנכה לו מחכירו } אבל בקבלנות אינו מנכה לו כלום אלא חולקין במה שנמצא כפי תנאם (רש"י רמב"ן רשב"א), והא דאמרינן אם מכת מדינה הוא מנכה לו מן חכירו, הוא הדין בכל כיוצא בזה, דכל מקום שנפסד הענין לגמרי והוי מכת מדינה, מנכה לו משכירותו, ואם אפשר לתקנו על ידי טורח ותחבולות, אינו מנכה לו (תוס' ומהר"ם פאדוואה) }."

כתב הסמ"ע (שכא,ה) שהרמ"א כאן סתם כדעת רש"י רמב"ן נ"י ועוד דבקבלנות אינו מנכה ודלא כתוס' רא"ש וטור וסיעתם דאפילו בקבלנות מנכה לו, וכתב דצ"ל דגם לטור אף דבאכלה חגב או נשדפה דג"כ מכת מדינה הוא כבסימן שכ"ב דאינו מנכה בקבלנות אלא מה שבשדה הן רב הן מעט נוטל כל אחד חלקו ע"פ תנאם, שאני הכא ביבש הנהר הגדול, דהמקבל יכול למנוע עצמו קודם שיגדלו התבואה והפירות יאמר לא אדלה מים מנהרות הרחוקים כי אדעתא דהכי לא קיבלתי מתחילה (וכתירוץ תוס' קד. 'דאפשר' השני, עיין גר"א) משא"כ באכלה חגב או נשדפה דשם מאי דהוה הוה ואין המקבל נמנע בשביל זה בשום מלאכה.

כתב הרמ"א (שיב,יז) גבי שוכר בית "נשרף כל העיר הוי מכת מדינה ומנכה לו מן שכירותו מה שלא דר בו בין הקדים לו שכרו או לא (תשובת מיימוני, וכתב שם הסמ"ע שיתבאר בסימן שכ"א)".

וז"ל השו"ע בסימן שכב (א) ע"פ משנה שם קה: וגמ' "החוכר או השוכר (לשון המשנה "המקבל") שדה מחבירו (והא ליתא אלא בחכרונותא, דאי בקבלנותא מאי מנכה איכא, מה שימצאו יחלוקו, רש"י, ושינה המחבר לשון הרמב"ם 'השוכר או המקבל' לדייק כרש"י, באה"ג, וגם בב"י נקט למסקנה שכן סובר הרמב"ם אלא שרצה לנקוט לשון המשנה), ואכלה חגב או נשדפה, אם אירע דבר זה לרוב השדות ("רובא דבאג"י וכך פירשו הר"י והרמב"ם, ב"י) של אותה העיר (כרב יהודה, ודלא כראב"ד שפסק כעולא כגון שנשתדפו ד' שדות מד' רוחותיה), מנכה לו מחכירו הכל, לפי ההפסד שאירעו, ואם לא פשטה המכה ברוב השדות, אינו מנכה לו מחכירו אע"פ שנשתדפו כל השדות של בעל הקרקע, נשתדפו כל השדות של השוכר או החוכר, אע"פ שפשטה המכה ברוב השדות, אינו מנכה לו מחכירו, שאין זה ההפסד תלוי אלא בשוכר (ואע"פ שאנו רואין שמדת הדין מתוחה נגד המשכיר דהרי נשתדפו כל שדותיו, יכול המשכיר לומר אף שנשתדפו כל שדותי מ"מ השאיר לי השי"ת השכירות או החכירות משדה שלי שבידך שעליך ליתן לי, סמ"ע)".

כתב הסמ"ע (שם סק"א) ע"פ דף ק"ד דנקט חוכר ושוכר דאילו המקבל אין חילוק במכת מדינה זו, דלפי מה שגדל בשדה חולקין יחד לפי תנאם, אם לא שפשע בזריעה. עוד כתב (ג) דמלשון 'שאיירעו משמע דאם לקו שאר השדות מעט ושדה שלו הרבה, מנכין לו לפי ערך מה שאירע לו ולא לפי מה שאירע לשדות האחרות, וה"ה איפכא.

עוד כתב הסמ"ע ע"פ הנ"י דאע"ג דרוב אותן השדות היו זרועין שעורין וזו חיטין תולין המכה מזרע לזרע, אך צ"ע אם לא נלקה משאר השדות כי אם השעורים וכל הזרועים חיטים לא נלקו, וגם שדה ששכר היה חיטין, דאפשר דמצי למימר המשכיר הרי חיטים לא נלקו כלל אף על פי שהן מיעוט, ולא כתב הנ"י אלא כשכל השדות של בני העיר היו זרועים שעורים.

כתב הרמ"א (שלד,א) ע"פ מהרי"ל ומהר"ם פאדוואה "אם ברחו מחמת שינוי אויר, הוי כשאר אונס, והוי פסידא דפועל או המלמד", וכתב הש"ך (ג) דבמהר"ם פאד' משמע דדוקא כשהמועט ברחו אבל אם הדבר חזק שכולם ברחו הוי מכת מדינה, ומשמע עוד שם דאף שהרוב ברחו לא הוי מכת מדינה, ואין דבריו נראים בזה דהא אמרינן בב"מ ק"ה דאשתדוף 'רובא' דבאגי והוא מוסכם מכל הפוסקים דהוי בזה מכת מדינה, ועוד כתב דצ"ע במש"כ המהר"ם מטיקטין (הובא גם בקצות סימן שט"ז) במי שהשכיר בית לחבירו ונכנס בו ואחר כך נתהוה שינוי אויר והוכרחו לברוח ופסק דצריך השוכר לשלם לו ודבריו צ"ע לדינא.

עוד כתב הרמ"א (שכא,א) (ע"פ דרכ"מ וסמ"ע) "וכל מקום שמנכה לו אין חילוק במה שעבר או להבא, וכן פסק מהר"ם על מלמד שגזר המושל שלא ילמוד דהוי מכת מדינה וכל ההפסד על בעל הבית (מרדכי, ר"ל כל ההפסד על השוכר, שהוא שוכר את שירותו של המלמד "ולא דמי לקרקע דאכלה חגב דמנכה לו מן חכירו במכת מדינה ולא אמרינן דכל ההפסד הוא על השוכר די"ל דדוקא בקרקע שעדיין עומדת בחזקת המשכיר בזו אמרינן דגם הוא יפסיד משא"כ בשאר משכיר ולכך הוה כל ההפסד של השוכר, וכן הוא בדין בית שנשרף בתשובת מיימוני" - נראה דר"ל דהתם זה כמשנה שכיוון שהמשכיר מוחזק

בקרקע מנכין ממנו, ח.פ.), ויש חולקין (מהר"ם פאדוואה) וס"ל (בנידון דאדון העיר ציוה שלא ינגשו בהלואה בריבית ושוכר החנות מפסיד בכך) דמכאן ולהבא בדין חזרה קאי (ולא בדין ניכוי) כמו דאמרין לעיל סימן ש"י לענין השוכר חמור ומת (ואין מחלקין בין מכת מדינה או מכה פרטית רק מאחר דנשתנה ונפל בו מום יכול לחזור –) ואם לא חזר איהו דאפסיד אנפשיה ומחל (ודוקא במכר אם היה נעשה בו המום אח"כ הוא דאמרין דבמזלו דהלוקח נעשה בו המום, משא"כ בשכירות דשייך בו גם המשכיר, אין שייך לומר דהמום והקלקול שנעשה אח"כ בהשכירות דנעשה על ידי מזל רע דהשוכר, דילמא במזל רע דהמשכיר נעשה, משו"ה שניהן יכולין לחזור בהן, דהיינו השוכר מליתן השכירות בשלימות והמשכיר יכול לחזור בו מליתן לו בפחות מהסך ששכרהו), והסברא הראשונה נ"ל עיקר (וסברת המרדכי על ראיית מהר"ם פאדוואה מסימן ש"י דמאי מייתי ראייה מדין שכירות חמור ומת דאינו מכת מדינה לדבר שהוא מכת מדינה דאפשר דלעולם בדין ניכוי קאי ולא בדין חזרה).

כתב הסמ"ע (ו) דנראה דאין דעת המרדכי בשם מוהר"ם דצריך הבעה"ב לשלם למלמד כל ההפסד ולא כרמ"א, דאין טעם לדבר, כי מאחר שגזר המושל שלא ללמד הוא דבר שאינו שכיח ולא הי"ל למידע לא לבעה"ב ולא למלמד, ובכה"ג קי"ל דהוה פסידא דמלמד ודפועל דהן באים להוציא כמבואר בגמרא ובפוסקים וכריש סימן שלי"ג ושל"ד ולא חילקו שם בין מכת מדינה לאין מכת מדינה, ואף שהרמ"א כתב בסימן שלד"א "ואם הוה מכת מדינה עיין לעיל סימן שכ"א" לשיטתו אזל, וסברא זו לא מצינו בשום מקום, ואדרבה מסתברא לומר כיון דמכת מדינה היא המשכיר והשוכר שוין בדבר ואין לומר דמזלו דשום אחד גרם, ונחזור לכללנו המוציא מחבירו עליו הראיה או לפחות יהיה ההפסד על שניהן כדאמרין בב"מ ע"ט וכסימן ש"י"א בשכר ספינה סתם ליינ סתם ונטבעה שחולקין אם לא שאחד מהן רוצה לקיים התנאי, וה"ה במלמד זה שגזר המושל שלא ללמד יחלוקו, שהרי אם זה יאמר שרוצה לקיים התנאי גם השני מוכן לקיים התנאי אלא שאי אפשר מצד המושל, או הי"ל לדמות זה ליינ זה וספינה זו דאמרין דיד המוחזק היא על העליונה, ופשוט דכונת המרדכי בשם מהר"ם היא דגם לבעה"ב יהיה הפסד דהיינו יחלוקו כמו שאמרו בספינה הנ"ל, ולפי הנ"ל נתבאר ג"כ דהראיה שהביא הרמ"א בסוף דבריו מתשובת המיימוני בההיא דבית שנשרף דסימן ש"י"ז בהג"ה דאין לו מזה ראייה, ואדרבה סייעתא לדברי הסמ"ע היא דבדבר שהוא מכת מדינה דאין ההפסד לפועל ומשו"ה לא אמרין דמחיל כיון שאינו חוזר, ומשו"ה מלמד שהוא כפועל, במכת מדינה ההפסד הוי של בעל הבית, וגבי בעה"ב אין שייך לומר דה"ל לחזור, וגם אינו יכול לחזור כרמ"א שלג"ד.

הש"ך (א) כתב דאישתמיטתיה לסמ"ע דברי הגי' אשרי ועוד שכתבו להדיא שהבעל הבית נותן לו כל שכרו, מיהו מטעם אחר נ"ל דאין דברי מהר"ם במלמד סתירה לדברי מהר"ם פדאוה דהתם לא למד הלומד מכאן ואילך ולא היה אפשר לו ללמוד עוד א"כ כשהגיע סוף הזמן הוי כמו לעבר משא"כ בחנות בתשובת מהר"ם פד' דהחזיק החנות עדיין תחת ידו י"ל דה"ל לחזור ולא חזר מחל וזה לא שייך במלמד ולא בבית שנשרף.

הנתיבות (א) כתב דהעיקר כרמ"א, דלדברי מהר"ם פד' שכתב דדוקא היכא דההיזק הוא לעבר כגון באכלה חגב או ביבש המעין שאם יחזור בו יש לחוכר היזק במה שזרע ולכך הוא בדין ניכוי, אבל כשהיזק הוא רק על להבא דמי לשוכר חמור והבריקה דבדין חזרה קאי, קשה דהא במתני' סתמא קתני החוכר בית השלחין ויבש המעין, ואמרין עלה דאם מכת מדינה היא מנכה וכו', משמע דאפילו חכרה לכמה שנים ויבש המעין קודם שזרע בשנה שניה או שיבש המעין תיכף אחר הקנין קודם שזרע ג"כ מנכה לו, אף דההיזק הוא רק על להבא, הרי מוכח דכל שהיזק בא מכח מכת מדינה הוא על שניהם ונשאר המקח קיים רק שמנכה לו, רק בשוכר חמור והבריקה שהיא מכה פרטית בדין חזרה קאי, והא דבאכלה חגב אינו מנכה לו כלל וכאן בשוכר חמור ההפסד על המשכיר אף במכה פרטית, הטעם פשוט, דבשלמא בשוכר חמור נעשה האונס בגוף הבהמה של המשכיר, ודמי באמת לנמצא מום במקח כמו שכתב מהר"ם פדוואה, ועוד דאינו יכול לומר להשוכר מזלך גרם, כיון שגופה של בהמה ששייך למשכיר איתרע ובמזלו של משכיר נעשה, משא"כ באכלה חגב דנעשה האונס רק בפירות שכבר גדלו וכבר נקנו לשוכר ולא בגוף השייך למשכיר כלל, לא שייך לומר דמקח טעות הוא, וגם לא שייך לומר מזל דהמשכיר גרם, וע"כ מזלו דהשוכר גרם דבדידה נעשה האונס, וכן הוא במקבל שדה והיה בו מעין ויבש, ג"כ אינו נעשה האונס בשדה, ועוד דלא החכיר לו מעין כלל כיון שלא אמר לו בית השלחין רק שדה סתם, ובשדה זו והיתה מכת מדינה דליכא למימר מזל דהשוכר והמשכיר גרם, המקח קיים וההפסד על שניהם ובדין ניכוי קאי. ומהמרדכי ראייה ברורה היא אפילו לפי הסמ"ע, דעכ"פ מוכח דמכת מדינה

שייך גם על להבא, ועוד קשה על הסמ"ע, דאי בדין חזרה קאי היה לו להיות כל ההפסד על המלמד, דלא גרע מאילו נעשה האונס רק בנער לבד כגון במת הנער בסימן שלד/ד ומכ"ש כאן שנעשה האונס גם על המלמד, וגם אפשר שהוא רק בהמלמד, שעיקר הגזירה ודאי היתה על המלמד שלא ילמד, ודאי דראוי להיות ההפסד רק על המלמד, והביאו בקצרה בפת"ש (א) [ועוד המשיך הנתיבות בריש סימן של"ד בסברת דין דמלמד דכיון שלא נאנס בגוף הדבר ששכרו לעשות דהיינו השימור, ולא על לימוד התורה, חייב לשלם, משא"כ במת או חלה הנער או שברח מחמת דבר, שנאנס מחמת גוף הדבר ששכרו שאין לו לשמור, פסק המרדכי שפיר שפטור, ובוזה שפיר דברי המרדכי דבגזירת המושל חייב משום שהוא מכת מדינה, דאילו לא היה מכת מדינה רק שהיה האונס מה שלא יכול ללמוד עם הנער במלמד ולא בנער, כגון שנשתתק המלמד, ודאי דהיה פטור מליתן השכר, וכיון שהגזרה מכת מדינה לא חשיב אונס מחמת המלמד ולכך חייב].

כתב תשובת החת"ס (פת"ש א) לחלוק על הנתיבות ובאמת לדברי מהר"ם פד' בחוכר ויבש המעין אי חכרו לכמה שנים פשיטא ששנה שניה לא יעמוד בחכירתו ויחזור בו אבל הש"ס מייירי בחוכר שנה אחת ובאותה שנה אפילו בתחילתה אחר שזרע יבש המעין וזה כלשעבר, דידוע דכל משך זמן שנה אחת שייכי אהדדי טורח העבודה ושכר הפירות, וע"כ יש לחלק בין מכת מדינה למכה פרטית ואי אפשר לחזור אחר תחילת השנה, משא"כ בחמור דשכר כל יום ויום בפני עצמו הוא, וחלק על הנתיבות שמה שחילק בין שוכר חמור לשדה דבשדה ההפסד בפירותיו של השוכר משא"כ בחמור ההפסד בגוף של משכיר, דזה אינו, דא"כ תינח אכלה חגב, אבל יבש המעין ונקצץ האילן מאי איכא למימר. עוד השיג על הנתיבות שכתב בטעם המרדכי במלמד דכיון דאינו נוטל אלא שכר שימור ועל השימור לא גזר המושל ומשו"ה צריך בעה"ב לשלם אע"ג דעיקר כונת בעה"ב על התורה מ"מ צריך לשלם כיון דעכ"פ משמר לו בניו, והחת"ס כתב דסברא זו רחוקה מן הדעת וגם לא קיי"ל הכי אלא שכר פיסוק טעמים כר' יוחנן בנדריס ל"ז עיי"ש, אלא טעמו של המרדכי במלמד משום דמלמד הוא ממש כשדה דמתחילת השנה הוא לשעבר דידוע דשכירות מלמד בכך וכך לשנה, כי אין שווי השכר והפעולה שוה, כי בתחילתו עבודתו יותר קשה לחנך הנער ולעומת זה שבח לימודו בסוף יותר טוב, ומסיק לדינא דדברי מהר"ם פדוואה נכונים וכסמ"ע וגם הש"ד לא נחלק עליו. ובמכת מדינה גבי בשר פסק לפי מהר"ם פדוואה דאם יש זמן לחזור יחזרו בהם הקצבים מכאן ולהבא מחכירותם מהקהל וישלמו לפי ערך הזמן שהיה בידם החכירות, כחמור שמת באמצע הדרך שמשלם עד חצי הדרך, ואם עבר זמן מה ולא חזרו בהם הרי סברו וקיבלו אותו הזמן וצריכים לשלם, ואף דבעובדא דמהר"ם פד' היה קצת ספק אם עכ"פ היה אפשר ע"י טירחא לישא וליתן בהלוואה וע"ז כתב כיון דהוה ספיקא דהמחזיק יחזיק בשלו, אבל בנידון דידן אין כאן מקום ספק.

עוד כתב בתשובת חת"ס (פת"ש א) בשם תשובת הראנ"ח (שרמזו עליו הש"ד ובא"ה) בעובדא שהשכירו חנות ושוב הטיל המלכות קצבה על הסחורות באופן שלא היו מרויחים, וכתב שאין המום בחנות שהרי החנות לפנייהם ואם לא ימכרו סחורה יעשו בה מלאכה, ולא דמי ליבש המעין, משום שנהר הוא צורך השדה וכשחוכר השדה ה"ל כחוכר שדה ומעין, אבל הכא הוי דבר הבא מבחוץ בעלמא ואיננו בדין הזה, וגם לא דמי לדין דמהר"ם פדוואה דהתם חכרו החירות של הלוואה ולא דבר אחר, אבל הכא חנות שכרו ממנו, מה לי אם יסחור או יעשה בו דבר אחר וסברא נכונה היא ובמהרש"ד לא עמד בזה [מנחת אשר (לקמן)]: אין זה דומה לנידון דמהר"ם פ' דהתם היתה השכירות על עצם הרשיון להלוות בריבית וממילא כשגזרה המלכות שלא להלוות בריבית מקרי שהאונס היה בגוף השכירות, משא"כ בעובדא דראנ"ח לא שכרו את החנות ע"מ לעשות בה סחורה דוקא ולא מקרי אונס בגוף השכירות], ובפרי תבואה כתב דאחד ששכר בית היין עם יורה וכלים משמעון על משך שלש שנים, ואח"כ רצה לחזור בו לצאת מהבית כיוון שחיילות עוברים בארץ ההיא ושכיח היזקא ופסקו הב"ד שהדין עם השוכר דמכאן ולהבא בדין חזרה קאי כדעת מהר"ם פד' והכרעת הסמ"ע, והוא ז"ל האריך לסתור פסק הזה, ובפרט בנידון דידן דאינו אלא ספק היזק שענינו רואות שגם במקום שהחיילות עוברים שם יקרה ההפסד לאיש זולת איש ונראה בעליל דבמזלא תליא, ואף שהמכה שולטת בכל המדינה, מ"מ י"ל דאינו דומה למכת מדינה משום דכאן ודאי במזלא תליא, ולכן אינו יכול אפילו לנכות עד שיבורר הפסדו בבורר וישומו לו ב"ד וכדאמרינן בב"מ י"ד דמצוי א"ל אחוי טירפך ואשלם לך.

כתב הקצות (שכב, א) שכתב מהר"ם מרוטנבורג (וציין אליו גם הש"ד, מנחת אשר לקמן) על ראובן ששכר בית משמעון לב' שנים והקדים ונתן לו השכר של שני שנים ובתוך אותן ב' שנים ברחו היהודים מן העיר מפני פיקוח נפש ואח"כ חזר ורוצה שיחזיר לו שמעון המשכיר מה שהיה חוץ מביתו ושמעון משיב ביתי היה לפניך, ופסק כמכת מדינה היא ואעפ"כ יחלוקו ההפסד שמעון ינכה לראובן חצי מה

ששה חוץ מביתו ושאר חצי ישלם לו לפי ששמא יהודי אחר שלא נגזר עליו היה שוכר הבית שהרי מיעוט הקהל נשאר ולא היה נפסד כלום וכיון דאיכא לספוקי יחלוקן, וביאר הקצות דהא דאמרינן דאם פשטה המכה ברוב השדות הוי מכת מדינה ולא אזלינן בתר מיעוטא ואפילו כבר הקדים בשכירות צריך להחזיר, התם המכה בשדות וזו השדה נמי נשדפה בכלל הרוב ואם היה משכיר זו השדה לאיש אחר גם כן לא היה משלם כיון דנשדפה אבל הכא המכה באנשים ולא בבתיים וכיון דמיעוט אנשים נשאר אמרינן שהיה שוכרו זה שלא ברח, אך חלק הקצות על דינא דיחלוקן דממה נפשך אם מספקא לן שמא היה שוכרו יהודי אחר שלא נגזר עליו אייכ כיון דהמשכיר מוחזק שהרי הקדים שכרו אמאי ינכה החצי מספק, ובהגהת אשרי כתב דהיכא דאין הדיין יכול לידע מחמת שעלתה הלכה בתיקו פירש ר"ח דהוי ספק וחולקין, אייכ נראה דזה הא נמי טעמא דמהר"מ (שפסק ע"פ ר"ח) כיון דאיכא לספוקי והיינו דאין הדיין יכול לידע חולקין, ואייכ לדין דקיי"ל כל היכא דקיימא ממונא תיקום ואפילו בספיקא דתיקן אייכ היינ אין המשכיר צריך להחזיר כלום (ונראה שיש לדמות לכאן המקרה בשאלה שרק האדם נכנס לבידוד שזו מכה רק בו ולא באחרים, וראה לקמן גבי ביטול נופש משום סגר לכל העולם). [במנחת אשר (לקמן) כתב דמשמע במהר"ם מרוטנבורג שכשהוכרחו לברוח ונשאר הבתים הוי מכת מדינה ויפסיד המשכיר, וזהו היפך דהרי מהר"ם טיקטין שדחהו הש"ך לעיל והקצות הביאו בסתמא בסימן שטי"ז, ולפלא שהקצות לא העיר בזה].

ע"פ כל הנ"ל (וראה גם שלד/א) כתב בשו"ת מנחת אשר (ב,קכ) בענין ביטול שכירות בתים בזמן מלחמה, וראשית סיכום השיטות בדין שכר בית ונתהוותה מכת דבר ושינוי אוויר, אך מהר"ם מרוטנבורג ש"ך וטי"ז דההפסד של בעל הבית וכמכת מדינה בנשתדפו שדות, ב' מהר"ם טיקטין כיון שהבית קמן צריך לשלם לבעה"ב על השכירות, ג' דעת הראב"ן שהובאה במחנ"א שצריכים לחלוק בהפסד ועל כן מנכה לו חצי מההפסד (וכן דעת הסמ"ע ו', פסקי המשפט), ועוד נחלקו בשכר הקדים שכרו אך דעת מהר"ם וראב"ן ומנחת פתים וכן משמע מהנתיבות דאין נפק"מ וכהא דנשרף הבית, ב' דעת המחנ"א אם הקדים לבעה"ב אינו צריך להחזיר לו [דכיון שהקדים לו השכירות נתרצה השוכר שיהיה שלו לאלתר וכמו שכתבו התוס' גבי ספינה זו ויין זה דאם נטל לא יחזיר, ולא דמי לנשרף הבית, דנשרף הבית דמי לספינה זו ויין סתם דהשוכר יכול לקיים תנאו והמשכיר אינו, אבל במגפה אין העיכוב מצד המשכיר והא ביתא קמד], וכתב גבי מלחמה בתחילה דנראה שיודה הראב"ן למהר"ם טיקטין שצריך לשלם למשכיר שהרי סברת הראב"ן היא שבמגפה מקרי שהגזירה על שניהם כיון שגם הבתים אינם ראויים למגורים וגם האנשים הוכרחו לברוח אולם במלחמה הגזירה היא על האנשים בלבד והוי מזלא דינדו ולא דבעלי בתים, אך מ"מ במהר"ם מרוטנבורג מבואר שאף בכה"ג הוי כשאר מכת מדינה ויפסיד המשכיר, ועוד שבהפגזות של טילים יש סכנת התמוטטות לבתים ועצם הגזירה גם על הבתים ואינם ראויים למגורים, וזלהלכה נראה דכיון שלדעת גאוני בתראי עמודי ההוראה הטי"ז והש"ך במגיפת דבר הוא על בעה"ב ולדעת מהר"ם מרוטנבורג אין לחלק בין אם ברחו מחמת מכת דבר בגוף הבית לבין אם ברחו מחמת פיקו"נ [וכן למדו הש"ך והטי"ז ברמ"א ודלא כערוה"ש שלמד בו כמהר"ם טיקטין], הי"ה בנייד שברחו מחמת מלחמה ההפסד הוא על המשכיר.. שיכול השוכר לפחות לומר קים לי כדבריהם.. ואף אם הקדים השכר נראה עיקר שצריך המשכיר להחזיר התשלום לשוכר כמבואר מדברי המהר"ם מרוטנבורג.. ולא כחידושו של המחנ"א [והמש"ך דאף שיש להעיר במקרה שרוב תושבי העיר נשארו במקומם, אכן זה אינו, דכיון שכל אלו שביתם הקבוע הוא מחוץ לעיר עזהו ורק תושבי העיר הקבועים נשארו במקומם הו"ל כמכת מדינה לגבי הבתים המושכרים לאורחים, ואף גבי מוסדות הלימוד הרי השלטונות ופיקוד העורף הוציאו הוראה מפורשת לבטל את כל הלימודים וכל כה"ג הוי מכת מדינה, ואף אחד היה לא היה את המוסד במקומו וכסברת מהר"ם מרוטנבורג], ונראה שהדברים כל שכן גבי השכרת דירת נופש וראה לקמן.

לגבי תשלום שכירות בתקופת מגפת (קורונה לדוג') לחנות, מפעל וכד' כתב בפסקי המשפט (אות ד') דזה מכת מדינה לכ"ע (דברי מהר"ם פ' נאמרו בנידון כזה לגבי חנות שנסגרה), וי"ל דלפנינו ג' שיטות א' הרמ"א בסימן שיי"ב וכאן פטור השוכר על כל זמן הקלקול (ולדעת המחנ"א אם השוכר שילם על כל תקופת השכירות אין המשכיר צריך להחזיר לו והמנחת פתים חולק), ב' לדעת הסמ"ע מנכה חצי, וג' דעת מהר"ם פד' שכל זכות השוכר היא שיכול לחזור בו אך אם לא חזר משלם מחיר מלא, וכתב שם בשם הגר"צ ובר ועוד דמכל מקום לכ"ע צריכים לשלם על דמי אחסון של תכולת החנות ולכן העלה שצריכים לשלם 55 אחוז מדמי השכירות, אמנם ביד השוכרים לבטל את שכירות החנויות מכאן ולהבא.

האם מעסיק צריך לשלם לפועלים שכירים עבור ימים בהם נאלצו להיעדר לרגל ההנחיות ומגבלות הבריאות?

עקב 'סגר הקורונה' נמנע מן ההורים לשלוח את ילדיהם לגנים ולמוסדות החינוך, האם על ההורים לשלם שכר לימוד על תקופה זו, ומה הדין באופן ששכר הלימוד שולם מראש לכל השנה?

גבי שאלת התשלום לפועלים שהתבטלו ממלאכתם עקב המגיפה הרחיב הפסקי המשפט (י) דמבואר הכא די ש כמה שיטות א' דעת הרמ"א (כאן וסתימת דעתו בסימן שלד/א ולא כהעמדת הנתבות שם, שכל פועל שאינו יכול להמשיך במלאכתו מחמת אונס מכת מדינה בעל הבית חייב לשלם לו כל שכרו אפילו על מה שעדיין לא עשה (וכ"ד הש"ך שלד סק"ג וט"ז שם), ב' שיטת הנתבות (שלד, א עיין לקמן, והגר"א כאן) דאין בעל הבית צריך לשלם על מה שלא עשה והוא מק"ו דאונס רגיל (דהקשו כאן הסמ"ע והגר"א על הרמ"א מסימן שלד שאם גם המשכיר וגם השוכר לא היו יכולים לידע מהאונס ההפסד הוא על הפועל, אכן הנתבות שם ביאר דהרמ"א מודה גבי שאר פועלים וחלק רק לגבי מלמד ששכר המלמד הוא על שמירת הילדים ולא על הלימוד שנאסר ע"י המושל). ג' שיטת הסמ"ע שבעה"ב משלם מחצית השכר על מה שלא עשה כיון שמזל שניהם גרם (שהרי הוא מכת מדינה), וכן הכריע החת"ס (בספר הזכרון) לפשר מרצון שני הצדדים למחצית דמזל של שניהם גרם וכ"ד האחיעזר (ד, סח) וכ"ד הגר"י קרליץ בזמן מלחמת המפרץ, אמנם לקמן גבי אולם וכד' לא שייכת פשרת החת"ס מכיוון שמדובר על חזרה וביטול הזמנה דממילא אף למהר"ם פאד' א"צ לשלם (כנ"ל) וא"כ למה לעשות פשר, ולמעשה כתב די ש לפסוק כאמור בחת"ס בספר הזכרון אך מנכים מעט מהמחצית שכר כיון שלמעשה הפועלים נהנו מהחופש שלא עבדו ופסק הרב אשר וייס שמשלמים למעשה 45 אחוז (ואף שבפועל בטל הכלל שמחשבים חצי שכר כדעת הט"ז וכלומר חצי מחצי והיינו 25 אחוז, אך מסתבר שלא ניחא ליה לפועל בטל מלעשות חצי מחצי אלא מנכים קצת מהמחצית שכר 5 אחוז וכנ"ל, ומה שהחת"ס הורה לפשר למחצית שכר דמשמע שאינו מנכה לו כפועל בטל נראה משום דאיירי במלמד עיי"ש), וכן הדין בתשלום לגננות ומטפלות דתלוי במח' הנ"ל ויש לפשר כחת"ס (ובכלל זה גם אם נפתחו הגנים בהוראת הממשלה במסגרת מצומצמת אך ההורים נמנעים לשלוח את הילד מחשש שיידבק דג"כ אין חיוב תשלום מלא, ר' אשר וייס) ויש לנכות מעט ממנו כפועל בטל (לדעת ר' אשר וייס כאמור זה 5 אחוז והיוצא שצריכים לשלם 45 אחוזים, ולדעת בי"ד בני ברק 16 אחוז מכלל השכר והיוצא שצריכים לשלם 42 אחוזים אמנם לגבי גננת או עובדת שקיבלה חופשה בתקופה של ערב פסח לפני זמן החופשה הרגילה שיש לה תועלת גדולה בזה פסקו הגר"י סילמן והגר"ש רוזנברג שערך הניכון הוא 30 אחוז וא"כ ישלמו 35 אחוז מהשכר) עיי"ש (גם בעוד פרטים כגון אם קיבלו המוסדות או העובדים פיצויים מהמדינה וא"כ צריכים לנכות זה, וראה עוד מקרים כגון מטפלת לשעות, עובד שניתן לפטרו בכל עת, אמא לילד שבעצמה לא יכולה ללכת לעבודה וממילא לא צריכה שמירה על ילדה, ועוד).

ראובן שכר דירת קיט לימי 'בין הזמנים' אך לנוכח 'סגר הקורונה' נאלץ בעל כורחו לבטל את ההזמנה, האם עליו לשלם למשכיר? [ומה הדין אם שולמו דמי קדימה?]

[מה הדין בביטול הזמנת אולם שמחות ופרעה מגיפה ל"ע?]

כתב פסקי המשפט (ו) גבי מי שהזמין אולם לעריכת חתונה ושילם כבר דמי קדימה ואח"כ פרצה מגיפה רח"ל, דעת הגר"צ ובר ועוד שבעל האולם חייב להחזיר למזמין דמי הקדימה שקיבל, שהרי גם מהר"ם פאד' מודה שמכת מדינה נוהג על העבר ואינו חולק אלא על מה שנוגע מכאן ולהבא, שבזה אם אינו רוצה להמשיך השכירות אין לנכות מדמי השכירות אלא עדיף שתהיה לו זכות חזרה, וזה לא שייך בענייננו שהרי חוזר מהזמנתו ואינו רוצה לקיים החתונה באולם הוא, לכן י"ל דאף הוא מודה בנידו"ד שנאמר בו מכת מדינה ולא יפסיד דמי קדימתו, וגם לשיטת הסמ"ע שצריך לשלם מחצית לא שייך שהרי כתב דבריו ע"פ מהר"ם פד' דאינו שייך כאמור, וגם סברת המחנ"א (שהביא גם לעיל) שאם הקדים השכירות א"צ להחזיר לו לא שייך בנידו"ד דטעמו שייך רק כשהקדים שכרו מרצונו אע"פ שאינו מחויב שהרי שכירות משתלמת רק לבסוף אבל בענייננו בדרי"כ אינו כך אלא עושה כן משום הסכם וממילא אין שום הוכחה שיתרצה שיהיה שלו לאלתר (וגם אם אפשר להשתמש באולם בהגבלות מסוימות אין בעל האולם יכול לחייבו דהרי זה כמום במקח, וגם אין לומר שיפסיד המשכיר כי הוא זה שמבטל, זה

אינו משום דהעיכוב גם מצד השוכר שגם לו הגבילה הממשלה לעשות אירוע), וישנם בתי דין שפסקו מחמת מחלוקת הפוסקים להחזיר למזמין חצי מהסכום ששילם כמקדמה (וכל הדעות בספר הביאני חדריו עמ' פד), וכתב בסברתם ע"פ המהר"ם טיקטין, עיי"ש, והוא הדין (שם אות ז') בהזמין חדר במלון ואח"כ ביטל הזמנתו מחמת מגיפה שפרצה שצריך בעל המלון להחזיר לו את המקדמה כדין מבטל אירוע באולם (לדעתו כנ"ל), דהזמנת חדר במלון אינה שכירות אלא מקח מכיון שאינה רק החדר אלא כולל את כל השירותים הניתנים במלון ודומה למי שהבטיח לאומן שעושה כלי שייקחנו ממנו שאם נתחרט אח"כ מחמת אונס הרי הוא פטור וגרמי באונס פטור כמבואר בש"ך ריש סימן שפ"ו, וגם אין לחייב את המזמין לשלם מדין שכירות פועלים ולומר שבעל המלון קונה את המאכלים עבור המזמינים עיי"ש (ולגבי קייטרינג יש חולקים עיין הע' 25), אולם אם סיבת המניעה שיש סגר על המקום שהמזמין גר והרי הוא אנוס שאינו יכול להגיע לצימר ששכר דינו כשוכר בית בקורונה שאינו יכול לבטל השכירות בטענת אונס מכת מדינה [וכן נראה שיהיה בדין באדם שנכנס לבידוד וכנ"ל, ח.פ.], וכ"כ **הרב ישועה רטבי** ש"במקרה של עסקי תיירות ותרבות שאין צפי לחזרה, ולפי כל הערכות המקום יהיה סגור (או פתוח בצורה חלקית ולא רווחית) במשך חודשים ארוכים - נראה שלכו"ע ניתן לבטל את העסקה ולבטל את השכירות כדעת מהר"ם פדואה", ונראה שהוא הדין גבי הזמנת נופש ופרצה מלחמה [וגבי מש"כ ותלה ב"אין צפי לחזרה" נראה להביא לדבריו סייעתא מדברי רע"א בסימן שלג' ע"פ התפלי"מ דהמוסר דבר לחבירו לארוג וכדומה בקבלנות ואירע אונס לאומן י"ל דאין הבעה"ב יכול לטלו ממנו, דיכול לומר לא שכיר יום אנה ואעשה לך הפעולה אחר עבור האונס "אם לא שרואים שצריך לזה לאותו הזמן כגון לצורך הרגל וכדומה" ויש לעיין].

סעיף ב

סיפא **דמשנה שם קג**: "אם אמר לו חכור לי שדה בית השלחין זה או שדה בית האילן זה יבש המעין ונקצץ האילן מנכה לו מחכירו" **ובגמ'** "ואמאי ולימא ליה שמא בעלמא אמרי לך מי לא תניא האומר לחבירו בית כור עפר אני מוכר לך אף על פי שאין בו אלא לתך הגיעו שלא מכר לו אלא שמא והוא דמתקרי בית כור, אמר שמואל לא קשיא הא דאמר ליה מחכיר לחוכר הא דאמר ליה חוכר למחכיר אמר ליה מחכיר לחוכר שמא בעלמא אמר ליה חוכר למחכיר קפידא רבינא אמר אידי ואידי דאמר ליה מחכיר לחוכר מדקאמר זה מכלל דקאי בגוה עסקינן בית השלחין למה ליה למימר דקאמר ליה בית השלחין כדקיימא השתא".

וז"ל **השו"ע** כרבינא כלשון **הרמב"ם** וכ"פ **הרי"ף** והרא"ש "היה עומד בתוך השדה ואמר לו בית השלחין זה אני משכיר לך בית האילן הזה אני משכיר לך, יבש המעין או נקצץ האילן מנכה לו מחכירו, שהרי הוא עומד בתוכה ולא אמר לו הזה אלא כמי שאומר כמות שהיא עתה אני משכיר { **וי"א** (**רא"ש** ע"פ **הירו'**) דוקא שנקצצו האילנות שלא נשאר מטע עשרה לבית סאה ויבש המעין כולו, אבל אם נשאר מטע עשרה לבית סאה, או שלא יבש המעין לגמרי, אינו מנכה לו (**ב"י**: **והרי"ף** והרמב"ם דהשמיטו נראה דס"ל דמשמע להו דמילתא דפשיטא היא דיבש המעין ונקצץ האילן תנן וסתם יבש לגמרי משמע ונקצץ האילן סתמא משמע שנקצצו לגמרי כל האילנות) לפיכך אם לא היה עומד בתוכה ואמר ליה בית השלחין אני משכיר לך או בית האילן, ויבש המעין או שנקצץ האילן, אינו מנכה לו מחכירו" **והרמ"א** פסק – **וי"א** (**רמ"ה**), כאוקימתא דשמואל, דמדלא אמר רבינא לעולם לא שנא אמר מחכיר לחוכר ולא שנא אמר חוכר למחכיר, שמעינן מינה דמודה רבינא היכא דאמר חוכר למחכיר דקפידא ואע"פ שאינו עומד בתוכה) דוקא שאמר מחכיר לחוכר, אבל אם אמר חוכר למחכיר בית השלחין אני חוכר ממך, מנכה לו אף על פי שאינו עומד בתוכה".

כתב **הסמ"ע** (ח) על המחבר דלא בעינן שלשתן כלומר עומד בתוכו, 'זה', והזכרה בשם בית השלחין, אלא אפילו עומד חוצה לו ואומר בית השלחין זה אני משכיר לך ג"כ קפידא הוא, דאלי"כ לא ה"ל למימר אלא שדה זה אני משכיר לך, ובסעי' א מיירי דלא אמר אלא שדה זה אני משכיר לך ולא א"ל בית השלחין, והשתא אתי שפיר דסיימו הטוש"ע וכתבו בתר האי דינא 'לפיכך' וכו' ולא כתבו רבותא דאפילו עומד בתוכו וגם אמר בית השלחין אני משכיר לך דאפ"ה אינו מנכה לו, וכן הסכים **הקצות** (א) דכן משמע בש"ס דעיקר קפידא מוכח מדאמר בית השלחין דלא היה צריך למימר כיון דקאי בגוה וא"כ ה"ה היכא שרמוז בית השלחין שבמקום פלוני נמי בית השלחין מיותר שמע מינה קפידא, אלא דלשון הרמב"ם ושו"ע משמע דעיקר קפידא במה שאומר זה.

עוד דן **הקצות** בדברי **הרא"ש** (בב"י) דכתב בשם **י"מ** דדוקא קאמר רבינא באמר ליה מחכיר לחוכר אבל אי אמר ליה חוכר למחכיר הוי קפידא בלאו האי טעמא, מדלא קאמר אידי ואידי בין אמר ליה מחכיר לחוכר וכו'. [ודחהם הרא"ש דהא מתניתין בדאמר ליה חוכר למחכיר איירי כדקתני אם אמר לו חוכר לי בית השלחין זו, אפי"ה דוקא משום האי טעמא וכו', והא דתנן מנכה לו מן חכורו ואינו חייב להעמיד בית השלחין אחר ובית אילן אחר, משום דאמר ליה בית השלחין זו אבל אם אמר חוכר למחכיר בית השלחין אני חוכר ויבש המעיין חייב ליתן לו בית השלחין אחר או יחכור מעיין אחר או יטע אילן אחר והקשה הקצות על הרא"ש דכיון דס"ל כרבינא דאפילו חוכר למחכיר אינו קפידא אלא באומר זה, א"כ היכי כתב דבסתם חייב להעמיד בית השלחין אחר, הא אם אינו אומר זה א"כ מצי אמר שמא בעלמא אמרי לך וביאר כוונת הרא"ש ע"פ הריטב"א דהיכא דאמר ליה סתם בית השלחין אני מוכר כיון דלא אמר זה א"כ תו לא אמרי שמא בעלמא קאמר א"כ צריך ליתן לו בית השלחין אחר או יחכור מעיין אחר, אבל במקח אפילו אומר זה לא אמרינן קפידא דהא גבי בית כור עפר גרסינן זה ואפי"ה אמרי שמא בעלמא קאמר ליה, ע"כ דגבי מוכר ולוקח אפילו עומד בתוכו ואומר בית כור זה אני מוכר לך אינו אלא שמא בעלמא, עיי"ש, ולפ"ז -] לדינא ליכא נפק"מ בין דעת הרא"ש לחולקין, דהא באומר זה ודאי קפידא גבי חכירות וכדאמר רבינא והיכא דלא אמר זה א"כ לא מצי אמר כלל שמא בעלמא והא דהביא הרא"ש דעת היש מפרשים, היינו משום נפקותא במוכר בית כור דגבי מוכר בית כור אפילו באומר זה לא הוי קפידא ואמרינן שמא בעלמא, **ובנת"בות** (ב) חלק על הקצות וגם האריך וסיים דהיוצא דבאמר בית השלחין סתם בין עומד בתוכו בין אינו עומד בתוכו ויבש המעיין חייב להעמיד לו בית השלחין עם מעין, ובאמר לו בית השלחין זה ועומד בתוכו או מראהו ויבש המעיין, מנכה לו מחכירו, ואם אינו עומד בתוכו ואמר לו בית השלחין שבמקום פלוני, אם אמר מחכיר לחוכר אינו מנכה לו מחכירו, ואם אמר חוכר למחכיר מחלוקת הפוסקים אי קפידא או לא.

סימן שכב - המקבל שדה מחבירו ואכלה חגב או נשדפה

סעיף ב

< סעיף א': ראה סימן שכא/א.

ע"פ שם קו. וכלשון **הרמב"ם** פסק **בשו"ע** "התנה עליו בעל הקרקע שיזרענה חטים וזרעה שעורים או שלא זרעה כלל, או שזרעה ולא צמחה (עיי' בגמ' ובסמ"ע בפסוקים הנדרשים), אע"פ שבא חגב או שדפון והוכה רוב המדינה, אינו מנכה לו מחכירו, ועד מתי חייב להטפל ולזרוע פעם אחרת אם לא צמחה, כל זמן שראוי לזרעה באותו מקום (ואפילו לא הספיק לזרעה אלא שתי פעמים לרשב"ג הסובר חזקה בגי או אחת לרבי הסובר חזקה בב' ואע"פ שלא הוחזקה זו מנכה לו מחכירו שהרי זרעה כל צרכו ולא פשע בה בכלום, רא"ש בביאור השמטת הרי"ף מח' רשב"ג ורבי) {ודוקא בקבלנות, אבל בחכירות יכול לקנות לו פירות מן השוק ונותן לו חכירתו (נ"י)}".

כתב **הסמ"ע** (ז) דדעת הרמב"ם והטוש"ע היא דדוקא בזרעה ולא צמחה הוא דאין מנכה לו מחכירתו עד שיחזור ויזרע כל זמן שראוי לזרוע אפילו ארבע או חמש פעמים, משום דיכול המחכיר לומר מה שלא צמחה בד' פעמים שעברו משום דעדיין לא הגיע עת וזמן הזרעה דשנה זו, אבל בזרעה ואכלה חגב מנכה לו אפילו בפעם ראשון אם היא מכת מדינה, וא"צ לחזור ולזרוע אם אינו רוצה החוכר, ודלא כרש"י דס"ל דגם באכלה חגב צריכין לזרוע שנית לרבי, ולרשב"ג שלישית, ופלוגתייהו דהגאונים הנ"ל תלוי אי הלכה כברייתא או לא (כלומר דהא דאמר ריש לקיש לא שנו אלא שזרעה וצמחה ואכלה חגב אבל זרעה ולא צמחה לא וכו', לפי רש"י קאי אהני ברייתות דלרבי שלישית ולרשב"ג רביעית לא שנו אלא שזרעה וצמחה ואכלה חגב אבל זרעה ולא צמחה חייב כל זמן משך הזרעה ואם לא זרעה אין מנכה לו ולדעת הרי"ף וסיעתו לא הביא הנך ברייתות והביא הך דריש לקיש ואמתניתין קאי).

עוד ביאר **הסמ"ע** (ח) דמה שכתב הרמ"א בשם הנ"י קאי אמה שכתב המחבר עד מתי חייב להטפל ולזרוע כו' קאי, דמשמע אף אם ירצה לקנות לו מן השוק יכול בעל השדה להכריחו לחרוש ולזרוע שדה שלו, וקאמר דהיינו דוקא בקבלנות, ומטעם דיכול בעל השדה לומר תבואה של שדה שלי ניחא לי יותר, משא"כ בחוכר, דמתחילת החכירות לא היתה דעתו דוקא אתבואה דשדה זו, דהרי אם לא יצמח שדה זו כלל היה צריך לקנות מן השוק כדי חכירתו, וכ"ש בשכירות דנותן לו מעות ולא תבואה משדה שלו

כלל. ה"ט"ז האריך לחלוק על הרמ"א והסמ"ע וסיים דהכלל העולה, דבזרעה ולא צמחה אין המקבל מוכרח לחזור ולזרוע כלל ומזליהו דתרווייהו גרים לה, והכא דמיירי בניכוי מחמת מכת מדינה, בזה אין חילוק בין חכירות לקבלנות דאין יכול לנכות מחלק בעל השדה כל זמן שאפשר עוד לזרוע וצריך לשלם חלקו, והתשלומין יכול להיות אפילו בפירות מן השוק.

סימן שכג - המקבל שדה מחבירו ולקתה בעומריה

סעיף א

ע"פ משנה ב"מ קו: ("המקבל שדה" וכו', ופירש רש"י דזו בחכירות הוצרך לשנותה דאי בקבלנות פשיטא דכל אחד זוכה ומתחייב בחלקו) פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "החוכר שדה מחבירו בעשרה כורים חטים ולקתה נותן לו מתוכה. היו חטין יפות לא יאמר לו הריני לוקח מן השוק, אלא נותן לו מתוכה {במה דברים אמורים שלא שינה, אבל שינה כגון שהתנה לזרעה חטין והוא יתן לו שעורים בחכירותו, וזרעה שעורים ולקתה, אינו נותן לו מתוכה אלא קונה לו שעורין מן השוק (טור)} חכר ממנו כרם בעשרה סלים ענבים והקריסו [פירוש הפיגו טעמם ונתחמצו, וגירסת רש"י דכדום ופירש שהתליעו] אחר שנבצרו, וכן עומרים שלקו אחר שנקצרו (בעודם בשדה, ור"ל שהניחם שם ליבש, ומיירי שלא פשע להניחם שם יותר מהשיעור, סמ"ע ע"פ רש"י) נותן לו מתוכן, אבל אם חכרו בעשרה כדים יין והחמיץ, חייב ליתן לו יין טוב (דבזה אמרינן ארעא כבר עבדא שליחותה להוציא ענבים טובים הראויים ליין טוב אלא שבמזלו החמיץ היין, דהיין דרכו להשתנות על פי מזלו דמריה, וכדאמרן בעלמא בב"ב צ"ו חמרא אכתפא דמריה שוור, ע"פ רש"י, והיינו דוקא כשהתנה עמו ליתן יין סתם אבל אם פירש דבריו ליתן לו מיין הנעשה מכרם זה מה לעשות לו עוד כיון שלא פשע כלום, סמ"ע).

סימן שכד - המקבל שדה לזרעה מין ידוע ובא לשנותה

סעיף א

ע"פ משנה ב"מ קו: וכת"ק ("המקבל שדה מחבירו לזרעה שעורים לא יזרעה חטים, חטים יזרעה שעורים") דלא כרשב"ג שאוסר משום שארית ישראל לא יעשו עולה ולא ידברו כזב ולא ימצא בפייהם לשון תרמית וכגירסת הרמב"ם, פסק בשו"ע "החוכר שדה מחבירו לזרעה שעורים לא יזרעה חטים מפני שהחטים מכחישות את הקרקע יותר מהשעורים, חכרה לזרעה חטים יזרעה שעורים, קטנית, לא יזרעה תבואה. תבואה, יזרעה קטנית {וי"א (רש"י) בהפך, תבואה לא יזרעה קטנית; קטנית, יזרעה תבואה} ובבבל וכיוצא בה לא יזרעה קטניות מפני שהקטניות שם מכחשת את הארץ (עיין בדרישה והסמ"ע ב' באריכות בטעם הדבר) {וי"א (רש"י) בהפך, דבבבל יכול לזרוע מה שירצה. י"א דכל זה בחכירות אבל בקבלנות יכול לשנות אפילו לדבר המכחיש (רש"י, דאי בקבלנות הא אמרינן בדף ק"ד תכחוש ארעא ולא ליכחוש מרה, והרי הוא נהנה בשינוי זה), ויש חולקין וס"ל דאפילו לדבר שאינו מכחיש אינו יכול לשנות בקבלנות (רמב"ן), כיון דקבלן אינו נותן לו אלא ממה שגדל בשדה, יש לומר שקפיד הנותן לזרוע דוקא מין זה שהתנה עמו משום שהוא צריך לו, סמ"ע}."

כתב הפת"ש (א) דה"ט"ז הקשה על טעם הסמ"ע ברמב"ן דהא בחכירות נמי צריך ליתן לו מאותו המין הגדל בשדהו, ובספר דברי משפט יישב ע"פ המבואר בסוף סימן שכ"ב ובסמ"ע שם דבחכירות אם החוכר רוצה דלא לזרוע כלל אין המחכיר יכול לכופו לזרוע, דמתחילה לא היתה דעתו ליקח דוקא תבואת שדה זו, דהא אם לא יצמיח כלל צריך לקנות מן השוק.

סימן שכה – המקבל שדה מחבירו אם רשאי לזרעה פשתן

סעיף א

משנה ב"מ קט. "המקבל שדה מחבירו לשנים מועטות לא יזרעה פשתן ואין לו בקורות שקמה, קיבלה הימנו לשבע שנים שנה ראשונה יזרעה פשתן ויש לו בקורות שקמה".

דעת רש"י דבחכירות היא דאי בקבלנות מאי דבעי ליזרע שהרי הבעלים חולקין בו, וכתב ה"ה דכן הוא ע"פ רב פפא בדף ק"ד דהני תרתי מתניתא קמייתא בין בחכרנותא בין בקבלנותא מכאן ואילך דאיתא בקבלנותא ליתא בחכרנותא דאיתא בחכרנותא ליתא בקבלנותא, ודעת הרמב"ם דהמשנה בין בחכירות בין בקבלנות והוא קצת תימה, ואפשר שהוא סובר כרשב"א דרב פפא לאו לענין דינא ממש קאמר אלא יש מהן דדינא לא אשתני אלא שלא הוצרך להשמיענו הדין ההוא אלא או בחכירות או בקבלנות, וה"נ כאן לענין קבלנות א"צ לאשמעיןן שפשיטא שאסור לשנות נגד דעת בעה"ב.

השו"ע לא נקט אליבא דחד מינייהו והעתיק לשון המשנה (באה"ג) וז"ל ע"פ המשנה והגמ' "המקבל שדה מחבירו לשנים מועטות, לא יזרעה פשתן ואין לו בקורות שקמה וכיוצא בה, ולא בשבח האילנות (ממעשה דרב פפא ורב ביבי שם) שיצאו מאליהם בשדה, אבל מחשבים לו מקום האילנות כאילו היה בהם אותה זרע שזרע בכל השדה, והוא שצמחו האילנות במקום הראוי לזריעה. {ווי"א (תוס') דאם הוא אומר דגם הוא היה נוטע אילנות צריך ליתן לו מן האילנות כאילו נטען, אבל אם אומר שיותר היה חפץ לזרוע מליטע אילנות, אם האילנות ראויין ליטע במקום אחר צריך ליתן בו בשבילם דמי נטיעות העומדים ליטע, ואם אינן ראויין ליטע, אינו נותן לו אלא דמי עצים} אבל אם יצאו במקום שאינו ראוי לזריעה, אין מחשבים לו כלום, ואם קבל ממנו לשבע שנים, זרעה שנה ראשונה פשתן ויש לו בקורת שקמה וכיוצא בה (בין אם ירד לתוכה בסוף שבע משנקצצה בין אם ירד לתוכה בשנה שלישית או רביעית, קוצצה כשישלמו לה שבע שנים, שהרי יחזרו ויגדלו לכשיצא ממנו עד שיהיו כמו שהיתה כשירד לתוכה, סמ"ע ע"פ הטור)".

סימן שכו – המקבל שדה לזרעה שומשמיין וזרעה חטין

סעיף א

ב"מ קד: "ההוא גברא דקביל ארעא לשומשמיין (דמכחישין את הקרקע יותר מחיטין וגם דמיהן יקרים יותר מזרע חיטין) זרעה חיטי עבדא חיטי כשומשמיין סבר רב כהנא למימר מנכי ליה כחשא דארעא אמר ליה רב אשי לרב כהנא אמרי אינשי כחשא ארעא ולא לכחוש מרה ההוא גברא דקביל ארעא לשומשמיין זרעה חיטי עבדא חיטי טפי מן שומשמיין סבר רבינא למימר יהיב ליה שבחא דביני בניי אמר ליה רב אחא מדפתי לרבינא אטו הוא אשבח ארעא לא אשבחה".

פסק השו"ע כלשון הרמב"ם "המקבל שדה מחבירו לזרעה שומשמיין וזרעה חטים, ועשתה חטים ששויין כמו שהיתה ראויה לעשות מהשומשמיין, אין לו עליו אלא תרעומת. עשתה פחות ממה שהיא ראויה לעשות מהשומשמיין, משלם לו המקבל כפי מה שהיא ראויה לעשות מהשומשמיין. עשתה חטים יותר ממה שהיא ראויה לעשות מהשומשמיין, חולקין לפי התנאי שביניהם, אף על פי שמשתכר בעל הקרקע (ואין המקבל יכול לומר אילו זרעתיה שומשמיין היה נכחש הקרקע יותר וגם לא היתה מצלחת בזריעת החיטין כל כך אם לא שטרחתי בה הרבה לפיכך אנכה לך מחלקך מה שהרוחת שלא נכחש הקרקע, וגם אקח היתרון ששורה החיטין יותר על השומשמיין שבא מכח טרחותי, דישיב לו הנותן וכי טרחתך לבד גרמה ולא טובת השדה, משו"ה חולקין, סמ"ע ע"פ הטור)". כתבו הב"י ובאה"ג בשם הרשב"א דבין בחכירות בין בקבלנות הדין כן.

כתב הסמ"ע (ב) דמש"כ ברישא דאין לו עליו אלא תרעומת, ניתן לפרשו בשני פירושים א' לנותן יש תרעומת על המקבל ששינה ממה שהתנה עמו לזרעה שומשמיין משום דלשומשמיין היה צריך, ואף שבדמי החיטין היה יכול לקנות שומשמיין מן השוק, מ"מ ניחא ליה בשלו ואין בזה אלא תרעומת ולא היזק ממון, וב' וכן נ"ל דלמקבל יש תרעומת על הנותן על מה שטרח עד שהצליחו להיות שוים

כשומשמין וצריך ליתן לו החציה ואינו מנכה לו מה שהרויח הנותן דלא נכחיש ארעא, וכן הסכים הש"ך (א) וכן הוא בב"ח.

סימן שכז - דין מקבל שבא להסתלק ועדיין לא נגמרו הזרעים

סעיף א

ברייתא **שם קט**. "המקבל שדה מחבירו והגיע זמנו לצאת שמין לו... - שמין לו ירקא וסילקא".
וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "מקבל שהגיע זמנו להסתלק מהשדה, והיו שם זרעים שעדיין לא הגיע להמכר או שנגמרו ולא הגיע יום השוק למוכרן (ע"פ התוספתא), שמין אותן ונוטל מבעל הקרקע".

סעיף ב

ע"פ משנה **שם קג**. וגמ' פסק בשו"ע וכלשון הרמב"ם "כשם שחולקין המקבל ובעל הקרקע בתבואה, כך חולקין בתבן ובקש. כשם שחולקין ביין, כך חולקים בזמורות. אבל הקנים שמעמידין תחת הגפנים, אם קנו אותם בשותפות הרי אלו חולקים בהם, ואם הם משל אחד מהם (דלפעמים נותן המקבל כל הצריך לאותו כרם והשדה ופעמים הנותן וכסימן ש"כ, סמ"ע), זה שקנה אותם הרי הם שלו, וכן כל כיוצא בזה".

סימן שכח - דין מקבל שרוצה להסתלק מפני רעת השדה

סעיף א

ע"פ משנה **ב"מ קה**. וגמ' פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "המקבל שדה מחבירו ולא עשתה (מיירי בקבלנות אבל בחכירות אפילו אינה עושה כלום צריך ליתן לו חכירותו, רש"י וטור, ופשוט הוא, ב"י) אם יש בה כדי להוציא סאתים (כרי ינאי) יתר על ההוצאה, חייב המקבל ליטפל בה, שכך כותב לבעל הקרקע אנא אקום ואזרע וכו' ואעמיד כרי לפניך ותטול חלקך וכו' } ואפילו לא כתב כך כמאן דכתב דמי (תוס' ורא"ש, דכיון דרגילין לכתוב כן כל המקבל סתם על דעת הנהוג מקבל, והו"ל כתנאי ב"ד דצריך לקיימו על כל פנים) }".

כתב באה"ג על הגהת הרמ"א דצ"ע בזה כי כולם לא כתבוה אלא בדין הסמוך בסעי' ב' בלא עבדא אלא הובירה ולכן השמיט המחבר שם מה דאיתא במשנה וברמב"ם ובטור שכך כותב לו אם אוביר ולא אעביד וכו' לומר שאפילו לא כתב לו כן כמש"כ התוס' הרמב"ן ועוד כולם לא כתבו אלא בהובירה כולה, **בפת"ש** (ב) הביאו וכתב בשם חות יאיר דלולא דמסתפינא אמינא דמקום ההגה בסעי' ב'.

עוד כתב הפת"ש (א) בשם החות יאיר דהך שכך כותב לו אינו טעם על חיוב הפועל לטפל בו כשיש בו להעמיד כרי, רק הוא טעם על מה דפטרין לפועל בשאין בו כדי להעמיד כרי, דודאי מצד הסברא מחויב בכל שהוא כמו שנשתעבד, ולכן פסק שם בראובן שלקח כרם בעיר אחרת ונתקשר עם לוי הדר שם לעבדו ולשמרו ויקח החצי בשכר טרחו, ויהי השנה ויפול קרירות גדול בכל פרחי הגפן, ולא רצה לוי לטפל כלל בכרם זה באמרו שבדוחק ישיג כדי הוצאות, ופסק דאם נתקשרו יחד באופן המועיל מחויב לטפל בו לקיים מה שנשתעבד הן מעט או הרבה, מאחר דבזמננו לא ידעין מדיני אריסות ומשטר אריסות, וכתב עוד, דלדינא דגמרא דאם יש בה להוציא סאתים חייב לטפל בה, אם הפועל אומר דלא יוציא סאתים ובעל השדה אומר יוציא יותר, ודאי דצריך אומד מבקיאים, וכל זה לכתחילה דמחייבין ללוי לטפל בכרם אם אינו חוזר מכלל ההתקשרות, משא"כ אם חוזר בו, אם לא נתקשרו בתקיעת כף ובשבועה מצי לוי לחזור בו אפילו עשו שטר על עשר שנים, דקיי"ל פועל יכול לחזור בו כבסימן שלי"ג, ואפילו לא חזר בו בדיעבד והובירו, לדין שלא נכתב ולא נהיגין לכתוב אם אוביר ולא אעביד דנימא אע"פ שלא נכתב כמאן דכתב דמי פטור לוי, דבמה שלא נתעסק בכרמו אפילו השנים כסדרן אינו רק כמבטל כיוס של חבירו, וכ"כ תלמידי הרשב"א בב"י אם לא שנפסד הכרם עצמו ע"י שנשאר בור.

סעיף ב

ע"פ משנה שם קד. וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "לא עבדה אלא הובירה כולה או מקצתה, שמין אותה כמה היא ראויה לעשות, ונותן לו חלקו שהיה מגיע לו (שכן כותב לו אם אוביר ולא אעביד אשלם לך במיטבא, טור ע"פ המשנה), ואם התנה עמו אם אוביר ולא אעביד אשלם אלף זוז, הרי זו אסמכתא ואינו חייב לשלם אלא נותן כפי מה שראויה לעשות בלבד".

כתבו תלמידי הרשב"א אהא דתנן שכך כותב לו אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא כלומר דטעמא דכך כתב לו אבל מדינא פטור דהוי ליה מבטל כיסו של חבירו בירושלמי, ומיהו לא אצטרך תנאה אלא לביטול קרקע אבל מה שהקרקע נפסדת בעמידתה בורה מדינא חייב ולא מדין מזיק דלא עדיף מכופת שורו של חבירו ומת ברעב דפטור (סנהדרין ע"ז), אלא טעמא משום דקביל עליה למפלחה שכך כותב לו אנא אניר ואזרע וכו' ואע"פ שהוא יכול לחזור בו דפועל הוא (ב"מ י). ואי נמי קבלן ובעל השדה שוכר עליו אריס מ"מ כל זמן שלא חזר בו הוא חייב בכל היזק שיגיע לשדה בסבת ביטול המלאכה שנתחייב בה.

כתב הרי"ף דלא אמר רבא דהוי אסמכתא (בסיפא) אלא מאי דגזים אבל שיעור מאי דאוביר לא הוי אסמכתא ומאי דאוסף על שיעורא דראויה לעשות הוא דהוי אסמכתא ולא שעבד נפשיה אבל שיעורא דראויה לעשות איתא בכלל אלפא זוזי ומשעבד נפשיה ומיחייב ביה כ"פ הרמב"ם, ואע"פ שהרא"ש חלק על ראיות הרי"ף כתב דהלכתא כוותיה ולא מטעמיה משום דכיון דקיי"ל דכיון שנהגו לכתוב כן אף אם לא כתב מחוייב לשלם מאי דאפסיד הילכך הכי נמי כשתסלק דבריו העמידהו על דינו וישלם מאי דאפסיד.

כתב הסמ"ע (ג) דמה שהוסיף הטור ברישא שכן כתב וכו' ר"ל כיון שרגילין לכתוב כן ה"ל כאילו כתוב, וכנ"ל בסע' א' וכן מוכח מלשון הטוש"ע שאם כתב אם אוביר אשלם לך אלפא זוזי דהיא אסמכתא ולא קנה וכו' ולא כתבו דיהא פטור לגמרי כיון דדבריו הן אסמכתא והרי הן כאילו אינם, אלא ודאי ס"ל דאף אם הם כאילו לא דיבר כלל מ"מ צריך לשלם בזה דהו"ל כאילו כתב ליה אם אוביר אשלם במיטבא.

סימן שכט - המקבל שדה לזמן ומת והניח בן

סעיף א

ב"מ קט. "רב יוסף הוה ליה ההוא שתלא שכיב שבק חמש חתנותא א"ל אי ניחא לכו דשקליתו שבחייכו מוטב ואי לא מסלקנא לכו בלא שבחא דאמר רב יהודה האי שתלא דשכיב מסלקינן ליה בלא שבחא ולא מילתא היא", וכתב הרא"ש דלאו מילתא ר"ל דקאמר מסלקינן ליה בלא שבחא אבל אי בעי יהיב ליה שבחא ומסלק ליה דאינו ממון להורישו לבניו, והכי איתא בתוספתא המקבל שדה מחבירו לא יאמרו לו תנו לנו מה שעשה אבותינו אלא שמין ונותנין לו וכ"ד הרמב"ם אחד מן השותפין או מן המתעסקין שמת בטל השותפות או העסקא אפילו התנו לזמן קבוע וכזה הורו הגאונים.

וז"ל השו"ע "המקבל שדה מחבירו לזמן ידוע ומת והניח בן, לא יאמר תן לי מה שאכל אביך, וכן הבן לא יאמר לו תן לי מה שעשה אבי, אלא שמין מה שעשה עד עת מותו ויתן לו, אפילו שהתנה עמו לזמן קבוע", וביאר הסמ"ע (א) דאם כבר קיבל עליו אביו כדי כל קבלתו והנותן אינו רוצה להניח השדה ביד בניו לגומרה, ומבקש מבניו שיחזירו לו המותר שאכל אביהן על עבודתו, הדין עם הבן בזה לומר הנח שדה בידי ואגמרה עבודתה, מאחר שכבר קיבל אביו חלקו, משא"כ בבא תנינא דמיירי דלא קיבל עדיין אביהן כלום על חלקו, והבן אומר לנותן הנח השדה בידי ואגמרה עבודתה, ותתן לי כל חלק אבי, דבזה דהנותן עדיין מוחזק, הדין עמו, ויכול לומר אין לי עסק עמך וכפי מה שעשה אביך אשלם לך, ומש"כ אלא שמין וכו' לא קאי אלא אבבא תנינא, ומש"כ דלא יאמר לו הבן תן לי מה שעשה אבי לאו דוקא הוא דהרי בזה הדין עמו, וכדמסיק ששמין מה שעשה וכו', אלא ר"ל, תן בידי השדה שהתחיל אבי לעשות בו מלאכתך.

כתב הנתניבות (א) דיוצא מדברי הסמ"ע שכיון שכבר באה השכירות ליד אביהן אינו יכול לנכות מהיורשין, שהיורשין יכולין לומר אנחנו נגמור עבודתו, ולפ"ז יש ללמוד, דה"ה בכל פועל שהקדים לו

שכירות על זמן קבוע ומת בתוך הזמן, שאינו יכול לגבות מהיורשין כשרוצין הן לעשות עבודת אביהן, והנושא ונותן על חצי ריוח, ועשו ביניהן שיקח המקבל עיסקא בכל שבוע ושבוע כך וכך ומת בתוך הזמן, שאין היורשין צריכין להחזיר מה שקיבל אביהן כשרוצין הן לעסוק עד כלות הזמן, ואפשר לחלק דבזה צריך ליתן מעות בידו יכול לומר אין אתם בטוחין במעות שאתן לכם.

סימן של - המקבל שדה ליטע כמה אילנות

סעיף א

ע"פ ברייתא דב"ב צה: וכגירסת הר"י מגאש פסק בשו"ע "המקבל שדה מחבירו ליטע, מקבל עליו בעל השדה עשר בוראות לסאה [פירוש עשרה אילנות בורים ושוממים לכל סאה אילנות יפים] (ר"ל מקבל עליו י' שורות מבוריות לסאה א"י נטיעות מבוריות לסאה, ה"ה) {ויש אומרים למאה (רמב"ם)} יתר על זה, מגלגלין עליו את הכל (יטע לו י"א אילנות תחתיהן דהשתא ליכא מחילה כלל, רשב"ם ובאה"ג, דכל דבר שאין רגיל להיות, אמרינן דמחמת דפשע בהן נעשה כן ומדפשע מגלגלין עליו את הכל ואמרינן דכולן נעשו בורות בפשיעתו, סמ"ע)".

הסמ"ע (א) האריך בפירושי המ"מ וכתב על הבי' דדוחק, וגם מלשון הרמ"א שכתב אדברי המחבר "ויש אומרים למאה" כו' משמע דבעצם הפירוש של בוריות והקיבול שיקבל עליו הבע"ה, אין חילוק בין המחבר ליש אומרים, אלא בשיעור השדה המה מחולקים, דלמחבר מקבל י' בוריות לכל בית סאה וליש אומרים לא יקבלם כי אם למאה, וכן נשמע בדרכ"מ ולא חילק הרמ"א בין נטיעות לאילנות, על כן מחוורתא דס"ל לרמ"א דלדעת הרמב"ם ורבו איירי האי אם נוטעין לבית סאה הרבה אילנות ולא על דרך שפירש רשב"ם דמקבל בעל השדה י' בוריות למאה דאם יש עשרה אילנות שאין עושין פירות לא יצטרך מקבל ליטע אחרים תחתיהן, דאורחיהו דאילנות להיות בהן בורות ומחיל, עיי"ש.

סעיף ב

ב"מ קט. "ההוא שתלא דאמר להו אי מפסדנא מסלקנא אפסיד אמר רב יהודה מסתלק בלא שבחא רב כהנא אמר מסתלק ושקיל שבחא ומודה רב כהנא דאי אמר אי פסידנא מסתלקנא בלא שבחא רבא אמר אסמכתא היא ולא קניא ולרבא מאי שנא מהא דתנן אם אוביר ולא אעביד התם מאי דאפסיד משלם הכא מאי דאפסיד מנכין ליה ואידך יהיבין ליה".

וז"ל השו"ע "מקום שנהגו שיהיה הנוטע אילנות נוטל חצי השבח ובעל הקרקע החצי, ונטע והשבח ונטע והפסיד (נטען בפעם אחת זה אחר זה ובקצתן השביח ובקצתן הפסיד ובצירוף השבח וההפסיד נשאר שבח יתר על ההפסד ומיירי שהיו בורות יותר משיעור דסעי' א' או שהפסיד בענין אחר, סמ"ע), מחשבין לו חצי השבח שיש לו, ומנכין לו מה שהפסיד {ונוטל השאר (כן הוא ברמב"ם)}, ואפילו התנה על עצמו שאם יפסיד לא יטול כלום, הרי זה אסמכתא ואין מנכין לו אלא מה שהפסיד (סמ"ע): בטור הוסיף 'ומסתלק' והרמב"ם והמחבר לא כתבו כן, אך נראה דלא פליגי שהרי גמ' ערוכה היא שם דשתל הנוטע נטיעותיו של הבע"ה והפסיד דצריך לשלם ומסלקין אותו וכסוף סימן ש"ו וה"ה בזה".

סעיף ג

ע"פ ההוא עובדא דב"מ קט: גבי ההוא שתלא דאמר ליה הב לי שבחאי דבעינא למיסק לארעא דישראל וכו' פסק בשו"ע וכרב אשי "נטע הנוטע והשבח ורצה להסתלק, שנמצא בעל הקרקע צריך להוריד אריס, הרי בעל הקרקע מוריד אריס {וסתם אריס נוטל שלישי מן השבח (טור)} ויטול בעל הקרקע החצי ולא יפסיד כלום ויטול האריס שלישי והשתות הנשאר של נוטע שהרי סילק עצמו ברצונו (והטעם דבעלמא נוטל השתל טפי מהאריס משום דשתל הוא הנוטע אילנות בגן או בשדה מעיקרא והאריס הוא אשר יורד לעבוד בשדה נטוע, סמ"ע) {מיהו לא יוכל להסתלק בלא רשות בעל השדה (נ"י)} " ודלא כרב אחא דאמר לרב אשי "ולימא ליה אנת מנתא דילך הב לאריסא ואנא מנתא דילי מאי דבעינא עבידנא ביה" דדחהו רב אשי "כי מטית לשחיטת קדשים תא ואקשי ליי", וכרי"ף רמב"ם ראב"ד ועוד, ודלא כרש"י שהסכים רב אשי לרב אחא וכוונת דבריו דקבלה מינייה דסברא טובה היא.

כתב **הסמ"ע** (ו) בשם הנ"י הנזכר דלא יכול להכניס אריס במקומו ולא לומר אטול הרביעית מהגן או מן השדה ואעבדנו ואתה שכור אריס לעבוד ג' רביעיות שלך ותן רביעית לאריס ומחצה יהיה שלך, משום דכל החלקים משועבדים אהדדי, וכן הסכים **הש"ך** (א) דכן הוא ברמב"ן וש"א"ר, אולם חלק אדמשמע ברמ"א, דהרי משמע בני"י להדיא דהרוצה ליטול רק השתות יכול להסתלק בלא רשות.

סעיף ד

ע"פ מימרא דרב מניומי **ב"מ קט**: פסק **בשו"ע** "כל שתלן שנוטל החצי בפירות כך נוטל החצי בגפנים שהזקינו, אבל אם שטפן נהר (בין עקרון לגמרי בין ששטף הקרקע מעל גבי שרשים ונכחש האילן עד אשר יתקננו להיות משובח בקרקע כבתחילה, **סמ"ע**) או עקרון הרוח אין לו בהם אלא רביע", וביאר **הסמ"ע** (ז) דכל אילן עומד להיות זקן, ודבר שדרכו בכך מתחילה ירד לתוכו אדעתא דהכי לחלוק בעצי הגפנים כשיזקינו כמו שחולק בכל שנה בזמורות ובענבי הגפן שקוצצין, אבל שטיפת האילן הוא דבר שאינו שכיח משו"ה אינו נוטל בו אלא רביעית ממה שנשאר לבע"ה לאחר שנטל האריס חלקו שהוא שתות מהכל, שהרי יצטרך בעל השדה לשכור אריס ויתן לו שליש השבח ושאר לבעל השדה חצי השבת, ובטור כתב שנוטל השתות והוא הוא.

סעיף ה

ע"פ רב נחמן קי. ודלא כרב יהודה פסק **בשו"ע** "טען האריס שהתנה שיטול החצי, ובעל השדה טען שלא התנה אלא ליתן לו השליש, הולכים אחר מנהג המדינה".

הלכות שכירות פועלים

סימן שלא - השוכר פועלים ינהג עמהם כמנהג המדינה

סעיף א

ב"מ משנה פג. "השוכר את הפועלים ואמר להם להשכים ולהעריב מקום שנהגו שלא להשכים ושלא להעריב אינו רשאי לכופן מקום שנהגו לזון יזון לספק במתיקה יספק הכל כמנהג המדינה, מעשה ברבי יוחנן בן מתיא שאמר לבנו צא שכור לנו פועלין הלך ופסק להם מזונות וכשבא אצל אביו אמר לו בני אפילו אם אתה עושה להם כסעודת שלמה בשעתו לא יצאת ידי חובתך עמהן שהן בני אברהם יצחק ויעקב אלא עד שלא יתחילו במלאכה צא ואמור להם על מנת שאין לכם עלי אלא פת וקטנית בלבד רבן שמעון בן גמליאל אומר לא היה צריך לומר הכל כמנהג המדינה", **ובגמ'** "פשיטא לא צריכא דטפא להו אאגרייהו מהו דתימא אמר להו הא דטפאי לכו אאגרייכו אדעתא דמקדמיתו ומחשכיתו בהדאי קא משמע לן דאמרו ליה האי דטפת לן אדעתא דעבדינן לך עבידתא שפירתא. אמר ריש לקיש פועל בכניסתו משלו ביציאתו משל בעל הבית שנאמר תזרח השמש יאספון ואל מעונתם ירבצון יצא אדם לפעלו ולעבדתו עדי ערב וליחזי היכי נהיגי בעיר חדשה וניחזי מהיכא קא אתו בנקוטאי (נתלקטו במקומות הרבה) אב"א דאמר להו דאגרייתו לי כפועל דאורייתא".

וז"ל **השו"ע** כלשון **הרמב"ם** "השוכר את הפועלים ואמר להם להשכים ולהעריב, מקום שנהגו שלא להשכים ושלא להעריב אינו יכול לכופן, אפילו הוסיף על שכרן (תוס' -) כיון שלא התנה כן בשעה ששכרן" וכתב **הרמ"א** "לא היה מנהג בעיר או שאמר להן אני שוכר אתכם כדין תורה, חייבין לצאת מביתם בזריחת השמש ולעשות מלאכה עד צאת הכוכבים (דצריכין שיתעסקו מזריחת השמש עד שקיעתה בעבודת הבע"ה, ובהליכה היא צורך העבודה משו"ה סגי ביציאתו מביתו כשתזרח השמש, משא"כ חזרתו לביתו שהיא לצורכו, **סמ"ע**) (**טור**) ע"פ מימרא דריש לריש, **והרי"ף** ו**הרמב"ם** **השמיטן** זה, וכתב **הב"י** הטעם לפי שמפרשים הא דר"ל כמו שפירש ר"ח בתוס' עיי"ש ולא אשמעינן ריש לקיש אלא מנהג הפועלים שבזמנו והא לא אצטריכו להו הפוסקים דהכל בכלל הכל כמנהג המדינה א"י אפילו יפרשו כרש"י משום דאוקימנא במימרא דר"ל ליתא אלא בעיר חדשה א"י כדא"ל אגרייתו לי כפועל דאורייתא ומילתא דלא שכיחא היא ולפיכך לא חשו לכתבה) ובערב שבת, מקדים עצמו לביתו שיוכל למלאות לו חבית של מים ולצלות לו דג קטן ולהדליק את הנר (**טור** בשם **הירושלמי**). לא היה מנהג

בעיר, אבל רוב אנשי העיר באו ממקום שיש שם מנהג, אזלין בתר מנהג העיר שבאו משם (נ"י) הלך ממקום שנהגו להשכים ולהעריב למקום שנהגו שלא להשכים ולהעריב או איפכא אזלין בתר המקום ששכר שם הפועלים (נ"י בשם הירושלמי), ואינו קרוי מנהג אלא דבר השכיח ונעשה הרבה פעמים, אבל דבר שאינו נעשה רק פעם אחת או שני פעמים אינו קרוי מנהג (ריב"ש, וכ"כ הרמב"ם בהל' מאכ"א א,טו, ש"ך, ודוקא היכי שאנו רואים נוהגים פעמיים ושלש אבל היכי דידעינן בבירור שע"פ הסכמת וותיקים נהגו כן אפילו אינו מצוי רק פעם א' ביובל שייך לומר ונהגו כן, רע"א).

עמש"כ הרמ"א כדי לצלות לו דג קטן, כתב הסמ"ע (ג) דבטור והג' אשר"י לא כתבו תיבת 'קטן', ונראה דהרמ"א כתבו ע"פ הגמ' בשבת ל"ה וסימן רנ"ו באו"ח גבי תקיעה שלישית, אך אין ראייה משם, דשם קאי אבעלי בתים שהיו כל ערב שבת בעיר ואפו ובישלו והכינו כל צרכן קודם לכן, משא"כ בפועלים שהיו בשדה ונכנסו סמוך לשבת לביתם ולא עשו עדיין צרכן לשבת דבעי טפי מצליית דג קטן, וראייה דהתם לא נזכר שיעור חבית מים כדהכא וגם כתב שם שהדליקו נרותיהן קודם צליית דג קטן וכאן כתב שהדליקו הנרות אחר צליית הדג.

כתב רע"א דאם יש הכחשה דהבעה"ב אמר להשכים ולהעריב והפועל מכחישו אין הבעה"ב נאמן אף שהוא מוחזק כיון דטענתו נגד המנהג וכסימן שלה.

סעיף ב

[מה הדין באחד ששלח חבירו לשליחות בשכר וטוען השכיר שצריך לקבל גם שכר הוצאות

הדרך? פרט.]

כתב הרמ"ה דהלכה כרשב"ג, וכתב הב"י דכן דעת הרי"ף והרא"ש שכתבו המשנה כצורתה ולא כתבו מאי דאיתמר עלה בגמרא וכ"נ דעת הרמב"ם שסתם וכתב הכל כמנהג המדינה, וז"ל השו"ע כלשונו "מקום שנהגו לזון יזון, לספק בגרוגרות או בתמרים וכיוצא בהם, יספק, הכל כמנהג המדינה".

כתב הקצות (א) דכתב תה"ד (הובא בקיצור בסמ"ע שלב, ח) בנידון שראובן שכר את שמעון עבור עשרה זהובים שילך לו למדינה פלונית אל לוי ומסר לו כתבים ויחזור לתוך ג' שבועות, ואחר שליחותו טען ראובן שעל הוצאות לא היה דעתו ובשביל כך קצב לו עשרה זהובים ושמעון טוען מנהג כל השוכרים כה"ג שיתנו לעולם הוצאות לבד השכירות, ופסק דהדין עם ראובן שהוא טוען דהדמים מודיעים ששכרו על הוצאות שלו שהרי שמעון מודה לו שאין ראוי לתת שכר גדול כ"כ בשליחות כזאת, ואע"ג דק"ל כרבנן גבי מכר את הצמד דאין הדמים ראייה (בי"ב עז), הא חילק הרא"ש בשם ר"ת דרבנן מודי היכא דאין מכחישין עיקר הלשון כמו במוכר שור לחבירו ונמצא נגחן, ובשם ריב"ם מחלקים דרבנן מודי אי איכא חזקה או רובא בהדי הודעת דמים, ונדון דידן נמי איכא חזקת ממון לראובן והדמים מודיעים לו גם כן, ואפילו את"ל דמה שהוא מנהג המקום שהשוכרים נותנין הוצאות כה"ג חשיב כמו רוב א"כ הוי רובא נגד החזקה, מ"מ מהני הודעת דמים עם החזקה דבהדיא אפילו לרבנן כדאיתא בב"ב (דף צב) וה"ה אם רובא מסייע להודעת דמים אפילו איכא חזקה נגדה אמרינן הדמים מודיעין, והקצות הקשה דהא בסוגיין מוכח דבאין הלשון סותר אפ"ה לא אמרינן הדמים מודיעין אלא דלא מהני הודעת דמים נגד המנהג, דהא אמרינן דבמקום שנהגו שלא להשכים ושלא להעריב דאפילו הוסיף על שכרן לא מצי אמר אדעתא דלהשכים ולהעריב ולא אמרינן הדמים מודיעין, וכן במקום שנהגו לזון יזון משמע דאפילו הוסיף בשכרן ועוד, ואע"ג דמהני נגד רוב לא מהני נגד סתם מנהג, דהא מנהג עדיף דלא אזלין בתר רובא להוציא ממון ואילו בסתם מנהג אזלין בתריה להוציא ממון, ואם דעתו אינו על דרך המנהג הו"ל לפרושי בהדיא. הנותיבות (שלב, א) כתב שיפה הקשה הקצות וי"ל דהתה"ד מיירי דאף לפי דברי הפועל יש בו שינוי מהמנהג שכולם מפשרין עצמן על ההוצאה ונותנין קודם השליחות והכא שלא תבע ליתן ההוצאה קודם ולפי דברי שניהם יש בו שינוי מהמנהג, ולזה אמרינן הדמים מודיעים (והובאו דבריהם בקיצור בפת"ש שלב, א).

סעיף ג

ע"פ ברייתא דב"מ פז. וחכמים דמשמנין ביניהם ודלא כר' יהושע דס"ל דנותן לו כפחות שבשכירות, וכפירוש הרמ"ה והרמב"ם פסק בשו"ע "השוכר את הפועל ואמר לו כאחד וכשנים מבני העיר, מחשבין

היתר שבשכירות והפחות שבשכירות, ומה שביניהם נותן החצי, כגון אם היתר בשש והפחות בארבע, נותן להם חמש (סמ"ע: לפ"ז אם קצתן נשכרין בג' וקצתן בה' וקצתן בו', אין נותנין להם ה' כשער הבינוני אלא כשיעור המחצה שבין הג' לו', והיינו ארבע וחצי).

כתב הקצות (ג) דכתב הרב המגיד בשם הרמב"ן והרשב"א דכן הדין כיוצא בזה במי שאמר כדשיימי בי תלתא א"נ דפסק לפי דמים שמוכרין בעיר, בכולן משמנין ביניהן ושנו בתוספתא לענין הפוסק על הפירות הנותן מעות לתבירו ליתן לו פירות בגורן חייב להעמיד לו כשער בינוני איזהו שער בינוני היו מהלכות משמנה מתשע מעשר נותן לו מתשע, וכתב הקצות דהא בב"מ ע"ו דהיכא דפועלים מתגרי בג' ובד' אין לו אלא כפחות שבפועלים וכ"כ הרי"ף שם דדעתיה דאינש אתרעא זילי, יישב הריטב"א דכיון דכן ידם על התחוננה ולית להו אלא תלתא ואפילו רובא בד' ומיעוטא בג' שאין הולכין בממון אחר הרוב והא דמשמנין, היינו משום דאמר כאחד וכשנים מבני העיר, אבל בשוכר סתם או כשעושה מלאכה שלא בקציצה אין לו אלא כפחות שבפועלים, והקשה הקצות דהא בפוסק על הפירות ליתן לו בגורן דהתם אינו מזכיר מוכרין כלל ואפ"ה מחויב ליתן כשער בינוני, וביאר דודאי כששוכר פועל בסתם ואינו מזכיר כלל לומר לפי דמים ששוכרין בעיר א"כ אין לו אלא כפחות וכריטב"א, אבל באומר כאחד וכשנים מבני העיר דנחית לשומא של בני העיר דעתו אשומא דבני העיר והו"ל כאומר כדשיימי לכן דעתו אמיצוע וכרמב"ן, אמנם כשפוסק על הפירות שיתן לו בגורן דהשתא ליכא שער כלל אלא הכוונה על שער הגורן והו"ל כאומר על שער שבגורן, וכל שאומר על שער שיהיה הרי אין השער אלא על ידי בני העיר והו"ל כאומר כדרך שמוכרין בעיר ומש"ה דעתו אמיצוע, אבל בלעבר כהאי דשוכר את הפועל וכבר נשכרין פועלים בפחות אין לו אלא בפחות, עיי"ש דבפועלין נמי אם שוכר פועל השתא ואומר לו שיבא בקציר כיון שהוא על שער שיעמוד בקציר.

< גבי מש"כ בפת"ש (א) גבי שפחה ששברה כלי ראה סימן שג/א.

סימן שלב - דין האומר לשלוחו צא ושכור לי פועלים ושכרן יותר ממה שאמר לו

טע"פ"א - ב

שכר פועלים בשכירות או בקבלנות וסיכסם לשלם ארבעה במקום שכולם משתכרים בשלושה, אם חייב לשלם להם ארבעה, ומה הדין בשדכנות?

משנה ב"מ עה: "השוכר את האומנין והטעו זה את זה אין להם זה על זה אלא תרעומת", והגמ' האריכה מאוד בנסיון ביאור ענין זה, ומכללא נשמעו דינים רבים, וסיכמם הרי"ף ב"ככלא דנקטינן מהא שמעתא" וכ"פ הרמב"ם והרא"ש, וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "אמר לשלוחו צא ושכור לי פועלים בשלשה, והלך ושכרן בארבעה, אם אמר להם השליח שכרכם עלי, נותן להם ארבעה ונוטל מבעל הבית שלשה ומפסיד אחד מכיסו. {וי"א (רש"י רמ"ה וטור, והב"י תמה מדוע השמיט עמודי ההוראה) אם כל הפועלים אינן נשכרים רק בארבע הבעל הבית נותן לשליח כפי מה שהנהו } ואם אמר להם שכרכם על בעל הבית, נותן להם בע"ה כמנהג המדינה. היה במדינה מי שנשכר בשלשה ומי שנשכר בארבעה, אינו נותן להם אלא שלשה (דמסתמא דעת הבעל הבית אשער הזול והפועלים צריכים להתנות שאינן נשכרין אלא בד', ולא הו"ל לסמוך אדברי השליח שאמר להם בד' מאחר שאמר להם ג"כ שכרכם על הבעל הבית, סמ"ע), ויש להם תרעומת על השליח (ש"ך ו': איתא בגמ' משום שיש מי שנשכרים בד' היו יכולים לטרוח ולמצוא מי ששכרן בד' כן, ולפ"ז משמע דאם כל הפועלים נשכרים בג' אין להם עליו אפילו תרעומת). במה דברים אמורים (קאי ארישא, גר"א) כשאין מלאכתן ניכרת (כגון ששכרן לחפור חפירה עמוקה סביב השדה ונתמלאה החפירה מים ואינן יכולין לשער מה שבתוך המים, גמ'), אבל אם היתה מלאכתן ניכרת והרי שוה ארבעה, נותן להם בעל הבית ארבעה, שאילו לא אמר להם שלוחו ארבעה לא טרחו ועשו שוה ארבעה. (ב) אמר לו בעל הבית שכור לי בארבעה, והלך השליח ושכר בשלשה, אף על פי שמלאכתן שוה ארבעה אין להם אלא שלשה שהרי קבלו על עצמם (ונראה שבע"ה אין צריך ליתן הדינר הד' אף לשליח, ש"ך י'), ויש להם תרעומת על השליח (דאמרו ליה דכתיב "אל תמנע טוב מבעליו") {ולא שנא אמר שכרכם עלי או שאמר להם שכרכם על בע"ה (טור)}".

כתב **הסמ"ע** (א) ברישא דאע"ג דבעל הבית אמר לו לשכור בשלשה וגילה דעתו שאינו רוצה ליתן יותר מג' גם הרי"ף והרא"ש ס"ל דאם כל הפועלים נשכרים בד' או בג' וחצי או שעשאו מלאכה ששורה ד', שחוזר השליח ונוטל מהבעל הבית כמו שהיה צריך לשכור פועלים או כפי שיווי המלאכה, וזה מוכח מדהביאו ראיה לדבריהם מהשוכר את הפועל לעשות בשלו והראהו בשל חבירו דצריך השוכר לשלם לפועל וחוזר ונוטל מחבירו מה שהנהו בדבר, וגם מש"כ הרמב"ם דמפסיד אחד מכיסו, היינו כשהפועלים נשכרים בג', דמזה איירי הברייתא דקתני השוכר את הפועל לעשות בשלו, ודלא כב"י והרמ"א דלמדו דג' עמודי ההוראה חלוקים עם הרמ"ה, והרמ"ה קמ"ל דיותר מד' עכ"פ לא יטול מבעל הבית אף שהמלאכה שעשה פועל זה היא שוה יותר מד', ולא יכול השליח לומר לבעל הבית כמו שאם היתה המלאכה שוה פחות מד' לא היית נותן לי אלא כפי מה שנהנית והייתי צריך להפסיד מכיסו, עכשיו שהיא שוה יותר ארויח שג"כ תן לי כפי מה שנהנית, קמ"ל דלא, וכן הסכים הש"ך (ב) דהפוסקים לא חלוקים על הרמ"ה וגם הרמ"א בלשונו הכא הושפע מהב"י אך ס"ל כנ"ל וכמ"ש בדרכ"מ וכ"ד הב"ח, וכן הסכים (ג) לסיפא דהסמ"ע ברמ"ה דביותר מד' אינו נוטל מבע"ה ואפי' שהמלאכה שוה יותר ודלא כב"י ברמ"ה.

כתב הש"ך (ד) דאם שכרם סתם ואין הפועלים יודעים שאין המלאכה שלו דינו כאומר שכרם עלי כדלקמן שלט"ז.

עמש"כ המחבר דהיה מי שנשכר בשלשה ומי שנשכר בארבעה אינו נותן להם אלא שלשה, כתב הש"ך (ה) דאיתא בש"ס שאפילו הפועל הוא בע"ה אינו נוטל אלא ג', ובטור משמע דאפילו יש פועלים שאינם נשכרים רק בד' אינו נוטל אלא ג' אף שהוא בע"ה ומשמע בש"ס דפועל בע"ה יש לו תרעומות על השליח אפילו כל הפועלים נשכרים בג' משום דא"ל דאי לאו דאמרת לי בד' הוה זילא בי מילתא לאתגורי.

עמש"כ במחבר בסוף סעי' א' דבהיתנה מלאכתן ניכרת והרי שוה ד' נותן להם ד', כתב הש"ך (ח) דמשמע דאפילו כל הפועלים נשכרים בג' וכן משמע בטור להדיא וכן מוכח בש"ס, אבל ברא"ש משמע דהיינו דוקא כשיש נשכרים בד' וכ"כ רי"ו להדיא, ונראה דאין מחלוקת ולא באו אלא לומר שיש נשכרים לעשות בד' מלאכה יפה זו שעשו עכשיו לאפוקי אם אין מי שנשכר בד' אפילו מלאכה יפה זו פשיטא דאין נוטלים ד', ובש"ס ובטור מיירי אפי' כולם נשכרים בג' לעשות המלאכה הפשוטה.

עוד כתב הש"ך (יא) דהא דבשכרם בסתמא אינו נותן אלא ג' היינו כשאמר בע"ה ג', אבל היכא דלא א"ל בע"ה כלום אלא א"ל סתם שכור לי פועלים והוא שכרם סתם ועביד עבידתא שפירתא שוה ד' נותן להם ד'.

סעיף ג

ע"פ גמ' שם וכדאמרינן "פשיטא אי"י וכו' פסק השו"ע וכלשון הרמב"ם "אמר לו בעל הבית בשלשה והלך השליח ואמר להם בארבעה ואמרו הרינו כמו שאמר בעל הבית, אין דעתם אלא שיתן בעל הבית יתר על ארבעה לפיכך שמין מה שעשו (דלא לגרוע חלקן ממה שאמר להן השליח כיוונו אלא כוונתם היתה שאם אמר בעל הבית יותר מד' אזי יתן להן יותר כפי מה שאמר, סמ"ע), אם שוה ארבעה נוטלין ארבעה מבעל הבית ואם אינו שוה או שאינו ידוע אין להם אלא שלשה (דמ"מ אין הדין נותן לילך אחר כוונתן אלא הדין בזה כסעי' א' באמר בעל הבית שכור לי בג' והשליח אמר להם בד', דאם אמר להם השליח שכרם על בע"ה אמרינן כיון דשינה השליח בשליחותו הו"ל כאילו לא שכרן כלל אלא עשו מעצמן המלאכה זו אצל הבעל הבית ונוטלין מבעל הבית כפי שיווי מלאכתן או כשכירות כל הפועלים, ואי אמר להם שכרם עלי עכ"פ צריך ליתן להם ד', סמ"ע ח') {ואם אמר השליח שכרם עלי, בכל ענין נותן להם ארבעה, וכן אם לא היו פועלים נשכרים רק בארבעה (רא"ש)}.

כתב הש"ך (יב) דאם אמר שכרם על בע"ה שמין מה שעשו אם שוה ד' נוטלים ד' מבע"ה ודאם אינו שוה ד' אע"פ שיש נשכרים בד' אינו נותן הבע"ה רק ג', אך אם כולם נשכרים דוקא בד' נותן להם ד' וכ"כ רי"ו והרב המגיד וכן משמע ברא"ש נ"י סמ"ע ובד"ה, ודלא כב"י שלמד ברא"ש והטור דאפילו אין מלאכתן שוה ד' מאחר שיש נשכרים בד' ואמרו כמו שאמר בע"ה נותן להם ד', ותמוה דכיון ששינה השליח ואמר להם בד' בטל שליחותו והרי כאלו לא שכרם בע"ה כלל.

[כתב הסמ"ע (ט) "אין להם אלא שלשה וכו'. גם בזה דינם כאילו לא חזרו ואמרו כמו שאמר בע"ה דנתבאר.. בסעי' ב' דבכל ענין אין להם אלא ג' משום דסברו וקיבלו, ואיבעיא דלא איפשטא הוא זה בגמ' והולכין בה לקולת הנתבע ואין מוציאין מידו", וכתב הש"ך (יג) דבטעות נדפס כאן ומקומו בסעי' ד'].]

סעיף ד

ע"פ בעיא דלא איפשטא שם ופסק הרי"ף לקולא לבע"ה וכ"פ בשו"ע וכלשון הרמב"ם "אמר לו בעל הבית בארבעה והלך השליח ואמר להם בשלשה ואמרו לו כמו שאמר בעל הבית, אע"פ שמלאכתן שוה ארבעה אין להם אלא שלשה, שהרי שמעו שלשה וקבלו עליהם".

כתב הש"ך (יד) דכ"כ הסמ"ג דכיון דלא איפשטא הלכך המוחזק בממון עיקר, ולפי"ז אם תפסו פועלים ד' לא מפקינן מיניהו למאי דס"ל לרמב"ם סמ"ג וסייעתם בעלמא דתפיסה מהני בבעיא דלא איפשטא, ואפילו אין מלאכתן שוה ד' מהני תפיסתן לפי מה שכתבו הרי"ף רא"ש ונ"י דמבעיא לש"ס נמי אפילו באין מלאכתן שוה ד' מאחר שאמר בע"ה ד' ואמרו כמו שאמר בע"ה ואפשר דאפילו כולם נשכרים רק בג' מבעיא לש"ס מאחר שאמר בע"ה ד' ואמרו כמו שאמר בע"ה וכן משמע מלשון הרי"ף רא"ש ונ"י.

כתב הקצות (ב) דכאמור הסברא כאן דאוקי ממונא בחזקת מאריה, אולם אם הפועל ידע מזה שאמר בע"ה בד' ואינו רוצה להשלים פעולתו עד שיתן לו ד' אע"ג דכבר התחיל במלאכה אינו צריך להשלים את הפעולה עד שיתן לו ד' כיון דפועל מוחזק בגופו, והא דבמרחץ דסימן שיב/טו דמשום ספיקא חייב לשלם מטעם דקרקע בחזקת בעלים עומדת וה"נ הפועל מוחזק בעצמו, י"ל דכיון דהפועל עשה מעצמו המלאכה הוי כאילו התפיסו לבעל הבית ברשות, משא"כ במרחץ שנכנס בחודש הי"ג בחצר חבירו שלא ברשות, והוסיף דעפ"ז אם ראובן עשה שליח לשכור לו בית משמעון בני' והלך השליח ואמר למשכיר במ', ואמר המשכיר כמו שאמר השוכר, דחייב לשלם נ', כיון דנכנס לחצר שלא ברשות חייב לשלם משום ספיקא, וכן הסכים הנתניבות (ג) אך כתב דזה דוקא כשהודיע השליח לראובן השוכר שמשכיר אומר כמו שאמר השוכר וכבר ידע מהספק קודם שנכנס, ודמי למרחץ ששניהם ידעו מהספק וכיון שנכנס למרחץ שלא ברשות הוי כתפיסה מספיקא דחייב להחזיר, וה"נ דכוותיה, אבל אם השליח לא הגיד דברי המשכיר לשוכר ולא אמר לו רק ששכר בארבעים ונכנס אדעתא דארבעים, נהי שנאמר שהמשכיר לא נתרצה רק איעלויה דהשוכר, מ"מ כיון דהשוכר לא היה לו פיסוק דמים גמור עם המשכיר ודמי לדר בחצר חבירו בלא פיסוק דמים, אינו נותן רק שיוויו.

כתב הרמ"א ע"פ תלמידי הרשב"א "בעל הבית שאמר לפועלים עשה עמי מלאכה בארבעה כמו שעשו חביריכם ואמרו כמו שעשו חבירינו, ואשתכח דיהיב להו יותר, צריך ליתן לאלו כמו לחביריהם", וביאר הסמ"ע (ו) דלא היתה דעתן שמאמינים לו שלא נתן להן אלא ד' וסברו וקיבלו, אלא דעתם היתה אעילו, שאם נתן להן יותר יתן גם להם יותר והרי נתן להם יותר, ואע"ג דיש פועלים דנשכרין בפחות וגם מלאכתן אינה שוה כל כך, ולא דמי למש"כ לפני בבע"ה שאמר לשליח שכור לי בד' והשליח אמר להם בג' ואמרו כמו שאמר בע"ה דאין נותנין להן אלא ג' אפילו מלאכתן שוה יותר, דשאני הכא דהטעה אותם ואמר להם שגם לאחרים השכיר בד' משא"כ התם דלא תלה השליח שכירתו בשכירות פועלים אחרים אלא אמר להם סתם בג'.

אולם הש"ך (טו) חלק דהרי הבע"ה אמר בפירוש עשו עמי מלאכה בד' א"כ לא נתרצה להם ביותר מד' ונהי דהיתה כוונתו להטעותם ובטלה מחשבתו בזה מ"מ יכול לומר לא נתרציתי ליתן כמו לחביריהם שהרי לא אמרתי רק ד' וה"ל כאלו לא שכרו זא"ז כלל ונותן להם כפחות שבפועלים, וכוונת הרשב"א במקרה דאמר להם בואו עמי ב"י כדרך שבאו חבירכם ואשתכח דבה' יהיב להו דנהי דשאמרו כמו שבאו חבירנו דעתייהו אעלויהו אם היו נוטלין חביריהם יותר אבל עכ"פ לא לגרוע ממה שאומר להם הבעל הבית ב"י והוי ממש כמו הך דדעתייהו אעלויהו דבש"ס, ועוד ראייה מא"ל בע"ה לשליח בד' ואמר להם שליח בג' ואמרו לו כמו שאמר בע"ה דלא שקלי אלא ג' וחלק על חילוק הסמ"ע דלעיל, דהתם נמי הטעה את הפועלים שהרי אמרו כמו שאמר בע"ה וע"כ היינו דמהימנת לן דהכי אמר בע"ה ג' וכדאיתא בש"ס להדיא וא"כ הרי הטעה את הפועלים שהם תלו השכירות במה שאמר בע"ה והוא הטעה ואמר שהבע"ה אמר שלש' אדבוריה דידיה קסמכי דהכי אמר בע"ה ואפ"ה כי אשתכח בתר הכי דבע"ה אמר ד' לא שקלי אלא ג' כיון ששכרם בג' וה"ה הכא, עיי"ש. אכן הנתניבות (ג) השיב על הש"ך וטעם הרמ"א דהכא הטעה אותן הבעל הבית בשיווי המקח ובשער שכירות פועלים, אונאה הוא, ולכך חייב

להן כמו שעשו חבריהם, וזה כוונת תלמידי הרשב"א במש"כ דדעתא אעילויה והיינו משום דהפועל הוא מוחזק, עיי"ש שהאריך.

עוד כתב הרמ"א ע"פ רי"ו בשם הרשב"א "בעל הבית שהטעה פועלים ואמר להם עשו עמי בארבעה כמו ששאר פועלים נשכרים, ונמצאו שנשכרים ביותר, או שהפועלים הטעו בעל הבית בכה"ג, הוי כאילו לא שכרו זה את זה כלל, ונותן להם בפחות שבפועלים (ור"ל מה ששכרן בדי' עכ"פ בטל הואיל וכולן נשכרין ביותר, סמ"ע) (ובירושלמי כתבו "שאיין להם זה על זה אלא תרעומת, וליתא, כיוון שהבע"ה הטעה אותם נתבטל תנאם והוה ליה פועלים בלא קציצה ונוטלים כפחות שבפועלים, וכשהפועלים הטעו לבעל הבית שכירות בטעות היתה ואין להם אלא חמשה" כלומר בנמוך, כפי רוב הפועלים, רשב"א ברי"ו וב"י).

הסמ"ע (יא) הביא לשון אחר בסיפא דרשב"א מהמופיע ברמ"א, דכתב "וכן אם הטעו פועלים לבעל הבית ואמרו לו שרובם נשכרים ב"י ונמצאו רובן בה"י.. ואין להם אלא ה"י, וביאר דטעמו נראה דמשו"ה כתב שהפועלים אמרו לו שרובן ב"י, משום שדרך הפועלים הוא כן כשאמרו לו לבעל הבית שכור לנו ב"י לאו שוטים הם שתובעים ממנו י' ויודעין שרוב פועלים נשכרים בפחות מ"י, משו"ה כתב שמיירי שאמרו לו שרוב הפועלים הן נשכרים ב"י, וזהו מדרך הפועלים שאומרים לו תן לנו כמו שנותנין לרוב כי המיעוט שלוקחים פחות אינן בנמצא, והוא הסכים עמהן ליתן כמו שאמרו לו שנשכרים רוב הפועלים, ואח"כ נמצא שרוב הפועלים הם נשכרים בפחות, בטלה שכירתן ונותן להן ה' כמו שנשכרין הרוב, ואף שנמצאו קצת בפחות מה', מ"מ כיון דהוא הסכים עמהן ליתן להן כמו שנשכרין הרוב מפני שלא רצה להטריח לבקש המיעוט, תו לא הולכים אחר המיעוט, ואילו ברישא בהטעה בעל הבית לפועלים לא הזכיר רוב כלל, מפני שזהו דרך העולם שהבעל הבית אומר לפועלים קחו ממני ד' כי יש לפני מהמיעוט שלוקחים ד', ודלא כלבוש שכתב גם ברישא מדובר ברוב, אולם הש"ך (יז) כתב דאינה השגה דגם הלבוש מודה לדינא דבע"ה יכול להתנות על המיעוט או שיוכל לומר כוונתי להתנות על המיעוט אלא דפשט דברי הרשב"א מיירי שהתנה כפי מה שנשכרים הרוב וכן הוא בני"י ובירו' להדיא שהבע"ה מתנה כפי מה שנשכרים הרוב א"כ אדרבה נראה שדרך הבע"ה להתנות ג"כ כפי מה שנשכרים הרוב. **רע"א בפת"ש** (ב) חלק על המבואר בסמ"ע דאילו באמת הזכיר בעל הבית רוב שאמר ששוכרן בדי' שכן נשכרים רוב הפועלים היה צריך ליתן כפי שנשכרים רוב הפועלים ולא כפחות, ודימה הטעה בעל הבית לפועלים לפועלים שהטעו לבעל הבית, דכשם דפועלים שהטעו לבעל הבית ואמרו שרובן נשכרין ב"י ואח"כ נמצא שרובן נשכרין בטי' והמיעוט בח', צריך לשלם ט' כיון שנתחייב כפי רוב הפועלים, הוא הדין לבעל הבית שהטעה לפועלים ואמר שרובן נשכרין בה' ואח"כ נמצא שרובן נשכרין בח' והמיעוט בז', צריך ליתן ח', דליתא דלא דמי להדד, דבשלמא בפועלים שהטעו לבעל הבית ונתרצה ליתן להם י' אך שהטעו אותו שאמרו שרובן ב"י ואעפ"כ נתרצה, כל שכן דנתרצה באם רובן בטי' ליתן להם ט', לכך נותן להם ט', אבל בהטעה את הפועלים ואמר שרובן בה' דרוצה ליתן רק ה' ולא יותר, אף דלא נתרצה אלא על הרוב מ"מ הוי כלא התנה וע"כ צריכים להתרצות על המיעוט.

הש"ך (טז) כתב דש"ס דילן לא חלוק על הירו' וטעות הוא בספר רי"ו, ובהך דינא דהטעה בע"ה את הפועלים לא מסתבר כלל לדחות דברי הירו' כיון דלא אשכחן בש"ס דלא כותיה אדרבה משמע בש"ס כותיה, ועוד כתב דנראה דאף בהטעו פועלים את בע"ה אם כבר נתן להם הבע"ה השכירות ואח"כ נודע לו שנשכרים בפחות אינו יכול להוציא מידם, וע' בנתיבות (ד) שהאריך [וסיים דיש לקיים דברי שניהם, דינא דרמ"א כשאמר דברים אלו בתוך פיסוק דמים, ודברי הש"ך בלא אמר לו בפיסוק דמים רק בדי', ובפיתוי השכירות שישכיר עצמו בסך זה אמר לו שגם שאר פועלים משכירין עצמן בסך כזה, אז אין לו רק דין אונאה].

ע"פ רא"ש רי"ו ר"ן ועוד כתב הרמ"א "בע"ה ששכר פועל וא"ל ליתן לו חפץ בשכרו יכול ליתן לו אח"כ דמיו, הואיל ולא משך החפץ לא קנאו".

כתב הש"ך (יח) בשם הר"ן דאפשר נמי דאפילו פסק עמו חטים סתם אינו חייב לתת לו חטים אלא נותן לו שכרו במעות ואע"ג דאמרין בסימן שלו/ב דאינו יכול לומר טול מה שעשית בשכרך דאלמא חייב ליתן לו מעות כמו שהתנה עמו ולא שויו התם הוא דסתם שכירות במעות הוא שכל השוכרים ע"ד כן שוכרים פועליהן, אבל מ"מ נראה שחייב ליתן לו דמיו שאע"פ שגוף הדבר לא נקנה מ"מ הרי מתחייב

השוכר בשיווי ששיווי בכל עצמו הוא והרי הוא לענין זה כשאר כל השוכרים שפסקו דמים וזה עיקר אע"פ שהרשב"א מסופק.

כתב הקצות (ד) דדין זה דרמ"א בתשובת מהר"ם בשם ר"ת בהתנה עמו ליתן חפץ בשכרו לאחר כן כשגמר מלאכתו תובע ממנו אותו חפץ שהתנה וזה אומר אתן לך דמי החפץ דאכן יכול לחזור בו כיון שלא משך והביא ר"ת ראייה מע"ז ס"ג גבי אתנן בא עליה ואח"כ נתן לה אתננה אסור דאמר לה התבעלי לי בטלה זה ופריך והא מחסרא משיכה והמהר"ם פקפק בראייתו. עוד כתב הקצות דנראה דאם השוכר רוצה ליתן לפועל את החפץ אין הפועל יכול לומר תן לי דמי החפץ, אע"ג דמעוט דאינו קונה שניהם חוזרין הלוקח והמוכר ואפילו רוצה המוכר ליתן לו החפץ הלוקח יכול לחזור וליקח את כספו, היינו משום דמעוט איתנהו בחזרה אבל הפעולה ליתיה בחזרה וכיון דרוצה ליתן החפץ בשכרו כאשר הבטיחו אינו יכול לומר תן לי דמים כיון שלא שכרו אלא בחפץ, אמנם דמי החפץ ודאי צריך להתזיר משום דשכירות אפילו אלף זוז קניא בדיבור וכ"כ הרא"ש והר"ן, והיכא דנשרף החפץ אינו יכול השוכר לומר שלך הוא דנאבד כיון דיכול היה לפוטרו בחפץ, דכיון דטעמא דאינו צריך ליתן החפץ כתבו ברא"ש ור"ן משום דמחסרא משיכה, וכיון דקיי"ל כר' יוחנן דאמר דבר תורה מעות קונות ומשום שלא יאמר נשרף חטך בעליה (ב"מ מז), ואי נימא דחפץ הוא באחריות הפועל א"כ אמאי אינו קונה אותו בדמים שהוא שכירות כיון דסוף סוף יכול לומר נשרף חטך בעליה, ובנתיבות (ה' ובפתי"ש ד') כתב דדין באפותיקי מפורש שאף שיכול לסלק בדמים אם נשרף פטור מליתן דמים אחרים.

עוד כתב הקצות (ד) דכיון דטעמא משום מחסרא משיכה א"כ נראה דאם חוזר בו השוכר הוא במי שפרע כיון דשכירות הו"ל כמו כסף, אלא דהיא גופה קשיא בטעמא הנ"ל ותיפוק ליה דליכא כסף כלל לפי מה דקיי"ל ישנו לשכירות מתחלה ועד סוף והו"ל מלוה, ומהאי טעמא אומן המקדש אשה בשכרו אינה מקודשת, ולפי"ז אפילו במי שפרע ליכא, אלא דלפי משי"כ בסימן ס"א דגם בשכירות היכא דבגמר פעולה והוא מכוש אחרון אית ביה שוה פרוטה לא הוי מלוה ניחא דנפק"מ היכא דיש בגמר מלאכה שוה פרוטה דכה"ג הוי ליה כסף ממש אי לאו משום דמחסרא משיכה וכה"ג איכא נמי מי שפרע, אבל היכא דליתיה במכוש אחרון שוה פרוטה אפילו בנכרי אינו קונה וממילא לית ביה מי שפרע, עיי"ש שהאריך וכתב דנראה מדברי הפוסקים דקיי"ל ישנו לשכירות מתחלה ועד סוף וצ"ע.

עוד כתב הקצות (ו) דנראה דאם הבטיח לשכיר בשכרו דבר שלא בא לעולם כגון פירות דקל ולא אמר דקל לפירות נמי מחויב ליתן שכרו, דלא גרע מהבטיח לו חפץ דלא קנה החפץ ואפי"ה בדמיו מיהו נתחייב כמבואר ברא"ש והרא"י, וא"כ ה"ה בדבר שלא בא לעולם בדמיו מיהו נתחייב, ולפמ"ש בסק"ה (לקמן) בהבטיח ליתן בשכר טירחא לגבות שט"ח שיהיה לו מזה שליש או רביע דאין שמין את השט"ח לפי מה שהיה שוה בעת שטרח אלא צריך ליתן דמי שליש ממה שגבה, א"כ ה"ה בהבטיח פירות דקל אין שמין כמה שוה עכשיו קודם שגדלו הפירות שהוא בזול אלא צריך ליתן פירות דקל אחר שגדלו או דמי הפירות אחר שגדלו, וכתב דלפי"ז מבואר ענין יעקב ולבן בעקודים נקודים דהו"ל וולדות דבר שלא בא לעולם וקנה יעקב מלבן בשכירות דנקנה אפילו דבר שלא בא לעולם דכאמור שכירות נקנה בדיבור אפילו בדבר שלא בא לעולם (ובתה"ד כתב בהא דצאן לבן דקנה יעקב משום דהו"ל כאומר קני בהמה לולדות) ועיי"ל ע"פ הריב"ש שהביא בסימן רע"ח בענין בכורה שקנה יעקב משום דקודם מתן תורה דבר שלא בא לעולם נמי נקנה א"כ ה"ה צאן לבן, ובנתיבות (ה) חלק אמש"כ דצריך ליתן לו מה ששוין כשיגדלו הפירות, דליתא רק שנותן לו כפי מה ששוין למכור בשעת גמר פעולה דאז הוא פרעון השכירות.

כתב תה"ד (בדרכ"מ) דמי שנותן לחבירו שטר חוב לגבותו למחצה או לשליש לא יוכל אחר כך לחזור משום דהוי דבר שלא בא לעולם (סמ"ע י"ב).

כתב הש"ך (יט) לפי"ז אם ירצה יכול לתת לו מה ששוה השט"ח כפי מה שהוא שוה למכור כמו גבי מוחל שט"ח בסימן ס"ו, אולם הקצות (ה) כתב דמבואר בדברי תה"ד דבתחלה עלה על דעתו לומר שלא יקנה אלא דמי שוויו של רביעית הכתב כשהתחיל לטרות, ואח"כ מסיק דכיון דהבטיח ליתן לו רביעית ממה שיהיה אחר שנפרע ואם יטול פחות מזה לא נתקיים התנאי כלל, וא"כ אין שמין את השט"ח, דודאי קודם שבא השטר לידי פרעון הרי לא שוה רביעית הכתב אלא דבר מועט ולכן הבטיחו ליתן במה שיגבה רביעית וצריך לקיים תנאו כפי שהתנה, וא"כ תימא על הש"ך שכתב דשמין את השט"ח כיון דלהדיא מבואר בתה"ד דכה"ג אין שמין השט"ח, אמנם הנתיבות (ה ובפתי"ש ד') כתב

דודאי באופן שכתב הקצות דהיינו שהבטיח לו בעד טרחתו מה שיגבה דמי השט"ח, ודאי דאינו יכול ליתן לו מה שהיה שוה השט"ח קודם גוביינא, וזה לא יאמר אדם, רק כונת הש"ך באם שהמלאכה בשט"ח עדיין בגמר פעולה שעשה הוא ג"כ עדיין מחוסר גוביינא, כגון ששכרו לטרוח בהקיום ורוצה ליתן כפי מה ששוה שט"ח בשעת גמר פעולה אז יכול ליתן לו, ולעולם צריך ליתן שיווי דמי החפץ מה ששוה החפץ בגמר פעולה.

סעיף ה

ע"פ פירוש הגמ' ב"מ עז. בברייתא פסק בשו"ע "שכר בעל הבית בעצמו בסלע ונודלזלה המלאכה והראה להם בעל הבית פנים זועפות ופייסוהו בדברים, אינו יכול לומר לא נתפייסתי אלא על דעת שתפחתו משכרם כפי הזול, שהם יאמרו לא פייסנוך אלא לדעת שנעשה המלאכה טובה וכן עשינו {ויש מחלקין (נ"י) דאם בעל הבית אמר בפירוש איני נותן לכם אלא כך (כלומר סך פלוני, לאפוקי חזר בו בסתם, ש"ך), והיה יכול לחזור בלא תרעומת (כגון שחזרו בהן הפועלים תחלה ובטלה שכירותם אלא שמנכה להם וכדלקמן סימן שלג/ד ואח"כ נמלכו ורוצים לגמור המלאכה וחזר בו בע"ה ואמר בפירוש איני נותן לכם אלא סך פלוני ופייסוהו מצי למימר אדעת תנאי זה עבדיתן כן הוא בני"י, ש"ך) אע"ג דחזרו ופייסוהו אינו נותן אלא כמה שאמר} וכן אם הוקרה המלאכה והם הראו לו פנים זועפות ופייסם בדברים, אינם יכולים לומר לא נתפייסנו אלא על דעת שתוסיף על שכרינו כפי היוקר, שהוא ישיב לא פייסתי אלא על דעת להוסיף לכם אכילה ושתיה וכן עשיתי".

תמה הש"ך (כ) על הלבוש שהשמיט הגהת הרמ"א ואולי לא ידע מקורה מהנ"י בשם הרמב"ן ודבריהם נכונים וברורים.

סעיף ו

ע"פ שם פסק בשו"ע "אם המלאכה שוה חמשה ושכרם בארבעה והוזלה ועמדה על ארבעה, נותן להם ארבעה {ולא יוכל לומר להם גם עתה תקחו דינר פחות ממה ששוה (טור)} וכן אם שכרן ביותר דינר מהראוי, והוקרה המלאכה, אינם יכולים לומר גם עתה תוסיף לנו דינר יותר מהראוי לפי היוקר של עכשיו", וביאר הסמ"ע (יג) דהטעם ברישא בגמ' דיאמרו הפועלים מתחילה לא נתרצינו בפחות אלא מפני שראינו שאינך יודע דרך שכירות הפועלים ולדעתך גם שאר פועלים לקחו כן ואנו היינו דחוקים למעות ונתפייסנו בפחות מהראוי לנו, משא"כ עתה שאתה רואה שכל הפועלים נשכרין בכך.

סימן שלג - השוכר את הפועל ובא הפועל לחזור קודם שהתחיל או אחר כן

סעיפים א - ב

השוכר פועל וחזור בו או הפועל חזר בו, באיזה מקרים יש חיוב א' לשני ובאיזה מקרים בעה"ב חייב לשלם את מלא השכר ובאיזה מקרים כפועל בטל?

אברהם מסר כתב יד ליצחק כדי שיקליד לו, וסיכמו מחיר. לפני שיצחק התחיל בעבודה, חזר בו אברהם ורוצה את כתב היד בחזרה, האם יכול לחזור בו?

ראובן שכר פועלים לעבוד לו בשדה, הלכו הפועלים למחרת ומצאו שדה שהיא לחה, האם ראובן צריך לשלם לפועלים שכרם?

האם בעל הבית או פועל או אומן או קבלן יכולים לחזור בהם מהסכם עבודה? פרט בהטעו זה את זה ובלא הטעו?

ב"מ עו: "השוכר את האומנין והטעו את בעל הבית או בעל הבית הטעה אותן אין להם זה על זה אלא תרעומת במה דברים אמורים שלא הלכו אבל הלכו חמרים ולא מצאו תבואה פועלים ומצאו שדה

כשהיא לחה נותן להם שכרם משלם אבל אינו דומה הבא טעון לבא ריקן עושה מלאכה ליושב ובטל, במה דברים אמורים שלא התחילו במלאכה אבל התחילו במלאכה שמין להן מה שעשו... חביבי אמר אי הואי אנא לא הוה יהיבנא ליה כלל ואת אמרת כפועל בטל... לא קשיא הא דסיירא לארעיה מדאורתא הא דלא סיירא לארעיה מאורתא".

כתבו **התוס'** אהא דתניא אין להם זה על זה אלא תרעומת "קשה לר"י דהא קיימא לן כרבי מאיר דדאין דינא דגרמי (ב"ק ק). אם כן אמאי לא יתן להם כפועל בטל כיון שעל ידו נתבטלו אותו היום וי"ל דמיירי שכשחוזר בו עוד ימצאו להשתכר ומכל מקום יש עליו תרעומת שעתה לא ימצאו אלא על ידי טורח וכי מפליג בסמוך בין לא הלכו החמרים להלכו ומצאו שדה לחה הוה מצי לפלוגי אף בלא הלכו כלל בין יכולים עוד להשתכר בין חוזר בו אחר שלא מצאו עוד להשתכר אלא אורחא דמילתא נקט".

וז"ל **השו"ע** "השוכר את הפועלים והטעו את בעל הבית או בעל הבית הטעה אותם אין להם זה על זה אלא תרעומת { וי"א (ר"ת, וכן עיקר בש"ס ופוסקים, ש"ך ב') דאם משך בע"ה (פת"ש א': ה"ה שנתנס לחצירו של בע"ה, עיי"ש) כלי אומנות שעושה בהם מלאכה אין הבעל הבית יכול לחזור בו ולא הפועל אם הוא קבלן (ע"פ ב"מ מ"ז דמשיכה מפורשת מן התורה ואם תאמר מאי שנא מפועל דיכול לחזור בו ויש לומר דפועל דוקא דכתיב ביה עבדי הם ולא עבדים לעבדי) (ואפילו החזירם לפועל אחר המשיכה מ"מ מחשב המשיכה לקנני דאין יכול לחזור זה בזה, סמ"ע ב' ושי"ך), (רא"ש -) אבל אם הוא שכיר יום יכול לחזור כמו שיתבאר (בסעי' ג') (מרדכי ותלמידי הרשב"א -) מיהו יכול לעכב כלי אומנתו ולשכור אחרים) { בד"א, בשלא הלכו. אבל הלכו החמרים ולא מצאו תבואה, פועלים ומצאו שדה כשהיא לחה, או ששכרם להשקות השדה ומצאוהו שנתמלא מים, אם ביקר בעל הבית מלאכתו מבערב ומצאה שצריכה פועלים, אין לפועלים כלום ומה בידו לעשות, ואם לא ביקר נותן להם שכרן כפועל בטל [גליון: פירוש ששמין מי שהשכיר עצמו למלאכה זו וכן חמר שהשכיר חמור להביא משאוי כמה היה רוצה לפחות משכרו ולישב בטל ולבא ריקן (רש"י, וכן הוא בסמ"ע בשם הטור)], שאינו דומה הבא טעון לבא ריקן, ועושה מלאכה לבטל. (ב) (תוס' וה"ה בשם הרמב"ן והרשב"א ושכל זה מוכרח בראיות ברורות -) בד"א שאין להם עליו אלא תרעומת בשלא הלכו, דוקא בשלא היו יכולים להשכיר עצמם אמש כששכרם בעל הבית זה, אבל אם היו נשכרים אמש ועכשיו אינם נשכרים כלל הרי זה כדבר האבוד להם ונותן להם שכרם כפועל בטל (וחייב מדינא דגרמי, סמ"ע ח'), ואם נשכרים בפחות משלם הפחת (לפי ערך כפועל בטל ע"פ שכירות של אמש, סמ"ע י', והש"ך י"א חלק דמה ענין כפועל בטל לכאן דהא כיון שנשכרים בפחות ועושים מלאכה צריך להשלים להם כל הפחת, והקצות ד' יישב דמיירי שלא הוזלה המלאכה אלא שלא מצאו מלאכה כבידה זו שנשכרין לה אמש אלא קלה מזו ומש"ה נשכרין לה בפחות, ובזה משלם כפועל בטל על פי שכירות של אמש דהיינו מכבידה לקלה), ואם הלכו {ודוקא שהלכו עצמם אבל לא שלוחם (דדווקא עצמם שאז נתקיים ביניהם השכירות אבל בהלך שם שליח אין להם אלא תרעומת, הרב המגיד ושי"ך בשמו)} אע"פ שלא היו מוצאים להשכיר עצמם אמש, נותן להם שכרם כפועל בטל (אורחא דמילתא נקט דכן הדין אם לא הלכו ועיכבם עד שאין מוצאין להשתכר, צריך ליתן להם שכרם כפועל בטל כיון שגרם להן הפסד, אלא כשלא הלכו מוצאין להשתכר ומשהלכו אין מוצאין, סמ"ע י"א בשם הרא"ש), והוא שעכשיו אינם נשכרים כלל. אבל אם מוצאים מי שישכירם בשכירותו, אין להם אלא תרעומת (נמצא דאין חילוק בין הלכו ללא הלכו אלא כשזולת שכירתו לא היו מוצאין מי שישכירן או שהיו שוכרים אחרים בפחות, סמ"ע) {ויש אומרים (מרדכי) דאפילו לא מצא רק מלאכה כבדה מזו רק שרוצים להוסיף בשכרן צריכין להשכיר עצמן במקום אחר, ויש חולקין (ב"י בשם תלמידי הרשב"א, והש"ך י"ב כתב דלא חולקים דתלמידי הרשב"א איירי כשאין מוסיפין שכר על המלאכה כבידה וע"פ השומא היה מגיע לו יותר ממה שמגיע לו עתה כפועל בטל ולכך הבע"ה אינו רוצה להוסיף לו הלכך אם ירצה הפועל יתעסק במלאכה הכבדה כפי מה שנותנין והבע"ה פטור ממנו ואם ירצה לא יתעסק כלל ונותן לו שכרו כפועל בטל)}, ואם אינם מוצאים להיות נשכרים אלא בפחות, משלם להם הפחת, וכל אלו הדינים כשלא ביקר בעל הבית מלאכתו מבערב (כרמב"ם ודלא כרש"י שפירש שסייר עם הפועל), שהוא בפשיעתו, אבל אם לא היתה פשיעת בעל הבית בדבר כלל, הרי זה אנוס, ונפטר כמו שנתבאר {ועיין לקמן סימן שלי"ד סעיף ב'. מלמד שהשכיר עצמו לשתני שנים והתחיל שנה ראשונה, מקרי התחלה גם לשנה שניה וה"ה כל פועל (הגהות מרדכי)}".

כתב **הסמ"ע** (א) **דלשון הטור** איזה מהן שבא לחזור הרשות בידו שיכול לומר הבע"ה לפועל השכר עצמן במקום אחר והפועל יאמר לבע"ה צא ושכור לך פועל אחר, משמע דלית ביה אפילו משום מחוסרי אמנה, דס"ל דלא אמרו כן אלא כשחוזר מדבריו בדבר שאין בו תועלת וכרמ"א בסימן רד/א דכשנשתנה השער

לית ביה משום מחוסרי אמנה, וה"נ כשחוזר בע"ה משום שאינו צריך להם או שנמצאו פועלים בזול, ולפי"ז החולקין ברמ"א חולקין ג"כ והוי ממחוסרי אמנה.

כתב הש"ך (א) גבי תרעומת דרישא שביארו הרא"ש והטור "יכול בע"ה לומר לפועל השכר עצמך במקום אחר וגם הפועל אומר לבע"ה צא ושכור לך פועל אחר אלא שיש על החוזר תרעומות בשביל הטורח" ומשמע מלשונם שכתבו בשביל הטורח דמשום שינוי דעתם דאיש אחר ושאינו מספינה דסימן שיאו/ו דהתם כיון שפרקה בחצי הדרך וכבר הרגיל עמו חצי הדרך משא"כ הכא שחוזר מיד, ולפי"ז היכא דאין כאן טרחא כגון שמוצאין בע"ה אחר להשכיר את עצמן אין להן עליו אפילו תרעומות וכ"כ הנ"י, ולפי"ז צ"ל הא דאיתא בש"ס תרעומת היינו דוקא בע"ה על הפועלים משום שאין דרך בע"ה לטרוח ולהשכיר פועלים אחרים אף שמוצא לשכור אבל אם פועלים מוצאין בע"ה אחר להשתכר אין להן עליו אפילו תרעומות, אולם מדברי הרמב"ן רשב"א ושאר"ר וכן מהמחבר בסעי' ב' משמע דתרעומות מיהא איכא לפועלים על הבע"ה, ולפי"ז צ"ל דאע"ג דמוצאין להשתכר מ"מ טורח מיהא איכא, וסיים דמ"מ "נראה דהיכא דמוצאין להשתכר בלא טורח מודים הפוסקים הנזכרים לנ"י דאין להן אפילו תרעומות ונפק"מ במה שיש תרעומות לענין אם קצץ פעם שניה" כדלעיל סימן שלב, ה (סקכ"ב). גבי מה שהקשה הש"ך דלפי הרא"ש מאי פריך בדף ע"ט גבי ספינה אי דמשכח לאגורי אמאי אית ליה תרעומת, הו"ל לשנויי דמשכח לאגורי ע"י טורח, תירץ הקצות (א) ע"פ השיטה דמשום דפרקה בחצי הדרך ואין לו צורך עוד לספינה וכה"ג דחוזר בטענה רבה ומשכח לאגורי אין בו משום תרעומת.

ביאר הסמ"ע (ו) ברישא בלא ביקר בע"ה משלם להם כפועל בטל, כיון דבע"ה פושע וההליכה היא כהתחילו במלאכה, משו"ה אין הבע"ה יכול לחזור בו, ואם חוזר צריך לשלם להם כפועל בטל, ואף שאין לפועלים פסידא דממון מכח חזרה זו דאף שלא היה שוכרן לא היה להם אצל מי להשתכר וכ"כ הרא"ש, ולא כלבוש שכתב דחייב משום דגרם להם היזק שאם לא היה שוכרן הוא היו נשכרין לאחרים וחייב מדינא דגרמי, וכן הסכים הש"ך (ז) "לדינא" אך אין כאן השגה על הלבוש דאורחא דמילתא נקט.

גבי משיכת כלי כתב הש"ך (ד) דמשמע בדברי ר"ת ור' ברוך דלגמרי לא יוכל לחזור בו משום ממון (ראה נתיבות א' שהאריך לבאר בזה), דאע"ג אם התחיל במלאכה יכול לחזור בו ויהיה ידו על התחתונה כדאיתא בש"ס וסעי' ד', הכא לא מהני אפילו אם ירצה להיות ידו על התחתונה דהתם לא חשיב קנין אבל הכא כיון שמשך הכלי או הקנה בקנין סודר לא מהני שום ממון וצריך לעשות המלאכה אם ירצה הבע"ה, אולם עמש"כ הרמ"א ע"פ המרדכי דיכול לעכב כלי אומנתו, הקשה (ה) דהמרדכי לא כתב כן אלא לדעת ר"י דכתב דמשיכת כלי האומנין לא מהני לענין דיהא הקנין נגמר אבל לר"ת וסיעתו דס"ל דמהני משיכת כלי האומנות לקנין והם הי"א שכתב הרמ"א א"כ לדידהו י"ל דבשכיר יום אינו יכול לעכב הכלי אומנות כלל דכיון שיכול לחזור בו ואין כאן קנין למה יעכב כלי אומנתו הא מנה אין כאן משכון אין כאן, וסיים ד"אע"פ שאינני כדאי לחלוק על דברי הר"ב מ"מ נלפע"ד שירא שמים יחמיר בדבר ויחזיר להפועל את שלו". הנתיבות (ב) כתב דאפשר דכוונת הרמ"א שיכול לעכב הכלי אומנות ולשכור אחרים, היינו שישכור אחרים בממון שלו, שיעשה מלאכה בכלי אומנות של הפועל וישלם לפועל מהשכר של כלי האומנות, דסובר שקנה הכלי אומנות, אבל למכור המספרים מודה דאינו יכול, דאי לא תימא הכי היה לו לרמ"א לכתוב למכור המספרים ולשכור אחרים ומדכתב בלשון לעכב המספרים, עיי"ש שהאריך בזה דין.

עוד בענין זה כתב הפת"ש (ב) בשם הנו"ב דהא דמשך כלי אומנות או בקנין סודר אינו יכול לחזור היינו שב"ד כופין אותו כל זמן שיש בידו עוד לעשות, אך אם עבר ולא עשה וכבר הוא מעוות לא יכול לתקון, פשיטא שאינו אלא מבטל כיסו של חבירו אם לא בא חבירו לכלל הפסד.

כתב הש"ך (ט) עמש"כ המחבר בסעי' ב' גבי שכירת עצמם בפחות, דמשמע דר"ל דהפועל מחויב לעשות המלאכה ואינו יכול לומר אשב בטל ותשלם לי כפועל בטל אלא הברירה ביד הבע"ה וכן משמע בטור, וזה דלא כב"ח שכתב שהברירה ביד הפועלים שאם לא ירצו להשכיר עצמם מחויב הבע"ה לשלם להם כפועל בטל ואם אינם רוצים להפסיד דבר ישכירו עצמם והוא ישלם להם.

עוד כתב הש"ך (יב) דהא דבהלכו כתב המחבר שנותן להם כפועל בטל, ה"ה אם שאר פועלים נשכרים בג' והוא שכרן בד' כיון שהלכו ה"ל כאלו התחילו ואינו יכול לחזור בו ואינו יכול לומר השכירו עצמיכם כשאר פועלים אלא צריך ליתן להם כפועל בטל לפי התנאי הגדול שפסק עמהם או ישכירו עצמם כשאר פועלים והוא ישלם להם כתנאי שפסק עמהם.

כאמור **הסמ"ע** (ח) פירש דבריו ברישא דהחוב של בעל הבית לפועלים משום דינא דגרמי. **הקצות** (ג) כתב על הסמ"ע דהוא מדברי הנ"י ולא אתי עלה הנ"י אלא משום דבר האבוד ומשמע שם טעמא אחרינא דטעמא דפועלים שחזרו בבעל הבית ליתיה בתשלומין היינו משום דפועלים לא קיבלו עליהם אלא לגמור המלאכה ונשתעבדו לגמור מלאכתן עד כדי שכרן, והיינו כששוכר עליהן, אבל אם אינו שוכר עליהן לא בעי שלומי כיון דלא קיבלו עליהם תשלומין, אבל בעל הבית החוזר בפועלים עיקר חיובו דבעל הבית הוא לשלומי לפועלים וכיון דתנאו דבעל הבית הוא לשלומי מש"ה בדבר האבוד צריך לקיים תנאו ובעי שלומי (כלומר לפי הקצות חיוכס של הצדדים מדין שעבוד והתחייבות ולא מדינא דגרמי כסמ"ע והנתיבות לקמן שיטה נוספת מתקנת חכמים, פסקי המשפט), וכי היכי דפועלים בדבר האבוד מחויבין לקיים התנאי שהוא לגמור המלאכה ומש"ה שוכר עליהן, וא"כ בעל הבית בפועלים שהוא להיפך דעיקר תנאו לשלומי א"כ בדבר האבוד בעי שלומי, ומיהו לפי המוהר"ם (לקמן) דס"ל דאפילו הפסידו הפועלים פטור ומשום דבר האבוד לא מיחייב דאינו מוכרח לומר דיש חיוב בדבר האבוד אלא כשהתחילו במלאכה, "וטעמו נראה כמש"כ משום דפועלים בבעל הבית הוי היזק ממש ובעל הבית בפועלים אינו אלא כמו מבטל כיסו של חברו דפטור". **הנתיבות** (ג) כתב דהקשה המהר"ם ש"ף דלנ"י דס"ל דאפילו בדבר האבוד של ממון כשלא שכר אחרים אין משלמים ההיזק, א"כ בפועלים, כלא שכר אחרים דמיא ואמאי משלם כאן דמים מכיסו, ויישב הנתיבות דלא קשה כלל, דהא הא דשוכר עליהן עד כדי שכרן ע"כ לאו דינא דאורייתא הוא, וע"כ הוא מצד תקנת חז"ל או שאמדו חז"ל דעתן שבכך מחייבין עצמן זה לזה להשלים ההיזק עד כדי שכרן, ועל תקנת חכמים ואומדנא שלהן אין להקשות כלל, תדע דתקנת חכמים היא, דהא ודאי במוכר סחורה ולא קנו מידו וחזר בו הלוקח, אף שהפסיד הסוחר ע"י זה אפ"ה פטור, וכאן חייב, אלא ודאי דתקנת חכמים היא בפועל, ואף שהתוס' כתבו דזהו לר"מ דמשלם מדינא דגרמי, משמע לכאורה מדבריהם דדין גמור הוא, נראה דאי אפשר לומר בכונתם דדין גמור הוא, דודאי לא דמי להדקיה באנדרוניה (ב"ק פ"ה) דביטלו ממלאכתו דאינו צריך לשלם מה שהזיקו במה שאינו יכול להשכירו על חצי יום האחר, ואין משלם לו רק הזמן שסגרו, ובפועל שהשכיר עצמו משלם לו בעד כל היום, אלא ודאי דאין זה בדין שבת, דכל שלא נתכוין להזיק אינו משלם לו ארבעה דברים, רק כונתם כיון שתיקנו חז"ל דבדבר האבד חייב כאילו מזיקו בידים, א"כ ה"נ כיון דגרם להם היזק והוא דבר האבד להם, אין לחלק בין פועל שחוזר בדבר האבד לבעה"ב החוזר ולומר דפועל החוזר חשיב מזיק טפי ובעה"ב החוזר הוא רק גורם, דלר"מ גורם ומזיק שוה.

כתב הנתיבות (ד) דלפי המרדכי דס"ל דאפילו חוזר בו בעה"ב ויכולין להשכיר עצמן למלאכה אחת כבידה ורוצין להוסיף בשכרן אין הבעה"ב חייב לשלם, קשה, דבסימן שטז/א בשכירות בית דאם רוצה לצאת דאינו יכול להשכיר לאחרים כשבני ביתו הן מרובין יותר, נימא גם כן הכי דכשרוצין להוסיף בשכירות שאינו יכול לתובעו, ויישב דשאני הכא שלא נעשה קנין רק שמשלם לו מטעם מזיק מתקנת חכמים וכדכתב השיטה וכשמוצאין להשכיר עצמן למלאכה כבידה בתוספת שכר ויש אומדנא אילו לא שכרם זה והיה מזדמן להם מלאכה בתוספת שכר היו משכירין עצמן, אין זה נחשב מזיק כלל ופטור, משא"כ בשכירות בית שקנה אותו וחייב בשכר מדינא, ולא קנה אותו לענין שיהיה יכול להשכירו לאחר שבני ביתו מרובין, לכך אין יכול להשכירו ומ"מ חייב לשלם.

עמש"כ המחבר דכל אלו הדינים בשלא ביקר, כתב הנתיבות (ה) דמיירי דוקא כששכר חמרים להביא תבואה ממקום שבו התבואה ובבוקר תכף לא מצאו תבואה שלא היה להם הפסד רק מה שאין מוצאין להשתכר בשכר פעולה שאין להם מה לעבוד, בזה אין הבעה"ב משלם כשאינו פושע, אבל בשכר חמרים להביא תבואה ממקום רחוק והלכו לשם ולא מצאו תבואה, שיש להם היזק בשכר פעולה שכבר עשו, אף שנאנס הבעה"ב צריך לשלם כפועל בטל, דמה שעשו חייב לשלם אף שנאנס הבעה"ב, כיון שהן יכולין לגמור המלאכה והבעה"ב נאנס, ודמי לספינה סתם ויין זה בסימן שי/א דחייב לשלם החצי דרך שהלכו לכ"ע.

כתב הפת"ש (ג) דבתשובת הרמ"א כתב באחד ששכרו אותו לרב וכאשר הקריב הזמן חזרו בהן, וכתב דאף שעדיין לא התחיל במלאכה אין יכולין לחזור בהן, וכמ"ש הגהות מרדכי דכל דבר הנעשה ברבים או ע"י ג' טובי העיר ליתא בחזרה, אמנם אם היה אונס שחזרו בהן מחמת חשש אויר ל"ע נראה דיכולין לחזור, והשער משפט חלק עליו [ודעתו (א) לפטור דהא בחזר בו הבעל הבית מ"מ כיון שחיוב השכירות אינו חל עליו אלא יום ויום ואף אם לא חזר בו הבעל הבית לא היה הפועל נוטל שכירותו אח"כ למה יתחייב הבעל הבית לשלם לו בחנם כיון שלא הפסידו כלום].

ראובן שכר פועלים לעבוד לו בשדה, הלכו הפועלים למחרת ומצאו שדה שהיא לחה, האם ראובן צריך לשלם לפועלים שכרם? במה שונה דין זה ממבטל כיסו של חבירו? (לקמן)

כלא בהמת חברו ובטלה ממלאכה אם חייב לשלם? כלא עבד חברו ובטלו ממלאכה אם חייב לשלם? (ראה תכד, ג)

כתב הקצות (ב) גבי קושיית התוס' והרא"ה הנ"ל דהא קי"ל כר' מאיר דדאין דינא דגרמי וכו' ותיירצו וכ"פ בשו"ע דמיירי כשחוזר בו עוד ימצאו להשתכר וכה"ג, דהקשה בנו דמה בכך שנתבטלו על ידו ממלאכה דהא קי"ל המבטל כיסו של חבירו פטור (ירושלמי ב"מ ה, ג, ראה סימן רצב/ז) וכן נועל חנותו של חבירו פטור, וא"כ אפילו מצאו אמש להשתכר והיום לא מצאו נמי אין בו משום מזיק כיון דאינו אלא כנועל דלת חנותו של חבירו, והשיב הקצות דשאני נזקי ממון מנזקי גופן והוא דבאדם דאזיק שור ליכא אלא נזק אבל אדם דאזיק אדם חייב בד' דברים ואחד מהן הוא שבת, ואפילו שבת שלא במקום נזק נמי חייב וכגון דאהדקיה באנדרוניה, ומש"ה במבטל כיסו של חבירו או נועל חנות חבירו דליכא דין שבת בנזקי ממון מש"ה פטור עלה, אבל באדם דאזיק אדם דחייב בשבת כמו בנזק וא"כ לר' מאיר דדאין דינא דגרמי הוי גורם לשבת וחייב עלה, ולפ"ז דוקא בפועלים הוא דחייב משום דינא דגרמי היכא דמצאו אמש והיום לא מצאו מקום להשתכר, אבל שכר בהמותיו ולא התחיל במלאכה אפילו מצאו אמש להשתכר והיום לא מצא אין זה אלא כמבטל כיסו של חבירו ואין בו נזק כלל ופטור [וניחא בזה הא דמפליג בברייתא בין הלכו ללא הלכו, וטפי הו"ל לפלוגי וליתני בדידיה בלא הלכו בין מצאו מקום להשתכר או לא, ובתוס' (וסמ"ע) כתבו דאורחא דמלתא נקט, ולפי הנ"ל ניחא משום דתני נמי חמרין וגבי חמרין פטור על שבייתת בהמתן], אמנם כל זה דלא כרמ"ה בסימן ש"ח גבי קב לכתף דאינו חייב אלא בנזק אבל לא בארבעה דברים וטעמא דמלתא משום דהתם אינו מזיק ממש אלא מחמת דינא דגרמי הוא דחייב ואינו חייב משום דינא דגרמי אלא בנזק אבל לא בארבעה דברים, א"כ הכא נמי אפילו לא מצאו מקום להשתכר אינו חייב במה שנתבטלו על ידו כיון דאינו אלא משום שבת ואינו חייב בדינא דגרמי אלא בנזק ולא בארבעה דברים ושבת חד מינהון דאינו חייב, וא"כ אפילו נתבטלו הפועלים עצמן ממלאכתן נמי פטור, ואינו חייב משום שבת אלא אהדקיה באנדרוניה דהוא בידים אבל גרמי דשבת פטור, ואכן בתשובת מוהר"ם בר' ברוך מבואר דס"ל דגבי פועלים אפילו מצאו אמש מקום להשתכר והיום לא מצאו פטור ומשום דאינו היזק אלא מניעת ריוח "וידוע דנפיש חיליה דמוהר"ם להוציא ממון על ידו" כלומר שפטור בעל הבית וא"כ מספיקא לא מפקינן ממונא, והוסיף דנראה דמהאי טעמא גם בשו"ע לא אתי עלה משום דינא דגרמי וכמ"ש התוס' אלא משום דהו"ל דבר האבוד, ודבר האבוד לא מצינו אלא היכא דכבר התחילו במלאכה דזה קנין שקונין בו השכירות פועלים ורצו לחזור בזה אמרינן שוכר עליהן או מטען, אבל היכא דלא התחילו במלאכה דאין בו משום קנין כלל אלא דברים בעלמא א"כ אפילו הוי דבר האבוד אינו אלא משום דינא דגרמי שהפסידו על ידו, וכה"ג דאינו אלא מניעת ריוח אפילו בנזק אדם פטור ומשום דלא מיחייב בדינא דגרמי אלא בנזק ולא בארבעה דברים.

על פניו היוצא מהקצות גבי כלא בהמה דאין זה בגדר אדם באדם, ולכן לכ"ע יהיה פטור, ועיין עוד בסימן שז/ו גבי שבת בבהמה (וכאמור גבי חיוב ככולא עבד חבירו ראה תכד, ג).

סעיפים ג - ד

הלכה ידועה שפועל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום, מהם ההבדלים בין פועל לקבלן ומהם המקרים שגם פועל אינו יכול לחזור בו ראה לקמן?

מתי פועל יכול לחזור וידו על התחנתונה?

פועל שקבל את שכרו מראש לכל תקופת עבודתו, האם יכול לחזור בו בחצי היום?

המשך הברייתא עו: "במה דברים אמורים שלא התחילו במלאכה (רש"י: במה דברים אמורים שלא התחילו במלאכה - ארישא קאי, ועד השתא פריש מידי דשכירות, והשתא פריש מילי דקבלנות. במה דברים אמורים - דהיכא דחזרו בהן או הוא חזר - אין להם אלא תרעומת בזמן שלא התחילו במלאכה.

אבל התחילו במלאכה - יש דין אחר ביניהם, מהו הדין - שמין להם מה שעשו לפי התנאי, ויקבלו כפי חשבון שעשו) אבל התחילו במלאכה שמין להן מה שעשו כיצד קבלו קמה לקצור בשני סלעים קצרו חציה והניחו חציה בגד לארוג בשני סלעים ארגו חציו והניחו חציו שמין להן את מה שעשו היה יפה (שכר העבודה להשלים) ששה דינרים (סלע וחצי) נותן להן סלע (תשלום המתאים לחצי עבודה) או יגמרו מלאכתן ויטלו שני סלעים ואם סלע נותן להם סלע. רבי דוסא אומר שמין להן מה שעתיד להעשות היה יפה ששה דינרים נותן להם שקל (מנכה בעל הבית משכר פועלים הראשונים שני דינרים, ואינו נותן להם אלא שקל, שהוא מחצית הסלע, שהרי אם ישלם להם בעל הבית סלע לפי חשבון מחצית המלאכה, נמצא שהוא מפסיד שני דינרים) או יגמרו מלאכתן ויטלו שני סלעים ואם סלע נותן להם סלע... קא סברי רבנן יד פועל על העליונה (ואף שבע"ה לא ימצא פועלים להשלים מלאכתו בפחות משישה דינרים, ונמצא שהוא נפסד בשני דינרים, מכל מקום נותן להם סלע, והטעם, קא סברי רבנן, יד פועל על העליונה ולעולם רשאי הוא לחזור בו, חברותא).. קסבר (רבי דוסא) יד פועל על התחתונה.. " **ובעז.** "אמר רב הלכה כרבי דוסא ומי אמר רב הכי והאמר רב פועל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום (ב"מ י. דכתיב כי לי בני ישראל עבדים עבדי הם ולא עבדים לעבדים)" וכי תימא שאני ליה לרבי דוסא בין שכירות לקבלנות ומי שאני ליה והתניא השוכר את הפועל ולחצי היום שמע שמת לו מת או שאחזתו חמה אם שכיר הוא נותן לו שכרו אם קבלן הוא נותן לו קבלנותו מני אילימא רבנן מאי איריא שמע שמת לו מת או שאחזתו חמה דאניס כי לא אניס נמי הא אמרו רבנן יד פועל על העליונה אלא לאו רבי דוסא היא ושמע מינה לא שאני ליה לרבי דוסא בין שכירות לקבלנות.. אלא רבי דוסא תרתי קאמר **ורב סבר לה כוותיה בחדא** **ופליג עליה בחדא (ב"י ע"פ רש"י):** "שאני ליה בין שכירות לקבלנות דגבי שכירות איתיה להאי טעמא דעבדי הם ולא עבדים לעבדים, אבל בקבלנות אין זה עבד אלא לעצמו ורבי דוסא בקבלנות מיירי כדקתני קבלו קמה לקצור ודרב בשכיר יום".

כתבו **התוס' (ב"מ י')** על מימרא דרב "יכול לחזור בו אפילו בחצי היום.. דכתיב כי לי בני ישראל עבדים עבדי הם ולא עבדים לעבדים" - "וא"ת ומאי קמ"ל והלא בפרק האומנין (עז.) לא פליגי רבי דוסא ורבנן אלא דר' דוסא סבר דיד פועל על התחתונה ורבנן סברי דידו על העליונה אבל לכולהו יכול לחזור בו וי"ל דקמ"ל דיכול לחזור בו וידו על העליונה כרבנן אפילו אם נתייקרו פועלים בחצי היום לאחר שחזר בו לא יפחתו לו מחצי שכרו ולכך מיייתי מילתיה דרב דכיון דידו על העליונה א"כ אין ידו כיד בע"ה וכן מוכיח בפרק האומנין דסובר כרבנן בשכיר יום ולא בקבלנות".

וז"ל השו"ע כרב - "התחיל הפועל במלאכה וחזר בו בחצי היום חוזר, ואפילו קבל כבר דמי שכירותו ואין בידו לשלם לבעל הבית (מהרי"ק, דמדמי בגמ' בקידושין פועל לע"ע שיוצא ברעון כסף, גר"א), יכול לחזור בו והמעות חוב עליו שנאמר כי לי בני ישראל עבדים ולא עבדים לעבדים {ומהאי טעמא אסור לפועל אפילו מלמד או סופר, להשכיר עצמו להיות בבית בעל הבית בקבע שלשה שנים (הגהות **מרדכי**, דג' שנים שם עבד ושכיר עליו דכתיב בישעיה "בשלש שנים כשני שכירי"). (ד) כיצד דין הפועל שחזר בו אחר שהתחיל, שמין לו מה שעשה ונוטל (היינו בדהוקרה המלאכה שחזר בו ואילו בהזלה שמין לו מה שעתיד לעשות ולא מה שעשה, **סמ"ע ט"ז**, עיי"ש פרטי הדינים ע"פ הטור, והטושי"ע דכתבו "מה שעשה ונוטל" אפשר דטעמיהו הוא משום אורחא דמילתא דסתם פועל אינו חוזר אלא כשהוקרה) {בין הוקרה המלאכה או הוזלה ("בא לומר בין הוקרה המלאכה בין הוזלה בשניהן יד הפועל על העליונה", **סמ"ע**), ¹ודוקא שחזר סתם, אבל אם חוזר מכח יוקר אין שומעין לו (טור בשם ר"י, דלא נתיפה כח הפועל כדי שישתכר מעות, **סמ"ע**, וראה לקמן), {כרב הסובר בזה כר' דוסא - } **ואם קבלן הוא**, שמין לו את שעתיד לעשות {ע"ל סימן קע"ו סכ"ג}, (גמ' -) בין שהוזלה בעת ששכרו בין שלא הוזלה, בין שהוזלה המלאכה אחר כך בין שלא הוזלה (ראה בסמ"ע סקט"ז ביאור הפרטים), שמין לו מה שעתיד לעשות, כיצד, קבל ממנו קמה לקצור בשתי סלעים {או שקבל על עצמו לעשות כך וכך חבית של יין (תה"ד, אע"ג דימי הבציר קצבתן ידוע ואינו משועבד רק זמן הזה מ"מ הואיל ואינו קוצב לו שכר לפי הימים או לפי השבועות או החדשים דאי קלעי המלאכה חשוב קבלנות כמו קמה לקצור דימי הקציר נמי ידועי' הם, **ש"ך כ'}** קצר חציה והניח חציה בגד לארוג בשתי סלעים, ארג חציו והניח חציו - שמין לו מה שעתיד לעשות, אם היה שוה ו' דינרים נותן לו שקל או יגמרו את מלאכתן (**רמב"ם** -) ואם היה הנשאר יפה שני דינרים, אינו נותן אלא סלע, שהרי לא עשו אלא חצי מלאכה {ובע"ה החוזר בו דינו כקבלן שידו על התחתונה (טור ע"פ המשנה שם)}".

כתב **הסמ"ע** (טז) דכתב **הטור** דאם לא התחיל עדיין במלאכה רק הלך לעשות מלאכתו ונתיקרה המלאכה וחזר בו הקבלן, נמצא דאין ביד הבע"ה שכירות משל קבלן כלום שהרי עדיין לא התחיל כלל

בעשיית המלאכה, אין הקבלן מפסיד אלא טורח הליכתו, כיון שאינו תופס משלו והוא א"צ לשלם מכיסו, וכתב הסמ"ע (וכ"כ הבי"י, ש"ך) דמזה שכתב כיון שאינו תופס משלו, יש ללמוד הא אם תפס הבע"ה משל קבלן אפילו דבר שאינו מכיל אומנותו, יכול לשכור עליו מאותה תפיסה באופן שיוגמר מלאכתו כפי תנאו. וכתב הש"ך (כא) דהב"ח הקשה דע"כ הטור לא ס"ל הכי מדכתב לקמן גבי דבר האבד דאם היה בידו משלהם יכול לתפסו משמע הא דבר שאינו אבוד לא ועוד דע"כ לא שמעינן לרמב"ן והרשב"א אלא דבשבאת כלי אומנתו ליד הבע"ה אבל שאר דבר מי שמעת להו וכן משמע בני"י דדוקא כלי אומנתיה, עיי"ש עוד שהקשה בשם הבי"ח, וכתב דלכך נראה כמו שפירש הב"ח דר"ל כיון שאין הפועל תופס בידו משל בע"ה דאם היה הפועל תופס דבר משל בע"ה כגון שקבל שכירותו מידו היה חייב הפועל להחזיר הכל דדוקא לשלם יותר ממה שקצץ אין צריכים לשלם מכיסם אבל עד הסך שקצץ צריכים להחזיר אף שקבלו כבר.

עמש"כ המחבר "ואין בידו לשלם" ברישא כתב הש"ך (טו) דמשמע דאפילו אין לו לשלם כלל יכול לחזור, ודלא כדמשמע² במהרי"ק אם אין לו לשלם כלל א"י לחזור בו דהוי כדבר האבוד לקמן ס"ה, ולמחבר לא דמי לדבר האבד ששוכר עליו או מטעו אבל מ"מ אינו יכול לכופו להשתעבד בו בשביל כך א"י אע"ג שאין לו לשלם לא מיקרי בשביל כך דבר האבד ואע"ג דאיתא בסימן לז' דלא אמרינן שמה יתעשר היינו לענין עדות אבל מ"מ לא מקרי הכא דבר האבוד בשביל כך כיון דאפשר שיהא לו. אולם **הקצות (ו)** חלק ואם אין לו לשלם אינו יכול לחזור וכמהרי"ק, דמבואר מתשובת מיימוני דגם פועל שחוזר בחצי יום נמי מדין גרעון כסף אתינן עלה, וא"כ צריך ליתן מעות או שוה כסף ומשום דסתמא דמלתא שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף מש"ה אמרו דפועל יכול לחזור אפילו בחצי יום משום דהיינו גרעונו השכירות שיש לו ביד בעל הבית, אבל זה שאין לו לא כסף ולא שוה כסף אין לו גרעון, ועוד דכיון דאין לו לשלם אין לך דבר האבוד גדול מזה, וכן הוכיח מהתוס' בב"מ י' הנזכר דלפי תשובת מיימוני דפועל דחוזר היינו משום גרעון כסף, א"כ מאי שנא פועל מעבד עברי דהא עבד עברי נמי יוצא קודם זמנו בעל כרחו דאדון מדין גרעון כסף, אלא משמע דפועל אפילו אין לו גרעון כסף וכגון שקיבל כל שכרו ואין לו לשלם וכדברי מהרי"ק, וראה לקמן בשם ה**נתיבות (ו)**.

עמש"כ הרמ"א (ג) ע"פ הג' מרדכי "דמהאי טעמא" דאסור לפועל אפילו מלמד או סופר להשכיר עצמו להיות בבית בעל הבית בקבע שלשה שנים, כתב הש"ך (טז) דנראה דהיינו דוקא כשיש לו פרנסה וכסות דבכה"ג אסור למכור עצמו לעבד עברי וכדאיתא בתורת כהנים רמב"ם וסמ"ג אבל אם הוא עני ביותר כתבו שם דמותר למכור ופשיטא דהיכא דמותר למכור את עצמו מותר אפילו לשנים הרבה וכדאיתא בקידושין י"ד ע"ב. עוד כתב (יז) על הגהת הרמ"א דבספר באר שבע ובאגודת אזוב כתבו דמש"כ הרמ"א ג' ט"ס הוא וצ"ל יותר מג' שנים שכן הוא בהגה"מ ודבריהם נכונים, וכן מבואר בהגה"מ להדיא שכתב "דכל טפי מג' שנים נפקא ליה מתורת שכיר ועבד" דנפקא מתורת שכיר וקאעבר על כי לי בני ישראל עבדים, והלבוש והסמ"ק נקטו ג' ולא הרגישו בזה. עוד כתב (שם) בשם באר שבע דמדברני התוספות בב"מ י' משמע שמותר אפילו יותר מג' שנים דדוקא ע"ע שא"י לחזור בו ואינו יוצא קודם זמנו אלא בשטר שחרור עובר משום עבדי הם וכ"י המרדכי, ובבאה"ג כתב דמוכח מתוס' דמדובר בפועל היכא דיכול לחזור בו בתוך הזמן.

עמש"כ הש"ך בשם הג' מרדכי דישי לזיהר למלמד או לסופר שלא להשכיר עצמן כתב הפת"ש (ו) בשם תשובת חת"ס דאין שום ספק דמש"כ בהגהות מרדכי הנ"ל בקבע עמו ולהיות סמוך על שלחנו דלא אתי למעוטי חכם העיר שאינו סמוך על שלחנו, דמה בכך, הרי כל הקהילה משותפים שכרו להם פועל ונותנים לו בית ונותנים לו דמי מזונותיו כאומר לעבדיו צאו ואכלו ושתו וכדומה, ואם הקהל מתנים עם הרב באם יזוז מהם צריך לחזור להם ההוצאות ולא יזקפן עליו במלוה, גרע טפי ואסור אפילו לתוס', דא"כ תו ליכא הפרש בינו לבין העבד דאיהו נמי יוצא בגרעון כסף, ועוד כתב דנוהגין ברוב תפוצות ישראל לכתוב שטר הרבנות על זמן, יש על שלש שנים ויש על חמש שנים דלפירוש רש"י בחומש אינו מוכח לאסור יותר מג' שנים רק שלא יהא מושכר לשש שנים, וע"כ יש כותבין שטר הרבנות על ג' שנים ויש על חמש שנים אבל סתם אין כותבין, ומה דכותבין זמן בשטר הרבנות, היינו לטובת הרב המשכיר עצמו ושיהיה יכול לחזור אחר כלות הזמן, אבל הקהל אין בידם לחזור אפילו ככלות הזמן אלא במקום שנהגו, ובמדינות הללו לא נשמע מעולם שהסירו הרב והורידוהו מכסא רבנות שלו וכן לא יעשה.

כתב **הסמ"ע** (טז) ע"פ הטור גבי "או הוזלה" דהעיר הרמ"א בתחילת סעי' ד' גבי שכיר דר"ל דאם שכרו בח' דינרים והוזלה שיכול לגמור חצי יום הנשאר בב' דינרים צריך ליתן לו ו' דינרים ואין מעכב בידו אלא ב' דינרים, וכתב **הש"ך** (יט) דלא נהירא דלמה יתן לו ו' דינרים נהי שיוכל לחזור בו ואין ידו על התחתונה וצריך ליתן לו כפי מה ששכר עמו ולא ב' דינרים כפי מה שהוזל אלא ח' דינרים ליום (וכן לענין הוקר) אך למה יהיה יד הפועל על העליונה לענין שיתן לו יותר ממה ששכר עמו ח' דינרים ליום דהיינו ד' דינרים לחצי יום כיון שהפועל חוזר, ומש"כ הבי"י על דברי הטור "פשוט הוא דמהוקר נלמד להוזל", לא דמי דכשהוקר נותן לו חצי השכירות כפי מה ששכר עמו ודמי כאלו שכרו לחצי יום בד' דינרים משא"כ הכא, וכן מוכח התוס' והרא"ש ואף בטור הנמצא על על קלף ישן נושן דליתא שם להאי דינא. אולם **הקצות** (ח) הסכים עם הטור ע"פ תשובת המיימוני שהזכיר כנ"ל דכיון דהוא מדין עבד עברי שיוצא בגרעון כסף ובעבד עברי קי"ל דמחשבי להקל כמבואר בקידושין כ' והרמב"ם דבי נמכר במאה והרי הוא עתה שוה מאתים וכו', וא"כ ה"ה בפועל אם הוקר ושוה עכשיו יותר יוכל לחזור בחצי יום ומחשב עם בעל הבית לפי דמים ששכרו ואם הוזל מחשב על פי שנים הנותרות.

הנתיבות (ו) כתב דיסוד זה דהקצות ע"פ תשובת מיימוני במחלוקת אמוראים בירושלמי (ב"מ 1, ב), דרב סובר דליכא קנין כלל מדאורייתא בפועל ישראל רק בעבד עברי בזמן שיובל נוהג, וממילא הבעה"ב ג"כ יכול לחזור וא"צ לשלם רק מדינא דגרמי, ולכך א"צ לשלם לו רק מה שהזיקו, ואם נאנס הבעה"ב, ודאי דאין הבעה"ב חייב מדינא דגרמי וא"צ לשלם רק מה שעשה, ומכ"ש כשחוזר הפועל ומזיק את עצמו שא"צ לשלם לו רק כפי מה שעשה אף אם הוזל, ולא יצטרך הבעה"ב ליתן בעד החצי הנשאר רק פחות מחצי הסך, מ"מ מה לו לפועל בכך, ור' יוחנן סובר דעבד עברי הוא ויש בו קנין, והא דיכול לחזור בו הוא מטעם כיון דאפילו עבד עברי יוצא בגרעון כסף מכ"ש שכיר, וכמ"ש בתשובת מיימוני, וממילא אף אם הוזל מחשב עמו ואינו מנכה לו רק כזולא דלקמיה, וכיון דבש"ס דילן (ב"מ מ"ז) פסקו להלכה כרב דאמר פועל יכול לחזור בו, וכיון שתפסו בלשון חזרה, משמע דקיי"ל דאין לו דין עבד עברי ובדין חזרה הוא, דלא דמי לעבד עברי שיש לאדון בו קנין הגוף וצריך לקנות עצמו בגרעון כסף ולכך צריך ליתן כסף דוקא, אבל שכיר אין קנין בו ובדין חזרה קאי, וכיון שיכול לחזור ולכך אפילו אין לו מה לשלם המעות רק חוב עליו כמו בחוזר במקח שלא נקנה בו, ומה"ט נמי כשהוזל אינו נותן רק כפי מה שעשה, וכן כמה פעמים מסיק הש"ך בסימן זה דאין לבעה"ב קנין הגוף בפועל.

עמש"כ המחבר בסוף סעי' ד' ע"פ הרמב"ם דאם היה הנשאר יפה שני דינרים אינו נותן אלא סלע שהרי לא עשו אלא חצי מלאכה, כתב **הש"ך** (כב) דהראב"ד השיג וכתב "אלא סלע יפה שני דינרים" וכוונתו (דלא כנו"כ שם) שדין זה לא הוזכר בש"ס כלל ולא בר"י ובשום פוסק ונראה דכיון דשמין לקבלן מה שעתידי להיות והנשאר אינו שוה רק ב' דנרים אם כן נותן לו רק סלע יפה ב' דינרים ולא ד' דינרים ומפרש דברי הרמב"ם ג"כ הכי וכן להדיא בתוספתא ובירושלמי, ושמה הרמב"ם והטור לא ס"ל כן ע"פ ש"ס דילן שכתוב ואם שקל נותן לו שקל, וצ"ע.

עמש"כ הרמ"א דבעה"ב החוזר בו דינו כקבלן כתב **הסמ"ע** (טז) ע"פ הטור (נתיבות) דמשמע שאם הוקרה שבע"ה יצטרך ליתן בעד הגמר ו' דינרין שנותן לפועל ד' דינרין בעד החצי, ובנתיבות (ז) תמה דאמאי לא קאמר שאם אין לפועל פעולה אחרת לעשות דצריך לשלם לו כל דמי מלאכתו רק לנכות כפועל בטל כמו בפועל בסעיף ב', ואפילו אם נאמר דמיירי כאן שמצוי עוד לקבל שאר מלאכות מבעלי בתים אחרים, דבכי האי גוונא בפועל דהיינו שאפשר להשכיר עצמו לאחר פטור, וקא משמע לן כאן בקבלן דידו על התחתונה, מ"מ קשה, דנראה דלא דמי לפועל, דבשלמא בפועל שנשכר ליום ועבד חצי יום, כשאפשר לפועל להשכיר עצמו לאחר חצי יום הב' אין לפועל שום היזק, דאילו היה עובד לזה לא היה אפשר לעבוד לאחר, אבל בקבלן שאין קצבה לגמור מלאכתו, אם כן מה בכך שיכול לקבל עוד מלאכה בקבלנות אצל אחר, מכל מקום יכול לומר אף שהיתה מלאכתך אצלי הייתי יכול לקבל מלאכה זו אצל האחר ולעשותה אחר כך בעת שאהיה פנוי ממלאכתך, ואם הוא נותן לו משלו או שלקח הבעל הבית בעצמו אצל אחד מלאכה כיוצא בו ונותן להפועל אינו צריך ליתן לו רק שכירות, וכתב דלכן נראה דהא דמבואר בסימן שלה/א דיכול ליתן לפועל דכוותיה, ולהרבה פוסקים אפילו דקשה מיניה כשמוסיף לו בשכרו, היינו דוקא כשהפועל תובע אותו שיתן לו כל שכרו מטעם מזיק, אז כיון שנותן לו דכוותיה או דקשה מיניה בהוספת שכירות אינו יכול לתובעו ממנו דמי הזיקו, דלא נקרא מזיק כיון דאיכא אומדנא אילו לא שכרו זה היה משכיר עצמו לאחר והרי לא הפסידו, אבל כשהפועל אינו תובע שכר רק על מה שעשה, מחויב ליתן לו שכירותו על מה שעשה ואינו יכול לכופו שיעשה אצלו אפילו

מלאכה כיוצא בו ומכ"ש דקשה מיניה, כיון שהשכירו בפירוש ואמר לו מלאכה זו אינו יכול לשנותו למלאכה אחרת ומחויב ליתן לו השכירות ממה שעשה וידו על התחתונה.

< כתב בהגהת **הסמ"ע** (טז) בשם תשובת הרא"ש דבע"ה השוכר מלמד ומצא אח"כ מלמד אחר טוב מזה, אינו יכול לחזור בתוך שנה, כיון שהתחיל זה במלאכתו ואינו פושע, וכתב **הפת"ש** (י) בשם **העטרת צבי** דנוהגין עכשיו שבכל תחילת הזמן רשות בעה"ב לחזור עד ר"ח, בימי החורף עד ר"ח חשוון ובימי הקיץ עד ר"ח אייר.

< עוד כתב בהגהת **הסמ"ע** (טז) ע"פ המיוחסות לרמב"ן דבע"ה החוזר צריך לשלם משלם מטעם דאי לא עבדי חלשי.

< כתב **בחות יאיר (קצות ז)** גבי חזן שנתקשר עם הקהל בתקיעת כף לששה שנים והחזן רוצה לחזור משום דאין תקיעת כף חל לפי שנשבע לעבור על המצוה, לשכור עצמו יותר מג' שנים, והעלה דדוקא פועל דהו"ל ביותר מג' שנים עבד לעבדים ואפילו מלמד דאסר בהגהת מרדכי, מכל מקום ע"כ אין לו היתר בשכר שנוטל רק שכר שימור ופסקי טעמים דאינם מצות ה' ועבדותו יתברך, משא"כ החזן שכל עצמו אינו רק להוציא ציבור ולעבדו כפולחן הראוי, ואפילו נכלל בשכרו מה שמשורר ובכה"ג וע"כ נגבה חציו לפי ממון וכא"כ סימן נ"ג מ"מ הואיל שמכבד בקול ה' מהונו ממה שחננו ומשמח אלקים ואנשים לא נקרא בכך עבד לעבדים, וצ"ע ברב ושמע העושה צורכי בית הכנסת, והקצות חלק דמ"ש דפיסוק טעמים אינן מצות ה' ועבדותו חלילה לומר כן דאין זה עבדותו יתברך דהא חזינן בנדרים ל"ז דס"ל לרב דאסור ליקח שכר פיסוק טעמים והוא בכלל מה אני בחנם וכתב הר"ן דס"ל דהוי דאורייתא, אלא דאנן דק"ל כר' יוחנן דשרי שכר פיסוק טעמים ומשום דס"ל דפיסוק טעמים אינו דאורייתא אלא מדרבנן, וא"כ לא גרע מתפלה דתפלה נמי אינו אלא מדרבנן לדעת רוב הפוסקים, ומוכח מזה כיון דמלמד חוזר דאע"ג דהוא עושה עבדות ה' עבד ה' מיקרי אבל מה שהתקשר לאחרים אינו עבד שלהם ויכול לחזור, וא"כ ה"ה בחזן שדינו כפועל שאינו יכול להשכיר עצמו יותר מג' וזה ברור, אמנם ³בנשבע צריך לקיים שבועתו דאדם אסור להשכיר עצמו ביותר משלש אינו אלא מדרבנן ובדרבנן לא הוי מושבע ועומד מהר סיני, דבתשובת המבי"ט כתב דשבועה חלה על מצוה דרבנן ואסור לעשותה אלא דבביטול מצוה דרבנן אסור לעשות המצוה כדי שלא לעבור על השבועה בקום ועשה ובשבועת עשית איסור דרבנן העמידו דבריהם במקום תורה בשב ואל תעשה, א"כ כה"ג שלא לחזור הו"ל שב ואל תעשה ואסור לו לחזור דחזרה דידיה היינו קום ועשה.

בפת"ש (ד) הביא דברי החות יאיר בהרחבה שכתב עוד לבאר מדוע יכול להשכיר עצמו יותר מג' ואינו יכול לחזור משבועתו, ראשית משום שכבר רבו הדעות דמותר אפילו ליותר מג' שנים שכ"כ התוספות והמרדכי, ועוד דידוע שהחזנים על הרוב אינם בעלי משא ומתן ומוכרחין להשכיר עצמן לש"ץ וא"כ אפילו להתקשר לזמן מרובה שרי כמ"ש בש"ך ס"ק ט"ז, ועוד דאם נשכר בתקיעת כף הן על זמן רב או מעט אע"פ שקנין לא מהני לדעת הש"ך שחולק על הריטב"א (לקמן) מ"מ בתקיעת כף בודאי אסור. עוד הביא **הפת"ש** תשובת **שב"י** שהזכיר דברי החו"י שכתב לחלק מסברא דנפשיה בין מלמד לש"ץ דלא נקרא עבד לעבדים, וחלק עליו ומסיק להלכה דגם בש"ץ יכול לחזור בו אם לא שהוא דבר האבד שאין כאן מי שידוע להתפלל, אלא דאם נתקשר עמם בשבועה או בתקיעת כף כפועל ממש, ודאי דאינו יכול לחזור בו ולא הוי כנשבע לבטל המצוה.

< כתב **הפת"ש** (ססק"ד) בשם **השער משפט** שכתב ⁴בשני פועלים שנשתתפו יחד לעשות מלאכה אצל בעל הבית, אין אחד מהן יכול לחזור בחצי היום נגד חבירו אם לא ששניהם חוזרים בהם, וכמ"ש הסמ"ע בסיומן קע"ו סקנ"ח בשנים שקיבלו עיסקא מאחד וכ"ה להדיא בסמ"ג בדיני שותפין שכתב אדינא דמקבל עיסקא דאע"פ שכל פועל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום, זה בענין פועלים, אך הפועלים זה אצל זה הם שותפין.

[בשו"ת **בצל החכמה** (ב,פו), הובא כאן בפסקי המשפט אות יג) כתב שבזמנינו מותר לחתום לחוזה עבודה לתקופה של יותר מג' שנים, דכיון שבכל עבודה ישנם זמנים של חופשה, ממילא השכירות אינה למשך ג' שנים רצופות, שהרי במשך תקופת החופש אינו משועבד לבעליו כלל, ובפסקי המשפט הוסיף ע"פ כנה"ג שבזמן חז"ל העובד היה מקבל גם לינה ואוכל ולכן היה באמת נחשב משועבד אליו].

אם הולך לעבוד אצל אחר האם יכול לחזור בו?

פועל שהתחיל במלאכתו, ואח"כ דורש תוספת שכר, ואומר שאם לא יוסיפו לו יחזור בו לגמרי, האם יכול לחזור בו?

לעיל הובא שפסק הרמ"א ע"פ ר"י דאם חוזר מכח יוקר אין שומעין לו וביאר הסמ"ע דלא נתיפה כח הפועל כדי שישתכר מעות.

עמש"כ המחבר בריש סעי' ג' דיכול פועל לחזור בו ומדובר שם בשכיר שידו על העליונה, כתב הפת"ש (ד) דכתב החות יאיר דלכאורה יש מקום להסתפק שמא דוקא אם הפועל חוזר בו מהיות פועל לשום אדם, משא"כ אם הולך מבעה"ב זה ונשכר אצל אחר, שנשאר עבד לעבדים, דינו כדין קבלן שידו על התחתונה ולא יפסיד בעה"ב דבר, א"מ"מ לא נראה לחלק בכך, רק מפני שנאמר כי לי בני ישראל עבדים לא אלים קניית האדון בכולי האי, ואף אם הולך הפועל מבעה"ב זה ונשכר אצל אחר אמרינן פועל חוזר בו וידו על העליונה, אולם הפת"ש כתב דלכאורה לא נראה כן מדברי הר"י טור והרמ"א הנ"ל דדוקא שחזר סתם אבל אם חוזר מכח יוקר אין שומעין לו, וכתב הב"ח דטעמו דכיון דשכיר יום לא מצי חוזר אלא משום דכתיב עבדי הם, א"כ דוקא בחוזר בסתם דתלינן שאינו חפץ לעבוד יותר, אבל אם חוזר בו מחמת היוקר, א"כ גלי דעתיה דניחא ליה בעבדות אם ישלם לו בעה"ב כפי היוקר, אין שומעין לו והכי מסתברא, וא"כ ה"ה היכא שנשכר אצל אחר דאין שומעין לו, ומשמע דאין שומעין כלל אפילו אם רוצה להיות ידו על התחתונה, וכן מצאתי בספר מאמר קדישין שכתב בפשיטות דדוקא שאינו הולך לבעה"ב אחר אבל אי הולך לבעה"ב אחר הוי דומיא למ"ש הר"י דאם חוזר מחמת יוקר אבל ניחא ליה בעבדות אין שומעין לו, ומה שעושין ערמה שיושב בטל כמה שבועות ואח"כ הולך לבעה"ב אחר לא מהני, וכ"ד הכנס"י, ואילו בתשובת ג' מים חיים חלק דמדברי הרמ"א ליכא ראייה כלל שלא יכול לחזור, דהא הסמ"ע ס"ק ט"ז כתב הטעם דלא נתיפה כח הפועל כדי שישתכר מעות, ומוכח מזה דלא קאי רק על הא דתיקנו רבנן דפועל ידו על העליונה, על זה כתב הרמ"א דחוזר מחמת יוקר אין ידו על העליונה, אבל אם ירצה הפועל לחזור ושתהיה ידו על התחתונה, אפילו אם היה קנין יכול לחזור אף על גב דרוצה להיות עדיין פועל ותהיה ידו על התחתונה, דבשלמא אם הפועל יכול לחזור כדי שלא יעבור על כי לי בני ישראל עבדים, אז הוה אמרינן דהיכא דהשכיר עצמו לאחר ורוצה להיות עדיין עבד דלא יכול לחזור, אבל לפי מה דקיי"ל דפועל אינו עובר, והטעם דפועל חוזר מחמת דלא חל שעבוד עליו, א"כ מה לנו שהשכיר את עצמו לאחר, מכל מקום יכול לחזור מראשון גם משני אם ירצה, ועכ"פ אף לדבריו דיכול לחזור גם בכה"ג מ"מ ידו על התחתונה, ודלא כהחות יאיר.

פועל שיכול לחזור בו בחצי היום, אם עשה קנין האם ישתנה הדין?

כתב הש"ך (יד) דדעת הריטב"א בשם רבותיו (בב"י ודרכ"מ) שלא אמרו שפועל יכול לחזור בו אלא בשוכר עצמו באמירה אבל ⁶ כל שנשתעבד בקנין לטפויי מילתא אתא שלא יוכל לחזור בו, אולם משאר כל הפוסקים שלא חילקו בכך נראה לא ס"ל הכי, וכן נראה דעיקר טעמא דלי בני ישראל עבדים ולא עבדים לעבדים משמע דבכל ענין יכול לחזור בו וכן משמע מהרא"ש ושא"פ גבי משיכת כלי האומנות דאע"ג דמהני לענין קבלן שנגמר קנין השכירות בכך מ"מ פועל יוכל לחזור ודוחק לחלק בין משיכה לקנין דבכל דוכתא כי הדדי נינהו, וגם נראה דהוי קנין דברים כרמב"ם בפ"ה ממכירה (הי"ד) שכתב בשטר וקנינו מפלוני שילך בסחורה עם פלוני כו' הרי זה קנין דברים, ואף הראב"ד בהשגות נראה שמודה לו בזה ודוקא בשותפים פליג עליה, וכן מפורש בריב"ש, ונראה דגם הריטב"א לא קאמר אלא בקבלן ולענין שאינו יכול לחזור בו בשום ממון וכמש"כ בסק"ד בשם הג' אשר"י אף על פי שפשוט לשון הריטב"א לא משמע כן, וכל זה דלא כמבי"ט שפסק כריטב"א ודלא כריב"ש.

הקצות (הו) כתב דמבואר בראב"ד דכל שנשתעבד גופו לא הוי קנין דברים, דז"ל הרמב"ם בפ"ד משלוחין "האומנין שנשתתפו באומנות אע"פ שקנו מידן אינן שותפין" והשיג הראב"ד "ורבותי הורו שאדם יכול להקנות את עצמו לחבירו בקנין כדין עבדים וכשם שמצינו באומרת יקדשו ידי לעושיהן" ומבואר מדבריו שכתב 'כדין העבדים' דאפילו היכא דלא משעבדי זה לזה אלא אחד משעבד גופו לחבירו נמי מהני בקנין כמו בעבדים, וגם אפילו בריוח דלהבא כיון דאתי עלה מדין עבדים, והרמב"ם נמי מודה לזה דמהני קנין לשעבד גופו כדין עבדים, דאם שעבד בפירוש לא הוי קנין דברים כיון דמשעבד גופו

והו"ל כדון עבדים, עיי"ש, וא"כ הא דכתב בספ"ה ממכירה וקנינו מפלוני שילך בסחורה היינו נמי משום דלא משעבד ומקנה גופו לזה ולא הוי הקנין אלא על הליכתו ומשום הכי הו"ל קנין דברים, אבל כאן גבי פועל דמשעבד גופו בסתם א"כ לא הוי קנין דברים, ובשיטה כתב בשם הריטב"א שאין כל דיני משנתנו וגמרא דעלה אלא במי ששכר פועלים באמירה בלא קנין, שאם נתחייבו פועלים בקנין הרי המלאכה מוטלת עליהן ואפילו נאנסו חייבין להשלימה על ידן או עיי"א אחרים או לשלם מה שהפסיד בעל הבית, וה"ה כשקבלו כבר כל שכרן, אולם כיון דפסק בשו"ע דאפילו קבלו כל שכרן יכול לחזור ולא גרע כסף מקנין דעבד עברי נקנה בכסף, א"כ ה"ה בקנין דיכול לחזור דאע"ג דלא הוי קנין דברים ומשעבד גופו אפ"ה התורה אמרה עבדי הם ולא עבדים לעבדים [אכן במהרי"ק שפסק המחבר למד ע"פ השוואת הראב"ד שליח לעבד שאינו קונה עצמו אלא בגרעון כסף או בשטר ובשנים וביובל שאילו פועל יכול לחזור בו ואפילו קיבל כבר דמי שכירותו ואין המעות בידו לשלם לבעל הבית ואפ"ה יכול לחזור בו והמעות חוב עליו, מבואר א"כ דבקיבל כל שכר יכול לחזור בו ואעפ"כ בקנין אינו חוזר ומשמע דס"ל כריטב"א, עיי"ש מה שהמשיך להקשות בזה].

הפת"ש (ה) כתב שגם ה"ט"ז חלק על הריטב"א ופסק דאפילו בקנין יכול לחזור בו, אולם **השבו"י** חולק על הש"ך ומסכים לריטב"א, אך מחלק שם בין קנין לקנין, דודאי כל הקנינים שבעולם לא מהני בזה דהוי קנין דברים וכמ"ש הש"ך, אך קנין כסף ושטר דמהני לקנות בו עבד עברי כדאיתא פ"ק דקדושין מהני ג"כ כאן.

סעיף ה

חזרו הפועלים בדבר האבוד מה יכול בעל הבית לעשות? התייחס גם לנזקים שנגרמו לו.

פועל ששכר לפרק זמן מסוים, ונפל למשכב למשך מספר ימים האם חייב בעל הבית לשלם לו "דמי מחלה" עבור התקופה שנפל למשכב?

מלמד שהפסיק את לימודיו בישיבה באמצע השנה, ועזב עם תלמידיו, האם צריך להחזיר שכרו שכבר קיבל מהישיבה?

האם מורה שחוזר בו באמצע שנת הלימודים מיקרי דבר האבוד?

האם רשאי מלמד תינוקות או מורה להתפטר בתוך תקופת עבודתו? ציין מקור ונמק.

שכר מלמד לבנו וחלה המלמד או אשתו ובניו?

ב"מ עז. "וכי תימא שאני ליה לרבי דוסא בין שכירות לקבלנות ומי שאני ליה והתניא השוכר את הפועל ולחצי היום שמע שמת לו מת או שאחזתו חמה אם שכיר הוא נותן לו שכרו אם קבלן הוא נותן לו קבלנותו מני אילימא רבנן מאי איריא שמע שמת לו מת או שאחזתו חמה דאניס כי לא אניס נמי הא אמרו רבנן יד פועל על העליונה אלא לאו רבי דוסא היא ושמע מינה לא שאני ליה לרבי דוסא בין שכירות לקבלנות אמר רב נחמן בר יצחק בדבר האבוד ודברי הכל".

משנה עה: "שכר את החמר ואת הקדר להביא פרייפרין וחלילים לכלה או למת ופועלין להעלות פשתנו מן המשרה וכל דבר שאבד וחזרו בהן מקום שאין שם אדם שוכר עליהן או מטען".

וז"ל השו"ע "בד"א בדבר שאינו אבוד (שאינו צורך שעה בו, כי אף שיחזור בו הפועל ולא ימצא פועל אחר לשכור כי אם בדמים יקרים הרבה, יכול להמתין עד שימצאו פועלים לשכור כפי דרך שכירות הפועלים או מעט יותר, סמ"ע), אבל בדבר האבוד (שהוא צורך שעה ויתקלקל אם לא יוגמר מלאכתו מיד, סמ"ע) כגון פשתן להעלות מהמשרה, או ששכר חמור להביא חלילין למת או לכלה וכיוצא בהם, אחד פועל ואחד קבלן (רמב"ם, כן משמע בגמ' דלא חילקו בין פועל לקבלן אלא בדבר שאינו אבוד אבל בדבר האבוד אין חילוק ביניהם, ב"י),⁷ אינו יכול לחזור בו {משרתת או עבד של בעל הבית מקרי דבר האבוד, דבע"ה לא יכול לעשות מלאכה בעצמו, ועיי"ז זה נאבד שלו (תה"ד, אולם בפנים סיים בצ"ע א"כ הדין עם השכיר דהמע"ה ונראה דהכל הוא לפי הענין לפי ראות עיני הדיין, ש"ך כ"ג, ובנתניבות כתב

דלא נסתפק רק אם חשוב כדבר האבד של ממון ולענין שיהיה יכול לשכור עליהן אפילו לא באתה חבילה לידו אבל ודאי דחשיב כדבר האבד שאינו של ממון דודאי יש דברים שא"א להבעה"ב לעשות בלי משרתת) { א"כ נאנס, כגון שחלה } הוא או אשתו ובניו (תה"ד) { או ששמע שמת לו מת } ומיהו אינו צריך לשלם להם כל שכרם רק מה שעשו (דוקא כששכר לגמור הדבר שנהנה הבעה"ב במה שעשו, אף שהוצרך להוסיף על המקצת מ"מ חשיב נהנה כבסימן ש"י, נתיבות ט') וידם על העליונה (רא"ש וטור, כלומר שאינה על התחתונה וכן פירשו התוס' שדינו בכל דבר כדין פועל החוזר, ש"ך כ"ד). ואם חזר בעל הבית וקבלן לאחר שעבר האונס סתם, וחזרו ועשו אחר כך מלאכתן, צריך לשלם להן כל מלאכתן ואינו מנכה להן כלום (רא"ש ש), אבל בלאו הכי, מנכה לו כל ימי חליו או אנסו, אע"פ שלא חזר בו הפועל (תוס' קידושין י"ז) וה"ה למלמד שחלה שמנכין לו דמי חליו (סמ"ע: נראה דגם במלמד אם חזר בעל הבית וקיבלו בסתם ולא אמר לנכות לו דצריך לשלם כל שכרו, דזיל בתר טעם דעבד דאמרין מדלא התנה מחל לו ה"ה במלמד), ומיהו אם כבר קבל הפועל או המלמד שכרו י"א (רא"ש מרדכי ועוד) דאינו צריך להחזיר (וראה לקמן בש"ך) ... ואם לא נאנס וחזר בו, (רשב"א -) אם היה מוצא פועלים אחרים לשכור כששכר את אלו ועכשיו אינו מוצא (לאפוקי אם גם מתחילה כששכרן לא היה מוצא פועלים אחרים לשוכרן למלאכה זו דלא מיקרי גורמי היזק דהא זולתן ג"כ נעשה לו ההיזק, סמ"ע כב) - שוכר עליהם או מטען } ואם מצא פועלים אחרים לשכור והטעה את אלו, צריך ליתן להם כפי מה שפסק להן באחרונה (רשב"א ורא"ש, אהא דמסיים בברייתא בדף ע"ו ע"ב בד"א בזמן שאין שם פועלים לשכור, והקשה שם פשיטא ותירץ דקאי אמטען דאם ימצא אחרים לשכור וא"ל צא ושכור ואם הטען צריך ליתן להם התוספת וראה לקמן מה שהקשה הש"ך כ"ח, ובג"א כתב דהטעם משום גרמי, דלא היה לו להטעות כיון שמלאכתו יוגמר עתה על ידי אחרים, סמ"ע) { כיצד מטען, אומר להם סלע קצצתי לכם בואו וטלו שתים, עד שיגמרו מלאכתן, ולא יתן להם אלא מה שפסק תחלה, ואפילו נתן להם השתים, מחזיר מהם התוספת".

האריך הש"ך (כה) בחילוקים שכתב הרמ"א בין חזר בעל הבית וקבלן לאחר שעבר האונס ובין אם כבר קבל הפועל או המלמד שכרו, דמקורם ברא"ש לתרץ הגמ' בב"מ דא"צ לשלם להם כל שכרם לקידושין י"ז דאמרין גבי עבד עברי חלה שלש ועבד שלש אינו חייב להשלים, וגם הביא שם בשם מהר"מ לתרץ כנ"ל בין הקדים לו שכרו או לא וכן הוא בתשובת מיימוני בשם מהר"ם שהגיד לו כן בעל החלום, אולם דברי חלומות לא מעלין ולא מורידין בזה ועוד דלא מסתבר כלל לחלק בין הקדים לו שכרו או לא דמה בכך שהקדים לו שכרו הרי לא נתנו לו אלא על דעת שיעשה לו מלאכה כפי הזמן ששכר עמו ולא דמי כלל לספינה זו ויין זה דלעיל, וגם החילוק שכתב הרא"ש אינו ברור דכי בשביל שקבלו בסתם יהא נמחל לו מה שלא עבד, אלא דגבי פועל בכל ענין מנכה לו ולא דמי לעבד עברי דהתם כיון דעבד עברי גופו קנוי לו בכסף או שטר וחזקה א"כ כל היכא דחלה ברשותא דמרה חלה משא"כ הכא, וכן הוא בתוס' בקידושין [ז"ל "יש שהיו רוצים לומר שאותן שכירים מלמדי תינוקות אם חלו חצי זמן כמו כן לא ישלימו כמו ע"ע כו' וקשה כו' וא"כ מלמדי תינוקות נמי אם חלו לא יקחו אלא מה שהרויחו דאין לדמותם כלל לע"ע דע"ע גופו קנוי לאדונו הלכך חלה שלש אינו חייב להשלים דא"י לעשות מלאכה יותר מיכלתו אבל מלמד אין גופו קנוי אלא שכר עצמו ללמוד עד הזמן וכשאינו יכול להשלים לא יטול אלא מה שהרויחו], וכן הוא בהגהת מרדכי שכתב כתוס' ולא חילק בין קבל השכר או לא משמע דבכל ענין אינו נוטל אלא כפי מה שלמד, וכ"ד התשב"ץ דמנכין לו משכרו לפי הזמן שלמד אפילו למד חצי ואע"ג דאמרין חלה שלש ועבד שלש אינו לחייב להשלים הני מילי גבי ע"ע שפרעו כל שכרו מתחלה בשעה שקנה אותו ואין שום חוב ממון עליו כדאמרין ע"ע גופו קנוי אך שגזירת הכתוב הוא שיוציא בגרעון כסף אבל מלמד שהוא כשכיר יום לעולם אין נותנין לו שכר מאשר לא עשה אע"ג דנאנס, וסיים הש"ך דנראה דבפועל אפילו השכיר עצמו לכל מלאכות מ"מ כיון דאין גופו קנוי לו שהרי לא נקנה לו בכסף וטר וחזקה כקנין העבדים אין לו אלא לפי חשבון, ו"אורחא דמילתא נקט הריטב"א דמסתמא כשמשכיר עצמו לכל המלאכות מקנה את גופו בכסף או שטר וחזקה", אולם הקצות (י) למד בריטב"א שחולק על סיעת התוס' ודעימיה דסברי דפועל אפילו משכיר עצמו לכל מלאכות ובכסף וטר וחזקה נמי אינו אלא פועל ולא עבד ואינו משלם אלא כפי מה שעשה, דעבד עברי אינו נוהג אלא בזמן שהיובל נוהג ואינו אלא שעבוד בעלמא ואין משלם אלא כפי מה שעשה, אולם לריטב"א שיטה אחרת לחלק בין נשתעבד לכל המלאכות או לדבר הידוע ולשיטתו ה"ה בפועל שנשתעבד לכל מלאכות דין ע"ע יש לו.

הקצות (ט) כתב על חילוקי הרמ"א דהיינו דוקא בחלה מחצית אבל אם חלה רוב ימי השכירות אפילו הקדים שכרו או חזר וקבלו בסתם נמי מנכה לו כל מה שחלה, דהא מפרשי להא דתניא חלה שלש בהנך גוונא ואפ"ה תני עלה חלה ארבעה מנכה לו, והיינו רוב ימי השכירות.

הקשה הש"ך (כח) דצ"ע בסיפא דמחבר מדוע השמיטו בעלי השו"ע דעת הרמב"ן דאפילו לא היה בע"ה מוצא פועלים אחרים שוכר עליהם או מטען (פת"ש: משום דאין אדם רואה ממונו אבד ושותק ומסתמא טרח בתר פועלים, ואי טרח ומטפי להו אאגרייהו קצת ודאי משכח, מיהו היכא שפועלים לא היו מוצאים להשתכר אינו חייב ליתן להם שכרם, דליכא למימר גבי פועלים אנא טרחנא ומתגרנא, דאפשר שיטרח כל היום ולא יוכל להשתכר), אולם בתשובת **ושב הכהן (פת"ש יא)** כתב דרוב הפוסקים חולקים על הרמב"ן בזה כמבואר מדברי הרמב"ם והסמ"ג, וכן נראה מסתימת הרי"ף רא"ש ועוד מוכח משם דמה שמבואר בדברי הרשב"א והשו"ע כאן דאם לא היה מוצא פועלים אחרים אינו שוכר עליהם, הוא לאו דוקא, אלא דאפילו יכולים לחזור לכתחילה (וכן משמע בש"ך בשו"ע).

עמש"כ המחבר דאם לא נאנס וחוזר בו שוכר עליו ומטען, כתב הש"ך (כט) ע"פ הרא"ש וש"פ דאפילו אם עדיין לא התחילו במלאכה כיון שהוא דבר האבוד שוכר עליהן או מטען דגם בקבלן אפילו אינו דבר האבוד יכול להטעותו אע"פ שלא התחיל עדיין במלאכה, אולם **הקצות (יא)** העיר דברא"ש מיירי בהתחיל הקבלן במלאכה, ועיין עוד **נתיבות (י)**.

עמש"כ הרמ"א ע"פ הרא"ש דאם מצא פועלים אחרים לשכור והטעה את אלו צריך ליתן להם כפי מה שפסק להן באחרונה, כתב הש"ך (ל) דמשמע ברא"ש דוקא כשהפועל יודע שיש כאן אחרים ואמר לבע"ה הרי לפניך אחרים לשכור דה"ל כמעמיד לו אחר במקומו ולפ"ז ניחא הא דכתב הרא"ש בתשובה דקבלן שחוזר יכול להטעותו אף אם היה מוצא פועל אחר ולפ"ז ניחא גם דאין הרא"ש חולק על הנ"י בשם האחרונים דהיכא דלא היה יכול לחזור אלא בתרעומות אינו נותן אלא כפי פסיקה ראשונה והובא ברמ"א שלב/ה ולא מסתבר לחלק בין בע"ה החוזר לקבלן החוזר אלא שאני הכא כיון דאמר ליה שכור מאלו, אבל מדברי הטור והרמ"א שלא כתבו דא"ל שכור מאלו משמע דס"ל דאין חילוק בזה וכ"כ בד"ה ועל כן כתב הטור ע"פ תשובת הרא"ש דיכול להטעות הקבלן אם אינו מוצא פועל אחר לשכור וס"ל דהרא"ש בתשובה לא ס"ל כמ"ש בפסקיו ואזלינן בתר פסקיו.

הקצות (יב) כתב דדברי בד"ה נכונים (וכ"ד **הנתיבות י"א עיי"ש**) דהטור כתב דבריו על פי דברי הרא"ש בפסקיו, דאילו דברי הרא"ש בתשובה מן הדין אינו יכול לחזור כלל אפילו מצא פועל אחר, ואילו אנן קי"ל דאפילו קבלן וגם התחיל במלאכה נמי חוזר כל שיש פועלים אחרים לפניו וכן בעל הבית בפועל חוזר כל שיש בעל הבית אחר, עיי"ש שהאריך בזה, ועוד כתב דמה שהקשה הש"ך דהרא"ש נגד דברי הנ"י בשם האחרונים והרמ"א פסק בסימן שלי"ב כנ"י דהיכא דיש לבעל הבית תרעומת הולכין אחר פסיקה הראשונה והכא פסק שצריך ליתן כפי מה שפסק באחרונה, אין כאן סתירה כלל, דהנ"י לא קאמר אלא היכא שהיה בתחלה קציצה ואח"כ חזרו פועלים בבעל הבית או להיפך בעל הבית בפועלים ופייסו בסתם, אמרינן דמסתמא נתרצו לקציצה ראשונה אע"ג דכבר חזרו, וכה"ג במקח עושין כדברי מוכר או לוקח, אבל בזה כיון שאין להם לחזור אלא בתרעומת אמרינן כל בסתמא לקציצה הראשונה הוא דנתרצו בכדי שלא יהיה תרעומת, אבל אם חזרו פועלים מקציצה הראשונה והלך בעל הבית ופייסניהו לפועלים ביותר מקציצה הראשונה ודאי צריך ליתן כפי דמים שפסק באחרונה כיון דיכולין לחזור, והיינו הך דרמ"א דהכא כיון שפסק להם בפירוש, אם לא היכא שהדין נותן להיות שוכר או מטען, אבל כל שאין רשות להטעות וכמו הך דיש פועלים לפניו וחזרו ובע"ה פסק להם בפירוש ביותר מקציצה הראשונה, ודאי צריך ליתן כפסיקה האחרונה ואין לו עליהם אלא תרעומת.

הפת"ש (ח) האריך **בדין משרתת** שדעת הרמ"א (לעיל) ע"פ תה"ד דמקרי דבר האבוד דבע"ה לא יכול לעשות מלאכה בעצמו ועיי"ה זה נאבד שלו, והש"ך (לעיל) ציין שבפנים התשובה סיים בצ"ע וא"כ הדין עם השכיר דהמע"ה וכתב דנראה דהכל הוא לפי הענין לפי ראות עיני הדיין, והביא בשם **ושב הכהן** לישוב דעת הב"י והרמ"א דמש"כ בתה"ד דדבר זה צ"ע, היינו לענין שיכול לשכור עליהם ועיי"ה זה יוציא מהם כל מה שיצטרך ליתן יותר, בזה הוא דמסתפק כיון דאינו ברור כ"כ שהוא דבר האבד כשאר דברים המבוארים בש"ס, אבל לענין לחזור לכתחילה שפיר י"ל דאינו יכול לחזור, ואף שהוא ספק אם יפסיד בעה"ב ע"י חזרתו, גם כן אינו יכול לחזור ולגרום לו היזק מספק, והב"י והרמ"א שכתבו דמיקרי דבר האבד, היינו לענין זה שאינו יכול לחזור לכתחילה, אבל אם שכר עליהם ובא להוציא ממון מהפועל,

אה"נ שאינו יכול להוציא ממנו, וכן פסק במשרת החוזר בו בתוך הזמן, באם היה בעה"ב מוצא משרת אחר לשכור כששכר אותו ועכשיו אינו מוצא, לכתחילה אינו יכול לחזור, אבל אם חזר ושכר עליו אינו יכול להוציא ממנו מה שנתן יותר, אך אם לא היה מוצא משרת אחר לשכור כששכרו יכול לחזור אפילו לכתחילה, עיי"ש.

< כתב רע"א ע"פ תפ"מ דהמוסר דבר לחבירו לארוג וכדומה בקבלנות ואירע אונס לאומן י"ל דאין הבעה"ב יכול לטלו ממנו, דיכול לומר לא שכיר יום אנא ואעשה לך הפעולה אחר עבור האונס אם לא שרואים שצריך לזה לאותו הזמן כגון לצורך הרגל וכדומה.

פועל שעובד בחינם אצל בעל הבית האם יכול לחזור בו בחצי היום בדבר האבד?

כתב הרמ"א ע"פ המהרי"ק "פועל שעשה בחנם עם בעל הבית, יכול לחזור אפילו בדבר האבוד (ש"ך): פירושו שיאמר איני עושה בחנם אלא בשכר אבל פשיטא דאם זה רוצה ליתן לו שכר ואינו רוצה לעשות עוד אפילו בשכר והוא דבר האבוד כגון שהיו מתחלה פועלים אחרים ועתה אין כאן פועלים צריך לשלם לו כל הזיקו מדינא דגרמי".

מה הדין במלמד תינוקות או סופר האם יכול לחזור בו? (ראה לעיל) ומה הדין אם השתעבד הפועל בקניין? (ראה סוף סע' ד) הסבר את הטעמים (גם ראה לעיל).

עוד כתב הרמ"א באמצע הסעי' "מלמד החוזר בו מקרי דבר האבוד, וכן סופר המקבל לכתוב ספר אחד וחוזר בו, מקרי דבר האבוד (תשובת מיימוני ומרדכי, דספר הנכתב בכתיבת יד שני סופרים הוא מנומר ומיקרי מקולקל). מלמדין דינן כשאר פועלים שצריכין לעשות כמנהג להשכים או להעריב כמו שנתבאר סימן של"א, ואסור לעשות מלאכתו עם הלמוד או לנעור בלילה יותר מדאי, או להרבות במאכל, וכל המשנה ידו על התחתונה ומעברין ליה (ירו' ומרדכי). שכר עצמו לזמן, יש לו דין פועל (נפק"מ באם יש פועלים אחרים לשכור מהן כבסעי' ז', סמ"ע כ"א); אבל אם שכר עצמו ללמוד ספר או חצי ספר, יש לו דין קבלן (הגהות מיימוני), וע"ל סימן של"ד ושל"ה מדיני מלמד".

עמש"כ הרמ"א דמלמד החוזר בו מקרי דבר האבוד, כתב הש"ך (כו) דהטעם שכל עת ורגע שהתינוק הולך ובטל הוא פסידא דלא הדר, ולפי"ז במלמד אם מעמיד לו מיד מלמד אחר יכול לחזור בו וכן בשכרו לכתוב ספר נמי אם ידוע דלית קפידא בכתיבת ידי ב' סופרים כגון שמתחלה שכר ב' סופרים לכתוב הספר וכה"ג יכול לחזור בו, ולזה כתב הרמ"א בסמוך במלמד ששכר עצמו לזמן יש לו דין פועל ובשכר עצמו ללמוד ספר יש לו דין קבלן ונ"מ אם מעמיד לו מלמד אחר, וכן הדין אם אין האב רגיל לדחוק עצמו על שכירות מלמד בזמן מועט כזה עד שיזדמן לו לא הוי דבר האבוד. [הגר"א ציון למקור לכך שמלמד החוזר בו מקרי דבר האבוד לב"מ ק"ט ע"א ד"אמר רבא מקרי דרדקי שתלא ואומנא וספר מתא כולן כמותרין ועומדין דמי כללא דמילתא כל פסידא דלא הדר כמותרין ועומדין דמי", ולתוס', שכתבו שם שלרש"י הטעם בספר מתא משום דשבשתא כיון דעל על "לכך חשיב פסידא דלא הדר" ולתוס' "לפי שבאותה שעה שלימדו שיבושים נתבטל לו לימוד של אמת"].

כתב בפסקי המשפט (כא) שמורה שחתם להנהלת ביה"ס שלא יעזוב משרתו, אסור לעזוב בתוך השנה, אע"פ שהש"ך (יד) הכריע להלכה שפועל יכול לחזור בו אפילו אם עשה קנין, מ"מ בדבר האבוד (כדלעיל במלמד) קי"ל כחכמת שלמה שהש"ך יודה שאינו יכול לחזור בו, ולכן אם עוזב בכל זאת מותר להנהלה לשכור מורה אחר ולהוסיף על שכרו יותר מכדי שכר הראשון והראשון ישלם ההפרש [אולם אם ביה"ס פועל בדרך כלל ע"פ חוקי הממשלה יש לברר מה החוק למקרה כזה, כי מסתמא נשכר על דעת כן].

[מה הדין במי שהזמין מונית או הסעה בטלפון ולאחר מכן ביטלה?]

כתב בפסקי המשפט (ב) ע"פ אמרי יעקב (סימן יא, ביאורים לסעי' כא) שהעולה שהזמין בעל מלאכה ולאחר מכן חזר בו וביטל את ההזמנה חייב לשלם לו שכר כפועל בטל אם נתקיים אחד מג' התנאים א' עשו קנין ב' התחיל בעבודתו ג' אם הפסיד הפועל שבתחילה היה מוצא עבודה אצל אחרים וכעת כבר לא ימצא מי שישכרו, אולם אם מבטלו משום אונס אין צריך לשלם לו אלא על מה שעשה בלבד. [אם לא נתקיימו אחד מג' התנאים ומצד שני אין אונס אף שיכול לחזור בו אולם לכתחילה אסור לשנות בדיבורו ולחזור בו משום מחוסר אמנה, אם לא שהשתנה המצב והתנאים במציאות, ע"פ סמ"ע א'].

לפי"ז מי שהזמין מונית או הסעה ואח"כ ביטל, וכעת לא ימצא נוסע אחר או שכבר התחיל ליסוע למקום המזמין ובעצם התחיל עבודתו חייב לשלם, אלא דנחלקו הפוסקים, דעת הנתיבות (שטז, ב) שאינו חייב לשלם לו כל שכרו אלא כפועל בטל שהוא כמחצית שכר הואיל ובעל המונית נהנה במה שאינו צריך לעבוד (אמנם על חלק הנסיעה שכבר התחיל חייב לשלם לו שכר מלא) ודעת הקצות (שם, א) שחייב לשלם לו כל שכרו שהרי המזמין יכול לקיים את השכירות ולנסוע במונית ואף הנהג מזומן לעשות מלאכתו, ושאינו בסעי' הכא דאי אפשר לבע"ה לקיים השכירות והרי זה חשוב כקצת אונס (ומ"מ יש לנכות מהתשלום את עלות הדלק והוצאות נוספות). כאמור הדברים אמורים כשביטל שלא מחמת אונס כגון שהאפשר לנסוע עם חבירו בחנם או שמצא הזמנה יותר זולה, אך אם ביטל משום שאינו חש בטוב או משום שאין לו כבר צורך בנסיעה הכל מודים שאין המזמין צריך לשלם כלל ובאופן זה מותר לכתחילה לבטל ואין בזה משום מחוסר אמנה. [עיי"ש עוד לגבי ביטול תוך אצל רופא שדעת מנחת צבי ועוד יש לשלם לרופא שכר מלא או קרוב לזה כיוון שהרופא אינו מרוויח כלום במה שלא קיבל קהל שהרי ייעוץ רפואי אינו כרוך בשום טירחה ובפרט שבלאו הכי נמצא במרפאה, ובשם הגרישי"א כתב שאולם על הרופא מוטל לפרסם בפני הלקוחות שבמקרה זה חייבים לשלם].

סעיף ו

משנה ב"מ עה: "שוכר עליה" ובגמ' עה. "עד כמה שוכר עליהם אמר רב נחמן עד כדי שכרן איתיביה רבא עד ארבעים וחמשים וזו אמר ליה כי תניא ההיא שבאת חבילה לידו" ופירש רש"י "עד כדי שכרן. אם עשו אצלו קצת המלאכה ולא קבלו כלום שוכר עליהם כל מה שהוא חייב להם יוסיף לאחרים ויגמרו. שבאת חבילה לידו. אם יש בידו משלהן הרבה כדרך האומנים המקבלים עליהם מלאכה מביאים כלי אומנות לבית בעל הבית".

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "כיצד שוכר עליהם, [שוכר] פועלים וגומרין מלאכתן שלא תאבד, וכל שיוסיף לאלו הפועלים האחרים על מה שפסק לראשונים נוטל מהראשונים עד כמה עד כדי שכרן של ראשונים, ואם היה להם ממון תחת ידו, שוכר להשלים המלאכה עד ארבעים או חמשים וזו בכל יום לכל פועל, אע"פ ששכר הפועל בשלשה או ארבעה } ואם לא שכר עליהם אחרים אין הפועלים חייבים לשלם לו הזיקו (נ"י), וי"א (מרדכי בשם מהר"ם) הא דשוכר עליהן עד ארבעים או חמשים וזו היינו דווקא שתפס כלי אומנותם אבל שאר דברים לא, (תה"ד -) ודוקא בדבר האבוד שאינו ממון כגון מלמד או כדומה לזה, אבל בדבר האבוד של ממון, צריך לשלם לו כל הזיקו".

גבי 'עד כדי שכרן של הראשונים' כתב הסמ"ע (כה) דדעת רש"י אם שכרו לפועל בבי דינרין ליום וחזר באמצע היום שוכר עליהן ונותן לשני ב' דינרין, אולם הרמב"ם והטור ס"ל כרא"ש עד כדי הכפל משכר הראשונים, והרא"ש הקשה אפירוש רש"י, דלפירושו אם כבר נתן להן השכירות או עדיין לא התחיל במלאכה לא יהיה קנס על הפועל אפילו בדבר האבד, ולרא"ש אין חילוק בין כבר נתן להן השכירות או לא נתן עדיין, וכי"ד הש"ך (לב) ותמה על רי"ו שפסק עד כדי מה שבע"ה תפוס משכרן והוא פרש"י והכריע כנגד רבו הרא"ש, והכי מוכח בירו'.

כתב הש"ך (לג) ד'אם היה לו ממון' הוא לשון הרמב"ם ומשמע דאפילו לא נתנו לו הממון בתורת משכון ולא הקנו לו הממון בקנין וכן משמע מדברי התוס' טור ופוסקים ודלא כסמ"ג. עוד משמע (לד) דאפילו ממון אחר שאינו כלי אומנותו וכן יש ללמוד ברש"י, והמהר"ם במרדכי שהביא הרמ"א דס"ל דחבילתן דוקא יחיד הוא נגד כל הני רבוותא עיי"ש, ובדעת המהר"ם ביאר (לח) דבכלי האומנות סמכה דעתה טפי ולכך יכול לתפוס אפילו יותר מכדי שכרן מה שחייבים לפי הדין אבל שאר דברים אינו שוכר עליהם עד מי וני' אלא עד כדי שכרן ואפילו דבר אחר יכול לתפוס עד כדי שכרן, ואין הלכה כמותו כנ"ל.

עמש"כ המחבר 'עד ארבעים וחמשים' פירשו הסמ"ע (כו) והש"ך (לה) ע"פ הרמב"ן דר"ל כשיעור שדרך בעלי בתים לשכור לעת הצריך למלאכתן שלא תאבד, וממילא שיעור מי וני' לאו דוקא הוא, אלא כפי דרכן של בע"ה וכפי הענין של דבר האבד להוסיף או לגרוע משיעור מי וני', וכן דעת הרמב"ם ולא כמ"ש בב"י ברמב"ם דארבעים וחמשים גוזמא הוא וא"כ מה לי ארבעים וחמשים מה לי מנה, ולרמב"ן אם שכרן במנה אינו משתלם ממנה שאין זו שכירות אבל עד מי וני' דרך בעלי בתים לשכור כן בדבר האבד.

עוד כתב הש"ך (לט) דנראה שהרמ"א למד בני"י דמיירי בדבר האבוד שאינו ממון, אבל באמת בני"י משמע דאפילו הפסיד לו ממון אינו חייב לשלם לו הזיקו וכן משמע ברמב"ן, ומ"מ נראה דלא פליגי

דהרמב"ן ונ"י מיירי שהיה מוצא לשכור אלא שהמתין ולכך לא ישלמו מה שהפסיד בהמתנתו ותה"ד מיירי שלא היה מוצא לשכור או שנפסד מיד.

הנתיבות (יד) למד דלמחבר אין חילוק בין דבר האבד של ממון או שאינו של ממון ובכולם אינו שוכר עליהן רק עד כדי שכרן בלא באתה חבילה לידו, והי"א ברמ"א חולקין וס"ל בדבר האבד של ממון חייב לשלם כל ההיזק מדינא דגרמי, וממילא שוכר עליהן אפילו בלא באתה חבילה לידו עד כדי שינצלו הפועלים מההיזק. [החזו"א פסק שפועל שביטל הסכם שכירות וגרם עי"ז הפסד ממון לבעלים פטור לשלם מדינא דגרמי וכנתיבות במחבר, והאריך להוכיח שדעת ההג"א שר"י שעליו ביסס הרמ"א דבריו שמחייב את הפועל שחזר בדבר האבוד של ממון, הוא שלא כדעת רבים מהרא"י, ואף מסברא דאין לחייבו מדין גרמי שעל פי רוב אין הפועל גורם הפסד בחזרתו, פסקי המשפט (ל), אכן הביא שם בשם הגר"ש"א לחייב נהג מוניית שאיחר ברשלנות את הפסד הטיסה או התוספת לכרטיס חדש מפני שנחשב לגרמי].

סעיף ז

ע"פ הברייתא בב"מ עו: פסק בשו"ע כהמשך להנ"ל וכלשון הרמב"ם "במה דברים אמורים שאין שם פועלים לשכור בשכרן להשלים המלאכה, אבל אם יש פועלים לשכור בשכרן, ואמר לו צא ושכור מאלו והשלם מלאכתך, בין שכיר בין קבלן, אין לו עליהם אלא תרעומת, ושמין לשכיר מה שעשה, ולקבלן מה שעתידי לעשות".

סעיף ח

אמר לאומן עשה לי דבר פלוני, ועשאו האומן והקונה לא רוצה לקחתו, האם מחויב לשלם

וכמה?

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע "אמר לאומן עשה לי דבר פלוני ואקחנו ממך, ועשאו האומן, ואחר כך אינו רוצה לקחתו, והוא דבר שאם לא יקחנו מיד, יפסיד, חייב (לפרוע לאומן משום דינא דגרמי מידי דהוה אהלכו חמרים ולא מצאו תבואה פועלים ומצאו שדה לחה נותן להם שכרם כיון שהפסידו על ידו מלאכת היום הכא נמי על פי דבורו הפסידו", טור בשמו)".

כתב הסמ"ע (ל) דמדוקדק מהרא"ש דהטיפול מוטל על האומן למכור הכלי, רק הפסידא שיהיה לו כפי הפיסוק שפסק עמו הבע"ה מתחילה מהכלי צריך להוסיף לו על הדמים שיקבל האומן, וכתב הש"ך (מא) דהיינו דוקא בשעשה האומן משלו אבל עשה משל בע"ה אם כן כיון דס"ל אין אומן קונה בשבח כלי וכסימן ש/ב הרי הכלי של בע"ה ואין הטירחא מוטל על האומן למכרו.

הקשה ה**נתיבות** (טו) למה הוצרך שיהיה דוקא דבר שאם לא יקחנו מיד יפסיד דהיינו דבר האבד, ואילו בסימן שלו/ב מבואר דאפילו בציוה לו לעשות דבר של הפקר ואמר שכרך עלי חייב לשלם ואינו יכול לומר טול מה שעשית בשכרך, וכתב דלכן נראה דדוקא בשכירות פועל דאין צריך קנין חייב דמזה מיירי בסימן של"ו, והכא מיירי שלא אמר לו שיעשה בתורת שכירות, רק שאמר לו שאחר שיעשהו לעצמו יקנהו ממנו בתורת קנין לפי שוויו דאז לא נעשה שלוחו להתחייב תיכף, רק בדבר האבד חייב מטעם גרמי.

אדם שעבד במוסד בתנאים מסויימים שנה אחת ואחר כך המשיך שנה שניה, אימתי אמרינן שזוה לפי התנאים הראשונים? ומה הדין אם התחלפו מנהלי המוסד? ומה הדין בשוכר שהמשיך בשנה שניה מבלי לדבר על תנאים?

ראובן חתם חוזה עבודה לשנה עם חברת הי טק, הנ"ל קיבל משכורת חודשית ותנאים גלויים נוספים כגון רכב, מגורים וכד', מה דין השכירות והתנאים הנלווים לאחר שנה כאשר הנ"ל המשיך לעבוד ללא כל דיבור על תנאי העסקתו? כאשר סיכמו שהמשכורת תמשיך כדאשתקד ולא דיברו על התנאים הנוספים? כנ"ל ונעשה שינוי בגובה המשכורת?

ע"פ ריב"ש ומהרי"ק כתב הרמ"א "שליח צבור שהשכיר עצמו עם מנהיגי העיר לשנה בתנאי כך וכך, ואחר כך השכיר עצמו לבני העיר הזאת עם מנהיגים שניים, ולא התנה, ודאי על תנאי הראשון השכיר עצמו, ודוקא שחזר והשכיר עצמו בשנה שנייה, אבל אם עמד עמהן בשתיקה, לא אמרינן דנשאר על תנאו הראשון".

כתב הסמ"ע (לא) דמש"כ עם מנהיגים שניים, לרבותא כתב כן, דמכל שכן אם נשכר שנית עם מנהיגים ראשונים שיודעים מהתנאי משעה ראשונה, וכ"ד הש"ך (מג) דכן הוא בריב"ש.

כתב הש"ך (מב) דמדובר שהשכיר עצמו בסתם להיות אצלם עוד שנה הלכך אמרינן כיון שלא התנה ודאי על תנאי הראשון הזכיר וע"ז מייתי הריב"ש שפיר ראיות, אבל אם השכיר עצמו וקצב סך השכירות ולא הזכיר התנאי ודאי אמרינן שפיר דמדקצבו השכירות ולא התנאי אם כן לא על התנאי שכרוהו דה"ל כקציבה חדשה, ודלא כלבוש שכתב דמדובר שחזר והשכיר עמהם בשנה השנייה בין גרעו או הוסיפו בשכירות בין לא גרעו ולא הוסיפו לו, וצ"ע מנ"ל הא.

כתב בחמדת שלמה (פת"ש יד) דמשמע בסיפא דהש"ך דהיכא דקצבו השכירות הוי כקבלה חדשה ובטל התנאי הראשון, א"כ ה"ה דהגבלת הזמן שקיבלו בראשונה לש"ך רק על ג' שנים בטלה ג"כ, ולא אמרינן דגם עכשיו קיבלוהו רק על ג' שנים.

עמש"כ הרמ"א דאם עמד בשתיקה לא אמרינן דנשאר על תנאו הראשון, כתב הש"ך (מד) דדין זה צ"ע והראיה שהביאו הפוסקים בתשובותיהם מכתובות צ' גבי קטן שהשיאו בתוספת כתובה שאין לאשתו תוספת כתובה א"כ חדשו ר"ל דוקא התם משום שהמעשה בטל מתחלה דמקטן לית לה תוספת כתובה משא"כ הכא שהשכירות הראשון קיים, וכן הוא בתשובת רב האי גאון שהמשכיר בית לחבירו לשנה לסך ידוע ועמד שם ביותר שאינו חייב לפרוע ממה שעמד אלא כמו סך השנה ראשונה כיון ששתקו ואע"פ שהוקר השכירות, ואולי סובר הרמ"א דכיון שלא שכרוהו הקהל מחדש הו"ל כש"ך בלא קציצה וא"כ גם השכירות לא ישלמו לו כבראשונה רק יהא כש"ך בלא קציצה וכדין פועלים בלא קציצה שמשלם כפחות שבפועלים, וצ"ע.

כתב הנתניבות (טז) דאין להקשות דא"כ אם הוזלו שכירות בתים דצריך לשלם השוכר כפי הפסיקה הראשונה שהיה ביוקר, ואמר השוכר למשכיר להכי שתקתי דמה היה לי היזק שהנחת אותי לדור בביתך, דזה אינו, דדוקא בבית דיש ביה משום גזל כשדר בלא שכירות, להכי אמרינן דודאי היתה דעתו אשכירות ומדלא פסק אמרינן דאדעתא דפסיקה הראשונה דר, משא"כ בש"ך דאין בו משום גזל כששומעין אותו כשמתפללין יכולים לומר מה היזק היה לנו.

< ע"פ תשובת המיוחסת לרמב"ן כתב הרמ"א "האב שהשכיר בנו למלאכה, אע"פ שאינו מעלה לו מזונות, ודאי ניחא ליה במה שעושה האב ונוטל כפי מה שקצב האב, עד שעה שיחזור בו", וכתב הש"ך (מה) דמשמע מלשון הרמב"ן דמסתמא כיון שידע בתנאי האב בקציצתו ונכנס במלאכה מסתמא ניחא ליה במה שעשה האב כיון שלא מיחה, וגם הרמ"א מייירי בהכי שידע בתנאי האב בקציצתו ולפ"ז אב לאו דווקא אלא ה"ה אחר שהשכירו וידע בקציצתו של האחר, וגם נראה שא"צ לידע סך הקציצה רק שידע שבע"ה או אחר קצץ עמו ונכנס במלאכה א"כ מסתמא ניחא ליה בכל מה שקצץ עמו האב או האחר כן. בנתניבות (יז) כתב שבתשובת הרמב"ן מבואר בהדיא דדין זה הוא דוקא בבן, ובלא"ה קשה למאי נפק"מ במה שנוטל קצבת האב עד שעה שיחזור, דהא קודם שיחזור אפילו אי נימא דלא נתקיים קצבת האב מ"מ לא יהא אלא בלא שכירות הא אינו נוטל אלא בפחות שבפועלים, וע"כ צ"ל דמיירי שקצב בזול יותר מפחות שבפועלים, ולפ"ז יש נפק"מ רבתי, דבאחר כשידע שקצץ עמו האחר ולא ידע בקצבתו, אף שיעשה עמו מלאכה על סמך קצבתו של זה, מ"מ הא לא עדיף האחר משליח גמור, שאם נתאנה שהמקח בטל ואפילו בכל שהוא, דיכול לומר לתיקוני שדרתיך ולא לעוותי, וכיון שקצבתו נתבטלה והוי כעשה עמו בלא קצבה, ממילא נוטל כפחות שבפועלים, משא"כ באב אמרינן דמסתמא מינח ניחא ליה על כל מה שיעשה האב, והוי כהתנה עם אביו בין לתקן ובין לעוות והקצבה קיימת ואינו נוטל רק כקצבת האב.

מה הדין בבעל בית שפיטר את הפועל בלשון "לך מעמדי" האם חל?

מלמד או מורה שפוטר בתוך תקופת עבודתו על ידי המעסיק, במכתב פיטורים או בעל פה, האם זכאי המעסיק לחזור בו מן הפיטורים ולדרוש ממנו לחזור להשלמת תקופת עבודתו? כיצד הדין בפועל בכגון זה. הסבר.

בעל הבית ששכר פועל ושילם לו מראש ואח"כ אמר לו לך ממני, האם חייב להחזיר מה שקיבל ולא עבד? מה הדין אם אמר זאת דרך כעס?

כתב הרמ"א בסוף הסעיף "מלמד אצל בעל הבית שאמר לו בעל הבית לך מעמדי, ונתרצה המלמד, יוכל הבעל הבית לחזור בו ולעכבו, דאינו יכול למחול שעבודו של נער (תשובת רשב"א רי"ו ועוד, שזכין לקטן ואין חבין לו, גר"א), מיהו בשאר פועל, אם אמר לו בפני שנים (לאו דווקא וה"ה אם א"ל כך בינו לבינו ומודה בכך הוי מחילה דלא איברי סהדי אלא לשיקרא, ש"ך מ"ח) לך מעמדי פטור בלא מחילה (רי"ו) ויש אומרים אם אמר לו דרך כעס, שאינו פטור (רי"ו בשם י"א)".

כתב הש"ך (מו) גבי הרישא דיכול בע"ה לחזור בו, דדעת מהרשד"ם לחלק בין אמירה לכתובה דכתיבה מהני ונמחל שעבודו, ואין דבריו נכונים. הנתובות (יח) ביאר דדעת מהרשד"ם כסיעת הרשב"א לקמן דהדין כן בכל פועל משום דפועל גופו קנוי ולא מהני בלא קנין ולזה כתב מהרשד"ם דכתיבה מהני, דלטעם השני שאינו יכול למחול שעבודו של נער ודאי דאפילו כתיבה לא מהני, וע"ז השיגו הש"ך וס"ל דלך מעמדי לשון גרוע הוא ואפילו כתיבה לא מהני.

על חילוק הרמ"א ע"פ רי"ו דבשאר פועל פטור בלא מחילה כתב הש"ך (מז) דאע"ג דבדברי מהרי"מ רשב"א ומרדכי משמע דאפילו בשאר פועל לא מהני אם אומר לו לך משום דגופו קנוי לו כמו עבד עברי דמדמי פועל לע"ע בב"מ י' מ"מ לא קי"ל כמהרי"מ בהא דפשיטא דנהי דפועל יש לו דין ע"ע היינו לקולא שיכול לחזור בו אבל לא שיהא גופו קנוי לו וכן משמע בתוס' קידושין י"ז (שהובא בסקכ"ה), וגם נראה דמהרי"מ גופא לא סמך אהך טעמא אלא עשה אותו סניף לטעם האחר ועיקר טעמו משום דאינו יכול למחול שעבודו של נער.

עמשי"כ הרמ"א בשם רי"ו דבשאר פועל באמר לך מעמדי פטור בלא מחילה כתב הש"ך (מט) דאע"ג שכבר קיבל כל השכירות א"צ להחזיר כלום, ובתשובת ושב הכהן (בפת"ש טז) חלק דלענין ממון משמע ברש"י ושא"ר דזיל לחוד לא מהני עד שיאמר ואין לי עליך כלום, ובש"ך צ"ל דמפרש ברשב"א ורי"ו דזיל לחוד מהני גם לענין ממון, מחמת שמוכח מהש"ס שם להדיא דהיכא שאין גופו קנוי פטור מהממון שמגיע להאדון, וליתא דלא מוכח מידי, די"ל שאני התם גבי עבד עברי דיוצא בגרעון כסף בע"כ של האדון, וא"כ לענין מאי אמר לו זיל, ע"כ לפוטרו מהממון.

עמשי"כ הרמ"א דאם אמר לו דרך כעס שאינו פטור, כתב הפת"ש (יז) שהתורת חיים חולק ואילו המהרי"ם מבריסק סתר דבריו. בתשובת חת"ס כתב בנידון שהיו כל הקהילה במריבה ואמרו שמחולים, לכ"ע לא מהני, דגם התו"ח לא אמר דבריו אלא בעושה מעשה בפני ב"ד ועדים, אבל הכא לא היה שם ב"ד ועדים כי כל הקהילה נוגעים הם ולכ"ע פטומי מילי בעלמא הם.

< כתב בהג"מ בשם הסמ"ג (בב"י שלי"ד) דמי ששכר מלמד ע"י קנס חייב לשלם הקנס אע"פ שלא הקנה דדמי לאם אוביר ולא אעביד, וכתב הב"י דצ"ע, וכתב הש"ך (מט) דנראה כוונתו בצ"ע דווקא עמשי"כ 'אע"פ שלא הקנה', ואזיל לטעמיה בסימן ר"ז דיש מחלוקת הפוסקים אפילו במקום דקניא אסמכתא אי בעי קנין, והש"ך כתב דבמלמד ושדוכין כ"ע מודו דלא בעי קנין וכדמוכח דברי כל הפוסקים דמדמי לה לאוביר ולא אעביד אשלם במיטב.

סימן שלד - השוכר את הפועל להשקות השדה והשוכר מלמד וחלה בנו

סעיף א

מה הדין שכר פועל להשקות שדה מנהר ופסק הנהר או עלה הנהר או ירדו גשמים?

ב"מ עז. "אמר רבא האי מאן דאגר אגרי לדוולא ופסק נהרא בפלגא דיומא אי לא עביד דפסיק פסידא דפועלים עביד דפסיק אי בני מתא פסידא דפועלים לאו בני מתא פסידא דבעל הבית".

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "השוכר את הפועל להשקות השדה מזה הנהר, ופסק הנהר בחצי היום, אם אין דרכו להפסיק, או אפילו שדרכו לפסוק והפועל יודע דרך הנהר, פסידא דפועל ואין בעל הבית נותן לו כלום, אף על פי שגם בעל הבית יודע דרך הנהר. אבל אם אין הפועל יודע דרך הנהר, ובעל הבית יודע, נותן לו שכרו כפועל בטל {רא"ש וטור -} וכן בכל אונס שאירע לפועל, בין ששניהם היו יודעין שדרך האונס לבא או ששניהן אינן יודעין, הוי פסידא דפועל, אבל אם בעל הבית יודע והפועל אינו יודע, הוי פסידא דבעל הבית. ואם הוי מכת מדינה, עיין לעיל סימן שכ"א".

ביאר הסמ"ע (א) דבפסידא דפועל דאין הבעל הבית נותן לו כלום פירושו אפילו כפועל בטל אינו נותן לו, והטעם כתבו הטור והרמ"א דלעולם לא יתחייב בע"ה אא"כ הוא היה יודע והפועל לא היה יודע דה"ל לבע"ה לגלות לו ולהתנות, אבל אם שניהן יודעין או שניהן אינן יודעין הפועל מפסיד, שהמוציא מחבירו עליו הראיה וידו על התחתונה.

הסמ"ע (ב) למד במש"כ הרמ"א "ואם הוי מכת מדינה עיין לעיל סימן שכ"א" דבמכת מדינה משלם כל שכרו ויד הפועל על העליונה (מכך שלא ציין לסימן שכ"ב) וכמהר"ם במלמד, ודחהו שם הסמ"ע, וגם הנתניבות (א) כתב דבאמת הדין לכאורה תמוה מאד, מהיכי תיתי יהיה עדיף מכת מדינה מאילו איתרמי האונס בבעל הבית דהוי פסידא דפועל, דהא ה"י הבעל הבית לא פשע מידי דהוי כאילו שניהם אינן יודעין מהאונס, ואדרבה מצינו שמכת מדינה הוא מגרע כח הפועל, דהא בחכירות בסימן שכ"א אף שבשאר אונס אינו מנכה לו, ובמכת מדינה מנכה לו, וכן בשכירות בית למאן דס"ל בנשרף הבית דחייב לשלם כל השכירות, מ"מ במכת מדינה פטור, ואילו במלמד בסימן שכ"א והכא משמע מדברי הרמ"א דמכת מדינה מאלם כח הפועל שחייב לשלם לו אפילו בדבר שלא היה לבעל הבית לידע יותר מפועל, וי"ל דכוונת הרמ"א כאן דבפועל כגון בפסק הנהר ויש לו טירחא יתירה, או שנתמעט הטירחא, בדין חזרה קאי, ואף אם הפועל רוצה לעבוד שיוסיפו או שימעטו לו משכירותו כפי שנתרצה או שנתמעט הטירחא והבעל הבית אינו רוצה, או שהוא להיפך שהבעל הבית רוצה והפועל אינו רוצה, אין אחד יכול לכופ לחבירו ובדין חזרה קאי, משא"כ מכת מדינה בדין ניכוי קאי כמ"ש הרמ"א בסימן שכ"א דכל אחד יכול לכופ את חבירו שיגמור העבודה ובדין ניכוי, אבל לענין לשלם כל השכירות ודאי דאף הרמ"א סובר שפטור כמ"ש כאן, ולא הביא בסימן שכ"א דברי המרדכי בשם מהר"ם במלמד רק להוכיח דעתו דמכת מדינה שייך גם על להבא, שלא כמהר"ם פאדווה דס"ל דמכת מדינה לא שייך רק בלעבר ולא להבא אבל אינו פוסק כוותיה כדמוכח כאן גבי מלמד באירע דבר שנפטר בעל הבית (וראה סוף שכ"א/א גבי שאלת התשלום לפועלים שהתבטלו ממלאכתם עקב המגיפה).

כתב רע"א ע"פ תשובת הרמ"א בהא דאם דרך הנהר פסידא דפועל דאם חזר בעה"ב ואח"כ אירע אונס צריך לשלם דכבר נתחייב.

אם מת השוכר האם יורשיו חייבים לשלם עד תום שנת השכירות?

עוד כתב הרמ"א "מי ששכר בית לדור בו ומת בתוך זמן השכירות, אין צריך לשלם לו רק מה שדר בו, דבעל הבית הוי כפועל והוי ליה להתנות (מרדכי), דבפועל אמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה ה"י הבע"ה הבא להוציא מבאי כחו דהמת) מיהו יש חולקין (רשב"א, דשאני שכירות בתים דה"ל כמכר לו הבית כל אותה שנה ואף על גב דקיי"ל דישנה לשכירות מתחלה ועד סוף מ"מ אין השוכר רשאי לצאת משם) - לכן אם קבל השכר כולו, אין צריך להחזיר כלום, כן נראה לי (ע"פ תה"ד והביא ראיה מדין ספינה זו לין זה, סמ"ע ע"פ הדרכ"מ)".

כתב ה**ש"ך** (ב) דמשמע בתה"ד (וכן הכריח בדרכ"מ) דאם קיבל השכר א"צ להחזיר לו כלומר מן השכר כולו אבל כפועל בטל מחזיר לו, מיהו כאן בהג"ה משמע דא"צ להחזיר אפילו כפועל בטל, ולענין דינא עיקר כמרדכי ומהר"מ ואע"ג שבב"י ס"ס ש"י"ב פסק כרשב"א כבר סתר הבי"ח דבריו והוא דעיקר ראיית הרשב"א הוא מכח דשכירות ליומא ממכר הוא, ואילו התוס' בי"מ נ"ו ועוד רא' כתבו דלא אמרינן שכירות ליומא ממכר הוא אלא באונאה דרבי קרא ולא בשאר דוכתי, ועוד דאפילו אי אמרינן שכירות ליומא ממכר הוא אין היורשים צריכין לשלם די"ל דלכל יומא ויומא ממכר הוא, ועוד י"ל דאטו במכירה גופא כשיש אונס בדבר והוא בענין שה"ל להמוכר להתנות מי לא נתבטל המכר וה"נ כיון דטעמא הוא דבע"ה הוי כמו פועל וה"ל להתנות בטל השכירות, מיהו אם כבר קבל השכירות א"צ להחזיר מטעם דכיון דנתן לו שכרו נתרצה לו שיהיה שלו אפילו יארע אונס, אלא דנפק"מ שצריך להחזיר לו כפועל בטל מה שהבית פנוי לו לעשות בו מה שירצה.

ה**נתיבות** (ב) הקשה על שיטת הרמ"א בשם היש חולקין, דהא פסק בסימן שיב/ז בנפל הבית דאינו חייב לשלם ולא אמרינן שכירות ליומא ממכר הוא, וכתב די"ל דהתם הריעותא בבית והוי כמום במקח ובדין חזרה קאי, משא"כ כאן שהריעותא הוא בשוכר הבית מה לו לבעל הבית בכך.

כתב ב**פסקי המשפט** (ו) דאם רוצה השוכר להפסיק השכירות מחמת אונס דעת **ערוה"ש** (יב) שחייב לשלם על כל התקופה ודעת **האבני נזר** (ח"מ כה) שפטור אא"כ שילם מראש, שלשיטתו 'שכירות ליומא ממכר' נאמר רק לענין אונאה כדעת התוס' ודלא כרשב"א, וכ"פ למעשה **בעמק המשפט** אך רק טענת מיתה ומחלה הוו אונס, ואם עוזב שלא מחמת אונס האם מנכה לו כפועל בטל להמשך השכירות לדעת **הקצות** (שטז, א) צריך לשלם את כל השכירות ולדעת **הנתיבות** (שם, ב) מנכה לו כפועל בטל שמ"מ נהנה המשכיר שהבית פנוי, אך אם יכול להשכירו לאחרים למשך התקופה שנשארה לכ"ע אין השוכר חייב לשלם על התקופה שלא דר בה. לכן, אם מבטל הזמנת נופש מחמת אונס כתב (ז) שבמקרה שלא נערך הסכם והזמין נתן דמי קדימה (שנחשב כקנין כמבואר בסימן ר"א) תלוי במח' הנ"ל אם חייב לשלם אך לכ"ע יכול לנכות מדמי השכירות את הוצאות החשמל, ובאופן שיש הפסד לבעל הדירה כגון שביטל סמוך לזמן הזמנתו ייתכן שחייב על כל התקופה וכשכירות פועלים (בסימן של"ג), אך אם ביטל מחמת אונס פטור גם באופן זה.

< גבי מש"כ הרמ"א בברחו אנשי העיר מחמת שינוי אויר ראה סימן שכא/א.

סעיף ב

ב"מ עו: "אמר רבא האי מאן דאגיר אגירי לדוולא ואתא מיטרא פסידא דפועלים אתא נהרא פסידא דבעל הבית ויהיב להו כפועל בטל".

עוד **שם** "אמר רבא האי מאן דאגר אגירי לרפקא ואתא מטרא ומליא מיא אי סיירא לארעיה מאורתא פסידא דפועלים לא סיירא לארעיה מאורתא פסידא דבעל הבית ויהיב להו כפועל בטל" ופירש **רש"י** "סיירא לארעא מאורתא. והוליד הפועלים שם וראוה ולא הבינו שהיתה לחה או שירדו גשמים בלילה לית להו כלל דהא חזו אינהו גופייהו ועל מנת כן נשתכרו לו והרי לא יכולים ולא היה להם לילך בבוקר. לא סיירוה מאורתא. עליו היה לתת לב לדבר ולהודיעם אם תמצאו שדה לחה לא אתן לכם כלום ויהיב להו כפועל בטל. פסידא דפועלים. גשמים שירדו הפסד פועלים הוא דלא יהיב להו מידי דאמר להו מזליכו גרם. לא סיירא מאורתא פסידא דבעל הבית. דאמרי ליה מי יימר דאדעתא דההוא ארעא אגרת", אולם דעת **הרמב"ם** שבע"ה ביקר לבד וכ"ד **הרמ"ה** דכיון שלא ראה אותה פשע.

וז"ל ה**שו"ע** "שכרו להשקות שדהו ובא מטר בלילה בענין שאינו צריך, אינו נותן לו כלום, וכן אם בא בחצי היום, אינו נותן לו מחצי היום ואילך כלום, אבל אם בא הנהר, נותן להם כל שכרן, מן השמים נסתיעו { שכר פועלים לחפור שדהו ובא מטר בלילה בענין שאינן יכולין לחפור, אם לא ראו הפועלים הקרקע, פסידא דבעל הבית הוא, דהוי ליה להודיעם שלא יבואו (**רש"י**), וי"א דאם ביקר בעל הבית המלאכה מבערב וראה שצריכה פועלים פטור בכל ענין (**רמב"ם**). ועיין לעיל סימן של"ג סעיף א' וב'. י"א (**תה"ד**) הא דאמרינן דאם אירע אונס הוי פסידא דפועלים היינו ששכרן למלאכה ידועה, אבל אם שכרן סתם, יכול לומר תן לי מלאכה אחרת כזו".

ביאר **הסמ"ע** (ו-ז) ע"פ התוס' ברישא דרוב השדות שבעולם אם ירד עליהם הגשם א"צ להשקותן, נמצא דבע"ה פועל שוים בידיעתו ואמרינן ביה המוציא מחבירו וכו' אפילו אי לא הראה הבע"ה השדה לפועל קודם לכן, משא"כ במניעת המטר חפירת שדהו דאין רוב השדות נמנעות מלחפור מחמת המטר שירד עליהן והבע"ה היודע דרך שדהו ה"ל להתנות, וגבי בא הנחר וכו' הא דלא מפליג גם בזה בין דרכו לבוא לאין דרכו לבוא או אם הפועלים מבני העיר או לא כבסע' א' משום דסתם נהר עשוי לבוא דלכך עושין החריצין להוליך המים בכל השדה והבע"ה הוא היודע דרך שדהו וחריציו, משא"כ הפועלים דאע"פ שהן מההוא מתא אינן יודעין אם עשה בע"ה חריציו לשדהו שיבוא דרך שם, אבל אם פוסק הנחר או לא זה יודעין כל בני העיר.

עמש"כ הרמ"א ע"פ תה"ד כתב **הסמ"ע** (י) דמפירוש רש"י נראה דצריך לשוכרן לשדה ידוע, דאל"כ יכול הפועל לומר לבע"ה תן לי שדה אחר שראוי לחופרו, דמי יימר דאשדה זו שכרתני ע"ש, ובסימן שלה/א כתבו הטוש"ע דכמו שהרשות ביד הפועל לומר תן לי מלאכה אחרת כזו כן יש רשות ביד בעה"ב לשנותו למלאכה אחרת כזו אם כלה לו זה המלאכה.

סעיף ג

גיטין עד: "ההוא גברא דאמר ליה לאריסיה כולי עלמא דלו תלת דליאתא ואכלי ריבעא את דלי ארבעה ואכול תילתא לסוף אתא מיטרא אמר רב יוסף הא לא דלה רבה אמר הא לא איצטריכא ליה (ומזלו גרם, רש"י)", ופסקו **הרמב"ם** והרא"ש כרבה, והקשה **הרי"ף** "וקשיא לן ההיא דאמר רבא.. האי מאן דאגר אגרי לדוולא ואתא מיטרא פסידא דפועלים ומסתברא לן דשאני אריס מפועל דאריס כשותף דמי דאי אתניסא ההיא ארעא לא הוה שקיל מידי הילכך כיון דקביל עליה דדלי ארבעה קנה ליה תילתא וכיון דלא איצטריך לא פקעא מנתא דיליה" וכ"כ **הרא"ש**, וכ"ד **הרמב"ם תוס'** והרמב"ן (ובב"י בשמו האריך לחלוק על הדעות דלקמן), אולם דעת **הראב"ד** דלאו דוקא אריס שאפילו קבלן נמי כך הוא דינו שאם קבל קמה לקצור וקצר חציה ובאו אחרים וגמרוה או נמלים וקרסמוה זכה בשכירותיה דדוקא בפועל הוא דאמרינן דפסידא דידיה לפי ששכרו אינו אלא כפי טרחו וכל שאינו טורח אינו נוטל אבל קבלן אין שכרו תלוי אלא בגמר מלאכה וכל שנגמר בין על ידו בין על ידי אחרים נוטל קבלנותו, ודעת ר"ן **בשם אחרים שאפילו בפועל כך הוא דינו כל זמן שהתחיל במלאכה שמאותה שעה זכה בשכירותו** ואע"פ שלא נעשית על ידו ורווחא דידיה הוא וכי אמרינן פסידא דפועלים דוקא בשלא התחילו במלאכה והביא ראה מב"מ ע"ז דמאן דאגר אגרי לעבידתיה ושלם עבידתא בפלגא דיומא דאי לית ליה דכוותה נותן להם שכרם משלם כלומר של כל היום אלמא דאפילו פועל כל שהתחיל בה אע"פ שלא טרח בה כפי מה שנשכר נוטל שכרו משלם.

וז"ל **השו"ע** כלשון **הרמב"ם** "במה דברים אמורים בפועל, אבל מי שפסק עם אריסו שאם ישקה שדה זו ארבע פעמים ביום יטול חצי הפירות, וכל האריסין שהם משקין שני פעמים אינם נוטלים אלא רביע הפירות, ובא המטר ולא הוצרך לדלות ולהשקות, נוטל חצי הפירות כמו שפסק עמו, שהאריס כשותף ואינו כפועל" וביאר **הסמ"ע** (יא) דבפועל צריך הבע"ה לתת לו שכירותו אף אם לא יעשה השדה פירות כלל משו"ה נמי משלמין כפי מלאכתו, משא"כ אריס דאם אין השדה עושה פירות אינו נותן לו הבע"ה שום דבר, משו"ה כשעושה פירות מקבל פירותיו כפי מה שהתנה עמו אפילו לא השקהו כלל, דמזלו גרם ומן השמים נסתייע.

לגבי דין קבלן כתב **בפסקי המשפט** (יג) שדעת רוב הפוסקים דלא כראב"ד והוא כפועל שכיר [ואם כן אם הקבלן גמר המלאכה מהר ובפחות טרחא מהרגילות יכול לנכות בע"ה משכרו], שהרמב"ן שם בגיטין האריך לחלוק עליו וכ"פ בנתיבות (שלה, א) כרמב"ן, אף שמדברי **הסמ"ע** (שם, ט) נשמע כראב"ד, (וראה לקמן שלה/ב).

סעיף ד

חלה התלמיד האם יקבל המלמד שכרו על ימים אלו?

שכר מלמד ומת התלמיד מה הדין?

ע"פ ב"מ עז. (בסעי' א) גבי האי מאן דאגר אגירי לדוולא ופסק נהרא בפלגא דיומא אי לא הוה רגיל דפסק פסידא דפועלים, כתב הרא"ש בשם רבנו יואל וכ"פ בשו"ע "מי ששכר מלמד לבנו וחלה התלמיד, אם אינו רגיל באותו חולי {והוא הדין אם מת הנער (מרדכי), וזה דלא כרשב"א בסמ"ע של"ה סק"ז, רע"א}, ואפילו אם רגיל והמלמד מהעיר ומכיר בו, פסידא דמלמד (ואם חוזר ומקבלו אחר שהבריא סתם ולא א"ל לנכות לו בשכרו, דצריך ליתן לו שכירותו משלם דומיא דפועל, סמ"ע י"ב), אבל אם רגיל בחולי ואין המלמד מכיר בו, כגון שאינו מן העיר, פסידא דבעל הבית, ונותן לו כל שכרו משלם {דכל לומדי תורה יותר נוח להן ללמוד מליך בטל (שהבטלה גורם להם השכחה, שם) ועיין לקמן סימן של"ה. קצת דיני מלמד ביו"ד סימן רמ"ה וביו"ד סימן רמ"ח סעי' ה' מדין אשה שהשכירה מלמד לבנה אם בעלה יוכל למחות, ועיין לעיל סימן פ"א סעיף א' וסעיף ז' מי שאמר לחבירו ללמוד עם בן חבירו אם חייב לשלם, ועיין לעיל סוף סימן רל"ז אם יש משום השגת גבול אצל מלמד, ועיין לעיל סימן של"ג דינין הרבה מדין מלמד".

כתב הרמ"א (שלה, א) "מלמד שחלה התלמיד נתבאר בסוף סימן של"ד. מקום שהוא פסידא דבעל הבית צריך ליתן לו שכרו משלם ולא כפועל בטל, דאי לא עבדי חלשי (דפקודי ה' ישרים משמחי לב, גם משום דסתם מלמדים רגילים לעסוק במלאכת לימוד הנערים כל היום, ואי לא מיעסקי ה"ל כשינוי וחלשי דומיא דפועל, סמ"ע ד'), ואפילו יש לו תלמידים אחרים שלומד עמהם (חייב לשלם), דדבורא לאחד דבור למאה (רשב"א ורי"ו, ויכול לשמוע בכלל האחרים), ואין בעל הבית יכול ליתן לו נער אחר ללמוד עמו (רשב"א ורי"ו), וי"א דיוכל ליתן נער אחר המבין וחרף כראשון אבל לא קשה ממנו (מרדכי, "דלימוד החכמה אינו כשאר מלאכה לומר לו צא והשכר עצמך למלאכה אחרת, כי יש תלמיד מבין וקל בלימודו ויש תלמיד טורח בלימודו"), וכן נראה לי להורות. והא דצריכין ליתן למלמד שכרו משלם, היינו דוקא אם נראה לבית דין שנהנה בלמודו יותר מבטולו, אבל אם נראה לבית דין שנוח לו בבטול, אינו נותן לו אלא כשאר פועל בטל (רשב"א)".

כתב הסמ"ע (ה) גבי המחלוקת בהחלפת תלמיד, דהרשב"א ס"ל דתלמיד זה אף שהוא חריף כראשון או יותר, לא חלקו בזה מאחר שעל הרוב אין דעות התלמידים שוים, גם יש כמה ענינים שדעת המלמד נוחה בנער אחד מחבירו אף שאינו מענין הלימוד, משא"כ הי"א שחולקין וס"ל שהכל תלי בענין הלימוד דלכך שכרהו מתחילה, וכתב הסמ"ע דנראה דאם שכרהו מתחילה סתם ללמוד עם הנערים ה' ו' או כמה שפרט עמו, דלכ"ע יכול ליתן לו אחר במקום הראשון אף בלא אונס, ודומה לשכרהו למלאכה סתם דיכול להחליפו מקלה לכבידה (לקמן).

סימן שלה – השוכר את הפועל למלאכה סתם או למלאכה ידועה

סעיף א

[מה הדין בשוכר את הפועל למלאכה ידועה ונשלמה בחצי היום?]

ב"מ עז. "אמר רבא האי מאן דאגר אגירי לעבידתא ושלם עבידתא בפלגיה דיומא אי אית ליה עבידתא דניחא ליה מינה יהיב להו אי נמי דכוותה מפקיד להו דקשה מינה לא מפקיד להו ונותן להם שכרם משלם אמאי וליתבי להו כפועל בטל כי קאמר רבא באוכלוסי דמחוזא דאי לא עבדי חלשי" ופירש רש"י דאוכלוסי דמחוזא היו בני אדם הרגילין לשאת משאות תמיד וכשיושבים בטלים קשה להן, והכריח הרמב"ן (ראה ב"י בסוף הסימן הקודם) דמיירי בשכרו למלאכה ידועה, וכ"כ הרא"ש דהאי מאן דאגר אגירי לעבידתא פירוש למלאכה ידועה שהזכיר להן או ניכוש או עידור אבל אם שכרם למלאכה בסתם יכול לשנות ממלאכה קלה למלאכה כבדה.

וז"ל השו"ע "השוכר את הפועל למלאכה ידועה, ונשלמה בחצי היום, אם יש מלאכה כמותה או קלה ממנה עושה, ואם אין לו, נותן לו שכרו כפועל בטל {ואם רוצה ליקח מחבירו מלאכה כזו וליתן לפועל הרשות בידו (מרדכי), וי"א דאם רוצה להוסיף בשכרו, צריך לעשות אפילו מלאכה כבידה מן הראשונה (מרדכי בשם מהר"ם, ולדעתו כמבואר ברמ"א בסימן של"ג דבעה"ב יכול אף לחזור כפועל אף אחר שהתחיל לעשות לו מלאכה, אם הפועלים יכולים להשכיר נפשם במקום אחר אפילו למלאכה כבידה מזו ורוצים להוסיף להן שם בשכרן כפי כבידות המלאכה, סמ"ע א') { ואם היה מהחופרים או עובדי

אדמה וכיוצא בהם, שדרכם לטרוח הרבה ואם לא יעשה מלאכה יחלה, נותן לו כל שכרו משלם. ודוקא שלא הראה לו אותה מלאכה תחלה, אבל אם הראה אותה לו וראה שלא היה בה מלאכת יום ולא התנה, אינו נותן לו כלום לאחר ששלמה, כמו שנתבאר בסימן שקודם זה דכל מה ששניהם יודעים יש לפועל להתנות. ואם שכרו סתם למלאכת יום אחד, יכול לשנותו ממלאכה קלה לכבדה".

עמש"כ דאם הראה וכו', כתב הסמ"ע (ב) דהיינו דוקא כשלא שכרו לאותה מלאכה על יום אחד, אלא א"ל סתם עשה עמי במלאכה זו, אבל אם שכרו על יום אחד אע"ג דהראה לו אותה המלאכה, יכול הפועל לומר מדשכרת לי על יום אחד אמרתי ודאי יש לך עוד מלאכה כיוצ"ב במקום אחר לעשות בה כשתגמר מלאכה זו שהראיתני.

המלמד תורה את בן חבירו, שלא מדעת האב, האם חייב האב לשלם לו?

כתב הרמ"א "המלמד עם בן חבירו שלא מדעת האב, י"א דחייב לשלם לו כדין היורד לתוך שדה של חבירו שלא ברשות, שיתבאר לקמן סימן שע"ה (מרדכי בשם מהר"ם), ויש חולקין (רשב"א), ואם אחד אומר למלמד למוד עם בני, ולא קצב לו שכירות, צריך ליתן לו כפי מה שנותנים אחרים (מרדכי בשם מהר"ם). בעל הבית ששכר מלמד ואמר שילך אצל קרובו לנסותו אם יוכל ללמוד עם הנער, ולא הלך, ואחר שלמד עמו אומר שינסנו עדיין, ועד מעיד שלא ידע ללמוד עמו, הדין עם המלמד, מאחר שידוע עכשיו מוקמינן ליה אחזקה שידע כבר, ונשבע נגד העד ונטל שכרו (מרדכי)".

גבי המלמד עם בן חבירו שלא מדעת האב, כתב הש"ך (ג) דליכא למ"ד דחייב דלא קאמר מהר"ם במרדכי דלא גרע מיורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות, אלא לומר דכמו דהתם משלם לו כיוון נהנה הי"נ הכא כיון דא"ל למוד עם בני וגלי דעתיה דניחא ליה משלם מה שנהנה, ואפילו תימא דדעת מהר"ם כמש"כ הרמ"א מ"מ עיקר כרשב"א וכ"ד התוס' רא"ש ר"ן וכ"כ כל הפוסקים בסתמא דהמודר הנאה מחבירו אע"פ שאסור ללמוד עמו במקום שנוטלים שכר מ"מ מותר ללמוד עם בנו כמו שנתבאר בנדריים ל"ז ויו"ד רכ"א.

כתב הפת"ש (א) בשם השער משפט דאם היה למלמד בידו משל האב ולמד עם בנו לכ"ע יכול לעכב עבור שכר לימודו.

< עוד בדיני מלמד ברמ"א ראה סימן שלד/ד.

< עוד כתב הרמ"א "רב שהיה בעיר כמה שנים והורה לקהל, ואחר כך קצבו עמו שכר להבא, לא יוכל לתבוע מה שעבר, דודאי מחל להם (מהר"ם פאדוואה). פועל שקבל עליו כל אונס, ובא אונס דלא שכיח כלל, פטור, שעל מנת כן לא התנה (ב"י וגיטין ע"ג). אחד ששכר סוס על שמונה ימים לילך למקום אחד, וכאשר הלך ב' ימים נמלך וחזר למקומו, יכול לעשות באלו י' ימים עם הסוס מה שירצה, להשכירו בעיר להביא עצים או שאר מלאכות המיוחדות לסוסים באותה עיר, אע"פ שזו המלאכה כבידה מן הראשונה, דניחא ליה שתהא בהמתו בעירו ועושה מלאכה כבידה ממה שתלך למקום רחוק (תשובת מיימוני)".

[עמש"כ הרמ"א ברישא שברב שהורה וכו' כתב ערוה"ש (ט) דזה אינו אלא במרביץ תורה שמדינא צריך לעשות בחנם, אלא שנותנים לו שכר בטלה, ולכן כשלא קצץ על העבר הוי כמחילה, אבל בשאר מלאכות אין זה מחילה, דלא גרע מיורד שלא ברשות ולמה יפסיד שכרו, ומה שקצץ על העתיד מפני שלא רצה להשאר בדין יורד שלא ברשות, וכתב בפתחי חושן (ח"ד שכירות פ"ח הע' עב) דלכ' מדברי הפוסקים לא משמע כן וצ"ע].

סעיף ב

ראובן שכר פועל להביא לו שליחות והלך ולא מצא האם יקבל שכרו?

מה הדין בשליח שנשלח להביא איגרת שהלך חצי מהדרך והפסיק אז את שליחותו?

ע"פ התוספתא הביאוה הרי"ף והרא"ש (ב"מ ו,ו) וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "השוכר את הפועל להביא לו שליחות ממקום למקום, והלך ולא מצא שם מה שיביא, נותן לו שכרו משלם {דהרי כבר עשה

שליח שליחותו (ה"ה), ואינו דומה להלכו חמרים ולא מצאו תבואה בדף ע"ו לפי ששם לא היה שוכרן לאותו מהלך בלבד אלא ליום אחד ונתבטלו כל היום אבל זה כבר עשה מלאכתו משלם לפיכך נוטל שכרו משלם). { (ה"ה -) ואם היה דבר כבד מה שיש לו להביא, מנכה לו, שאינו דומה בא טעון לבא ריקם (ע"פ ברייתא עו: דהלכו חמרין ולא מצאו דמסיים בה אינו דומה הבא טעון לבא ריקן), אא"כ הוא מאותם אנשים שדרכם לטרוח (כסע' א)."

כתב הסמ"ע (ח) דמשו"ה חילק הרב המגיד בין שכרהו לכל היום לשכרהו לפעם אחת ולא חילק בין שכרהו למשא כבד לשכרהו לקל, כדי לתרץ דשם משמע דאפילו על הליכה שהלך לשם אינו משלם לו אלא כפועל בטל, וע"ז משני משום דההליכה בטילה אצל השכירות ששכרו לעשות לו מלאכה כל היום, וראה עוד שם ובנתיבות (ב) בכוונת הרב המגיד.

עמש"כ שנותן שכרו משלם כתב הפת"ש (ג) דהקשה הלח"מ מהא דירד להציל ולא הציל בסימן רסד/ד דאין לו אלא שכרו והכא חייב ליתן כל מה שפסק (וכאן לא עביד שליחות כמו שם), ובדברי משפט יישב דהכא איירי דבשעה דשלחו להביא שליחות לא היה מצוי כלל אותו דבר באותו מקום ובע"ה היה סובר שימצא שם, וא"כ אונס זה אירע רק לבע"ה.

כתב הרמ"א ע"פ המרדכי והג' מרדכי "אבל אם שלח שליח עם אגרת, ומצא מי שנשלח אליו וחזר, אין לשליח כלום אלא אם כן הוי לבעל הבית לידע ולא לשליח, דאז הוי פסידא דבעל הבית כמו שנתבאר לעיל סימן שלי"ד."

כתב הסמ"ע (ט) דמלשון המרדכי משמע דמדבר דאירע לשליח אונס בהיותו באמצע דרך, והאונס היה שמצא "תגר", ור"ל "בתגר אויבים ובעלי מלחמות", עד שלא היה יכול להלוך עם האיגרת מחמתו וחזר בחצי הדרך, ואתי שפיר לשון המרדכי וטעמו וענינו (דהוי פסידא דפועל בין שהיה לשניהן לידע האונס ולא נהנה בע"ה כלום בשליחות ולא דמי לשכר חמור ומת בחצי הדרך בב"מ ע"ט דהתם אי בעי למיתי עד הכא אגרא בעי למיתב ליה), אבל מלשון הרמ"א משמע שפירש 'תגר' "סוחר", ופירש לשון המרדכי שנשתלח השליח עם האיגרת לסוחר ופגע בו הסוחר בחצי הדרך, ולא נהירא, דאין זה מיקרי אונס, ועוד, כיון דעכ"פ עשה תכלית שליחותו, דהמבוקש היה שיגיע הכתב לידו והרי הגיעו, למה לא ישלם שכירותו אפילו משלם, וכ"ש מחצי הדרך שהלך, ואף אם נאמר דמיירי דהשוכר מעצמו מצא הסוחר ודיבר עמו, ולא צריך לשליחות השליח והחזירו בהיותו בחצי הדרך, עכ"פ למה לא ישלם לפחות מה שהלך, וגם אין זה ענין לשוכר חמור ומת בחצי הדרך, ובלבוש הלך בדרך הרמ"א רק שהוסיף תיבת "לא", כלומר שלא מצא אותו ששלח אליו, אין לשליח כלום שהיה לו להמתין, ובא לתקן בתיבת "לא" קצת תמיחות הנ"ל, אבל גם זה קשה, דהרי אין זה אונס, ומאי חצי דרך דקאמר, ומה ענינו לשוכר חמור ומת בחצי דרך, וגם בעיקר הדין אין נראין דבריו, אלא יש לדמות זה למש"כ השו"ע לפני זה והוא הסכמת כל הפוסקים, דהשוכר את הפועל להביא לו שליחות והלך ולא מצא דנותן לו שכרו משלם.

כתב הנתיבות (ג) על הסמ"ע דדוקא בכאן שהאונס הוא אונסא דשליח דמיקרי אונסא דפועל אז אין צריך לשלם לו אפילו מה שעשה כשלא נהנה בעה"ב, אבל באונס שאירע לבעה"ב ודאי דצריך לשלם לו מה שעשה דמה לו לפועל מה שנאנס בעה"ב, ואפילו כשלא נהנה בעה"ב צריך לשלם ונגד שכר על מה שלא עשה עדיין תלוי בחילוקים המבוארים בסימן שלד"א, אבל באונסא דפועל אפילו מה שעשה אין צריך לשלם כשלא נהנה, ומשו"ה בשליח שנאבד ממנו מבואר בב"מ נ"ח גבי נשבעין ליטול שכרן דמשמע דנוטל עכ"פ שכר, דשם אונסא דבעה"ב הוא שנאבד הדבר והפועל אומר אנא הא קאימנא, ולכך משלם עכ"פ על מה שהלך אף שלא נהנה, ועל מה שלא הלך פטור אפילו באונסא דבעה"ב כמו בסימן שלי"ד, רק בספינה שנאבדה הספינה מחמת המלאכה צריך לשלם לו אפילו מה שלא הלך להרבה פוסקים, ועל מה שהלך לעולם משלם לו אפילו כשבעה"ב נאנס, וכן הוא בסימן סו"מ, משא"כ במצאו תגר דאונסא דשליח הוא דלא מצי למימר אנא הא קאימנא, אפילו בעד חצי הדרך שהלך אין לו כשלא נהנה בעה"ב.

ראובן שכר נהג לחודש ימים ומת ראובן לאחר שבועיים כמה יקבל הנהג?

שכר מדריך טיולים ליומיים ומת לאחר יום, מה הדין?

כתב הסמ"ע (ז) בשם תשובת הרשב"א (בב"י) גבי ראובן ששכר לשמעון שימשו בדרך נסיעתו ומת ראובן בחצי הדרך, נותנין לו כל שכרו (והובא גם בש"ך ו'), וכן אם שלח אחרי אשתו ולא רצתה לבוא דחייב לשלם, בשם תשובת הרא"ש.

הקשה ה**נתיבות** (ב) דמאי שנא מסימן שלד (ד) ברמ"א בשם המרדכי דאם מת הנער דהוי פסידא דמלמד אם אינו רגיל בחולי או שרגיל ושניהם מכירים מה הפרש יש בין שכר לשימוש הנער ובין שכר לשמש עצמו ומת, וכתב דנראה דס"ל כראב"ד (ראה סימן שלד/ג) דיש הפרש בין שכיר יום ונתבטל כל היום מחמת אונסא דבעה"ב ובין שכרו בקבלנות לילך למקום פלוני לעשות פעולה פלונית ולא עשה הפעולה מחמת אונסא דבעה"ב דחייב לשלם, ומשו"ה במלמד שהוא שכיר לזמן הוא ונתבטל ממלאכתו במיתת הנער, כשכיר יום שנתבטל כל היום דמי, שיש בו חילוקי דינים המוזכרים בסימן של"ד, משא"כ כאן דמייירי דשכרו לשמשו בדרך סתם ולא לזמן הוי קבלן, ובקבלן הוי פסידא דבעה"ב לדעת הראב"ד, אמנם אנו לא קיי"ל כוותיה בהא ופסקינו כרמב"ן דגם בקבלן שייך החילוקים דסימן של"ד כדמוכח בכמה דוכתי, ואפילו בשכירות בית דקנהו בודאי פסק הש"ך בסימן של"ד דלא כרשב"א, ולזה בעובדא דהכא אם הזכיר לו המקום בשעה ששכרו ומת קודם שהגיע למקום, פטורין היורשין ואינם נותנין לו מחצי הדרך שהלך, אבל אם שכרו סתם לשמשו כל זמן שיהיה בדרך, כיון שאף אם יתעכב הרבה בדרך מחויב לשמשו, ה"נ כשמת ולא שימשו רק יום אחד נתחייב בכל השכירות – הובא בפת"ש (ב), וכתב דמשמע בחכם צבי דאפילו בכה"ג אין צריך לשלם לו מחצי הדרך ואילך דאם אינו טורח למה יתן לו שכר.

סעיף ג

ע"פ התוספתא הנ"ל ובב"ק קטז. פסק בשו"ע "שכרו להביא תפוחים לחולה, והלך והביא ומצאו שמת או שהבריא, לא יאמר טול מה שהבאת בשכרך, אלא נותן לו כל שכרו וכן כל כיוצא בזה".

סימן שלו – השוכר את הפועל לעשות בשלו והראהו בשל חברו

סעיפים א – ג

שכר פועל האם יכול לומר לו טול מה שעשית בשכרך?

השוכר את הפועל לעשות בשלו והראהו בשל חברו, האם יכול לשלם לו את שכרו בשוה כסף? והאם יש הבדל בין משלם לו שוה כסף לבין נותן לו דבר מאכל?

לקח אצל חנוני בהקפה, האם יכול לשלם לו אחר כך בשוה כסף? (ב'ארץ חמדה' שלחו לט"ז לקמן ונראה לי מקומו רג/א)

ב"מ עו. "השוכר את הפועל לעשות בשלו והראהו בשל חברו נותן לו שכרו משלם וחוזר ונוטל מבעל הבית מה שהנהניו".

במשנה ב"מ קיח. "השוכר את הפועל לעשות עמו בתבן ובקש ואמר לו תן לי שכרי ואמר לו טול מה שעשית בשכרך אין שומעין לו, משקבל עליו ואמר לו הילך שכרך ואני אטול את שלי אין שומעין לו" ובגמ' על הרישא "והא תניא שומעין לו אמר רב נחמן לא קשיא כאן בשל חברו אמר ליה רבא לרב נחמן בשלו מאי טעמא דאמר ליה אגראי עלך בשל חברו נמי שכרו עליו דתניא השוכר את הפועל לעשות בשלו והראהו בשל חברו נותן לו שכרו משלם וחוזר ונוטל מבעל הבית מה שהנה אותו אלא אמר רב נחמן לא קשיא כאן בשל הפקר" וכתבו התוס' "לעשות בשלו והראהו בשל

חבירו משמע דוקא לעשות בשלו אז נותן לו שכרו משלם אבל סתמא לא ותימה אמאי איצטריך לשנויי כאן בשלו כאן בשל הפקר לישני כאן ששכרו בשלו כאן ששכרו סתמא בשל חבירו ואומר ר"י דמשום הכי לא משני הכי דהא פשיטא דאם שכרו לעשות בשל חברו דשומעין לו"י ואין בדברי הר"ף רמב"ם ורא"ש הכרע לדברים אלו שלא כתבו אלא המשנה כצורתה (ב"י), ומדברי רש"י משמע שחולק על זה שכתב דכי לא אמר ליה שכרך על בעל הבית שכרו עליו.

וז"ל השו"ע (א) השוכר את הפועל לעשות בשלו והראהו בשל חבירו, נותן לו שכרו משלם וחוזר ונוטל מחבירו מה שהנהו, ואינו יכול לומר לו טול מה שעשית בשכרך, אפילו לא אמר לו שכרך עלי, אלא שכרו סתם, (כתוס' -) אבל אם שכרו לעשות בשל חבירו סתם (והפועל ידע שהיא של חבירו, סמ"ע), יכול לומר לו טול מה שעשית בשכרך ("כיון שלא אמר לו שכרך עלי וג"כ ידע שהיא של חבירו אין שכרו מוטל על השוכר", סמ"ע), (פשוט בגמ' -) ואם אמר לו שכרך עלי, אינו יכול לומר לו כן { (מרדכי -) שכרו בפני חבירו ושחק חבירו, שתיקה כהודאה וחייב לתת לו שכרו, וה"ה בשוכר מלמד לבן חבירו. אחד שאמר לחתנו תלמוד עם בנך ואני אשלם לך פטור מלשלם לו (כיון דלאו עני הוא ובלאו הכי חייב ללמוד עם בנו יכול לומר משטה הייתי בך) } (ב) (המשך המשנה ק"ח. -) השוכר את הפועל לעשות בשלו (גמ' -) או ללקט לו דבר של הפקר, אינו יכול לומר לו טול מה שעשית בשכרך (בהפקר קמ"ל דמיד שהגביהו מן הארץ כהגביהו רבו ובא לרשותו דמי, ואפילו למ"ד בב"מ י' המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו בפועל מודה דידו כיד רבו דמי, סמ"ע ע"פ הגמ'), ואם נתרצה הפועל ליטלו בשכרו ואחר כך חזר בו אין שומעין לו, (רמ"ה -) והוא שעשה משיכה או הגבהה או שהוא ברשותו. (ג) (ברייתא בגמ' וקרב נחמן במסקנת הגמ' -) שכרו לשמור לו דבר של הפקר, יכול לומר לו טול מה שעשית בשכרך, לפי שעדיין לא זכה בו בעה"ב, וילך הוא ויזכה בו (וכתב הרמ"ה בב"י וצוין בש"ך ה' דהני מילי דליכא מידי אחרינא גבי בע"ה לאישתלומי מיניה אבל אי איכא מידי אחרינא לבע"ה לאשתלומי מיניה או מידי דקפיץ עליה זביני טפי אין שומעין לו, והטור כתב דאין נראה דטעמא שיכול לומר לו טול מה שעשית בשכרך כיון שעדיין לא זכה בו בע"ה נמצא שאין עליו חיוב שכר לכך יכול לומר לו טול מה שעשית בשכרך הילכך אפילו אם יש לו הרבה משלו יכול לומר לו כן").

כתב המרדכי והגה"מ בשם מהר"ם דדוקא בתבן וקש לא יוכל לומר טול מה שעשית בשכרך, אבל במידי דאכילה כגון חיטין ושעורין שומעין לו והובאו בסמ"ע ג', ואילו בבד"ה כתב שאינו יודע מנין לו ונסתר מהתוספתא דסימן של"ה, והש"ך (ב) ציין לדבריו, וחולק (פת"ש). בהגהות הרש"ש (פת"ש ססק"א) כתב דאולי דוקא בחטין ושעורין דאינן ראויין לאכילה כמות שהן, אבל פת אפוי וכיוצא גם הש"ך יודה.

עמש"כ המחבר בסעי' ב' ע"פ הרמ"ה הקשה הסמ"ע (ט) דבסימן קס"ו במי שנפל כותלו לגינתו של חבירו ואמר בעל הכותל לבעל הגינה פנה אותו ויהא שלך דאין שומעין לו אלא בעל הכותל צריך לפנותם ואם נתרצה בעל הגינה בכך ופינה אותם וחזר זה ואמר תן לי אבני אתן לך שכרך אין שומעין לו, אבל כל זמן שלא פינה אותן אפילו הן בחצירו של זה לא קנה לו חצירו שלא כיון אלא לדחותו, וה"נ נאמר שלדחותו כיון אף שהן מונחין ברשותו, ותירץ דשאני הכא דחייב לו שכירות פעולתו וכשאמר לו טול זה בשכרך מיד קנהו משא"כ לעיל דאין עליו שום חיוב שכר קודם שיפנהו. אכן הש"ך (ה) הביא דלר"ן דיכול לחזור בו כל זמן שלא פנה אותם כסימן קס"ו.

כתב הש"ך (ד) בסעי' ב' ע"פ הרמב"ן תוס' ושאר"י דהא דאינו יכול לומר לו טול מה שעשית בשכרך, היינו אפילו אין לבע"ה צריך לטרוח ולמכור ולהשתדל לו מעות מזומנים.

ביאר הט"ז במש"כ דאין יכול לומר טול וכו' דפירש"י (ב"מ קי"ח) דאע"ג דכל שוה כסף ככסף, הכא גבי פועל כתיב לא תלין שכר שכיר, מה דאתני בהדיה משמע. כתב הפת"ש (א) דכתב בדברי משפט דלפמש"כ רש"י הנזכר בד"ה אין שומעין לו' הטעם כיון דכתיב לא תלין שכרו מאי דאתני בהדיה משמע, לפ"ז היכא דשלח שליח לשכור פועלים ואמר השליח שכרכם על בעל הבית דבכה"ג אינו עובר על כל תלין כבסימן שלט"ז, א"כ יכול לומר טול מה שעשית בשכרך, וכן מבואר להדיא במהרש"א, אך בשיטה כתב בשם הרשב"א דמשכרו לא משמע מידי, אלא הטעם הוא דלא נשכר לו אלא דצריך למזונות לערב ושלא יהא צריך לירד לשוק לחזור ולמכור, ולפ"ז אפילו היכא דשלח שליח שאינו עובר על כל תלין מ"מ אינו יכול לומר טול מה שעשית בשכרך, ומדברי הרמ"א בסימן שלב"ד שפסק דאם אמר לו ליתן לו חפץ בשכרו יכול ליתן לו אחר כך דמיו, משמע דס"ל כרשב"א הנ"ל, ובהא אתי שפיר דברי הסמ"ע סק"ג שכתב בשם המרדכי דדוקא בתבן וקש אבל במידי דאכילה כגון חטין ושעורין שומעין לו.

< כתב הסמ"ע (ו) בשם תשובת הרשב"א בראובן ששכר מלמד לבנו ולבן חבירו ונתרצה חבירו לתת חלקו, ואח"כ בחצי הזמן קם חבירו ושכר לאחר, חייב לפרוע לראשון, ומה שטען חבירו שלא שכרו לשנה אלא על תנאי אם יעשה מלאכתו כראוי ושלא ימשוך זמן השכירות אלא עד הפסח, הרי מודה מקצת וחייב שבועה דאורייתא.

< סע' ד': כתב השו"ע ע"פ התוספתא וכן הוא בסימן שי"א "השוכר את הפועל ונאחו באנגריא לעבודת המלך, אינו יכול לומר הריני לפניך, אלא אינו נותן לו אלא כפי מה שעשה עמו".

סימן שלז - דין אכילת פועל בשעת מלאכה ממה אוכל או מתי אוכל

סעיף א

ע"פ משנה ב"מ צ"א: פסק בשו"ע "פועל העושה מלאכה לבעל הבית בדבר מאכל, הי"ז אוכל ממה שהוא עושה (כת"ק ודלא כרבי יוסי -) אפילו אינו עושה לא בידיו ולא ברגליו רק שנושא על כתפו (י"כ תבוא" ביאה סתם משמע), (פח: -) ואסור לחסמו שלא יאכל (יכנפשך מה נפשך אם חסמת פטור אף פועל אם חסמת פטורי ומשמע דאסור, ב"י) {ואם חסמו (שלא מדעתו, טור) שלומי משלם ליה (כשיעור שהיה אוכל) מלקי לא לקי (רמ"ה, אבל אם מתנה עמו שלא יאכל אין בו איסור בכך, סמ"ע)"}.

כתב הסמ"ע (א) דכללי דיני דסימן זה ילפינן לה מדכתיב בפרשת כי תצא "כי תבא בכרם רעך ואכלת ענבים כנפשך שבעך ואל כליך לא תתן" ודרשינן בב"מ פ"ז כי תבא בפועל הכתוב מדבר, בכרם רעך, ולא של הקדש (ש"ך: וה"ה של עכו"ם לפי מה דקיי"ל גזל העכו"ם אסור), ואכלת, ולא מוצץ וכו' וכן נלמדו דינים רבים מחסימת שור דסימן של"ח ומותר הבהמה מן האדם שאינו לוקה דאיתמעט בדף צ"ב מדכתיב כנפשך, עיי"ש, ובשער משפט (הובא בקצרה בפת"ש א') תמה אש"ך דבגמ' מוכח איפכא דאיתא התם כרם רעך ולא בכרם עכו"ם ופרש"י כרם רעך ואל כליך לא תתן אבל כרם עכו"ם תתן, עיי"ש שהאריך והעלה דזה מח' רא' דאכן הריטב"א והיראים כש"ך וגרסו אחרת בגמ' אולם לפי הנוסחא שלפנינו ופרש"י וכ"פ הרי"ף רמב"ם ורא"ש העיקר דבכרם עכו"ם מותר לאכול, וכע"ז בקצרה ברע"א.

סעיף ב

ע"פ משנה ב"מ פז. וגמ' פט. ונלמד מהפסוקים פסק בשו"ע "בד"א שאוכל כשהוא עושה בגדולי קרקע במחובר בשעת גמר מלאכה, כגון בוצר ענבים ומוסק בזתים ואורה בתאנים וגודר בתמרים, ובתלוש מהקרקע קודם שיגמר סוף מלאכה המחייבת אותו בחיוב האחרון שבו, אבל העושה בדבר שאין גדולי קרקע, כגון החולב והמחבץ [פי' המוציא חמאה מן החלב, ערוך. וי"א המקפה את החלב בקיבה להיות נקרש, רש"י] והמגבן, אינו אוכל, וכן העושה במחובר שלא בשעת גמר מלאכה, כגון העודר בגפנים או מכסה שרשי האילנות, ואפילו המנכש בבצלים ושומים, כגון שעוקר את הקטנים מן הגדולים, לא יאכל מהם ואף על פי שהוא גמר מלאכת הקטנים, שעיקר המלאכה לצורך הגדולים להרחיב להם ועדיין לא נגמרה מלאכתן".

סעיף ג

ע"פ ברייתא ב"מ עט. פסק בשו"ע "העושה בתלוש לאחר שנגמרה מלאכתו למעשר, כגון בודל [שנדבקו זו בזו ומבדילן] בתמרים ובגרוגרות, אינו אוכל, שכל דבר שאין אחר חיוב מעשר חיוב אחר, כגון תאנים וענבים לאחר שנתחייבו במעשר אינו אוכל ממנו, ובדבר שיש בו חיוב אחר, כגון חטים העומדים לעשות פת שחייבת בחלה, אוכל עד שיגמור מלאכתו להתחייב בחלה, ולאחר מכאן אינו אוכל".

כתב הסמ"ע (יג) דדוקא בחיטין אמרו כן דמסתמא עומד לפת ופת מחויב בחלה, משא"כ בשעורין וכוסמין ושיבולת שועל שסתמא אינו עומד לפת אלא לעשות מהן משקה ולהאכילן לבהמתו או לעשות מהן תבשיל כשיגרסו השעורים וכנהוג, אזי אסור לאכול מהן מיד אחר המירוח שמאז הוא גמר חיובן

דהיינו מעשר, ולא כלבוש שמשוה שעורין לחיטין, ואפשר שג"כ דעתו היא דוקא כשהוא עומד לאפות בהן פת, אך מכל מקום לא היה לו להשוותן.

סעיף ד

ע"פ ברייתא **ב"מ פט**. פסק בשו"ע "הבודל בתמרים רעים שלא נתבשלו כל צרכן, ונותנים אותם בסל ומתחממים ומתרככים שם, עדיין לא נגמרה מלאכתן ויכול לאכול מהם".

סעיף ה

ע"פ **משנה ב"מ צג**. פסק בשו"ע "נפתחו חביותיו ונתפרסו עיגוליו ושכרו לעשות בהם, לא יאכל מהם, שכבר נתחייבו במעשר. בד"א, בשיודע הפועל שנפתחו, אבל אם לא ידע, וסבור שעדיין לא נתחייבו במעשר, חייב לעשר ולהאכילו".

סעיף ו

משנה ב"מ צג. "שומרי פירות אוכלים מהלכות מדינה אבל לא מן התורה" ובגמ' "אמר רב לא שנו אלא שומרי גנות ופרדסים אבל שומרי גתות וערימות אוכלין מן התורה קא סבר משמר כעושה מעשה דמי ושמואל אמר לא שנו אלא שומרי גתות וערימות אבל שומרי גנות ופרדסין אינם אוכלים לא מן התורה ולא מהלכות מדינה קסבר משמר לאו כעושה מעשה דמי. אמר רב אשי כוותיה דשמואל מסתברא דתנן (פז.) ואלו אוכלים מן התורה העושה במחובר לקרקע בשעת גמר מלאכה ובתלוש וכו' מכלל דאיכא דלא אכיל מן התורה אלא מהלכות מדינה אימא סיפא ואלו שאין אוכלין מאי אינן אוכלין אילימא שאינן אוכלין מן התורה אלא מהלכות מדינה היינו רישא אלא לאו שאין אוכלים לא מן התורה ולא מהלכות מדינה ומאי ניהו עושה במחובר לקרקע בשעה שאינה גמר מלאכה וכל שכן שומרי גנות ופרדסים".

וז"ל השו"ע כשמואל "השומר במחובר, אפילו בשעת גמר מלאכה, אינו אוכל, אבל השומר בתלוש עד שלא נגמרה מלאכתו, אף על פי שאינו אוכל מן התורה אוכל מהלכות מדינה שנהגו כן", ומש"כ אפילו בשעת גמר מלאכה ביאר **הסמ"ע** (יז) דר"ל כגון שבצרן ברוח זה והוא שומר באותו שדה ברוח אחרת במקום שיבואו לבצור שם אחר שעה, אינו אוכל מהן כיון דעדיין מחובר הוא, לאפוקי שמר מה שכבר בצרו והניחו בסל ובגת, זהו נקרא שומר גיתות דמסיק וכתב דאוכלין מהלכות מדינה.

סעיף ז

ע"פ חכמים **במשנה ב"מ צב**. פסק בשו"ע "יכול הפועל לאכול יותר משכרו, כגון ששכרו אינו אלא דינר יכול לאכול קישות (ואפילו הרבה נמי, סמ"ע) או כותבת שוה סלע, ומכל מקום מלמדן אותו שלא לעשות כן, כדי שלא ימנעו מלהשכירו" והרמ"א ע"פ ב"י **ברי"ף ורמב"ם** דלא פסקינן כמימרות דרב אסי (שהשמיטוהו) - "וי"א דוקא ששכרו לעשות כל היום, אבל אם לא שכרו רק ללקוט קישות אחד, לא יאכלנו, ואפילו שכרו כל היום (דלא כמשמע ברש"י ורא"ש דפסקינן כמימרא בתרא דרב אסי דאפילו לא בצר אלא אשכול אחד אוכלו, ב"י, וגם לשיטתם ליתא למימרא קמא דרב אסי דאמר אפילו לא שכרו אלא לבצור אשכול אחד אוכלו, דזה בדעת ת"ק במשנה דאין הלכה כמותו), לא יאכל קישות הראשון שליקט, אלא יתן תחלה לכליו של בעל הבית ואחר כך יאכל הוא".

כתב **הסמ"ע** (יט) דהא דכתב הרמ"א "וי"א" אדברי המחבר ושניהן הן דברי הטור ר"ל לאפוקי הב"י דכתב דהרי"ף והרמב"ם לא ס"ל כן, וכתב **הש"ך** (ג) דלא דק דגם בב"י כתב דהם לא ס"ל כאיסי מדהשמיטו, ובבא"ה כתב דכוונת הסמ"ע ברמ"א דכך סובר הטור, אבל הרי"ף והרמב"ם לא ס"ל כן ודלא כב"י, ובזה נסתלקה תמיהת הש"ך (וראה גם באה"ג וגר"א).

עוד כתב **הב"י** (סעי' טו בטור) דהרא"ש פסק לשיטתו גם כאיסי בן יהודה האומר הרוצה לעשות מלאכה בשדה ובכרם חבירו כדי שיאכל יכול לעשות, ואילו הרי"ף והרמב"ם השמיטו וכנ"ל דלמדים דלא פסקינן כאיסי אלא כסתימת חכמים במשנה בלבד.

סעיף ה

ע"פ ברייתא ב"מ צג. פסק בשו"ע "היה משמר ארבעה או חמשה ערימות של חמשה בני אדם, לא ימלא כריסו מאחד מהן, אלא אוכל מכולם לפי החשבון".

סעיף ו

ע"פ משנה ב"מ צא: וגמ' פסק בשו"ע "היה עושה בתאנים לא יאכל בענבים" (וואל כליך לא תתן" - ממה שאתה נותן לכליו של בעל הבית אתה אוכל) אפילו שכרו לעשות בשניהם, אבל יכול הוא למנוע עצמו מלאכול עד שמגיע למקום היפות ואוכל, לפיכך הפועלים עד שלא הלכו שתי וערב בגת, אוכלים ענבים ואין שותים תירוש, מפני שאין מלאכתן ניכרת ביין והוה ליה כעושה במין זה ואוכל במין אחר, משהלכו שתי וערב אוכלים בענבים ושותים בתירוש".

סעיף י

ע"פ בעיא לא איפשטא בב"מ צא: וכלשון הטור ע"פ הרא"ש "היה עושה בגפן זה לא יאכל בגפן אחר ואי אכל לא מפקינן מיניה (ככל דין ספיקא דמונא) ולא מנכינן מאגריה (דאם כן הוי כאפוקי כדאמרינן כמשכנתא בדף ס"ז וביו"ד קעב/א, רא"ש) (גמ' -) ומיהו גפן שמודלת על גב חברתה ועושה באחד מהם, יכול לאכול מהשנייה".

הסמ"ע (כד) למד בשקלא וטריא דגמ' דאם היינו פושטים הספק הנ"ל איסורא ממילא נלמוד מינה דבתאנים וענבים אפילו במודלית אסור, וכיון דלא איפשטא האיבעיא אזלינן לקולת הנתבע, א"כ גם בתאנים וענבים אי בשעה שהיה עוסק בתאנים עבר ואכל מהענבים נראה דלא מפקינן מיניה רק באינה מודלית, ודלא כלבוש דגפן המודלה ע"ג תאנה או איפכא אי אכל מהמודלה מפקינן מיניה, ובש"ך (ד) כתב "ועיין בש"ס ותראה שדברי הע"ש נכונים".

סעיף יא

ע"פ משנה ב"מ צא: וכלשון הטור פסק בשו"ע "אין רשאי לאכול אלא בשעת עשיית מלאכה, ולא ישיב ויאמר מנעתי עצמי עד עתה ולא בטלתי לאכול ועל כן אשב עתה ואוכל, ומפני תקנת בעל הבית שלא יתבטל ממלאכתו, אמרו חכמים שאחר שגמר מלאכת שורה זו והולך להתחיל שורה אחרת יכול לאכול אע"פ שאינו בשעת מלאכה שטוב הוא לבעל הבית כדי שלא יתבטל".

סעיף יב

ע"פ ברייתא ב"מ פט: פסק בשו"ע "לא יאכל עם הענבים פת או דבר אחר כדי שיאכל הרבה מהענבים, ולא יאכל במלח, ואם קצץ עם בעל הבית שיאכל עד שיעור כך וכך, אוכל בין בפת בין במלח בין בכל דבר שירצה".

סעיף יג

ע"פ פט. פסק בשו"ע "אסור לפועל למוץ הענבים, (בעיא דלא איפשטא והמע"ה -) וכן אסור לו להבהב השבולים באור או להפריך על גב הסלע, אפילו אין מתבטל ממלאכתו בהבהב או בהפרכה (כגון שאשתו ובניו יעשו לו זה)", והסמ"ע (כט) כתב דגם בענבים שייך תיקון בהבהב ופריכה ע"ג סלע ואפילו בענבים המבושלים כל צרכן וכ"כ התוס' (עיי"ש ובב"י).

סעיף יד

ע"פ ברייתא ב"מ פז. פסק בשו"ע "אסור לפועל לאכול ממה שהוא אוכל אכילת גסה" ("שבעד" ולא אכילה גסה).

סעיף טו

ע"פ ברייתא ב"מ פט. פסק בשו"ע "רשאי הפועל לטבל פתו בציר [פ"י לחלוח היוצא מכניסת ועצירת הדג] כדי שיאכל ענבים הרבה, ורשאי בעל הבית להשקות את הפועל יין כדי שלא יאכל ענבים הרבה",

וביאר הסמ"ע (לב) דלא ממעטינן ענבים ולא ענבים ודבר אחר בסעי' יב אלא שלא יהא ההכשר לתיקון הפירי, אבל להכשר הפועל נפשו ע"י טיבול פתו בציר כדי לאכול הרבה לא נתמעט מזה ומותר, וכן איפכא, יכול בע"ה לעשות תקנה לנפשו שלא יאכל הפועל הרבה כגון להשקותו יין תחילה וכל כיוצ"ב.

סעיף טז

[האם פועל שמותר לו לאכול בשעת מלאכה יכול לשמור ממה שזכאי לקבל לבני משפחתו? ציין המקור. ומה הדין אם עובד יחד עם בניו הגדולים ומתנה שלא יאכל תוך כדי העבודה?]

ב"מ צב. "איבעיא להו פועל משלו הוא אוכל או משל שמים הוא אוכל למאי נפקא מינה דאמר תנו לאשתי ובני אי אמרת משלו הוא אוכל יהבינן להו אלא אי אמרת משל שמים הוא אוכל לדידיה זכי ליה רחמנא, לאשתו ובניו לא זכי להו רחמנא מאי" ומסקינן **בצג.** דפלוגתא דתנאי היא דתנא דידן דקתני אינו קוצץ על ידי עבדו ושפחתו הקטנים סבר משל שמים הוא אוכל אבל תנא ברא דקאמר קוצץ על ידי עבדו ושפחתו הכנענים בין גדולים בין קטנים סבר משלו הוא אוכל, ופסקו הרי"ף **רמב"ם** ורא"ש כתנא דידן.

כתב ה**טור** "וי"א אם כבר נטלו בידו לאכול יש לו רשות ליתנו לאשתו ולבניו לפי שכבר זכה בו בעצמו, ונראה שאפ"ה אינו יכול ליתנו לאשתו ולבניו", וכתב הב"י **שהחכם המרשים** ביאר ב"י שזיכוי אכילתו מפני תועלת בעל הבית הוא, ורמז בזה לירו' דלא ירעיב הפועל ולא יסגף עצמו וכו' מפני ביטול מלאכתו של בעל הבית, וכתב הב"י דאי מהא לא איריא דהא מה שפועל אוכל ממה שהוא עושה אינו משום בעל הבית שהרי אע"פ שאכל ושתה כבר אוכל ממה שהוא עושה וכן אינו רשאי לאכול פת עם הענבים ואם איתא אדרבה הל"ל שלא יאכל ענבים אלא עם הפת כדי שיתחזק יותר אלא ודאי לא התירה תורה אלא מפני צערו של פועל, ומ"מ נראים דברי ה**טור** משום דאיכא למימר דלא זכי ליה רחמנא אלא מה שהוא נותן לתוך פיו.

וז"ל ה**שו"ע** (טז) "פועל שאמר לבע"ה תן לאשתי ובני מה שהיה לי לאכול (סמ"ע): לאפוקי מהטור בשם יש אומרים -) או שאמר הריני נוטל מעט מזה שנטלתי, לאכול לאשתי ובני, אין שומעין לו, (גמ' -) אפילו נזיר שהיה עושה בענבים ואמר תנו לאשתי ובני, אין שומעין לו (דלא תימא כיון דידע הבעה"ב שהוא נזיר ולא יאכל ה"ל כאילו התנה עמו, סמ"ע, ובש"ך כתב דבש"ס מבואר דנזיר הוא פשוט יותר דאינו יכול לומר משום לך וכו')". כתב ה**סמ"ע** (לד) דנראה פשוט דהיינו כשלא התנה עם בעל הבית כן מתחילה דאם התנה עמו פשיטא דמותר, דכל תנאי שבממון קיים.

ע"פ **משנה ב"מ צג.** פסק ב**שו"ע** (יז) "פועל שהיה עושה הוא ואשתו ובניו ועבדיו, והתנה עם בעל הבית שלא יאכל ממה שהם עושים, אם הם גדולים {ומדעתן (טור), דלא יוכל להתנות שלא מדעתן מה שזכתה להן התורה, סמ"ע} לא יאכלו (דלרבנותא נקט שהיה הוא עושה עמהן דקמ"ל דמחלקינן התנאי שהתנה על שלשתן יחד, ואמרינן דמהני התנאי לגבי דידיה ולא מהני לגבי בניו ואשתו אם לא שהם גדולים, סמ"ע), אבל אם הם קטנים יאכלו (דלא יוכל להתנות שלא מדעתן מה שזכתה להן התורה, סמ"ע)".

סעיף יח

כתב ה**רמב"ם** (שכירות יב, ג) "המבטל ממלאכתו ואכל או שאכל שלא בשעת גמר מלאכה הרי זה עובר בל"ת שנאמר וחרמש לא תניף וגו', מפי השמועה למדו שכל זמן שהוא עוסק בקצירה לא יניף חרמש לאכילתו וכן כל כיוצא בזה, וכן פועל שהוליד בידו ממה שעשה או שלקח יתר על אכילתו ונותן לאחרים עובר בלא תעשה שנאמר ואל כליך לא תתן, ואין לוקין על שני לאוין אלו שאם אכל או הוליד חייב לשלם" והשיג ה**ראב"ד** "המבטל ממלאכתו וכו' מפי השמועה למדו שכל זמן עד וכן כיוצ"ב.. דברים הללו אין להם שורש ובספרי דרשו וקטפת מלילות בידך שלא יהא קוצר במגל ואוכל וחרמש לא תניף בשעה שאתה מניף חרמש על קמת בעה"ב ולא מפני ביטול מלאכה אלא שלא יעשה אכילתו קבע כעין מלאכתו", וכע"ז ב**טור** על הרמב"ם "איני יודע למה לא יאכל בעוד שמתעסק בבצירה וקצירה שלא אסרה תורה אלא בדבר שלא נגמרה מלאכתו אבל העושה בדבר שנגמרה מלאכתו יכול לאכול כ"ז שמתעסק בו", וה**רמב"ן** פירש הברייתא שאין הכוונה אלא להוציא עוד ומקשקש או מנכש בעשבים שאינן עושין בגמר מלאכה שאינן אוכלים כמו שנתבאר בגמ'.

וז"ל השו"ע "האוכל בשעה שאין לו לאכול, וכן אם הוליד בידו ממה שעושה או שנותן לאחרים, עובר בלא תעשה" והשמיט דברי הראב"ד והרמב"ן, באה"ג.

הסמ"ע כתב (לח) דהל"ת דכתב המחבר הוא לא תגזול או לא תגנובו שאוכל ממה שלא התירה התורה, וכן בנותן ממנו לאחרים, ואם הוליד ממנו בידו לביתו נתרבה לו לאו דואל כליך לא תתן, וזה דלא כרמב"ם, וביאר דהרמב"ם לשיטתו דס"ל דמן התורה אסור לו לאכול בשעת המלאכה ולמדו מדכתיב וחרמש, אבל הטור לא ס"ל הכי, ועוד דייק בסיפא דהרמב"ם "ואין לוקין על שני לאוין אלו שאם אכל או הוליד חייב לשלם" דמדכתב שאם אכל כו' משמע דזהו נתינת טעם דמשו"ה אין לוקין על לאוין הללו כיון שניתנו להישבון בפרעון, ואי אין לאו דגזילה וגניבה כנ"ל לא היה צריך לטעם זה, דמהיכי תיתי לומר דלוקין כיון דאין לאוכל שלא בשעת גמר מלאכה לאו אלא עשה הבא מכלל לאו ודוחק לומר דמשום אינך כתב כן.

סעיף יט

ע"פ תוספתא שהובאה בפוסקים פסק בשו"ע "אין הפועל רשאי לעשות מלאכה בלילה ולהשכיר עצמו ביום, ולא ירעב ויסגף עצמו ויאכיל מזונותיו לבניו, מפני ביטול מלאכתו של בעל הבית, שהרי מחליש כחו שלא יוכל לעשות מלאכת בעל הבית בכח", וכתב הב"י דבירו' איתא "ר' יוחנן אזל לחד אתר חזא ספרא אטימיוס פירוש מלמד תינוקות שהיה חלש כעין חולה ושאל על מה זה אמר ליה דהוה ציים כלומר רגיל להתענות אמר ליה אסור לך השתא במלאכת בשר ודם אסור במלאכת הקדוש ברוך הוא על אחת כמה וכמה", וכתב באביאסף "שאסור לו למלמד ליקח בלילה יותר מעונתו מפני שהוא למחר עצל ללמוד וגם אין לו לעצור במאכל או במשתה אם הוא מפרנס את עצמו מפני שלא יוכל לטרוח וללמוד ודכוותה אין להרבות במאכל ובמשתה יותר מן הראוי וכל מי שמשנה ידו על התחתונה".

כתב הסמ"ע (לט) דהא הטוש"ע פסקו בסימן שלח/ט דרשאי בעל הפרה להרעב בהמתו כדי שתאכל הרבה מן הדישה, התם שאני דעיקר אכילת בהמה ושביעתה הוא מהתבואה הלכך אף שמרעיבה תחילה מ"מ מיד שנכנסה לדוש אוכלת מתבואה שבאה לדוש בה וחוזרת לכחה, משא"כ פועל שעיקר מזונות שלו שיש לו כח מהן אינו מהכרם, הלכך אסור להרעב נפשו ממזונות העיקרים.

כתב ערוה"ש (כה), הובא בדרכי חושן לרב סילמן) דמי שעושה בקבלנות אין חשש בכל זה כיון שאינו שכיר יום.

סעיף כ

ע"פ הרמב"ם (בסוף הלכות שכירות יז, ז) פסק בשו"ע "מוזהר הפועל שלא יבטל מעט כאן ומעט כאן, אלא חייב לדקדק על עצמו בזמן, שהרי הקפידו על ברכה רביעית של ברכת המזון שלא יברך אותה, וכן חייב לעבוד בכל כחו, שהרי יעקב הצדיק אמר כי בכל כחי עבדתי את אביכן, לפיכך נטל שכרו אף בעולם הזה, שנאמר ויפרוץ האיש מאד מאד" והגר"א ציין לכמה מהגמרות המוזכרות בסימן זה ולירו'.

עמש"כ המחבר דהקפידו על ברכה רביעית, כתב הסמ"ע (מ) דבטור כתב "שהרי דקדקו חכמים בזימון על ברכה רביעית", ונראה דגרסינן בזימון ועל ברכה רביעית, ותרת קאמר, ור"ל בזימון, שלא הצריכו לפועל להמתין על אחרים עד שיברכו בזימון כדי שלא לבטל ממלאכתו, ודלא כלבוש שכתב בברכת הזימון שפטרו הפועלים שלא יברכו ברכה רביעית, הרי דס"ל דחדא קאמר, ופירש תיבת הזימון דכתב הטור מלשון ברכת המזון.

סימן שלח - דין אכילת בהמה בשעת מלאכה ואיסור חסימתה

סעיף א

כלשון הרמב"ם ע"פ ב"מ פח: פסק בשו"ע "הבהמה אוכלת כל זמן שהיא עושה בגדולי קרקע (לא תחסום שור בדישו) בין במחובר בין בתלוש (צא: -) ואוכלת ממשוי שעל גבה (נלמד מפועל דכתיב ביה כי תבא' ולאפוקי ממ"ד דבעינן דוקא דומיא דדישה שתהא עושה בידיה וברגליה) עד שתהיה פורקת

באה"ג: כתב ה"ה דנחלקו המפרשים אם מדין תורה או מפני התקנה ומדברי הרמב"ם נראה שהוא דבר תורה, ובלבד שלא יטול בידו ויאכילנה (דדוקא לא תחסום כתיב, לא תעשה מעשה למנוע אותה מאכילה, ולא שיאכילנה בידים, סמ"ע)".

סעיף ב

ע"פ **משנה ב"ק נד: וב"מ פט**. פסק **בשו"ע** "כל המונע הבהמה מלאכול בשעת מלאכה לוקה, שנאמר לא תחסום שור בדישו אחד שור ואחד כל מיני בהמה וחיה בין טמאים בין טהורים (ישורי' ישורי' משבת), ואחד חרישה ואחד כל שאר מלאכות של גדולי קרקע, ולא נאמר שור בדישו אלא בהווה".

סעיף ג

ע"פ בעיא דאיפשטא **בב"מ צ: פסק בשו"ע** "אחד החוסם אותה בשעת מלאכה, ואחד החוסם אותה מקודם ועשה בה מלאכה והיא חסומה, (כרבי יוחנן דעקימת פיו היא מעשה -) אפילו חסמה בקול, לוקה", וכתב **באה"ג** דכתב ה"ה דכבר הקשו המפרשים משבועות כ"א דכל לאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו חוץ מנשבע וממיר ומקלל את חבירו בשם אלמא דעקימת שפתיו לא היא מעשה, וי"ל דמעשה הכא מפני שדבורו בא לכלל מעשה שעל ידי דבורו נחסמת וכ"כ התוס'.

סעיף ד

ע"פ ברייתא **ב"מ צא**. פסק **בשו"ע** "שכר בהמה וחסמה ודש בה, לוקה ומשלם לבעלים ד' קבין לפרה ג' קבין לחמור {היינו בכל יום, ובדישה מרובה שיש לה לדוש כל היום (נ"י בשם רשב"א)} (לתת טעם והא אין אדם לוקה ומשלם -) שמשעת משיכה נתחייב במזונותיה ואינו חייב מלקות עד שידוש בה חסומה".

סעיף ה

ע"פ ברייתא **ב"מ צ**. פסק **בשו"ע** "ישראל הדש בפרתו של עכו"ם עובר משום לא תחסום (אפילו הדישה היא של גוי, סמ"ע), ועכו"ם שדש בפרתו של ישראל (שלא בפני ישראל, סמ"ע בשם הטור) אינו עובר משום לא תחסום (ומיירי באפילו הישראל יודע מזה, דמ"מ הוא אינו עושה החסימה בידים, סמ"ע)".

סעיף ו

[האם מותר לומר לעכו"ם חסום פרתי ודוש בה?]

ב"מ צ. "איבעיא להו מהו שיאמר אדם לגוי חסום פרתי ודוש בה תא שמע דשלחו לאבוה דשמואל הלין תורי דגנבין ארמאי ומגנחין יתהון כלומר מסרסים אותם מהו שלח להו הערמה אתעביד בהו אערימו עליהו ויזדבנון אמר רב פפא בני מערבא סבירא להו כרבי חידקא דאמר בני נח מצווין על הסירוס וקא עברי משום ולפני עור לא תתן מכשול סבר רבא למימר ימכרו לשחיטה אמר ליה אביי דיין שקנסת עליהם מכירה בעולם". דעת **הראב"ד** דהך בעיא לא איפשיטא ואזלינן לקולא דהוי ספיקא דרבנן (ה"ה), והרא"ש חלק דאיפשיטא שפיר ושינויא דרב פפא דמוקי בני מערבא כרבי חידקא ליתא דהא אביי ורבא ומר זוטרא והנהו תרי חסידי אית להו דאבוה דשמואל ולית הילכתא כרבי חידקא דהא כמה תנאים פליגי עליה בסנהדרין נ"ו, וכ"ד **הרמב"ם** לפי חלק מהנוסחות, וכתב ה"ה דכן דעת **הרמב"ן** "דבכולהו מצוות איכא שבות באמירה לגוי ויש חולקין".

פירש **רש"י** שהבעיא היא באומר לו חסום פרתי ודוש בה אפילו תבואה שלך ואפילו בזה איכא איסורא, אולם דעת **התוס'** ודוש בתבואתי דמרויח באמירה לגוי דבתבואת גוי פשיטא דשרי כיון שאין ישראל נשכר בחסימה כמו שפשיטא שמותר לומר לגוי לאכול נבלה, והרא"ש כרש"י ושאני מלומר לגוי אכול נבלה שאם היה הישראל עושה בידים מה שהגוי עושה במאמרו דהיינו שנותן הנבלה לתוך פיו היה מותר אבל בחסימה אסור לעשות מה שהגוי עושה במאמרו.

וז"ל **השו"ע** דלא כראב"ד המיקל ברישא "אמר לעכו"ם חסום פרתי ודוש בה {דאמירה לעובד כוכבים אסור בכל איסורין כמו בשבת (רא"ש ורש"י)} {בעיות דלא נפשטו וספק דאוי לחומרא -} ישב לה קוץ בפיה ודש בה והרי אינה אוכלת, רבץ לה ארי מבחוץ, הרביץ בנה מבחוץ, הרי שצמאה ואינו משקה אותה, פרס עור על הדיש כדי שלא תאכל - כל זה וכיוצא בזה אסור ואינו לוקה (דלא לקי מספיקא וכיון

דמלקות אין לנו בזמן הזה לא הוה ליה לרבינו לכתוב אינו לוקה אלא שנמשך אחר דברי הרמב"ם, ב"י ("לגבי מח' רש"י ותוס', כתב באה"ג דנראה שפסק כרש"י שאפילו א"ל חסום ודוש בה תבואתך איכא איסורא").

כתב הסמ"ע (יב) דאם שכר בהמה מאחר ומכח אחד מאלו לא אכלה דחייב לשלם, דהא משעה שמשכה אתחייב במזונותיה והרי לא אכלה, אף על פי שלא נעשה בגרמתו ממש.

עוד כתב הסמ"ע (יג) דכתבו התוס' דבישב לה קוץ ורביץ לה ארי קאמר בגמ' דדוקא כשנעשה כן מאליו הוא דאיבעיא להו אבל אם הושיב בידו קוץ בפיה וכן אם הרביץ ארי מבחוץ כדי שתראנו ולא תאכל לא קימבעיא ליה דודאי לוקה, אבל בהרביץ בנה מבחוץ וכן בפירש עור על הדיש אע"פ שעושה כן בידים מ"מ כיון דאינה מונעת כל כך מלאכול בשביל זה, הן באיבעיא אי לוקה עליהן או לא, וזהו שדקדקו הרמב"ם והטושי"ע שבקוץ וארי כתבו לשון שנעשה מאליו משא"כ בהושיב בנה ובפירש עור ובישב לה קוץ כתבו התוס' דלא דמי לחסמה מבחוץ ודש בה כשהיא חסומה דלוקה, די"ל דשאני התם דחסומה בידים כדי שלא תאכל משו"ה אפילו חסמה אחר ודש בה לוקה, משא"כ בזה שנעשה מאליו איבעיא אי יש לדמותה לחלתה היא.

עמש"כ הב"י דנמשך הטור אחר לשון הרמב"ם במה שכתב שפטור מלקות, כתב הש"ך (א) שכתב בהשמטות יו"ד סימן כ"ז דיש נפקותא בזמן הזה היכא דאיכא מלקות (לא מצאתי), והב"ח כתב דהטור נתכוין לומר דמשלם ד' קבין לפרה וגי' לחמור אבל אי הוי לוקה לא הוי לוקה ומשלם דמשום רשעה אחת אתה מחייבו ואי אתה מחייבו משום ב' רשעות, וכתב דדבריו תמוהין דהא בחסימה אע"ג דלוקה משלם וכדאיתא בש"ס וסעי' ד', "ועוד נ"ל דבזמן הזה אפילו היא מלקות ותשלומין כאחד חייב ממון דהא קי"ל דאם לא התרו בו או ששגג חייב בתשלומים וכדלקמן סימן ש"ן אלמא דגבי חייבי מלקות בעינן דוקא היכא דלוקה ממש א"כ בזמן הזה הוי כלא התרה בו וכ"מ מדברי מהרש"ל פרק הכונס סימן ו"י. [בתרומת הכרי כתב דכוונת הב"ח דהטור בא להשמיענו דהכא חייב לשלם בלאו טעמא דמשעת משיכה אתחייב לה במזונותיה. עוד כתב דלדעתו נפ"מ היכי דלא משך השוכר הבהמה אלא שהבעלים הניחוהו לחוץ ומאליו הלכה אל הגורן או שהבעלים הוליכו בהמה שלהם עד הגורן דבכה"ג התשלומין והמלקות כי הדדי אתיא, ועוד כתב לחלוק עמש"כ הש"ך שבוה"ז אפילו מלקות ותשלומין באים כאחד וכו', דליתא דגם האידנא אם התרו בו פטור מתשלומין ואף שאין לנו סמוכים להלקותו כמו חייבי מלקות בזמן המומחים במקום שאין ב"ד ולמחר ייתא משיחא וילקה].

סעיף ז

ע"פ בעיא דאיפשטא בב"מ צ. פסק בשו"ע "היה הדבר שהוא עושה בו רע לבני מעיה ומזיקה, או שהיתה חולה ואם תאכל מזה תתריז [פי' חולי מעיים שמוציאה רעי כמים] מותר למונעה, שלא הקפידה תורה אלא על הנאתה והרי אינה נהנית".

סעיף ח

ב"מ פט: "תנו רבנן פרות המרכסות בתבואה אינו עובר משום בל תחסום אבל מפני מראית העין מביא בול מאותו המין ותולה בטרסקלין שבפיה", ופסק בשו"ע כפירוש הרמב"ן וכ"ד הרמב"ם וכן הוא בירו' – "פרות המהלכות על התבואה לפי שירט להן הדרך (שעוברת על התבואה דרך הליכתה למקום אחר כדי לקצר הליכתה, ה"ה) אינו עובר על לא תחסום" והרמ"א כתב כפירוש רש"י והראב"ד "שעורין שהושרו במים ומייבשין אותן בתנור ואח"כ דשין אותן בפרות להסיר קליפותיהן אין בהם משום בל תחסום שכבר נתחייב במעשר (ואנן דומיא דדיש ופעולת כרם וקמה בעינן דכל אלה לא נגמרו עדיין למעשר וכסימן שלז"א, סמ"ע), אבל משום מראית העין שלא יאמרו שחוסם פרתו, מביא מעט מאותו המין ותולה בצוארה שתאכל ממנו (ומי שיבוא אח"כ יאמר בלבו כבר אכלה מהשק כל שבעה ושאחר שעה יחזור וימלאנו מאותו המין שתאכל ממנו, סמ"ע)".

כתב הסמ"ע (טו) שלפי פירוש הרמב"ם שענין מראית העין קאי על רק תרומה ומעשר, דהכא הכל רואין שאין כוונתה לדוש ולית ביה משום מראית עין, וגבי פירוש הראב"ד לפי הרמ"א כן שייך – וביאר באה"ג דאפשר דשאני הכא דנפיש הזיקא דקלופות.

סעיף ט

ע"פ ברייתא **ב"מ צ.** פסק בשו"ע "רשאי השוכר להאכילה פקיעי עמיר [פ"י אגודת קש של שבלים שנדושו, רש"י] כדי שלא תאכל הרבה מהדיש, ורשאי בעל הפרה להרעיבה כדי שתאכל הרבה מהדיש" דלאכשורי גברא לית ביה איסור כמבואר בסימן שלז"טו, **סמ"ע** (יח), ושלח לסעי' יט שם דביאר מאי שנא מהנאמר שם שלא ירעיב ויסגף עצמו הפועל.

סימן שלט – לתת שכר אדם בהמה וכלים בזמנו ומתי זמנו

סעיף א

האם עובר בבל תלין בשוכר קרקע? ומה הדין בשוכר דירה?

משנה ב"מ קיא. "אחד שכר אדם ואחד שכר בהמה ואחד שכר כלים יש בו משום ביומו תתן שכרו ויש בו משום לא תלין פעלת שכיר אתך עד בקר" ובגמ' "דתניא מאחיך פרט לאחרים גרך זה גר צדק בשעריך זה אוכל נבילות אין לי אלא שכר אדם מנין לרבות בהמה וכלים תלמוד לומר בארצך כל שבארצך", וז"ל השו"ע "מצוה לתת שכר שכיר בזמנו ואם אחרו עובר בלאו, אחד שכר אדם או בהמה או כלים, (רמ"ה ע"פ הברייתא דאשר בארצך ולא ארצך ממש –) אבל על שכר קרקע יש מי שאומר שאינו עובר".

כתב **הסמ"ע** (א) דאף דבסעי' ב' כתב המחבר ע"פ הש"ס והרמב"ם דהכובש שכר שכיר עובר בחמשה לאוין ואילו כאן כתב המחבר דעובר בלאו, משום דאאינך לאוין דסעי' ב' אינו עובר אא"כ אין דעתו לשלם לו כלל (ודלא כמאירי שגם במאחר עובר בה' לאוין, דרכי חושף), משא"כ בלאו דלא תבוא עליו השמש דהכא עובר מיד שעבר זמנו אף שדעתו לשלם לו, ודלא כלבוש שכתב דלאו דהכא הוא לא תעשוק, דלא דק דבעל הבית שאינו נותן בזמנו ודעתו ליתן לאחר זמנו אינו עובר משום לא תעשוק אלא משום לא תבוא עליו השמש.

כתב **הקצות** (א) דלענין איסור בל תלין שהוא איסור דאוי יש לחוש לדעת הפוסקים דהו"ל לבית דין תלוש כיון שהוא תלוש ולבסוף חיברו, ואפילו לרא' (והרמ"א בסימן צה/א) דס"ל דהו"ל דין קרקע ע"ש, אכתי יש לחלק בין איסור לממונא דלענין איסורא תלוש ולבסוף חברו דין תלוש הוי דלענין איסור בל תלין שהוא איסור דאורייתא יש לחוש לדעת הפוסקים דהו"ל דין תלוש. **הפת"ש** (א) הביאו, וכתב בשם **השער משפט** שדעתו להחמיר אף בקרקע ממש לפי דבסמ"ג וביראים הביאו לשון התורת כהנים דאף בשכר קרקע עובר בבל תלין ואין להקל באיסור לאו דאוי, וציין **הפת"ש לגר"א** (א), שם כתב על המחבר דזה תמוה דזהו אליבא דת"ק דברייתא אבל תנא דמתניתין לא יליף שכיר אלא יליף מאתך כל שפעולתו אתך ואף קרקע במשמע וקיי"ל כמתני', ואף לתנא דברייתא למעט מבארצך קרקע אינו מוכרח [וכי"ד **האהבת חסד**, וכתב **בפסקי המשפט** בפרט אם שכר דירה מרוהטת דהווי מטלטלין והוי כשכר כלים שלכ"ע חייב].

< כתב **גליון מהרש"א** בשם החינוך מצוה תפ"ב דאף בזמן הזה אם שכר פועל ועבר זמן מרובה או אפילו מועט שיעניק לו בצאתו מעמו מאשר ברכו ה'.

סעיף ב

ברייתא **ב"מ קיא.** "כל הכובש שכר שכיר עובר בחמשה שמות הללו ועשה משום בל תעשק את רעך ומשום בל תגזול ומשום בל תעשק שכיר עני ומשום בל תלין ומשום ביומו תתן שכרו ומשום לא תבא עליו השמש הני דאיכא ביממא ליכא בליליא דאיכא בליליא ליכא ביממא אמר רב חסדא שם שכירות בעלמא", ופירש רש"י "שם שכירות בעלמא כולהו - כחד לא משכחת לה ודאי אלא הכי קאמר עבירות כל השמות הללו בשם שכירות הן יש מהן בשכירות לילה ויש מהן בשכירות יום" ורש"י גריס נמי עובר משום לא תגזול דאוקימנא ליה בדף ס"א לכובש שכר שכיר דלגופא לא צריך דנילף מריבית ואונאה (והסמ"ע מנהו), אולם השו"ע כתב כלשון **הטור** "כל הכובש שכר שכיר כאילו נוטל נשמתו (ברייתא

דף קי"ב "כי אליו הוא נושא את נפשו" ופליגי בגמרא חד אמר נפשו של נגזל וחד אמר נפשו של גזלן), ועובר בחמשה לאוין ועשה" וכתב הב"י שנמשך אחר לשון הרמב"ם (שם כתב "עובר בארבע אזהרות ועשה, והמשיט לאו דלא תעשוק, דרכי חושן), "ויש לדחוק ולומר" דמפרש דמאי דאמר רב חסדא שם שכירות בעלמא הכי קאמר אע"ג דקצתם כתובים ביממא וקצתם כתובים בליליא מ"מ כשהוא כובש ביום או בלילה עובר על כולם דשם שכירות בעלמא חד הוא, וכן ביאר הסמ"ע (ד).

סעיף ג

שכר פועל לעבודה ביום שישי מתי עובר בבל תלין?

פרט שלושה מקרים בהם אין 'בל תלין' שאינם ברשימה (של החלק הראשון של השאלה: קרקע, קבלן, אומן, ושכירות ע"י שליח)

משנה ב"מ קי: "שכיר יום גובה כל הלילה ושכיר לילה גובה כל היום" ובגמ' "נתנו רבנן מנין לשכיר יום שגובה כל הלילה תלמוד לומר לא תלין פעולת שכיר אתך עד בקר, ומנין לשכיר לילה שגובה כל היום שנאמר ביומו נתן שכרו, ואימא איפכא שכירות אינה משתלמת אלא בסוף" ופירש רש"י "שכירות אינה משתלמת אלא בסוף כדאמרין באיזהו נשך (סה). אלמא לא משתעבד ליה לשכיר יום עד שתשקע החמה וכי כתיב לא תבא על כרחך בשכיר לילה תוקמיה שנשתעבד לו לבקר משכלתה שכירותו וכן לא תלין נמי לא תוקמיה בשכיר לילה דהא לא משתעבד ליה עד הבקר", וכתב הג"י בשם התוס' אהא דמנין לשכיר יום שגובה כל הלילה דמשמע דפועלים דידן שאינם עושים מלאכה עד הלילה ומתחלה אדעתא דהכי אגרי להו כיון ששקעה עליו חמה עובר משום לא תבא עליו השמש מיהו היכא ששה במלאכתו עד הלילה משמע דאינו עובר אע"ג דמתחלה לאו אדעתא דהכי אגריה.

וז"ל השו"ע "איזהו זמנו, שכיר יום יש לו זמן ליתנו לו כל הלילה, לא נתנו לו, עובר עליו בבקר משום בל תלין, שכיר לילה זמנו ליתן לו כל היום, לא נתנו לו עובר עליו בערב משום ביומו נתן שכרו (רישא דקרא נקט ואחריו מיד כתיב לא תבוא עליו השמש, ועובר בתרווייהו בעשה ולא תעשה, סמ"ע) {ופועלים דידן, שאין עושין מלאכה עד הלילה, כיון ששקעה עליו חמה עובר עליו משום ביומו נתן שכרו, ואם עשה מלאכה עד הלילה, יש לו זמן כל הלילה אע"פ שלא שכרו [בפירוש כן ודאין] אדעתא דהכי אגריה (נ"י)"

כתב רע"א בשם החינוך "לרא"ה" ¹ דאם נשכר ביום ו' כיון דאינו יכול לשלם לו בשבת שוב אינו בלאו רק משום "אל תאמר לרעך" (לשונו שם מצוה תקפ"ח - "והשוכר בערב שבת ונדחה מלפרוע השכר בשביל שבת יש לדון בזה שאינו עובר עוד בשל תורה, הואיל ואדחי אדחי, אבל חייב מדבריהם משום אל תאמר לרעך לך ושוב") [אולם דעת האו"ש (שכירות יא) עובר בבל תלין "שהיה לו לפרועו מבעוד יום בעת גמר מלאכתו"].

סעיפים ד - ה

ע"פ משנה ב"מ קי: וגמ' קיא. כרב (ודלא כשמואל לקמן) דהלכתא כוותיה באיסורי (רא"ש) וכרבי יהודה [אולם סמ"ג ועוד סוברים דפסקינן כשמואל דהלכה כמותו בממונא, וס"ל א"כ דבל תלין הוא ממון, פסקי המשפט (הע' 11), ואילו בקצות בסעי' א' מבואר דס"ל דבל תלין הוא איסורא (שם 26) ונפק"מ אם צריך בעה"ב לרדוף אחריו לשלם (עיי"ש עוד)] - פסק בשו"ע "שכיר שעות אם כלה שכירותו ביום יש לו תשלום כל אותו יום, אם כלה בלילה, יש לו תשלום כל אותו הלילה (דלא כשמואל שכיר שעות דיום גובה כל היום ושכיר שעות דלילה גובה כל הלילה וכל היום). (ה) שכיר שבת, שכיר חדש, שכיר שנה, שכיר שבוע, יצא ביום גובה כל אותו היום, יצא בלילה גובה כל אותו הלילה".

סעיף ו

פרט הדין של כובש שכר בשכיר (ראה לעיל) או אומן או קבלן?

ב"מ קיב. "בעו מיניה מרב ששת קבלנות עובר עליו משום בל תלין או אינו עובר אומן קונה בשבח כלי והלואה היא או אין אומן קונה בשבח כלי ושכירות היא אמר להו רב ששת עובר. נימא מסייע ליה הנותן

טליתו לאומן גמרה והודיעו אפילו מכאן ועד עשרה ימים אינו עובר משום בל תלין נתנה לו בחצי היום מששקעה עליו חמה עובר משום בל תלין ואי אמרת אומן קונה בשבח כלי אמאי עובר אמר רב מרי בריה דרב כהנא דאגריה מיניה לבטושי בטשא ובטשא במעתא", ופסקו הפוסקים כרב ששת דתניא דמסייע ליה ואין אומן קונה בשבח כלי והא דאוקי רב מרי להאי מתניתא דאגריה לבטושי דחייה בעלמא היא, וז"ל השו"ע "נתן טליתו לאומן לתקנה בקבלנות וגמרה, כל זמן שהטלית ביד האומן אינו עובר. נתנו לו אפילו בחצי היום כיון ששקעה עליו חמה עובר משום בל תלין שקבלנות היא כשכירות לפורעו בזמנו" – דאין אומן קונה בשבח כלי והו"ל שכר פעולה לגבי בעל הבית, סמ"ע (יב).

הש"ך (א) כתב דבא"ע סימן כח/טו איתא ב' דעות וכתב שם הטור "אבל ר"י כתב דקי"ל דאומן קונה בשבח כלי ואין כאן מלוה דכשנותן לה הכלי מתקדשת בשבח שיש לו וכן היא מסקנת א"א הרא"ש ז"ל" וסותר לרא"ש בסוגיין הכא דהביא רק דברי הר"ף, וציין לסימן ש"ו סק"ג דכתב דהכא מיירי אפילו למ"ד אומן קונה בשבח כלי, והטור שכתב שעובר מיירי באוקימתא דביטשא ביטשא אבל בקבלנות סתמא אינו עובר ואומן קונה בשבח כלי.

הסמ"ע (יא) תמה מדוע נכתב בברייתא ובפוסקים דעובר משום בל תלין, דהוה ליה למימר משום ביומו תתן שכרו, וביאר דכאילו אמר חיובא דבל תלין דעלמא הוא חל כאן מיד ששקעה החמה, אך אין לתרץ ולומר דהרמב"ם והטור ס"ל דהגמ' נקטה כן דס"ל דעובר בכל אחד בכל חמשה לאוין ונקט בל תלין לרבנותא דאפילו אותו עובר וכ"ש משום ביומו תתן שכרו, דזה אינו, דכאמור גם לרמב"ם והטור אינו עובר בחמשתן אלא הכובש שכרו ואין דעתו ליתנו לשכיר כלל.

כתב **הקצות (ג)** ע"פ מוהר"א ששון² בצוה לסופר שיכתוב לו כתובה והסופר כתבה וחתמה דאינו עובר, ואע"ג דאיפסקא הלכתא דאין אומן קונה בשבח כלי, מ"מ היינו באומן שאין לו כלום בכלי אבל באומן שהכלי עצמו הוא שלו דמי למכר, וק"ו ממה דהוי ס"ד דאומן קונה בשבח כלי והוי הלואה כו' מכל שכן הכא שהכלי עצמו הוא שלו דהוי מכר והלואה, והביאו **הפת"ש (ג)** וכ"פ **רע"א** [ובמשפט שלמה דן מזה לתשלום קייטרינג דנחשב כמכירה ואין בו תלין, פסקי המשפט (הע' 30), עיי"ש].

כתב **הפת"ש (ב)** דהסמ"ע (י) ביאר במש"כ המחבר שהטלית ביד האומן אינו עובר, דאז אין פעולת שכיר מוטל על בעל הבית לעבור עליו שהרי תופס משלו כנגדו, וכתב **מהר"ש זלמן מלאדי**³ דמזה יש ללמוד שאם נותן משכון לפועל אינו עובר כלום אף אם יש לו מעות כו', אך כתב הפת"ש דאולם בלבוש כתב הטעם דכיון שאין האומן נותן לו מוחל לו על תשלום שכירותו כל זמן שהוא בידו, ולפי"ז אין ללמוד מזה למשכון אחר. עוד כתב הפת"ש בשם ר' **יהונתן** בשיטה דכל זמן שהטלית ביד האומן אע"פ שנתן לו רשות שיטלנה מביתו ויוליכנה לביתו שאינו רוצה לעכבה בשביל שכירותו, אפי"ה כל זמן שיש משכון תחת ידו אינו עובר, והקצות בסימן ע"ב (כ"ג והכא סק"ד) כתב דמזה יוצא לנו דין מחודש דשכירות שנתן בעל הבית לאומן משכון עליו אף על גב דהחזיר לו המשכון, כיון דכבר קנה במשכון נגד שכרו תו ליכא בל תלין, ואף על גב דהחזיר לו אח"כ את המשכון.

[**הפתחי חושן (ד, ט, יב)** סיכם "אף שכר קבלנות יש בו משום בל תלין, וזמן חיוב התשלום בשעת גמר המלאכה, והנותן לאומן כלי לתקנו בקבלנות, חל החיוב בשעת החזרת החפץ, אבל כל שלא החזירו, אף על פי שגמרו והודיע לבעל החפץ, אינו עובר" ובהע' כ"ח הוסיף דמה שמקובל כיום בקבלן או משרד לעבודות, המקבל לבנות או למלאכה אחרת, ואין הוא עוסק במלאכה אלא שוכר פועלים אחרים על חשבונו, אין לו דין פועל לענין זה, וגם על הפועלים אין לו חיוב תשלומין אלא דינו כעין מכר ואינו עובר, מיהו אפשר באופן שגם הקבלן עוסק במלאכה בפיקוח ותיאום עם הפועלים, על חלק זה דינו כפועל, וכדין אומן, ואף כשאינו פועל צריך לשלם לו לפי מה שהתנו או לפי התקדמות המלאכה, כיון שאין בו דין שכירות המשתלמת לבסוף, אלא שאפשר שגם במוכר כמה דברים במקח אחד אין חיוב תשלומין אלא בסוף המקח, ואם פסקו מחיר על כל מלאכה בנפרד, ממ"נ צריך לשלם עבור כל מלאכה].

סעיף ז

שכר פועל בעצמו או על ידי שליח ותבע הפועל שכרו בעצמו או על ידי שליח, מתי עובר בבל תלין ומתי לא?

ירד לשדה חבירו שלא ברשות ועבד, האם עובר עליו המעביד בבל תלין?

ע"פ **קי**: פסק בשו"ע "האומר לשלוחו צא ושכור לי פועלים ושכרם ואמר להם שכרם על בע"ה, אין שום א' מהם עובר על בל תלין (זה לפי שלא שכרו וזה לפי שאין פעולתו אצלו כלומר ולא קרינן ביה לא תלין פעולת שכיר) (תוס' -) ומיהו בע"ה עובר משום 'אל תאמר לרעך לך ושוב' (משלי ג) אם אינו טרוד ומכוין לדחותם (וכן נרמז מלשון הברייתא מדלא קתני אומר אדם לשלוחו משמע דוקא בדיעבד אינו עובר אבל לכתחילה עובר משום בל תשהה, פת"ש), (ה"ה ברמב"ם -) ואם לא אמר שכרם על בע"ה אפילו לא אמר להם שכרם עלי אלא שכרם סתם הוא חייב בשכרם (שכל שלא אמר שכרן עליו הוא) לפיכך הוא עובר משום בל תלין { (רא"ש -) מיהו אם הפועלים יודעים שאין המלאכה שלו אין השליח עובר בסתם }".

כתב רע"א (בסוף הסימן) דאם תבעו הפועל ע"י שליח "עיינן בתשובת הלכות קטנות" - שם כתב ד"אפשר דלאו כל כמיניה לשוויי שליח לחיוביה לזה, ואין זה בכלל שלוחו כמותו וכעין ראייה ההיא דהמקבל (ק"י) צא ושכור לי פועלים אין א' מהן עובר זה לפי שלא שכרן וזה לפי שאינן שלו ואפשר כמעט הוי בכלל אין שליח לדבר עבירה", וכתב רע"א דדבריו לא נראים, וכ"ד הדרכי חושן "שאינן צריך דין שליחות אלא יועיל גם ע"י קוף או גוי".

סעיף ה

ב"מ קי: "תנו רבנן ממשמע שנאמר לא תלין פעולת שכיר אתך איני יודע שעד בקר מה תלמוד לומר עד בקר מלמד שאינו עובר אלא עד בקר ראשון בלבד מכאן ואילך מאי אמר רב עובר משום בל תשהה אמר רב יוסף מאי קראה 'אל תאמר לרעך לך ושוב ומחר אתן ויש אתך' (משלי ג) "וז"ל השו"ע "עבר זמנו, אין בע"ה עובר משום בל תלין ומכל מקום חייב ליתן לו מיד, ובכל עת שישהה עובר על לאו של דבריהם, שנאמר אל תאמר לרעך וגוי", וכן שכיר לילה אם עבר עליו יום ראשון אינו עובר אח"כ משום לא תבא עליו השמש (רע"א בשם הר"ן).

סעיף ו

ע"פ **ב"מ קיא**. פסק בשו"ע "שכיר שמכיר בבעל הבית⁴ שאין דרכו להיות בידו מעות אלא ביום השוק אינו עובר בבל תלין אפילו יש לו מעות ("מידע ידעי דאיומא דשוקא סמכ"י), ומיום השוק ואילך אם אינו נותן לו עובר משום אל תאמר לרעך וגוי { (נ"י -) וה"ה הני שאין דרכן לשלם עד שיחשבו עם הפועלים, אינם עוברים עד שיחשבו עמהם (ואפילו תבעו בזמנו בדבר שודאי חייב לו בלא חשבון (סמ"ע בשמו) }". [יש לציין לשבט הלוי (ז, רלג) שהביא דעת המאירי דמיום השוק ואילך עובר אפילו בבל תלין ודלא כרש"י ולדעתו יש להחמיר כדבריו, אולם בדרכי חושן דחהו].

סעיף ז

ע"פ **משנה וגמ' קיב**. פסק בשו"ע "אין בע"ה עובר משום בל תלין⁵ א"כ תבעו השכיר ("אתך" לדעתך, לאפוקי כשלא תבעו דאז השהייה היא מדעתו דפועל) לא תבעו או שתבעו ולא היה לו מעות ליתן לו, או שהמחהו אצל שולחני ליתן לו וקבל עליו ליתן לו (וקצת משמע שאפילו לא נתרצה הפועל בהמחאה זו, כיון שקיבל עליו הלה ליתן לו שוב אינו עובר עליו, ב"י, פת"ש) אינו עובר ("אתך" ולא כשהמחהו אצל חנוני), אפילו אין לבע"ה ביד שולחני כלום (רש"י ורי"ף), ומ"מ אם רצה השכיר לחזור בו שלא לקבל מהשולחני אלא מבעל הבית הרשות בידו (כרבה בפלוגתא דרב ששת ורבה בדף קי"ב "חוזר או אינו חוזר" ופסק הרי"ף הלכה כרבה וכתב הר"א דמתניתין דייקא כותיה ולא חשיב ליה מחילה, ומכאן ראייה דמחילה לא בעי קנין דאי בקנין פשיטא דאינו חוזר, ואפ"ה אמר רב ששת דאינו חוזר משום דמחל לו ורבה דאמר אינו חוזר משום דלא חשיב ליה מחילה) { ואם קנו מידו לא יוכל לחזור בו (רא"ש) }".

ביאר הסמ"ע (כא) חזרת השכיר בסיפא דאפילו אם לא חזר החנוני מליתן לו מ"מ כיון שאין לו בידו כלום ולא נתחייב לו במעמד שלשתן ואם רצה החנוני יכול לחזור משו"ה גם הפועל חוזר.

כתב הש"ך (ב) בשם ספר חסידים "אם תשכיר סופר לכתוב לך⁶ תתנה עמו שלא תהיה בבל תלין פעולת שכיר שמא כשיתבע לא יהיה לך ליתן לו, ואף על פי שתעשה תנאי עמו תתן לו כשיתבע אם תוכל, ואין בזה מתנה על מ"ש בתורה שהרי אמרו חכמים (ב"מ פ"ג) אדם מתנה עם פועל להאכילו לחם צר ומים

לחץ אף על פי שחייב להאכילו כסעודת שלמה", וביאר הפת"ש (ו) דכוונת התנאי שמא לא יהיו לך מעות בריוח שתוכל ליתן לו כי תצטרך להוציאם, אבל אם לא יהיו כלל אינו עובר אפילו בלא תנאי.

כתב הפת"ש (ז) בשם **שער משפט** דבזוהר קדושים מבואר דאף דאמר לו הפועל יהא השכירות בידך אין לעכב השכירות תחת ידו אם לא לבתר דיהיב ליה וכן משמע פשטא דמתניתין (ק"י"א) דקתני ללא תבעו אינו עובר עליו משמע מיעבר הוא דלא עבר הא איסורא איכא, וכה"ג דייק הש"ס בדף צ'. עמש"כ המחבר "או שתבעו ולא היו לו מעות" כתב (ח) בשם **מהר"ש זלמן** בשם האר"י דמ"מ מידת חסידות ללוות ולפרוע לשכיר בזמנו. **רע"א** כתב עמש"כ המחבר "ולא היה לו מעות" והוא כלשון הטור דמשמע דאם אין לו אף דיש בידו שוה כסף אינו עובר, ובברייתא קתני יכול אפילו אין לו ת"ל אתך משמע דוקא אין לו כלל, ובחינוך כתב 'שאין לו כלום לפרע ממנו', ועוד כתב בשמו שאם אין יכול לפרעו באותו יום א"כ יאבד הרבה משלו לא חייב הכתוב בזה.

< סע' יא: כתב השו"ע "דיני שכיר שנשבע ונוטל נתבאר בסימן פ"ט".

הלכות שאלה

סימן שמ - השואל חייב באונס ובהמה שמתה מחמת מלאכה ואם שלחה על יד בנו או עבדו

סעיף א

מה מיקרי "מתה מחמת מלאכה" שהשואל פטור?

כתב השו"ע כלשון הרמב"ם "השואל מחבירו בהמה או מטלטלים ונאנסו בידו כגון שמת או נשבר או נשבה חייב (כמפורש בתורה ובמשניות ב"מ צג. ושבועות מט.) {מרדכי בשם מהר"ם -} ודוקא שאירע האונס מכח השואל, אבל אם אירע האונס מכח המשאיל, פטור, ולכן מי שיש לו משכון אצל עכו"ם, והשאילו לחבירו ליקח עליו עוד מעות ונשרף המשכון, פטור השואל, דהא בלאו הכי היה נשרף מכח המשאיל (ועוד איתא במרדכי שם טעם אחר דלא נקנה לו המשכון כיון שלא משכו, ש"ך) ואין צריך לומר שחייב בגניבה ואבידה (שם ובגמרות) אבל כל קלקול שאירע בה מחמת מלאכה ששאלה בשבילה, לא מבעיא אם הוכחשה מחמת מלאכה שהוא פטור, אלא אפילו מתה מחמת מלאכה, פטור (ב"מ צו: דלאו לאוקמא בכילתא שאילתה), והוא שלא ישנה לעשות בה דבר אחר חוץ מהמלאכה ששאלה בשבילה (ע"פ ב"מ צז). "ההוא גברא דשאל דוולא מחבריה איתבר אתא לקמיה דרב פפא אמר ליה אייתי סהדי דלא שנית ביה ואיפטר" שאם שינה ועשה בה מלאכה אחרת חוץ מהמלאכה ששאלה בשבילה (ה"ה ברמב"ם גבי שאל בהמה לחרוש ורכב בה -) אפילו היא קלה ממנה תלין דמחמת אותה מלאכה ששינה מתה ("דלא שני" בגמ' ר"ל שום שינוי, שם), ואפילו באותה מלאכה עצמה אפשר לשנות (מיקרי שינוי להתחייב) כגון ששאלה לחרוש וחרש בה ביום ובלילה שלא כדרך כל הארץ (שם).

עמש"כ הרמ"א ע"פ המרדכי דדוקא שאירע האונס מחמת השואל, כתב הסמ"ע (א) דכתב הלבוש דאם אירע אונס שלא מחמת השואל כגון שאל בית מחבירו ונשרף אינו חייב לשלמו, ולא דק, דבכה"ג בלאו הכי פטור משום דאין דין שומרים בעבדים וקרקעות, והוסיף הש"ך (א) דעוד יש להשיג על הלבוש דשאל בית האונס הוי מכח השואל כיון דברשותו הוא.

הנתיבות (א) הקשה על הרמ"א דהא בשאלה אפילו מתה הבהמה חייב עיי"ש מש"כ, וכתב **בדרכי חושן** דהעולה באירע אונס שלא מחמת השואל, היינו שאף לולי השאלה היה נעשה האונס וגם לא היה החפץ ברשותו של השואל, פטור השואל לדעת הלבוש והגר"א ולדעת הנתיבות והשער משפט חייב, ובכה"ג שהיה החפץ ברשותו ובשליטתו של השואל גם לדעת הלבוש חייב ורק לדעת הגר"א פטור, ויתכן שגם הסמ"ע והש"ך מפרשים כוונת הרמ"א כגר"א, ונראה דבכהאי גוונא הוי ספיקא דדינא.

הקשה הסמ"ע (ד) דבסי' ש"ח ושי"א מסקנת הרא"ש והטור דמותר לשנות הבהמה למלאכה אחרת שאינה כבידה ממנה וכ"ש לקלה ממנה, ואין לומר דשואל דכל הנאה ידידה החמירו, דאין טעם לדבר,

כיון דעכ"פ מחמת מלאכה מתה ובמתה מחמת מלאכה פטריה רחמנא לשואל, ומאי שנא זה מסימן שמב/א בשואל שהשאל לאחרים ונפסד מחמת מלאכה, דכשיש לשואל ראייה שלא שינה בה השני מאשר השאל והרשה לו עליה דפטור השואל, לכן כתב דנראה דלא קאמר כאן דלא ישנה אפילו לקלה ממנה אלא קאמר שאם שינה אפילו דבר קל אזי תלינן דמחמת השינוי מתה, ומיירי דוקא באם יש לפנינו איזה ענין שנוכל לתלות בו ולומר שמחמת השינוי מתה (וכעין דכתבו הטושי"ע בסימן שט/א).

< כתב הרע"א ע"פ המחנ"א דשאל שופר לתקוע בו תקיעת מצוה י"ל דאינו חייב באונסיה דהנאת מצוה לא הוי הנאה [ויש חולקים (נתיבות עב, יז ועוד), פסקי המשפט ו'].

[האם יכול שואל להתנות להתחייב במתה מחמת מלאכה אף בלא קנין?]

כתב הקצות (א) דיש להסתפק בהתנה השואל להתחייב מחמת מלאכה אם בעי קנין או לא, ולמד דזה במח' רא', לריטב"א בעי קנין ולשיטה לא, ותליא בב' תירוצי התוס' בב"מ נ"ח (ראה מש"כ בסימן רצא/כז), דכתבו בהא דאמרינן (צד, א) במתנה שומר חנם להיות כשואל בדברים בעלמא ובעבדים ושטרות וקרקעות בעינן קנין דכתבו משום דהנך דפטירי אפילו משבועה בעי קנין אי נמי כיון שמתחייב כשואל כסבורים העולם שהשאל לו ובהאי הנאה משעבד נפשיה, דלתירוץ קמא טעמא דמתנה שומר חנם להיות כשואל משום דחייב שבועה דאוי וקרקעות אפילו משבועה פטור וא"כ מהאי טעמא נמי מתנה שואל להתחייב במתה מחמת מלאכה, אבל לפי תירוץ השני א"כ אינו מתחייב ביותר משואל, וביאר הקצות עוד בתוס' דבעינן גבי שמירת קרקעות שקנו מידו ע"פ התוס' בכתובות (נ"ו) דכתבו דגבי שומרין אין החיוב אלא משום דהתורה ירדה לסוף דעתן של בני אדם שרוצין להתחייב בכך שומר חנם בפשיעה ושומר שכר בגניבה ושואל באונסין וכיון דלא שעבד נפשיה לא חייבתו התורה, וא"כ כיון דהתורה ירדה לסוף דעתן של בני אדם שרוצין להתחייב בכך ואפ"ה בעבדים ושטרות וקרקעות פטרה התורה אע"ג דדעתן להתחייב שוה בהנך כמו בשאר מטלטלין, א"כ אינו מוסיף באמירה דידיה שאמר שרוצה להתחייב כיון דידענו שרוצה להתחייב ואפ"ה פטרו התורה ואינו מחויב באמירה יותר א"כ קנו מידו, אבל בהנך דאית בהו דין שומרין לא חייבה התורה את השומרין ביותר מדעתן ומשום דשומר חנם אין דעתו אלא לחייב בפשיעה וכן כולם אבל היכא דשעבד נפשיה ביותר משומר חנם חייב בדברים (וראה עוד מש"כ בסימן רצא/כז). **בנתיבות (ב) הכריע דהשואל יכול לחייב עצמו במתה מחמת מלאכה בלא קנין**, דדוקא בדברים שהשומר חייב במה שאיש אחר שאינו שומר אינו חייב אינו יכול להתנות בחיוב אם לא כשהוא באופן המבואר בתוס', אבל במתה מחמת מלאכה שאילו לא היה שואל ודאי דהיה מתחייב מדין מזיק רק שיש לפטרו כאן מטעם ששאלו לעשות מלאכה מדעת המשאל והרשהו לכך, אבל כשהתנה עמו שיתחייב בנזק שיעשה מחמת מלאכה הוי כאילו התנה שבאם תהיה הבהמה ניוזקת שלא יהיה לו דין שואל שיהיה כאילו לא השאילה לו, ואפילו בעבדים נראה דחייב בכה"ג, דכמזיק בידים דמי, כיון שהתנה כך שנגד נזק שיעשה לא יהיה לו דין שואל.

סע' ב, ד: ראה סימן ש"ז סעיף ו'.

סעיף ג

שאל רכב ועשה תאונה שלא באשמתו, האם הוי מתה מחמת מלאכה?

השואל רכב מחבירו ובדרך מחבלים רגמו אותו באבנים. האם נחשב מתה מחמת מלאכה? ומה הדין אם החוס עלה ברכב והנהג המשיך לנסוע וזה גרם להפסקת המנוע?

שאל חתול לאכול עכברים ואכלוהו עכברים או אכל עכברים ומת? שאל כלי מחלמה ונפל

בשבי?

ב"מ צז. "ההוא גברא דשאל שונרא מחבריה חבור עליה עכברי וקטלוהו יתיב רב אשי וקמיבעיא ליה כי האי גוונא מאי כי מתה מחמת מלאכה דמי או לא אמר ליה רב מרדכי לרב אשי הכי אמר אבימי מהגרוניא משמיה דרבא גברא דנשי קטלוהו לא דינא ולא דיינא איכא דאמרי אכיל עכברי טובא וחביל ומית יתיב רב אשי וקא מעיין בה כהאי גוונא מאי אמר ליה רב מרדכי לרב אשי הכי אמר אבימי מהגרוניא גברא דנשי קטלוהו לא דינא ולא דיינא".

פסק בשו"ע ע"פ הרמ"ה "השואל בהמה מחבירו לילך דרך ידוע ובאו עליו לסטים באותו הדרך או חיות רעות, ואנסוה ממנו, חשיב שפיר מתה מחמת מלאכה (כיון שמחמת הדרך ששאלה לילך בה הולכה ונאנסה, כי היכי בשאיל שונרא מחבריה ואכלה עכברים טובא ומתה בל"ב אע"פ שלא הרגתה המלאכה גופה כיון שבמלאכה ששאלה לצרכה מתה בגרמתה)" והרמ"א פסק כרא"ש "ויש חולקין בזה וס"ל דלא מיקרי מחמת מלאכה דהרי אף בלא הליכת הדרך איפשר שיבא לה אונס כזה (דלא דמי לשונרא ששאלה להרוג עכברים דבאותה מלאכה עצמה נאנסה והוי כשואל בהמה למהלך יום אחד ומחמת ההילוך מתה אבל אם נאנסה ממנו בדרך אונס אחר הוא ואינו מחמת מלאכה שאף בלא מלאכה אפשר שתאנס ממנו הילכך חייב, ובד"ה יישב דעת הרמ"ה דאין הכי נמי דאמרינן דמחמת אותה מלאכה נאנסה שהרי אין חיות רעות וליסטים מצויים בעיר והדרכים בחזקת סכנה). אבל המשאיל לחבירו שונרא לרדוף עכברים, ואכלוה העכברים (כל"ק) מיקרי מחמת מלאכה, דבא לה האונס מחמת המלאכה, וכל כיוצא בזה".

עוד כתב הרמ"א ע"פ הרא"ש "בהמה שנתייגעה במלאכתה ונתחממה ומתה אחר כך, או נכשלה בדרך ונפלה ומתה, מיקרי מחמת מלאכה, ודוקא שהרגיש בעודו במלאכה, אבל אם לא הרגיש מיד, לא יכול ליטבע דמתה מחמת מלאכה (ראה לקמן), דדילמא בלאו הכי נמי היתה מתה (אבל היכא שנכנס בה חלשות ועייפות מטורח הדרך אפילו שלא מתה מיד אלא מתנונה והולכת זמן מרובה מתה מחמת מלאכה קרינן בה)", ודלא - כרמב"ם בשאל דלי למלאות ונקרע ונפל לבור בשעת מילוי וכל כיוצא בזה פטור שלא שאלה אלא לעשות מלאכה זו והרי לא שינה ויראה מדבריו שאינו פטור א"כ מתה בשעת מלאכה ממש (טור), וכן משמע במש"כ במה דברים אמורים שנאנס שלא בשעת מלאכה אבל אם שאל בהמה מחבירו לחרוש בה ומתה כשהיא חורשת הרי זה פטור אבל אם מתה קודם שיחרוש בה או אחר שחרש בה הרי זה חייב לשלם, ב"נ), וגם הרמב"ן חלק על הרמב"ם "דהא דאמרינן דמתה מחמת מלאכה לאו לאוקמה בכילתא שאילתה קשיא לי וכי מיגרע גרע כיון דכי מתה מיתת עצמה חייב אע"ג דמלאך המות הוא ומה לי הכא ומה לי התם כי מתה מחמת מלאכה דשואל דמכל מקום איהו גרם לה היכי מיפטור, ויש לומר דשואל ודאי חייב באונסים אבל לא בפשיעה דמשאיל וכאן משאיל פשע בה שהשאילה למלאכה והיא אינה יכולה לסבול אותה וכגון שמתה מחמת אובצנא דמלאכה וראיתי בספרי הר"מ ז"ל מתה בשעת מלאכה וטעות הוא", וכ"ד הרב המגיד שהחילוק הוא בין נאנסה בשעת מלאכה לנאנסה שלא בשעת מלאכה הוא דבר מתמיה שלא נזכר בגמרא שעת מלאכה אלא מחמת מלאכה ושלא מחמת מלאכה והכוונה שכל שלא שינה בה מהמלאכה ששאלה והיא נתיגעה מחמת המלאכה שעשה בה ומתה אפילו שלא בשעת מלאכה פטור, וכל שלא עשה בה מלאכה יותר מדאי ולא שינה בה למלאכה אחרת ומתה מחמת המלאכה אפילו שלא בשעת מלאכה פטור שאם לא כן היה להם להזכיר בגמרא מתה בשעת מלאכה. גם הש"ך (ה) הביא דברי הרמב"ן וכן עיקר.

הסמ"ע (ח) תמה מדוע הביא הרמ"א רק ל"ק גבי שונרא והו"ל להשמיע גם ל"ב דאפילו אכלה השונרא עכברים טובא וחביל ומת ג"כ פטור דהו"ל כמתה מחמת מלאכה, ומינה נלמד במכל שכן להא דבשעת רדיפה חברו עליה העכברים, ואפשר דס"ל להלכה כלישנא קמא, מיהו בתה"ד משמע דבאכלה העכברים טובא ומתה הוי מתה מחמת מלאכה טפי מרדפה עכברים וחברו עכברים עליה ואכלוה וי"ל דמשו"ה נקט הרמ"א לרבנותא, וה"ה כתב תה"ד דאם שאל כלים להלחם עם השונאים ונפלו בני העיר ליד השונאים ולקחו הכלי זיין, הוה מחמת מלאכה ופטור. אולם הש"ך (ו) כתב דבחברו עליה עכברים וקטלוה מיקרי שפיר מתה מחמת מלאכה שמחמת שתרצה לעשות מלאכתה בעצמה להרוג העכברים חברו עליה וקטלוה וא"כ פשע המשאיל אבל בכלי המלחמה ודאי אין הכלים עצמם עושים המלאכה רק הבעל מלחמה וקרי מתה מחמת מלאכה הבעל מלחמה שלא נצח מלחמה ומחמת כן נלקחו מהם הכלי זיין ולא פשע המשאיל והלכך על הכלים ה"ל אונסים וחיוב, והתה"ד צ"ל דס"ל כמחבר ע"פ הרמ"ה, והעיקר כרא"ש שפסק הרמ"א.

הנתיבות (ו) כתב גבי נידון תה"ד דאם באו על עסקי נפשות דפטור, דלא גרע משאל ספר דמצוה קעביד, ואפילו שאל שלא לדעת ונאנס מידו פטור, דלא גרע מרודף שרדף אחר רודף ששבר כלים בין של הרודף בין של כל אדם דפטור כמבואר בסנהדרין (ע"ד), כיון שיש בזה ג"כ הצלת אחרים, ודוקא נרדף שבא להציל עצמו חייב, אבל הכא שיש בו ג"כ הצלת אחרים פטור, דמשום שיש בו ג"כ הצלת עצמו לא גרע, ותרומת הדשן מיירי שבאו על עסקי ממון, וכן נ"ל ג"כ בלקח כלים של חבירו להציל מן הדליקה דפטור בנאנס מידו, דדליקה כסכנת נפשות דמיא דהא מחללין עליה שבת.

עמש"כ הרמ"א נכשלה בדרך ונפלה ומתה מקרי מתה מחמת מלאכה כתב בפסקי המשפט (ט) ע"פ המנח"י (ב, פח) דאם נהג ברכב שאול ואירעה תאונה שלא מחמת פשיעתו כגון שתוך כדי נסיעה קפץ בעל חי לכביש, פטור מלשלם.

אם ליסטים תפסו ממנו את המכונת, האם נחשב כמתה מחמת מלאכה?

בהמשך להנ"ל, כתב הנתניבות (ה) עמש"כ המחבר 'ובאו עליו לסטים באותו הדרך או חיות רעות ואנסוה ממנו' דהוי מתה מחמת מלאכה, דמשמע מדנקט 'ואנסוה' דאם נגנבה ממנו דהיינו שנשם בעידנא דניימי אינשי ובא גנב וגנבה חייב, דגם המחבר מודה דכל היכא שאפשר שיבוא לאונס כזה אפילו לא היה בדרך דלא הוי מתה מחמת מלאכה. עוד כתב דדוקא דאנסוה ממנו בפניו ואם היה בעיר היו לו מושיעים ואין דרך לבוא אונס כזה רק בדרך שאין לו מושיעים, דהוי כאילו המשאל אפקרה לגבי אונסין דאינן ראויין לבוא רק בדרך, אבל גניבה שאפשר לבוא גם בביתו לא מיקרי מחמת מלאכה, ולפי"ז ה"ה אפילו גניבה של לסטים מזויין, כל שנעשה גניבה שלא בפניו שאפילו אי לא היה מזויין היה יכול ג"כ לגונבה, אין זה אונס השייך לדרך וחייב.

אדם ששאל מכונת מחבירו והלך המנוע, והשואל אינו יודע מחמת מה הלך, האם חייב

לשלם?

מתה הבהמה לאחר שעשה בה מלאכה ואינו יודע אם מתה מחמת מלאכה, נחלקו הפוסקים האם חייב לשלם, מהם צדדי הספק, ואיך מתיישבים הדברים עם סוגיית שומר שמסר לשומר? הרחב בביאור הענין.

במתה מחמת מלאכה, באיזה אופן נאמן בשבועה ובאיזה אופן לא?

כאמור כתב הרמ"א ע"פ הרא"ש דאולם אם לא הרגיש מיד בהיחלשות הבהמה לא יכול לישבע דמתה מחמת מלאכה דדילמא בלאו הכי נמי היתה מתה, ולכן חייב, ובבד"ה תמה דאטו משום שמא מחייבין ליה אדרבה זה ראיה לומר דכיון דמתה בדרך מסתמא מחמת מלאכה מתה ואין צריך לישבע אלא שמתה בדרך ופטור, וכתב הש"ך (ז) דמשום זה השמיט המחבר, אך לקי"מ דכל שומר צריך לישבע שיודע בבירור אבל כשאינו יודע אי"כ חייב שבועה דאין נשבעין ש"ד באינו יודע, ואפשר עיקר סברתו דמסתמא מחמת מלאכה מתה אבל גם זה אינו כיון דלא הרגיש בה עיפא וטורח הדרך, וגם רי"ו ותה"ד פסקו כרא"ש, נדמה שהקצות (ד) למד ברא"ש שהטעם הוא משום דהשואל מתחייב באחריות כבר משעת משיכה ורק אם מתה מחמת מלאכה נפטר מאחריותו, מכיוון שאינו יודע אם אכן מתה מחמת מלאכה הרי הוא כאומר אינו יודע אם פרעתין, ולפי המחבר הוי איני יודע אם נתחייבתי וסובר שהחייב הוא משעת אונסים וכ"כ רא"ה וראה לקמן. עוד כתב לבאר המחלוקת דס"ל לבי"י דמדין מתוך אינו מתחייב כיון דעיקר שבועה יכול לישבע ובגלגול לא אמרינן מתוך ושבועה העיקרית שאינו ברשותו וזה יכול לישבע, ובפרט היכא דשבועה העיקרית ע"י שמא ודאי לא אמרינן מתוך בגלגול, אבל הרא"ש לטעמיה דס"ל (ב"מ ג, ו; כ) דשבועה שלא פשעתי נמי הו"ל משבועה העיקרית ומשי"ה מחייב ליה כשאינו יודע דהו"ל מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם.

עוד המשיך הקצות דנחלקו הרמב"ן והרשב"א בסימן רצא/כו בשומר שכר שמסר לאשתו ולבניו או למי שהבעלים רגילים להפקיד, דעת הרמב"ן שאילו נשבע השני שהוא שומר חנם שלא פשע בה ואומר שנגנב או נאבד שהראשון חייב ולא מצי אמר שמא באונס מתה ופטור אני, שעליו לברר, וכן היכא שאינו רוצה לישבע השני או שהלך למדינת הים הראשון חייב ולא מצי אמר שמא באונס מתה ופטור אני או בפשיעה וחייב השני, אבל דעת הרשב"א דשומר שכר שמסר לשומר חנם ואין השני רוצה לישבע שהראשון פטור ואפילו הלה תובעו בברי כיון שזה טוען איני יודע והו"ל כאומר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע אם נתחייבתי דפטור, והש"ך שם (מד) הקשה על הרשב"א דהא אמרינן בהדיא דאפילו שומר חנם שמסר לשומר שכר חייב דאמר ליה את מהימנת לי בשבועה, אלמא דאפילו רוצה השני לישבע אפ"ה חייב הראשון, כל שכן כשאין השני רוצה לישבע דחייב, והעלה דשומר שטען איני יודע והו"ל איני יודע אם פרעתין ולא דמי לאומר איני יודע אם נתחייבתי, כיון שנעשה שומר דמי לאיני

יודע אם החזרתיו, ואפילו לדעת הסוברים דשומר לא אשתעבד נכסי אלא מעידן פשיעה אפילו הכי הוי איני יודע אם החזרתיו. מ"מ האריך הקצות בדברי הרא"ה (בנ"י ריש פרק י' דב"ק ושל"ג ב"מ כאן) ה"נכונים מכל צד" דס"ל "דמשעת פשיעה הגורמת לאונס מתחייב השואל עלה" וכתב שם דנפק"מ לשואל חמור לרכוב עליה שלוחות ומתה והדבר ספק אם מחמת מלאכה, פטור, דכיון דקיי"ל שאינו חייב עליה עד שעת אונסין הרי הא פטור "שהרי זה כאומר איני יודע אם הלוינני", אבל השואל חמור לרכוב הוא עליו ונתן לשלוחו ששינה מדעת המשאל ומת החמור בדרך ביד השליח והדבר מסופק אם מת בפשיעה או באונס חייב השואל שהרי הוא פשע כשנתנו לשלוחו שהרי אין השואל רשאי להשאל והוא מתחייב משעת פשיעה והרי זה כאומר הלוינני ואיני יודע אם פרעתיך אם לאו שהוא חייב, וכתב הקצות דנראה מדבריו דלא אמרינן בשומר שטוען איני יודע דליהוי מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם דאל"כ בשואל חמור לרכוב עליו שלוחו לחייב השואל משום מתוך, ודלא כש"ך הכא, ויישב דעת הרא"ה מקושיות הישי"ש (עיי"ש) וודאי לדעת האומר דשומר משעת פשיעה משתעבד א"כ כל זמן שהוא בעין ליכא שום חיוב, ואפילו להך לישנא דשומר מתחייב מעידן משיכה, כל זמן שהוא בעין ליכא שום חיוב ואפילו מצות השבה אינו בשומרין, ודוקא גנב וגזלן הוא דמיחייב בהשבה אבל שומרין אינו בהשבה כלל אלא אם הבעלים רוצים בפקדונם הולכים לביתו של שומר ולוקחין את אשר להם, עיי"ש שעוד האריך.

הנתיבות (ז) חלק על טעם הש"ך ברא"ש דמשום שאינו יכול לישבע וכו', דהא אין לך לא הוי למידע גדול מזה, דהא בלתי אפשרי לידע זה לכל העולם, אלא הטעם הוא דכיון דאי אפשר לשום אדם לידע זה הוי דררא דממונא, דהא הספק נולד לב"ד בלא טענותיהם, והתומים בכללי תפיסה כתב לחלק בדין תפיסה, דכשהספק בפרעון לא מהני תפיסה, כגון פועל שאכל מגפן אחר דיש לספק דילמא מנכין לו אכילתו משכירותו אינו יכול לנכות לו מספק (בסימן שלז"י) כיון שהספק בפרעון, וע"כ צ"ל אע"ג דבאיני יודע אם פרעתי כשטוענין שניהם שמא פטור מ"מ היכא דאיכא דררא דממונא היינו שיש ספק לב"ד בלא טענותיהם חייב בספק בפרעון, וא"כ הכא נמי הרי איכא דררא דממונא ולא נפטר בספק פרעון.

[כתב בפסקי המשפט (יא) בשם הגריש"א בשואל מכשיר חשמלי שהפסיק לפעול ואין יודע אם ארע דבר זה מחמת פשיעתו שנתחמם המנוע יתר על המידה או בגלל התיישנות ומחמת מלאכה, דכיון שנחלקו המחבר והקצות עם הרמ"א והש"ך יש לפשר].

[עוד כתב בפסקי המשפט (יב) ששואל שאינו זוכר אם החזיר את החפץ, וגם המשאל אינו יודע אם החזיר ואינו תובעו בברי, מ"מ השואל חייב לשלם כמבואר כאן ברמ"א שבאופן שאינו יכול להשבע על פטורו מחמת חוסר ידיעה אם המיתה היתה מחמת מלאכה חייב, ואפילו לדעת המחבר דדווקא במתה מחמת מלאכה פטור משום שהבהמה מתה לפנינו וא"א לחייבו בשבועת שאינה ברשותו שהוא עיקר שבועת השומרים וכנ"ל, אבל בזה חייב לשלם מדין משום שאינו יכול להשבע משלם].

< סע' ד': ראה לעיל סע' ב' וסימן שז סע' ב' ו-ו'.

סעיפים ה – ו

ע"פ משנה ב"מ צח: וכאוקימתא דשמואל בגמ' והלכה כמותו בדיני פסק בשו"ע "השואל פרה מחבירו ושלחה לו המשאל ביד בנו או ביד שלוחו או ביד עבדו, אפילו שלחו לו ביד בנו או ביד עבדו או ביד שלוחו של שואל, ומתה קודם שתכנס לרשות השואל, הרי זה פטור, ואם אמר לו השואל שלחה לי ביד בני או ביד עבדי או ביד שלוחי או ביד בנך או ביד עבדך העברי או ביד שלוחך, או שאמר לו המשאל הריני משלחה לך ביד בנך או עבדך או ביד שלוחך או ביד בני או ביד עבדי העברי או ביד שלוחי, ואמר לו השואל שלח, ושלחה ומתה בדרך, הרי זה חייב. (ו) שלחה לו המשאל ביד עבדו הכנעני אע"פ שאמר לו השואל שלח ומתה, פטור, שידו כיד רבו ועדיין לא יצאה מרשות המשאל".

ב"ק קד. "איתמר שלח שעשאו בעדים רב חסדא אמר הוי שליח רבה אמר לא הוי שליח, תנן השואל את הפרה ושלחה לו ביד בנו או ביד עבדו או ביד שלוחו וכו' האי שלוחו היכי דמי אי דלא עשה בעדים מנא ידעינן אלא דעשה בעדים וקתני דפטור קשיא לרב חסדא הכי במאי עסקינן בשכירו ולקישו" וכתב הב"י דפסקו הפוסקים הלכה כרב חסדא, ושלוחו של שואל היינו שכירו ולקישו (טור, נתיבות).

עמש"כ המחבר בסיפא דסעי' ה' באמר לו השואל שלחה לי וכו' כתב ה**נתיבות** (יא) דהקשה השיטה בשם הר"ן היאך נעשו שלוחיו של שואל, והלא השואל לא דיבר עמהם ושלוחיו של משאיל הן ולא של שואל, ותירצו א' דהוי כאילו אמר לו אמור לו בשמי שיביאה לי, וכיון שאמר לו וקיבל על עצמו שלוחו של שואל הוא שעשאו שליח ע"י בעל הפרה וב' הכא מטעם ערב חייב דהוי כאילו אמר לו תן מנה לפלוני ואתחייב לך, דכל מי שמוציא ממון מרשותו על פי חבירו נתחייב לו חבירו כדן ערב, ונפק"מ בין שני הטעמים דלטעם א' שנעשה שלוחו של שואל קני ליה השואל ג"כ ואין המשאיל יכול לחזור בו אחר שהגיע ליד השליח, וגם בעינן שיהיה בר שליחות אבל אם אמר שלח לי ע"י חש"ו או על ידי גוי לא נתחייב באונסין, ולטעם ב' דחייב מטעם ערב אפילו ע"י מי שאינו בר שליחות חייב באונסין והמשאיל יכול לחזור בו אפילו שלחו ע"י בר שליחות. **רע"א** כתב בקצרה על לשון המחבר "ושלחה ומתה בדרך.. היינו שאמר לו זכה לפלוני או שאמר לו פלוני אמר לי שאשלח לו על ידך ועיין בשטמ"ק".

סעיף ז

כאמור ה**רי"ף** וה**רמב"ם** למדו דשמואל חלוק על רב **בצט**. ולכן פסק ה**שו"ע** דלא כרב (כיון שיצאת מרשות משאיל ומתה חייב) – "אמר לו השואל הכישה במקל והיא תבא מאליה, ועשה המשאיל כן, אין השואל חייב בה עד שתכנס לרשותו" ו**דלא כרא"ש** דלא חלוקים אלא מר אמר חדא שינויא ומר אמר שינויא אחרינא ומדלא פליג שמואל בעיקר מילתא דרב ודאי סבירא ליה כוותיה ומתניתין נחא ליה לאוקמי בעבד עברי מלאוקמי באומר הכישה במקל והיא תבוא ומה שדחה רב אשי לסייעתא דברייתא כך הוא דרך התלמוד כל מה שיכול לדחות הוא דוחה אע"ג דהלכתא הכי, וב**סמ"ע** (יא) הסכים להכרעת המחבר, וכ"כ ה**ש"ך** (י) דכן עיקר דכן הוא דעת ר"ח והתוס' ועוד, וכתב דנראה דאף הרא"ש לא פסק כן אלא משום דאזל לשטתו דס"ל דמיד שנסתלקו הבעלים חייב השומר בשמירתו אבל למאן דפסק התם דאינו חייב עד שימשוך א"כ ה"ה הכא וכן מוכח בני"י וה"ה, א"כ **קשה על הרמ"א** **דכאן סתם כרמב"ם** והמחבר ולעיל (סעי' ד' – הובא בסימן שי"ז כנ"ל) הביא דעת הרא"ש וצ"ע. עוד כתב דכתב הנ"י בשם הר"ן שאפילו אמר בפירוש הכישה במקל ואתחייב אני לך פטור ומביאו.

ה**נתיבות** (יב) כתב ליישב דעת הרמ"א דאפילו לרא"ש דס"ל דסגי בסילוק שמירה היינו דוקא כשהוא במקום שהשומר יכול לשומרו והוי כקבלת שמירה, וכיון שנעשה שומר חנם שוב יכול להתנות שיהיה כשואל דמתנה שומר חנם להיות כשואל, משא"כ בהכישה במקל שהשומר אינו יכול לשומרה בשעה שמכישה לא הוי כקבלת שמירה רק חיובא בעלמא מחייב עצמו, ועוד כתב דאישתמיט מהש"ך דברי התוס' דמיירי בסימטא וחשיב משיכה, וכתב דעוד נראה דלטעם הר"ן דבשלחה חייב מטעם ערב, ממילא גם בהכישה במקל חייב למאן דס"ל דזרוק מנה לים חייב אפילו נימא דלא חשיב משיכה.

סעיף ח

ראובן הפקיד חפץ אצל שמעון ושמעון החזיר את הפקדון לאשתו של ראובן שיגיע לידי ראובן, האם שמעון חייב? (ראה רצא, כא) מה הדין אם היה שואל שהחזיר את החפץ לאשתו של משאיל והחפץ נגב קודם שהגיע לידי המשאיל, האם חייב השואל? האם דין זה יהיה שונה כשהאישה נושאת ונותנת בבית?

ע"פ **משנה שם** פסק ב**שו"ע** "וכן בשעה שמחזירה השואל לבעלים, אם שלחה ביד אחר ומתה קודם שהגיע לרשות המשאיל הרי זה חייב, שעדיין היא באחריות השואל {ו"א דהוא הדין אם החזירה ליד אשת המשאיל ונאנסה חייב (רשב"א, אע"ג דכל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד ובסימן רצ"א, שואל דכל הנאה שלו שאני, **סמ"ע**, ולא נפטר רק בנושאת ונותנת שיכולה לעסוק בנכסים, אבל אם אין עוסקת בנכסיו רק מאמינה בנכסיו חייב, אבל בפקדון אפילו בכה"ג פטור, **נתיבות** ע"פ הש"ך בסימן ע"ב) ועיין לעיל בסימן ע"ב סל"א ובס"ס ק"כ מ"ש מזה ועיין לעיל סי' רצ"א סעיף כ"א}. **ואם שלחה מדעת המשאיל ע"י אחר ומתה, פטור**. שלחה ביד עבדו הכנעני, אע"פ שאמר לו המשאיל שלח, אם מתה בדרך חייב, שיד העבד כיד רבו ועדיין לא יצאה מיד השואל. (ע"פ מימרא דרפרס בר פפא א"ר חסדא בדף פ"א -) בד"א כשהחזירה תוך ימי שאלתה, אבל אם החזירה אחר ימי שאלתה, יצתה מדין שאילה והרי הוא כשומר שכר (דהואיל ונהנה ממנה בימי שאלתה תיקנו שישאר עליה לפחות כשומר שכר עד

שתבוא לידי בעליה, **סמ"ע**), (ע"פ **רש"י** -) וה"ה אם הוא עדיין בביתו של שואל, כיון שעברו ימי שאלתה יצא מדין שואל והרי הוא כשומר שכר { ואם אמר לו שלח, ועד שלא הספיק לשלוח מת (המשאיל) לא ישלח, דהא נפל קמי יתמי (ובסימן קכ"ב פסקו הטושי"ע דלא יתן אפילו לשלוחו בעדים בלא הרשאה מה"ט דילמא ימות, **סמ"ע**), ואם שלח ספק אם חייב באחריותו (**מרדכי**, ובסימן קכ"ב מבואר דגם בהרשאה אם לא הקנהו ע"ג קרקע נתבטלה ההרשאה אם מת המפקיד, **סמ"ע**) }".

כתב ה**נתיבות** (יד) דמלשון סעי' זה משמע דבכל הענינים דמיא חזרה לשאלה [עיי"ש דכתב דנראה דדעת המחבר היא כיון דהמרדכי שנפסק ברמ"א בסימן שדמ"א דלאחר ששיעבד נפשיה לא מצי לאתנויי בדברים בעלמא, אלמא דלא דמי שאלה להלואה דבשומרים בעינן קנין ואינו מועיל והפטר לסלק שמירה משא"כ בהלואה דמועיל והפטר לחוד].

סימן שמא - השואל מחבירו הפץ סתם או לזמן קצוב

סעיף א

[אדם שאל מחבירו בהמה, קרדוס, דירה (לקמן), פרט תוך כמה זמן צריך להחזירה?]

פסק ה**שו"ע** "השואל מחבירו כלי או בהמה סתם הרי המשאיל {תובעו} בכל עת שירצה (כ**רש"י** **רמב"ם** ו**רא"ש** דדוקא לסתם הלואה דלהוצאה נתנה נתנו חכמים שיעור לי יום משא"כ בשאלה דהדרא בעינא, ודחה דעת **ר"ת** במכות ג' דה"ה דסתם שאלה שלשים יום והביא ראיה מהא דתניא טלית שאולה עד שלשים יום פטורה מן הציצית, ולא ראיה היא אלא אורחא דמילתא היא שאין דרך להשאיל יותר משלשים יום ומפני מראית העין חייב מיהו כל אימת דבעו מיניה תבע ליה, וכן משמע בתוספתא) (וכן עיקר כרא"ש וסיעתו, **ש"ך**). שאלו לזמן קצוב (כ**ר"א** בב"מ **צט.** -) כיון שמשך וזכה בו, אין הבעלים יכולים להחזירו מתחת ידו עד סוף ימי השאלה, (מימרא דרבא לקמן סעי' ג' -) ואפילו מת השואל הרי היורשים משתמשים בשאלה עד סוף הזמן".

כתב ה**קצות** (א) בשם השיטה דאפילו אמרינן סתם שאלה שלשים יום הני מילי לגבי דידיה אבל לא לגבי יורשין.

עמשי"כ המחבר דאין הבעלים יכולין להחזירו מתחת ידו, כתב ה**נתיבות** (א) דלפי"ז נראה דאף דלמאן דסי"ל דסתם שאלה לי יום ודאי דלאחר לי יום הוי ככלה זמן שאלתו ופטור מאונסין וגם השואל אינו רשאי להשתמש בו שוב, מ"מ לדידן דקיי"ל דסתם שאלה יכול לתובעו כל זמן שירצה, ממילא לא כלה זמן שאלתו עד זמן שתבעו וחייב באונסין עד לעולם, וגם מותר להשתמש בו לעולם כל זמן שלא תבעו המשאיל, והביאו ה**פת"ש** (א) בקצרה, ועמשי"כ המחבר "בכל עת שירצה" הוסיף הפתי"ש מה**תומים** דאם השאילו לאיזה דבר כגון קרדוס לבקע בו, צריך להניחו **פעם א'** לבקע בו דהו"ל כמשאילו לזמן לאותו דבר.

כתב **רע"א** דאולם השואל יכול להחזיר תוך זמנו, ודוקא אם מחזיר לרשות בעלים, אבל קודם שהחזירו לרשות בעלים אף שחזר מהשאלה חייב באונסין ולא הוי ככלתה זמן השאלה.

סעיף ב

ע"פ **תוספתא דב"מ** וכלשון ה**רמב"ם** פסק ב**שו"ע** "השואל פונדק מחבירו ללינה אין פחות מיום אחד, לשביתה, אין פחות משני ימים, לנשואין, אין פחות משלשים יום. שאל חלוק מחבירו לילך בו לבית האבל כדי שילך ויחזור, שאלו לבית המשתה כל אותו היום, שאלו לעשות המשתה שלו, אין פחות משבעה ימים (**ב"י** ו**סמ"ע**, ודלא כטור בגירסת ה**רמב"ם** לי יום) { וי"א (**רא"ש** בשם מסכת שמחות וכ"פ המחבר ביו"ד ש"מ) לבית האבל אינו רשאי ליטלו עד שיצאו ימי אבילות, וברגל עד שיצאו ימי הרגל, ובמשתה עד שיצאו ימי המשתה ועיין ביי"ד סימן ש"מ }".

על הסתירה בפסקי המחבר מיו"ד כתב ה**סמ"ע** (ה) לישיב דאינו מוכח מדברי ה**רמב"ם** דפליג ארא"ש, דנוכל לפרש מה שכתב לבית האבל כדי שילך ויחזור היינו ז' ימים, דכל ז' ימי האבילות הוא שוהה שם

ואח"כ הוא חוזר, ומה שכתב לבית המשתה כל אותו היום, היינו כשאין המשתה אלא יום אחד, וס"ל נמי דאם דרך להיות יותר, משהה בידו יותר עד כלות ימי המשתה, והיינו כדברי הרא"ש.

סעיפים ג - ד

שואל שמת האם הבנים חייבים כשומר שכר או כשומר חינוס?

יתומים שהניח להם אביהם פרה שאולה ונשתמשו בה בתוך ימי שאלתה ומתה האם חייבים לשלם את הפרה או לא ומה הדין אם נגנבה או נאבדה? ומה הדין בעיסקא?

מי שמת והשאיר פרה שאולה והבנים חשבו שהיא של אביהם ושחטוה ואכלו את הבשר, באיזה אופן ישלמו במחיר מוזל, ואיזה חלק בפרה ישלמו במחיר מלא בכל מקרה?

פסק בשו"ע (מימרא דרבא ב"ק קיב. וכתובות לד: -) הניח להם אביהם פרה שאולה משתמשים בה כל ימי שאלתה (וה"ה אם שאלה למלאכה ידועה בלי זמן משתמשין בה זמן הראוי לאותה מלאכה, סמ"ע) ואין חייבין באונסיה אפילו נשתמשו בה (דלא קבילו עליהו נטירותא, רש"י, ודלא כראב"ד דהיכא דרצו להשתמש בה בתורת שאלה אחזיקו בה ומתה חייבים באונסיה ובגמ' מיירי במתה באגם דוקא), (רא"ש -) אבל חייבים עליה כשומר שכר, אפילו לא נשתמשו בה (כיון דהרשות בידם להשתמש בה באותו זמן חייבים בשמירתה כדין ש"ש) (ובש"ך ב' דחה דעת המהרשד"ם שכתב בדעת הרא"ש דדוקא שנשתמשו בה) ויש מי שאומר (רא"ש, ולעיל מיירי בסתם) שאם אמר המשאל ליתומים החזירו לי הפרה שהשאלתי את אביכם או קבלו עליכם חיוב אונסים, שומעין לו (ולא ישתמשו בה להנאתן בעל כרחו אם לא שיקבלו עליהן אונסים כאביהן, סמ"ע) (וכ"פ רש"ל, ש"ך, אולם רע"א פסק ע"פ הרמב"ן ועוד דאפילו בפשיעה פטורים). (ד) (שם -) חשבו שהיא של אביהם, וטבחוה ואכלוה, משלמים דמי בשר בזול, שהוא שני שלישים והעור ישלמו כולו (כלומר הרשות בידן אם רוצים להחזיק העור בידן ולשלם דמי שוויו לבעליה שהרי קנאו בשינוי טביחה והפשטה, אבל אם רוצים מחזירין העור לבעלים בעין, סמ"ע), (כרמב"ן והרא"ש כלישנא בתרא -) ואם הניח להם נכסים וטבחוה (נכסים משמע כולל מטלטלין דלאחר תקנת חכמים בסימן ק"ז שתיקנו דיתומים מחויבים לשלם חוב אביהן אפילו ממטלטלים שירשו אין חילוק בין אחריות נכסים למטלטלים, טור וסמ"ע), משלמים דמיה מנכסיו (דשנינו במימרא הנזכר "הניח להם אחריות נכסים חייבין לשלם" איכא דמתני לה ארישא דמתה אין חייבים באונסיה ואיכא דמתני לה אסיפא כלומר טבחוה, מאן דמתני לה ארישא כל שכן אסיפא ופליגא דרב פפא וקסבר רבא חיוב אונסים משעת שאלה מוטל על השואל, מאן דמתני לה אסיפא אבל ארישא לא והיינו דרב פפא דאמר היתה פרה שאולה לו וטבחה בשבת פטור שאיסור שבת ואיסור גניבה באים כאחד, דלא רמי חיוב אונסיה על השואל עד שעת אונסין והכא כי איתניסא ליתיה לשואל והאי לא קבול עליה מידי והיינו דרב פפא [וביאר הסמ"ע י"ג דסברתם דלא מחויבים גם אמיתה מטעם תחילתו בפשיעה דהו"ל להודיען דילמא יאכלוהו וסופו באונס מיתה דחייב כיון דאונס דמיתה לא בא מחמת הפשיעה וראה נתיבות ח' שחלק על טעם זה דלדבריו אפילו בשומר חנם או בשומר שכר חייב], ודלא כרמב"ם שפסק כל"ק דאפילו מתה בידם חייבים לשלם כיון שאחריות נכסים בידן מאביהן, וס"ל דהשעבוד חל אנכסיו משעת משיכה, ותמהו עליו למה פסק כל"ק ועוד דפסק בעצמו כרב פפא".

גבי הא דמשתמשים בה ביאר הסמ"ע (ו) דלא דמי למקבל שמת שיכול הנותן לסלק לבנו אפילו בתוך הזמן ואפילו אם גם הבן בקי באותו עסק כבסימן שכ"ט דשאני שאילה דכל ימי השאלה היא כקנוי לו שהרי כל הנאה דידיה וחייב אפילו באונסין, ומשו"ה בניו יורשין אותו ממנו עד כלות הזמן. [תמה הנתניבות (ד) דהא המרדכי כתב להדיא דיכול לסלק הבנים אפילו מפלגא מלוה, והפלגא מלוה ודאי דהוי כקנוי לו וכל הנאה שלו וחייב באונסין עליה, וכתב דלכן נראה בפשיטות דבשלמא בשאלה היה לו רשות בחייו לבניו לעשות מלאכתו בה ממילא גם אחר מותו אינו יכול לסלק הבנים, אבל בעיסקא כיון דקיי"ל דכל מקבל עיסקא מחויב להעמיד המעות בעין תמיד ואפילו למשתי ביה שכרא אסור, ואסור לאחר לעסוק בהן כמבואר בסימן קע"ו, וכיון דאפילו בחייו אסור לעשות כן מש"ה ג"כ אחר מותו יכול לסלק הבנים מלישא וליתן].

כתב הש"ך (ו) דהסמ"ג ס"ל כרמב"ם וכן נראה ברי"ף וני"ל שטעמם משום דללישנא בתרא צ"ל דזה הוי פשיעה מה שלא צוה ובב"ב ע' אמרינן אימר מלאך המות הוא דאנסייה ורבא גופיה ס"ל הכי התם ומה שהקשו הרב המגיד ועוד דהרמב"ם פסק בעצמו כרב פפא דפטור ולק"מ דס"ל לרמב"ם דע"כ לא קאמרי בש"ס 'ודלא כר"פ' אלא במאי דס"ל לר"פ דפטור אף מקרן וכדאיתא בכתובות אבל בהא דס"ל לר"פ דפטור מכפל פשיטא דליכא מאן דפליג עליה דאפילו תימא דחייב משעת שאלה היינו בקרן אבל בכפל פשיטא דאינו חייב אלא משעת גניבה וע"כ דקדק הרמב"ם בהלכות גניבה וכתב דפטור מכפל.

הקצות (ג) האריך בביאור שיטת הרמב"ם וכתב דמחזורתא כיישוב השיטה דס"ל לרמב"ם לחלק בין פרה שאולה שלא בדרך גניבה לטובח בשבת פרה שאולה דרך גניבה וגבי הניח להם אביהם אחריות נכסים אמרינן כיון דנאנסה ומתה לבסוף מעיקרא בשעת שאלה הוא דנתחייב אביהם בהאי אונסא אבל היכא דטבחיה שוב בתורת גניבה הרי כלתה שאלתו וחייב חדש ופנים חדשות באו לכאן דהיינו גניבתו, והסברא נכונה דודאי אינו משתעבד לגמרי משעת שאלה אלא בתנאי שאם תיאנס אח"כ.

הנתיבות (ט) [תמה על הש"ך שכתב דכיון שטבח דרך גניבה הו"ל גנב דמבואר בב"ק (ק"ו) ושאר דוכתי דשומר שטבח ומכר שאינו חייב בכפל ד' וה' רק בטוען טענת גנב ונשבע ואח"כ טבח, ועוד לפי דבריו דאפילו שומר חייב בטביחה אפילו באינו טוען טענת גנב, מ"מ קשה ממ"נ במאי מיירי, אם בטבח שלא בהגבהה מזיק בעלמא הוא, ואי בהגבהה א"כ משעת הגבהה נעשה גנב וחייב בכפל, וי"ל שדס"ל דהא דלא מחייבין שומר רק בטענת גנב היינו דוקא שלא עשה קנין בגוף החפץ עיי"ש], ועוד הקשה לפירוש הש"ך דלשון הרמב"ם משמע דאפילו מקרן פטור כמ"ש הלח"מ, וכתב דנראה דכונת הרמב"ם הוא דגניבה אין כאן היינו דאף דנתחייב כשטבחה מחמת שאלה דלא גרע משאר אונס, מ"מ אין לו רק דין שאלה ולא נתחייב לשלם רק הפחת שפחתו שחיטה, דהא שמין לשואל, אבל גניבה אין כאן להתחייב בכל הקרן כדן הגנב שנתחייב תיכף בכל הקרן, ואפילו הוזלו אח"כ השברים לא נתחייב, דכל חיוב שנתחייב הגנב מטעם איסור גניבה ממילא הגניבה כשהיה באיסור שבת פטור דקים ליה בדרבה מיניה, דאיסור גניבה בשעת טביחה בא עליו ובשעת טביחה קים ליה בדרבה מיניה, רק מצד שאלה קמייטא הוא דאיחייב ליה באונסין ולא מצד גניבה, וממילא אין משלם רק פחת שפחתו שחיטה ולא הפשר של הפרה, וכיון דגניבה אין כאן טביחה ומכירה אין כאן, דמה בכך דשאלה יש כאן, נגד טביחה ומכירה בעינן שיהיה שם גניבה דוקא שיתחייב בעד כל הפרה, אבל בשלא נתחייב לשלם רק הפחת הוי כחמשה חצאי בקר דפטור, והא דקאמר בש"ס ופליגא דרב פפא, היינו דמדרב פפא משמע דפטור מהכל אפילו מלשלם פחת שפחתו השחיטה כדן שואל, וע"ז קאמר שפיר דפליגא, והרמב"ם אף דפסק דלא כרב פפא לענין דמתחייב לשלם הפחת שפחתו השחיטה, מ"מ פסק שפיר דפטור מאיסור גניבה, דהיינו שאינו חייב בקרן מטעם גניבה לענין הוזלו שברים, וכיון דאיסור גניבה אין כאן איסור טביחה ומכירה אין כאן.

כתב ה**נתיבות (ו)** דהא דחייבין עליה כשומר שכר ברישא, היינו כשידעו שהיא שאולה, אבל כסבורין של אביהן פטורין, דהא אפילו אכלו פטורין בסע' ד', ואפילו הניח אחריות נכסים יראה דפטורין, דאונס דגניבה לא בא מחמת הפשיעה שלא הודיע לבנים, דכשסוברים שהיא שלהם טפי מזהרי בה כבסימן רצא/כג, ועוד דהא הבנים אין חייבין כלל לשמור, ואפשר דאם היה מודיע להם שלא היו רוצים כלל לקבל שמירה על עצמם, ולכך אפילו אם פשעו היוורשים פטורים, ודוקא אכילה דהיתומים בא מחמת פשיעה דאב דאי אמר להו לא היו אוכלין משא"כ פשיעה דידהו לא בא מחמת פשיעה דאב ודלא כשל"ג דס"ל דחייבים בפשיעה. גם רע"א כתב בקצרה דאם לא ידעו שהיא שאולה וסברו דנהנו משלהם י"ל דפטורים.

כתב הש"ך (ג) ע"פ הג' אשר"י דהא דהוי כש"ש אפילו לא נשתמשו היינו דוקא בשואל, אבל בשוכר אפילו נגנב פטור, וכתב ה**נתיבות (ו)** דנראה דמיירי דוקא שאביהם עדיין לא נתן שכירות כי סתם שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף, משו"ה פטורין היוורשין בנגנב, כיון דאם לא ירצו להשתמש בו לא יצטרכו היוורשים ליתן לו שכירות, לא מיבעיא משלהם ודאי דא"צ ליתן, אלא אפילו אם הניח אחריות נכסים ג"כ פטורים, אבל כשכבר שילם האב השכירות, או אפילו לא שילם להיש חולקין בסימן שלי"ד דס"ל דחייבין היוורשים לשלם שאר השכירות אם הניח להם אביהם נכסים, וא"כ השימוש הוא בחנם אצלם, דהא השכירות אפילו לא שימשו צריכין ליתן, דמי ממש לשואל וחייבין בגניבה ואבידה, דהא יש להם הנאה מרשות השימוש שיש להם.

עוד כתב רע"א גבי שוכר דאביהם מיד ששכר נעשה בע"ח על דמיו וזכה בשימוש ויכולים היורשים לומר אבינו אנו יורשים זכות השימוש וחובו ואין משלמים ודמי לקנה מטלטלים ולא נתן דמיהם ומת דיורשים זוכים במטלטלין וחובו אין משלמין ה"נ שכירות ליומא ממכר הוא וכ"כ הריטב"א להדיא דשכר אביהם ומת דמשתמשים כל ימי השכירות ואין חייבים לשלם השכירות אם לא הניח להם אחריות נכסים.

כתב הקצות (ד) מדנקט בגמ' היתה להם פרה שאולה וטבחה ולא נקט בשומר סתם, ומשום דשומר חנם כיון דפטור באונסין, פטורין היורשין אפילו הניח להם אביהם אחריות נכסים, ואפילו להך לישנא דשומר מתחייב למפרע, והוא כיון דמת אין לך אונס גדול מזה ובאונסין פטור, וכן הניח להם אביהם פרה שכורה נמי באונס פטור דגניבה ע"י אונס גדול נמי חייב אלא אם אירע אונס בשומר בגופו כגון שחלה בענין שאינו יכול לשומרו ודאי פטור וא"כ פשיטא כשמת דהו"ל אונס בגופו שאינו יכול לשומרו ופטור, ומיהו בשומר חנם ונאבד בפשיעה אפשר דחייב כי הניח להם אביהם נכסים מדלא פקיד דהו"ל נמי פשיעה דהיה לו לצוות עליהם שהוא פקדון בכדי לשומרו מפשיעה, אבל אם נגנבה או נאבדה ביד היורשין אע"ג דאביהם היה שוכר או שומר שכר הו"ל אונס ופטור אפילו להך לישנא דשומר מתחייב מעידן משיכה, ומשום דפטור באונסין וזה נמי כשמת אין לך אונס גדול מזה.

עמש"כ המחבר 'והעור ישלמו כולו' כתב הסמ"ע (יא) דאם רוצין להחזיק העור בידם ולשלם דמי שוויו לבעלים שהרי קנאו בשינוי טביחה והפשטה ואם רוצין מחזירין העור לבעליהן בעין, וכתב הקצות (ב) דאינו נראה דלא מציינו קונה אלא בגנב וגזלן אבל אלו אינן בתורת גנב וגזלן אלא בשוגג טבחה סבורין של אביהם היא וא"כ העור כולו דבעלים אם רוצים בעורן, ואפילו טבחה ולא אכלוה עדיין נוטלין הבעלים את הבשר כולו בעין דשינוי אינו קונה בזה, ומש"כ המחבר 'והעור ישלמו' לאו דוקא או מיירי דהעור נמי אינו בעין כגון שמכרו, ומשלמין כולו היינו מה שלקחו בעד העור, וציין לדבריו ה^{נתיבות} (ז).

< הקשה ה^{נתיבות} (ג) בעיקר הדין דבסימן רצא/כו ס"ל לרמב"ם דגרועי גרעיה הוי פשיעה אלמא דס"ל דשואל אסור להשכיר, ומבואר בסימן שסג"ה בהג"ה דכל היכא דאסור להשכיר שייך השכירות לבעלים, וכיון דאין לו רשות בחייו להשכיר לאחרים ממילא אין לו כח להורשה לבניו, ויישב דבלאו הכי ע"כ צ"ל דמיירי בבנים הסמוכים על שלחן אביהם, דאלת"ה קשה היכא דבניו אינם רגילים להשאל ודאי דיכול המשאל לומר האב מהימן לי בשבועה ואתם אינם מהימנין לי בשבועה ואולי אח"כ תטענו בשקר שנאנסה ואין רצוני כלל להניח הבהמה אצלכם והיאך יכולים לכופו שיניח הבהמה ברשותם, אלא ודאי דמיירי בבנים שהן בני ביתו, וכיון דכל המשאל ומפקיד על דעת בני ביתו הוא מפקיד, ממילא לא קשה דכיון דבחייו ודאי דיכול להניח לבנים לעשות מלאכה אפילו שלא בפניו, דאף שמגרע השמירה דהא הבנים אינן אלא שומרי חנם, דכיון דכל המפקיד על דעת אשתו ובני ביתו הוא מפקיד הוי כאילו התנה בכך, רק שבחייו היה שייך הריוח מהמלאכה שעושיין אשתו ובניו לו ועתה במיתת האב זכו הבנים בריוח, וכיון דגם בחייו היה להם רשות להחזיק הבהמה ברשותם לעשות בה מלאכה לצורך האב ולא היה יכול המשאל למחות, כן גם עתה שהריוח שלהם ג"כ א"י למחות.

סעיף ה

ע"פ ב"מ צט. כר' אלעזר ודלא כרב הונא פסק בשו"ע "השואל כלי מחבירו לעשות בו מלאכה פלונית, כיון שמשך השואל אין המשאל יכול להחזירו מתחת ידו עד שיעשה בו אותה מלאכה, וכן אם שאל ממנו בהמה לילך בה למקום פלוני, אינו יכול להחזירה מיד השואל עד שילך בה לשם ויחזור", וביאר הסמ"ע (יד) דאע"ג דכבר כתב בסעי' א' דמיד שמשך אין הבעלים יכולין להחזירו מתחת ידו, חזר דלא תימא כיון דלא שאלו לזמן קצוב יכול המשאל לומר לא עלתה על דעתי שישהה כ"כ זמן במלאכה זו.

סעיף ו

ע"פ מימרא דרב נחמן ב"מ קג. וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "השואל כלי מחבירו להשתמש בו ואמר לו השאילני דבר פלוני בטובתך, כלומר אין אתה משאל לי דבר זה כדרך כל המשאלין, אלא כפי טובת לבך ונדבותך שאינך מקפיד על הזמן, אם קנו מיד המשאל על זה, הרי השואל משתמש בו לעולם עד שיתבטל הכלי מלעשות מלאכתו ("ומספקא לראב"ד אם יכול המשאל לקחתו שלא בשעת מלאכתו של שואל, והרמ"ה כתב מסתברא שאין יכול לקחת אותו שלא בשעת מלאכה דאמרינן ליה חיישינן דלמא מיתבר או מיתבד מיהו לית ליה רשות לאשולי לאחרני דעל כרחך בתורת שאלה הוא דקאי

גביה", **טור**, וכ"פ **הסמ"ע**, וכתבו **הרע"א וקצות** דא"כ ממילא כשנאנס אינו צריך לשלם אלא דמי שברים דהא אין למשאיל זכות בו בעודו שלם) ויחזיר שבריו או שיריו (שבריו הוא כפשוטו כשנשבר הכלי לחתיכות, ושיריו פירושו דלא נשבר אלא נתמעך ונתמעט גוף הכלי מרוב תשמישו עד שנשאר בו מעט מהרבה, **סמ"ע**) ואין השואל רשאי לחזור ולתקן הכלי או לעשותו פעם אחרת (ודלא כר"ן דבנשבר מתקנו ומשתמש בו) "והרמ"א פסק כרא"ש וי"א דהאומר השאילני כלי זה בטובו, שאול הוא לעולם, דבטובו משמע כל זמן שהוא טוב, ואפילו החזירו למשאיל, חוזר ונוטלו ממנו כשיצטרך ("דבשביל שא"ל בטובתך לא יצא מכלל שאלה סתם אלא כך הוא לשון בני אדם עשה עמי טובה והשאילני כליך", **טור**). ודוקא שקנו מן המשאיל, אבל לא קנו מן המשאיל, אינו נוטלו ממנו כשהחזירו, נשבר, מחזיר לו שבריו (וקאי גם ארישא כשנשאר בידו שלא החזירו למשאיל **סמ"ע** ע"פ הטור)".

כתב **הסמ"ע** (טו) דאפשר דהרי"ף והרא"ש לא פליגי ודלא כטור, דהרי"ף כשאמר ליה השאילני בטובה משתמש בו לעולם מיירי דוקא בשואל שמכיר למשאיל שהוא איש טוב ואינו רגיל להקפיד על הזמן והוא משאיל לו סתם על פי דברו אליו כן, משו"ה שאול הוא בידו לעולם, ויכול להיות שהרא"ש מודה בזה, ותמיהתו אינה אלא על הרי"ף דמשמע ליה דס"ל דמהני באומר כן אפילו לסתם בני אדם שאינו מכירו אם מקפיד אם לא, ולפי"ז נראה מש"כ הרמ"א ויש אומרים וכו' לא כתבו לפלוגתא עם דעת הרמב"ם שכתב המחבר, אלא מר אמר חדא ומר אמר חדא, **והנתיבות** (חי') כתב דדין דבטובתך הוא מח' הפוסקים והמע"ה, ואם נאנס אינו משלם לו רק שיווי השברים, וכן אם שאל חפץ מחבירו ופירש שלא ישתמש בו רק אחר איזה ימים, אין המשאיל יכול לחזור וליטלו קודם שצריך השואל להשתמש עם הכלי, וכן כל שואל המשלם אחר שנאנס מנכה דמי שיווי הזמן מה שהיה שאול אצלו, עיי"ש עוד.

סעיף ז

ע"פ מימרא דרבא ב"מ קג. פסק **בשו"ע** כלשון **הרמב"ם** "האומר לחבירו השאילני קרדום לעדור בו הפרדס הזה, עודר בו אותו הפרדס בלבד, ואינו רשאי לעדור בו פרדס אחר, אפילו הוא כמוהו, אמר לו פרדס סתם, עודר בו פרדס אחד אי זה שירצה, אפילו אינו שלו, שאלו לעדור בו פרדסים הרבה שלו, עודר בו כל פרדסים שלו, ואפילו נשחת כל הברזל בעדירה, מחזיר לו הנצב של עץ, ויש מי שאומר (**טור**) דדוקא באותה שנה אבל לא בשנה אחרת".

כתב **הסמ"ע** (כא) דכתב **הטור** דאפילו אמר לו כרמים סתם ולא אמר לו תיבת הרבה ולא תיבת שלו, אפ"ה חופר בו אפילו הרבה ודוקא כרמים שלו ולא של אחרים, והטעם דחופר בו הרבה, משום דהוא מוחזק יכול לומר דסתם כרמים הרבה נמי משמע, והטעם דאינו יכול לחפור בו של אחרים כמו ברישא משום דא"כ אין לדבר סוף, משא"כ ברישא באומר לו לחפור כרם סתם דאין לו רשות לחפור בו אלא כרם אחד משו"ה חופר בו א' אפילו אינו שלו.

סעיף ח

ע"פ מימרא דרבא שם פסק **בשו"ע** "האומר לחבירו השאילני שוקת זה, ונפל, אינו יכול לחזור ולבנותו. א"ל השאילני שוקת סתם, ונפל, חוזר ובונה עד שישקה כל שדותיו. א"ל השאילני מקום שוקת, הרי זה בונה בכל מקום שירצה בקרקע המשאיל, ובונה מקום השוקת שיספיק לו להשקות ממנה כל שדותיו או כל בהמותיו לפי מה שהתנה עם המשאיל, והוא שלקח ממנו בקנין על זה".

עמש"כ המחבר כלשון הטור "בונה בכל מקום שירצה" כתב **הסמ"ע** (כב) דלא נזכר ברמב"ם או הרא"ש דהברירה ביד השואל לחפור באיזה מקום שירצה, ואדרבה קי"ל דיד בעל השטר על התחתונה בין בלוקח בין במקבלי מתנה, לכן נראה דגם דעת הטושי"ע ר"ל חופר זה אחר זה בכל מקום עד שימצא בא' מים שיספיק לו לדבר שהשאילו עבורו.

סימן שמב - אין השואל רשאי להשאיל

סעיף א

קיי"ל אין השואל רשאי להשאיל, מה הטעם? האם רשאי להשאיל למי ששומר יותר טוב ממנו? האם הדין הנ"ל שייך במטלטלין או גם בקרקעות? מה הדין אם בכל זאת השואל השואל לאחר ונאנס או מתה מחמת מלאכה אצל השני? מה הדין אם השואל או הפקיד השואל למי שהיה המשאיל רגיל להשאיל או להפקיד אצלו ונאנס ביד השני?

וע"פ ב"מ כ"ט: פסק בשו"ע כאן "אין השואל רשאי להשאיל (דשמה אין רצונו של משאיל לגמול חסד ולעשות טובה דשאלה אלא עמו, לבוש), אפילו שאל ספר תורה, שעושה מצוה בשאלתו, אינו רשאי להשאיל לאחרים, ואם השאיל לאחרים, אפילו נתקלקל מחמת המלאכה ששאלו בשבילה, חייב, אא"כ יש לו ראייה שיכול ליפטר בה אילו היה בידו (ר"ל דאם יש לו ראייה שמתה אצל השני מחמת מלאכה, ואילו היה עושה בבית שואל הראשון אותה מלאכה היתה ג"כ מתה בה, פטור גם השני, סמ"ע), כמו שנתבאר בסימן רצ"א סעיף כ"ו (ב"י): "כתב הר"י בפרק המפקיד דהא דאמר ר"ל אין השואל רשאי להשאיל ולא השוכר רשאי להשכיר הני מילי לכתחלה אבל בדיעבד אע"ג דאינו רשאי אי איכא סהדי דלא פשע בה לא מחייבין ליה דהא גבי (ב"מ ל"ה) שוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר ומתה כדרכה כיון דליכא פשיעותא דהא כדרכה מתה לא מחייב שוכר לשלומי מדיליה ואע"ג דהשאילה לאחר" [וציין בפסקי המשפט ליש"ש קידושין א, כא שלמד בכוונתו דלא מיקרי גזלן בהכי ויש חולקים]] {מיהו דבר שאי אפשר להבריא ולכפור בו, כגון בית או ספינה, מותר להשאיל (רשב"א, דלא אמרו אין השוכר רשאי להשכיר ואין השואל רשאי להשאיל אלא במטלטלין שאין דרכן של בני אדם להשתכר ולהשאיל עמהם מפני שאפשר להבריחם ואינו רוצה שיהיו מטלטליו אצל אחרים אבל מטלטלין שאין עשויין להבריח שדרכן של בעלים להשתכר ולהשאיל עמהם משכיר ומשאיל לאחרים וזהו שאמרו בב"מ ע"ט השוכר את הספינה ופרקה בחצי הדרך וכו' ולא בשכירות בלבד אמרו אלא אפילו בשאלה שלא תאמר מי שהשאיל לא היה בדעתו להשאיל ולעשות חסד אלא לזה וזה דשנינו בכתובות ל"ד הניח להם פרה שאולה משתמשין בה כל ימי שאלתה) וע"ל סימן שט"ז}."

בסימן רצ"א/כו (עיי"ש) פסק בשו"ע בזה"ל "שומר שמסר לשומר חייב, אפילו אם הוא שומר חנם ומסר לשומר שכר, דאמר ליה את מהימן לי בשבועה היאך לא מהימן לי בשבועה (רא"ש -) אפילו אם ידוע לכל שהשני טוב וכשר יותר מראשון, לפיכך אם דרך הבעלים להפקיד תמיד דבר זה אצל השומר השני, הרי השומר הראשון פטור מלשלם (גר"א: כרמב"ם ודלא כתוסי -) והוא שלא ימעט שמירתו אבל אם ימעט שמירתו כגון שהראשון היה שומר שכר והשני ש"ח, או שהראשון שואל והשני ש"ש, פושע הוא הראשון ומשלם.. ואם יש עדים ששומר השני כראוי, נפטר שומר ראשון, ואפילו לא היו שם עדים, אם השומר הראשון ראה ויכול הוא לישבע, הרי זה נשבע ונפטר", ועיי"ש במחלוקת הרמב"ם מחבר וש"ך גבי מיעט בשמירתו מתי חייב.

כתב הש"ך (א) גבי השאיל לאחרים דאם המשאיל רגיל להשאיל לאותו אחר פטור כשישבע האחר, ומסתברא דפטור גם היכא דרגיל להפקיד אצל אותו אחר דנימא כיון דרגיל להפקיד אצלו תו ליכא למימר את מהימנת לי בשבועה היאך לא מהימן לי ולא מצי למימר דוקא להפקיד מהימן לי אבל בהא דשמה שינה ונאנסה לא מהימן לי.

עוד כתב הש"ך (ב) דבהשאיל לאחרים חייב לפרוע משעת שאלה לאחרים "ונפק"מ הדין שכתבתי לקמן סימן שד"מ סעיף ד', ודוק היטב, נראה ל"י וביאר הקצות (ב) דדבר גדול דיבר דאפילו למ"ד שומר משעת פשיעה משתעבדו (ב"ק קי"ב) לאו דוקא פשיעה המחייבת אלא אפילו מהתחלת הפשיעה אשתעבדו נכסי וכנ"י בשם הרא"ה בהאי דשומר מאימת משתעבד דכתב דנפק"מ בשואל חמור לרכוב עליו שלוחו אבל בשואל חמור לרכוב עליו הוא עצמו ונתנו לשלוחו ומתה בדרך הו"ל איני יודע אם החזרתיו, והיינו משום דכשמסרו לאחר אע"ג דאינו פשיעה גמורה ואם נאנס ביד השני פטור אפ"ה נכסי אשתעבדו משעת התחלת פשיעה שמסרו לאחר, ואם נאנס אח"כ הו"ל חזרה כמו למאן דאמר משעת משיכה, וזה שכתב הש"ך דנפק"מ וכו' וכוונתו לסימן שמי"א סעי' ד', והיינו דשם כתב אם מתה

ביד היורשין והניח אחריות נכסים למאן דאמר משעת פשיעה פטורין היורשין, אבל אם מסרו ליד אחר ומתה אח"כ אע"ג דכבר מת השואל אשתעבדו נכסי למפרע משעה שמסרו לאחר ואם הניח אחריות נכסים גובה מהם, וכע"ז בקצרה ב**נתיבות** (ג).

עוד כתב ה**ש"ך** (ג) בשם הריטב"א (בב"י) דאולם ש"ח או ש"ש שאין לו רשות להשתמש בפקדון אם השכירו או השאלו לכ"ע חייב באונסין כדין שולח יד בפקדון והיינו דנקט שוכר ושואל (וראה שז/ה).

עמש"כ המחבר במשאיל אף בס"ת, הקשה ה**קצות** (א) דהא כתב הר"ן בתשובה דשואל ספר לאו שואל הוי להתחייב באונסין כיון דהמשאיל נמי מצוה קעביד ומרויח פרוטה דרב יוסף ואין כל הנאה של השואל וכאן משמע דחייב כדין שואל ואינו פטור אלא בנתקלקל מחמת מלאכה, ובתשובת מוהר"ם חייב גבי ספרים שנשרפו "דשואל חייב באונסין", וכתב דאפשר דפוסק מוהר"ם כרבה ולא כרב יוסף וא"כ הו"ל כל הנאה שלו, ובשו"ע דפסק כרב יוסף ונקט שאל ספר תורה אפשר דנקט מחמת מלאכה לאשמועינן שאם עשה מלאכה אחרת דחייב אבל ה"ה דפטור באונסין וצ"ע.

סימן שמג – דין השואל אחר כלות זמן השאלה

טע"פ א – ב

שואל או שוכר לזמן וכלתה הזמן של שמירתו והניחו מלהשתמש ונגב או נאנס מה דינס?

ע"פ ב"מ פא. פסק בשו"ע "השואל חפץ או כל דבר לזמן, מיד כשיכלה הזמן חוזר הדבר השואל לרשות המשאיל להפטר השואל מאונסים, אפילו הוא עדיין בביתו, ומכל מקום חייב הוא בגניבה ואבידה כדין שומר שכר, ואם שלחו לו בתוך הזמן ביד עבדו או שלוחו של משאיל או של שואל, נתבאר בסימן ש"מ", וביאר ה**סמ"ע** (א) דבסוף סימן ש"מ אשמעינן דאפילו שלחה לו בשלוחו ונאנסה בדרך לא תאמר דה"ל תחילתו בפשיעה בשליחתו ע"י שליח וסופו באונס ולחייב באונסין, ובסימן זה קמ"ל דאפילו לא שלחו לו אלא הוא עדיין בביתו אפ"ה חייב כשומר שכר.

כתב ה**פת"ש** (א) בשם מהר"ר משה רוטנברג דמי שקיבל איזה פקדון בלי זמן, אף דהדין הוא דכל יומא זימניה ויכול להחזיר הפקדון לבעליו, ואף חזרה בעל כרחו מהני, מ"מ כל זמן שלא החזירו ליד בעליו ממש, אינו יוצא מידי שמירתו וחייב באחריותו, ואפילו אומר הנפקד למפקיד איני רוצה להיות עוד שומר עליו, מ"מ כל זמן שלא החזירו לידו של המפקיד אינו נפטר משמירתו, וכן מבואר במרדכי שהובא ברמ"א רצג/א, וטעמא דמילתא, דכשם שאינה נכנסת לרשות השומר עד שיעשה בה איזה קנין, ה"ה דאינה יוצאת מרשות השומר עד שיחזירנה לרשות המפקיד כיון שקיבל השמירה לזמן ידוע, אבל אם קבלת השמירה היתה בלא זמן, כיון שלא היה חיוב השמירה בתחילה לזמן, מיד שהסכים המפקיד שיכלה הזמן הוי כמו קיבל לזמן וכלה הזמן, דפטור אפילו אם הוא ברשותו של הנפקד.

למד ה**ב"י** מסע' א' (דנהנה) דה"ה לש"ש וכ"פ בשו"ע (ב) "שומר שכר לזמן, כיון שכלה זמנו כלתה שמירתו, ואפילו היא עדיין בביתו, אינו עליה אלא שומר חנם".

כתב ה**קצות** (א) בשם הריטב"א דמסתברא דפקדון בעלמא שיש בו זמן והגיע זמנו – הוי ש"ש עליו עד שיאמר לבעלים טול את שלך שאיני רוצה לשומרו וכדאמרינן גבי אומן שאומר גמרתיו.

סימן שדמ – טען שמתה מחמת מלאכה או רוצה לשלם או לישבע

טע"פ א

ע"פ ברייתא דאיסי בן יהודה בב"מ פג. פסק בשו"ע "טען השואל שמתה מחמת מלאכה, אם הוא במקום שעדים מצויים, אינו נפטר עד שיביא עדים שהוא כדבריו ושלא שינה בו (אין רואה שבועת ה' תהיה בין שניהם, הא יש רואה לא נפטר בשבועה אלא בעדים)", ואם הוא במקום שאין עדים מצויים, ישבע, כמו שנתבאר בסימן רצ"ד (משנה צד. -) ואם התנה שלא ישבע או שלא ישלם אם נגבה או

נאנסה הכל לפי תנאו {**מרדכי** - } אפילו לא קנו קנין על כך דכל תנאי שומרים קיים אפילו בלא קנין, ודוקא דאתני קודם שבאה השמירה לידו אבל לאחר ששעבד נפשיה לא מצי לאתנויי בדברים בעלמא}."

עמש"כ הרמ"א ע"פ המרדכי דלא מצי לאתנויי בדברים בעלמא, כתב הסמ"ע (ג) דמהאי טעמא פסק שם בראובן שאומר לשמעון אותן י' ליטרים שאתה חייב לי יהיו בידך למחצית שכן, ונתעסק שמעון ונאנסו, דשמעון חייב באונסין כבתחילה, כיון דבתורת שאלה אתו לידיה, והא דאמרינן מתנה שומר חנם להיות כשואל היינו קודם ששעבד נפשיה הא שעבד נפשיה לא מצי לאתנויי בדברים בעלמא, וכתב **הקצות** (א) דהיינו דוקא היכא דלא פטרו בפירוש מחיובו אלא שאומר לשון שנראה שאינו חושש בשמירתו ובוז לא נפטר בדברים בעלמא וכמבואר בב"ק (צ"ג) דהיכא דאמר קרע כסותי אע"ג שנראה שאינו חושש כיון דכבר אתי לידיה בשמירתו חייב ואמרינן קרע ושלם קאמר, אבל אם אומר בפירוש והפטר ודאי פטור אפילו היכא דאיתיה בידיה בתורת שמירה, וכדאמרינן גבי קרע כסותי דאפילו אתי לידיה בתורת שמירה אומר קרע והפטר פטור, וכיון דבשו"ע כתב שהתנה שלא ישבע או שלא ישלם וכל שאומר לא ישלם הרי אומר והפטר וזה ודאי מהני אפילו כבר אתי לידיה בתורת שמירה, וא"כ לא היה לו לרמ"א לכתוב כאן לא מצי לאתנויי בדברים כיון דבשו"ע מיירי שהתנה להדיא בלשון הברור לפטור.

הנתיבות (א) הקשה גם ארמ"א דאדרבה מב"ק מוכח להיפך דאמר שם בהדיא דאם אמר על מנת לפטור דפטור ואינו חייב רק כשלא אמר על מנת לפטור, וכתב המרדכי שם הטעם דכשלא אמר על מנת לפטור הוי פטומי מילי, ועוד, דאי משום מתנה על מה שכתוב בתורה הוא אפילו קנין לא מהני, וא"כ היאך כתב דלא מצי לאתנויי בדברים דמשמע דקנין מהני, וליישב דברי המרדכי י"ל דלא ס"ל הטעם שכתב לעיל מיניה דהיינו משום פטומי מילי, רק דס"ל דהטעם הוא דאף דדוקא קאמר מ"מ חייב דהא המתחייב עצמו באתם עדי חייב אף בלא קנין, ובשומרין בעי קנין אי לאו בהאי הנאה דמהימן ליה, וכתב הש"ך בסימן מ' הטעם משום דאינו מתחייב רק אחר שנאבד דמי לאסמכתא, הכי נמי ס"ל למרדכי לחלק בין מחילה שמוחל מיד ובין שאינו מוחל מיד כגון בקרע אחר שקיבל שמירה, אף דקרע לחוד ג"כ לפטור משמע דמהאי טעמא פטור בלא אתא לידיה בתורת שמירה, ואפילו הכי באתא לידיה בתורת שמירה חייב, ועל כרחך הטעם הא דאין הפטור מועיל בדברים, כיון דהחויב שעל השומר הוא חיוב על תנאי אחר שיפגע אין מועיל הפטור, דהוי כמוחל דבר שלא בא לעולם כיון שאכתי לא חל החיוב, ודמי למוחל באסמכתא, וכיון דדמי לאסמכתא בעי קנין, ומזה למד המרדכי, דה"ה במלוה שאמר לו שיהיה בידו למחצית שכר דחייב (עיי"ש) אמנם מכך דהרמ"א לא הגיה כן בסימן שה/ה גבי ש"ש ובסימן רצא/כז גבי ש"ח במה שזכר שם שיכול להתנות בפטור אחריות, ולא הגיה שם הרב דלאחר שבא השמירה לידו אינו יכול להתנות, נראה דדעתו לחלק, דדוקא בשואל שיש לו קנין בגוף החפץ, דשאלה ושכירות ליומא ממכר הוא, וכיון שהוא בתוך הזמן צריך לעשות קנין חדש, דהאונסין דחייביה רחמנא להשואל אינו מטעם חיוב שמירה, דהא מהאונסין אינו יכול לשמור, רק הטעם דעשאו רחמנא כשלו בתוך ימי השאלה לענין דכשנאנס אמרינן דדידיה נאנס, ומשו"ה כשמחזיר בעינן קנין גמור, וכ"כ בקצרה בח"י על הרמ"א "דדוקא בשואל דהוי כקנין בידו, אבל בשאר שומרים מהני הפטור אחריות אפילו בלא קנין".

סעיף ב

השואל כלי ונשבר, והוקרו השברים, ועתה שוים כשווי כלי שלם כפי שעת השאלה, אלא שעתה בגלל שהוקרו אין המשאיל יכול לקנות בדמי הנזק כלי שלם, כיצד ישלם המזיק בכה"ג? [ומה הדין במקרה שהשברים נגנבו, נאבדו או נאנסו?]

ב"מ צו: "ההוא גברא דשאל נרגא מחבריה **איתבר** אתא לקמיה.. תא שמע דההוא גברא דשאל נרגא מחבריה ואיתבר אתא לקמיה דרב אמר ליה זיל שלים ליה נרגא מעליא אמרו ליה רב כהנא ורב אסי לרב דינא הכי ושתיק רב והלכתא כרב כהנא ורב אסי דמהדר ליה תבריה וממליא ליה דמי מנא", והלכה כרב כהנא ורב אסי, ופירש רש"י דטעמא משום דתנן (ב"ק י: ג) גבי נזקין תשלומי נזק מלמד שהבעלים מטפלים בנבילה ששמין לו הנבילה של בהמתו שמתה ע"י זה שהזיקה לו ועליה מוסיף ומשלם דמיהן והכי מסיק נמי שם (יא.) דשמין לשואל.

וז"ל השו"ע "כשישלם השואל, שמין לו השברים (ויהמת יהיה לו" וקי"ל לו לניזק קאמר, שהוא צריך לטפל במכירת נבילה, וכן הדין בכל המזיקין, אבל בגנב וגזלן אין הדין כן לקמן סימן שני"ד, סמ"ע), שאם שאל כלי ונשבר שמין לו השברים כמו שהיו שוים בשעת השבירה ונותנים לבעלים, ומשלים עליהם, (רא"ש -) ואם הוזלו בין שעת שבירה לשעת העמדה בדין, שמין אותם כמו שהיו שוין בשעת שבירה וכן אם שאל בהמה ומתה, שמין כמה היתה שוה הנבלה בשעה שמתה, ונותן לו ומשלים לו עליה (מדין שורו של זה שנגח בהמתו של זה ומתה ונפחת נבילה בין שעת מיתה לשעת העמדה בדין דאמרינן בפרק קמא דב"ק דלכולי עלמא ההוא פחת דניזק הוי) } נגנבו השברים או נאבדו השואל חייב [וגם אם נאנסו חייב, סמ"ע, וראה לקמן], אא"כ אמר למשאל טול את שלך (נ"י ותלמידי הרשב"א, דהרי הוא כש"ש דהואיל ונהנה מהני) }".

עמשי"כ המחבר ע"פ הרא"ש דאם הוזלו וכו', כתב הסמ"ע (ו) דכל שכן אם הוקרו דלא יהיה למשאל הפסד כיון שהוקרו.

הקשה הסמ"ע (ז) בדברי הרמ"א (ע"פ הקצות בקצרה) דלפי גירסת הספרים ברמ"א משמע דאם לא אמר לו טול את שלך אינו חייב אלא בגניבה ואבידה אבל באונסין פטור ומשום דכלתה שמירתו, ואילו בני"י בשם הרמב"ן ושכן הסכימו האחרונים כתב דכל שאמר שואל למשאל טול שברים שלך ונאנס לאחר מיכן שנאבדו לגמרי הוי כאילו נאנסו ברשות משאל ומשמע דקודם שאומר לו טול את שלך חייב באונסין, ועוד דבני"י משמע דוקא מאונסין הוא דפטור כל שאומר טול את שלך, אבל בגניבה ואבידה חייב, וברמ"א כתב דכל שאומר טול את שלך פטור אפילו מגניבה ואבידה, וכתב דצריכין להגיה בהג"ה יחייב וגם אם נאנסו חייב אא"כ אמר טולי ור"ל דאם אמר טול פטור בנאנסו לחוד ובזה אתי שפיר הכל, עיי"ש מה עוד הכריח את הסמ"ע להגיה כן, כסתירה בדברי הרמב"ן ממקום אחר ועוד.

אולם הקצות (ב) האריך לדחות דבריו והעלה דהעיקר כרמ"א וקודם שאמר טול את שלך אינו חייב אלא כשומר שכר ואחר שאמר טול את שלך אפילו שומר חנם לא הוי, והוכיח כן דאפילו בפחת נבילה דמחמת פשיעותא הוא כל שהודיעו לבעלים אין עליו אלא הוצאות וטורח על הבעלים כמבואר בסימן ת"ג וכל שהודיע אין על השומר כלום ומשום דהיה להם לבעלים לטרוח ולמוכרו, ומכל שכן אומר לו בפירוש טול את שלך דהיה לו למשאל לטרוח ולמוכרו, וכ"כ הנתניבות (ב) דלא מסתבר כלל שאחר שאמר טול שלך יתחייב בגניבה דהא אפילו בהלואה למאן דסי"ל פרעון בעל כרחו שמיה פרעון נפטור כשאמר לו טול מגניבה ואיכא דפטר ליה אפילו מפשיעה כמבואר בסימן ק"כ ומאן דמחייב [ראה ש"ך שם סק"ד], הטעם דקודם שנעשה קנין במעות למלוה לא נעשה פרעון, משא"כ שאלה, ודאי דבאמר לו טול את שלך והוא אחר זמן שאלה, דכשנשברו הוי ככלה זמן שאלה, אפילו בהרי שלך לפניך הוי חזרה, והיאך יכולין לחייב את זה שיהיה יושב ומשמר של חבירו בעל כרחו.

סניף ג

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע "ראובן השאל חפץ לשמעון והפסידו, אמר שמעון לראובן השבע כמה היה שוה ואפרענו לך, והשיב בעל החפץ השבע אתה והפטר, ישבע בעליו ויפרע שכנגדו על פי שבועתו, ואם לא ישבע לא יפרע שכנגדו, ואינו נקרא מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם".

ביאר הסמ"ע (ח) דמיירי דהמשאל עצמו לא היה טוען ברי כך וכך היה שוה אלא שמא הוא שוה כל כך והפסדת אותו, ויכול להיות שאין בהפסדו שוה פרוטה, ואף אם בודאי שוה פרוטה, מ"מ כיון שלא תבעה בו בברי, לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם, א"נ מיירי שהשואל טוען ואומר סלע או שתים יודע אני שהפסדתי והריני נותן לך והילך, ויותר מזה איני יודע אם הפסדתי, השבע וטול, והמשאל אינו טוען בברי שהפסיד יותר, משו"ה פשוט לרא"ש דלא הוי בכלל מחויב שבועה וכו' כיון דהמשאל גופו אינו טוען ברי במותר, ובמה שמודה אומר לו הילך, ועוד המשיך לדחות דעת הלבוש. הש"ך (א) הקשה על הסמ"ע דלמה כתב דהמשאל אינו טוען ברי דהא אפילו טוען ברי כיון דאומר לו הילך א"כ אינו חייב על השאר רק היסת שאינו ולא ה"ל משואיל"מ כדאיתא בסימן ע"ב טובא זימני וכן בכמה דוכתי ויכול להפך על שכנגדו, ועוד קשה דע"כ מיירי שטען המשאל ברי דאל"כ אין השואל חייב שבועה כלל כיון שטוענו שמא כבסימן ע"ה, וגם קשה כשהמשאל אינו טוען ברי היאך ישבע ליטול, ותב"ח כתב דטעמיה דהרא"ש הכא דלא אמרינן בנפקד משואיל"מ דלא ה"ל לידע כבסימן רצ"ח בטור (ד) וה"נ בשואל לא ה"ל לידע כיון דה"ל להחזיר לאחר ימי השאלה, וקשה דהא לא כתב הרא"ש שם ולא ה"ל לידע אלא בהפקיד אצלו בשק אבל בשאר מפקיד כתב הרא"ש להדיא בפרק שבועות הדיינים

כשאומר איני יודע ה"ל משואי"ל משלם, ואפשר דדוקא במפקיד שאומר איני כמה היה ס"ל לרא"ש הכי דה"ל לידע כמה היה, עיי"ש עוד שהאריך לדחות גם דברי הב"ח, והעלה דכאן מייירי ששמעון אומר שלא הפסידו כלל וכך היה מתחלה ומש"כ והפסידו שראובן אומר כן. הנתיבות (ג) כתב שהעיקר כלבוש ומייירי שטוען דנפסד מחמת מלאכה אלא שאינו רוצה לישבע ורוצה לשלם, משו"ה לא הוי מודה במקצת על השאר.

סעיף ד

ע"פ משנה ב"מ צז. וגמ' פסק השו"ע כלשון הרמב"ם "השואל פרה מחבירו שאלה חצי יום ושכרה חצי יום, או שאלה היום ושכרה למחר, או שאל אחת ושכר אחת [ומתה אחת] מהן, המשאל אומר שאולה מתה, ביום שהיתה שאולה מתה, בשעה שהיתה שאולה מתה, והשוכר אומר איני יודע, או שאמר השומר שכורה מתה, ביום שהיתה שכורה מתה, בשעה שהיתה שכורה מתה, והמשאל אומר איני יודע, או שזה אומר איני יודע, וזה אומר איני יודע - המוציא מחבירו עליו הראיה (בד"ה -) ואם לא היתה שם ראיה, בזמן שהמשאל טוענו ודאי, ישבע השוכר ששכורה מתה (נשבע היסת דהוא כופר הכל גם באומר איני יודע אם שכורה מתה, דה"ל כאומר הלויתך מנה ולא פרעתיני וזה אומר איני יודע אם הלויתני, שהרי אם שכורה מתה לא נתחייב לו דבר שהרי השאולה מחזיר בעין, סמ"ע), או שאינו יודע, ובזמן שהמשאל אומר איני יודע, ישבע השומר שבועת השומרים שמתה כדרכה, ועיי"ל גלגול ישבע השומר ששכורה מתה או שאינו יודע (חילוק זה לא נזכר לא בטור ולא ברמב"ם, וז"ל הרמב"ם לא היתה שם ראיה ישבע השוכר על השכורה שמתה או שאינו יודע, ובבד"ה תמה היאך מצינו שבועה על טענת שמא ותירץ שצריך לישבע שבועת השומרים ועיי"ל גלגול נשבע שבועת שכירות מתה, ומזה יצא לו למחבר לחלק בזה ולכתוב בזמן שהמשאל אומר איני יודע, באה"ג, והרמב"ם נקט כאוקימתא בגמ' וכדרכו לתפוס לשון המשנה או הגמ' אבל המחבר כתב הדין לענין שבועת היסת שנתקנה בימי האמוראים דחייב לישבע היסת), וה"ה (באה"ג: ר"ל אם אינו רוצה להשביע שבועת היסת אלא שבועת התורה ישביעו השוכר שבועת השומרים שמתה כדרכה ועיי"ל גלגול ישבע ששכורה מתה -) אם זה אומר שאולה מתה וזה אומר שכורה מתה, או זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע."

גבי שאלה היום ושכרה למחר, כתב הסמ"ע (ט) בשם תלמידי הרשב"א (בב"י בכוונת הירו') דבלילה שבינתיים אם דרך השואל שהבהמות לנות אצלו אחר השאלה, גם כאן הוא שואל על הלילה ואם נאנסה בלילה חייב, ואם אין דרך שילינו הבהמות אצלו מזמן השאלה, אינו אצלו אלא כשוכר ופטור מאונסים וחייב בגניבה ואבידה.

האריך הסמ"ע (יג) דהמחבר נקט "שיטה לנפשיה" כי משמע ברמב"ם והטור דדוקא כששניהם טוענים ברי הוא דמגלגלין עליו שבועה חמורה דביום שהיתה שכורה מתה, אבל אם אחד מהם טוען שמא אין מגלגלין עליו שבועה חמורה, וכ"כ הרא"ש בהדיא הכא ואין מגלגלין על טענת שמא דנתבע, דגלגול מסוטה ילפינן ובסוטה האשה נתבעת טוענת ברי שלא נטמאתי ועל טענת התובע דמגלגלין אפילו בשמא כמו בסוטה היינו דוקא כשיש רגלים לדבר לאותו שטוען שמא, שהרי בקינא לה ונסתרה דמגלגלין עליה שלא נטמאה כבר רגלים יש לדבר מדקינא לה ועברה ונסתרה בפעם הזה, עיי"כ ברא"ש, משא"כ בטענת שמא דהמשאל דהכא שטוען ואומר שמא שאולה מתה דאין רגלים לטענתו שאומר ששאולה מתה יותר מלומר ששכורה מתה, אבל מדברי המחבר מוכח שס"ל שלעולם מגלגלין עליו שבועה חמורה, אולם י"ל דלמד המחבר דבריו מפירוש המשנה לרמב"ם שכתב דמביאין לידי שבועה חמורה עיי"ל גלגול זה אף כשטוענים שניהם איני יודע (ועוד האריך לבאר כל בבא במחבר ורבותא בה), וראה גם בש"ך (ג) שהאריך וכתב בסיום דבריו דהרא"ש כתב דבין טוען המשאל איני יודע ובין טוען השומר איני אין מגלגלין וכ"פ הטור בסימן צ"ד ובעיי"כ צ"ל דמ"ש הטור כאן ישבע שהוא כדבריו קאי אהיכא דטוען המשאל ברי "ולפי שהדינים אלו אין מקומם כאן ועיקרם לעיל סימן ע"ה סתם כאן הדברים".

עמש"כ המחבר בסיפא דעיי"ל גלגול ישבע השומר ששכורה מתה או שאינו יודע, כתב הסמ"ע (יד) דהא דלא אמרינן בכהא דה"ל מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם, תירץ הרב המגיד בשם הרא" דכיון שעיקר תביעת המשאל שמשביעו עליו היא איני יודע שהרי אינו טוען ברי שלא מתה כדרכה אע"ג שבגלגול טוען ברי דהשאולה מתה לא אמרינן בכה"ג מתוך שאינו יכול לישבע משלם, והב"י הביאו על דברי הטור בסימן שמ"ה, ובאמת לדברי הרא"ש והטור אין צריך להאי תירוצא דסברי שאין מגלגלין כלל אטענת נתבע כשהיה איני יודע וכנ"ל (יג), ועוד דאפילו במקום שמגלגלין ס"ל דלא אמרינן משיל"מ

בשבועה הבאה ע"י גלגול, והמחבר כתב בסעי' טו שם דיש חולקין וס"ל בזמן שנתחייב שבועה דאורייתא והוא טוען על הגלגולים איני יודע קרינן ביה שפיר מחויב שבועה ואינו יכול ליטבע משלם.

סימן שמה – דין שאל פרה ושכר אחרת

סעיפים א – ב

ע"פ **משנה ב"מ צז: וגמ' פסק בשו"ע** וכלשון **הרמב"ם** "שאל שתי פרות חצי היום בשאלה וחצי היום בשכירות, המשאיל אומר בזמן השאלה מתה, והלה אומר אחת מתה בזמן השאלה והאחרת איני יודע, מתוך שאינו יכול ליטבע ישלם השתים. (ב) וכן אם מסר לו שלשה פרות, שתיים שאולות ואחת שכורה, והמשאיל אומר שתיים שאולות הן שמתו, והשואל אומר אחת השאולה מתה ודאי אבל השניה שמתה איני יודע אם השאולה האחרת או השכורה, מתוך שאינו יכול ליטבע, שהרי אומר איני יודע, ישלם השתים", וביאר **הסמ"ע** (א-ב) הדין בסעי' א' דהא הודה לו במקצת טענתו, דתבעו בבי' פרות שאולות שמתו בזמן השאלה ושחייב לו עליהן באונסיהן, והנתבע מודה לו באחת ועל השניה חייב ליטבע שבועה דאורייתא כדין מודה במקצת, ואינו יכול ליטבע, משו"ה משלם, משא"כ בהשאלה לו אחת והשכיר לו אחת ומתה האחת והשניה עומדת חיה כבסימן שדמ"ד דשם אין טענתו אלא על האחת, דהרי על העודנה חיה אומר לו הילך וקחנה לך ואין כאן מודה מקצת, וכן הוא בסעי' ב' דמתו שתיים מהן ואחת נשארה חיה ומחזירה לו, ותבעו בשתיים שמתו והוא מודה לו באחת מהן שחייב, ה"ל ג"כ מודה מקצת, ומתוך שאינו יכול ליטבע על השניה משלם.

סימן שמו – דין פטור שאלה בבעלים עם כל דיניו ובעל בנכסי אשתו

סעיף א

[כתב בספר **החינוך** (ס) "ועל ענין שאלה בבעלים שפטור, נוכל לומר לפי הפשט, שהתורה לא חייבה השואל אחר שבעל הכלי או הבהמה עמו, דמכיון שהוא לשם ישמור הוא את שלו, ואע"פ שהשואל פטור אף לאחר שהלכו הבעלים, מכיון שהיו שם בשעת שאלה, אפשר לתרץ בזה שלא רצתה התורה לתת הדברים לשיעורין ולומר אם ישוה לשם הבעלים הרבה יהא פטור השואל ואם מעט יהא חייב, וציותה התורה דרך כלל דכל שהבעלים לשם בשעת שאלה יהא פטור, וזהו הטעם שאמרו ז"ל (ב"מ צה:): שאם היה עמו בשעת שאלה אע"פ שלא היה עמו בשעת שבירה ומיתה פטור, אבל היה עמו בשעת שבירה ומיתה ולא היה עמו בשעת שאלה חייב, כי בתחילת המעשה הענין תלוי, וזה הטעם בעצמו מספיק לנו בשכירות בבעלים שגם כן פטור"].

ע"פ **משנה ב"מ צד. פסק בשו"ע** "השואל והיה המשאיל עם השואל במלאכתו בשעה שמשך הדבר השואל, אפילו נגנב או נאבד בפשיעה (מחלוקת דרב אחא ורבינא גבי פשיעה בדף צ"ה ופסקינן כדברי המיקל על השואל, וכ"כ התוס' בשם ר"ח מטעם דכל היכא דפליגי רב אחא ורבינא הלכה כדברי המיקל אע"ג דהוי חומרא לגבי מפקיד מ"מ חשוב קולא לפטור המוחזק) פטור, שנאמר אם בעליו עמו לא ישלם לא שנא היה עמו בשאלה שהשאיל את עצמו לעשות מלאכתו, (מימרא דרבא צז. –) לא שנא היה עמו בשכירות שהשכיר עצמו לו לא שנא היה עמו באותה מלאכה של הדבר השואל, לא שנא במלאכה אחרת, אפילו א"ל השקני מים, והשקהו והשאיל לו פרתו בעוד שהוא משקהו, הוי שאלה בבעלים, (במשנה -) אבל אם משך תחלה ואח"כ השקהו לא הוי שאלה בבעלים (סמ"ע: ה"ה אם עשה עמו אח"כ מלאכה גמורה אלא נקט זה משום רבותא דהשקהו בשעת שאלה דפטור)".

מה דין שואל בבעלים ששלח יד בחפץ?

הקצות (א) האריך בביאור הגמ' בב"מ מ"א להוכיח דשואל ששלח יד בבעלים חייב ונלמד למסקנה משוכר ושי"ח והאריך בשקלא וטריא בזה, וכגון ששאלה למלאכה זו ושלח בה יד לעשות מלאכה אחרת דחייב אפילו בבעלים משום דשואל לא עדיף משאר שומרין ואדרבה חיובו טפי משאר שומרין, ודחה

דעת הבית יעקב דגבי שואל קי"ל דשאלה בבעלים ושלח בה יד דפטור דלמד דהא דאמרו דיו לבא מן הדין להיות כנדון דהיינו דגבי שואל שליחות יד ממש פטור בבעלים ובשאר שומרין חייב, וליתא כאמור.

סעיף ב

ע"פ משנה שם פסק בשו"ע "לא שנא אם באו שאלת הבעלים עם שאלת הפרה כאחד, לא שנא היה הוא שאול או שכור לו ואחר כך השאיל לו פרתו פטור, (ברייתא בגמ' -) אפילו לא היה עמו בשעת שבירה ומיתה; אבל אם לא היה עמו בשעת שאלה ואחר כך שאל את הבעלים או השכירם, אין זה שאלה בבעלים, אף על פי שהיה עמו בשעת שבירה ומיתה".

סעיף ג

שנינו בב"מ צד: על המשנה הנ"ל "מדקתני סיפא ואחר כך שאל את הפרה מכלל דרישא דקתני עמה עמה ממש, עמה ממש מי משכחת לה פרה במשיכה ובעלים באמירה! איבעית אימא כגון דקיימא פרה בחצרו דשואל דלא מחסרא משיכה, איבעית אימא דאמר ליה את גופך לא תשאל עד שעת משיכת פרתך", ובצ"ז. "אמר רבא מקרי דרדקי שתלא טבחא ואומנא ספר מתא כולהון בעידן עבידתיהו כשאיילה בבעלים דמו" והקשה שם הרא"ש (ח,ו) דמשמע דוקא "בעידן עבידתיהו ולעיל.. אמרינן בעלים באמירה אלמא משעת אמירה מיקרי שאלה בבעלים אע"פ שעדיין לא התחיל במלאכה, וצ"ל דבעידן עבידתיהו לאו דוקא אלא בשעה שמזמינין ומנידין עצמן ללכת מיקרי עידן עבידתיהו והיינו אמירה דלעיל, וכ"כ הראב"ד אם אמר לו השאילני פרתך והשאל לי אתה עמה כיון שהתחיל ללכת עם פרתו אע"פ שעדיין לא יצא מביתו כבר התחילה שאלתו".

וז"ל השו"ע כרא"ש "שאל הבעל, ונתרצה להיות שאול לו, אע"פ שלא התחיל במלאכת השואל בשעת משיכת הפרה, אלא מזמין ומכין עצמו ללכת, חשיב שפיר עמו במלאכתו, אבל באמירה שאומר להיות שאול לו, ולא הכין עצמו למלאכתו, לא הוי שאלה בבעלים".

הטור הביא דברי הרמ"ה שהסכים אך חילק ברישא דדוקא כ"שלא פירש לו זמן אלא אימתי שירצה השואל יעשה לו מלאכתו לפיכך כיון שאם אומר לו עתה לעשותה יעשה נמצא שמעתה הוא שאול לו למלאכתו אע"פ שעדיין לא עשה אבל" אבל כשאמר לו לעשות מלאכתו בזמן ידוע כל זמן שלא התחיל לעשותה אינו קרוי עמו במלאכתו, וסיים הטור "וא"א הרא"ש ז"ל כתב כסברא הראשונה". אולם הסמ"ע הביא דברי הרמ"ה דמש"כ המחבר 'מזמין ומכין' וכו' והיינו דוקא כשהבטיחו לעשות מלאכתו ולא קבע לו השואל לזה זמן אבל אם קבע לו השואל זמן אימתי יעשה מלאכתו אף שהוא מוכן לא מיקרי שאלה בבעלים, וסיים "ונראה דגם הרא"ש מודה בזה" (ודלא כטור).

הש"ך הוכיח בתוס' ועוד רא' דכשאומר לו בפירוש שיעשה מלאכה מיד אף בלא הכנה הוי שמירה בבעלים, אולם הנתביבות (א) דחה ראייתו מהתוס' אלא באו להשמיע כרמ"ה.

סעיפים ד - ה

ב"מ צז. "מר בר חנינא אוגר כודנייתא (פרידה) בי חוזאי נפק לדלויי טעונה בהדייהו פשעו בה ומית אתו לקמיה דרבא חייבינהו אמרו ליה רבנן לרבא פשיעה בבעלים היא איכסיף לסוף איגלאי מילתא דלמיסר טעונה הוא דנפק" ופירש רש"י למיסר לראות שלא ירבו במשאה.

וז"ל השו"ע ע"פ הטור "השאיל לו בהמתו או השכירה לו למשוי, והלך עמה לסעדה ולהטעינה, הוי שאלה בבעלים, אף על פי שמעצמו נשאל לו {ודלא כיש חולקין בזה (מרדכי, דבעינן שהשואל יבקש ממנו לעשות מלאכה זו, סמ"ע)}, (גמ' הנ"ל -) ואם לא הלך אלא לראות שלא יוסיף המשוי, אין זה שאלה בבעלים {וכן אם תפס לו השטגר"ב הוי לתקנת בהמתו (דאם יעלה על הבהמה בלא תפיסה זו יכאיב לה, סמ"ע) ולא מקרי שאלה בבעלים (ראב"ה)}".

כתב השו"ע בסעי' ה "אמר לו שמור לי ואשמור לך או שמור לי היום ואשמור לך למחר, נתבאר בסימן ש"ה".

סעיף ו

האם שליח הבעלים נחשב בעלים לענין שמירה בבעלים?

ב"מ צו. "אמר ליה רבינא לרב אשי האומר לשלוחו צא והשאל לי עם פרתי מהו בעליו ממש בעינא וליכא או דלמא שלוחו של אדם כמותו ואיכא... פלוגתא דרבי יונתן ורבי יאשיה דתניא האומר לאפוטרופוס כל נדרים שתהא אשתי נודרת מכאן עד שאבא ממקום פלוני הפר לה והפיר לה יכול יהו מופרין תלמוד לומר אישה יקימנו ואישה יפרנו דברי רבי יאשיה רבי יונתן אומר מצינו בכל מקום ששלוחו של אדם כמותו, אמר ליה רב עיליש לרבא האומר לעבדו צא והשאל עם פרתי מהו תיבעי למאן דאמר שלוחו של אדם כמותו תיבעי למאן דאמר שלוחו של אדם אינו כמותו תיבעי למאן דאמר שלוחו של אדם כמותו הני מילי שליח דבר מצוה הוא אבל עבד דלאו בר מצוה לא או דלמא אפילו למאן דאמר אין שלוחו של אדם כמותו הני מילי שליח אבל עבד יד עבד כיד רבו דמיא אמר ליה מסתברא יד עבד כיד רבו דמיא."

כתב הרי"ף גבי שליח "ולא איפסיק בה הלכתא בהדיא אלא מדחזינן לרב עיליש דבעיא מיניה דרבא האומר לעבדו צא והשאל עם פרתי מהו תיבעי למאן דאמר... מסתברא יד עבד כיד רבו - מכלל דאחר דלאו ידו כידו לא הויא שאלה בבעלים" (אע"ג דקיי"ל בכל מקום שלוחו של אדם כמותו, שאני הכא דכתיב ב' פעמים בעליו עמו דמשמע דדקדק דוקא הבעלים עצמן, סמ"ע) והרא"ש הקשה עליו "דהא דאמר רבא מסתברא יד עבד כיד רבו לאו למעוטי שאר שליח נקט האי לישנא אלא לפי דבריו השיב לו דאפילו לר' יאשיה דלית ליה שלוחו של אדם כמותו יד עבד כיד רבו וכל שכן לר' יונתן דהויא שאלה בבעלים דלא גרע משליח אחר", וכ"ד הרמ"ה דכיון דבעלמא קיי"ל שלוחו של אדם כמותו הכי נמי לא שנא.

בשו"ע פסק כרי"ף דהרמב"ם הסכים לדבריו "האומר לשלוחו צא והשאל עם פרתי, אינה שאלה בבעלים שנאמר אם בעליו עמו הבעלים עצמם ולא שליח {ויש חולקין ואומרים דשלוחו של אדם כמותו (רמ"ה ורא"ש, דאזלינן כבתראי, דרכ"מ)} ואם אמר לעבדו הכנעני צא והשאל עם פרתי, הרי זה שאלה בבעלים, שיד העבד כיד רבו {נשאל לו העבד בלא דעת רבו לא מקרי שאלה בבעלים (רמב"ם)}."

הש"ך (ג-ד) כתב שגם שאר אחרונים חלקו על הרי"ף ומספיקא לא מפקינן ממונא ואמרינן שלוחו של אדם כמותו, אך אם תפס המשאיל לא מפקינן מיניה אפילו לרא"ש.

בתשובת **חת"ס (פת"ש א)** האריך בשאלת השואל אם יש לפטור בן שהיה שליח של אחד השותפים שפשע מטעם פשיעה בבעלים או י"ל כיון דהבנים שלוחים דאביהם הם הו"ל כמו אמר לשלוחו צא והשאל לי עם פרתי דפליגי הרי"ף והרמ"ה, או אפשר בנים אפילו גדולים הסמוכים על שולחן אביהם הו"ל ידם כיד אביהם ולכ"ע הוי שאלה בבעלים ופטור אפילו מפשיעה וא"כ ההפסד לשותפות שוה בשוה, והשיב דבודאי אי אחד מהאבות פשע ונאבד ממנו, היינו צריכים לפלפל אם נאמר מה שבניהם של ב' שותפים האחרים עמו במלאכה אם הבנים הוו כבעליו עמו או לא, אך האבות לא פשעו רק השליח פשע היינו הבן, וא"כ לו יהא שהאב שומר שכר בלי בעליו עמו ומסר בעצמו הפקדון לבנו הגדול ופשע ונאבד, פטור האב, שכל המפקיד על דעת אשתו ובניו מפקיד, והבן מחויב לשלם, והבן אינו שותף ואינו בעלים ולא שאולים זה לזה כי כל אחד שלוחו של אביו, וכל הפושע מהם צריך לשלם והאב פטור.

כתב **בשב"י (פת"ש ב)** בנידון כשהשכיר לו אמר לו בפירוש שלכך מוזיל גביה בשכירות לפי שאביו הולך עמו וישגיח על הסוס הרי שסמך על אביו, וכיון שאביו ציוה לו לרכוב על הסוס שאין כאן היזק לסוס, אף שהתברר שהיתה זו פשיעה, לא פשע השוכר כלל ופטור. עוד כתב בשלח אחד להביא שטרות וציוהו שאם יהיה חשש אחריות שיקח עוד יהודי הדר שם בשכירות, דאין לפטרו משום שאלה בבעלים, כיון שהוא עצמו לא דיבר עם השליח עצמו, רק שציוה לו שישכור יהודי אחד, דלא הוי שלוחו ממש.

כתב ה**נתיבות** (ב) עמש"כ הרמ"א בשם הרמב"ם, דמשמע דאם שאל העבד מדעת רבו הוי שאלה בבעלים אולם התוס' צ"ט הוכיחו דלא הוי שאלה בבעלים רק היכא דשאל הבעל ושלח עבד במקומו, אבל כששאל העבד לבד עם הפרה הוי כשואל ב' פרות, וכן מוכח מהשו"ע בסימן שמו/ו דאיצטריך לטעם יד עבד כיד רבו, ולא כתב הטעם משום דהוי שאלה בבעלים, וכתב דלכן נראה דכאן מיירי כגון ששאל בעל הפרה ונשאל העבד מעצמו לעשות מלאכת רבו, וקאמר דאפילו בזה לא הוי שאלה בבעלים, אבל אם שאל העבד לבד, לא הוי שאלה בבעלים אפילו הוא מדעת רבו, וכן נראה ברע"א עיי"ש.

סעיפים ז - ח

מה דין שותפים לענין שאלה בבעלים?

ע"פ **ב"מ צו**. וכלשון **הרמב"ם** פסק בשו"ע (ז) "שותפים ששאל אחד מחבירו הוי שאלה בבעלים" וכתב **הסמ"ע** (יב) דמדובר אפילו לצרכו שאינו לצורך השותפות וקאמר ששאל אחד מהן, דאילו שניהן שאלו זה מזה הו"ל כדין השאילני ואשאילך, דאפילו באנשים שאינן שותפין הו"ל שמירה בבעלים לחד מאן דאמר, ודלא כרב המגיד שפירש שניהם שאלו האחד מחבירו.

בסעי' ח' פסק בשו"ע "האומר לחבירו השאילני היום ואשאילך למחר, אינו שאלה בבעלים" ונתבאר בסימן שה/ז.

סעיף ט

ע"פ **ב"מ צו**. פסק בשו"ע "שאל מהאשה פרה נכסי מלוג ונשאל לו בעלה או אשה ששאלה פרה לצורך נכסי מלוג שלה ונשאל בעל הפרה לבעלה לא הוי שאלה בבעלים משום דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי", דהגמ' תלתה ספיקות אלו במח' רבי יוחנן ור"ל בקנין פירות ונפסקה הלכה **ביבמות ל"ו** כר"ל.

סעיף י

ע"פ ספיקות דלא נפשטו **ב"מ צו**. פסק בשו"ע "שאל פרה לרבעה או ליראות או לעשות בה פחות משה פרוטה או ששאל שתי פרות לעשות בהן שוה פרוטה, הרי זה ספק, ואין מוציאין מידו" - **רש"י** פירשן שלא בבעלים וז"ל 'שאלה לרבעה הוא עצמו מהו מי מיחייב באונסיה או לא' וביאר **הב"י** דמי אמרינן שאלה שחייבה תורה באונסין דוקא כדשיילי אינשי וכן בכולן ולפי פירוש זה כששאלה בבעלים ודאי פטור, ואילו **הרמב"ם** פירש כל אלו ספיקות בשאלה בבעלים, "והמחבר סתם דבריו כדי לפרש בו איזה פירוש שנרצה", **סמ"ע** (טז).

כתב **הטור** בשם **הרמ"ה** והרא"ש דאי איכא הנאת שוה פרוטה לשואל חייב מכל מקום בגניבה ואבידה כדין שומר שכר, ואף לענין אונסין אי תפס לא מפקינן מיניה, וכ"פ **הש"ך** (ו), והוסיף דנשמע מכאן דאין ש"ש חייב בגנבה ואבדה אא"כ שכרו בש"פ. עוד חלק (ה) עמש"כ **הסמ"ע** דהבעיות מסיים בתיקו, דבש"ס ובפוסקים הוא בעיא דלא איפשטא אבל לא סלקא בתיקו, ונפק"מ דאם תפס המשאיל אין מוציאין מידו וכנ"ל בטור, אבל אי הוי בתיקו מוציאין מידו.

סעיף יא

[מה הדין בשאל משני שותפים ונשאל לו אחד מהם ופשע? פרט.]

עוד ע"פ בעיות **שם** וכלשון **הרמב"ם** פסק בשו"ע "שאל משני שותפים ונשאל לו אחד מהם וכן השותפים ששאלו ונשאל לאחד מהם, הרי זה ספק אם היא שאלה בבעלים אם לאו, לפיכך אם מתה אינו משלם, ואם תפסו הבעלים אין מוציאין מידם, ואם פשע בה, יש מחייבים (**רמב"ם**, דספק אם הוא בבעלים אם לא ודעתו שהפושע כמזיק כמו שכתב בשכירות ב/ג וכיון שהוא כמזיק [בידיים, סמ"ע] ואין שם ראייה ברורה לפטור חייב לשלם, ה"ה) ויש פוטרם (**טור**, דמה חילוק יש בין פשיעה לאונס כיון דקיימא לן פשיעה בבעלים פטור, "וכן עיקר" כמש"כ בסי' סו/מ ו-שא/א, ש"ך ט', ונראה דר"ל ששם מבואר שהמחבר פסק כפוטרם והביא את הרמב"ם כיש אומרים, והש"ך עצמו פסק שם לחייב כרמב"ם)".

עמש"כ המחבר דאם תפס וכי תמה **הש"ך** (ז) על הרמ"א שסתם כאן כמחבר ובסימן רב/ג ו-תיג,א הביא דעת היש חולקין דבבעיא דלא נפשטא לא מהני תפיסה.

כתב **הקצות** (ג) בשאל משני שותפין דאין הספק אלא בפלגא דידיה אבל בפלגא דאחר שלא נשאל לו ודאי חייב לשלומי ליה וכ"כ בשיטה, וכתב דנראה דשותף דידיה אינו נוטל כלום בפלגא דמשלם כיון דהפטור בא לו מחמת זה שנשאל לו אין שותף חבירו מפסיד על ידו ונוטל חלקו משלם, ואע"ג דבחוב מקולקל מה שגבו חולקין בשוה, הכא כיון שהתורה פטרה אותנו מחלק השותף שנשאל לו גובה זה שלא נשאל לו חלקו משלם ואידך אינו נוטל כלום מחלקו, וכן באידך איבעיא שותפין ששאלו אין הספק

אלא בהאי פלגא דשייליה אבל פלגא דחבריה ודאי חייב, וכ"כ בני"י וכ"נ מהטור, ודברי הרמב"ם והמחבר סתומים – וגם הפת"ש (ג) העיר בזה מדבריהם, וכתב שכבר תמה בזה בני"י וכתב דאפשר דמשום הך בבא דשותפין ששאלו נקט הרמב"ם אינו משלם משום דסליק מיניה וממילא נמי בהאיך דשאל מן השותפין אינו פטור אלא מפלגא, וכ"כ המל"מ דאין הכרע אי פטור מכל הפרה.

סעיף יב

נוטע של העיר והשאל או השכיר, האם נקרא שאלה בבעלים?

מה הדין האידנא בפועל של העירייה?

ע"פ מימרא דרבא ב"מ צז. (בסעי' ג') פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "מלמד תינוקות והנוטע לבני המדינה והמקיז להם דם והסופר שלהם, כל אלו וכיוצא בהם, ביום שהוא יושב בן לעשות במלאכתו, אם השאל או השכיר לאחד מאלו שהוא עוסק במלאכתם הרי זה שמירה בבעלים, ואפילו פשע בה השומר פטור, אבל הוא ששאל או שכר מהם, חייב, שאינם שאולים לו. ויש אומרים (ראב"ד וכ"כ הנ"י דכן הסכימו האחי') שבזמן הראוי למלאכה (קאמר בגמ') אע"פ שאינם עסוקים בה (ודלא כרמב"ם שכתב דפטור דווקא "ביום שהוא יושב בו"), לפי שאינו רשאי להשמט מהמלאכה ההיא בכל עת שצריכים לו, הוי לגבייהו שאלה בבעלים, אפילו אם צריך לתת לו שכר, מכל מקום מוכרח הוא לעשות לו מלאכתו, מידי דהוה אשותפים ששכרו שכיר חדש או שנה, דבכל שעה הוי שאלה בבעלים לכל אחד מהם (סמ"ע: ר"ל מידי דהוה אשנים ששכרו בשותפות שכיר לחודש שיהא שכיר למלאכת שניהן לעשות לכל אחד מלאכת עצמו באיזה צריך לו, ושותפין דקאמר ר"ל שהן שותפין בשכיר חודש זה אבל אינו רוצה לומר שהן שותפין בדבר אחר ושוכרין שכיר חודש זה לעשות להן בדבר ההוא, דא"כ לא דמי לשתלא ומקיז דם ואינך דקחשיב דהרי שם בני המדינה אינן משותפין בו יחד בכלום)". [פתחי חושן (ג,ו,ט) ע"פ המאירי: אבל בשעות שאינו משועבד למלאכה, כגון בשעת האוכל או בשעות הלילה, אינו נחשב כעמו במלאכה].

הקשה הנתיות (ג) על המחבר ע"פ הרמב"ם דלקמן בסעי' ט"ז גבי בעל בנכסי אשתו משמע דאפילו בשעה שאינה עוסקת וכ"כ הסמ"ע שם בסקכ"ו, וכן בשותפין בסעי' ז' משמע דהוי שאלה בבעלים אפילו בשעה שאינו עוסק וכנ"ל בראב"ד, וכתב דנראה דדוקא הכא בשתלא ס"ל לרמב"ם דבעי עוסק במלאכתו דוקא, והטעם לזה, דהא בשותפין אמרינן ברירה, שבשעה שהשותף הזה צריך ליה הוי כשלו לגמרי כמבואר בר"ן בנדריים מ"ה, וממילא הכא כשהאחר צריך לשתלא הוי כשכיר לו כולו לזמן ההוא ולא הוי שאלה בבעלים בזמן ההוא לאחר, ולפי"ז ממילא אפילו כשאין אחר צריך לו לא נקרא משועבד לשואל, כיון דאי היה אחר צריך לו באותה שעה לאו משועבד לו כלל, ולכך צריך בשעה שהוא עוסק במלאכת השואל דוקא, אבל בשני שותפין כיון שכל שעה השותף משועבד לעסוק בשל חבירו הוי בעלים עמו, והראב"ד ס"ל דבשעה שעוסק במלאכת האחר יש טובה לכולם שנעשה פנוי מעסקיו שיהיה יכול לעסוק במלאכת השואל אח"כ, וממילא הוי כעוסק במלאכת כולם אף כשאינו עוסק רק במלאכת אחר, וזהו שכתב הראב"ד מידי דהוה אשותפין ששכרו שכיר חודש.

סעיף יג

שליח ציבור לקהל, האם נחשב שאלה בבעלים?

ע"פ עובדא דרבא ב"מ צז. דאמרו ליה רבנן לרבא שאיל לן מר פסק בשו"ע כלשון הטור "הרב השונה לתלמידיו אם הם צריכים ללמוד עמו בכל מסכתא שירצה הוא, ואף אם התחילו מסכתא אחת יכול לשנותה לאחרת (נתיות): מיירי דווקא במלמד בחנם), אז הווי הם כשאולים לו, שהם עמו במלאכה, ואם שאל מהם הוי שאלה בבעלים, ואם הוא צריך ללמוד עמהם בכל מקום שירצו, אז הוא נשאל להם, ואפילו שלא בשעת הלמוד, כיון שצריך ללמוד עמהם בכל עת שירצו, ואם הדבר תלוי בשניהם, שהמסכתא שהתחיל יגמרו, ואין הרב יכול לשנות המסכתא שלא מדעת התלמידים, ולא התלמידים בלא דעת הרב, אז אינם שאולים זה לזה כלל. ולפני המועדים, שדרך לדרוש לעם הלכות המועד, הוא נשאל להם {וכן הדין בשליח צבור עם קהל שלו דאם הקהל אינן יכולין להשמט ממנו הם כשאולין לו ואם הוא אינו יכול להשמט מהן הוא נשאל להן (רשב"ץ)}".

כשיהיה לה ממון (כב"ק פ"ז, וכתב הסמ"ע דלקמן סימן תכד/י מבואר דאם יש לה נכסי מלוג או נכסי צאן ברזל או תוספת על כתובה דאורייתא דחייבת למכור בטובת הנאה, אלא דמירי כאן באין לה), ואם הודיע את בעלה שהיא שאולה, הרי זה נכנס תחתיה {ודוקא שנשתמש בה לאחר שהודיעתו (רמב"ם, אינו בגמי אבל סברה נכונה דודאי כיון שהוא כלוקח לא יפה כחו מכחה שהרי הוא בא מחמתה וכיון שהודיעתו ונשתמש בה חייב, ה"ה), או שקבל עליו להיות הוא השואל (ראב"ד)}".

עמש"כ הרמ"א דלא מפטר מכח שמירה בבעלים, הקשה הסמ"ע (כח) דהוא תמוה דנראה מוכח מלשון הטור דגם בכה"ג פטור מפשיעה מכח שמירה בבעלים, דאי מהאי טעמא דלוקח הוה לחוד הוה מחויב מפשיעה כדין שומר חנם דומיא דלוקח לשלשים יום, וקשה על המחבר והרמ"א דבסעי' יח מבואר דלוקח בהמה ל' יום הוי שומר חנם עליה וחייב בפשיעה ואם כן מדוע הכא פטור לגמרי, וכתב לחלק בין אם שאלה או שכרה היא הפרה כל ימי חיותה דהפרה או כל ימי חיותה דהאשה דומה לסימן שמאו/ו באמר ליה השאילני בטובך דבכה"ג פטור הבעל מפילו פשע בה ונגנבה משום לוקח ולא משום פשיעה בבעלים כיון דהפרה עכ"פ אינה שלה, כלומר (ע"פ דרכי חושן) - צריכים את שני הפטורים, דבעינן לפטור מפני שהוא כלוקח כדי לפוטרו משאר חיובים דכיון שהוא כלוקח אין לו שום עסק עם הבעלים והיה צריך להיות פטור אף מפשיעה אלא דלכאורה כיון שקיבל מהאשה אם כן חייב כלפיה בפשיעה ומדינא דרבי יוסי דתחזור פרה לבעלים הראשונים יהא חייב כלפי הבעלים הראשונים ולזה מהני פטור בעליו עימו שמחמתו אינו מתחייב כלפיה ולכן פטור לגמרי, אמנם כתב הסמ"ע שבלשון הרמ"א איתא דפטור רק מטעמא דלוקח וליכא פטור דבעליו עמו (והש"ך כתב שיש לפרש דברי הרמ"א גם כן כשיטה זו שהפטור הוא מחמת שני הטעמים) ולכך פירש הסמ"ע דעת הרמ"א דמירי הכא בשאלה או שכרה האשה את הפרה כל ימי חיותה דהפרה או כל ימי חיותה דהאשה דבכה"ג גוונא פטור הבעל מפילו פשע בה ונגנבה משום לוקח דלוקח חייב כשומר חנם רק בלקח לזמן אבל משום פשיעה בבעלים לא נפטר בכהאי גוונא כיון שהפרה אינה של האשה ולפי דבריו יוצא שאם שאלה לשלשים יום יהא חייב בפשיעה (והש"ך כתב לחלוק על זה דאף בכהאי גוונא אינו שומר, דרכי חושן) (קצות ד': כל ימי חיותה דאשה נמי לא עדיף מלוקח לשלשים יום דמה לי לוקח לשלשים או כל ימי חיותה דאשה כיון דסופו לחזור לבעלים מחייב בפשיעה וצ"ע).

הש"ך (יב) האריך לחלוק על הסמ"ע דגם כוונת הרמ"א כן הוא דמשום שמירה בבעלים לחוד לא מפטר אי לא הוי כלוקח וני"מ בגזלן שהפקיד כו', וגם מה שתירץ הסמ"ע דבשכרה או שאלה לזמן כגון ל' יום דבכה"ג אף שהוא לוקח חייב בפשיעה דלא עדיף מלוקח לזמן, לא נהירא כלל דכיון שהוא לוקח אינו שומר של המשאיל רק שומר של אשתו ופטור מפשיעה לדעת הרא"ש והטור דהוי שמירה בבעלים, ואין טעם כלל לחלק בין שאלה הפרה כל ימיה ובין שאלה לזמן, ולא דמי ללוקח בהמה ל' יום דהוה שומר של משאיל ואין המשאיל עמו אלא ודאי פשיטא דהבעל פטור בכל ענין לסברת הרא"ש, אך באמת דברי הרא"ש והטור תמוהין והיכא קאמרי דמשום שמירה בבעלים פטור דהא דבש"ס לא שייך שמירה בבעלים דה"ל כמאן דשאיל מבעלים הראשונים וא"כ נהי דמסקינן דבעל לוקח הוה מ"מ לפי מה שפירש ר"י דמ"מ ש"ח הוי א"כ בפשיעה חייב דכשומר של בעלים הראשונים הוא להתחייב בפשיעה, וי"ל דס"ל לרא"ש וטור דהא דקאמרי בש"ס דל' יוסי לא הוי שמירה בבעלים היינו מקמי דקאמרינן בעל לוקח הוי אבל לבתר דמסיק דלוקח הוי א"כ אפי' ל' יוסי אין לבעל דין עם בעלים הראשונים כלל רק עם האשה והוי שמירה בבעלים, אבל אין זה עיקר אלא נראה כר"י דאף למאי דמסקינן דלוקח הוי לא הוי שמירה בבעלים וחייב בפשיעה, וא"כ דברי הרמ"א ברורים בזה דלא מפטר מטעם דהוי שמירה בבעלים (דרכי חושן): לדבריו הכא לא שייך פטור בעליו עימו כיון דקיי"ל כרבי יוסי דס"ל דתחזור פרה לבעלים הראשונים אם כן הוי שומר של הבעלים הראשונים והבעלים הראשונים אינו עמו במלאכתו והא דפטור מפשיעה הוא משום דהכא הוא לוקח גמור לכל חייב, והביא ראי' דפליגי על זה וס"ל דגם בכה"ג חייב בפשיעה) ועיין גם בנתיבות שהאריך לבאר כאן דרך אחרת. כתב בדרכי חושן "העולה לדינא בעל ששאלה אשתו נכסים קודם נישואין לדעת הסמ"ע לדעת המחייבים בלוקח הכא נמי חייב, והפטור הכא לרמ"א הוא רק משום שאיירי בשאלה לכל ימי חייה או לכל ימי חיי הפרה.. ולדעת הש"ך והנתיבות בעל בנכסי אשתו שאני מכל לוקח ופטור לגמרי".

עמש"כ הרמ"א בסיפא ואם הודיע וכו' כתב הש"ך בשם רש"ל דאם שאל לה אבן טוב לרפואה ונגנב, פטור הבעל, אך אם שאל לה לה בגד על החתונה לפי כבודה ועשרה מסתמא ניחא לבעל וחייב מפילו באונסים אבל לא בגד חשוב מערכה אם לא שנושאת ונותנת בתוך הבית.

סעיף יח

כתבו **התוס'** (צו:): "בעל בנכסי אשתו לא שואל הוי ולא שוכר הוי - ומיהו נראה לר"י דשומר חנם הוי וחייב בפשיעה ולפי זה הלוקח בהמה לשלשים יום אע"ג דלאו שואל הוי ולא שוכר דבלשון מקח לקח מכל מקום שומר חנם הוי", וכ"פ בשו"ע "לוקח בהמה לשלשים יום שומר חנם עליה".

הקצות (ה) תמה על המחבר והרמ"א דהא בסימן ריב/ד פסקו כרמב"ם דמה הפרש יש בין המוכר קרקע לזמן קצוב ובין המקנה אותה לפירות שהקונה לפירות אינו יכול לשנות צורת הקרקע ולא יהרוס ולא יבנה, אבל הקונה לזמן קצוב הוא בונה והורס ועושה בכל זמנו הקצוב כמו שעושה הקונה קנין עולם לעולם עכ"ל, וא"כ כיון דקונה לזמן רשאי להרוס ועושה בזמנו כמו שעושה קונה קנין עולם א"כ מזיק ממש פטור ומכל שכן בפשיעה, והתוס' שכתבו דהוי שומר חנם אפשר דס"ל כשיטת הראב"ד שם דקונה לזמן אינו רשאי לקלקל.

סעיף יט

ע"פ ב"מ צה. כתב השו"ע "כל אלו החלוקים של שאלה בבעלים נוהגין גם כן בכל השומרים" ונלמד שם מ'וכי ישאלי מוסיף על ענין ראשון.

סימן שמז - דין הזיק שור של שואל לשל משאיל או איפכא

סעיף א

ע"פ ב"ק יג: פסק בשו"ע "שאל פרה בסתם והזיק שורו של שואל לשורו של משאיל, אפילו אם הוא תם משלם נזק שלם, שאפילו אם הוזק משור דעלמא צריך לשלם דמסתמא צריך לשומרו שלא יזיק ושלא יוזק (רא"ש -) ואם קבל עליו שמירתו שלא יזיק אבל לא שלא יוזק והזיק שורו של שואל, תם משלם חצי נזק, ומועד נזק שלם. ואי אזקיה תורא דמשאיל לתורא דשואל, והשאלה היתה בסתם, בין תם בין מועד פטור, ואי אזיק לתורא דעלמא, שואל בעי לשלומי, שעליו מוטל לשומרו שלא יזיק (ונראה דמשלם כפי הדין שהיה המשאיל צריך לשלם דהיינו תם חצי נזק ומועד נ"ש, דהא לא קיבל עליו אלא להיות במקום המשאיל ולהיות חיובו עליו, סמ"ע). ואם קבל עליו לשומרו שלא יוזק אבל לא שלא יזיק, והזיק לשורו של שואל, משלם לו המשאיל, תם חצי נזק, ומועד נזק שלם".

עמש"כ המחבר ע"פ הרא"ש אבל לא שלא יוזק' כתב הסמ"ע (ב) דנראה אפילו אם לא פירש דבריו מכיון דמסתמא עליו לשומרו שלא יזיק ושלא יוזק והוא פרט וקיבלו עליו שלא יזיק ה"ל כאילו התנה ואמר שלא קיבל עליו שלא יוזק, וכן הוא בסיפא דכל שפרט ואמר שלא יוזק לחוד ה"ל כאילו פירש ואמר אבל לא שלא יזיק (ה), וכן הוא משמעות רש"י, ומיהו נראה לדינא דאף אם התנה בפירוש שלא ישמרנו שלא יוזק, אפ"ה צריך לשלם באם הזיקו שורו תם חצי נזק, דה"ל לשואל לשמור שורו שלא יזיק, דלא גרע שורו של משאיל משור דעלמא.

הלכות גניבה

סימן שמח - איסור גניבה ומי נקרא גנב ומאיזה שעה מתחייב

סעיף א

הגוזל או גונב מחבירו רק כדי להרגיז אותו או אפילו בכוונה לשלם לו יותר, האם מותר?

מה הדין לגנוב על מנת לשלם ומדוע?

האם מותר לגנוב בדרך שחוק על מנת להחזיר? מה הטעם?

אם גנב או גזל על מנת להחזיר והחפץ נאנס, האם חייב לשלם?

כתב **השו"ע** כלשון **הרמב"ם** "אסור לגנוב אפילו כל שהוא דין תורה (ה"ה): ע"פ סנהדרין נ"ז ודין פחות משו"פ בממון כדין חצי שיעור באיסורין, ב"י וסמ"ע, דכן חצי שיעור לענין ממון מן התורה אע"ג דאין לוקין עליו). ואסור לגנוב אפילו דרך שחוק, ואפילו על מנת להחזיר או כדי לשלם תשלומי כפל או כדי לצערו, הכל אסור, כדי שלא ירגיל עצמו בכך (ע"פ ב"מ סא: בברייתא דיליף מקרא לא תגנובו על מנת לשלם תשלומי כפל, ופירש רש"י על מנת לשלם כפל שרוצה להחזירו ויודע בו שלא יקבל, וקאמר תו בברייתא לא תגנובו על מנת למיקט ופירש רש"י למיקט לצער ואפשר דמש"כ על מנת להחזיר היינו על מנת למיקט, ה"ה, אולם המחבר דכתב אחר זה 'כדי לצערו' צ"ל דמש"כ על מנת להחזיר ר"ל שלקחו לצורכו ולהחזירו בעינו אחר כך, סמ"ע)".

כתב **הקצות** (א) דבשיטה דחה את המפרשים דבעל מנת למיקט כלומר שאינו רוצה לעכב הגניבה בידו אלא גונב כדי לצערו, "דהא מעשים בכל יום שעושים כך" לכך יש לפרש דודאי בדעתו לעכב הגניבה בידו אבל אינו גונב בשביל שום הנאה אלא כדי לצערו ע"כ, אולם מהרמב"ם בספר המצות שכתב "לצערו הבעלים ולהכאיבן ואח"כ ישיבהו לו" נראה דאפילו רצונו להשיב הגניבה נמי הוי על מנת למיקט, וא"כ יש להזהר במש"כ השיטה דמעשים בכל יום. עוד כתב דיש להסתפק בגונב על מנת למיקט אם הו"ל דין גנב ממש להתחייב באונסין או נימא כיון דבדעתו להשיבו ואינו עושה אלא על מנת לצערו לשעה נהי דאיסורא עביד אבל אין בו דין גנב להתחייב באונסין, ומדברי השיטה נראה דאינו חייב באונסין דשולח יד ליתיה אלא בפקדון ושמנו מוכיח עליו וכדאמר קרא גבי שומרין 'אם לא שלח ידו, ומשמע דבאינש דעלמא אינו חייב באונסין אם הגביה על מנת לשלם ומכ"ש גונב על מנת למיקט ולהשיבו בעינא אח"כ, וצ"ע, והובאו דבריו בפת"ש (ב).

< כתב **הש"ך** (א) דבב"ק ה' משמע דגנב חייב לשלם מעידית כמזיק וכ"כ הרי"ף, רא"ש ועוד.

< כתב **הפת"ש** (א) בשם **השער משפט** דבסמ"ק כתב בשם רבינו יונה בשערי תשובה דאסור לגנוב את שלו מהגנב שלא יראה כגנב, והוא ש"ס ערוך בב"ק כ"ז בן בג בג אומר אל תיכנס לחצר חבירך ליטול את שלך שלא ברשות, אך במקום דאיכא פסידא מותר אף ליכנס לחצר חבירו כמש"כ התוס' וכו', ותמה מה שהשמיטו הרמב"ם והטושי"ע דין זה.

סעיף ב

הגונב או הגוזל מגוי, האם עובר על איסור, ואיזה איסור?

האם יש חיוב השבה כשגונב מגוי? ומה הדין בעיר שרוב ישראל והגוי יודע שישראל גנבו, אבל לא יודע מי גנב?

האם גזל הגוי מותר? מה הקשה על זה הסמ"ע? (נשצ"ל ש"ך) באיזה אופן מותר לגנוב מגוי?

האם יש הבדל בין גניבה לגזילה בנכרי, בחומר האיסור?

כתב **השו"ע** כלשון **הרמב"ם** "כל הגונב אפילו שוה פרוטה עובר על לאו דלא תגנובו וחייב לשלם (שנאמר 'והשיב', גר"א), אחד הגונב ממון ישראל או הגונב ממון של גוים (ע"פ ב"ק קיג: דגזל הגוי אסור וה"ה גניבה), ואחד הגונב מגדול או מקטן (ע"פ ב"ק ק"ט)".

כתב **הש"ך** (ב) דמשמע מכאן דגניבת ממון הגוי דאין וכ"כ מהרש"ל דס"ל לרמב"ם סמ"ג וטור שכתבו בלשון הזה, וקשה מכאן על הרמ"א אה"ע ריש סימן כ"ח שכתב דקדשה בגזל או בגניבת עכו"ם הוי מקודשת דהא אינה צריכה להחזיר רק משום קידוש השם, ומה שהוציא כן מתשובת מהרי"ו אינו כן, וצ"י בסוף דבריו לסימן שני"ט סק"ב - שם כתב דהכס"מ דייק ברמב"ם לכתוב אסור לגזלו או לעשקו גבי עכו"ם ולא כתב שעובר עליו לומר שאין איסור זה מן התורה ודלא כדמשמע ברמב"ם כאן בלשון המחבר, וסיים דהכריע רש"ל כרש"י בסנהדרין נ"ז דאינו אלא מדרבנן. כתב בפסקי המשפט (ו) בשם **המנחת חינוך** ועוד שחמורה גניבה מגוי מגזילה, שבגניבה מנכרי עובר בלאו משא"כ בגזילה, שכן

מדוקדק בלשון הרמב"ם שבהלכות גניבה כתב שגונב מעכו"ם עובר בל"ת אך בריש הלכות גזילה לא כתב דעובר בל"ת, וביארו דגבי לאו דלא תגנוב לא כתיב רעך משא"כ בגזילה כתוב "רעך".

הנתיבות (א) כתב ליישב תמיהת הש"ך על הרמ"א באה"ע, דנהי דהגניבה הוא איסור דאוי מ'יחשב' או מ'יואכלת' כדאיתא בגמ', מ"מ הא בישראל גופיה אילו לא הוה כתיב עשה דוהשיב את הגזילה הוי אמרינן אף דעבר אלאו דלא תגנובו מ"מ איסורא דעבד עבד ובהשבה אינו חייב, והשבה לגוי אינה אלא משום קידוש השם, וזהו שדקדק הרב בהג"ה באה"ע דא"צ להחזיר רק משום קידוש השם, ואין להקשות מהא דאיתא בבכורות י"ג לרעך אתה מחזיר אונאה ואי אתה מחזיר לגוי אלמא דאי היה אסור חייב ג"כ בחזרה, זה אינו, עיי"ש, ואי קשיא נהי דאינו חייב בהשבה מ"מ הא לאו דידיה הוא דהא לא קנה אותו ואמאי מקודשת הא בדבר שאינו שלו קידשה, וכמג"א תרל"ז דאפילו גזל גוי מותר מ"מ לאו שלו לענין סוכה, זה אינו, דבקדושין לא שייך זה, דכיון דההנאה בדבר זה מותרת מדאוי והוא המציא לה הנאה זו, מקודשת בשכר הנאה שהמציא לה, וראיה מהר"ן דאם קידשה בחליפי איסור הנאה דמקודשת כיון דלדידה שריא וכמו בדבר עלי לשלטון.

הגרי"א (ח) למד בתוס' דאף למ"ד גזל העכו"ם מותר, במקום חילול השם מדאוי אסור ועוד ציין בליקוט לתוספתא פ"י דב"ק 'הגוזל את הגוי חייב להחזיר לגוי חמור גזל הגוי מגזל ישראל הגוזל את הגוי ונשבע ומת חייב להחזיר מפני חילול השם'. **רע"א** (שנט"א) התקשה לומר דגזל עכו"ם דרבנן דמצינו בבכורות י"ג וב"מ פ"ז דצריכי קראי להפקיע איסור אונאה וכרס למ"ד גזל נכרי אסור, ומשמע דהוי איסור דאוי.

גבי השאלה מה הדין ברוב ישראל וכו', ציינו ב'ארץ חמדה' לב"ח בריש סימן רס"ו על הנפקס דבמקום שיש חילול השם אבידת עכו"ם אסורה וחייב להחזירה, דכתב דמדובר שנודע שישראל מצאה ואיכא חילול השם אם לא יחזיר שיאמרו הגוים ראו שאין אמונה בישראל שהם משקרים וגוזלים, ומשמע דהיכא דלא נודע שישראל מצאה דליכא חילול השם אם לא יחזיר אינו חייב להחזיר אלא אדרבה איסורא איכא בזה שיחזירה.

גבי השאלה מתי מותר לגנוב מגוי, יש לציין למש"כ **בפסקי המשפט** (ו) בשם שו"ת **בצל החכמה** דאין איסור לגנוב מנכרי דרך שחוק או כדי לצערו, וכן מותר לגנוב ממנו על מנת לשלם יותר, וראה גם לקמן גבי הטעיה, ובפתי"ש שנט"א בשם הפמ"ג דכתב דצ"ע בחמסן דיהיב דמי בגוי.

האם מותר להטעות את הגוי, ומה הדין כשהטעה את עצמו?

כתב הרמ"א ע"פ ב"ק קי"ג: "טעות עכו"ם, כגון להטעותו בחשבון או להפקיע הלואתו (כגון דטען ליה ליורש נתתי לאביך ומת דלא ידע העכו"ם אי משקר, רש"י), מותר ובלבד שלא יודע לו דליכא חילול השם (טור ע"פ שם) וי"א דאסור להטעותו אלא אם טעה מעצמו שרי (מרדכי)".

כתב באה"ג דכן כתב הרמב"ם כ"י"א ברמ"א דאסור להטעות את העכו"ם בחשבון אלא ידקדק עמו שנאמר וחשב עם קונוהו אע"פ שהוא כבוש תחת ידך ק"ו לעכו"ם שאינו כבוש תחת ידך והרי הוא בכלל כי תועבת ה' אלהיך וכו' כל עושה עול מ"מ וכתב הרב המגיד דמפורש בברייתא שם בשם ר"ע, אך אם הטעה עצמו שרי שהיא כאבידתו, וצריך שיאמר לו ישראל ראה שעל חשבונך אני סומך וכתב דהנא שם דעביד הכין, ובש"ך (ג) כתב דביש"ש פסק כ"י"א וכתב דמ"מ יאמר לו ישראל ראה שעל חשבונך אני סומך, וגם הפקעת הלואה אינו מותר אלא כשחייב לשלם לו דרך מכס או דרך חוב אבל מה שהוא דרך מקח אסור. **הגרי"א** כתב שהגה"מ כתב דאף בטעותו מותרת דווקא שאמר חזי דעלך קסמכינא כמ"ש שם ברב כהנא, אבל הרב המגיד כתב דמיהו בעובדא דשמואל ורבינא משמע דא"צ, ורב כהנא ממידת חסידות הוא דעבד, וזה שהשמיטו הרמב"ם והתיר בכל הטעה את עצמו.

כתב בפתי"ש (ד) בשם **השער משפט** דאף לשיטת רש"ל נראה דאם גוי נותן מעות לישראל שיקנה לו סחורה והישראל נשתכר בו, אף דלכתחילה אסור לעשות כן דלא גרע מגניבת דעת הגוי דאסור, מ"מ אינו צריך להחזיר לו, דכיון דאין שליחות לגוי א"כ הוי כאילו קנה ישראל הסחורה לעצמו ושלו הוא ומשתכר בשל עצמו.

עוד כתב באה"ג לגבי הטעית עכו"ם דהוי כאבידה, דלעיל בסימן רס"ו פסקינן דאם החזיר האבידה לעכו"ם לקדש את השם כדי שיפארו את ישראל וידעו שהם בעלי אמונה ה"ז משובח, וכן הדין בהחזרת

הטעות שטעה העכו"ם מעצמו "ואני כותב זאת לדורות שראיתי רבים גדלו והעשירו מן טעות שהטעו העכו"ם ולא הצליחו וירדו נכסיהם לטמיון ולא הניחו אחריהם ברכה וכמ"ש בספר חסידים.. רבים אשר קדשו ה' והחזירו טעיות העכו"ם בדבר חשוב גדלו והעשירו והצליחו והניחו יתרום לעולליהם".

האם מותר לגנוב דעת גוי?

חולין צד. "אמר שמואל אסור לגנוב דעת הבריות ואפילו דעתו של עובד כוכבים, והא דשמואל לאו בפירוש איתמר אלא מכללא איתמר, דשמואל הוה קא עבר במברא א"ל לשמעיה פייסיה למבוריה פייסיה ואיקפד מ"ט איקפד אמר אביי תרנגולת טרפה הואי ויהבה ניהליה במר דשחוטה רבא אמר אנפקא אמר ליה לאשקויי ואשקיייה חמרא מזיגא וכי מכללא מאי למ"ד טרפה הואי א"ל אמאי תשהא איסורא למ"ד אנפקא א"ל לאשקויי אנפקא חייא משמע", וכ"פ בשו"ע (רכח/ו) "אף אם הוא עובד כוכבים, לא ימכור לו בשר נבילה בחזקת שחוטה. ואף לגנוב דעת הבריות בדברים, שמראה שעושה בשבילו, ואינו עושה, אסור".

עמש"כ הרמ"א (לעיל) די"א דאסור להטעותו כתב הסמ"ע (ו) דלמדו זה מדאסרו אפילו גניבת דעת גוי, וכן כתב הגר"א (יג) על דעת המרדכי הנ"ל "דהא אפילו גניבת דעתו אסרו בחולין צ"ד" וכן פסק הרמב"ם (כנ"ל) שאסור להטעות.

סעיף ג

ע"פ ב"ק עט: פסק השו"ע כלשון הרמב"ם "איזהו גנב, הלוקח ממון אדם בסתר ואין הבעלים יודעים, אבל אם לקח בגלוי ובפרהסיא, אין זה גנב אלא גזלן" (המשך הרמב"ם א,ג – "לפיכך ליסטים מזויין שגנב אינו גזלן אלא גנב אע"פ שהבעלים יודעין בשעה שגנב" והראב"ד השיגו), ועמש"כ 'ואין הבעלים יודעים' כתב הסמ"ע (ז) דכתב הטור דאפילו יודעים מזה כיון שהגנב מטמין עצמו כדי שלא יראוהו נקרא גנב, ולאפוקי הבא לגזול מיד הבעלים דנקרא גזלן כנאמר בבניהו "ויגזול את החנית מיד המצרי", ונ"מ דאין הגזלן חייב בכפל ולא בדי' וה' אם טבח ומכר (ועיקר הענין תלוי בכוונתו, אם מתכוון להסתתר הוי גנב אפילו ראוהו, ואם עושה בגלוי הוי גזלן אע"פ שלא ראוהו, פסקי המשפט ע"פ המאירי).

סעיף ד

[חיה שנכנסה לרשותו וחשב לגזלה האם נעשה גזלן? הוכח.]

ע"פ משנה ב"ק עט: וגמ' פסק בשו"ע "משעה שמשך הגניבה נעשה עליה גנב, במה דברים אמורים שמשכה חוץ מרשות הבעלים (מיירי דמשכה במקום שקונה משיכה דהיינו בסימטא ובחצר שהיא של שניהם וכ"ש כשמשכה לרשותו, סמ"ע), אבל כל זמן שהיא ברשות הבעלים אינו חייב עד שיגביהנה (ע"פ ברייתא ב"מ י: 'המצא תמצא' -) ואם הכניסה לרשותו אפילו לגגו חצירו וקרפיפו אם היא משתמרת, חייב, אע"פ שלא משך ולא הגביה {אימתי גנב חייב בכפל וארבע וחמשה, עיין בפנים (בטור ובי"י), ולא כתב המחבר הזה, לפי שהוא קנס ואינו נוהג האידנא ("לפיכך האידנא שאין לנו בי"ד הראויין לדון דיני קנסות אין מועיל הודאה ליפטר מקנס", טור), מיהו יש נפקותא אם תפס, ועי' לעיל סי' א' סעי' ה'".

וז"ל הטור (הובא גם בסמ"ע י) "ומה משלם הגנב כפל דכתיב אם המצא תמצא בידו הגניבה וגוי שנים ישלם וכל דבר נתרבה לענין כפל ומוסף עליהם שור ושה שאם טבחם או מכרם משלם ד' תחת השה וה' תחת השור. בד"א שבאו עדים שגנב וטבח ומכר אבל אם הודה מעצמו אינו משלם אלא הקרן דכתיב אשר ירשיעון אלהים ודרשינן פרט למרשיע את עצמו ואפילו מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור ובלבד שמחייב עצמו בקרן כגון שהודה שגנב וטבח או מכר שנמצא שחייב עצמו בקרן ואח"כ באו עדים שגנב וטבח ומכר אבל אם אמר לא גנבתי ובאו עדים שגנב והודה שטבח ומכר ואח"כ באו עדים שטבח ומכר חייב ד' וה' ומיהו אין מודה בקנס פטור אלא דוקא בפני ב"ד ובמקום ב"ד אבל הודה בפני ב' או אפילו בפני ג' חוץ מבית דין אינו מועיל להפטר מקנס", וכתב הסמ"ע (יא) כנאמר ברמ"א דהסיבה שכתבם הטור משום שיש נפקותא אם תפס, וכתב דאפשר דהמחבר פסק כרמ"ה שכתב הטור בשמו בסוף סימן שמ"ט דלא מהני תפיסה בקנס אלא בכדי נזקן ולא בכפל ד' וה' שהוא יתר מנזקו, דתקנתא עבדי ליה רבנן לניזק ולא עבדי תקנתא להרויח על ממוניה ומשו"ה השמיט המחבר, והרמ"א ס"ל כרא"ש דס"ל דלאו תקנתא היא דמדאו' מחייב ליה אלא שאין לנו דיין בבבל שיכפנו ליתן, וכל כה"ג עביד אינש דינא

לנפשיה לתפוס בשיעור כפל ד' וה' ואין מוציאין מידו. (לקמן בסימן ש"ג הטור האריך רבות בדיני ד' וה' ואילו בשו"ע השמיטו כל דינים הללו, ויש להאריך).

כתב **הקצות** (ב) דפירש רש"י "גגו חצירו כגון שנכנסה לרשותו ונעל בפניה" ומשמע דאם נכנסה מעצמה לרשותו ונתכוין לקנותה לגזילה לא מיחייב במחשבה גרידא ואפילו היה חצר המשתמרת, ומשום דבמחשבה אינו נעשה גזלן עד שיעשה מעשה כמו נעל בפניה, אע"ג דבמציאה כה"ג קני לה במחשבה גרידא, אבל בגזילה צריך נעל בפניה או שיכניסנה בעצמו לרשותו, וזהו שכתב בשו"ע ואם הכניסה לרשותו, אבל נכנסה מאליה לא וה"ה נכנסה מאליה ונעל בפניה דזה נמי הוי מעשה, וכן מוכח מהמשנה בב"מ מ"ג החושב לשלוח יד בפקדון כו' הטה את החבית כו' הגביהה ונטל הימנה רביעית ונשברה משלם דמי כולה, וביאר המהרי"ט דלא מיחייב במחשבה אלא במעשה הגבהה, אע"ג דהפקדון הוא בביתו וברשותו דהו"ל חצירו אפ"ה אינו קונה לאונסין עד שיעשה מעשה וכמו נעל וכמ"ש רש"י.

סעיף ה

ע"פ ב"ק ז. פסק בשו"ע "תשלומי גניבה אם יש לו מטלטלים יורדים להם (ישיב לרבות שוה כסף ואפילו סובין וכדמפרש בגמ' כל מילי מיטב הוא דאי לא מזדבן הכא מזדבן במתא אחריתי, וביאר הסמ"ע דאפילו אם יש לו כסף ומזומנים), (שם ד: -) ואם אין לו מטלטלין (כלומר ואין לו מקום להשתלם ממנו, סמ"ע) אלא קרקעות, יורדים להם וגובין מהעידית שלו כשאר נזקים".

כתב הסמ"ע (יג) דהטור סיים דאם אין לו לא מקרקעי ולא מטלטלי, בזמן שהיובל נוהג דבר תורה מוכר את עצמו ומשלם לזה הקרן (ולא הכפל, דכתיב דנמכר בגניבתו ולא בכפילו) אבל בזמן הזה אינו נמכר שאין תורת עבד עברי נוהג אלא בזמן שהיובל נוהג.

הביא הפת"ש (ו) שכתב הש"ג (וכן כתב רע"א בשמו בריש הסימן) דמדאיתא בב"ק ע"ח דהאומר הרי עלי עולה והפריש שור ובא אחר וגנבו מצי גנב פטר נפשיה בכבש וכו' יש ללמוד מכאן דהגונב דבר מחבירו שאותו דבר היה שאול ביד הנגנב ונתפטר הנגנב עם השואל לו בדבר מועט דאינו חייב הגנב לשלם לו רק כפי מה שנתפטר עם המשאיל, ואילו במל"מ דחה לימוד מהגמ' הנ"ל לגבי מי שגנב אתרוג מחבירו קודם החג שקנה אותו בדמים יקרים מפני חשיבותו דמצי גנב פטר נפשיה בנתינת אתרוג אחר כשר לצאת ידי חובה דזה אינו דשאני התם דשור זה שהפריש אין לו דמים דהא קי"ל דהמוכר עולתו ושלמיו לא עשה ולא כלום, נמצא שאין חיובו של הגנב אלא משום תשלומו של הנודר ומשו"ה פטר נפשיה בכבש, וכע"ז בחכ"צ, ובבית שמואל כתב שדברי הש"ג מתמיהים, וגם השער משפט חלק על הש"ג וצריך הגנב לשלם כל דמי שוין.

סעיף ו

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע "מי שגנב והגביה הגניבה ובא אחר וסייע להוליכה משם, פטור זה השני", וביאר הסמ"ע (יד) ע"פ הרא"ש דמדובר דהגנב היה יכול להוציא את הגניבה זולת זה המסייע ונמצא שהיתה גנובה ועומדת זולתו, והא דאמרינן בב"ק קי"א גזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר וגזלו רצה מזה גובה רצה מזה גובה, היינו דוקא כשהשני גזלם מהראשון, וכיון דלא נתייאשו הבעלים הי"ל כאילו גזלו מהבעלים, אבל היכא שלא בא לגזול אלא לסייע וכבר קנה בהגבהה לא, אי"נ כשלא ידע שהוא גניבה.

סעיף ז

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע "ראובן שראה שמעון שנכנס לבית לוי וגנב חפץ אחד, ובא אותו חפץ ליד ראובן והחזירו [לשמעון], אין לוי יכול להוציא ממנו בדין {מרדכי וכן משמע מתשובת הרא"ש -} ודוקא ששמעון יש לו שום טענה נגד לוי אבל אם אין לו טענה עליהם רק גנבה וזה יודע ראובן (כלומר יודע שאין לו טענה עליו, סמ"ע) - אם החזירה לשמעון הגנב, חייב לשלם ללוי, דה"ל להשיב האבידה לבעלים (סמ"ע): ואע"פ ששמעון כבר הגביה לגניבה והוציאה וקנאה בהגבהה ובסעי' ו' פטר לשמעון מה"ט, היינו דוקא שפטרו ממה שסייע בהוצאתו ואחר שהוציאה לגניבה בא הגנב ונטלו מידו, משא"כ בזה שמיירי ששמעון מעצמו החזיר ליד ראובן הגניבה והיה יכול להחזיקה בידו ולהחזיר ליד הבעלים, משו"ה חייב מדין שומר אבידה) {".

כתב ה**נתיבות** (ב) גבי הסיפא דאפילו בא ליד ראובן אחר יאוש חייב ואף דמבואר בסימן שסא/ו דגזל ונתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלו דפטור, ומהיכי תיתי יהיה גרע החזרה לגנב מאילו אכלו בעצמו, מ"מ חייב כאן, דאפילו באכלו לא פטור רק בפרעו השני לראשון או מחל לו, דבלא פרעו חייב מדר' נתן כמש"כ הנ"י, ומשו"ה כשידע שהוא גנוב ונשתעבד הוא מדר' נתן, לא מהני מה שפרע לגנב, אמנם אחר יאוש ויש לו נכסי לגנב רק שהוא אלם צ"ע, כיון שכתב הש"ך דשיעבודא דר' נתן לא הוי רק כמשועבדים, ובמשועבדים הדין דאם גזלן אנס דאינו גובה ממשעבדי משום דעתידין בעלי זרוע ליפול, ואפשר כיון דבשעה שהיתה הגניבה בידו לא היה לו פסידא והיה מחויב להחזיר והחזירו לגנב חייב לשלם.

סעיף ה

האם יש שליחות בגניבה?

קו"ל, אין שליח לדבר עבירה. מה דין כאשר השליח עבריו, האם יתחייב השליח?

שליחות לדבר עבירה בגניבה, שלח אדם לגנוב חפץ מבית הבעלים, האם תחול השליחות?

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע "ראובן תבע לשמעון שנכנס לחדרו וגנב ספריו והוציאם מרשותו, והשיב שמעון אמת היה שהוצאתים (משמע שזולת הודאתו לא היה ראובן יכול לברר הדבר בעדים, סמ"ע) אבל כך היה המעשה שבקשתני קרובתי כלתך להוציאם כי לא יכלה שאתם ולא ידעתי של מי היו וגם לא הגבהתים אך היא הגביהתם ונתנתם לי שמעון חייב להחזירם, כי מה לו ליכנס לחדרו להוציא הספרים, וניכר הדבר שכיון לסייע (לה) לגזול חמיה, ומה שטוען שהיא הגביהתם ונתנתם לו, מ"מ הרי טוען שהיו כבדים ולא יכלה שאתם, וכיון שלא יכלה להוציאם משם אם לא סייעה, הוה ליה כאילו הוציאם הוא, ויגבה ראובן ממי שירצה, מכלתו שהודית לו שהם ברשותה, ואם ירצה יגבה משמעון } וכן אם הטמין הגנב הגניבה והוצרך לצאת מן העיר עד שאינו יכול להבריח הגניבה ושלח אח"כ איש אחד להביא לו הגניבה השליח חייב לשלם דהוא עיקר הגנב מאחר שידע שהוא גניבה (מרדכי, וע"כ מיירי אף שהיה לגנב איזה טענה, דאי לאו הכי למה ליה לומר שהגנב לא היה יכול להבריחה, הא אפילו היה הגנב יכול להבריח הגניבה חייב משום השבת אבידה כבסעי' ז', נתיבות) }".

כתב הסמ"ע (כ) דכתב בדרכ"מ דכתב המרדכי בשם מוהר"ם דאם אמר קח לי שור בבית פלוני שהוא שלי ונמצא אח"כ שלא היה שלו אלא לגונבו נתכוין חייב המשלח באחריות השור במשיכת השליח דהא השליח לא ידע שהוא גניבה והנ"י כתב דהשליח חייב דאין שליח לדבר עבירה אפילו במקום שאין השליח יודע אם עשה איסור. הש"ך (ו) כתב דמש"כ בשם הנ"י דהשליח חייב ליתא דלא כתב הנ"י שם רק דמ"מ המשלח פטור אבל לא שיהא השליח חייב, וכן עיקר, ודלא כרש"ל שפסק כמרדכי דכיון דלא ידע הוי כמו חצר דבין למ"ד דהיכא דלאו בר חיובא הוא חייב ובין למ"ד דבע"כ מותיב לה חייב, דליתא, חדא דלישנא דלאו בר חיובא משמע דגברא לאו בר חיובא הוא והכא הא גברא בר חיובא הוא וכן לישנא דאי בעי עביד אי בעי לא עביד משמע שהשליח בידו לעשות או לא וה"נ ביד השליח לעשות או לא, עיי"ש עוד שהאריך לדחות דעת הסמ"ע וראיותיו מסוגיות דיובא ושמאי הזקן בריש פ"ב דקידושין ואדרבה מוכח משם דאפילו השליח שוגג אין שליח לדבר עבירה ("יובר מן דין יש כמה ראיות לנ"י", עיי"ש שהאריך מדברי התוס' גבי מה מכירה ע"י אחר אף טביחה ע"י אחר), ועוד הראה שהריטב"א ופוסקים נוספים סוברים כנ"י, אף שישנם ר' בהם נראה כמרדכי. **הקצות** (ד) כתב דבתוס' בב"מ ע"ט משמע כמרדכי דהקשו והא אין שליח לדבר עבירה וכתבו דכיון שאין השומר יודע שהוא גנוב הו"ל כחצר דבע"כ מותיב ביה, אולם נראה עיקר כש"ך דאפילו היכא דלא ידע השליח אין שליח לדבר עבירה ומשום דאי בעי עביד ואי בעי לא עביד וכן נראה מרש"י בקידושין נ', והביא "ראיה ברורה" מב"ק ל"ב דמתניב רבא הוסיף לו רצועה אחת ומת הרי זה גולה על ידו והא הכא דשוגג קרוב למזיד הוא דאיבעי לאסוקי אדעתיה דמייתי אינשי בחדא רצועה וקתני הרי זה גולה אמר רב שימי מנהרדעא דטעי במניינא טפח ליה רבא בסנדליה אמר ליה אטו הוא מני והתניא גדול שבדיינין קורא והשני מונה והשלישי אומר הכהו, אלא אמר רב שימי מנהרדעא דטעה דיינא גופיה, ואי נימא דהיכא דהשליח לא ידע שלוחו כמותו אפילו לדבר עבירה א"כ שליח ב"ד אמאי גולה כיון דאינו אלא שליח ב"ד והב"ד הוא המשלחו. לגבי מחי הסמ"ע והש"ך בהבנת הנ"י, כתב ה**נתיבות** (ד) דנראה שכוונת הדרכ"מ

שהשליח חייב לבעלים בחיובא דשומרים דהיינו כשהיה שואל ומת נתחייב השואל להבעלים כמו בשוכר פרה והשאלה לאחר, ועוד האריך לדחות ראית הקצות משליח ב"ד ויישוב שיטת התוס'.

כתב הרמ"א "המראה לחבירו" (הראה לגנב מפורסם, בתה"ד) לגנוב או שלחו לגנוב, אין המשלח חייב (ת"ה), דאין שליח לדבר עבירה (ד"ע, לאפוקי ממש"כ בתה"ד שפטור מטעם דהוי גרמא בנזקין ולא צריך לטעמו, דרכ"מ וגר"א עיי"ש, דכתב נפק"מ). מיהו אם השליח אינו בר חיובא י"א (מרדכי) דהמשלח חייב (מאוקימתא דרבינא בב"מ י' ותוס' שם ובסימן קפ"ב דהיכא דהשליח לא ידע שהוא גנוב המשלח חייב, באה"ג, והסברא דאין שייך לומר כאן דסבר המשלח דלא יעשה השליח מה שביקש ממנו מטעם דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין, סמ"ע כ'). וע' בא"ה סימן פ"ו באשה שמכרה או משכנה והבעל אומר שגנבה ממנו".

כתב הש"ך (הו) שהרמ"א בסימן קפ"ב כתב דהיכא דאין השליח בר חיובא יש שלד"ע ואילו כאן כתב בשם י"א, עיי"ש מה שביאר, ולדינא חלק והעלה שאין חילוק בין השליח בר חיובא או לא ולעולם אין שלד"ע רק גבי חצר.

מה הדין בגונב עבורו ועבור חבירו?

ב"מ ח. "אמר רבא לעולם אימא לך המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו והכא היינו טעמא מגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה תדע שאילו אמר לשלוחו צא וגנוב לי וגנב פטור ושותפין שגנבו חייבין". כתב הקצות (ג) דפירש רש"י שם "ואילו שותפין שגנבו - והאחד הוציאה מרשות בעלים לדעתו ולדעת חבירו, אמרינן בב"ק (ע"ח) דחייבין" כלומר דהיכא דשלח שלוחו לגנוב אדעתיה ואדחבריה יש שליח לדבר עבירה, אולם התוס' כתבו דאין נראה דהתם בטביחה איירי וטביחה אפילו אמר צא וטבוח לי חייב דדרשינן (ב"ק ע"א) תחת לרבות השליח אלא שותפין שגנבו שהגביהו שניהם, אבל הגביה אחד אדעתיה ואדעת שותף חבירו לא, והקצות הקשה דהא אפילו בהגביהו שניהם נמי אי לאו דאמרינן מיגו דזכי לנפשיה כו' לא הוי מהני כלום וכדאמרו בגמ' שם משום דתעשה זו כמונחת על גבי קרקע וכו', וכיון דמהני גם בשליח לדבר עבירה בהגביהו שניהם לומר מיגו דזכי לנפשיה, א"כ אפילו הגביה אחד אדעתיה ואדחבריה נמי נימא מיגו דזכי לנפשיה.

כתב בתשובת חת"ס (פת"ש ז) באחד שהודה מתוך תשובה שהוא ופלוני גנבו מפלוני שק צמר מחמת דוחק ועכשיו שהעשיר רוצה לשלם חציה וכששאלו לחבירו הודה גם הוא אלא שאין לו מה לשלם, ועכשיו תובע הבע"ד דמי כל השק צמר מזה שיש לו, והעלה דאם אחד מהם הוציא השק מרשות בעלים או הגביהו והוא באופן שהוא לבדו יכול להוליכה בלי סיוע השני אע"פ שנשתתפו בתחילה לילך ולגנוב וגם חלקו בסוף מ"מ כיון שאין שליח לדבר עבירה אין כאן גנב אלא זה שקנאו בהגבהה או בהוצאה מרשות בעלים, ואם שניהם כאחד הגביהו או הוציאו מרשות בעלים, שניהם קנאו בשותפות כשנים או חזין בטלית כמבואר בתוס' וכל הראשונים בב"מ ח' ע"א דלא כפירוש רש"י שם, וכל זה ברגע הקנין, ואם אז מיד חלקו באותו מעמד אזי אם בשותפות גנבו אינן אחראין וערבאין זה לזה וכל אחד ישלם חלקו (וכתב הפת"ש דמשמע שדעתו כדעת החות יאיר דלקמן שמדמה שנים שגנבו לשנים שהזיקו ולא כשבו"י), אך אם אחד הוציאו ונתן חצי לחבירו נמצא ה"ל כגזל ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ונטלו ממנו רצה מזה גובה רצה מזה גובה, א"כ אם אותו שאין לו לשלם הוציא כל השק ונתן לאידך החצי אין לזה שיש לו לשלם אלא החצי שקיבל מהגנב, אך אם זה שיש לו הוציא וחלק עם השני, גובה כולו משל זה שיש לו.

עוד כתב החת"ס דכל מה שאמרנו שצריך הגנב לשלם היינו אם נשארה הגניבה בידו ונהנה ממנה או מחלפי הגניבה, דמה לי הן מה לי דמיהן, אבל אם נאבד הצמר אפילו בפשיעה, או אפשר אפילו הזיקה בידים, אין להוציא מהגנב אם אינו בא לצאת ידי שמים אלא רוצה בעיקר הדין, מצי למימר קים לי כרמב"ם דפסק דאם אחד הבא במחותרת או גנב שנמצא בתוך גגו של אדם או בתוך חצירו או בתוך קרפיפו בין ביום בין בלילה אין לו דמים, אך אם שהתה הגניבה ביד אחד מהם לבדו זמן מה וא"כ היה לו להשיב אבידה לבעלים וכרמ"א בסעי' ז', נמצא על חלקו אינו חייב אלא כגנב, ופטור מפשיעה מפני דקים ליה בדרבה מיניה, ואמנם על חלק חבירו חייב כשומר אבידה, נמצא חמור חלק חבירו מחלק של עצמו, ואם יש הכחשה בין הגנבים בכל מה דכתיב לעיל א"כ החצי ישלם זה שיש לו לשלם, והגנב יתן חרם סתם על זה משום אידך החצי אם לא נתחייב בו גם הוא, אבל חבירו אינו עליו כעד אחד, אף על

גב דאינן נפסלין ע"פ עצמן, וגם לא איכפת ליה הואיל ועכ"פ מחויב לשלם או לנגב או לחבירו הגנב שישלם עתה עבורו חלקו (משמע שדעתו דלא כהחות יאיר הנ"ל, פת"ש) מ"מ הוי נוגע בעדות, אפילו לא קאמר בעלמא השני נוח לי הכא נוח לו להיות חייב לזה שגנב עמו בשותפות, שזה לא יפקיע שמו ויתבייש להשיא לעצמו שם רע שגנבו בשותפות, משא"כ אם יתחייב לנגב הוא יבזהו ויקרא לו שם גנב וגרע מלוה רשע ולא ישלם, עיי"ש שעוד האריך הפת"ש בדבריו.

שני גנבים אחד עלה על סולם והוציא מהבית זורק לחבירו והשני לקח וברח, מי חייב בגניבה, הראשון השני או שניהם?

בשני גנבים או שני מזיקים שחייבים ואי אפשר לפרוע מאחד, האם ניתן לפרוע כל מהשני?

כתב בחות יאיר (פת"ש ז) בשני גנבים שאחד עלה בסולם ונכנס דרך חלון וגנב מהבית והשני עמד ברחוב, וזה זרקו לתוך חיקו וברח, שזה השני עיקר הגנב ויכול הנגב להוציא כל גניבתו ממנו אף על פי שנתנה לגנב הראשון והוכיח כן מדברי הרמ"א דהשליח חייב לשלם (נראה שהתכוון למש"כ 'השליח חייב לשלם דהוא עיקר הגנב') אמנם אם אי אפשר להוציא משני מצי לתבוע לראשון שגנב בפועל ממש, אך צ"ע בסימן תי"ל דיש חולקין וס"ל דמן הדין שנים שהזיקו ואי אפשר להפרע מאחד השני אינו משלם רק החצי, וא"כ הוא הדין שנים שגנבו, ובשבו"י חלק על הדמיון לשנים שהזיקו דשנים שהזיקו שלא עשו משום הנאת עצמן לא הו"ע ערבים זה לזה, אבל שנים שגנבו בשותפות להנאת עצמן והתעסקו בשותפות לגנוב ודאי נעשו אחראין וערבאין זה לזה כמו בשנים שלוו כאחד בסימן עז"א וא"כ פשוט דשנים שגנבו יחד וברח אחד מהם השני חייב לשלם הכל.

< עוד מבואר בחות יאיר (שם) דאם נפרע מאחד הכל וזה תובע מחבירו הגנב החצי אינו יכול להוציא מידו אפילו כל הגניבה בידו, וכן אם לא נתפסו על הגניבה וזה שבא לידו הגניבה לא רצה ליתן לחבירו כלום, אינו יכול להוציא ממנו בדין שהרי אין הממון שלו ואפילו בדין שמים אינו מתחייב לזה הגנב רק לזה שממנו נגנב, משא"כ בשעשו שותפות בשטר.

סימן שמט - דין אשה ועבד וקטן שגנבו

סעיף א

ע"פ ב"ק טו. פסק בשו"ע כלשון הטור "אחד האיש ואחד האשה שגנבו חייבים לשלם (השוה הכתוב אשה לאיש לכל משפטים שבתורה)", (ע"פ ב"ק פז. -) אלא שאשת איש שגנבה אם אין הקרן בעין או חלופיו אין לה ממה לשלם עד שתתאלמן או תתגרש", וביאר הסמ"ע (ב) דנקט אשת איש לאפוקי אלמנה וגרושה ובתולה גדולה דיש להן ממה לשלם מיד בשונה מאשה שיש לה בעל דכל אשר לה הכניסה מסתמא לבעלה, ובסוף סימן שמ"ו נתבאר דאם יש לה נכסי מלוג חייבת למכור מיד בטובת הנאה ולשלם הקרן.

עוד ביאר הסמ"ע (ג) בסיפא דכתב הטור 'עד שתתאלמן או תתגרש ויתבענה', ואינו ר"ל שאז יתבענה ויקח פסק דין עליה אלא ר"ל אז יתבענה להוציא מידה בפסק דין שבידו מעכשיו ומשו"ה השמיט המחבר תיבת ויתבענה כדי שלא נטעה בו, אלא יקח פסק דין מיד עליה.

< כתב הקצות (א) דהא דמשמע בירושלמי וגונב מבית האיש ולא מראש גגו שאינו מבוצר, אינו נראה כן מהרמב"ם טוש"ע ושאי"פ שלא הביאו זה כלל, והוא משום דלא ממעט בגמרא דילן מהפסוק אלא גונב מבית הגנב, ומהכא יליף ר' יוחנן (ב"ק ס"ט) דאין אדם יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו, אבל בגג שאינו מבוצר ואפילו גנבו מרשות הרבים כיון דיכול להקדישו ודאי חייב בגניבתו, וכן מוכח מהא דאמרינן בב"מ ל"ד דחייב הגנב בגנבו מאגם מכל שכן מגגו אפילו אינו מבוצר לא גרע מאגם.

סעיף ב

אשה שהשאילה לחברתה חפץ ויצא קול שגנב החפץ ובעלה של השואלת מודה שידע מהשאלה והחפץ גם בא לרשותו ולאשה אין ממה לשלם ומתה, מי יהיה חייב לשלם?

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע "אשת ראובן השאילה לאשת שמעון חפצים ויצא קול בעיר שגנבו, אם שמעון מודה שהחפצים באו לרשותו ואינו יודע מה נעשה בהם צריך לישיבע שאינם ברשותו ושלא שלח בהם יד, וגם האשה תשבע שאינם ברשותה, ויכתבו עליה פסק דין שחייבת לשלם לה החפצים לכשתתאלמן או תתגרש {וע"ל ס"ס צ"ז}."

כתב הסמ"ע (ד-ה) דהא דנשבע שאינם ברשותו אף שהוא טענת ספק, מבואר בטור בשם הרא"ש דמדובר שחושדין לשמעון עצמו שיוודע מה נעשה בו ושמא עדיין הן ברשותו ולפי"ז י"ל דמשו"ה השביעוהו, אבל המחבר שלא העתיקו ודאי ס"ל בלא"ה נמי משביעין אותו, וטעמא כיון שבאו לרשותו ועכשיו אינן יש כאן ריעותא, ומשביעין על טענת ספק בזה במקום ריעותא ככל שבועת שומרין שהן ספק, ומשו"ה נמי צריך לישיבע שלא פשע בה אע"ג דלא קיבלהו עליו שמירה, ובאמר הנח לפניך שכתבו הטוש"ע בסימן רצ"ב דאפילו שומר חנם לא הוי, שאני התם דאמר הנח לפניך וגילה דעתו דלא יסמוך עליו, משא"כ כאן, ובבד"ה (שלא צוין בסמ"ע וכפי הנראה לא ראה הסמ"ע דבריו, פת"ש) הביא לשון החזקה התנופה שגם הבעל וגם האשה נשבעים אך אין הבעל נשבע שלא פשע אלא רק שלא ברשותו (וכ"פ המחבר, קצות), וביאר בד"ה שהשמיט שבועה שלא פשע משום דאין הבעל שומר כי פשע בהם מאי הוי אבל אם שלח יד בהם אע"פ שאינו שומר חייב דשואל שלא מדעת גזלן הוי וחייב וכתב דהאשה אינה צריכה לישיבע אלא שאינם ברשותה אבל שלא שלחה בהם יד ושלא פשעה אין להם ענין דבין כך ובין כך חייבת לשלם אפילו נגנבו באונס גמור דהא שואלת היא. הקצות (ב) הסכים לבד"ה דאינו שומר כלל, והוסיף דלפי"ז הך שבועה דאינו ברשותו נמי אינו משבועת השומרין כיון דאינו שומר כלל, ואינו אלא שבועת היסת ומשום דהוי רגלים לדבר כיון שמודה שהחפצים באו לרשותו וברגלים לדבר נשבעין היסת על הספק וכמ"ש הרמ"א בסימן ע"ה. עוד כתב (ג) דגם שבועת האשה שאינה ברשותה אינה אלא מדרבנן דכיון דמודה שחייבת לשלם תו ליכא שבועת השומרין, אע"ג דאינה משלמת משום שאין לה אפי"ה לית ביה שבועת התורה, דבין עני ובין עשיר פטור כשמודה שפשע ודוקא כשפוטטו עצמו מחיוב תשלומין הוא דצריך שבועה דאוי.

סעיף ג

מה דין קטן שגנב?

ע"פ משנה ב"ק פג. גבי קטן החובל באחרים שפטור פסק בשו"ע "קטן שגנב, (רמב"ם -) מחזירין קרן לבעלים אם הוא בעין (ואין זה בכלל אין נזקקין לנכסי קטן וכו' אם הוא מפורסם וידוע שהגניבה באה לידו וכסימן ק"י, סמ"ע), ואם אינו בעין פטור אף לאחר שיגדיל" - כיון דאינו בר דעת וה"ה חרש ושוטה, סמ"ע (ו).

[יש לציין להגהות אשר"י בפרק החובל שכתב שחייב לשלם כשיגדיל ומקורו מדברי הגמ' ורש"י בב"ק צ"ח שחייב רפרם את רב אשי לשלם על שטר ששרף ופירש רש"י בילדותו, והאריכו אחרונים רבים בזה, והרדב"ז בתשובה (ח"ו אלפיים שיד) כתב שאין לחשוש לדברי ההגהות אשר"י מאחר שלא הסכימו עמו רוב הפוסקים, ואכמ"ל, וכן האריכו האחי' האם יש ללמוד מכך שיאשיהו בשבת נ"ו שהחזיר כל הדינים שפסק שלא כדין בקטנותו].

כתב בשבו"י (פת"ש ב) גבי קטן שנשלח להביא יין ונתנו לו ממון שישלם והלך ומצא המרתף פתוח ולקח יין הרבה בלא מחיר וגם נשפך הרבה לאיבוד, ותבעו בעל היין אחר שהגדיל, דכתב דמבואר ברמב"ם הכא דדוקא היכי שנאבד פטור, משא"כ היכא שנהנה מהממון ודאי חייב לשלם וכסימן רלה/טו, ואפילו מה שאזיל לאיבוד אם רצה לצאת ידי שמים ג"כ חייב לשלם כמבואר בתה"ד וכפסק הרמ"א באו"ח שמג"א "וקטן שהכה את אביו או עבר שאר עבירות בקטנותו, אע"פ שא"צ תשובה כשיגדל, מ"מ טוב לו שיקבל על עצמו איזה דבר לתשובה ולכפרה, אע"פ שעבר קודם שנעשה בר עונשין" ועיקר התשובה לפייס חבירו ולשלם היזקו, אך שאין כופין על זה בדיני אדם, וכתב דאף דבתשובת בית

יעקב השיג על תה"ד והרמ"א כל דבריו אין להם שחר, "אך נראה דאף לצאת ידי שמים א"צ לשלם הכל כמבואר במהרא"י שם" וכן משמע לשון הרמ"א שיקבל איזה דבר לתשובה, על כן המוחל לא יהיה אכזרי ויפויס במה דיפייס משום תקנת השבים כאלו שרוצים לצאת ידי שמים, וסיים דבספר חסידים משמע שחייב לשלם הכל כשהגדיל, ואולי ממדת חסידות קאמר, או שהיה ממון הגניבה תחת ידו.

סעיף ד

ע"פ משנה **דידים ד**, הובאה בב"ק ד. פסק בשו"ע "עבד שגנב, מחזירין קרן לבעליו אם הוא בעין, ואם אינו בעין אין בעליו חייב לשלם (כיון שהוא בן דעת ובעלים אינן יכולים לשמרו שאם יקניטנו ילך וידליק גדישו של חברו ונמצא מחייב רבו מנה בכל יום, סמ"ע ע"פ הגמ') (ומדין העבד שחבל בב"ק פז. -) נשתחרר העבד חייב לשלם אם יש לו".

סעיף ה

כתב השו"ע כלשון הרמב"ם "ראוי לבית דין להכות הקטנים כפי כח הקטן על הגניבה, כדי שלא יהיו רגילים בה, וכן אם הזיקו שאר נזקים (ה"ה וּבַאֲהַיָּג: אינו בגמ' אך נראה פשוט ואפילו למ"ד קטן אוכל נבילות אין ב"ד מצווין להפרישו הני מילי בעבירות שבין אדם למקום אבל בעבירות שבין אדם לחברו ודאי מפרישין אותו כדי שלא יארע תקלה על ידו), וכן מכים העבדים אם הזיקו (לשון הרמב"ם שגנבו או הזיקו, וּבַאֲהַיָּג) מכה רבה (היינו כפי כחו דעבד כמו קטן, ומשום דסתם עבד יכול לסבול מכה רבה נקט גביה מכה רבה, סמ"ע), שלא יהיו משולחים להזיק".

סימן שנ - ובו סעיף אחד

סעיף א

כתובות ל: "אמר רב חסדא מודה רבי נחוניא בן הקנה בגונב חלבו של חברו ואכלו שהוא חייב שכבר נתחייב בגניבה קודם שיבא לידי איסור חלב", וכ"פ בשו"ע "גנב חלבו של חברו ואכלו משלם לו דמי חלבו", ומבואר בראב"ד ב"י וסמ"ע (א) דחייב גם בכפל.

ביאר הסמ"ע (א) דלא אמרינן דקים ליה בדרבה מיניה כיון דחייב מלקות וכתר אאכילת חלב יפטור ממנו כדין הגונב כיס בשבת וגררו לרה"ר דפטור מתשלומי ממון וכסימן שני"א, דלא דמי, דהכא חיוב ממון בא מיד שהגביה החלב לגונבו, וחיוב מלקות וכתר לא חל עליו אלא אח"כ בשעת אכילה, אולם הש"ך (א) כתב דלא צריך לזה ולא הוצרכו לזה דבש"ס לא אמרינן הכי אלא לרבי נחוניא בן הקנה דס"ל דחייבי כריתות פטור מתשלומין אבל לדידן דלא קי"ל כרבי נחוניא הכא בלא"ה חייב, ומ"מ נפק"מ מטעם זה אילו התרו בו דקי"ל דאין לוקה ומשלם ואפילו הכי כאן משלם ולוקה דמשעת הגבהה חייב בכפל ומלקי לא לקי עד שעת אכילה וכה"ג אמרינן בסימן שלח"ד. (וראה גם בקצות ונתיבות שהאריכו בכמה מהדינים המוזכרים בטור).

< **הטור** האריך מאוד בדיני ארבעה וחמשה (וראה בענין זה בקצרה גם בסימן שמח"ד), והסמ"ע (א) כתב כאן "קצת חידושי דינין" מהטור בזה - א', אע"ג דקי"ל בעלמא דאין שליח לדבר עבירה, בדין זה אם גנב ואמר לשלוחו צא טבח או מכרו המשלח חייב, דטביחה דומיא דמכירה, והמכירה א"א אם לא ע"י אחר דהיינו הלוקח, והגנב חייב, ה"נ בטביחה ע"י שליח. ב', אע"ג דלענין איסור שבת לא קי"ל כר' יוחנן הסנדלר (ב"ק ע"א) דהמבשל בשבת בשוגג לא יאכל הוא אפילו במוצאי שבת אלא אחרים ובמזיד אפילו לאחרים ואפילו למוצאי שבת איסור עולמית, אלא כר' מאיר או כר' יהודה דפליגי, בכאן לענין טביחה ומכירה קי"ל כר' יוחנן הסנדלר ומחשבינן ליה לשחיטה שאינה ראויה ופטור מינה בד' וה'. ג', דאע"ג דקי"ל בזה כר' יוחנן הסנדלר לפוטרו מדי' וה' בשחיטה שאינה ראויה מ"מ בשחטה ונמצאת טריפה חייב בד' וה', משום דיש לחלק בין נמצאת טריפה אחר שחיטה דלא ידע מטריפות בשעת שחיטה והוה אז שחיטה ראויה לבין שוחט בשבת ולבין נותר ומעקר או עשאה נבילה דידע מינייהו בשעת שחיטה. הש"ך (א) האריך לחלוק על הסמ"ע ולמד ברא"ש דלא כסמ"ע ולא פסקינן כר' יוחנן הסנדלר, וכ"כ רי"ו דבגנב וטבח בשבת פטור ואם טבח ע"י שליח חייב אבל גנב ביוה"כ וטבח ע"י אחר או הוא

בעצמו בלא התראה חייב דאין כאן מלקות דאם היה שם מלקות אין לוקה ומשלם ולעולם במיתת ב"ד אפי' הוא שוגג אינו משלם וכן גנב וטבח הוא בעצמו ביה"כ והתרו בו פטור .

עוד האריך הש"ך (א) במש"כ הרמב"ם דגנב תרומה מבעלים הישראלים שהפרישוה אינו משלם תשלומי כפל שאין להם בה אלא טובת הנאה וטובת הנאה אינו ממון דכן עיקר ודלא כר"ח וסיעתו דפסקינן טובת הנאה ממון, אולם רע"א כתב דדעת תשובת הרשב"א כר"ח דטובת הנאה ממון.

סימן שנא - דין הגונב כיס בשבת

סעיף א

[מה דין הגונב בשבת? פרט מתי חייב ומתי פטור ומדוע?]

ע"פ ברייתא כתובות לא. פסק בשו"ע "יש גנב שפטור מלשלם ואיזה זה שבא עם התשלומין חיוב מיתה כגון הגונב כיס בשבת ולא הגביהו ברשות הבעלים אלא היה מגררו ומוציאו מרשות הבעלים לרשות הרבים (ע"פ סנהדרין עב. דמגרר ויוצא פטור דוקא בדשדינהו בנהרא דליתנהו -) ואבדו שם { אבל אם אבדו אחר כך חייב וכ"ש אם עדיין הוא בעין שחייב להחזירו (רמ"ה ורמב"ן), וי"א (רש"י רמב"ם וכ"פ ה"ה) שאם אינו בעין בכל ענין פטור מלשלם (דמיד שהוציא הכיס חייב במיתה ולא פקע מיניה האיסור ותו לא חל עליו חיוב ממון כיון דהוא חייב מיתה דקים ליה בדרכה מיניה (סמ"ע)) הרי זה פטור מתשלומין, שאיסור שבת ואיסור גניבה והיזק באים כאחד, אבל אם גנב כיס בשבת והגביהו שם ברשות היחיד, ואחר כך הוציאו לרשות הרבים והשליכו לנהר, חייב לשלם, שהרי נתחייב באיסור גניבה קודם שיתחייב באיסור סקילה, וכן כל כיוצא בזה (כגון הבא במחתרת, סמ"ע בשם הטור)."

ביאר הסמ"ע (ג) ע"פ הגמ' והטור דמיירי שמגררו ומוציאו מרשות בעלים לרה"ר וחיבר ידו למפתן הבית תוך ג' סמוך לארץ והפילו לתוכו, דאם לא הוציאו מרשות בעלים לרה"ר לא היה כאן חיוב מיתה דהוצאת שבת, ואילו לא חיבר ידו למפתן הבית לא היה כאן חיוב ממון דגניבה, דהמושך מרשות בעלים לרשות הרבים ולא הגביהו לא קנאה במשיכה, דמשיכה אינו קונה כי אם בסימטא או בחצר של שניהן או ברשותו, ואילו היה גבוה ג' טפחים נמצא קודם שבא הכיס לידו היה צריך להגביהו תחילה ג' טפחים מהארץ בעודו ברשות בעלים כדי להניחו לידו, ואז קנאה מיד בהגבהה קודם ביאת איסור שבת שאינו חל עליו עד שהוציאו מרשות בעלים והניחו לידו שהיא ברה"ר, והא דאמרו דחיבר ידו למפתן ה"ה אם ידו רחוקה קצת מהמפתן, דאף דאיסור שבת היה בא תחילה כיון שהיא תוך ג' וכלבוד דמי, מ"מ כשבא הכיס אחר כך לידו כבר חיוב מיתה עליו וקים ליה בדרכה מיניה ויש בזה פלוגתא כמש"כ הרמ"א משא"כ כשחיבר ידו למפתן דבאין החיובים כאחד דפטור לכ"ע.

הש"ך (א) כתב דצ"ע מנא ליה לרמ"א ע"פ הרמב"ן והרמ"ה, דבטור ליתא כן אלא גבי מחתרת משום דמיד שיוצא ממחתרת תו לא מחייב מיתה אבל הכא י"ל כיון דעדיין עומד בחיוב המיתה דשבת פטור כשאבדו וכרש"י. רע"א כתב שברמב"ן והרמ"ה להדיא כמש"כ הרמ"א.

ביאר הקצות (ב) דשיטת רש"י תוסי' ובעל המאור כולוהו בחדא שיטה קיימי וטעמא כמבואר בבעל המאור דמדינא קנה אותו בעינא ולא אחמור רבנן אלא כי איתיה בעינא, והר"ר ישעיה והרמב"ן ס"ל דמדינא לא קני כשהוא בעין ומש"ה חייב על שעת שבירה והיזק, וא"כ ה"ה בשבת חייב (כנגד קושית הש"ך), ומש"כ הסמ"ע (ה) בטעם סיעת הפוטרים דמיד שהוציא הכיס חייב במיתה ולא פקע מיניה האיסור ותו לא חל עליה חיוב ממון כיון דהוא חייב מיתה דקים ליה בדרכה מיניה, ולדבריו אם שיבר כלים אחרים נמי פטור, וליתא אלא טעמא דפטרי משום דכבר קנה אותו מדינא אפילו בעינא וכמ"ש בעל המאור.

עוד כתב הקצות (ג) גבי הסיפא דחייב בהשליכו לנהר אח"כ, אבל כי איתיה בעינא לכ"ע חייב להחזיר וכדאמר רבא בסנהדרין דמסתברא מלתא דרב כששיבר אבל למיקני לא, מידי דהוי אשואל, וכתב הקצות דנראה דאע"ג דלא מהני למיקני מ"מ אינו מחויב בהשבה כמו בעלמא דגנב וגולן מתחייבין בהשבה דכתיב והשיב את הגזילה, אבל זה שגנב בשבת כיון דקים ליה בדרכה מיניה אין אנו מחייבין

אותו כלום על שעת גניבה אלא בתבריה בידיים אבל איתבר ממילא פטור, וא"כ ממילא נמי אינו מתחייב בהשבה אלא דלא קני אותו, ואפילו בשומרין נמי אינן בחיוב השבה לבעלים וכמ"ש בסומן קצ"ח סק"ה, אלא דכל מקום שהוא ברשות בעלים הוא וטורח השבה על הבעלים הוא.

עמ"ש"כ המחבר דאם עדיין הוא בעין שחייב להחזירו, כתב ה**נתיבות** (א) דנראה שהנגזל נוטל הגזילה אף שנשתנית, דקנין שינוי נלמד מקרא דוהשיב את הגזילה אשר גזל, אם כעין שגזל יחזיר ואם לאו דמים בעלמא בעי שלומי, וכיון דהתורה חייבה בדמים הרי מוכח דרחמנא אוקמיה ברשותיה, ובע"כ אוקמיה רחמנא ברשותיה בשינוי מקרא דאשר גזל, דדוקא ביאוש בעינן ריצוי הגזלן, אבל בשינוי קני בע"כ דהא חייב באונסין בע"כ, וכיון דבמקום שהוא קם ליה בדרכה מיניה לא נתחייב בוהשיב, דהא אפילו בגזילה בעין אין הבי"ד יכול לכופו הגזלן לקיים השבה רק הנגזל בא ונוטל שלו וכקצות סק"ג, וכיון דאינו בוהשיב וליכא עליו חיובא דחזרה ממילא לא קני הגזילה, עיי"ש בראיתו מלשון הגמ'.
< כתב ה**סמ"ע** (א) דבסומן ש"נ כתב הטור עוד ענין דפטור אף מקרן משום דקים ליה וכו' והוא שהיתה בהמה שאולה או שכורה בידו וטבחה בשבת לשם גניבה.

החופר בור בשבת ואחר כך נפל בו שור או חמור האם הוא חייב?

ב'ארץ חמדה' שלחו להר **צבי** (או"ח ב, א אות ט) שהסתפק בשאלה זאת, וז"ל "החופר בור ברה"ר בשבת ונפל שמה שור או חמור בימות החול (ובשבת נמי כחול דמיה להא מילתא) אי מיחייב בעל הבור בנזקי הבור או פטרינן ליה מטעם קילב"מ, ואף דקי"ל דלא שייך קילב"מ אלא בנתחייב שתי רשעיות בבת אחת אבל בזא"ז אין רשעה אחת פוטרת לחיובה של רשעה שניה, מ"מ י"ל דכיון דכריית הבור בשבת מחייבת סקילה, שוב אין כרייתו זו חוזרת וגומרת לו חיוב ממון, ולכאורה יש להוכיח כן מדתנן (ב"ק דף לד ע"ב) והוא שהדליק את הגדיש בשבת פטור, ולכאורה קשה, נהי דנתחייב מיתה בהבערה ראשונה מ"מ מה שהאש הולכת ושורפת אח"כ ממילא, למה לא יתחייב ממון לריש לקיש דס"ל אשו משום ממונו, אלא ע"כ כנ"ל, דכיון דגם חיוב ממון ממה שהאש שורף אח"כ שורש חיובו הוא מכח הבערה ראשונה המחייבתו מיתה שוב א"א לפעולה זו שתגרום לו חיוב ממון אח"כ אף בזמן שחיוב מיתה כבר נגמר ונפסק, ו**מעתה נילף בור מאש** דאף דעצם חיוב ממון דבור בא לו בשעת נפילת השור, מ"מ חיוב שמירת הבור אימת קא חיילא עליה משעת כריה והיהא שעתא קילב"מ, וכעין זה כתבו התוס'.. מבואר כדברינו, דכיון דבתחילת ההדלקה נתחייב מיתה, שוב פטרינן על מה שהאש שורפת אח"כ, וממילא דה"ה לבור שנעשה ע"י חיוב מיתה מיפטר מכל חיובי ממון הבאים אח"כ" אולם בחידושי הרשב"א מבואר דלא ס"ל סברת התוס' לפוטרו מטעם קילב"מ כל היכא דע"י מעשה אחד בא הכל, ולרשב"א בחופר בור בשבת יש לחייבו בנזקין כיון דחיוב ממון בא לו אח"כ, עיי"ש שהאריך במח' זו בש"ס, בירושלמי ובהקשר למח' המג"א ואבעז"ר גבי ריחיים של מים בשבת.

סימן שנב – ובו סעיף אחד

סעיף א

ב"ק קח. "בעי רבינא חומש וכפילא בתרי גברי מאי היכי דמי כגון שמסר שורו לשני בני אדם וטענו בו טענת גנב חד נשבע והודה וחד נשבע ובאו עדים מאי מי אמרינן בחד גברא קפיד רחמנא דלא משלם חומשא וכפילא האי נשלם כפילא והאי נשלם חומשא או דלמא עלויה חד ממונא קפיד רחמנא דלא נשלם עלה חומשא וכפילא והכא נמי חד ממונא הוא תיקו".

וז"ל ה**רמב"ם** (ז, ד) "מסר שורו לשנים וטענו טענת גנב ונשבעו והודה אחד מהן והשני באו עליו עדים, שניהן משלמין את הקרן, ואם תפש בעל הפקדון את הכפל אין מוציאין מידו, וזה שהודה משלם חומש כשאר הנשבעין שבועת הפקדון שהודו מעצמן", וביאר ה**טור** דס"ל דבכפל מיבעיא לן ולא איפשיטא לפיכך אין מחייבין אותו ואם תפש לא מפקינן מיניה, ואין נראה כן אלא כפל פשיטא דמשלם אותו שבאו עליו עדים ובחומש מיבעיא. **הב"י** כתב דאפשר דהרמב"ם סובר דאע"ג דבעיא דרמי בר חמא היא בהאי גוונא בעיא דרבינא הויה בגוונא אחרינא, אלא דאכתי קשיא דכיון דבעיא דרמי איפשיטא דממון המחייבו כפל פוטרו מן החומש אם כן בבעיא דרבינא היאך איפשר לומר דפשיטא לן דמשלם

חומש ולא מספקא לן אלא אי משלם כפל דהא כפל מוציא מידי חומש שמענו בבעיא דרמי בר חמא אבל חומש מידי כפל לא שמענו וצ"ע.

וז"ל השו"ע "הפקיד לשנים וטענו נגנב, והודה האחד ועל השני באו עדים, בין שניהם משלמים הקרן", והסמ"ע (א) כתב דהמחבר השמיט הא דנשבעו שניהן משום דלא נקטי הא דנשבעו אלא משום חיוב כפל וחומש, דהשומר שטען טענת גנב והוכחש בעדים שמעידים שהיה בידו אינו חייב בכפל עד שנשבע תחילה, והמחבר לא כתב דין כפל וחומש וכמ"ש בסימן שמ"ח ולענין חיוב תשלומי קרן אין צריך שבע, "ולא ידעתי למה הוצרך המחבר לכתוב זה דבין שניהן משלמין הקרן דפשוט הוא להגמרא", ובבאה"ג יישב דצ"ל שחסר כאן תיבת 'ונשבעו' ופסק המחבר לקולא כדעת שניהם, שאינם משלמין אלא הקרן ולא הכפל כדעת הרמב"ם, ואף לא החומש כדעת הטור.

< עיין עוד בטור שהאריך בידינו דטוען טענת נגנב.

סימן שנג - נשתנה הגניבה ביד הגנב או שנתיאשו בעליה ממנה

סעיף א

[מה הדין למעשה בטלה ונעשה איל האם נקנה לגזלן? פרט.]

ב"ק סו. "אמר רבה שינוי קונה כתיבא ותנינא, כתיבא והשיב את הגזלה אשר גזל מה ת"ל אשר גזל אם כעין שגזל יחזיר ואם לאו דמים בעלמא בעי שלומי, תנינא הגוזל עצים ועשאן כלים צמר ועשאן בגדים משלם כשעת הגזילה א"נ לא הספיק ליתנו לו עד שצבעו פטור אלמא שינוי קונה".

ב"ק סה: "אמר רבי אילעא גנב טלה ונעשה איל עגל ונעשה שור נעשה שינוי בידו וקנאו, טבח ומכר, שלו הוא טובח שלו הוא מוכר", וכתב הב"י בשם הרי"ף דהלכתא כוותיה דאמרינן לקמן בדף צ"ג כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה ואמרינן כל לאתווי מאי לאתווי הא דרבי אילעא, וכ"ד הרמב"ם והרא"ש, וכ"כ הרי"ף אהא דאמר רב בב"ק סה. דקרן כעין שגנב תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמשה כשעת העמדה, דהני מילי לענין יוקרא וזולא אבל גנב טלה ונעשה איל עגל ונעשה שור משלם תשלומי כפל כעין שגנב והיינו דקאמר רבא (סו.) טלאים כדמעיקרא דמים כשל עכשיו אבל תשלומי ארבעה וחמשה אינו משלם וכרבי אילעא.

ב"ק צו: "אמר רב פפא האי מאן דגזל נסכא מחבריה ועבדה זוזי לא קני" וכתב הרי"ף דשמעינן מהא דשינוי החוזר לברייתו לא הוי שינוי ולפיכך לא קני, וכן הלכתא הילכך מתניתין (צג:) דקתני הגוזל עצים ועשאן כלים משלם כשעת הגזילה עצים ושיפן נינהו כגון בוכאני וכדאוקמה רב אשי דהוא בתרא, וכ"ד הרא"ש דשינוי שהוא חוזר אינו קונה אפילו מדרבנן, וכ"פ הרמב"ם (גזילה ב,) "שינוי החוזר לברייתו אינו שינוי כיצד הגוזל עצים ודבק אותן במסמרים ועשה מהן תיבה אינו שינוי שהרי אפשר לפרק אותן והן חוזרין לוחות כשהיו".

וז"ל השו"ע "נשתנה שם הגניבה ביד הגנב, כגון שגנב טלה ונעשה איל עגל ונעשה שור, קנאה בשינוי השם, ואין להחזיר אלא דמיה ומשלם כמו שהיתה שוה בשעת הגניבה, וכן כל שינוי כיוצא בזה שאינו חוזר לברייתו, אבל שינוי החוזר אינו קונה אפילו מדרבנן, ובסימן ש"ס יתבאר איזה שינוי החוזר".

כתב הסמ"ע (א) דגם הכפל משלם כשעת הגניבה בזה השינוי דטלה ונעשה איל, אבל בשאר שינוי ויוקרא וזולא יתבאר דינייהו בסימן שני"ד.

הש"ך (א) האריך לדחות מש"כ הרש"ל בדף סה ע"ב מסיק אדרבה דאע"ג דשנוי השם חשוב קונה מ"מ טלה ונעשה איל לא הוי שינוי שם דאיל בן יומו קרוי איל כדכתיב את אילי צאנך לא אכלתי וכן עגל ונעשה שור לא הוי שינוי שם דשור בן יומו קרוי שור כדכתיב שור או כשב כי יולד, אלא דטלה ונעשה איל עגל ונעשה שור קונה משום שינוי מעשה, דליתא, ודברי הרא"ש רי"ו וטוש"ע נכונים דודאי בכל מקום הולכים אחר לשון בני אדם אפילו לקולא והכא הרי ענינו רואות שאין קורין לבן יומו איל או שור והכי נמי משמע בש"ס דאלי"כ לא הוי מתקיף ר' זירא כולי האי וליקנינהו בשינוי השם משמע

דפשיטא ליה דאין קורין שור ואיל רק לגדולים ורבא שתירץ שור בן יומו אשכחן דקרי שור וכו' הכי קמשני דבזמן ר' אילעאי נמי הוי קורין כן אבל ודאי השתא אין קורין כן וא"כ הוי שינוי שם, וכלל זה מוסכם בנדרים מ"ט ובפוסקים שם. **בנתיבות** (א) כתב דלדברי השי"ך צ"ל ג"כ בהא דדף ס"ז 'מריש שמו עליו' כפירושו, והוא דוחק גדול, ולכן כתב דשינוי השם בלא שינוי מעשה דקונה מדאורייתא מכח שינוי השם לחוד בעינן שינוי השם דקרא, כמ"ש הרשב"א בחולין צ"ח בשם הראב"ד גבי מין במינו בשמא, דכל ששוין בלשון המקרא הוא מין במינו, מטעם דכיון דכל שבאה התורה והקפידה עליו לומר מין במין לא בטיל אזלינן בתר שם של תורה, והכא נמי י"ל כן, רק כונת הטוש"ע בשינוי השם שבא מחמת שינוי מעשה דמבואר ברמ"א שס"ו דבעינן שנשתנה שם הגזילה מחמת שינוי מעשה, ובזה ודאי סגי בשינוי השם בלשון בני אדם, דשינוי השם גמור בלא שינוי מעשה סגי.

סעיף ב (עם סימן שסא סע' א - ג)

האם קונה ביאוש בלבד? גנב והתיאשו הבעלים וקידש הגזלן בחפץ הגנוב אשה, האם מקודשת? (וראה גם שנו/ג)

ב"ק סו. "אמר רבה.. יאוש אמרי רבנן דניקני מיהו לא ידעינן אי דאורייתא אי דרבנן, אי דאורייתא מידי דהוה אמוצא אבידה מוצא אבידה לאו כיון דמייאש מרה מינה מקמי דתיתי לידיה קני ליה האי נמי כיון דמייאש מרה קני ליה אלמא קני או דלמא לא דמיא לאבידה אבידה הוא דכי אתאי לידיה בהתירא אתיא לידיה אבל האי כיון דבאיסורא אתאי לידיה מדרבנן הוא דאמור רבנן ניקני מפני תקנת השבים ורב יוסף אמר יאוש אינו קונה ואפילו מדרבנן".

ב"ק סז. "אמר עולא מניין ליאוש שאינו קונה שנאמר והבאתם גזול את הפסח ואת החולה גזול דומיא דפסח מה פסח דלית ליה תקנתא כלל אף גזול דלית ליה תקנתא לא שנא לפני יאוש ולא שנא אחר יאוש, רבא אמר מהכא קרבנו ולא הגזול אימת אילימא לפני יאוש פשיטא למה לי קרא אלא לאו לאחר יאוש ושי"מ יאוש לא קני ש"מ והא רבא הוא דאמר דגזול קרבן דחבריה איבעית אימא הדר ביה ואיבעית אימא חד מינייהו רב פפא אמרה".

וכתב הרא"ש ש"וקיימא לן כרבה וקני יאוש לחומרא ואם קדש האשה בגזילה אחר יאוש צריכה גט דרבה סבר דלכל הפחות קניא מדרבנן, אבל מדאורייתא קיימא לן דלא קני כעולא ורב נחמן ורב ששת ורבי יוחנן, ובטור כתב בשמו "אם קידש בו אשה צריכה גט מספק דשמא קונה מדרבנן, ואפילו אין ידוע בודאי שנתיאשו הבעלים דקיימא לן סתם גניבה יאוש בעלים (ע"פ משנה כלים כו"ח ומייתי לה בדף סו ע"ב פלוגתא דת"ק ורבי שמעון והלכה כת"ר דאמר סתם גניבה יאוש בעלים)", וכתב הב"י דכן הסכימו הרי"ף והרמב"ם כרב נחמן וכתבי יוחנן דיאוש לא קני דאמרי דגנב שמכר בין לפני יאוש בין לאחר יאוש משלם תשלומי ארבעה וחמשה, ומיהו במה שכתב הטור דקני יאוש לחומרא לענין אם קדש אשה בגזילה אחר יאוש צריכה גט "בקשתי לו חבר ולא מצאתיו".

וז"ל השו"ע כרי"ף "נתיאשו הבעלים מהגניבה אינו קונה וצריך להחזירה (ע"פ תוס' ס"ה ע"ב גבי מי איכא למאן דאמר שינוי מעשה לא קני ולא בעי לאוקמי בשינוי החוזר לברייתו -) ואם יש עם היאוש שינוי השם שחוזר לברייתו (ר"ל אפילו חוזר לברייתו, טור וסמ"ע) י"א שקונה ואינו צריך להחזיר אלא דמיה", וכ"פ השו"ע בסימן שסא (א) "יאוש לחוד לא קנה", ובסעי' ב' "יאוש עם שינוי השם גרוע שחוזר לברייתו, י"א שקונה ואינו צריך להחזיר אלא דמיה". עוד פסק שם בסעי' ג' "בד"א בידוע שנתיאשו הבעלים, אבל סתם גזילה לא הוי יאוש בעלים" - והיא משנה דכלים דאיפליגו ת"ק ורי"ש במילתא ומייתי לה בב"ק סו: והלכה כת"ק.

הסמ"ע (ג) תמה שלא הביא הרמ"א דעת הטור גבי גט מספק לכל הפחות בשם י"א, ובסימן שס"א הביאו הסמ"ע (א) בסתמא.

עמש"כ המחבר בסיפא דאם יש עם היאוש שינוי השם וכו', כתב רע"א דדעת המאור והרמב"ן דלא מהני שינוי החוזר לברייתו אף עם היאוש, ובשינוי השם מעליא דאינו חוזר לברייתו דעת כל הפוסקים דקנה בלא יאוש, זולת דעת המאור דלא מהני, ומשי"כ הדרישה בפשיטות דלדעת התוס' והרא"ש דגם שינוי מעשה החוזר לברייתו קנה עם יאוש אשתמיטתיה דברי התוס' בסוכה דהוכיחו דלענין זה גרע שינוי מעשה משינוי השם.

בשׁו"ע אב"ה (כח,א) פסק כלשון הרמב"ם "המקדש את האשה בגזל או בגניבה או בחמס, אם נתיאשו הבעלים, ונדוע שקנה אותו דבר ביאוש, הרי זו מקודשת, ואם לאו, אינה מקודשת" **והרמ"א שם** כרא"ש "קדשה בגזל אחר יאוש לבד, מקודשת מדרבנן". **הפלפולא חריפתא** (ריש פ"ז דב"ק) האריך להבין לשון הרמ"א דהא ודאי גם הוא מדבר ש"נדוע שקנה אותו דבר ביאוש" ומדוע לא כתב בלשון מחלוקת, דלפי המחבר ע"פ הרמב"ם צריכה גט מדינא (וזה סותר לדבריו בב"י לעיל שתמה על הרא"ש), וסברת המחבר י"ל ע"פ הרב המגיד לפי ש"קנתה האשה בשינוי רשות הלכך אף הוא קנה", עיי"ש עוד, וראה בסמוך בקצות. **כתב הקצות** (א) דבעיקר דברי הרא"ש והטור תמהו האת' (דרישה ועוד באבן העזר כ"ח, וכך גם התחיל הפלפ"ח דבריו) דהא אע"ג דיאוש כדי לא קנה אבל יאוש ושינוי רשות ודאי קני ובקידושין איכא יאוש ושינוי רשות אצל האשה, וביאר דודאי בקידושי אשה בעינן נתן הוא מכספו וכיון דיאוש אינו קונה אלא מחמת שינוי רשות דידה הרי לא נתן הוא, ובבת אחת לא שייך למימר הכא דקידושין וקנין באין כאחד, דלדידיה (לקמן סעי' הבא) שינוי רשות לא מהני אלא לדידה דהוי בהיתרא ולדידיה הרי באיסורא אתי לדידה, ולזה שפיר כתבו הרא"ש והטור דבקידושין אינו אלא מספיקא דיאוש לחודיה קונה לחומרא, והרא"ש לשיטתו דשינוי רשות ואח"כ יאוש לא קני א"כ ע"כ טעמא דיאוש ואח"כ שינוי רשות אינו אלא משום דאתי ליד לוקח בהיתרא, א"כ לגזלן אינו קונה כלל ואפילו בשעה דאתי לידה דאשה כיון דלדידיה באיסורא אתי לדידה, וכיון דבעל לא קני לא הוי קידושין כיון דאין הכסף שלו, ואילו הרמב"ם בהל' אישות (הז) שכתב דהמקדש את האשה בגזל או בגניבה או בחמס אם נתיאשו הבעלים כו' הרי זו מקודשת, ביאר הרב המגיד דאע"ג דבעלמא יאוש כדי אינו קונה, הכא שהוא ביד האשה הרי יש כאן יאוש ושינוי רשות כשהוא בידה וכיון דקנאתו היא אף הוא קונה אותה, והרמב"ם לשיטתו דס"ל דאפילו שינוי רשות ואח"כ יאוש נמי קונה ואע"ג דבאיסורא אתי לדידה, א"כ בקידושין נמי שייך למימר כיון דהיא קנאתו הו"ל קידושין וקנין שלו באין כאחד דגזלן נמי קונה ע"י שינוי רשות, דהא צריך לומר דשינוי רשות נמי הוי כמו שינוי קצת, דאע"ג דאתי לדידה דגזלן באיסורא, הא שינוי רשות ואח"כ יאוש דודאי באיסורא אתי לדידה דלוקח אפ"ה קונה בהצטרפות שניהם. עוד כתב דלרמב"ם דס"ל דיאוש ושינוי רשות אינו קונה אלא גוף החפץ אבל הדמים צריך להחזיר, אלא דהיכא דאיכא משום תקנת השוק אין צריך להחזיר הדמים כגון בגנב שאינו מפורסם וסעיף ג'.

< **כתב הקצות** (שסא,א) **דבתוס' ב"ק ס"ו** כתבו דיאוש אינו מטעם הפקר דאי משום הפקר א"כ כי נמי באיסורא אתי לדידה מאי טעמא לא קני ודעת רש"י גיטין ל"ח נראה שהוא מתורת הפקר, ולשיטת רש"י תיקשי קושי תוס' דבאיסורא אתי לדידה מאי טעמא לא קני בתורת הפקר וגם לשיטת תוס' תיקשי דיאוש אינו מתורת הפקר נמי טעמא בעי כיון דעכ"פ יאוש קנין הוא מאי שנא בהיתרא או באיסורא, וביאר דכיון דק"ל כר' יוחנן דבר תורה מעות קונות ולא משיכה א"כ הא דזוכין בהפקר במשיכה בלא מעות היינו משום דבמציאה ומתנה דליכא דמים משיכה קונה, וא"כ היכא דבאיסורא אתי לדידה לא קני במשיכה כיון דאינו קונה במקח, ומש"ה אע"ג דיאוש קני באבידה כיון דאינו קונה אלא במשיכה ומשיכה אינו קונה במקח, לא הוי קנין אלא היכא דבהיתרא אתי לדידה. עוד כתב (שם, ב) גבי מימרא דרבה בס"ו יאוש אמור רבנן וכו' וכתבו שם תוס' הא דאמר באבידה כיון דמייאש מרה מינה מקמי דתיתי לדידה ומשמע הא בתר דתיתי לדידה לא הוי יאוש ובעי למילף מינה גזילה דהוא בתר דתיתי לדידה וכתבו משום דאבידה בתר דתיתי לדידה היה צריך עכ"פ להחזיר המעות ובעי למילף מינה גזילה נמי דתקני לגוף הגזילה, וכתב דנראה דבאבידה אליביה דכ"ע בעינן דוקא מייאש מרה מינה מקמי דתיתי לדידה, ואפילו למ"ד יאוש לחודיה קני בגזילה אבל באבידה אינו קונה, והוא לפי הרמב"ן עיי"ש, דכיון דיאוש באבידה בתר דתיתי לדידה דלא קנה לאו משום דבאיסורא אתי לדידה דאבידה לא מיקרי כלל באיסורא אתי לדידה כיון דרשאי ליטלה, ודוקא גזילה מיקרי באיסורא אתי לדידה דנטלה בלאו דגזל, אלא הא דאינו קונה בתר דתיתי לדידה היינו משום דבתר דאתי לדידה הו"ל שומר של הבעלים וידו כידו, ומש"ה ניחא דאמר רבה מוצא אבידה לאו כיון דמייאש מרה מינה מקמי דתיתי לדידה, דבאבידה בתר דתיתי לדידה הו"ל שומר אבל בגזילה דאינו שומר דגזלן לא הוי שומר ומש"ה בגזילה קונה ביאוש או דלמא משום דבאיסורא אתי לדידה לא קנה.

סעיף ג (עם ס"י שנו/ג ו- שסא/ד)

מהו תוקפו וגדרו ההלכתי של שינוי רשות בגניבה?

באיזה אופן קונים כשיש יאוש ושינוי רשות?

קיימא לן יאוש ושנוי רשות קונה, היכי תימצי שמכירה לא תחשב כשנוי רשות?

באילו מקרים יאוש קונה? האם צריך לשלם דמי הגניבה לאחר יאוש שקונה?

מה הדין בקונה מגזלן ואח"כ באו הבעלים ודרשו את הגזילה לאחר יאוש?

ב"ק קטו. "איתמר גנב ומכר ואח"כ הוכר הגנב רב משמיה דרבי חייא אמר הדין עם הראשון ר' יוחנן משמיה דרבי ינאי אמר הדין עם השני, אמר רב יוסף לא פליגי כאן לפני יאוש הדין עם השני כאן לאחר יאוש הדין עם הראשון ותרוייהו אית להו דרב חסדא (גזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר ואכלו ממנו, רצה מזה גובה, רצה מזה גובה) אי"ל אביי ולא פליגי.. ולאביי דאמר פליגי במאי פליגי בדרב חסדא. רב זביד אמר כגון שנתייאשו הבעלים ביד לוקח ולא נתייאשו ביד גנב ובהא פליגי מר סבר יאוש ואח"כ שינוי רשות קני שינוי רשות ואח"כ יאוש לא קני ומ"ס לא שנא, רב פפא אמר בגלימא דכ"ע לא פליגי דהדר למריה והכא בעשו בו תקנת השוק קמיפלגי רב משמיה דר' חייא אמר הדין עם הראשון דינא דלוקח דלישקול זוזי מגנב ולא עשו בו תקנת השוק ור' יוחנן משום דר' ינאי אמר הדין עם השני דינא דלוקח דלישקול מבעל הבית ועשו בו תקנת השוק.. אמר רבא אם גנב מפורסם הוא לא עשו בו תקנת השוק".

דעת **הרא"ש** דדוקא שנתייאשו הבעלים קודם שמכר או נתן אבל אם מכר או נתן קודם יאוש אינו קונה אע"פ שנתייאשו הבעלים אח"כ, ופוסק כרב זביד וכו' יוחנן וכ"ד **הרשב"א**, ואילו דעת **הרמב"ם** דבין שנתייאשו הבעלים קודם שמכר או נתן בין נתייאשו אחר כך קנה, וביאר ה"ה דכיון דרב פפא דהוא בתרא אוקי באוקימתא אחריתא בשלא נתייאשו כלל הדין לכללין דיאוש ושינוי רשות קני איזה מהם יהיה קודם כיון שיהיו שניהם וקצת נראה כן מההיא דמרובה (סח). דאמר שנתייאשו הבעלים ביד לוקח דהוה ליה יאוש ושינוי רשות.

עוד מבואר **ברמב"ם** ו**הרמב"ן** דהא דמועיל יאוש עם ש"ר היינו לענין שאין הקונה צריך להחזיר גוף הגניבה אבל מחזיר דמים אם לקח מגנב מפורסם משום דבאיסורא אתא לידיה דיאוש כדי לא קני, ו**הרשב"א** ו**ר"י** חלקו שאפילו הדמים א"צ ליתן, דקנה לגמרי והוכיח מסוכה ל' דאמר רב הונא להני אוונכרי כי זבניתו אסא מגוים ליגזו אינהו כי היכי דלהוי יאוש בידא דידהו ושנוי רשות בידייכו מאי אהני דהא מכל מקום האי אסא לא מיקניא להו קנין הגוף דהא אינה אלא כעין משכון דבדמים בעי לאהדורי ואנן בעינן ביום הראשון לכם (וראה לקמן בקצות ב') וכתב **הב"י** דכן משמע **ברש"י** ב"ק קי"ד.

וז"ל השו"ע כרמב"ם "אם יש עם היאוש שינוי רשות, בין שנתייאשו ואח"כ מכר הגנב בין שנתייאשו אחר שמכר קנה {ויש חולקין (רא"ש ורשב"א) וע"ל סי' שנינו} לענין שאין הקונה צריך להחזיר גוף הגניבה אבל מחזיר דמים אם לקח מגנב מפורסם {ויש אומרים (רש"י תשובת הרשב"א וטור בשם ר"י) דאין צריך ליתן לו דמים דקנה לגמרי} ואם לא היה גנב מפורסם, אינו נותן כלל, לא חפץ ולא דמים, מפני תקנת השוק, כמו שיתבאר בסימן שנינו", וז"ל **השו"ע** שנוג כלשון **הרמב"ם** (עיינן בטור ב"י דרכ"מ ופרישה בנוסחתו וגרסתו) "נתייאשו הבעלים מהגניבה, בין שנתייאשו ואחר כך מכר, בין שנתייאשו אחר שמכר, קנה לוקח ביאוש ושינוי רשות] (וי"א (רא"ש) דאם נתייאש לאחר שמכר לא קנה לוקח, דאין יאוש ושינוי רשות קונה אלא אם כן נתייאש קודם שמכר וכן נ"ל להורות וע"ל סימן שס"ג} ואינו מחזיר הגניבה עצמה לבעלים - אלא נותן להם הדמים אם לקח מגנב מפורסם (אף דכבר אכלו הלוקח כיון דמיד שקנה מהגנב זכה בה מתחייב בדמים לא נפטר במה דאכלו אח"כ, רע"א), או אינו נותן כלל לא חפץ ולא דמים אם לא היה זה המוכר גנב מפורסם {פירוש דהרי הבעלים צריכין ליתן ללוקח דמי המקח משום תקנת השוק, ולכך המותר מדמי המקח צריך ליתן לו לפי סברא זו (דלוקח לא קני ביאוש ושינוי רשות אלא לגוף החפץ אבל דמים צריך להחזיר אלא שמנכה לו הדמים שנתן משום תקנת השוק, קצות ד', וראה לקמן בסמ"ע), אלא דיש חולקין (ר"י) וס"ל דיאוש ושינוי רשות קונה לגמרי ואין צריך ליתן לו אפילו הדמים (בין קנה מגנב מפורסם או אינו מפורסם, כיון דנתייאש קודם שלקחה דהו"ל יאוש ואח"כ שינוי רשות, אפילו שוה החפץ יותר הרבה מהדמים שנתן לגנב א"צ ליתן לבעל החפץ כלום, שקנהו לגמרי, סמ"ע), וע"ל סימן שנינו} ובסימן שסא/ד כתב "יאוש עם שינוי רשות קנה ונתבארו משפטיו בסימן שנינו".

הש"ך (ד) האריך דעיקר כרא"ש דבעינן היאוש קודם שינוי רשות וכן הוא ברא' רבים וכן ס"ל לרי"ף ודלא כרש"ל בדעתו, ועוד הוכיח כן מדקיי"ל כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש הואיל ובאיסורא אתי לידיה, ולפ"ז הא דקיי"ל לקמן סימנים שס"א ושס"ח סתם גניבה הוי יאוש בעלים היינו כשידוע שהבעלים ידעו מהגניבה דאז אמרינן מסתמא נתיאשו הבעלים, ודחה אפשרות לומר דהרמב"ם מחלק בין מכר למתנה, דהא קי"ל רשות מקבל מתנה כרשות לוקח דמי (ועיין נתיבות ב' שדן בשיטות הרמב"ם והרא"ש). **רע"א תמה** איך תלה זה בדאביי הא גם לרבא היכא דבאיסורא אתי לידיה לא קנה דהיינו ביש בו סימן ונתיאשו אח"כ, אלא דרבא ס"ל דיאוש שלי"מ הוי יאוש מש"ה באין בו סימן דעומד להתיאש הוי יאוש ובהיתרא אתי לידיה.

כתב **הסמ"ע** (שנו, יא) דהרמב"ם ס"ל דלא עשו תקנת השוק בגנב מפורסם וס"ל נמי דאין יאוש ושינוי רשות קונה לגמרי כי אם שאין צריך להחזיר הגניבה בעינא, אבל דמי שויה צריך הלוקח ליתן לבעליה, אבל בקנה מגנב שאינו מפורסם, דאז אף אם לא נתיאשו הבעלים צריכין הבעלים עכ"פ להחזיר ללוקח מה שנתן לגנב בעדה, השתא שנתיאש וקנה גוף הבהמה ביאוש ושינוי רשות, אף דמי הגניבה א"צ הלוקח ליתן לבעלים, דהרי הבעלים היו צריכין ליתן לו דמי שויו, וזה דמסיק הרמ"א (ע"פ שיטתו וגרסתו ברמב"ם) דכיון דמן הדין על הלוקח להחזיר לבעל הגניבה דמי שויה, אלא מפני שעל הבעלים ליתן ללוקח מה שנתן לגנב אין צריך ליתן הלוקח דמי שויו, הלכך כל היתרון בדמי שויו על דמי לקיחתו צריך הלוקח ליתן לבעל, ובסימן שנג (ז) כתב **דנקט הרמב"ם גנב מפורסם** שצריך ליתן לנגזל דמי הגניבה לאחר יאוש, משא"כ כשלקחה מגנב שאינו מפורסם שכן עשו תקנת השוק שהנגזל יחזיר ללוקח מה שנתן בעדס, משו"ה כשלקחו לאחר יאוש א"צ להחזיר הלוקח כלל, דאפוכי מטרטא למה לי, דהלוקח יתן לו דמי שוויו והבעלים יצטרכו לחזור ליתן לו הדמים משום תקנת השוק, אולם אפילו לדבריו, שייך חזרת דמים מהלוקח לנגזל אף לאחר יאוש ואפילו בגנב שאינו מפורסם, והוא שדרך הגנב להוזיל הדברים שמוכר ליתנם בפחות משוויים, ואותו מותר עד כדי שוויים צריך להחזיר הלוקח לנגזל, ולפ"ז א"צ לומר דאיירי דין זה דוקא בגנב מפורסם, ור"ל דלרמב"ם אף בגנב שאינו מפורסם צריך הלוקח להחזיר לבעלים היתרון בדמי שוויו על דמי לקיחתו אף שקנהו ביאוש ושינוי רשות (ש"ך בסמ"ע). **הש"ך (ה)** כתב דהשיגו כולם על המחבר שכתב דלרמב"ם אין הלוקח מחזיר כלום בגנב שאינו מפורסם "ואני אומר כולם שלא כדת השיגו עליו כי הדין עם המחבר והגירסא שנמצא בספרי הרמב"ם "ואם לא היה גנב מפורסם אינו נותן כלל לא חפץ ולא דמים כו' הוא אמת" וכ"כ כל הפוסקים בסימן ל"ז, ותמה (ו) עמש"כ הרמ"א די"א דאין צריך להחזיר דלפי מה דס"ל למחבר כנ"ל דדוקא בגנב מפורסם צריך להחזיר הדמים א"כ ליכא מאן דפליג עליה, ומש"כ הטור שר"י חולק היינו לפי הבנתו ברמב"ם דגם בגנב שאינו מפורסם צריך להחזיר דמים, ובתוס' ס"ז משמע להדיא דס"ל לר"י דהיכא דבאיסורא אתי לידיה לא מהני יאוש ושינוי רשות וצריך להחזיר הדמים א"כ בגנב מפורסם נמי באיסורא אתי לידיה. עוד כתב דמש"כ הרמב"ם ומחזיר הדמים היינו המותר ששוה ממה שנתן דאל"כ מאי שנא דמים או חפץ. **הגר"א (יג)** כתב דלא כש"ך ו"האמת מ"מ מוכח שגם בגנב מפורסם ס"ל לר"י דא"צ להחזיר הדמים".

הנתיבות (ד) הסכים לדברי הש"ך, והוסיף דאולם אין לסמוך להלכה על דעת הרמב"ם לומר דשינוי רשות ואח"כ יאוש קונה ולסמוך עצמו ג"כ אהנך דס"ל דבמקום שקונה אין צריך ליתן דמים, דבשינוי רשות ואח"כ יאוש נראה דאי אפשר לומר כלל דאין צריך ליתן הדמים, דלא גרע מיאוש דאבידה דאם הגיע לידו קודם יאוש דצריך להחזיר הדמים עכ"פ אף למאן דס"ל דיאוש קונה כיון דאתי לידיה באיסורא, ועוד נראה דבידע שהוא גנוב אף הרמב"ם מודה דאפילו גוף החפץ לא קנה בשינוי רשות ואח"כ יאוש, ולפ"ז אפילו הגיע לידו בפקדון קודם יאוש לא מהני שוב אפילו מכר לו אח"כ אף שנעשה שינוי רשות אחר יאוש, דכיון שנעשה שומר של הבעלים לא הועיל היאוש כלל וכלא נתיאשו דמי.

עוד כתב **הסמ"ע (ח)** ע"פ המרדכי עמש"כ המחבר בסיפא דאם לא היה גנב מפורסם אינו נותן כלל, דאם בא להחזיר ואמר איני חפץ בממון שאינו שלי, צריך להחזיר לבעלים הראשונים.

הקצות (ב) תמה על ראיית הרשב"א מסוכה דאין צריך להחזיר דכיון שגוף החפץ שלו אע"ג דצריך ליתן הדמים אמאי לא הוי לכם, ותדע דהא למ"ד יאוש לחודיה קני ודאי צריך להחזיר הדמים ואפ"ה הוי לכם כדמוכח בפשיטות בסוכה ל' דאמרו דתני גזול ולא שאול לרבנותא דס"ד סתם גזילה יאוש בעלים, וכן בשינוי מעשה ושינוי השם דצריך להחזיר הדמים והוי לכם כדאמרינן שם, **ולכן ביאר דודאי שינוי מעשה ושינוי השם קונה את החפץ קנין גמור**, וכן למ"ד יאוש קונה נמי קונה אותו לגמרי קנין גמור,

והא דצריך הגזלן ליתן את הדמים היינו על מה שנתחייב משעת גזילה, ואפילו נאבד החפץ נמי צריך ליתן הדמים שכבר נתחייב משעת הגזילה, אבל לוקח שקנה ביאוש ושינוי רשות אין בו שום חיוב כיון דלא גזילה, אלא צריך לומר דקנין שקונה ביאוש ושינוי רשות אינו קנין גמור אלא שיוור בקניינו דאינו קונה אלא גוף החפץ אבל הדמים צריך להחזיר, ובוזה אם נאבד החפץ אצל הלוקח אינו מחייב ליתן הדמים לבעלים כיון דהוא לא נתחייב מעולם אלא שייר בקניינו וכמ"ש ואם נאבד החפץ אינו מחויב בדמים כלל, וכיון דהוי שיוור בקניינו לזה הוכיח הרשב"א דאי נימא דצריך ליתן הדמים ע"כ אינו קונה קנין גמור ושייר בקניינו וא"כ לא הוי לכם [ומש"כ דהו"ל כעין משכון היינו משום דמשכון נמי לדעת כמה פוסקים אין הלוח יכול להקדישו דאינו ברשותו עד שיסלק למלוה את הדמים, וה"נ כיון דהלוקח צריך ליתן דמי החפץ לבעלים והו"ל כמו משכון ואפותיקי ולא הוי לכם, וגבי יאוש דאבידה ליכא חיוב דמים על שעת הגבהה דאבידה אינו אלא שומר חנם או שומר שכר ובנתייבאש מרה מינה אח"כ דאין כאן שום פשיעה אמאי יתחייב בדמים, עיי"ש דהאריך דביאוש למ"ד קני אי הו"ל קנין גמור לגמרי].

עוד גבי החזרת דמי המקח, כתב הקצות (שנו, ד) דנראה דהיינו דוקא בידוע בכמה קנה צריך להחזיר המותר, אבל אם אינו ידוע בכמה קנה אין הלוקח צריך לישבע בכמה קנה אותו אלא כיון שהלוקח מוחזק וטוען שקנהו בכך וכך נאמן בלא שבועה, דהא דתנן (ב"ק קיד) ישבע הלוקח כמה הוציא ויטול, היינו קודם יאוש דאז לא קנה החפץ וצריך להחזירו לבעלים אלא משום תקנת השוק נוטל הדמים מש"ה צריך שבועת המשנה, אבל אחר יאוש דהחפץ נקנה לו ואין לבעליו עליו אלא תביעת ממון וכיון דלוקח מוחזק ואינו בא להוציא והבעלים הוא דתבעי מיניה אין נשבעין בטענת שמא. (גבי מש"כ רע"א גבי הפקיד הגזלן אי הוי שינוי רשות ראה שס"א/ה).

מה דין חפץ שהפקירו הגנב לענין שינוי רשות?

כתב בגליון מהרש"א דהפקר משמע דהוי שינוי רשות והביא ראיה מסימן שסט/ב דמסירה לרבים הוי שינוי רשות, אך הוסיף "ואפשר דמ"מ כל שלא זכה אחר באותו הפקר, לא מקרי שינוי רשות", ובסימן שסט/ב כתב שלפי הקצות לעיל (א) דלדעת הרמב"ם ששינוי רשות הוא אחד מקנייני הגניבה שזה כל עניינו של השינוי רשות לשיטתו אם כן הוא קנין מכח הגנב ולפי זה אם הגזלן הפקיר אינו קונה מדין שינוי רשות כיון שזכיית השני באה לאחר שכבר אין לגזלן שייכות לחפץ אם כן אין הגזלן יכול לקנות את החפץ על ידי זכייטו של השני ולכך גם השני אינו יכול לזכות בדבר שהרי כל קניינו של שינוי רשות צריך לחול מכח שהגזלן קונה קודם את הגזילה (ראה מתיבתא ילקו"ב ב"ק סז). שהביאו דבריו ומשכ"ש). בחידושי מנחת שלמה (ב"ק סז). כתב כמ"ש ר' שלמה איגר בסימן כאן דאם הפקיר הגזלן לא תשיב שינוי רשות כיון דאכתי לא נתרחק טפי מרשות הבעלים עד שלא זכה בו אחר ויש להוכיח כן, דהפקר לא תשיב שינוי רשות, מהא דגזל חמץ ועבר עליו הפסח שאומר לו הרי שלך לפניך והרי כיון דחמץ אסור בהנאה הוי הפקר ותשיב שינוי רשות ומוכח מזה דהפקר לא חשיב שינוי רשות [אך דחה לפמ"ש"כ המקור חיים דחמץ לאחר הפסח חוזר לרשות הבעלים בלא שום קנין ולכן יכול לומר לו הרי שלך לפניך א"כ אין שום ראייה] אך אם הפקיר וזכה בו אחר שפיר חשיב לגביו שינוי רשות, ואף שמצד הגנב לא היה כאן מעשה של שינוי רשות, ולפי הרמב"ם הנזכר שינוי רשות הוא מעשה קנין מ"מ בכה"ג שזכה מן ההפקר מהני גם לרמב"ם מטעם דבהיתירא אתי לידיה שגם הרמב"ם מודה לטעם זה.

סעיף ד

ע"פ משנה ב"ק קיא: וגמ' פסק בשו"ע סעי' ד' "אין נקרא שינוי רשות אלא במוכר או נותן, אבל אם מת והורישוהו לבניו - לא, דרשות יורש לאו כרשות לוקח דמי, ויתבאר בסימן שס"א, ושם יתבאר עוד אי זה קרא שינוי רשות".

סימן שנד - השביחה הגניבה ביד הגנב

סעיפים א - ב

גנב שגנב כבשה והשביחה כשהיתה ביד הגנב, באיזה מצב יהיה השבח שייך לגנב ובאיזה אופן יהיה השבח שייך לבעלים?

גנב פרה ריקנית ונתעברה אצלו או פרה מעוברת וילדה, למי שייך השבח?

האם יש חילוק בין השביח לפני ייאוש או אחר ייאוש ובין השביח ממילא להשביח ע"י

הוצאה?

משנה ב"ק צג: "גזל פרה מעוברת וילדה רחל טעונה וגזזה משלם דמי פרה מעוברת לילד ודמי רחל טעונה ליגזז גזל פרה ונתעברה אצלו וילדה רחל ונטענה אצלו וגזזה משלם כשעת הגזילה" ובגמ' צה. "תנו רבנן הגוזל רחל וגזזה וילדה משלם אותה ואת גיזותיה ואת ולדותיה דברי רבי מאיר רבי יהודה אומר גזילה חוזרת בעיניה רבי שמעון אומר רואין אותה כאילו היא שומא אצלו בכסף" ובצה: "במאי קא מיפלגי אמר רב זביד בשבח שעל גבי גזילה קא מיפלגי רבי יהודה סבר דנגזל הוי ורבי שמעון סבר דגזלן הוי ורב פפא אמר דכולי עלמא שבח שעל גבי גזילה דגזלן הוי אלא למחצה לשליש ולרביע איכא בינייהו רבי יהודה סבר שבח שעל גבי גזילה כוליה דגזלן הוי ורבי שמעון סבר למחצה לשליש ולרביע תנן גזל פרה ונתעברה אצלו וילדה רחל ונטענה אצלו וגזזה משלם כשעת הגזילה ילדה אין לא ילדה הדרא בעינא ולרב פפא דאמר דגזלן הוי הא מני לא רבי יהודה ולא רבי שמעון אמר לך רב פפא הוא הדין אפילו לא ילדה נמי כשעת הגזילה הוא דמשלם והא דקתני ילדה איידי דנסיב רישא ילדה נסיב סיפא נמי ילדה ותניא כוותיה דרב פפא".

ופסק בשו"ע ע"פ הפוסקים כרבי יהודה ואלביא דרב פפא וכלשון הרמב"ם "היתה הגניבה ביד הגנב והשביחה מאליה כגון כבשה שהיתה מעוברת בשעת גניבה וילדה, או שהיתה טעונה בשעת גניבה וגזזה, משלם אותה ואת ולדותיה, ואם אחר יאוש ילדה וגזזה, משלם כשעת הגניבה. (סה. -) הוציא עליה והשביחה כגון שפטמה, הרי השבח של גנב אפילו לפני יאוש, וכשמחזיר הגניבה נוטל השבח מהבעלים {ווי"א (ראב"ד ורא"ש) דאפילו שבחה מאליה הוא של גנב, אפילו קודם יאוש (דגזזה וילדה קנאה בשינוי), וכל שכן אם גנב כבשה ונתעברה אצל גנב דהשבח של גנב, אפילו תבעוה הבעלים קודם שילדה, הואיל וגנבה ריקנית} (ב. צה. -) הגניבה עצמה שהיא ביד הגנב, ולא נשתנית, חוזרת לבעלים בין לפני יאוש בין לאחר יאוש, אלא שלאחר יאוש השבח לגנב, כמו שנתבאר. (מימרא דרבי אילעאי סה: -) נשתנית הגניבה ביד הגנב, קנאה וקנה שבחה, אפילו לפני יאוש, ואינו משלם אלא דמים, ויתבארו פרטי דינין אלו בסימן שס"ב".

כתב הסמ"ע (א-ב) דהרמב"ם ס"ל דלידה וגזזה לא מחשב שינוי לקנות גוף הבהמה ולא השבח על ידה דהו"ל כשינוי החוזר, דהרי חזרה להיות מעוברת וטעונה מגיזה, ומשו"ה אפילו נתעברה אצל הגנב וגם ילדה אצלו ס"ל דלא קנאה (וכ"ד הש"ך ב' ודלא כרב המגיד והמחבר), ומש"כ 'משלם' אותה, לאו דוקא קאמר משלם דמשמע דנותן דמים בעדה, אלא נוטל הכבשה בעינה כיון שלא קנאה בשינוי, והרא"ש ס"ל כשתחזור להיות מעוברת או טעונה גיזה הו"ל כפנים חדשות, ולא מיקרי שינוי החוזר אלא מחשב שינוי גמור והשבח הוא שלו, וגם הכבשה בעינה תשאר בידו שקנאה בשינוי אלא שמשלם לבעלים הגנב דמיה (ומש"כ הטור דהראב"ד והרא"ש פליגי ארמב"ם אינו אלא במה דס"ל דלידה וגזיזה לא הוי שינוי, אבל פשיטא בשבח דעלמא הבא מאליה ולא נשתנית פשיטא דאינו של גנב קודם יאוש דבמאי לקני אבל, כלומר במה דס"ל לרמב"ם דביאוש אפילו בלא שינוי קונה השבח דממילא ובלא יאוש לא קנה לא אשכחן דפליגי עליה, ש"ך ד'), ומש"כ המחבר 'משלם כשעת הגניבה' ר"ל אם היתה טעונה קצת בשעת גניבה ונשתתה ביד הגנב עד שנתרבה בגיזה ובולדה, וצ"ל דהרמב"ם מחלק, דכל שעדיין לא גזזה וילדה, דאז הבהמה עם הגיזה והולד צריך להחזיר לגנב, והגנב צריך ליתן לגנב דמי השבח ששבח ביד הגנב (ומש"כ הטור דהפרה והולד לגנב תמיה לי מנ"ל הא וברמב"ם לא משמע כן, ש"ך ג'), ואם כל הגיזה נתגדל מיום שבאה ליד גנב צריך לשלם לגנב כל השבח בדמים, ואם כבר ילדה אצל הגנב אזי מחזיק הגנב גם בפרה אגב ולדה והוא נותן דמי השבח כמו שהיה בשעת הגניבה לגנב.

סעיף ג

גנב בהמה והתיקרה בשעת העמדה בדין לפי איזה זמן ישלם?

ב"ק סה. "אמר רב קרן כעין שנגב תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמשה כשעת העמדה בדין מאי טעמא דרב דאמר קרא גניבה וחיים אמאי קאמר רחמנא חיים בגניבה אחייה לקרן כעין שנגב... כי קאמר רב ביוקרא וזולא הוא דקאמר היכי דמי אילימא דמעיקרא שויא זוזא ולבסוף שויא ד' זוזי קרן כעין שנגב

לימא פליגא דרב אדרבה דאמר רבה האי מאן דגזל חביתא דחמרא מחבריה מעיקרא שויה זוזא ולבסוף שויה ד' זוזי תברה או שתייה משלם ד' איתבר ממילא משלם זוזא אמרי כי קאמר רב כגון דמעיקרא שויה ד' ולבסוף שויה זוזא קרן כעין שגנב תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמשה כשעת העמדה בדין".

וז"ל השו"ע "גנב בהמה או כלי וכיוצא בהם, ובשעת גניבה היה שוה ארבעה ועכשיו בעת העמדה בדין שוה שנים, משלם קרן כשעת גניבה, היתה שוה בשעת גניבה שנים ובשעת העמדה בדין ארבעה, אם שחט או מכר או שבר הכלי או אבדו, משלם כשעת העמדה בדין, ואם מתה הבהמה או אבד הכלי מאליו, משלם כשעת הגניבה".

כתב הסמ"ע (ה) דהמחבר לא התייחס לכפל ותשלומי ד' וה' ואילו הטור ביאר דינם משום שיש נ"מ אם תפס, שם כתב ע"פ הרא"ש בסוגיין דכפל משלם כשעת העמדה בדין וד' וה' כשעת טביחה ואם הוקר או הוזל בין טביחה או שבירה להעמדה בדין לעולם בתר טביחה או שבירת הכלי אזלינן ואם הכלי בעין שלא נשבר משלם הכפל כפי העמדה בדין וכחשה ופטמה דהוי ממילא כיוקרא וזולא דמי שאם היתה כחושה ונתפטמה מאליה וטבחה ומכרה משלם הכל לפי מה ששוה עכשיו היתה שמנה והוכחשה משלם הקרן כדמעיקרא וכפל וד' וה' כדהשתא אבל אם הוציא עליה יציאה והשמינה בין קרן בין כפל וד' וה' אינו משלם אלא כדמעיקרא וכן אם הכחישה הוא משלם הכל הקרן והכפל וד' וה' כשעת הגנבה.

עמשי"כ המחבר בסיפא 'או אבדו' דמשלם כשעת העמדה וכיוקרא פירש הסמ"ע (ז) דהיינו בפשיעה, והקצות (ב) חלק והך אבידה היינו אבידה בידים דהוא מזיק ממש, אבל אבדו בפשיעה אין הגזלן מתחייב בכך דגזלן אינו שומר ואפילו שומר חנם לא הוי וכן מבואר בתוס', וכיון דלא הוי שומר אינו מתחייב אלא על שעת גזילה ואינו חייב כשעת איבודו מהעולם אלא בתברא או שתיה דהו"ל מזיק ממש, אבל על שעת הפשיעה אין הגזלן חייב כיון דאינו שומר, וכ"כ הרא"ש להדיא, וממילא נשמע דהיכא דמעיקרא שויה זוזא ולבסוף שויה ארבעה ונאבדה בפשיעה כיון דגזלן לא הוי שומר אינו משלם אלא זוזא כשעת הגניבה, וא"כ הא דכתב בשו"ע שברו או אבדו משלם ארבעה מיירי שברו בידים ואבדו בידים דהו"ל מזיק ממש, וכע"ז בקיצור בנתיבות (ג), אולם בפת"ש (ב) כתב שהשער משפט הסכים לסמ"ע וכ"כ עוד פוסקים.

סעיף ד

ע"פ ב"ק סה. פסק בשו"ע "גנב כחושה והשמינה או שמינה והכחישה, משלם כשעת גניבה (דאמר ליה הגנב אנא מפטמינא ואתה תשקול הפיטמא, ובשמינה והכחישה מצי אמר ליה הנגנב מה לי מתה כולה מה לי מתה פלגא וכל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה) { (טור -) והא דגנב כחושה והשמינה משלם כשעת הגניבה, דוקא שהוציא עליה הוצאות, אבל נתפטמה ממילא הוי כאילו הוקרה (דאם הוקרה ממילא ומתה מעצמה דמשלם כדמעיקרא בזול, ואם שחטה בידים משלם כשעת שחיטה ביוקר וה"נ בפיטום דממילא, סמ"ע [נדלא כתוס'] וקיצור פסקי הרא"ש דאפילו השמינה מעצמה משלם כדמעיקרא, פלפולא חריפתא), ואם שחטה משלם כשעת העמדה בדין".

בסמ"ע (ט) האריך לדחות שיטת הלבוש בתשלומי כפל וד' וה' בסוגיין.

סעיף ה (עם סי' שסב/ג שפז/א תג/א)

הגנב והגזלן ששברו את הכלים שגנבו האם חייבים לשלם חדש או משלימים את שווי השברים? ומה הדין במזיק?

מפני מה אין שמין לגנב ולגזלן ומה הדין באם הבעלים רוצים את השברים והאם יש הבדל באם נשתנה שם החפצא על ידי השינוי או שנפחת סתם? מה הדין במזיק?

גזל חפץ מחבירו ונשבר, הגזלן רוצה להחזיר את החפץ השבור ששויו פחות וישלים את המחזיר שהיה שוה לכתחילה והנגזל מסרב, איך הדין?

ב"ק יא: "אמר שמואל אין שמין לא לגנב ולא לגזלן אלא לנזקין ואני אומר אף לשואל ואבא מודה לי והלכתא אין שמין לא לגנב ולא לגזלן אלא לשואל" ופירש רש"י "אם גנב או גזל בהמה או כלי ונפחתו אצלו אין שמין הנבלה והשברים לבעלים שיחזיר הגנב הפחת אלא ישלם בהמה וכלי מעליא והשברים שלו".

וז"ל השו"ע ע"פ הרמב"ם "גנב כלי, ושברו או פחתו או נשבר או נפחת מאיליו, אין אומרים יתן לבעלים השברים וישלם עליהם, אלא הוא יטול השברים ויתן לבעלים כלי שלם או דמיו {ודוקא דאית ליה מעות, אבל אי לית ליה לא גריעי שברים אלו משאר מטלטלין (נ"י) [ודלא כרש"י כדלקמן בש"ך, ראה שלי"ג]} , ואם רצו הבעלים ליטול הכלי השבור וישלם להם הפחת, שומעין להם (ה"ה): שזו תקנה היא לבעלים ואם לא רצו הרשות בידן, ור"ל דבע"כ של גזלן מוציאין ממנו השברים דאי לרצונו פשיטא כיון שהם מתרצים, וצ"ע למה לא קנה הגזלן בשינוי מעשה, ¹ ואולי בששמו עליו – סמ"ע – ר"ל שלא נשבר הכלי אלא מעט ועדיין שם הראשון נשאר ע"ג הכלי, ובסימן שסב/יג תירץ הסמ"ע ² דמיירי כשאין לגזלן מעות ובא לשלם לנגזל במטלטלין, בזה קאמר דיכול הנגזל לומר הואיל ובאת לשלם לי במטלטלין שלא כדיני, שדיני במעות דוקא, לפחות תן לי שברי כלי שלי שבהן ניחא לי טפי מבשאר מטלטלין וזה כוונת הרמ"א לעיל, וראה קצות ג'). ז"ל השו"ע שסב/יג "הגוזל כלי ושברו אין אומרים יתן השברים וישלם עליהם, ודינו כמו שנתבאר בסימן שנ"ד (סע' ה')", ובסימן שפז/א "שמין למזיק בידו כדרך ששמין לו אם הזיק ממונו, כיצד, הרי שהרג בהמת חבירו או שבר כליו, שמין כמה היתה הבהמה שוה וכמה הנבילה שוה, וכמה היה הכלי שוה והוא שלם וכמה שוה עתה, ומשלם הפחת לניזק עם הנבילה או הכלי השבור, כדרך שנתבאר בשורו שהזיק, בסימן ת"ג (סמ"ע): כוונתו אע"פ שהזיק והרג ראובן 'בידו' לבהמת שמעון או שבר כליו, לא אמרינן דראובן יקח לעצמו הנבילה או שברי הכלי וישלם לשמעון בהמה או כלי חדש)", ובסימן תג/א "שמין השברים בנזיקים, אם שבר כלי הוא או בהמתו אין אומרים יתן לו כלי שלם ויקח השברים, אלא שמין כמה נפחתו דמיו בשביל השבירה, ויקח הניזק השברים, והמזיק ישלם עליהם".

כתב הסמ"ע (י) דאף דבנזיקין אמרינן דיינתנו שברים לבעלים כבסימן שפ"ז, התם היינו טעמא דכתיב 'והמת יהיה לו', וקיי"ל כמ"ד בב"ק י' ע"ב לו לניזק, אבל בגנב כתיב חיים שנים ישלם, וכן בגזילה דסימן שסב הדין כן משום דכתיב ביה 'והשיב את הגזילה אשר גזל' ודרשינן כעין שגזל.

כתב הש"ך (ז) דדברי הרמ"א קשה להולמן, דזו הוא שיטת הרמ"א דס"ל הא דאמרינן בש"ס אין שמין לא לגנב ולא לגזלן היינו דאינו נותן לו השברים בשומא כמו שהיתה שוה בשעת הגניבה אבל אם רוצה ליתן לו השברים כמו שהם עכשיו יכול ליתן לו, אבל לדעת רש"י תוס' רא"ש וטור קאי אשברים שאין יכול ליתן לו השברים רק הכלי שלם או דמיו, ולא קיי"ל כרמ"א וכמבואר בני"י ורש"ל, ועוד דלו יהא שפסק כרמ"א היה לו לפסוק שאפילו יש לו מעות יכול ליתן השברים, והרמ"א שחילק בכך לטעמיה אזיל דס"ל דבכל מזיקין אם יש לו מעות צריך ליתן לו מעות אבל אגן דלא קיי"ל כוותיה לקמן סימן תי"ט דאפילו יש לו מעות נותן לו אפילו סובין, א"כ ה"ה הכא, וצ"ל דהרמ"א בא להוציא מדברי הרמ"א דהיכא דאין לו מעות וגם אין יכול ליתן לו הכלי שלם וזה רוצה ליקח מטלטלין שבזה גם רש"י וסיעתו מודים שיכול ליתן לו השברים בתוך שאר מטלטלים כמבואר ברמ"א דלא גרע שברים אלו משאר מטלטלין, וכתב (שסב, ו) דמש"כ הסמ"ע (לעיל) לבאר הרמב"ם ע"פ הרמ"א דמיירי שאין לו מעות ורוצה הנגנב השברים ובכך יישב קושיית הרב המגיד, אין לשון הרמב"ם והמחבר מורין כן.

כתב הש"ך (שפז, א) גבי מזיק דהיינו כשאין אפשר לתקן הכלי אבל אם אפשר לתקנו מחויב המזיק לתקנו.

סעיף ו

ע"פ ב"מ ז. וב"ק ע. פסק בשו"ע "גנב או גזל ולא נתיאשו הבעלים, אינם יכולים להקדיש לא הגנב והגזלן ולא הבעלים (הגנב והגזלן לפי שאינו שלו, והבעלים לפי שאינו ברשותו, וכתב ואיש כי יקדיש את ביתו, מה ביתו ברשותו אף כל דוקא שהוא ברשותו), אפילו אם יש להם עדי גניבה וגזילה שיכולים להוציאו בדיינים, במה דברים אמורים במטלטלים, אבל בקרקע אם יש לבעלים עדים שיכולים להוציא בדיינים, יכולים הבעלים להקדישו".

[הקצות (ד) האריך בדברי התוס' דכל היכא דלא ידע הו"ל דבר שאינו ברשותו אף על גב דציית דינא, ועוד כתב (ה) דאפילו למ"ד יאוש קני נמי לא אמרינן בזה זכין לאדם שלא בפניו, עיי"ש].

סימן שנה - גנב שהחזיר הגניבה שלא מדעת הבעלים

טעמים א - ג

משנה ב"ק קיח. "הגונב טלה מן העדר והחזירו ומת או נגנב חייב באחריותו ואם לא ידעו הבעלים לא בגניבתו ולא בחזירתו ומנו את הצאן והיא שלימה פטור מלשלם", ובגמ' "אמר רב לדעת צריך דעת שלא לדעת מנין פוטר וכי קתני ומנו את הצאן והיא שלימה אסיפא, ושמאל אמר בין לדעת בין שלא לדעת מנין פוטר וכי קתני והיא שלימה פטור אכולה, ורבי יוחנן אמר לדעת מנין פוטר שלא לדעת אפילו מנין נמי לא צריך, וכי קתני ומנו את הצאן והיא שלימה ארישא רב חסדא אמר לדעת מנין פוטר שלא לדעת צריך דעת וכי קתני ומנו את הצאן והיא שלימה ארישא אמר רבה מאי טעמא דרב חסדא משום דאנקטה נגרא ברייתא", וכתב הרי"ף "מסתברא לן דהלכתא כרב חסדא דהא רבה כוותיה סבירא ליה ועוד דטעמא דיליה מסתבר והני מילי בבעלי חיים משום דאנקיט להו ניגרא בריתא אבל מידי דלאו בעלי חיים כגון סלע מן הכיס וכיוצא בו הלכתא כרבי יוחנן דקיימא לן דכל רב ושמאל ורבי יוחנן הלכה כרבי יוחנן ורב חסדא לא פליג עליה דרבי יוחנן אלא בבעלי חיים משום דאנקיט להו ניגרא בריתא אבל מידי דלאו בעלי חיים לא פליג, הילכך הלכתא כרבי יוחנן דאמר לדעת מנין פוטר שלא לדעת אפילו מנין לא צריך, והא דתני חדא (ב"ק קיח: ב"מ סד.) הגוזל את חברו והבליע לו בחשבון יצא ותניא אידך לא יצא אסיקנא דכולי עלמא מנין פוטר וכולי עלמא אית להו דרבי יצחק דאמר (שם, ב"מ כא:) אדם עשוי למשמש בכיסו בכל שעה והא דאחדר לכיסיה ולא קשיא הא דקתני יצא דאית ליה זוזי בכיסיה דכיון דאדם עשוי למשמש בכיסו הרי מנאו לאחר שהחזירו ולפיכך יצא דמנין פוטר והא דקתני לא יצא דאחדר לכיסיה דלית ביה זוזי דכיון דלית ביה זוזי לא ממשמש ביה ולפיכך לא יצא דהא לא ממשמש ביה הילכך אי מתביד או מגניב ברשותא איגניב ומחייב באחריותיה, ובפרק איזהו נשך (ב"מ סג:) אמרינן אמר רב נחמן האי מאן דיזיף פשיטי מחבריה ואשכח בהו טפיאתא אי בכדי שהדעת טועה חייב להחזיר ואי לא מתנה בעלמא הוא דיהיב ליה אמר ליה רב אחא בריה דרבא לרב אשי אי איניש תקיפא הוא דלא יהיב ליה מתנה מאי אמר ליה אימור מגזל גזליה ואבלע ליה בחשבון דתניא הגוזל את חברו והבליע לו בחשבון יצא וכן הלכתא", וכ"ד הרמב"ם והרא"ש.

וז"ל השו"ע "הגונב חפץ מבית חברו והחזירו למקומו, ולא ידעו הבעלים שהחזירו, אם ידעו הבעלים שנגנב מהם, אף על פי שהחזירו הגנב, לא נפטר והוא באחריותו עד שידעו הבעלים, כגון שימנה חפצו וימצאם שלמים, ומיהו כשמנאם נפטר אעפ"י שלא ידעו הבעלים בשעה שהחזירו. לפיכך גנב לו מעות והבליע לו בחשבון ונתנם לתוך כיסו, אם יודע מנין המעות שלו, יצא, שאדם עשוי למשמש בו בכל שעה והרי מצא שהחזיר לו בכלל מעותיו, אבל אם זרקן לכיסו שאין בו כלום, לא יצא, וחייב באחריות הגזלה עד שיודיענו שהחזיר לכיס פלוני, ואם לא ידעו הבעלים שנגנב מהם, מיד כשהחזירם למקומם יצא אע"פ שלא מנאום הבעלים (וכתב הרשב"א על דברי הרי"ף דיש מפרשים בהיפך הא דתניא לא יצא בדאית ליה זוזי בכיסיה ולא ידע כמה והא דתניא יצא בדלית ליה ודברי הרב עיקר, ואכן בסמ"ע ב' הביא דעת הרא"ש דאפילו החזירו לכיסו שיש לו בו מעות לא נפטר עד שידע כמה מעות היו בו כבר, נמצא כשימשמש בו ידע שהחזירה לו הגניבה שהרי יש בו מותר, אבל הרי"ף ס"ל דמהני כשנתן המעות לכיסו שיש בו מעות דמסתמא אדם יודע כמה יש לו מעות כיון דרגיל למשמש בכיסו תמיד וכתבו הב"י והדרכ"מ דכן עיקר) (ב) בד"א, בדבר שאין בו רוח חיים, אבל הגונב טלה מן העדר, וידעו בו הבעלים, והחזירו לעדר שלא מדעת בעלים, ומת או נגנב, חייב באחריותו (וכתב ה"ה דיש מי שכתב שאם היה השה נקוד וטלוא ואין כמותו בעדר אם ידעו הבעלים בגניבתו והחזירו לעדר אע"פ שלא מנו את הצאן הרי הוא כמנוי ופטור שהרי הוא ניכר וכן נראה קצת מן הסוגיא אשר שם דמודה רב ברקועתא, אבל לא הביא בהלכות וגם רבינו סתם, ואילו הסמ"ע ד' הביא דעה זו) ואם מנו את הצאן והיא שלימה, פטור, ואם לא ידעו הבעלים לא בגניבתו ולא בחזרתו, אף על פי שמנו את הצאן והיא שלימה, חייב באחריותו עד שיודיע את הבעלים כדי שישמרו את הטלה הגונב, שהרי למדו דרך אחרת חוץ מדרך שאר הצאן שבעדר זה. (ג) (כר"ע בברייתא שם וכאוקימתא דרב זביד משמיה דרבא -) בד"א שנפטר כשמחזיר למקומו, בגנב הגונב מבית הבעלים, אבל שומר שגנב מרשות עצמו, כגון שהופקד אתו כיס או

טלה ויש עדים שגנבו, אע"פ שיש עדים שהחזירו למקומו חייב באחריותו עד שיודיע לבעלים, שהרי כלתה שמירתו ואינו עוד שומר עליו והרי הוא כאילו לא החזירו עד שיודיע לבעלים".

כתב **הסמ"ע** (ו) דדקדקו הרמב"ם והטור (בסעי' ג') דאייירי בעדים דאי לאו הכי כיון שהחזיר הגניבה מעצמו הרי ראינו שעשה תשובה ולא היינו אומרים שלא ניחא לבעלים להיות שומר עליה עוד, משא"כ כשראו עדים שנגנבה אמרינן דהחזירו מיראת העדים, ואילו ה"ש"ך (א) כתב דהא דנקטו עדים היינו לאפוקי דאילו כופר שלא גנב או משום סיפא לאשמועינן רבותא דאע"ג דאיכא עדים שהחזירו חייב, וברמב"ם פשיטא דלא נקט עדים אלא לומר דחייב בכפל, אבל באמת ה"ה במודה שגנבו דדינו כיש עדים לענין דחייב באחריותו עד שיודיע לבעלים.

עוד גבי סעי' ג', כתב **רע"א** דכתבו הרמב"ן והרשב"א דאף במחזיר לבית בעלים תורת גנב עליו עד שיודיע ממש לבעלים, דכיון דהבעלים יחדו לחפץ זה מקומו בבית השומר ואין ברצונם להיות בביתם, משו"ה לא מקרי חזרה לרשות בעלים.

סימן שנו - אסור לקנות שום דבר מהגנב והקונה מגנב מפורסם או אינו מפורסם

סעיף א

ע"פ לשון **הרמב"ם** פסק בשו"ע "אסור לקנות מהגנב החפץ שגנב ועון גדול הוא שהרי מחזיק ידי עוברי עבירה (ע"פ **משנה קיח: וגמ')** וגורם לו לגנוב גנבות אחרות שאם לא ימצא לוקח אינו גונב (דאמרינן לא ועכברא גנב אלא חורא גנב - **קידושין נו:**) {וכן אסור לסייע לגנב בשום דבר כדי שיגנוב (**ריב"ש**, גבי נפח שעשה לאשת ראובן שני מפתחות בהסתר פנים מבעלה ונתנה לו שכר הרבה עבורם, ראוי לעונשו על בלי הגיד לבעלה, שכבר היה לו להבין שלא על חנם ריבתה במחיר שני המפתחות, אלא שהיתה כונתה לגנוב מנכסי בעלה וסייע בגניבתה, **ב"י וסמ"ע**) }".

כתב **הסמ"ע** (ב) דאע"ג דאפשר לגנב להוליכו במקום אחר שלא יכירו אותו שהוא גנב, מ"מ לא יהיו מצויים לגנוב, וה"ק כשלא ימצא לוקח מהגנב ודאי לא היו גונבים, משו"ה כל אדם יחדל מלקנות כדי שלא יהא רגיל לגנוב.

כתב **הפת"ש** (א) דבבאה"ג (ס"ס של"ד) כתב בשם תקנות **מרבני גרשום** שהובאו בתשובת מהר"ם מרוטנבורג דחרם שלא ליקח גניבות הגונים כגון גביע או בגדיהם וספרי תפלות ומשמשיהם מפני הסכנה, והביא תשובת **הצמח צדק** אודות ישראל שקנה מגוי כלי כסף שהכל מכירים שהם אסורים לקנות כי משל כומרים הוא ואותו ישראל מכרו לישראל אחר, ומתוך שיד הכומרים תקיפה הוצרכו הקהל לרצותם ברצי כסף ועתה רוצים הקהל להפרע מהישראל שני כי הראשון עני הוא, והאריך דמי שעובר על זה מיקרי רודף וגורם סכנה לציבור לכך דבר פשוט שצריך לשלם לקהל כל היזקם, ומיקרי רודף, וגבי הטענה שהוא לא קנה מהגנב אלא מישראל, לאו טענה היא, כיון דהוא נמי ידע שהוא מדברים שאסור להתעסק בהם לא היה לו לקנות מישראל ראשון וגם 'השני' הוי חורא, ולכן אפילו אי היו יכולים הקהל להפרע מהראשון יכולים להפרע מן השני כיון דאיסורא אצלו.

סעיף ב

מה היא "תקנת השוק" בגנב ובאילו מקרים לא נתקנה תקנה זו? מה הדין במתנה, האם על כל דבר חלה תקנה זו? האם תקנו גם ב"גנב מפורסם"?

מה הדין הקונה מגזולן ואח"כ באו הבעלים ודרשו את הגזילה בין לפני יאוש ובין לאחר יאוש (ראה שנג'ג)? מה הדין בקרקע? מה הדין בספרים? (לקמן)

האם יש תקנת השוק בבהמה, עבדים ובלוקח מעכו"ם?

ע"פ **ב"ק קטו**. (הובא לעיל בסימן שנג/ג) וכו' יוחנן בשם ר' ינאי וכאוקימתא דרב פפא פסק **השו"ע** כלשון **הרמב"ם** "הגונב ומכר ולא נתייאו הבעלים" {וע"ל סימן שס"ח} (אבל סתם גניבה הוי ייאוש בעלים אם נודע שהבעלים ידעו מהגניבה אבל בגנב עכו"ם אפילו סתמא לא הוי ייאוש, ש"ך, וראה לקמן), ואח"כ הוכר הגנב ובאו עדים שזה החפץ שמכר פלוני הוא גנבו בפנינו חוזר החפץ לבעלים והבעלים נותנים ללוקח דמים שנתן לגנב, מפני תקנת השוק (מפני שקנאו בפרהסיא בשוק, ואם לא יחזירו לו דמים נמצא שלא יקנה אדם מחבירו דבר מחשש שמא גנבו הוא ויוציאו מידו בלא דמים, סמ"ע) והבעלים חוזרים ועושים דין עם הגנב. ואם גנב מפורסם הוא (דווקא מפורסם שגנב ולא איירי ברשע בדברים אחרים שדינו כאינו מפורסם, ש"ך בשם רב האי) לא עשו בו תקנת השוק ואין הבעלים נותנים ללוקח כלום, אלא חוזר הלוקח ועושה דין עם הגנב ומוציא ממנו דמים שנתן לו {ווי"א (רא"ש) דאף בגנב מפורסם עשו תקנת השוק (ולמד כן ממסקנת הגמ' בסוף כל הבעיות "והלכתא בכולהו עשו בו תקנת השוק לבר מגנב ופרע בחובו גנב ופרע בהיקפו" דמה צורך להוציא פרע בחובו פרע בהיקפו דליכא בהו פלוגתא, מכלל דכל אינך עשו בו תקנת השוק, אפילו בגנב מפורסם, והרמב"ם והרא"ש בשם תוס' פסקו כסתמא דרבא דלא עשו בגנב מפורסם) וצריך להחזיר ללוקח מעותיו, אלא אם כן ידע הלוקח שזה הדבר שקנה גנוב שאז צריך להחזיר בלא דמים (מרדכי -) [ואפילו הגנב רוצה] (גירסת הסמ"ע וראה לקמן) אין צריך להחזיר לו מעותיו, דודאי נתן לו לשם מתנה, הואיל וידע שאינו שלו וקנאה (והש"ך ז' חלק דצריך הגנב להחזיר המעות וכן הוא לפי מסקנת המרדכי)"}.

הש"ך (ו) פסק דעיקר כמחבר דכיון דתקנת השוק היא תקנה ומדינא צריך להחזיר בחנם אין לך אלא מה שתיקנו והבו דלא לוסף עלה ונקטינן דבגנב מפורסם לא עשו בו תקנת השוק וכ"נ ברי"ף (ודלא כב"י שאינו מוכח בדעתו) וכ"פ בתשובות הגאונים ראב"ן ועוד, ודלא כרש"ל שפסק כרא"ש.

כתב **הסמ"ע** (ד) דמש"כ המחבר דהוכר הגנב, לרבותא כתב כן, דאע"ג דהוכר הגנב לא אמרינן דיחזירונו הלוקח להבעלים בלא דמים ויוציא מעותיו מהגנב, וכ"ש אם לא הוכר הגנב (שצריך שיתן ללוקח מעותיו, ב"י בשם הרשב"א, דבלא הוכר אפילו לרב עשו תקנת השוק).

[כתב **הש"ך** (ג) דבכל הסימן מיירי דאיכא עדים שראוהו ביד הלוקח דאל"כ הוי טענינן ללוקח כי היכא דטענינן ליורש].

עוד כתב **הש"ך** (ד) דבתשובת מהרשד"ם פסק **דבעבדים ובהמה** לא עשו תקנת השוק ואין דבריו מוכרחים ובתשובת מהראנ"ש כתב דעבדי כמטלטלי בענין תקנת השוק דבכל מילי דרבנן עבדא כמטלטלי (ובסימן שעא/א נראה בש"ך בפשיטות דבריו שאין תקנת השוק בעבדים) (ערוה"ש: אבל בקרקע לא שייך תקנת השוק כמבואר בסימן ס' וראה לקמן גם [וכ"כ בהג' אשר"י "שמא גבי מקרקעי לא עשו תקנת השוק כמו שמשמע בתוס'"] וראה סימן שעא/א, ובסימן שס/א מבואר דגם לא עשו תקנת השבים בקרקע). **רע"א** כתב דמבואר בתשובת רש"ך דבבהמה ודאי איכא תקנת השוק. גם **הקצות** (א) כתב דעבדי כמטלטלי לענין תקנת השוק שהרי לכל מילי דרבנן הוא כן, ובבהמה עשו תקנת השוק וכן מוכח בב"ב מ"ג במכר לו פרה וטלית מעיד לו עליה ומכר לו בית אינו מעיד ומוקי לה ביאוש ושינוי רשות וכ"פ בשו"ע סימן לז/ז ואי נימא דבהמה לא עשו תקנת השוק א"כ בפרה אכתי נוגע בעדות, דאע"ג דקניא לוקח ביאוש ושינוי רשות אינו קונה אלא החפץ אבל צריך להחזיר דמי הפרה ואפילו בגנב שאינו מפורסם כיון דלא עשו תקנת השוק בבהמה ומוכרח דבהמה עשו תקנת השוק.

עוד הביא **הש"ך** (ד) דכתבו הב"י והדרכ"מ דדעת הרשב"א דבמתנה לא שייך תקנת השוק ודעת הרא"ש דבמתנה נמי עשו תקנת השוק, והב"י בסימן ס' כתב דסוגיין דעלמא כרא"ש, אולם הש"ך האריך לחלוק דודאי הרא"ש מודה כאן דבמתנה לא שייך תקנת השוק, דהיאך יעלה על הדעת שעשו תקנת השוק דהא אפילו במכר צריך להחזיר מדינא בלא כלום אלא שעשו תקנת השוק דאל"כ לא יקנה אדם מחבירו מחשש גנבה וזה לא שייך במתנה וגם תימה דודאי מתנה גרע מגנב ופרע בחובו או בהיקפו דלא עשו תקנת השוק, ולא קאמר הרא"ש התם אלא בשעבד לו מטלטלי אגב קרקע (דנהגו עכשיו דאין מגבין לב"ח ממטלטלי שמכר או נתן דאל"כ לא יקנה אדם שום מטלטלים מחבירו לכך אמרינן דמ"ש בשטר חוב דשעבד לו מטלטלי אג"ק לא מהני לענין זה שיטרוף מהלקוחות וכמאן דלא כתיב דמי והלכך כיון דכמאן דלא כתיב דמי פשיטא נמי שאין טורפין ממה שנתן הלוח במתנה) משא"כ הכא בכליו שהם ידועים שהיו שלו וזה גנבם ונתנם במתנה פשיטא שמוציאין מידו בחנם, וכן עיקר וכ"פ עוד פוסקים דבמתנה לא שייך תקנת השוק, ודלא כסמ"ע בסימן רנב (ו).

עוד כתב **הש"ך** (ו) ע"פ הרמב"ן תוס' ועוד דבלוקח מעכו"ם איכא נמי תקנת השוק וכן נראה משא"פ שלא חילקו, ודלא כבעל המאור הסובר דלא עשו בעכו"ם תקנת השוק.

כתב **הב"י** (באה"ג) בשם הרשב"א דאפילו בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר עשו תקנת השוק דמאי שנא ואם אי אתה אומר כן אין אדם קונה דברים העשויים להשאיל ולהשכיר.

גבי מח' הסמ"ע והש"ך בסיפא דרמ"א (לעיל) בידע הלוקח דגניבה היא דדעת הסמ"ע (ט-ז) דאפילו הגנב אין צריך להחזיר ללוקח המעות, והביא ראיה מדינא דקונה שכר גזולה בב"מ ט"ו וסימן שע"ג דמעוה מתנה, והש"ך (ז) תמה דאדרבה "נהפוך הוא" דהתם קי"ל כרב דמעוה מ"מ יש לו והמרדכי דיבר בשיטת שמואל, וכ"פ מהרש"ל (ב"ק י, לב) – "דמסתמא אין חילוק בין מקרקעי למטלטלי לענין זה [דמכירה שאינה שלו, ח.פ], ומיהו מאחר דפסקינן הלכה כרב ב"מ ט"ו ע"ב, דיש לו מעוה, הי"נ יש לו מעוה מן הגנב שמכרו". ועוד האריך הש"ך דלא כרש"ל ואפילו שמואל מודה כאן דדוקא בקרקע שאינה נגזלת אמרינן אדם יודע שקרקע אין לו ונתן לו לשם מתנה משא"כ הכא י"ל דהלוקח סובר שיקנה המטלטלים ביאוש ושינוי רשות ואף על גב דע"כ מלמד מיירי הכא דלא נתייאש דאלי"כ סתם גניבה הוי יאוש מ"מ הלוקח סבר דנתייאש, ועוד יש לחלק דשאני מטלטלים דהלוקח חושב שמא לא ימצא הגנב ולא יודע המטלטלים היכן הם משא"כ בקרקע דכל היכא דאיתיה ברשותיה דמרא איתא, וביאר הש"ך דכתב כל זה אף דקי"ל כרב, משום דלגבי מקדש אחרותו קי"ל כשמואל דהמעוה מתנה כמבואר באב"ה סימן נ', ולמרדכי וסיעתו אם היה הגנב אחיו או אחרותו היה נראה שהמעוה מתנה ולדידי אין המעוה מתנה, עיי"ש.

הנתיבות (ב) כתב ליישב דעת הסמ"ע ברמ"א דשאני הכא כיון דאינו יודע אם יחול המקח מספקא ליה שאפשר שיקנה המקח דהא אפשר שכבר נתייאש ויקנה אותו ביאוש ושינוי רשות, או אפשר שנתייאש אח"כ ויקנה בשינוי רשות ואח"כ יאוש לרמב"ם, ואדעתא דספק זה נתן, המעוה מתנה דאדעתא דספק זה קנהו, ועוד, דלפי דעת הש"ך לא משכחת שינוי רשות ואח"כ יאוש בידע שהיא גזולה, דהא אדעתא דפקדון נתן ולא אדעת קנין. גם בפת"ש (ד) כתב שהכנס"י יישב דעת הסמ"ע וסיים דפסקינן בקונה מגנב מפורסם והכיר בעת הקניה שהדבר גנוב ובזמן הזה דכל גניבה צריכין להחזיר ולא מהני יאוש יפה פסק הרמ"א בלי פקפוק דאין צריך הגנב לשלם, וכ"ד השב"י ומחלק בין קרקעות דכותבין שטר ואחריות טעות סופר והוי כאילו כתב בה אחריות לא אמרינן מעוה מתנה, ובין מטלטלין דלאו בני שטרא וליכא למימר גביהו אחריות טעות סופר, וה"ה במקרקעי היכא דכתב בפירוש בלי אחריות, בזה מעוה מתנה.

האם יש תקנת השוק בהגיע לבעלים לפני הלוקח?

כתב **הש"ך** (ד) ע"פ ר"מ אלשיך שאם בא הדבר הגנוב אחר שנמכר לבעלים א"צ לשלם ללוקח מעותיו אף שידוע שקנהו מתחלה דלא שייך ביה תקנת השוק כיון שהוא עתה ביד בעלים הראשונים, וביאר **הנתיבות** (א) דר"ל שבא החפץ לבעלים קודם שבא ליד הלוקח דבכה"ג מיירי בסימן קכ"ו, ובזה מסתברים דבריו שהבעלים יכולין לומר אני הצלתי לעצמי חפצי מהגנב ומה לי בכך שאתה קנית בקנין סודר מהגנב דהא אין קנין שלך נתפס, אבל כשכבר הגיע החפץ ללוקח ונתן דמים לגנב, אף שהבעלים נתפסו החפץ מהלוקח חייבים להחזיר הדמים מפני תקנת חכמים, דודאי לא מהני תפיסה לפטור מהדמים שתיקנו חז"ל לשלם מפני תקנת השוק.

מה הדין בספרים גבי "תקנת השוק"?

קנה ספר תורה שניצל מהשוואה באירופה ונמצאו יורשיו?

מה הדין אם אמר הקונה לטובה נתכוונתי?

כתב **הרמ"א** "ואם אמר הלוקח לטובה נתכוונתי (וכן אפשר לעשות לכתחילה, פסקי המשפט) נאמן וצריך להחזיר לו מעותיו אפילו בגנב מפורסם לכ"ע (תוס' קי"ד ומרדכי)".

כתב **הש"ך** (ח) דמבואר בתוס' דהיכא דהיה יכול להוציא מהגנב אף אם לא היה זה קונה א"צ להחזיר מעותיו, וכתב **הקצות** (ג) דמבואר מהתוס' דהיכא דלא אמר להציל נתכוונתי אינו נוטל מה שנתן אלא

משום תקנת השוק והיכא דלא עשו תקנת השוק כגון בגנב מפורסם אינו נוטל כלום, אמנם נראה דאפילו אינו מתכוין להציל נוטל לפחות מה שההנהו כיון דלא היה יכול להציל בענין אחר, וכמבואר מדברי תוס' ב"ק נ"ח ד"ה 'אי נמי מבריה ארי', אלא דהיכא דכיון להציל ולהשיב אבידה נוטל כל מה שהוציא ונתן בעד החפץ, והיכא דיכול להציל בלא דמים והיה יכול לתבוע מבני אדם שלנו בתוך ביתו אין לו כלום במקום דלא עשו תקנת השוק כגון בגנב מפורסם, וכתוס' והש"ך. עוד הוסיף הקצות דאולם גבי ספרים מעכו"ם אפילו קנה אותן לעצמו ולא נתכוין להשיב אבידה נוטל כל מה שנתן בכדי דמיהן משום תקנת הספרים, דמצינו בגיטין מ"ה דאין לוקחין ספרים יותר מכדי דמיהן הא בכדי דמיהן נותנין דלא ניחא לביזוייהו באנפיהו, וכן מבואר במרדכי והגה"מ ודלא כתשובת מוהר"ם דמשמע דלית ליה כלל תקנת ספרים, וא"כ לא מפקינן מיד הלוקח הספרים בלא דמים אפילו היכא דלית ביה משום תקנת השוק ומשום תקנת ספרים, ומיהו בקונה מן הישראל אין חילוק בין ספרים לשאר מטלטלין כיון דישראל הוא בודאי יחוש לכבודו. לגבי ספר תורה שניצל מהשואה ונמצאו יורשי, תלוי הדבר בסעי' זה ובעיקר בדברי הקצות וצריכים היורשים לשלם, ויש גם לציין ולחבר את הדברים להגהת הרמ"א בסעי' ז' דנהיגי עכשיו להחזיר כל גניבה אפילו לאחר יאוש ושינוי רשות מכח דינא דמלכותא, וראה מש"כ בסימן רסד/ה גבי מצא ס"ת שניצל מהשואה.

כתב בפת"ש (ה) בשם השער משפט גבי לטובה נתכוונתי דהלוקח צריך שבועה בנקיטת חפץ שנתכוין לטובה, כמו בגנב שאינו מפורסם בסעי' ד' דאם אין עדים בכמה קנה צריך לישבע בנקיטת חפץ בכמה קנה, ה"ה הכא אף שיש עדים בכמה קנה, ולא דמי להא דסימן רסז/כו.

סעי' ג': ראה סימן שנגג.

סעיף ד

ע"פ הרמב"ם פסק בשו"ע "בזמן שהלוקח עושה דין עם בעל הבית, אם אין עדים בכמה קנה נשבע הלוקח בנקיטת חפץ בכמה לקח ונוטל מהבעלים", וביארו ה"ה ובאה"ג דדימה זה לחנווני על פנקסו דמתניתין דשבועות מ"ד.

סעיף ה

ע"פ הרמב"ם פסק בשו"ע "בזמן שהלוקח עושה דין עם הגנב, והוא אומר בכך וכך לקחתי ממך, והוא אומר לא מכרתי לך אלא בפחות מזה, הלוקח נשבע בנקיטת חפץ ונוטל מהגנב (אעג דטוען ברי, סמ"ע)" וביארו ה"ה ובאה"ג דגם זה למד משבועות שם גבי חשוד על השבועה דאינו נשבע.

סעיף ו

האם יש תקנת השוק בגנב ופרע בחובו?

ע"פ מסקנת הגמ' ב"ק קטו. פסק בשו"ע "גנב ופרע בחובו גנב ופרע בהקיפו, אין בזה תקנת השוק, אלא הבעלים נוטלים הגניבה בלא דמים וישאר חוב אלו על הגנב כמו שהיה", וביאר הסמ"ע (יז) דלא תיקנו אלא היכא שנתן לו עתה בשעה שבא לידו דמים בעדו משא"כ זה דאמרינן כמו שהאמינו כבר יאמינו גם עתה.

סעיף ז

ב"ק קטו. "משכנתא שוי מאתן במאה עשו בו תקנת השוק, שוה בשוה אמימר אמר לא עשו בו תקנת השוק (אין דרך לעשות כן להלוות על המשכון כל שויו הלכך לאו אדעתא דהאי משכנתא אוזפיה אלא הימוני הימניה, רש"י) מר זוטרא אמר עשו בו תקנת השוק [והלכתא עשו בו תקנת השוק]". כתב הב"י דלפי זה היה ראוי לומר דאע"ג דאסיקנא דאפילו שוה בשוה עשו תקנת השוק מכל מקום כשהלוה על המשכון יותר משיווי ודאי לאו אדעתא דהאי משכנתא אוזפיה אלא הימוני הימניה וכעין הדין שכתב דהיה הגנב חייב ללוקח וכו' [וכ"ד התורי"ד], אך הרמב"ם כתב דביתר משוויה נמי עשו בו תקנת השוק, וכבר הרגיש הראב"ד בזה, וכתב ה"ה שאפשר שסובר הרמב"ם דכיון דאמרינן בגמרא בתר הכי זביני שוה מאה במאתן ואסיקנא בכולהו עשו תקנת השוק אף משכונא כמכר (וכ"ד הגר"א),

והב"י כתב דיותר נ"ל דטעמא דהרמב"ם דכיון דאין דרך להלוות על המשכון שוה בשוה ואפילו הכי אסיקנא דעשו בו תקנת השוק אם כן הוא הדין להלוה עליו יותר משוויו וטעמא דמלתא דמשכון לזכרון דברים נקטיה ולא דמי לדין שכתב בסמוך היה הגנב חייב ללוקח וכו' דהכא שאני שלא הוציא מעות מידו עד שהביא לו המשכון אלמא כל סמך שלו אינו אלא על המשכון.

וז"ל השו"ע כרמב"ם "משכן הגניבה, בין שמשכנה יתר על דמיה או בפחות מדמיה, הבעלים נותנים לבעל המשכון {מעותיו} וחוזרים ועושים דין עם הגנב, אלא אם כן היה גנב מפורסם, כמו שנתבאר (ולרמ"א גם בגנב מפורסם עשו תקנת השוק אא"כ ידע שזה החפץ גנוב הוא, סמ"ע) וכתב הרמ"א ע"פ תה"ד "וכן אומן שנותנין לו כלים לתקן והשכינם, צריכין הבעלים ליתן לו מעותיו אבל לא הריבית שעולה עליו, דלא עשו תקנת השוק על הריבית, ואפילו למאן דאמר אומן קונה בשבח כלי, לא נאמר דהרי הוא של אומן ולא של בעלים, דמכל מקום צריך להחזירו לבעלים מכח דינא דמלכותא, דהכי נהיגי עכשיו להחזיר כל גניבה אפילו לאחר יאוש ושינוי רשות מכח דינא דמלכותא, ובמקום שנהגו שיתן לו הריבית, צריך ליתן לו גם הריבית, לקמן סי' שס"ט".

הש"ך פסק כרש"ל וא"צ ליתן אלא כדי שווים ופירש כך אף ברמב"ם, וכ"פ רע"א כראב"ד דדווקא במשכנה בכדי דמיה אבל לא יותר מכדי שויה.

כתב הסמ"ע (כ) בשם רי"ו דאשה שלותה על משכונות שהיו של בעלה שלא מדעתו, לא קנאם המלוה ומחזיר לבעלים בלא דמים ולא שייך הכא תקנת השוק, ודוקא שלא ידע הבעל שמשכנה אותם, אבל אם משכנה בידיעת הבעל אימר נתרצה, ודוקא בידוע שהוא משל בעל.

כתב הש"ך (י) עמש"כ הרמ"א ע"פ תה"ד דאע"ג שכתב בסימן ע"ג דלא אמרינן דינא דמלכותא מה שהוא נגד דין תורתנו, מ"מ הכא דיינין כנאמר ברמ"א, דמשום הכי דייק שפיר בלישנא 'דהכי נהיגי עכשיו' כלומר דגם בישראל נהיגי כן וכעין לשון זה בתה"ד, אף שמנהג גרוע שהוא נגד דין תורה לא אזלינן בתריה די"ל "דהאי מנהג הוא שנתקן כך ופשיטא דיש ביד הדור לתקן תקנות ועוד דגם בדינא דמלכותא הוא כן".

עוד בענין מנהג זה, כתב הקצות (ה) דנתחבטו ונתלבטו בהא בבית הלל ובי"ש בריש סימן כ"ח באב"ה בהא דכתב בשו"ע דאם קידש אשה בגזל דמקודשת משום יאוש ושינוי רשות, והקשו דהא עכשיו צריך להחזיר אפילו אחר יאוש, וביאר הקצות דזה שקנה אותו ביאוש ושינוי רשות גם עכשיו קונה אותו אלא שראו ב"ד לכופו אותו להחזיר בכדי לעשות לפנים משורת הדין דמחזיר לבעלים, ואם רצו ב"ד כופין על לפנים משורת הדין וכמבואר אצלנו בסימן רנ"ט, והני מילי בעשיר דיכולת בידו לעשות לפנים משורת הדין אבל לא בעני, וגם בעשיר כיון דאין לו פסידא במה שמחזיר האבידה דלא הוציא עליה כלום, וגם בלוקח אחר יאוש מחזירין לו הדמים שנתן, ומש"ה ראו ב"ד לכופו לעשות לפנים משורת הדין במקום שאין בו חסרון, אבל בקידושי אשה שיתבטלו הקידושין מחמת זה ודאי אין כופין את האשה להחזיר לפנים משורת הדין ולבטל קידושי מצוה.

סעיף ה

ע"פ מסקנת הגמ' ב"ק קטו. ודלא כרב ששת פסק בשו"ע "הלוקח מגנב שאינו מפורסם בין שלקח ממנו שוה מאה במאתים (כרבא, ולא אמרינן דבמתנה נתן לו כיון דנתן לו כ"כ הרבה) או שוה מאתים במאה (רמב"ם), ודלא כב"י בסברתו הראשונה דבשוה מאתן במנה לא עשו בו תקנת השוק דכיון דמכר בזול מוכחא מילתא דגנוב הוא אותו ולא הוה ליה לקנותו, וטעם הרמב"ם משום דעביד איניש דמוזיל וזבין לפי שהוא צריך למעות), הרי זה נוטל הדמים מבעל הבית ואחר כך מחזיר הגניבה מפני תקנת השוק, כמו שנתבאר".

סעיף ו

ע"פ מסקנת הגמ' ב"ק קטו. פסק בשו"ע "היה נושה בגנב מאה זו, וגנב והביא לבעל חובו ונתן לו מאה אחרים, הרי הגניבה חוזרת לבעליה ואומרים [לו] לך ותבע הגנב במאתים, שלא נתת לו המאה האחרים מפני החפץ שהביא לך בלבד כשם שהאמנתו בראשונה האמנתו באחרונה, (ה"ה -) והני מילי כשנתן לו החפץ סתם, אבל אם פירש ואמר הלוני על חפץ זה מנה, ודאי זו היא משכונא שעשו בה תקנת השוק,

ויחרימו סתם שכך היה" – כדעת הכס"מ ובד"ה ודלא כרב המגיד דכתב שמשביעו דאין מקום לשבועה כיון שאין הלה טענו ברי אין כאן אלא חרם סתם, והש"ך (יא) פסק כרב המגיד דמסתבר דצריך לישבע כדן כל הנשבעין ונוטלים אפילו בשמא וכדלעיל סעי' ד', וכ"כ בסימן ע"ב ס"ק ס"ז בשם ר' ירוחם ובשם הרבה פוסקים דכל היכא דטוען על הכלי כדי דמיו צריך לישבע אפילו התובע טוען שמא, וכ"כ באה"ג דכיון שצריך לישבע כמה נתן צריך לכלול בשבועתו שבפירוש א"ל הלוני על זה. אולם הפת"ש (ו) הביא שהבית אפרים דחה, ועל הש"ך כתב דדוקא לענין לישבע כמה נתן אמרינן הכי, דאלי"כ כל אחד יאמר שנתן הרבה ואין מי שיכחישנו, משא"כ בהאי שאומר שהלוה על זה בחרם לבד סגי, ועמש"כ באה"ג כתב דזה אינו, דאטו לא משכחת שידוע כמה נתן או שזה מודה לו.

סעיף י

ע"פ עובדא שם פסק בשו"ע "לקח מגנב שאינו מפורסם במאה ומכר לאחד במאה ועשרים, והוכר הגנב, בעל הגניבה נותן לזה האחרון מאה ועשרים, ונוטל גניבתו, וחוזר הבעל ונוטל מהמוכר עשרים שהרויח, ונוטל המאה מהגנב. (רמב"ם -) ואם גנב מפורסם הוא, נוטל המאה ועשרים מהתגר שלקח מהגנב, והולך התגר ותובע הגנב במאה של קרן (דעד כאן לא אמרינן שלא עשו תקנת השוק בגנב מפורסם אלא בלוקח ממנו בדוקא מפני שלא הוה ליה ליקח אבל לוקח שני שאינו יודע זה ממי לקחו אינו מחזיר החפץ בלא דמים ואין לי בזה הכרע, ה"ה, וכתב הסמ"ע דזה דלא כטור שכתב שבזה בעל החפץ נוטל מהלוקח שני בלא דמים והוא נוטל מלוקח ראשון כל הדמים שנתן לו ולוקח ראשון עושה דין עם הגנב במה שנתן לו, וטעמו דמן הדין אין צריך להחזיר ללוקח דמיו אפילו בלוקח מגנב שאינו מפורסם אלא מפני תקנת השוק מחזירין, ובכה"ג לא תיקנוהו, ובפרט כיון שהוכר הגנב ויכול הלוקח להוציא מידו מה שנתן לו, והש"ך כתב דעיקר כמחבר, וה"ה אם מכר השני לשלישי והשלישי לרביעי, אפילו מאה, שהוא נוטל מכל אחד ואחד מה שנשכר ונוטל הקרן מהגנב, וכל הדברים האלו לפני יאוש כמו שנתבאר".

עמש"כ המחבר ברישא דחוזר הבעל ונוטל מהמוכר, כתב הנתניבות (ד) דאם מכרו ביותר משויו והבעלים רוצה במקח שמכר הגנב ותובע הדמים שקיבל בעד החפץ, אין הגנב יכול לומר אתן לך דמי שויו כדן כל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה, דזה אינו דכיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו.

כתב הרמ"א ע"פ המרדכי "ישראל שקנה מן הגנב ומכרו לישראל אחר, ובא עובד כוכבים ואמר שגנב ממנו, והוציאו מלוקח שני בדיניהם, אם הגנב מפורסם צריך הישראל ראשון להחזיר לשני מעותיו, ואם אינו מפורסם, אין צריך להחזיר לשני מעותיו, דיכול לומר שמא העכו"ם משקר ועיין לעיל סימן רכ"ד" - אבל אם הוא גנב מפורסם לא אמרינן דהגוי משקר דהא הטעם הוא דלא עשו תקנת השוק בגנב מפורסם משום דלא היה לו לקנותו ממנו, וזה הטעם שייך ג"כ בזה, ולפי הרא"ש דגם בגנב מפורסם עשו תקנת השוק אם לא שידע שזה החפץ גנוב הוא גם בזה נ"ל דמיירי בהכי, סמ"ע (כג).

סימן שנו - המכיר כליו וספריו ויצא לו שם גניבה בעיר

סעיף א

קיי"ל כל המטלטלין בחזקת מי שהן תחת ידו, והטוען על חברו שלי הוא, צריך להוכיח פרט לדברים העשויים להשאיל ולהשכיר, היש חילוק בין יצא לו שם גנבה בעיר ללא יצא לו שם גנבה?

משנה ב"ק קיד: "המכיר כליו וספריו ביד אחר ויצא לו שם גניבה בעיר ישבע לו לוקח כמה נתן ויטול ואם לאו לאו כל המנו שאני אומר מכרן לאחר ולקחן זה הימנו" ובגמ' "וכי יצא לו שם גניבה בעיר מאי הוי ליחוש דילמא זבנינהו והוא ניהו קא מפיך שמא? א"ר יהודה אמר רב כגון שבאו בני אדם בתוך ביתו ועמד והפגין בלילה ואמר נגנבו כללי, כ"ש עילא מצא! רב כהנא מסיים בה משמיה דרב כגון שהיתה מחתרת חתורה בתוך ביתו ובני אדם שלנו בתוך ביתו יצאו ואנבורקראות של כלים על כתפיהם והכל אומרים נגנבו כליו של פלוני ודלמא כלים הוו ספרים לא הוו א"ר חייא בר אבא א"ר יוחנן כגון דקאמרי נמי ספרים וליחוש דלמא זוטרי וקא טעין רברבי א"ר יוסי בר חנינא דקאמרי ספר פלוני ופלוני ודלמא הוו עתיקי וקא טעין חדתי אמר רב כגון דאמרי הללו כליו של פלוני הללו ספריו של פלוני ומי אמר רב הכי והאמר רב בא במחתרת ונטל כלים ויצא פטור מ"ט בדמי קננהו ה"מ דקננהו בבא במחתרת

דמעיקרא מסר נפשיה לקטלא אבל הני כיון דלא מסרו נפשיהו לקטלא לא אמר רבא לא שנו אלא בעל הבית העשוי למכור כליו אבל בעל הבית שאינו עשוי למכור כליו לא צריך לאהדורי עליה כולי האי ודלמא איצטריך ליה זוזי וזבין אמר רב אשי הרי יצא לו שם גניבה בעיר".

ביאר הב"י בדעת הראב"ד דמייירי אפילו לאחר שנתייאשו הבעלים ומדינא לא היה צריך להחזיר הגניבה עצמה אלא שמפני תיקון העולם התקינו שיחזירנה, וע"כ סובר דשינוי וייאוש קונה רק לענין החזרת גניבה שאינו צריך, ואם איתא דביאוש ושינוי רשות קונה לגמרי ואינו צריך להחזיר אפילו דמים לא היה להם להתקין שיחזיר, אבל משום דסבירא ליה לראב"ד דדמים מיהא צריך להחזיר היה להם מקום להתקין שיחזיר הגניבה עצמה, ואילו לרמב"ם ודאי מייירי לפני יאוש דאילו לאחר יאוש אין הלוקח צריך להחזיר כלום, והסמ"ע (ד) כתב שהשמיט המחבר זה, והסכים לראב"ד דמייירי אפילו לאחר ייאוש וכדעת הטור, ודלא כטור בשם ר"י שצריך להיות שלא נתייאשו שאם נתייאשו אין הלוקח צריך להחזיר לו כלום.

הב"י תמה על הטור דמנין לו דבשיתן בהם סימן סגי לשנדע שהיו שלו קודם שיצא לו שם גניבה דילמא ראה אותם ביד אחר והכיר סימניהם, וברמב"ם מבואר דאין מוציאין מידי ספק זה אלא אם כן יש עדים שהיו שלו קודם שיצא לו שם גניבה.

עוד ביאר הב"י דדעת הרמב"ם דכי אמר רבא אבל בעל הבית שאינו עשוי למכור כליו לא צריך לאהדורי עליה כולי האי היינו לומר שאין צריך שום תנאי מהתנאים האמורים דאפילו לא באו בני אדם בתוך ביתו כלל מאחר שאינו עשוי למכור כליו ועדים מכירים שאלו הם כליו ביצא לו שם גניבה סגי דרגלים לדבר שלא מכרם אלא נגנבו ממנו וכדמסיק רב אשי הרי יצא לו שם גניבה בעיר דמשמע דביצא לו שם גניבה בלחוד סגי אפילו לא באו בני אדם בתוך ביתו, ואילו דעת רש"י דמאי דקאמר לא צריך לאהדורי לא קאי אלא לתנאי דאומרים ספר פלוני ופלוני הם ולדבריו אין חילוק בין בעל הבית העשוי למכור כליו לשאינו עשוי למכור אלא לתנאי זה אבל כל שאר התנאים צריכים הם בשאינו עשוי למכור כשם שהם צריכים בעשוי למכור.

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "בעל הבית שאינו עשוי למכור את כליו, ויצא לו שם גניבה בעיר והכיר כליו וספריו ביד אחרים, או שהיה עשוי למכור והיו כליו אלו שהכיר מכלים העשויים להשאיל ולהשכיר (אינו מבואר בגמ', ומדקאמר מעיקרא ולא אמרן אלא זה אומר שאולים וכו' והדר מפליג בין עשויים להשאיל ובין אין עשויים להשאיל שמע מיניה דאפילו אמר גנובים בדברים העשויין להשאיל ולהשכיר אינו נאמן, רא"ש ברמב"ם) - אם באו עדים שזה כליו של זה, ישבע זה שהם בידו, בנקיטת חפץ, בכמה לקח, ויטול מבעל הבית ויחזיר לו כליו {ו"י"א (רא"ש) דכיון שהוא טוען גנובים אתרע ליה חזקה דעשויין להשאיל ולהשכיר, שהרי הוא אינו טוען כן, ולכן חיישינן שמא מכרן (וכתב הב"י דלא איירי הרמב"ם אלא ביצא לו שם גניבה בעיר וגם הרא"ש יודה בזה לדבריו, וה"ה ביאר דמקור הרמב"ם שחלקו בדין הנכנס לתוך ביתו של חבירו כבסימן צ' אף בזה יש חילוק, והראב"ד חולק שאפילו לא יצא שם גניבה נשבע שלא מכרו ונוטל ונראה שדעתו כשהוא אומר גנובין נאמן מטעמא שהיה יכול לומר שהן שאולין ומדין מגו נאמן ובשבועה, והרמב"ם אינו סובר מגו כה"ג אם לא יצא לו שם גניבה אחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן). } .² היה בעל הבית עשוי למכור את כליו ולא היו מהדברים העשויים להשאיל ולהשכיר, אף על פי שיצא לו שם גניבה בעיר והוכרו כליו, אינו מחזירן מיד לקוחות, שמא הוא מכרן לאחרים, אבל אם באו בני אדם ולנו בתוך ביתו, ועמד וזעק בלילה נגנבו כלי וספרי, ובאו בני אדם ומצאו מחתרת חתורה ובני אדם שלנו בתוך ביתו יוצאים וצרורות של כלים על כתפיהם והכל אומרים הללו כליו וספריו של פלוני, הרי זה נאמן, וישבע זה שהכלים בידו בנקיטת חפץ כמה הוציא, ויטול מבעל הגניבה ויחזיר לו כליו" (וראה של"ג שבועות מו: שהובאו רוב הדברים שם).

ביאר הסמ"ע (א) דהאי יצא לו שם גניבה בעיר היינו דוקא שהוא צועק כלי פלוני שסימנו כך וכך אבדתי, ואח"כ רואה כלי כזה ביד בעה"ב אחר וז"ש 'הכיר כליו' שהכל רואין שיש לכלי זה אותן סימנים שצעק עליו שנגנב מידו.

כתב הסמ"ע (ב) דמש"כ ברישא 'אם באו עדים שזה כליו של זה' היינו דביצא לו שם גניבה בעיר לא סגי, דדילמא ראה אותן ביד זה בסימניו ועשה ערמה לצעוק, ומ"מ צריכין ג"כ שיצא לו שם גניבה בעיר, דאלי"כ יש לחוש דילמא אף שאינו רגיל למכור שמא היה צריך למעות ומכרו, ודעת הב"י דבעי יצא לו שם גניבה בשני הבהות (א),² אולם דעת הטור והנ"י ברמב"ם דבכלים העשויין להשאיל ולהשכיר (ב) אף

אם לא יצא לו שם גניבה בעיר נשבע שהן שלו ולא מכרן לו ומוציאן מיד הלוקח, והסמ"ע הסכים לטור דאם כב"י הו"ל לערבינהו וליתנינהו וכ"ד הראב"ד דאפילו בלא יצא לו שם גניבה דינא הכי, אלא שאז צריך לישבע שלא מכרן אלא גנובין הן מידו. הש"ך (ב) ביאר דלפי הסמ"ע דדעת הרמב"ם דבדברים העשויים להשאיל ולהשכיר אפילו לא יצא לו שם גנבה ואפילו הבעל הבית עשוי למכור מוציאין מידו וא"כ בע"כ שצ"ל דהיינו משום מגו דאל"כ למה יהיה עשוי להשאיל ולהשכיר עדיף מאינו עשוי למכור או לא יצא לו שם גנבה וכ"כ הב"ח להדיא, והקשה דהרי הרמב"ם לא הזכיר מגו כלל, אך האר"ן וחלק על הסמ"ע, וס"ל לרמב"ם דביצא שם גניבה קאי אשניהם אולם תרתי לטיבותא סג', דהיינו באינו עשוי למכור כליו ויצא לו שם גנבה (א) או שהיה עשוי למכור והיו כלים אלו מדברים העשויים להשאיל ויצא לו שם גנבה (ב) (וב"ב"י) (ואז נאמן אפילו היכא דלית מגו, עיי"ש, כגון דליכא עדי ראה דאז אי הוה טען המחזיק לקוחין הן בידי היה נאמן במגו דהחזרתי אפ"ה כיון דאיכא תרתי לטיבותא מוציאין מידו ומחזיר לו הדמים דכי היכא דביצא לו שם גנבה ואינו עשוי למכור דמוציאין מידו דפשיטא דהיינו אפילו בדליכא עדי ראה והיה יכול לטעון החזרתי ה"ה בעשוי למכור והיה הכלים מדברים העשויים להשאיל ולהשכיר דאיכא נמי תרתי לטיבותא) א. וביאנו עשוי למכור אך עשויים להשאיל ולהשכיר אע"פ שלא יצא לו שם גנבה נמי מוציאין מידו כיון דאיכא תרתי לטיבותא (נתיבות א': דחוק לפרש כן דמנין לו לטור דלרמב"ם אפילו בהנך תרתי לטיבותא "דהיינו בכלים עשויין להשאיל ובעה"ב אינו עשוי למכור מוציאין מה שאינו נמצא סמך לזה בש"ס ולא בדברי הרמב"ם", עיי"ש), ואילו ברא"ש מוכח להדיא דהיכא דלית ליה מגו לא נפק"מ בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר דכיון דטוען גנובים אתרע לה חזקה דשאלה ושכירות, ומבואר השגת הרמ"א דגם בעשוי למכור כליו פליג הרא"ש דעשוי להשאיל ולהשכיר לא מעלה ולא מוריד כשטוען גנובים במקום דלית ליה מגו לטעון שאולים כגון דליכא עדי ראה.

כתב הקצות (א) על הש"ך דאכתי טעמא בעי דמה ענין עשויין להשאיל ולהשכיר לטענת גנובין כיון שאינו טוען השאלתים, וביאר דהרמב"ם לשיטתו מהגדרת 'כלים העשויים להשאיל' דהם הכלים שבני אותה מדינה עושין אותן מתחלת עשייתן כדי להשאילן ולהשכירן, ומש"ה ס"ל לרמב"ם דכי היכי דאמרין בבעה"ב שאינו עשוי למכור כליו דמהני בצירוף שם גניבה בעיר ונאמן לומר גנובין כיון שאינו עשוי למכור כליו מסתמא אינו מוכר, ה"ה בבעה"ב שעשוי למכור כליו והם דברים העשויין להשאיל ולהשכיר א"כ אין הדבר ההוא עומד למכירת עצמו והו"ל כמו בעה"ב שאינו עשוי למכור כליו, והרא"ש לטעמיה דס"ל דדברים העשויין להשאיל ולהשכיר עומד למכירת עצמן אלא שהוא רגיל להשאיל ולהשכיר לאדם כזה, א"כ כיון שאינו טוען השאלתים אפילו יצא לו שם גניבה לא מהני ליה מידי כיון שאינו טוען השאלתים, וכתב דלפ"ז נראה דהיינו דוקא כלים העשויין וכו' בצירוף שם גניבה הוא דמהני כמו דמהני שם גניבה בבעה"ב שאינו עשוי למכור כליו, אבל צירוף כלים העשויין להשאיל ולהשכיר בצירוף בעה"ב שאינו עשוי למכור כליו לא מהני דהוא אינו אלא חדא, בעה"ב שאינו עשוי למכור כליו והכלים מחמת עצמן אינן עשויין למכירת עצמן, וא"כ לא מהני אלא בהצטרפות שם גניבה.

עוד כתב הסמ"ע (ד) דבעשוי למכור (ז) כתב הטור דמהני אף שאינו מכירין שהיו של פלוני הצועק רק שבעינן בזה ¹ עדים שראו הכלים שהיו נושאין בשעת הוצאה מהחתירה בסימנים הללו שזה צועק שאז נגנבו מידו, ואז מצטרפין הג' דברים הללו, ² שראו שבני אדם שלנו בביתו יצאו דרך החתירה, שראו שנושאים כלים עליהן כעין הכלים שצעק, ³ ושגם עתה אנו רואים ביד הנתבע כלי כזה בסימנים הללו ואמרין דודאי שלו הן, והרמב"ם מסכים לזה (כנשמע בטור דהביא דבריהם בלשון דלא פליגי) ומר אמר חדא ומר אמר חדא כל אחד (דהרמב"ם איירי בעדים המכירים שחפץ זה היה פעם של התובע ולכן מספיק שם גניבה בעלמא, ורש"י מדבר במקרה שאין עדות כזו ואנו באים להוציא רק על סמך סימנים שצעק בשעת הגניבה ועתה אנו רואים כלים עם סימנים אלו אצל הגנב לכן צריך שהשם גניבה יהיה חזק ומשמעותי, עזר משפט) ודלא כב"י שהשמיט דברי הטור שהן בנויין ע"פ פירוש רש"י תוס' ורא"ש וס"ל דפליג עם הרמב"ם.

< סע' ב: כתב השו"ע "דין מי שנכנס לבית חבירו והוציא כלים תחת בגדיו נתבאר בסימן צ' (סעי' י"א – י"ד)".

< סע' ג': כתב השו"ע "ראובן שנגנבו כליו או נאבדו או נטלוהו לסטים ובאו ליד עכו"ם, וקנאם ישראל אחר בפחות משוויו, ובאו הבעלים ותבעום מיד זה שקנאם, יתבאר בסימן שס"ח".

סימן שנה - דברים האסורים לקנות מהרוועים ומשומרי פירות ומבעלי אומנות

סעיף א

ע"פ משנה ב"ק קיח: וגמ' וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "כל דבר שחזקתו שהוא גנוב אסור ליקח אותו, וכן אם רוב אותו דבר שהוא גנוב (כרב דהלכתא כוותיה באיסורי ויש תימה קצת בלשונו דלדברי רב עד שיהיה הרוב היתר אסור וכסוגיה דגזילה בדף קי"ט, ה"ה) אין לוקחין אותו, לפיכך אין לוקחין מהרוועים צמר או חלב או גדיים, אבל לוקחים מהם חלב וגבינה במדבר אבל לא ביישוב (מפני שטורח הוא לבעל הבית להביאו ליישוב ומניחו לו, ודוקא חלב וגבינה, אבל גדיים אין חילוק בין מדבר ליישוב, טור וסמ"ע). ומותר ליקח מהרוועים ד' צאן או ד' גיזות של צמר מעדר קטן (אבל לא ג' וראה לקמן) או חמשה מעדר גדול (שחסרון ניכר טובא ולא מילא לבו של הרועה למכור כ"כ בלי רשות בעלים, משא"כ בפחות מזה שאינו ניכר כ"כ ואף אם יוכר חסרון יכול להשמט בבי' ג' ולומר שמתו או נגנבו, סמ"ע) שאין חזקתו שהוא גנוב. כללו של דבר, כל שהרועה מוכרו אם היה בעל הבית [היה] מרגיש בו מותר ללוקחו, ואם לאו אסור".

בגמ' בברייתא מבואר "אין לוקחין מן הרועים לא עזים ולא גדיים ולא גיזין ולא תלושין של צמר אבל לוקחין מהן תפורין מפני שהן שלהן", ופירש רש"י "תפורים - בגדים תפורים דאי נמי גנבו קננהו בשינוי", והרשב"א כתב דאינו מחוור דתיפוק ליה משום שטוואו ולבנו וארגו ועוד בגדים מאן דכר שמיייהו ולכן נראין דברי הראב"ד שפירש גיזין תפורין זה עם זה דלפי שאסרו התלושין של צמר ואפילו יש בהן שיעור שתיים ושלוש גיזין מפני שנראה כי הוא שומט אותם מן הגיזין וגניבה היא בידו אבל אם אותן תלושין תפורים זה עם זה ויש בהם כשיעור ארבע וחמש לוקחין אותם שאם היה גנובה לא היה תופר אותם אבל היה מוכר אותם מעט מעט בגניבה כדי שלא יהא בו הרגשה, וכתב הב"י דהרמב"ם דהשמיט הא דאבל לוקחין מהם תפורים משמע שמפרש כפרש"י והוקשה לו כרשב"א ולפיכך השמיטו.

ביאר הסמ"ע (ב) במש"כ המחבר דאסור ברוב אותו דבר שהוא גנוב, ואילו הטוש"ע בסימן שס"ט גבי גזילה כתב דמותר לקנות מהגזלן אפילו מיעוט ממונו הוא משלו ורובו גזול, דשאני התם דמ"מ יש בידו משל היתר מיעוט ממונו, משא"כ כאן דכשנאמר דזה הרועה הוא מן הרוב המוכרים שלא ברשות בעליהם, נמצא שכל דבר ההוא שבידו הוא גזול.

סעיפים ב - ג

ע"פ משנה ב"ק קיח: וגמ' פסק בשו"ע "אין לוקחין עצים או פירות משומרי פירות אלא בזמן שהם יושבים ומוכרים והסלים והפלס בפניהם, שהרי הדבר גלוי ויש לו קול, והוא שיהיה על פתח הגנה, וכולם שאמרו הטמן, אסור לקחת מהם".

סעיף ד

[האם מותר לקנות מאריס פירות?]

ב"ק קיט. "רב זבין שבישתא (ענפי גפנים) מאריסא א"ל אביי והא תנן ולא משומרי פירות עצים ופירות א"ל ה"מ בשומר דלית ליה בגופא דארעא מידי אבל אריס דאית ליה בגוויה אימא מדנפשיה קא מזבין".

ב"מ כב. "אמימר ומר זוטרא ורב אשי אקלעו לבוסתנא דמרי בר איסק, אייתי אריסיה תמרי ורימוני ונדא קמיינהו אמימר ורב אשי אכלי מר זוטרא לא אכיל אדהכי אתא מרי בר איסק אשכחינהו ואמר ליה לאריסיה אמאי לא אייתית להו לרבנן מהנך שפירתא אמרו ליה אמימר ורב אשי למר זוטרא השתא אמאי לא אכיל מר והתניא אם נמצאו יפות מהן תרומתו תרומה אמר להו הכי אמר רבא לא אמרו כלך אצל יפות אלא לענין תרומה בלבד משום דמצוה הוא וניחא ליה אבל הכא משום כסיפותא הוא דאמר הכי", וביאר הרא"ש דאע"ג דלא ידע מרי בר איסק במאי דיהיב להו מ"מ היו סומכים דאריסא מחלקו יהיב להו ויתן לבעלים אחרים כנגדן ומר זוטרא לא אכל כיון שמן השותפות קודם החלוקה יהיב להו בלא דעת הבעלים לא מצי למיכל.

וכתב ה**טור** "מותר ליקח מהאריס לפי שיש לו חלק בפירות, בד"א בסתם שתלינן לומר שכבר חלקו ומחלקו מוכר אבל אם ידוע לו שלא חלק אסור ליקח ממנו ואין אנו תולין לומר ודאי שיתן לבע"ה כנגדן" – ותמה ה**ב"י** למה פסק כמר זוטרא דלא אכל, הא כיון דאמימר ורב אשי עבוד עובדא דלא כוותיה הלכה כוותיהו דרבים ניהו ועוד דרב אשי מריה דתלמודא הוא וכוותיה נקטינן, ואפשר שטעמו מדמסיים בה התם אדהכי אתא מרי בר איסק אמר ליה לאריסיה וכו' וכיון דאמר ליה השתא אמאי לא אכיל מר משמע לרבינו שנראה שהודו לדבריו, ואינו נכון אלא אפילו ידוע לו שלא חלק מותר ליקח ממנו, וכיון דאמימר ורב אשי עבדי בה עובדא הכי נקטינן וכך נראה שהוא דעת ה**רמב"ם**.

וז"ל ה**שו"ע** ו**כרמב"ם** "מותר ליקח מהאריס שהרי יש לו חלק בפירות ובעצים" וה**רמ"א** כ**טור** "וי"א דדוקא לאחר שחלקו דסתמא שלו הוא מוכר, אבל קודם חלוקה אסור דחיישינן שלא יתן לבעל הבית נגד מה שנטל".

אולם ה**סמ"ע** (ו) חלק על הרמ"א דמשמע דבסתם אסור ולא תלינן לומר שכבר חלקו והיא דיעה שלישית ו"לא מצאתיה בשום מקום", ולשון ה**טור** היא בד"א בסתם שתלינן לומר שכבר חלקו ומחלקו מכר אבל אם ידוע לו שלא חלקו אסור, ובש"ך (ב) כתב דגם כוונת הרמ"א כ**טור**.

כתב **באה"ג** בשם ה**ב"ח** על דברי הרמ"א דכל שמביא מביתו תלינן לומר שכבר חלקו.

ראובן ושמעון מתגוררים בבית אחד, האם מותר ל**ראובן** לקחת לעצמו חפץ או דבר מאכל משל שמעון, מבלי ששמעון יודע על כך, אע"פ ש**ראובן** בטוח ששמעון יתרצה לכשידע? ציין את המקורות והסבר.

האם אדם רשאי לאכול חטיף במהלך עריכת קניות בחנות לפני ששילם?

כתבו ה**תוס'** ב"מ כ"ב (ד"ה 'מר זוטרא') דרב אשי אכל קודם שבא מרי בר איסק משום דאריס מדנפשיה קא יהיב (עיי"ש) אך "אין לומר שהיה סומך שיתרצה מרי בר איסק כשידע דהלכה כאביי ואף על גב דהשתא ניחא ליה - מעיקרא לא הוה ניחא ליה".

כתב ה**ש"ך** (א) דמבואר מדברי ה**תוס'** הג' אשר"י והג' מרדכי דאם אדם נותן לאכול לחברו מדבר שאינו שלו אלא של חברו אף על פי שידע שחברו יתרצה אסור לאכול דהלכה כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש ואף על גב דהשתא ניחא ליה מעיקרא לא הוי ניחא ליה, וחלק והעלה שמותר ויאוש שלא מדעת שאני שגם אח"כ אינו מייאש אלא משום שאינו יודע היכן הוא ובע"כ הוא מתייאש א"כ אמרינן מעיקרא באיסורא אתי לידיה דבמה יקנה אי ביאוש הא השתא אינו מתייאש ואלו היה יודע שהוא אצלו לא מתייאש, משא"כ הכא כיון שידוע שיתרצה א"כ השתא נמי בהיתרא אתי לידיה דמסתמא אינו מקפיד על זה, ואע"ג דבש"ס מדמה תרומה וטומאה ליאוש ש"מ טעמא אחרינא איכא התם דלענין תרומה וטומאה ידיעה ממש בעינן.

הקצות (א) הקשה על שיטת ה**תוס'** מדאמרינן בכתובות מ"ח שמי שנשתטה ב"ד יורדין לנכסין וזנין ומפרנסין אשתו ובניו ובנותיו ודבר אחר ואמר ליה רבינא לרב אשי מאי שנא מהא דתניא מי שהלך למדינת הים ואשתו תובעת מזונות ב"ד יורדין לנכסיו וזנין ומפרנסין אשתו אבל לא בניו ובנותיו ודבר אחר אמר ליה ולא שאני לך בין יוצא מדעת ליוצא שלא מדעת, ופירש רש"י דנשתטה דשלא לדעת יצא מן העולם מסתמא ניחא ליה שיזונו בניו ובנותיו, וקשה לתוס', דכיון דאפילו היכא דידוע לנו שבודאי יתרצה הו"ל יאוש שלא מדעת וא"כ היכי זנין בניו ובנותיו נהי דניחא ליה השתא מיהא לא ידע, ותירץ דכיון דגבי בניו ובנותיו אפילו ביותר משש מצוה מיהא הוי אף על גב דלא כפינן ליה כמבואר שם נחותא דמצוה שאני דאע"ג דהשתא לא ידע מהני, והעיקר כתוס' (קצות רט, ה), פסקי המשפט) וכ"פ **שוע"ה** (מצאיה ופקדון ד – ה) וערוה"ש (כאן סע' ה), והנתיבות (רמד, א צויין בפסקי המשפט) פסק כש"ך דווקא "כשיש אומדנא דמוכח או גילוי דעת שנותן לו במתנה קנאה כמ"ש הש"ך בסימן שני"ח".

בתשובות והנהגות (ו, רפט) גבי שימוש בעט חבירו בתחילה כתב לתלות במח' ה**תוס'** והש"ך, אך לאחר מכן כתב דהתוס' "לא מיירי אלא כשלוקט הפירות לעצמו או שאוכלם שהבעלים מפסיד הפירות, וע"כ ס"ל דכל עוד שלא נודע להבעלים והסכים ליתנו זהו גזילה.. אבל בנד"ד דרק משתמש ברכוש חבירו ומחזירו לבעליו שאין הבעלים מפסיד רכושו, בזה אף דבעלמא אמרינן דגם על שימוש בלבד ה"ה גזלן

וכדקיי"ל שואל שלא מדעת גזלן הוי, מ"מ בכה"ג שאילו היה נודע לבעלים היה מסכים לא נחשב בשימוש לבד כגזלן" ועפ"ז העלה להתיר לכ"ע דכיון שהבעלים היה מסכים אצל כל אדם שישתמש בעטו לזמן מועט מותר להשתמש שלא בידיעתו לזמן מועט "וכן המנהג הפשוט שמשתמשים בחפץ חברו שלא בידיעתו כשהדבר הוא ודאי שאילו נודע לו ודאי יסכים לכך", ונרלענ"ד דכן דעת שו"ע"ה (בהלכות שאלה ה', עיי"ש).

מ"מ יש לציין לסימן שנט"א שכתב המחבר בשם הרב המגיד "ואם הוא דבר דליכא מאן דקפיד ביה שרי כגון ליטול מהחבילה או מהגדר לחצות בו שיניו, ואף זה אוסר בירושלמי ממידת חסידות", ובערוה"ש (שם, ב) כתב "ובימינו נהגו כשבא לבית חברו וחברו שואף עלי מרורים בנחיריו או בפיו שנוטל גם הוא שלא בשאלת הבעלים וכן ליטול עצי גפרית להדליק בו וכן כששותים מים חמים.. מטעם שאין מקפידין על זה, אמנם ממדת חסידות ודאי דראוי לזוהר, וכ"ש כשיודע שהבעלים הוא גברא קפדנא ואסור מדינא", בבכורי אביב (עמ' 218) עסק בשאלת אכילה תוך כדי הקניות (עיי"ש מש"כ) וציין לסימן שנט"ב שאסור לגזול אפילו על מנת לשלם.

סעיף ה

ע"פ משנה ב"ק קיח: וגמ' קיט. וכת"ק פסק בשו"ע "אין לוקחין מהנשים ומהעבדים ומהקטנים אלא דברים שחזקתן שהם שלהם מדעת הבעלים, כגון נשים שמכרו כלי פשתן בגליל, או עגלים בשרון (מקום גידול עגלים הוא ולוקחין עגלים בזול ומגדלין אותם ושלחם הן וכתב הרב המגיד דבכל מקום לפי מה שהוא ענין, באה"ג), ולוקחים בצים ותרנגולים בכל מקום [מכל אדם] וכולם שאמרו הטמן, אסור {מעשה באשה אחת שהחזיקה בשל יתומים, וגזרו שלא ישא אותה שום אדם, כדי שלא להחזיק ידי עוברי עבירה (תה"ד)}".

סעיפים ו - יב

פסק בשו"ע"ו (ע"פ ברייתא קיט. -) לוקחים מהבדדים [וכתב ה"ה פי' בעלי בית הבד ושוכרין אותן לעשות בו שמן, ורש"י פירוש בעלי בית הבד שתגרין הן בשמן ולוקחים מן נשיהן במדה שהיא בפרהסיא], זיתים במדה ושמן במדה אבל לא זיתים מועטים ושמן מועט שחזקתן גניבה, וכן כל כיוצא בזה (ז) (ע"פ משנה ב"ק קיט. וגמ' - מוכין שהכובס מוציא הרי אלו שלו ושהסורק מוציא הרי אלו של בעל הבית (כיון שהן הרבה יש קפידא בזה והן של בעל הבית, סמ"ע) {דכל מה שמקפיד עליו בעל הבית הוא שלו (רש"י, טור)}. (ח) (ע"פ משנה שם -) הכובס נוטל ג' חוטין והם שלו (שדרך האורגים שאורגים בסוף הבגד ב' ג' חוטין רחוק מן האריגה ועושים זה כדי להציל הבגד כדי שלא תסתר אריגתו בסוף הבגד ע"י הכביסה הכובס נוטלן שאין בעל הבגד מקפיד עליהם, באה"ג בשם הרשב"א), יתר מכאן של בעל הבית, ואם היה שחור על גב לבן נוטל את הכל והם שלו (דהשחור מגנה את הלבן). (ט) החייט ששייר מהחוט (לשון המשנה "ששייר את החוט כדי לתפור בו") כדי משיכת מחט (כלשון הירו', ובבלי ע"ב פירשו מלא מחט וחוף למחט כמלא מחט ופירושו כמלא ב' מחטין שבכך יכול לתפור בו מעט, וזה שיעור משיכת מחט דירו', ומפני שלשון הירו' מבואר יותר כתבו הרמב"ם, ה"ה), ושייר מהבגד מטלית שהוא שלשה אצבעות על שלשה אצבעות חייב להחזירה לבעלים, פחות מכאן שלו. (י) נסורת שהחרש מוציא במעצד שלו (ודוקא כשקבלו לעשות בביתו אבל אם עושה בבית בע"ה הכל לבעל הבית, טור, ורש"י פירש הרישא בקבלן שקיבל לבנות הבית בדמים קצובים, באה"ג), בכשיל של בעל הבית, ואם היה עושה אצל בעל הבית אף הנסורת של בעל הבית. {וכן בשאר מלאכות כל שבעל הבית מקפיד עליו הוא של בעל הבית, שאינו מקפיד הוא של פועל (טור)}". (יא) (ע"פ ברייתא קיט. -) בכל הדברים וכיוצא בהם הולכים אחר מנהג המדינה. (יב) כל אומן שמכר דבר מהדברים שאינם שלו בהלכות מדינה כגון מוכין שמכרן הסורק במקום שנהגו שיהיה של בעל הבית אסור ליקח ממנו, אבל לוקחים ממנו כר מלא מוכין {דהוי נשתנה ביד הגנב ואע"ג דשינוי החוזר אינו קונה מכל מקום בספק גניבה מותר בכי האי גוונא וכל כיוצא בזה (ה"ה), ר"ל דאין שם מוכין עליו אלא שם כר וזהו שמסיק וכתב ואע"ג דשינוי החוזר כו', ור"ל וזה ג"כ שינוי החוזר הוא שהרי יכול להוציא המוכין מהכר ויהיה שם מוכין עליו כבתחילה, ומשני כיון דאין המוכין ודאי גנובים ביד הסורק אלא ספק התירו לקנות ממנו בשינוי כל דהו בזה, סמ"ע, ובב"ח פסק דלא כרב המגיד, ואין הכרעתו מוכרחת, ש"ך}, ואם מכר האומן

דברים שהם שלו בהלכות המדינה, לוקחים ממנו, ואם אמר הטמן אסור (רמב"ם), ולמד זה ממשנה דדף קיח ע"ב, ה"ה).

הלכות גזילה

סימן שנט - איסור גזילה אפילו על מנת להחזיר ומה נקרא גזילה ואיסור לא תחמוד ולא תתאוה

סעיף א

הגונב או הגוזל מגוי האם עובר על איסור, ואיזה איסור? (ראה גם שמח, א)

כלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "אסור לגזול או לעשוק אפילו כל שהוא (ע"פ סנהדרין נז, דחצי שיעור הוא איסור דאורייתא כמו שאסור חצי שיעור באיסורין, סמ"ע) בין מישראל בין מעובד כוכבים (ב"ק קיג, והסמ"ע ציין למחלוקת המחבר והרמ"א בסימן שמ"ח גבי גניבה בדבר שלא יודע), (ה"ה ע"פ הירו' -) ואם הוא דבר דליכא מאן דקפיד ביה שרי כגון ליטול מהחבילה או מהגדר לחצות בו שיניו, ואף זה אוסר בירושלמי ממידת חסידות (מפני שאילו היה עושה כן כל אחד ואחד נמצאת החבילה כולה כלה וכן הגדר נהרס, ב"י וסמ"ע ע"פ הירו').

כתב הש"ך (א) דבב"ק ה' משמע דבגזול חייב לשלם מעידית כמזיק וכ"פ הרי"ף רא"ש ועוד.

בענין מש"כ הש"ך (ב) שהכס"מ דייק ברמב"ם גבי עכו"ם שאין איסור זה מן התורה ומדברי הרמב"ם בה' גניבה משמע דאוי' - עיין מש"כ בסימן שמח, א, והכריע הש"ך דהוי דרבנן, עיי"ש.

כתב הפת"ש (א) דהפמ"ג (או"ח תר"ד סק"א) כתב דצ"ע בחמסן דיהיב דמי בגוי.

כתב הפת"ש (ב) בשם הנו"ב עמש"כ המחבר בשם הרב המגיד, דאף דשרי ליטלו ואין בו משום גזל דבסתמא אין בעה"ב מקפיד, אבל מ"מ לא זכה הנוטלו להיות חשוב שלו, דכל זמן שלא הפקירו בעליו בפירוש אי אפשר לזכות בו, וכמ"ש המג"א תרל"ז סק"ג בשם ספר יראים דאפילו למ"ד גזל עובד כוכבים שרי מ"מ לא מיקרי לכם.

סעיף ב

מה הדין לגזול על מנת לשלם ומדוע?

האם מותר לקחת חפץ של חבירו, על מנת לתת לו חפץ אחר טוב יותר?

ע"פ הברייתא דב"מ סא: דדריש 'לא תגנובו' על מנת לשלם.

על הנאמר בב"ק ס: דדריש קרא דויתאוה דוד ויאמר מי ישקני מים מבור בית לחם אשר בשער וכו' דגדישים דשעורים דישראל הוי וגדישים דעדשים דפלשתים וקא מיבעיא ליה מהו ליטול גדישי שעורין דישראל ליתן לפני בהמתו על מנת לשלם גדישים של עדשים של פלשתים שלחו ליה חבול ישיב רשע גזילה ישלם אף על פי שגזילה משלם רשע הוא אבל אתה מלך אתה ופורץ לעשות לך דרך ואין מוחין בידך, כתב הרא"ש דדוקא שאין התשלומין בעין כהיא דמיייתי עלה שרצו אנשי דוד ליקח גדיש של שעורים ולתת במקומו גדיש של עדשים ועדיין לא היו בידם העדשים, אבל אם היו גדישים דעדשים מזומנים אפילו אין בעלי גדישי שעורים לפנינו מותר לזכות להם גדישין של עדשים על ידי אחר וליקח גדישים של שעורים דזכות היה לו דעדשים עדיפי טפי וכן משמע לישנא דקרא חבול ישיב רשע גזילה ישלם דמשלם אחר שכבר גזלו.

וז"ל השו"ע "אסור לגזול אפילו על מנת לשלם (רא"ש -) דבר יפה ממנו, ויש מי שאומר דהיינו אם [אין] התשלומין בעין (והטעם שמא לא יהיה לו במה לשלם אח"כ, רא"ש וסמ"ע), שאם הם בעין כיון

(והן מין אחר והגזלן צריך למין זה שגוזל כעין מעשה שהיה, סמ"ע) שהם יפים מהדבר שלוקח זכות הוא להם ויזכה אותם לבעלים על ידי אחר".

ביאר **הסמ"ע** (ח) הסיפא דמזכה לבעלים כלומר אם אין הבעלים כאן אמרינן מסתמא ניחא ליה וזכין לאדם שלא בפניו, אבל כשאינו בעין, אף שקיבל אנפשו ליתן לו דבר הטוב ממנו, מסתמא לא ניחא לבעלים לירד עמו בדינא ודיינא, ולפעמים לא יהיה לו במה לשלם, ואם היו הבעלים כאן ואומרים ניחא לנו בשלנו ולא בדבר אחר אף הטוב ממנו, פשוט דלכ"ע אסור.

כתב **הש"ך** (ג) דאע"ג דאמרינן בסימן שמ"ח דאסור לגנוב ע"מ לשלם כפל התם מיירי בשאינו מזכה לו ע"י אחר דאם מזכה לו ע"י אחר לאו גנבה מיקרי כיון שהאחר יודע מזה.

עוד כתב **הש"ך** (ד) ע"פ הטור דמדובר דווקא שידוע שזכות הוא לו כגון בדבר העומד לימכר אבל בחפצי ביתו לא, ר"ל דבר העומד בבירור לימכר והבעל לא יחזיקנו, וכ"ד הרא"ש ועפ"י קו' הרש"ל דלקמן מיושבת והתוסי' לא חלוקים על הרא"ש, אולם **הקצות** (א) כתב דלא משמע כן מלשון הרא"ש והטור אלא משמע דכל שאינו מחפצי ביתו אינו מקפיד ועומד למכור כל שנותן כפלים בדמיו.

על מה שהקשה **הרש"ל** על הרא"ש דכי שרי להשתכר בממון חבירו שלא מדעתו דדלמא חביב עליו יותר שעורין או דלמא לא ניחא ליה למכור את שלו ומצינו דחמסן אפילו יהיב דמי, ומסתמא אין חילוק בין שלם לו דמיו או יותר מדמיו, ולא אמרינן זכין לאדם אלא במידי דאית ליה זכיה ולא יש בו שום צד חסרון אבל כה"ג לא נקרא זכות אלא דינו כחמסן, כתב **הקצות** (שם) דאינה קושיא, דאע"ג דחמסן אפילו ביותר מדמיו וגם משלם ליה נמי כל שהוא בפניו והוא מוחה אין זה זכות, אבל שלא בפניו אמרינן זכות הוא וזכין לו שלא בפניו דמסתמא ניחא ליה, ואפילו שלא בפניו ושמע אח"כ וצוח נמי לא מהני כיון דמוחה כששמע, דאפילו במתנה גמורה כי מוחה בתר דשמע יכול למחות.

כתב **רע"א** דמשמע בראב"ד דמותר אפילו לא מזכה ע"י אחר.

נתן לצורף שרשרת זהב ישנה ע"מ שיתוך אותה ויצור ממנה שרשרת חדשה, האם מותר לצורף להשתמש בזהב זה לצורכו, ולעשות לבעל השרשרת שרשרת חדשה מזהב אחר באותו הטיב והכמות?

כתב **הפתי"ש** (ג) בשם **הבית אפרים** בנידון אומן שנתנו לו עצים או כסף וזהב לעשות מהם כלי והאומן יש לו ג"כ כסף או עצים כיוצא בזה, ויש לו כעת צורך בזה שניתן לו מבעה"ב, דיש ללמוד מהבית שמואל כשקידשה במעות המשלח בדבר שאין קפידא ויש לשליח להחליף לא הוי גזל, וכ"כ השל"ג דכששולח כסף אין קפידא אם יחליף, אולם בספר המקנה כתב דלא משמע כן מדברי הפוסקים ודוקא בהפקיד מעות מותרים בענין דרשאי הנפקד להשתמש בהם יכול נמי להחליף כמ"ש הש"ך בסימן רצ"ב סק"ח ואפשר דהב"ש מיירי שנתן לו המשלח רשות להוציאו ולהחליפו, והסכים הבי"א עם הב"ש, דענין להחליף ולתת אחרים תמורתן אינו תלוי בהיתר שימוש כלל, דהיתר שימוש גבי מפקיד הוא משום דאדעתא דהכי הופקד בידו כיון שהוא שולחני וזה נתנם לו מותרים, ולכן אף קודם שנשתמש הוי שומר שכר אבל מ"מ לא נעשה לזה להתחייב באונסין, והלכך אף שמותר להשתמש אף שלא יתן אחרים תמורתן ונעשה משעת השימוש לזה עלייהו מ"מ כל שלא נשתמש אם באו הבעלים צריך ליתן להם אותם הדמים, דמה זכיה יש לו במעות זה והמפקיד רוצה בשלו דוקא, אבל אם לא באו הבעלים והוא צריך למעות זה והוא אינו רוצה ליקח אותם בתורת מלוה רק שמזכה לבעלים אחרים תמורתן שפיר דמי, ולא מטעמא דאדעתא דהכי הופקדו אצלו, אלא דכל כה"ג מצי ליקח אותם מדין זה נהנה וזה לא חסר, כיון שאין קפידא לבעלים במעות זה דוקא, ומ"מ אם הבעלים כאן ומקפידים אינו יכול לזכות מחמת זה נהנה וזה לא חסר כמבואר מהא דקיי"ל בב"ק כ"א בדר בחצר חבירו דלא קיימא לאגרא א"צ להעלות לו שכר דהוי זה נהנה וזה לא חסר ומ"מ לכתחילה יכול בעה"ב למונעו שלא ידור אף שלא חסר כמ"ש התוס', ואם זה בכאן ומוחה שלא להחליף אינו יכול לעשות בעל כרחו מחמת זה נהנה וזה לא חסר, ומש"כ הרא"ש והמחבר הכא שאני שהתשלומין הם ממין אחר, ומהאי טעמא חולק היש"ש, והרא"ש ודעימיה ס"ל דאפילו בכה"ג שרי, כיון שהתשלומין הם יפין סתמא זכות הוא לו, ואין לחוש לצד חובה כיון שהזכות יתר על החוב, אבל אם אין התשלומין יפין מזה נמצא יש צד חוב בלא זכות ואסור, אבל אם נותן לו תמורתו דבר כזה ממש ואין קפידא לבעל הבית בזה או בזה, אם כן נהי דאין

כאן צד זכות מ"מ גם צד חוב אין כאן, וזה נהנה וזה לא חסר הוא, ושפיר דמי כל כמה שאין הבעלים מוחים להדיא, והביא ראיה מב"ב צ"ט גבי מי שהיתה דרך הרבים עוברת בתוך שדהו, והא דאמרינן בב"מ ל"ח רוצה אדם בקב שלו ומדברי הרמב"ם והפוסקים בסימן רצב/יח משמע דבכל פקדונות אמרינן הכי, נראה דדוקא בפירות וכן שאר פקדונות דומיא דפירות דאפשר דלא מיתרמי ליה למיזבן שיהיו טובים כשלו ואיכא קפידא, אבל בדבר דלא קפדי אינשי לא שייך לומר רוצה אדם בקב שלו, כיון שאינו רק מחליפו בחפץ שהוא ממש כשלו הרי קב שלו לפניו כו', ולפי"ז בנידון השאלה אם נתן לאומן כסף וכיוצא בו שאין קפידא לבעה"ב כלל, הרשות ביד האומן לקחתו לעצמו כשהוא צריך אליו ולתת אחר תחתיו להשלים חפצו של בעה"ב, ואינו גזל.

סעיף ג

ע"פ מימרא דר' יוחנן ב"ק קיט. כתב השו"ע "כל הגוזל את חברו אפילו שוה פרוטה, כאילו נוטל נפשו" שנאמר "וקבע את קובעיהם נפש", וצ"ח הסמ"ע (ט) דבסימן שלט (ג) כתב דיש פלוגתא בזה אם נפשו של גזלן או נפשו של נגזל קאמר.

סעיף ד

האם מותר לאדם לכתחילה להציל את עצמו מסכנה ע"י שיגרום נזק לממון חברו? ואם גרם נזק, האם חייב לשלם?

על מה סמכה תמר כלתו של יהודה שלכתחילה לקחה ליהודה את החותמת והפתילים הרי זה מציל עצמו בממון חברו?

עוד אמרינן בב"ק ס: על הפסוק הנזכר דרב הונא אמר גדישים דשעורים דישאל הוה דהוה מטמרי פלשתים בהו וקא מיבעיא ליה מהו להציל עצמו בממון חברו אבל אתה מלך אתה ופורץ לעשות דרך ואין מוחין בידך, וכתב הרא"ש גדישין דישאל הוה ופלשתים טמונים בהם ומיבעיא ליה מהו למקלייה הא לא מיבעיא ליה אי שרי למקלינהו להצלת ישראל דמילתא דפשיטא היא ואין לך דבר שעומד בפני פקוח נפש אלא הכי מבעיא ליה מהו למקלינהו אדעתא דליפטר מתשלומין ואמרו ליה אסור להציל עצמו בממון חברו דליפטר אלא יציל עצמו וישלם, וז"ל השו"ע "אפילו הוא בסכנת מות וצריך לגזול את חברו כדי להציל נפשו, צריך שלא יקחנו אלא על דעת לשלם {וע"ל סי' ש"פ סי"ג} "וכי"ד התוס', ודלא כיוצא מפירש"י בסוגיה דענו לו הסנהדרין דאיסור גזל לא הותר אפילו בפיקוח נפש, פסקי המשפט בשם שו"ת בנין ציון, עיי"ש גם שנחלקו אח' בשיטת המחבר האם מותר במקום שיודע שלא יכול לשלם, ובדין הצלה במקום הפסד ממון].

לפי"ז מבואר שתמר היתה יכולה לקחת לכתחילה את החותמת והפתילים על מנת לשלם משום שלולא זה היתה מסכנת נפשה.

סעיף ה

משנה ב"מ מ: "המפקיד חבית אצל חברו ולא יחדו לה בעלים מקום וטלטלה ונשתברה אם מתוך ידו נשברה לצורכו חייב לצורכה פטור אם משהניחה נשברה בין לצורכו בין לצורכה פטור יחדו לה הבעלים מקום וטלטלה ונשתברה בין מתוך ידו ובין משהניחה לצורכו חייב לצורכה פטור" ובגמ' "הא מני רבי ישמעאל היא דאמר לא בעינן דעת בעלים... אלא אמר רב ששת הכא במאי עסקינן כגון שטלטלה להביא עליה גוזלות וקא סבר שואל שלא מדעת גזלן הוי וכולה רבי ישמעאל היא וסיפא שהניחה במקום שאינה מקומה ורבי יוחנן הניחה במקומה משמע", והיא גם מחלוקת רבי יהודה וחכמים במשנה ב"ב פז: בשולח בנו אצל החנווני ע"פ אוקימתא דגמ' והלכה כחכמים דגזלן הוי. וז"ל השו"ע "אפילו הלוקח בשאלה, שלא מדעת הבעלים, נקרא גזלן".

סעיף ו

[האם מותר לחטוף משכון מהלוחה שלא ברשות בי"ד? האם נפסל בכך לעדות? פרט.]

ע"פ משנה שבעות מד: וכרמב"ם פסק בשו"ע "החוטף משכון מיד הלוחה שלא ברשות בי"ד, הי"ז גזלן, אע"פ שהוא חייב לו (דלא כראב"ד בדאשתכח דלא חייב לו כלום וכדלקמן) ואין צ"ל אם נכנס לתוך בית חבירו ומשכנו (שנאמר "בחוף תעמודי").

על לשון המחבר 'הרי זה גזלן', כתב הסמ"ע (יב) דבטור כתוב 'נקרא גזלן', ר"ל שהוא בכלל איסור גזילה וגם הוא פסול לעדות ולשבועה, אבל עיקר הגזילה דאזהר הכתוב עליה לא מייירי בחוטף למשכנו על מה שחייב לו אלא כמ"ש המחבר בסעי' ז'. הש"ך (ה) דחה הבנת בד"ה בסימן ל"ד בדעת הרמב"ם שאינו נפסל לעדות בכך משום דלא משמע להו לאינשי דליהוי גזלן בהכי, דמהראב"ד טור וה"ה משמע דלמדו ברמב"ם דנפסל לעדות, אולם כתב דלדינא כיוון יפה (דלא משמע להו לאינשי דליהוי גזלן בהכי, קצות וכנ"ל) וכן מוכח מהרשב"ם ל"ד דבסתם חוטף משכון ואינו מברר שחייב לו לא מיפסל, וכ"ד הראב"ד דלא הוי גזלן אלא בדאשתכח שאינו חייב לו, ובמגדל עוז למד כן גם ברמב"ם, "וכי"נ עיקר לדינא עכ"פ בחוטף משכון" ולא בנכנס לביתו, ודלא כסמ"ע ס"ק י"ב שנמשך אחר הבנת הראב"ד ברמב"ם.

כתב הקצות (ב) דדעת הנ"י בשם ר"ת דהיכא דחטף לגוביינא ליכא איסור כלל דהקשה בהא דאמרו לא ימשכנו אלא בב"ד והא אמרינן בפרק המניח עביד אינש דינא לנפשיה ותירץ כשבא בתורת גביה, ומשמע מדבריהם דאפילו דעתו להתפרע ממנו אמרו כן, והריב"ש למד בר"ת דלא רצה לומר לגוביינא בלא ב"ד ושיקחנו להיות שלו מעתה, אלא רוצה לומר שהוא נוטלו לאחר זמן ב"ד לגוביינא שיגבוהו לו ב"ד ואז אינו עובר בנטילתו, שלא אסר הכתוב אלא בנוטלו להבטחה לבד ואין דעתו להתפרע מהמשכון ההוא כי אם מעות או קרקע, אבל שהוא יגבה לעצמו ויחליט המשכון לעצמו או למכור לאחרים בלי שומת ב"ד חלילה, וצ"ע.

סעיפים ז - ח

[איזהו גזל ואיזהו עושק?]

כתב השו"ע כלשון הרמב"ם "איזהו גזלן, הלוקח ממון האדם בחזקה, כגון שחטף מידו מטלטלים, או שנכנס לרשותו שלא לרצון הבעלים ונטל משם כלים, או שתקף בעבדו או בבהמתו ונשתמש בהם, או שירד לתוך שדהו ואכל פירותיה וכל כיוצא בזה. איזהו עושק, זה שבא ממון חבירו לתוך ידו ברצון הבעלים, וכיון שתבעוהו כבש הממון בחזקה ולא החזירו, כגון שהיה לו ביד חבירו הלואה או שכירות, והוא תובעו ואינו יכול להוציא ממנו מפני שהוא אלם וקשה", וביאר ה"ה דלמד כן מב"ק ע"ט: "ואלא גזלן היכי דמי אמר ר' אבהו כגון בניהו בן יהודיע שנאמר ויגזל את החנית מיד המצרי ויהרגהו בחניתו" ודחה מפניה הסוגיה דב"מ ק"א. דמסיק רבא זה הוא גזל זהו עושק ולמה חלקן הכתוב לעבור עליו בבי לאוין, ואיירי שם בכובש שכר שכיר שעובר בה' שמות וגבי שכירות אי אפשר לגזול כעין ויגזול את החנית בשום צד (ובנוסף התקשה הרב המגיד בסוגיה זו דבכתוב לא מצינו כי אם פסוק אחד מלא תגזול ואוקימניה בב"מ ס"א בכובש שכר שכיר דגזל גמור במבעיא דרבית ואונאה אתיא ואם כן היאך נעשות מצות חלוקות).

כתב בד"ה דכתב הרמב"ם דהגוי אסור לעושקו וכתב איזהו עושק כגון שהיה לו ביד חבירו הלואה או שכירות, ותימה דהא אמרינן בב"ק ק"יג דהפקעת הלואתו דגוי מותר.

סעיף ט

כתב השו"ע "הכופה את חבירו למכור את שלו ונותן לו דמיו אסור (ב"ק סב. ק"ט). אבל אין לו דין גזלן ליפסל מדאורייתא (אף דהוא עובר בלאו דלא תחמוד, סמ"ע, ודלא כלבוש שאינו עובר על לאו דאוי [וכן הוא בתוס' סנהדרין כ"ה]) אלא מדרבנן (דהכי משמע בב"מ ה' אהא דקאמר לא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו, ב"י) כמו שנתבאר (בסימן ל"ד)".

סעיפים י - יב

כתב השו"ע כלשון הרמב"ם "כל החומד עבדו או אמתו או ביתו או כליו של חבירו או כל דבר שאפשר שיקנהו ממנו והכביד עליו רעים והפציר בו עד שלקחו ממנו (סמ"ע: לקחו דווקא, אבל בלא לקיחה אינו עובר בלא תחמוד, כ"כ ברמב"ם בהדיא, ולמדו מדכתיב לא תחמוד כסף וזהב עליהם "ולקחת" לך) הרי זה עובר בלא תחמוד (ה"ה): זה מבואר במכילתא ואמרינן בב"מ ה' דמורי ואמר דמי יהיבנא והא קעבר בלא תחמוד, ודעת הראב"ד שאם אמר רוצה אני מקחו קיים ולא גרע מתליוה וזבין דאסיקנא בב"ב מ"ח דזביני זביני וכיון שכן אין בו לאו והרמב"ם ס"ל דמקחו קיים ואע"פ שעבר). כל המתאוה ביתו או אשתו וכליו של חבירו וכל כיוצא בזה, כיון שחשב בלבו איך יקנה דבר זה ונפתה בלבו בדבר, עבר בלא תעשה של לא תתאוה, ואין תאוה אלא בלב בלבד (ה"ה): גם במכילתא, ונראה דדעת הראב"ד שחיוב התאוה זו היא שיתאוה לקנות בדמים שלא ברצון הבעלים) (ע"פ המכילתא -) (יא) התאוה מביא לידי חימוד והחמוד מביא לידי גזל, שאם לא רצו הבעלים למכור אע"פ שהרבה להם בדמים והפציר ברעים, יבא לידי גזל, שנאמר וחמדו בתים וגזלו, ואם עמדו הבעלים בפניו להציל ממנו או מנעוהו מלגזול יבא לידי שפיכות דמים, צא ולמד ממעשה אחאב ונבות. (יב) הא למדת שהמתאוה עובר בלאו אחד, והקונה דבר שהתאוה בהפציר שפציר בבעלים עובר בשני לאוין, לכך נאמר לא תחמוד ולא תתאוה, ואם גזל עובר בשלשה לאוין".

ביאר הסמ"ע (טז) בסעי' י דהא דהתחילו הרמב"ם והמחבר באיסור לאו דלא תחמוד קודם שכתב איסור לאו דלא תתאוה, אף שהמחשבה "דתאוה" קודם למעשה "דחימוד", משום דבמאי דסיים פתח, דבסעי' ט' סיים וכתב דהכופה את חבירו וכו' והוא בלאו דלא תחמוד.

כתב הסמ"ע (יז) דאיתא ברמב"ם בכל המתאוה ביתו וכו' שסיים וכן כל כיוצא מדברים "שאפשר" לקנותן ממנו ור"ל דאילו דברים שאי אפשר לקנותן אינו עובר בלא תתאוה כיון דלא יבואו לידי מעשה, אולם הטור כתב בשמו מדברים 'שאי אפשר', ונראה שכתב רבותא דאפילו בדברים שאי אפשר לקנותן עובר וכל שכן בדברים האפשריים.

סימן שס - מצוה על הגזלן להשיב הגזילה ואם אין בה שוה פרוטה או נשתנית

סעיף א

ראובן בנה בנין, רובו על מגרש השייך לו, ומיעוטו על מגרש השייך לשמעון. כשתבע שמעון את ראובן לדיון, הסכים ראובן לפעותו בערך המלא של הקרקע ואף למעלה מזה, שמעון התנגד ודרש שראובן "יחתוך" את חלק הבנין במגרש השייך לשמעון, כיצד נפסוק?

מה הדין הקונה מגזלן ואח"כ באו הבעלים ודרשו את הגזילה בין לפני יאוש ובין לאחר יאוש? (ראה שנו"ב) מה הדין בקרקע?

מה המנהג בהחזרת הגניבה? מה טעמי המנהג והנפק"מ? (צל"ע)

כתב השו"ע כלשון הרמב"ם "כל הגוזל חייב להחזיר הגזילה עצמה שנאמר והשיב את הגזילה אשר גזל (דווקא הגזילה ולא כפל דאין כפל כי אם בגנב) ואם אבדה או נשתנית משלם דמיה בין שהודה מפי עצמו בין שבאו עליו עדים שגזל (ולא כדין גנב שבאו עליו עדים שגנב דחייב לשלם כפל) (ב"ק סז. צד. מדכתיב 'אשר גזל' דדוקא אם כשהיא כאשר גזלה צריך להחזירה בעינה הא אם נשתנית שינוי שאינו חוזר לכמו שהיתה כבר קנאה בשינוי ואין עליו אלא חוב דמי שויה כמו שהיתה בשעת גזילה וכמו שנתבאר בהלכות גניבה ששוין הן בזה, סמ"ע). (משנה גיטין נה. וגמ' ב"ק צה. -) אפילו גזל קורה ובנאה בבירה גדולה, הואיל ולא נשתנית, דין תורה הוא שיהרוס כל הבנין ויחזור הקורה לבעלים, אבל תקנו חכמים מפני תקנת השבים, שיהיה נותן את דמיה ולא יפסיד הבנין. (ע"פ מימרא דרבינא סוכה לא. -) אפילו גזל קורה ועשאה בסוכות החג ובא בעל הקורה ותובעה בתוך החג נותן לו את דמיה, אבל אחר החג הואיל

ולא נשתנית ולא בנאה בטיט מחזיר את הקורה עצמה (שאם בנאה בטיט אינו מחזיר אלא דמים שהרי הוא כגזל קורה ובנאה, ה"ה, באה"ג) { גזל קרקע ובנה עליה בניינים גדולים צריך לסתור הכל ולהשיב קרקע לבעלים דלא עשו תקנת השבים בקרקע (רי"ו) }.

ביאר הסמ"ע (ו) דהא דלא עשו תקנת השבים בקרקע כיון דהוא דבר קבוע ועומד הו"ל למידע דשל הנגזל הוא ולא היה לו לבנותו [שער משפט]: דבריו תמוהים דהא לאו בלוקח מגזלן אמרי הכא אלא בגזלן גופיה דודאי יודע שגזלו ואפילו הכי עשו בו תקנת השבים, ולשון הלבוש מתוקן יותר], ובפת"ש (א) הביא דהלבוש כתב דטעמא מאי עשו תקנת השבים כדי שלא יעלים הגזלן שגזל ולא יעשה תשובה ובקרקע לא שייך זה דאי אפשר להעלימה (וראה גם שס/א). ה"ט"ז כתב טעם נוסף שלא עשו תקנת השבים בקרקע דכיון דקרקע אינה נגזלת דקיימת לעולם ומצוים בעלי זרוע ליפול וסוף סוף יושב הקרקע לבעליו.

עוד הביא הפת"ש (שם) דדעת המבי"ט דאם לא נעשה ההשגת גבול מדעתנו רק שהבנאים הכניסו חצי אמה מקרקע חבירו שלא מדעתו, אפשר שגם רי"ו יודה שעשו בו תקנת השבים ויפרע לבעל הקרקע מה ששוה החצי אמה כי לא החמירו אלא מפני מה שעבר על לא תסיג גבול רעד והכא לא עבר כיון שלא ידע, ובמל"מ חלק עליו, ובשער משפט כתב דנראה דהאי דינא תליא בפלוגתא שהביא הרמ"א בסימן רע"ד במי שהיה לו נחיל של דבורים וישבו על אילן חבירו אי יכול לקוץ הענף כו', וכן בשנים שהיו באים בדרך זה בחבית של יין וזה בכד של דבש וכו' מפני השבת אבידה וכמבואר בסימן רסד/ה בהגה.

סעיף ב

ע"פ סוגיא דב"ק קה. גבי הא דגזל שלש אגודות שוות שלש פרוטות, למדו הרמב"ם ועוד וכ"פ השו"ע "הגזל פחות משוה פרוטה אע"פ שעבר (דהתורה אזהריה גם אחצי שיעור, סמ"ע) אינו בתורת השבה".

סעיף ג

מה הדין אם גזל שווה פרוטה ונאבדה הגזלה ושוב הוזלה ואין שווה פרוטה?

ע"פ פסק בשו"ע "גזל ג' אגודות שוות שלשה פרוטות והוזלו והרי שלשתן שוות ב' פרוטות, והחזיר לו שתיים, חייב להחזיר השלישית הואיל ובתחלתה היתה שוה פרוטה", וכתב הסמ"ע (ח) ע"פ התוס' דכ"ש אם גזל אחת שוה פרוטה והוזלה דצריך להשיב אותה או דמיה שוה פרוטה כמו שהיתה מתחילה, אלא לרבותא נקט ג' אגודות דאע"ג דכבר קיים מצות השבה במה שהחזיר שתיים אפ"ה צריך להחזיר השלישית, והטור כתב בזה וכ"ש אם גזל שתי אגודות שוות שתי פרוטות והוזלו ועמדו על אחת והחזיר לו אחת שצריך להחזיר לו גם השניה שהרי לא קיים מצות השבה כלל.

סעיף ד

ע"פ בעיא דרבא דנפשטה שם פסק בשו"ע "גזל שתיים שוות פרוטה, והחזיר אחת, אע"פ שגזילה אין כאן, מצות השבת גזילה אין כאן" = וכתב הרא"ש דפירש הרמ"ה אע"ג דגזילה אין כאן ואין ב"ד כופין אותו להחזיר כיון דאין בו שוה פרוטה, והא ודאי אם לא החזיר אחת מדעתו אלא בצווי ב"ד כופין אותו להחזיר את השניה כהיא דתניא (ב"מ נה:) הוזקו ב"ד לשוה פרוטה גומרין אף בפחות משוה פרוטה אלא השתא דהחזיר אחת מדעתו גזילה אין כאן דאין ב"ד נזקקים לפחות משוה פרוטה מצות השבה אין כאן ומעצמו חייב להחזיר לקיים מצות השבה ואין ב"ד נזקקין לכופו, ויעוד פירש"י דאע"פ שגזילה אין כאן ואין בית דין נזקקין לכופו בתורת ממון מצות השבה אין כאן ומכין אותו עד שתצא נפשו לקיים מצות השבה, והסמ"ע (ט) הביא ע"פ הטור הפירוש השני בלבד, ועי' בב"י שהאריך לדון בגירסאות הרמב"ם ובפירוש הגמ' לדבריו.

סעיפים ה - ז

פסק השו"ע "ב"ק צג: משנה וגמ' -) נשתנית הגזילה, אע"פ שלא נתיאשו הבעלים, אין צריך להחזיר אלא דמיה כמו שהיתה שוה בשעת הגזילה, והוא שלא יהא שינוי החוזר לברייתו, כיצד, הגזול עצים ודבקם במסמרים ועשה מהם תיבה אינו שינוי, שהרי אפשר לפורקן וחוזרים לוחות כשהיו, (מימרא

דרב פפא צו: -) גזל עפר ועשאו לבינה לא קנה (סמ"ע: דעת הרשב"א דוקא שייבשן בחמה ולא כשצרפן אותן בכבשן דאז אי אפשר לכותשן לעפר דק כבתחילה, ומהטור משמע דאפילו שרפן בכבשן דבעפר דאינו חשוב אין קפידא אף כשלא הוחזר לגמרי דק וכתוש כבראשונה משא"כ בנמטי להעשות צמר דקפדינן אצמר דהוא דבר חשוב להעשות בו מלאכתו הראשונה), שאם ידוק הלבינה תחזור עפר כשהיתה, גזל לשון של מתכת ועשאו מטבע לא קנה כשהיה (סמ"ע: ובעשאו כלי כסף דעת התוס' דקנה והרשב"א חולק וע' ב"י, והש"ך כתב דלחנם הביא דעת התוס' דהתוס' עצמם מדמי לה לנסרים ועשאו תיבה למ"ד דשינוי החוזר הוא שינוי וא"כ אגן דק"ל דשינוי החוזר לא הוא שינוי א"כ ה"ה בעשה ממנו כלי לא הוא שינוי וכן הוא בראב"ן ועיקר), שאם יתיך המטבע יחזור לשון (סמ"ע: ואף דאי אפשר לצמצם אין קפידא בנסכא, משא"כ כשגזל מטבע ושינהו לנסכא דאם יבוא לחזור לעשות מטבע יהיה פנים חדשות דא"א לצמצם לעשות כבראשונה ובזה יש קפידא וכן בגזל לבינה ועשה ממנה עפר דלקמן). (ו) (משנה צג: -) אבל הגזל עצים ושיפן וקצצן או חקק בהם ועשה כלים (גמ' שם ועי' משנה דחולין קל"ה -) או שגזל צמר וצבעו או נפצו או לבנו (ש"ך: בגמ' משמע דנפצו ולבנו וצ"ל דט"ס הוא בספרי המחבר) או עשאו לבדים (דלא כרמב"ם שכתב 'בגדים' דשינוי החוזר לברייתו הוא דאי בעי סתור ליה ולא קני והא דתנן התם דצמר ועשאו בגדים קני מוקי לה בנמטי, ב"ל), או שגזל לבינה ועשאה עפר, או אבנים וסתתן, או מעות והתיכן, ה"ז שינוי בידו, שאם יעשה מעות אחרות פנים חדשות הן, וכן כל כיוצא בזה { ואין נקרא שינוי אא"כ נשתנה שם הגזילה מכח השינוי (תוס', וראה לקמן) (ז) (מימרא דרב פפא צו: -) הגזל מעות ישנות ושיפן וחדשן, לא קנה, שהרי מתישנן וחוזרים כשהיו. גזל מעות חדשים וישנן, קנה, שאם יחדשם פנים חדשות הם } גזל אבנים וסתתן קנה. צמר, וצבעו או לבנו בענין שאינו חוזר לברייתו, קנה (עי' הטור, וכתב הסמ"ע שכבר נתבארו דינים אלו במחבר בסע' ו' ונמשך הרב אחר דברי הטור אשתמיטיה מש"כ המחבר וראה ש"ך וגר"א) {".

מקור דברי הרמ"א דאין נקרא שינוי אא"כ נשתנה שם הגזילה מכח השינוי מקורם בתוס' (צג: 'עצים'), מדתנא במתניתין עצים ועשאו כלים שמעינן דשיפוי לא מיקרי שינוי אם לא שנקרא שם כלי עליה כל דהו או ששמו משתנה באותו שינוי כמו כשורי ועבדינהו קצצתא וכן עבדינהו נסרים אבל שיפוי בעלמא שאין שמו משתנה בשיפוי זה לא חשיב שינוי וכן אמרינן בדף צ"ו גזל דיקלא וקטליה לא קני דיקלא ועבדינהו גובי לא קני דגובי דדיקלא מיקרי אבל גובי ועבדינהו כשורי קני מעיקרא גובי והשתא כשורי, וכ"פ הש"ך (ד) ודחה דעת התורת חיים החולק בלא טענה מוכרחת וגם מה שהביא ראה מהרמב"ם והמחבר שכתבו סתמא דשפוי מועיל דהוי שינוי ולא חילקו אינו ראה דהא כתבו לקמן סע' ט' עד שנשתנה שם, וגם הסמ"ע (טו) כתב דזה טעם המחבר בסע' ט', וכ"פ הקצות (ה) אך הוסיף דאמנם שינוי שם הגזילה הנצרך לאו היינו שינוי השם ממש, דא"כ שינוי מעשה לא משכחת כלל, כיון דאם לא נשתנה שמו לא קנה ובנשתנה שמו תיפוק ליה דהוי שינוי השם, אלא דשינוי השם בלא שינוי מעשה דהיינו שינוי השם שהוא חשוב וכמ"ש הרא"ש גבי טלה ונעשה איל, ובשינוי מעשה סגי לה בנשתנה שם הגזילה אפילו שינוי שמו בשינוי כל דהו [אך הקשה מגזל חמץ עיי"ש], וכן הרגיש בזה הגר"א (ו) שכתב על הרמ"א "ומיהו לאו כללא הוא.. דשינוי מעשה אין צריך לשינוי השם, וכן בטלה ונעשה איל אע"ג דאין בה שינוי השם כמ"ש בב"ק ס"ה ע"ב", וראה להלן בנתיבות.

הנתיבות (שסא,א) תמה על הרמ"א דבמה איירי, דהא שינוי מעשה החוזר אפילו עם יאוש לא קני ושינוי השם החוזר עם יאוש קונה מדאורייתא כמ"ש התוס' סוכה ל' וכן מוכח בשו"ע שסא/ב וכאן בסע' ה', וא"כ ממה נפשך, אי כוונתם על שינוי מעשה שלא נשתנה שם הגזילה אפילו שינוי שאינו חוזר לא קנה, ואי בנשתנה שם הגזילה אפילו שינוי שם לחודיה בלא שינוי מעשה קונה, ויישב (עפמשי"כ שם) דכל שהקנין הוא מטעם יאוש ושינוי השם כתב הרמב"ן הטעם דבלא יאוש סופו לחזור כשיוציאו הנגזל, משא"כ אחר יאוש, ולפי"ז נראה דשינוי השם הבא ע"י אחר שלא ע"י גזלן דלא הוי שינוי השם דהא סופו לחזור ע"י הגזלן, וכן מבואר בהא דאמר בדף ס"ו בגזלן מחשבה מטמאתן וכן הגבגב והגזלן שתרמו דהוא מטעם שינוי השם בעינן דוקא שינוי השם מהגזלן, אבל קנין הבא ע"י שינוי מעשה אפילו נשתנה ממילא קנה הגזלן, וזהו כונת התוס' והפוסקים דשינוי מעשה החוזר שנעשה ע"י אחר אין בו קנין מצד שינוי מעשה אפילו עם יאוש, דלא נקרא שינוי מעשה כשהוא שינוי החוזר, וגם אין לומר דהקנין יהיה מצד השינוי השם שנעשה ע"י השינוי מעשה החוזר, דהא אפילו אם שינה הגזלן שמו בפיו בלא שינוי מעשה כלל הוי קנין דהא בעורות אפילו מחשבה של גזלן מטמאתן, דזה דוקא כשהגזלן שינה שמו, אבל אם נשתנה ע"י אחר בשינוי החוזר לא הוי קנין, כיון שהגזלן לא ייחד אותו לכך מה בכך שהוא אחר

יאוש והנגזל לא יחזיר השינוי מ"מ אולי הגזלן יחזיר השינוי, אבל ודאי אם גזל נסכא ועשה הגזלן בעצמו זווי דקנה עם יאוש דלא גרע מהא דאמר מעיקרא אסא והשתא הושענא.

טע"פ ח - י

ע"פ ב"ק צו. פסק בשו"ע "גזל דקל מחובר וקצצו לא קנה, אפילו כרתו חוליות חוליות, עשאו קורות קנה. (ט) גזל קורות גדולות ועשאן קטנות, לא קנה. קצצן לוחות עד שנשתנה שם, קנה. (י) גזל לולב והפריד עליו, קנה העלין. גזל עלים ועשאן חופיא (מכבדות), קנה { טלה ונעשה איל, עגל ונעשה שור, קנה (ב"ק דף ס"ה) }".

סימן שסא - דין יאוש ואם יש עמו שינוי השם או שינוי רשות

< סע' א - ד ראה סימן שני"ג.

טע"פ ח - ו

ב"ק קיא: "אמר רב חסדא גזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר ואכלו ממנו רצה מזה גובה רצה מזה גובה מאי טעמא כל כמה דלא נתייאשו הבעלים ברשותיה דמריה קאי, תנן הגוזל ומאכיל את בניו והניח לפניהם פטורים מלשלם, אמר לך רב חסדא כי תניא ההיא לאחר יאוש". ע"פ הנ"ל והרשב"א פסק בשו"ע "לא הוי שינוי אלא אם כן מכרו או נתנו לאחר, אבל אם בא אחר ונטלו מבית הגזלן שלא מרצונו, כאילו נטלו מבית הבעלים, אם ירצה הנגזל גובה מהראשון או מהשני, או אם ירצה יגבה חצי מזה וחצי מזה, ואם פרעו השני לראשון או שהגזלן הראשון מחל לשני אינו כלום, כי אין דינו של שני אלא עם הבעלים, ל"ש אם ידע השני שהוא גזול ביד הגזלן ל"ש שלא ידע, ואפילו אם אכלו השני חייב לשלם לבעלים (אפילו האכילו הגזלן אם רצה הנגזל גובה מזה שאכל, ה"ה בשם רא"י וכ"כ ברמב"ם שלא חילק, באה"ג). (ו) בד"א שלא נתייאשו, אבל אם נתייאשו ובא אחר ואכלו פטור, נהי שאם היה בעין היה חייב להחזירו, עתה שאכלו פטור (ג"כ נלמד מ"והשיב את הגזילה אשר גזל" דוקא כשהיא כעין שגזלה ולא כשנאכל, סמ"ע)".

עמש"כ המחבר ברישא א"כ מכרו וכו', כתב הסמ"ע (ה) דנראה דאז אפילו אם ידע הלוקח או המקבל שגזילה היא אפ"ה מיקרי שינוי רשות וקנאו וכן מוכח ממה דמסקי הטוש"ע הטור אדין שאחר זה אם בא אחר ונטלו מבית הגזלן דלא שנא אם ידע השני שהוא גזול ביד הגזלן לא שנא לא ידע, מכלל דברישא במכרו הגזלן לאחר הוי שינוי רשות אפילו ידע שהוא גזול ביד הגזלן, דאי הרישא בלא ידע מיירי, לא הוצרך לכתוב בסיפא האי לא שנא הנ"ל דהא על לא ידע דרישא קאי, וזהו דלא כדמוכח מדברי הב"י בסימן שס"ט דבכה"ג לא מיקרי שינוי רשות.

מה הדין הקנה חפץ גזול בקנין לזמן או במתנה על מנת להחזיר או השאילו או השכירו האם נחשב כשינוי רשות? באר ונמק.

כתב הרמ"א (ה) ע"פ הנ"י "י"א דאם מכרו באחריות (דווקא, רע"א) או נתנו בטעות או בעל כרחו לא מקרי שינוי רשות".

הש"ך (כאן בקצרה ובסימן ל"ז סקכ"ט) חלק על הנ"י במש"כ במכרו באחריות "דמה ענין אחריות לשינוי רשות, והכי משמע מדברי כל הפוסקים" בסי' שני"ג שני"ו ושס"א "שכתבו סתמא קנה ביאוש ושינוי רשות ולא חילקו בין מכר לו באחריות או לא".

כתב באבן חיים (כאן) בשם הרב יעקב גרשון משארוויליאק דלפי הנ"י במקרה שהגזלן השאיל או השכיר את החפץ אין בזה שינוי רשות, וכתב שגם הש"ך יודה.

כתב הש"ך (ג) גבי נתנו בטעות, דהרשב"א בחידושים כתב דאם נתנו לו על דעת חליפי שלו הוי שינוי רשות וכן משמע מדברי הרמב"ם והמחבר סימן שסט/ה סעיף ה', ומדברי בעל המאור מוכח להדיא דאפילו בטעות הוי שינוי רשות וגם הרמב"ם שם משמע דמודי ליה בזה, ובתשובת הרשב"א איתא לחד שנויא דאפילו בחליפות לא הוי שינוי כיון שנתנו לו, וצ"ע.

[עמש"כ המחבר דבעל כרחו לא מיקרי שינוי רשות, הקשה ה**נתיבות** (ב) דהא מבואר בסימן שס"ח דהמציל מיד לסטים ישראל הרי אלו שלו מפני שנתיאשו הבעלים, וקשה דמה בכך שנתיאשו מ"מ הא אין כאן שינוי רשות כיון שלקחו בעל כרחו, ותירץ דדוקא כשנתיאש אחר שבא ליד גזלן מיקרי יאוש דגזילה ולא קנה, ושוב אסור לכל אחד לזכות בו, והוא מטעם שכבר נתחייב הגזלן בהשבה, אבל אם ראה אנס בא כנגדו והמטלטלין מונחין עדיין לפניו ונתיאש דזה ג"כ הוי יאוש כשאינו יכול להציל כבב"ק קט"ו בראה אנס בא כנגדו שאינו יכול לחלל עליו מעשר שני מפני שהוא הפקר ויאוש זה הוי ממש כמו יאוש דאבידה דהא נתיאש קודם שבא ליד הגזלן, לא מיבעיא דאם בא אחד והציל ולא הניח לגזלן לקחתו דמי ממש למציל מן הארי או מן הנהר או מן הדליקה (ב"מ כ"ד) דמה לי שנתיאשו הבעלים מפני שבא ארי או דליקה ומה לי שנתיאשו מפני שראו ליסטים וגייס באין, אלא אפילו הציל אחר שבא ליד הגזלן מ"מ כיון שנתיאש קודם שבא ליד הגזלן כבר נעשה על המטלטלין שם יאוש דאבידה, ואף דהגזלן ודאי דנעשה גזלן עליו דהא מחמתו בא היאוש כיון שבא לגזלו, מ"מ כיון שכבר קודם שבא ליד הגזלן נעשה אבידה לא הוי יותר מגזל דאבידה דאין עליו שום חיוב השבה כמ"ש הרמב"ן, ומשו"ה כל המציל ממון פטור מלהחזיר וחיוב תשלומין של הגזלן אינו רק מטעם גרמי. עמש"כ המחבר בסעי' ו' כתב (ג) דנראה דאפילו נטל לפני יאוש ואכל לאחר יאוש פטור כדמשמע בסעי' ז'.

בנידון השאלה עוד יש לציין **לרע"א** (שנג,ג) שכתב דדעת היש"ש דאם נתן הגנב בפקדון לאחר ואח"כ נתיאשו הבעלים ואח"כ מכר הגנב לנפקד לא קנה דהוי ש"ר קודם יאוש, ובמגיני שלמה השיג ע"ז דפקדון לא מקרי ש"ר דברשותא דמרא קאי וכשהקנה לו אח"כ זהו שינוי רשות אחר יאוש.

במנחת אשר (ב"ק סז,ד) דן באריכות אי הוי מתנה על מנת להחזיר שינוי רשות (עיי"ש) והביא בשם החזו"א דמהני.

על פניו היה מקום ללמוד דגם דבהקנה לזמן לפ"ז הוי שינוי רשות, ובספר **חיי נפש** (דרוש והלכה א', זלמנוביץ, עמ' קנב) כתב בתחילה לתלות במחלוקת הקצות (סימן רמ"א) בשם ר' אביגדור דמתנה על מנת להחזיר לא הוי רק קנין לזמן ואין צריך להקנותו בחזרה, לנתיבות שהוא דעת הרא"ש דס"ל דמע"ל הוי מתנה גמורה וצריך להקנות לו בחזרה (אך דחה, עיי"ש), וצריך תלמוד.

סעיף ז

משנה ב"ק קיא: "הגוזל ומאכיל את בניו והניח לפניהם פטורין מלשלם, ואם היה דבר שיש בו אחריות חייבין לשלם" ובגמ' "אם הניח לפניהם פטורין מלשלם אמר רמי בר חמא זאת אומרת רשות יורש כרשות לוקח דמי, רבא אמר רשות יורש לאו כרשות לוקח דמי והכא במאי עסקינן כשאכלום הא מדקתני סיפא אם היה דבר שיש בו אחריות חייבין לשלם מכלל דרישא בגזילה קיימת עסקינן אמר לך רבא הכי קאמר אם הניח להם אביהם אחריות נכסים חייבין לשלם".

וז"ל **השו"ע** "מת והוריש הגזילה לבניו לא הוי שינוי רשות (דברא כרעא דאבוה הוא ולא מחשב כלוקח, סמ"ע), אלא הוי כאילו אביהם קיים, שאם הוא בעין ולא נשתנית צריכים להחזירה אפילו נתיאשו הבעלים, ואם נשתנית והיא קיימת, נותנים דמיה, אבל אם אכלוה, בין בחיי האב בין לאחר מותו, אם קודם יאוש אכלוה חייבים לשלם לאחר יאוש פטורים (כדמוקי רב חסדא הובא לעיל סעי' ו'), אם לא הניח אביהם נכסים, אבל אם הניח אביהם נכסים אפילו אכלוה אחר יאוש חייבים (דאז נכסי אבוהון משועבד להנגזל מיד בשעת הגזילה, סמ"ע) לשלם (וכתב ה**טור** ע"פ הרמב"ם וש"ר דהאידידא דמטלטלי משתעבדי אפילו לא הניח להם אלא מטלטלין חייבין לשלם, סמ"ע), וכן אם מכרה האב או נתנה לאחר, אם הניח נכסים חייבים לשלם. (ברייתא קיב. -) ואין חלוק בזה בין גדולים לקטנים, ואם אמרו הגדולים יודעים אנו שעשה אבינו חשבון עמך ולא נשאר לך כלום בידו נאמנים (במיגו דאילו רצו היו אומרים החזרנו לך) (מיהו צריכים לישבע היסת ודלא כסמ"ע בסימן רצ"ז, ש"ך) (בעינן שיטענו הן בעצמן ודוקא בברי, משא"כ אם טוענין שמא החזיר לך או לקחו אבינו אינן נאמנין בשמא, ואנן לא טענינן להו בדבר שאינו מצוי, סמ"ע בשם רי"ו), וי"א (ע"פ ההסבר השני **בתוס'** דלא מטעם מיגו אלא מטעם שאין עדי גזילה אלא הודאת הבנים בלבד) דה"מ כשאין ידוע שגזלה אביהם אלא על פיהם אבל אם היו עדים שגזלה אינם נאמנים (סמ"ע: דה"ל מגו דהעזה טפי ממה שאמרו ידענו שעשה אבינו עמך חשבון ולא פש לך גביה, ובש"ך האריך לדחותו)".

עמשי"כ הסמ"ע (יב) דאן לא טענין להו בדבר שאינו מצוי, כתב הש"ך (ד) דכ"כ רי"ו והוא כדעת הרא"ש, אבל הרמב"ן ריטב"א ועוד כתבו דטענין להו לקוח במגו דהחזרתי אלא מיירי שראוהו עתה לאחר מיתה ביד היתומים הילכך בשמא לא טענין להו לקוח דאב גופיה כה"ג לא הוי מהימן אבל כשטוענין ברי נאמנים כיון שלא ראוהו ביד היתומים קודם שירדו לדין דהוי נאמנים לטעון אנו החזרנוהו נאמנים גם עכשיו במגו, ולטעמייהו אזלי דלרא"ש לא טענין ליתמי נאנסו כיון דהיא טענה דלא שכיח ולרמב"ן ס"ל דטענין להו נאנסו דגם מידי דלא שכיח טענין להו, מיהו כשטוענים ברי נראה דהרא"ש מודה לרמב"ן דנאמנים כל זמן שלא ראו עתה בידו קודם שירדו לדין או שראו לאחר מיתה, וא"כ למאי דקי"ל גבי נאנסו דהוי ספיקא דדינא כדלעיל סימן ק"ח ה"ה הכא, והסמ"ע שהביא דברי רי"ו לא כוון יפה דודאי איכא דפליגי עליה והילכך מספיקא לא מפקינן מנייהו.

סעיף ה

[האם הגזל חבירו בעדים צריך להחזירו בעדים?]

כתב השו"ע ע"פ ה"ה והר"ן "הגזל את חבירו בעדים, יש אומרים שאינו צריך להחזיר לו בעדים (ה"ה בשם חכמי הדורות, רמ"ה ועוד), ויש אומרים שצריך (ה"ה ברמב"ם, רי"ו ועוד, דס"ל דדוקא במלוה לחבירו בעדים א"צ לפרועו בעדים משום דתחילתו היה כדי לפרוע משא"כ בגזלן, סמ"ע)". הש"ך (ח) כתב דלא מוכח מהרמב"ם מידי ולענין דינא פשיטא דקי"ל דא"צ והאריך ברשימת הראי' הפוסקים כן וכ"ד בד"ה בסימן צ' ודלא כב"ח שפסק דהוי ספיקא דדינא.

סימן שסב - השביחה הגזילה ביד הגזלן ממילא

סעיפים א - ד

פסק השו"ע כלשון הרמב"ם (א) הגזילה שלא נשתנית אלא הרי היא כמו שהיתה, אע"פ שנתיאשו הבעלים ממנה (משנה צג: צו. וגמ'), ואע"פ שמת הגזלן והרי היא ביד בניו הרי זו חוזרת לבעליה בעצמה (משנה וגמ' דף קי"א: דקי"ל כרבא וכו' אושעיא), ואם נשתנית ביד הגזלן אע"פ שעדיין לא נתיאשו הבעלים ממנה, קנאה בשינוי, ומשלם דמיה (דבגזלן לא שייך ביה תקנת השוק, סמ"ע) כשעת הגזילה (שס/ה שנג/א). (ב) נתיאשו הבעלים ממנה ולא נשתנית קנה הגזלן כל השבח שהשביח אחר יאוש ואינו משלם אלא כשעת הגזילה, ודבר זה מדבריהם, מפני תקנת השבים, וכשמחזיר לו הגזילה שמין לו השבח ונוטל מן הנגזל (רמב"ם, ה"ה בבאה"ג: דס"ל דמאחר דקי"ל כל היכא דפליגי רבה ורב יוסף הלכה כרבה וא"כ יאוש לחודיה קנה וקי"ל בסוגיא דדף צ"ג דלא קני אלא בשינוי שאינו חוזר לבריתו וכסימן שס/ו והא דס"ל לרבה דיאוש לחודיה קני היינו לשבח שהשביח וזה שכתב דלא קני אלא בשינוי גמור היינו לקנות כל גוף הגזילה, והסמ"ע כתב דדעת הרא"ש והטור ריש סימן שני"ד דאפילו לא נתיאש ג"כ ולא דווקא השבח שאחר יאוש וכ"כ הרמ"א בסוף סעי' ח' דיש חולקין וקאי גם אזה שכתב המחבר כאן) (ג) מכרה הגזלן או נתנה במתנה, אע"פ שלא נשתנית הגזילה, אינה חוזרת בעצמה מיד הלוקח, הואיל ונתיאשו הבעלים, בין לפני מכירה ונתינה בין לאחר מכירה ונתינה, קנאה הלוקח ביאוש ושינוי רשות {וש חולקין} (דס"ל דבעינן שיהא היאוש דוקא קודם שינוי רשות, וכן עיקר, ש"ך) ועיין לעיל סימן שני"ג (סעי' ג וכן סימן שנו/ג) { (ד) הגזל והשביח ומכר או הוריש לפני יאוש, מה שהשביח הוריש ומה שהשביח מכר, וקנה לוקח או יורש את השבח, ונוטל דמי השבח מנגזל, ומחזיר הגזילה, וחוזר הנגזל ונוטל דמי השבח מהגזל (ומחזיר הגזילה והיינו טעמא -) שהרי לא נתיאש (דאילו נתיאש היה מחזיק בגזילה עצמה, סמ"ע). וכן אם השביח הלוקח או היורש, נוטל השבח מהנגזל (מימרא ובעיא דרבא דף צו. והרמב"ם לשיטתו דקודם יאוש אין לגזלן דבר, ולכן חוזר הנגזל ונוטל דמי השבח מהגזלן, ה"ה)".

ביאר הסמ"ע (ד) בסעי' ב' הא דאינו משלם אלא כשעת הגזילה ר"ל אם הוא בענין שאינו צריך להחזיר הגזילה בעינה אזי משלם הוא לנגזל דמי הגזילה, אבל על הרוב מחזירה בעינה, וע"ז מסיק וכתב וכשמחזיר כו' שמין לו השבח ונוטל מהנגזל, כיון דבגזלן עצמו מיירי דמוציאין מידו, דאין צריך ליתן הנגזל לגזלן אלא שבחו, ובסעי' ד' דמיירי שם בדמכרו לאחר, שם לאו דוקא קאמר דנוטל דמי השבח

מהנגזל דהא גם קרנו נוטל מהנגזל, אלא לרבותא קאמר דאפילו דמי שבחו נוטל מהנגזל וכ"ש דמי קרנו.

גבי סעי' ד' ביאר הסמ"ע (ז) דבזה עדיף כח לוקח ויורש מהגזלן עצמו, דהן קנו השבח שנשבח אף שלא נתיאש הנגזל ואילו בעודה ביד הגזלן לא קונה הגזלן השבח דס"ל לרמב"ם דתקנה התקינו רבנן בזה ללוקח וליוורש, משא"כ לרש"י ורא"ש דס"ל דהא דלוקח ויורש זכו בשבח היינו מכח שזכה בו ג"כ הגזלן ככה"ג ואפילו נשבח קודם היאוש ומשום תקנת השבים.

הסמ"ע (י) הקשה עמש"כ הלבוש גבי סעי' ד' בהשביחו היורש או הלוקח דאין הנגזל חוזר על הגזלן שהרי לא הושבחה בידו, דמה טעם לחלק דהרי כאן בשבח שהושבחה מאליה מייירי וכסעי' ט' ויכול הנגזל לומר לולא שגזלתני גם בביתי היה נשבח ונהי דתקינו רבנן לשלם ללוקח והיורש השבח, הגזלן עכ"פ צריך להחזיר כאילו היה נשבח ביד הגזלן לסברת הרמב"ם, ואילו הקצות (ב) כתב דעיקר כלבוש דודאי כל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה (ב"ק צג:) ובתברא או שתיה משלם כשעת הוצאה מן העולם (ב"מ מג.) וה"נ אם מכרה הגזלן אחר שהושבח משלם כשעה שמוכרה דהוא שעת הוצאה מן העולם, כיון דלוקח קונה השבח ולא אתי למיהדר ליה משלם כשעת הוצאה, אבל אם לא נשבחה ביד הגזלן ונשבחה ביד הלוקח אינו משלם יותר משעה שגזלה ושעת הוצאה, ועמש"כ הסמ"ע דיכול הנגזל לומר לולי שגזלתני גם בביתי היה נשבח, תמה הקצות דא"כ גזלן שמכר לאלם בענין דאי אפשר לאהדורי ליה יצטרך לשלם יותר משעת מכירה ואע"ג דנשבח ביד האלם אח"כ, ופשוט דאינו משלם יותר משעת מכירה, וכל הגזלנין דמשלמין כשעת הגזילה אמאי, לימא ליה הנגזל אילו היה הבהמה בידי היה הולך וגדל עד מאד, וכ"ד ה^נתיבות (א).

אם נתנו לקטן האם חשיב שינוי רשות?

כתב הקצות (א) להסתפק בנתן הגזילה לאחר יאוש לקטן במתנה אם הקטן קונה אותו ביאוש ושינוי רשות, ומשום דקטן אינו קונה מן התורה אלא היכא שדעת אחרת מקנה, והכא שהגזלן לא קנה ביאוש לחודיה לא הוי דעת אחרת מקנה, וכתב דלפי שיטת התוס' רמב"ן ורא"ש דטעמא דיאוש ושינוי רשות היינו משום דבהיתרא אתי לידיה דלוקח וא"כ שינוי רשות לאו קנין הוא כלל והלוקח דקני אותו אינו אלא ביאוש כיון דבהיתרא אתי לידיה, וא"כ בנתנו לקטן ליכא דעת אחרת מקנה כיון דהמקבל זוכה מחמת עצמו ביאוש וכמו באבידה דבהיתרא אתי לידיה וקטן באבידה אין לו זכיה מן התורה אלא מפני דרכי שלום, ואין לומר דנתינתו וקנייתו באין כאחד דדוקא בשינוי השם דגזלן גופיה קני בשינוי השם איכא למימר דהקדשו וקנייתו באין כאחד כיון דנעשה שינוי, אבל ביאוש ושינוי רשות לעולם אין הגזלן קונה כיון דס"ל דשינוי רשות ואח"כ יאוש אינו קונה משום דבאיסורא אתי לידיה וא"כ אינו קנין אלא למקבל ולא לגזלן כלל, וא"כ אין הקטן זוכה מעצמו כיון דליכא דעת אחרת מקנה, אבל לשיטת הרמב"ם דס"ל אפילו שינוי רשות ואח"כ יאוש אינו קונה ואע"ג דבאיסורא אתי לידיה, וצריך לומר דשינוי רשות בעצמו הוי קנין בצירוף יאוש, וא"כ בשעה שמוכרו או נותנו הו"ל דעת אחרת מקנה, וכמ"ש הרשב"א בהא בגיטין נ"ה דאמרו גנב וגזלן הקדשן הקדש משום שינוי השם דמעיקרא חולין והשתא הקדש שהקשה דאיך יכול הגזלן להקדישו כיון דאינו שלו וביאר דהקדשו וקנייתו באין כאחד, וא"כ ה"נ הו"ל דעת אחרת מקנה ונתינתו לקטן וקנייתו באין כאחד, אבל לשיטת הרא"ש והתוס' ה"ל אין לומר דנתינתו וקנייתו באין כאחד, דדוקא בשינוי השם דגזלן גופיה קני בשינוי השם איכא למימר דהקדשו וקנייתו באין כאחד כיון דנעשה שינוי, אבל ביאוש ושינוי רשות לעולם אין הגזלן קונה כיון דס"ל דשינוי רשות ואח"כ יאוש אינו קונה משום דבאיסורא אתי לידיה וא"כ אינו קנין אלא למקבל ולא לגזלן כלל, וא"כ אין הקטן זוכה מעצמו כיון דליכא דעת אחרת מקנה.

סעיפים ה - ו

[מה הדין בגזלן שמכר לגוי והשביחה בידו?]

ב"ק צו. "בעי רבא השביח גוי מהו א"ל רב אחא מדפתי לרבינא תקנתא לגוי ניקו ונעבוד אמר ליה לא צריכא כגון דזבניה לישראל סוף סוף הבא מחמת עובד כוכבים הרי הוא כעובד כוכבים לא צריכא כגון דגזל ישראל וזבנה ניהליה והשביחה עובד כוכבים והדר עובד כוכבים וזבנה לישראל מאי מי אמרינן

כיון דמעיקרא ישראל והדר ישראל עבדי רבנן תקנתא או דלמא כיון דאיכא עובד כוכבים באמצע לא עבדו ליה רבנן תקנתא תיקו".

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם (ה) מכר הגזלן לעובד כוכבים, והשביח העובד כוכבים, השבח חוזרת לבעלים. (ו) מכר העובד כוכבים לישראל אחר שהשביח, הואיל והגזלן ישראל וזה שבידו ישראל, קנה השבח (ככל דין ספק בממון), ואם תפס הנגזל אין מוציאין מידו".

כתב הסמ"ע (יג) דאף דדעת הרא"ש דלא מהניא תפיסה בספק מ"מ בספיקא דתלמודא מודה ולכן כתב הכא דאם תפס הנגזל אין מוציאין מידו כרמב"ם, אולם הש"ך (ג) כתב דהרא"ש לא כתב כן הכא ואדרבה בספיקא דתלמודא ס"ל לרא"ש דאפילו תפס מפקין מיניה, ולשון הטור בשם הרמב"ם הטעתו. הקצות (ג) הביא שהרב המגיד כתב עמש"כ הרמב"ם בתקנת נגזל דשכירו ולקטו דאינו נשבע ונוטל ולא כתב אי תפס לא מפקין, דכיון דהוא איבעיא דלא איפשטא (בשבועות מ"ו) משום שאינו אלא תקנה ובספק תקנה אוקמוה אדינא ולא מהני תפיסה, וכתב הקצות דכיון דבספק תקנה אוקמוה אדינא א"כ אפילו לא תפס יטול הנגזל את השבח כיון דמדינא דנגזל ושבח דגזלן אינו אלא תקנה, וכתב דנראה דהיכא דהוא מוחזק מעיקרא אפילו בספק תקנה הו"ל מוחזק, ודוקא בתופס דמהני לרמב"ם, אבל בספק תקנה לא מהני תפס.

סעיפים ז - ט

פסק השו"ע כלשון הרמב"ם "כבר נתבאר שהגזילה שהשביחה אחר יאוש או אחר שנשתנית השבח לגזלן אע"פ שהשביחה מאיליה (שנד/א-ב, שס/ה). כיצד גזל פרה ונתעברה אצלו, בין שילדה קודם שתבעו בדין בין שעדיין לא ילדה, גזל רחל ונטענה אצלו, בין שגזזה קודם שתבעה בדין, בין שעדיין לא גזזה (מחלוקת התנאים בברייתא דף צ"ה וכר"ף שפסק כרב פפא ואליאב דרבי יהודה), הואיל ונתייאשו הבעלים משלם כשעת הגזילה (כתב ה"ה דאין לו ראייה למה הצריך יאוש, באה"ג), ואם ילדה וגזזה, הגזות והולדות של גזלן, ואם עדיין לא ילדה ולא גזזה, שמין לו, ונוטל השבח מהנגזל ומחזיר הבהמה עצמה (דס"ל לרמב"ם דעיבור וטעינת גיזה לא מחשב שינוי ואפילו לידה עצמה ס"ל דלא ה"ל דין שינוי גמור אלא כשינוי החוזר, סמ"ע). (ח) (משנה צג: -) גזל פרה מעוברת ונתייאשו הבעלים ואחר כך ילדה (כשיטתו שאין הגזלן קונה דבר אף לא השבח קודם יאוש), רחל טעונה ונתייאשו הבעלים ואחר כך גזזה, משלם דמי פרה העומדת לילד ודמי רחל העומדת ליגזז, ואם לפני יאוש וקודם שנשתנית ילדה או גזזה (ודיני שינוי בריש סימן שני"ג, ודעת הראב"ד דאין שינוי יותר גדול מלידה וגיזה) הרי הגיזות והולדות של בעלים, ואע"פ שנתעברה או נטענה ביד הגזלן הואיל ולא נתייאשו הבעלים ולא נשתנית הגזילה היא ברשות בעליה אף על פי שהגזלן חייב באונסים {כל אלה דברי הרמב"ם, אבל יש חולקין (רא"ש)}, וכמו שנתבאר ריש סימן שני"ד ושני"ו (דחולקין עם הרמב"ם במ"ש דלא קנה הגזלן השבח שנשבח קודם שנתיאשו הבעלים, וס"ל דלא מיבעיא שינוי גמור אלא אפילו בשינוי החוזר קנה השבח וכדמסיק), ואפילו שינוי החוזר לברייתו, כגון עפר ועשאו לבנים, אע"ג דלא קנה כדלעיל סימן ש"ס, שבח מיהא קני, וצריך להחזיר לו שבחו (סמ"ע): ונראה דה"ה אם אין בו שינוי כלל, כגון גזלה כשהיא מעוברת או טעונה בגיזה ונשתתה ביד הגזלן ונתרבה עליה הגיזה או הולד, אע"פ שהוציאה מידו בעודה טעונה או מעוברת משלם לו העודף כשיעור שנשבח בידו). (ט) במה דברים אמורים, בשבח הבא מאיליו, כגון גיזות וולדות אבל אם היתה כחושה והוציא עליה ופטמה, אפילו לפני יאוש, נוטל מהנגזל שבח הפטום, וכן כל כיוצא בזה משבח שיש בו הוצאה (אבל נתפטמה מאליה דינה כהוקרה וכדלעיל ס"י שנד/ד בהג"ה וא"כ אפילו אחר יאוש הוא של נגזל, ש"ך)".

כתב הסמ"ע (טז) ברישא דסעי' ח' דמשלם דמי פרה העומדת לילד ר"ל אף אם הגיע זמנה לילד בשעת גזילה אפ"ה אינו משלם כאילו ילדה בשעת גזילה, כי ידוע שלא היתה הבהמה שוה כל כך קודם לידה שיש בה חשש סכנה לפרה עצמה וג"כ שמא יהיה הולד נפל, כמו שהיתה שוה אחר לידה, ואם גזלה בתחילת או באמצע עיבורה אינו משלם כ"כ כמו שהבהמה שוה בעת שהיא עומדת לילד דהיינו גמר עיבור, אלא הכל לפי שומת שויה, והנתיבות (ב) חלק עמש"כ דאפילו אין בה שינוי כלל כגון שגולה מעוברת והחזירה בעודה מעוברת דמשלם העודף כשיעור שנשבח בידו, דתמוה מאד, דהא אפילו נתפטמה מאליה דינה כהוקרה דהיא של הנגזל כמבואר בסימן שנד/ד בהגה, ועוד, דא"כ אפילו גזל טלה ונתגדל מעט אצל הגזלן יהיה של הגזלן.

סעיפים י – יג

פסק השו"ע כלשון הרמב"ם (י) (ע"פ ב"ק סה. וב"מ מג. -) גזילה שלא נשתנית והוקרה אע"פ שנתייאשו הבעלים ממנה הרי זו חוזרת לבעלים ואין לגזול בה כלום שלא תקנו לגזול את השבח אחר יאוש אלא כגון שבח גיזות וולדות אבל שבח היוקר, אם היתה הגזילה חוזרת בעיניה אינו זוכה בה, (בטור: לפיכך -) הגזול חבית של יין מחבירו והרי היא שוה דינר בשעת הגזילה, והוקרה אצלו ועמדה מארבעה, שיבר החבית או שתה אותה או מכרה או נתנה במתנה אחר שהוקרה, משלם ארבעה כשעת הוצאה מן העולם, שאילו הניחה היתה חוזרת בעצמה, נשברה מעצמה או אבדה, משלם דינר כשעת הגזילה. (יא) (משנה צג: -) היתה שוה בשעת הגזילה ארבעה, ובשעת הוצאה מן העולם דינר, משלם ארבעה כשעת הגזילה בין ששברה או שתאה בין שנשברה או אבדה מאיליה וכן כל כיו"ב. (יב) (מימרא דשמואל ב"מ צט: -) הגזול אשכול של תמרים ובו נ' תמרים ואם ימכרו כולם ביחד אינו שוה אלא מ"ט פרוטות ואם ימכרו כל אחת בפני עצמה ישו חמשים, אינו משלם אלא מ"ט (סמ"ע: כעין סימן שצד/ד בבהמה שאכלה פירות מחוברים רואים כמה הפסידה ושמן מי שבא לקנות ס' חלקים כדי אותו חלק מה שאכלה כמה היה נותן וכו' ולמדוהו בב"ק נ"ח מדכתיב ובער בשדה אחר דמה שנבער מהשדה ישומו אותו בהדי שדה אחר) (סע' יג: ראה סימן שנד/ה).

עמ"ש"כ המחבר בסע' יי דגזילה שלא נשתנית והוקרה אף על פי שנתייאשו הבעלים ממנה הרי זו חוזרת לבעלים, כתב הש"ך (ה) דדעת רש"ל בטור דהיכא דנתייקרה אחר שנתייאש הוי של גזול וכתב שטעמו בטור דס"ל דיאוש קונה מדרבנן משום תקנת השבים ושייך תקנת השבים בכה"ג, והש"ך דחה באריכות גרסתו ודעתו בטור, ואפילו נתייאשו הבעלים קודם שנתייקרה או נתפטמה מאליה הוי של נגזל, וכ"ד הרמב"ם והסמ"ג וכן עיקר.

סימן שסג – הגזול בהמה ועבדים והזקינו והדר בחצר חבירו שלא מדעתו

סעיפים א – ב

[מה הדין בגזול עבדים והזקינו? פרט ובאר השיטות, ומה הדין במקרה שנשרפו, והאם מועיל

בהם ייאוש?]

ע"פ משנה ב"ק צו: וגמ' פסק בשו"ע וכלשון הרמב"ם "גזל בהמה והזקינה או כחשה כחש שאינו יכול לחזור, כגון חלאים שאין להם רפואות תעלה או שגזל מטבע ונסדק או פסלו המלך (דבמשנה "גזל מטבע ונסדק משלם כשעת הגזילה מטבע ונפסל אומר לו הרי שלך לפניך" וכרב יהודה דפסלתו מלכות נמי היינו נסדק אלא היכי דמי נפסל שפסלתו מדינה זו ויוצאה במדינה אחרת) {וי"א (תוס' ורא"ש) דמטבע אפילו פסלה המלך אומר לו הרי שלך לפניך (כרב הונא דנסדק נסדק ממש נפסל פסלתו מלכות, דהוה רביה דרב יהודה ועוד דרב ושמואל דפליגי קאי כוותיה)}, או שגזל פירות והרקיבו כולם, או שגזל יין והחמיץ, הרי זה כמו שגזל כלי ושברו (סימן שסב/יא, ושם נתבאר דיש חילוק בין נשבר מאליו לנשבר בידים לענין וכאן לא כחשה והפסידה בידים, וה"ל לדמותו לגזל כלי ונשבר מאליו, אלא משום דכאן לא איירי בהוקרה ואדרבה נפתחה בדמיה, משו"ה נמי לא דקדק, סמ"ע), ומשלם כשעת הגזילה. אבל אם גזל בהמות וכחשו כחש שאפשר לחזור, או שגזל עבדים והזקינו (כר' מאיר וכתב דדינם כקרקע שאינה נגזלת, דלא כר"י דקיימא לן עבדא כמטלטלי דמי, ב"י, וגבי מה שהקשה הנתיבות דהתחייב בשבת דעבד – ראה תכד/ג) או שגזל מטבע ונפסל (דווקא דהוא בעין דא"י משלם כשעת הגזילה דהיינו מטבע החדשה, ש"ך ע"פ תוס' ועוד) במדינה זו והרי הוא יוצא במדינה אחרת (ש"ך: פסקינן כסיעת התוס' דאפילו פסלתו מלכות א"ל הרי שלך לפניך ואפילו פסלו בכל המלכות שבעולם שאינו יוצאות כלל), או שגזל פירות והרקיבו מקצתם, או תרומה ונטמאה, או שגזל חמץ ועבר עליו הפסח, או בהמה ונעבדה בה עבירה או נפסלה מליקרב, או שהיתה יוצאת לסיקל, אומר לו הרי שלך לפניך, ומחזיר אותה בעצמה. במה דברים אמורים בשחזיר הגזילה, אבל אם נשרפה הגזילה או אבדה אחר שנאסרה בהנאה, חייב להחזיר לו דמיה כשעת הגזילה (סמ"ע: רבותא קאמר דאפילו הני דכבר נאסרו בהנאה ואף אם לא נשרפו לא היה יכול ליהנות מהן מ"מ כיון שנאבדו ואינו יכול להחזירן בעין צריך לשלם כ"ש באינד הנ"ל דסע' א')"

גבי הרקיבו הפירות כולם ברישא כתב **הסמ"ע** (א) דהאי כולם לאו דוקא קאמר, שהרי אחר זה כתב דדוקא דהרקיבו מקצתן אומר לו הרי שלך לפניך, אלא רובן ככולן ומחצה על מחצה נידון כרוב. **הש"ך** (ו) כתב דבהרקיבו כולם מבואר בש"ס דמשלם כשעת הגזילה וביאר בהג' אשר"י ע"פ הירו' דמדובר שהרקיבו עם הכנימה אבל אם הרקיבו מחמת התולעת הרי הן כבריאים, וכוונתו דאלי"כ אין טעם לחלק בין כולן למקצתן "ולפ"י מ"ש בסמ"ע סק"א אינו מכוון" [ור"ל (ע"פ ביאור החת"ס על הירו') דהביא דברי ההג"א כפירוש לחילוק בין הרקיבו כולם למקצתם, דהרקיבו כולם היינו אפילו הרקיבו מקצת אלא שהרקיבו מחמת כנימה שדרכה להתפשט בהכל משא"כ הרקיבו מחמת התולעת הוי כהרקיבו מקצתן ר"ל דאפילו הרקיבו כל הפירות קצת מחמת התולעת אין הריקבון אלא במקצת מן הפרי ואינו עתיד להתפשט בכל הפרי ובוזה דחה דברי הסמ"ע דאין כאן נידון בכמות הפירות שכן הפרי שהרקיב נשתנה והפרי שלא הרקיב לא נשתנה ואין נידון פרי אחד שייך לחבירו ואין כאן דין רוב ומיעוט ומחצה כרוב אלא הנידון בהרקיבו מקצת מכל תולעת דבהרקיבו ע"י כנימה הוי שינוי בכל הפרי ובהרקיבו ע"י תולעת לא הוי שינוי בכל הפרי ומה שנשאר הוי כבריאים, ציננים והערות ב"ק צ"ח, וע"ע בחזו"א ב"ק יז/טו, בית דוד עמ' תרלו בענין גזל מלפפונים והעלו עובש, ועוד אחי בביאור כוונת הש"ך].

הש"ך (ב) האריך גבי דעת הרי"ף דבעבדים אינו יכול לומר הרי שלך לפניך כקרקע, וזה מדק"ל כר' נחמן דאמר בב"ק (י"א) דאין גובים מן העבדים וחלקו כל הפוסקים עליו דבאמת צריך לחלק דכי יחלוק רב נחמן אכל הני דק"ל דעבדא כקרקע דמי לענין שבועה אונאה קנין ופדיון בכור וכמה דוכתי, ובתוס' בב"ק ועוד רא' כתבו דבכל מילי דאוי ק"ל דכקרקע דמי אבל במילי דרבנן כמטלטלי דמי לכך אין גובים מן העבדים דשעבודא דרבנן, והא דלמדנו דחשיב כמקרקעי מדכתיב והתנחלתם אותם לרשת אחוזה הקישן הכתוב לאחוזה התם במילי דרבנן איירי כגון פרוזבול וקנין אגב דרבנן וקרא דערים מצורות אסמכתא בעלמא, והובא ביאור זה בב"י וכ"ד רש"ל, והש"ך כתב דדוחק לחלק בין מילי דאוי למילי דרבנן דכל דתקון רבנן כעין דאוי תקון ועוד דדוחק הוא לומר דקרא דערים בצורות אסמכתא הוא, ועוד דבדעת הרמב"ם א"א לומר כנ"ל דא"כ יהיה טעמו דר' נחמן משום דשעבודא דרבנן והרי הרמב"ם פסק דשעבודא דאוי וכן מוכח מכל הפוסקים שהביא בסימן ל"ט ותקשי לכל הנך פוסקים וגם הרא"ש גופיה כתב בכמה דוכתי דשעבודא דאוי וכ"פ הרש"ל, ולכן ביאר דאשכחן בכמה דוכתי דלענין בעל חוב שאני דלא סמיך דעתיה עליה וא"כ הכא נמי נהי דעבדא כמקרקעי דמי היינו לענין דינין הכתובים בתורה אבל לענין סמיכת ה"ח כיון דיכול לברוח לא סמכא דעתיה עליה וכמטלטלי דמי וכן לענין פרוזבול וקנין אגב עניינים של סמיכת דעת.

עוד כתב **הש"ך** (ג) גבי עבדים דלאו דווקא הזקינו וה"ה נשרפו ואינן בעולם כלל לדין דק"ל עבדי כמקרקעי דמי אומר לו הרי שלך לפניך וכקרקע, וכ"ד הראב"ן דפטור, ודלא כראב"ד דס"ל דמ"מ נזגלים ונקנים בייאוש דכתיב וישב ממנו שבי ולכן אם מתו או נשרפו משלם דמים דמשמת אין שלו לפניך, ואע"פ שהסכים הש"ך לדבריו במש"כ דכשם שאין קרקע נגזלת כך אין יאוש לקרקע והא בהא תליא וכן סוברים רש"י תוס' ועוד ודלא כרא"ש, אבל בהא דדין עבדים הנ"ל דחהו, דהא עבד איתקש לקרקע והיאך נימא דהוקש לחצאין לענין כחש דלא הדרא ולא לענין נשרף אלא ודאי משמע דאיתקש לגמרי לקרקע דברשותא דמאריה קמא קאי וה"ל כאלו לא גזלה והכי משמע פשטא דש"ס בב"ק קי"ז ושבועות ל"ז, והא דאמרינן במשנה גיטין ל"ז עבד שנשבה ופדאוהו וכו' דבאחר יאוש לא ישתעבד וילפינן לה מדכתיב וישב ממנו שבי, שאני התם דגלי לן קרא דמהני בה יאוש אבל מ"מ לא שייך בתורת גזלה, ועוד י"ל דגם בעבד גופיה לא מהני יאוש והתם דמהני יאוש היינו בעבד שנשבה במלחמה שאני דגלי לן קרא דחזקת מלחמה מהני ואפילו בקרקע כדילפינן התם מעמון ומואב טהרו בסיחון.

הקצות בסימן שע"א גבי הא דבקרקע אין תקנת השוק וייאוש, הביא דברי הראב"ד דנראה דיאוש בעבדים מהני, והביא דברי הש"ך דהא בהא תליא דכשם שאין קרקע נגזלת כך אין יאוש לקרקע וכו', וכתב דלפ"ז נראה בשטרות דנמי אין נגזלון אין יאוש קונה בהם, ובתוס' ב"ב ע"ו מבואר להדיא דשטר נקנה ביאוש דכתבו דמכירת שטרות לאו דאורייתא והא דאצטריך למעוטי שטרות מאונאה היינו שמצא שטר לאחר יאוש ומכרו לבעלים ביוקר, והוסיף דביאוש דאבידה שפיר מהני בעבדים וה"ה בשטרות.

הנתיבות (א) כתב דעיקר הטעם בהא דאין יאוש מועיל לקרקע הוא כמבואר ברמב"ן דאין מועיל יאוש רק בדבר שיצא מרשותו אבל בדבר שהוא ברשותו לא מועיל יאוש, ומשו"ה במטלטלין דתיכף בשעת גזילה יצאו מרשות הנגזל דשוב חשובין אינו ברשותו לגבי הנגזל דהא גזל ולא נתיאשו

הבעלים שניהם אינן יכולין להקדישו זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו ומשו"ה מועיל יאוש, ובקרקע דיכול להקדישו דקרקע אינה נגזלת וחשיב ברשותו וכיון דברשותו הוא לא מועיל יאוש, ולפ"ז נראה דאם אינו יכול להוציא הקרקע בדין כגון שאין לו עדים דחשיב שאינו ברשותו דאינו יכול להקדישו שוב, ושוב מועיל יאוש גבי קרקע, וכן אם היה אפשר לאשכוחי אבידה גבי קרקע היה מועיל ג"כ יאוש, רק שאי אפשר לאשכוחי אבידה גבי קרקע, ולפ"ז נראה דיאוש מועיל בעבד, דדוקא בקרקע דלא שייך אבידה דהארץ לעולם עומדת לא שייך יאוש מכח סברא דאי אפשר לאשכוחי אבידה גבי קרקע אבל גבי עבד דאפשר לו באבידה ואילו ברת העבד ונאבד ממנו ונתיאש ודאי דמועיל יאוש, דהא קרא דוכן תעשה לכל אבידת אחיך אשר תאבד דמהא קרא נפקא לן יאוש מינייה אעבד נמי קאי כמבואר בגיטין (מ"ה) מהיכא תיתי לא מועיל יאוש בעבד, וא"כ בגזול נמי, דמה לי שנאבד העבד מחמת שברח או מחמת שנגזל ממנו הלא מ"מ אבוד הוא מבעלים, דהא דאין יאוש מועיל לקרקע לאו מקרא נלמד רק מסברא, ולכך הכא עבדא כמטלטלי דמי לענין זה, והא דאמרינן בגיטין (י"ג ע"א) דאי ערק ליה העבד מזבין ליה לישראל, אלמא דיכול למכרו אף שברח, שם מיירי כשעדיין לא ברח לגמרי רק שאינו רוצה לקבל שחרורו, אבל לשחררו ע"י גט שחרור ודאי דיכול אף אחר יאוש, דהאיסור יכול להפקיע אף אחר שיצא מרשותו, דהא אפילו המפקיר עבדו יכול ליתן לו גט שחרור אח"כ.

בסק"ז האריך הש"ך לדחות מש"כ המהרש"ל דאין אומרים באיסורי הנאה הרי שלך לפניך רק גבי גזול ולא גבי שומר, דליתא והוכיח כן מהשקלא לטריא בב"ק צ"ח גבי ר' יעקב, וכן הוא סוגית התלמוד בכמה מקומות עצמו מספר, והכי משמע לישנא דגמי חמץ ועבר עליו הפסח כו' ולא קאמר מני מתניי ר' יעקב היא כו' אלא ודאי משום דהאי מתניתא בלאו הכי ר' יעקב היא אלא דבחמץ ועבר עליו הפסח וכו' בעי תלמודא לאשכוחי תנא דאמר באיסורי הנאה הרי שלך לפניך ומסיק דכ"ע מודו בהכי, עיי"ש עוד (ובנתיבות ג').

גזל אתרוג שהיה שוה הרבה לפני סוכות והחזירו לאחר סוכות, האם יכול לומר לו הרי שלך

לפניך?

כתב הפת"ש (א) דהסתפק הפמ"ג דאם גזל אתרוג שוה הרבה והשיבו לו אחר החג, י"ל דמצי פטר נפשיה בטענת הרי שלך לפניך כמו בחמץ ועבר עליו הפסח, מיהו י"ל דחמץ שעבר עליו הפסח לא שכיח ולא עשו בו תקנה למידן דינא דגרמי משא"כ¹ באתרוג י"ל דלא גרע מגרמי דחייב, והגוזל סחורה מחבירו ביומא דשוקא שוה אלף ולאחר השוק אין שוה אלא מעט, האם נאמר דמחזיר לו סחורתו (ושלח הפת"ש לסיומן רצב/ז מש"כ בשם הפנ"מ לגבי יריד) וצ"ע כעת, ובתשובת מו"ה משה שלמה זלמן אב"ד דקראקא פשיט ליה דאינו יכול לומר באתרוג הרי שלך לפניך כיון² דכ"ע יודעין ומכירין ההיזק דאחר סוכות אינו שוה כלל רק לאכילה, וזה דמי לגזל מטבע ונפסל בכל המדינות דלא יכול לומר הרי שלך לפני דבשלמא חמץ שעבר עליו הפסח מי שלא ידע מזה לא נראה וניכר בגוף החמץ שום ריעותא אבל במטבע הריעותא והפחת ניכר ונראה לכל וה"ל באתרוג, והסכים עמו אחיו הגאון מו"ה צבי הירש מהמבורג, וכתב הפת"ש דצ"ע מה שהחליט כן להלכה דסברתו ניחא לפי דעת הרמב"ם והשו"ע שפסקו כרב יהודה דפסלתו מלכות נמי היינו נסדק, אבל לפי דעת הרא"ש טור ורמ"א שפסקו כרב הונא דפסלתו מלכות אפילו בכל המדינות אומר לו הרי שלך לפניך א"כ מוכח דליתא להאי סברא, וכ"ד ערוה"ש (ו) דתליא בדעות הנ"ל וכן גבי סחורה שגזלה והשהה אצלו עד עבור זמן מכירתה ביומא דשוקא.

< עוד גבי חמץ שעבר עליו הפסח דאומר לו הרי שלך לפניך, כתב הקצות (א) דבחק יעקב כתב דאם תובעו תוך הפסח לא מצי אמר הרי שלך לפניך לפי שהכל מצווין לבערו באותו פעם וכאילו שרוף ועומד דמי ונמצא שאינו מחזיר לו כלום, ומהאי טעמא נקטו בש"ס (בי"ק צ"ו) ופוסקים חמץ ועבר עליו הפסח כו' וכדאיתא בדף צ"ח גזל חמץ ובתוך המועד בא אחר ושרפו פטור דהכל מצווין לבערו, והקצות הקשה ממה נפשך אי חשבת ליה היזק ניכר בתוך הפסח דחשוב כשרוף א"כ כבר קנה בשינוי והוכיח כן מגיטין נ"ג ואי נימא דלאו היזק ניכר הוא א"כ תוך הפסח נמי אמאי לא מצי לומר הרי שלך לפניך, והא דאמרו בב"ק צ"ח גזל חמץ ובא אחר ושרפו דהכל מצווין לבערו היינו דכיון דמצוה לבערו מש"ה אע"ג דמפסיד בזה לגזולן שיצטרך ליתן דמים מכל מקום מצוה רמי לבערו אבל אכתי אינו מוכח מזה דלא מצי אמר הרי שלך לפניך, ולא ניתן להביא ראיה לדבריו מר' שמעון שכל העומד לשרוף הוי כשרוף (מנחות ק"ב) וכדפסק כן הרמ"א גבי גט שכתבו על דבר הטעון שריפה שפסול, משום דקיי"ל כחכמים וכפוסקים שחלקו על הרמ"א (אב"ה קכ"ד), אלא דאפשר לקיים דבריו כיון דהגזולן עבר עליה בבל יראה דבחמץ

דבר הגורם לממון כממון לבל יראה וגזלן באחריות אונסין רמי עלה ולא דבל יראה ניתק לעשה ואין ביעור חמץ אלא שריפה, א"כ בתוך הפסח אינו רשאי לומר הרי שלך לפניך לצריך לשורפו דוקא, ואפילו מפרר וזורה לרוח לא מהני, והוא דעבר בלאו ידידה במזיד צריך לקיים העשה שבו לשורפו, אבל אם עבר הגזלן ואמר לו הרי שלך לפניך והשליכו לפניו נתקיים מצות השבה אע"ג דעבר אמימרא דרחמנא.

< כתב ה**נתיבות** (ג) באומן שנתן לו שעורין לעשות שכר ועבר עליו הפסח בפשיעתו דמפסיד שכרו, לא מבעיא למאן דסי"ל אומן קונה בשבח כלי ודאי דמפסיד, דשלו הפסיד, אלא אפילו אי אין אומן קונה בשבח כלי מ"מ דמי למש"כ בסימן ש"ה (א) בשכר שליחות דמפסיד בגניבה אפילו היה בבעלים, וא"כ ה"נ כיון דדין מזיק יש לו, רק בהיזק שאינו ניכר פטור מלשלם, אבל שבח הפסיד דלא נגמר שכירות עד שמחזירה.

סעיפים ג - ה

הגזול מחבירו בהמה, מכונית, עבד, ספינה, השתמש בהם והחזירם, כמה ישלם עבור

השימוש?

ע"פ עובדא דב"ק צו: דההוא דגזול פדנא דתורי כרב בהו כרבא זרע בהו זרעא ואתא לקמיה דרב נחמן וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע (ג) "הגזול בהמה ונשא עליה משא או רכב עליה או חרש או דש בה וכיוצא בזה והחזירה לבעליה, אע"פ שעבר בלא תעשה, אינו חייב לשלם כלום שהרי לא הפסידה ולא הכחישה (בכחש שאינו חוזר דאילו חוזר מצני אמר לו הרי שלך לפניך, סמ"ע, וע' נתיבות שהתקשה בדבריו דהא דיכול לומר הרי שלך לפניך היינו דוקא כשנכחש מאליו ולא בידים), ואם הוחזק אדם זה לגזול ("גזולנא עתיקא") או לעשות מעשים אלו פעם אחר פעם, קונסין אותו, ואפילו בח"ל (רי"ף וש"פ דהא ר"נ בחו"ל הוי, גר"א) (דוקא גדול הדור או טובי העיר שהמחוס בית דין עליהם, סמ"ע), ושמין השכר או השבח שהשביח בבהמה ומשלם לנגזל.

בד"ה תמה ברישא עמש"כ דאינו חייב לתת לו כלום ולמה לא ישלם מה שבטלה ממלאכתו כמו גבי עבד דסעי' ד' וכתב די"ל דהכא שאני שנתכוון לגזול הבהמה עצמה משא"כ שם שלא נתכוון לגזול העבד עצמו.

כתב הסמ"ע (ז) לבאר דאע"פ שגם בעל הבהמה היה צריך לבהמה זו לעשות בה מלאכתו וביטלה ממנו, כיון דלא הפסידה יכול להחזירה בעינה, דקיי"ל דגזלן אינו משלם אלא כשעת הגזילה.

ע"פ מימרא דרב דניאל בריש דף צז. פסק בשו"ע (ד) "התוקף עבדו של חבירו ועשה בו מלאכה, ולא בטלו ממלאכה אחרת פטור, שנוח לו לאדם שלא ילמד עבדו דרכי הבטלה, ואם בטלו ממלאכה אחרת, משלם לו כפועל (דעבדא כמקרקעי דמי וברשותיה דמריה קאי ואין בו גזילה)".

ביאר הסמ"ע (יא) דאפילו לרי"ף בריש הסימן דחולק בגזול עבד וסי"ל דדינו כמטלטלין הכא דלא נטלו לשם גזל אלא לעשות מלאכתו מודה דצריך לשלם לו דמי בטילתו, והש"ך (ט) חלק דבש"ס לא משמע הכי אלא הרי"ף חזר בו ופסק עבדי כמטלטלי וחזר בו גם מהך דמיייתי בתר הכי בתוקף עבדו וכ"כ בש"ג ואין להאריך בזה כיון דלענין דינא כל הפוסקים חולקים על הרי"ף וסי"ל עבדי כמקרקעי, וגם הרמב"ן פסק כדברי הרי"ף הראשונים לפני שחזר בו.

כתב הש"ך (ח) דמוכח מסעי' זה וסעי' ה' דמטלטלין דנגזלין אם גזלן ועשה בהן מלאכה ולא פחתן אפילו קיימא לאגרא פטור כיון דגזלן ברשות הגזלן הוי ובדידיה דנפשיה קעביד מלאכה וכן משמע לקמן סימן שעא/ב בהגה.

[כתב הקצות (ב) דמשמע מהשקלא וטריא דאי הוי עבדא כמטלטלין אפילו בשעת מלאכה פטור כיון דכל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה וכדינא דספינה, ומשום דשייך בעבד חיוב משום שבת דאדם באדם חייב בארבעה דברים, וכיון דשבת באדם הו"ל, וא"כ אפילו נימא דעבדי כמטלטלי נמי חייב לשלם לרבו כל שבטלו ממלאכת רבו משום שבת, ולא אמרינן בזה כל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה ושבחא דגזלן הוי, ומש"ה ניחא בחמור וספינה דלית בהו דין שבת, וא"כ ניחא דברי הרי"ף דאע"ג

דעבדא כמטלטלין אינו פטור אלא שלא בשעת מלאכה אבל בשעת מלאכת רבו חייב משום דהוי"ל כאזקיה בכל יום ויום, ואם הוקר אח"כ משלם הנזק כשעת היוקר, וראה לקמן תכד/ה].

ע"פ מימרא דרב ושמאל **שם** וכדאמר רב פפא דלא פליגי וכלשון אחרון וכלשון **הרמב"ם** פסק בשו"ע (ה) "התוקף ספינתו של חבירו ועשה בה מלאכה, אם אינה עשויה לשכר, שמין כמה פחתה ומשלם, ואם היא עשויה לשכר (בזה יד בעל הספינה על העליונה - כיון דזה התוקף דעתו לשלם) אם ירד לה בתורת שכירות, הואיל וירד שלא ברשות, אם רצה הבעל ליטול שכרה נוטל, רצה ליטול פחתה נוטל, ואם ירד לה בתורת גזל, נותן הפחת וכן כל כיוצא בזה, (טור -) וה"ה אם נטלה על דעת שאלה שלא מדעת גזלן הוי (פשוט הוא ע"פ סימן שני"ט, ב"י)".

גבי הרישא דשמין כמה פחתה, כתב ה**נתיבות** (ו) דמבואר ברשב"א דמ"מ אין לו דין גזלן, דבגזלן הדין בכחש דלא הדר דאין שמין לגזלן ואם הוזלו השברים פחת הזול על הגזלן, משא"כ בזה שלא נתכוין לגזול רק לעשות מלאכה אף דשואל שלא מדעת גזלן מ"מ לא קנסוהו כ"כ, והוסיף הנתיבות דנראה דהא דלא קנסוהו הוא לענין אם הוזלו השברים, אבל אם נאנסו לגמרי ודאי דחייב כדין שואל שלא מדעת.

לגבי לקח **מכונית** של חבירו, כתב **בחשוקי חמד** (כתובות ל:) דיש לפטור מתשלום על כל מה שנהנה מכמה טעמים: א' דעת הרשב"א ודעימיה שבמטלטלין לא מגלגלין עליו את הכל אלא משלם רק את הפחת, שכל הדין שמגלגלין עליו את הכל הוא רק בקרקע ולא במטלטלין, ב' ע"פ תוס' ושואל ומשיב שבפחות משה פרוטה אין מגלגלין עליו את הכל, והכא שהבעלים לא הפסידו כי אם פחות משה פרוטה, אין לגלגל עליו את כל מה שנהנה, ופטור משלם ג' ע"פ הרמ"א בסעי' ז' על דברי השו"ע שכתב שמגלגלים עליו את כל מה שנהנה, דכתב דאם כן אם אין דרך זה לשכור פטור דהא לא נהנה ויש חולקים, ואם כן "בנידוננו" ששמעון לא היה שוכר רכב בשביל נסיעה קצרה לפי הדעה הראשונה ברמ"א פטור משלם כי לא נחשב שנהנה.

מה הדין כשהגזלן השכירם לאחרים וקיבל שכר?

כתב **הרמ"א** ע"פ **הרמ"ה** "ואם שכרה הגזלן לאחר צריך להחזיר השכר לבעלים, הואיל ועומדת להשכר וע"ל סוף ס"י ש"ח מדינין אלו", ובטור כתב בשם החכם המרשים דהטעם משום דאם לא כן נמצא לפעמים הגזלן משתכר ולקתה מדת הדין.

הב"י הקשה דכיון דקי"ל בסימן שס"ב כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה מה לי עשה בה מלאכה בעצמו מה לי השכירה לאחר ואדרבה השכירה לאחר עדיף משום דאית בה שינוי רשות דשכירות ליומיה ממכר הוא ומש"כ דלקתה מדת הדין אינה טענה דהא עדיפא מינה אשכחן שבח גזילה דגזלן הוי, **ובדרכ"מ** כתב דאין בכל דבריו טענה כלל דמה שטען מה לי עשה בה מלאכה בעצמו הרי השוכר פרה והשאלה לאחר ומתה או נאנסה יוכיח דאילו עשה בה מלאכה בעצמו ומתה פטור ואילו השאלה לאחר ומתה התשלומין חוזרים לבעלים הראשונים משום דאין הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו כבסימן ש"ז וה"ה כאן דאע"ג דאין הגזלן צריך לשלם מביתו רק כשעת הגזילה מכל מקום מה שקבל עליה שכר לא יעשה סחורה בפרתו של חבירו, ומה שטען עוד ואדרבה וכי גם זה אינו כלום דהא השוכר לא שכרה מתחילה אלא ליתן השכר ולכן השכר שנותן מגיע לבעלים וזכו בהן כאלו הם השכירוהו לו ושיקנה הגזלן בשינוי רשות של לוקח כזה לא שמענו ושינוי רשות לא מהני אלא ללוקח ולא לגזלן. **הסמ"ע** (יג) ביאר טעם הרמ"ה דדוקא בשבח הגזילה שנשבח בידו דגזלן או הבאים מכחו דהיינו יורש ולוקח תיקנו שיקנה הגזלן מפני תקנת השבים דכל שנשבח ברשותו אע"פ שנשבח מאליו הרי הוא כאילו השביחו בידו, וכן אם עשה בה הוא מלאכה תיקנו שלא יוציא מידו שכר בדנחית בתורת גזילה משום תקנת השבים אלא משלם כעין שגזל, משא"כ בשכר זה שבא לידו מעלמא ואינו נשבח בגופו הרי הוא כהוקר הכלי דבו לא תיקנו משום תקנת השבים שיצטרך ליתן לו הנגזל כפי מה שנתיקר, וכ"פ באה"ג בשם הב"ח ע"פ שא"ר.

הדר בחצר חבירו מתי צריך להעלות לו שכר ומתי לא? מה הדין אם פלש לדירה ריקה? ומה הדין אם פלש לחצר חבירו שהיא ריקה? ומדוע דין זה שונה ממי ששכר בית לחבירו ויצא קודם הזמן שחייב להעלות לו שכר?

דר בחצר חבירו שלא מדעת האם חייב לשלם לו? באילו מקרים חייב שכר מלא?

ע"פ סוגיה דב"ק כ. פסק בשו"ע "הדר בחצר חבירו שלא מדעת שאמר לו צא ולא יצא חייב ליתן לו כל שכרו (ר' יונה וטור, ופשוט, ומיירי אפילו בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר, סמ"ע), ואם לא אמר לו צא אם אותה חצר אינה עשויה לשכר, אינו צריך להעלות לו שכר (דאמרינן ביתא מיתבא יתיב ושאינה יוכת שער) {ואע"פ שהוציא את בעל הבית בעל כרחו מן הבית והוא דר בו (מרדכי, דאינו אלא גרמא), ואפילו היה רגיל להשכיר רק שעכשיו לא עביד למיגר בתר האי שעתא אזלינן (נ"י) {אע"פ שדרך זה הדר לשכור מקום לעצמו שזה נהנה וזה אינו חסר} (מרדכי ונ"י -) ודוקא שכר דר בו אבל לא יוכל לכופו לכתחילה שיניחנו לדור בו, אע"פ דכופין על מדת סדום במקום שזה נהנה וזה אינו חסר, הני מילי בדבר דאי בעי ליהנות לא יוכל ליהנות, אבל בכה"ג דאי בעי בעל חצר ליהנות ולהרויח להשכיר חצירו היה יכול אלא שאינו רוצה, אין כופין אותו לעשות בחנם (פת"ש: משמע שדבר שאינו יכול להרויח בו יכול זה לכופו אף לכתחילה, ובנו"ב כתב דפשוט שזה רק לרמב"ם בריש סימן קע"ד אבל לא לדעת הרא"ש, וגם בבית אפרים כתב דלרוב הפוסקים ליתא לרמ"א אלא דאפילו היכא דלא שייד האי טעמא לא מצי לכופו לכתחילה) { ואם החצר עשויה לשכר אע"פ שאין דרך זה לשכור, (רי"ף -) צריך להעלות לו שכר שהרי חסרו ממון (ואין זה גרמא בנזקין, כיון דזה דר בו ואכל את כספו, ואע"ג דלא נהנה בו מ"מ אכלו, משא"כ בגזל מחבירו ולא דר בו, דלא אכלה ולא נהנה ממנו כיון דלא דר בו, דזה מחשב גרמא ופטור, סמ"ע, וראה לקמן דעת הרמ"ה) (ה"ה: דלא כתוס' שכתבו אפילו בחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר הו"מ למימר דפטור כיון שלא נהנה אע"פ שגרם הפסד לחבירו דאפילו גירשו חבירו מביתו ונעל דלת בפניו אין זה אלא גרמא בעלמא). {מיהו אם לא היה דר בו אלא שגזלו ממנו פטור לשלם השכירות (רא"ש, לאפוקי מהרמ"ה), וסתם בתים בזמן הזה קיימי לאגרא ואע"ג דעדיין לא השכירו מעולם (מרדכי הגה"מ)}. (ז) יש אומרים (טור וה"ה בשם המפרשים ועוד והכי מוכח בגמ') דכשאין החצר עומד לשכר דאמרינן דאינו צריך להעלות לו שכר אם חסרו אפילו דבר מועט כגון שהיה הבית חדש וזה חסרו במה שהשחירו, אע"פ שאין הפסד אותו שחרורית אלא מועט על ידו מגלגלין עליו כל השכר כפי מה שנהנה (דלא כרמ"ה דמשלם רק החיסרון) {רי"ו -} ואם כן אם אין דרך זה לשכור פטור דהא לא נהנה (רי"ל כיון שהטעם דמגלגלין עליו הכל הוא כיון דנהנה, א"כ היכא דלא נהנה כגון שהוא גברא דלא עביד לאגורי, אין מגלגלין עליו ואינו נוטל בו אלא מה שחיסרו, סמ"ע), ויש חולקים (הובא ברי"ו) ".

מבואר בטור דדעת הרמ"ה בחצר העשויה לשכר אע"פ שאין דרך זה לשכור דדעת הרי"ף צריך להעלות לו שכר שהרי חסרו ממון, דדעת הרמ"ה דאפילו לא היה דר בו כיון שהיה עומד להשכיר וגזלו ממנו חייב, והרא"ש חלק דאפילו גירש חבירו מביתו ונעל הדלת בפניו אין זה אלא גרמא בעלמא ולא מחזיר אלא כשעת הגזילה, וכתב הקצות (ג) דהב"ח הקשה ממה דקיי"ל דשבת אפילו שלא במקום נזק כגון דאהדקיה באנדרוניה חייב כדאיתא בב"ק פ"ה וכתב דצריך לחלק בין אהדקיה באנדרוניה דהו"ל מזיק בידיים כשהכניסו לחדר וסגרו בתוכו דהתחיל ההיזק מיד בידיים ממש ובין גירש חבירו מביתו ונעל הדלת בפניו דלא התחיל ההיזק עכשיו מיד אלא אח"כ כשלא יוכל להכניס בתוכו דיורין מפני נעילתו ואלמותו, והקצות כתב דהבדיל בין השוין דאהדקיה באנדרוניה נמי מחייב במה שלא יוכל אח"כ להשכיר את עצמו ונימא שאין ההיזק מתחיל עכשיו, אלא דלא קשה מידי דודאי גבי אדם באדם התורה רבתה לחייבו בדי דברים ואפילו שבת שלא במקום נזק, אבל בנזקי שור לא חייבתו התורה אלא בנזק בלבד מש"ה בנועל ביתו דליכא דין נזק אלא במה ששובת החנות ממלאכתו ואין דין שבת באדם דאזיק שור או שאר ממון, ואפילו בכחש דהדר יש פוטרינן משום דהו"ל שבת וכמבואר בסימן ש"ז ואפילו למאן דמחייבי אינו אלא משום דדנו אותו לדין נזק, אבל בנועל ביתו דודאי לית ביה משום נזק לכ"ע פטור, וכן בנועל בהמת חבירו פטור משום דאין שבת בבהמה, אבל האי דאהדקיה באנדרוניה אדם באדם

והייב משום שבת [וזה דלא כנ"י ברמ"ה דחייב בנועל ביתו וראה סימן תכד/ג גבי מש"כ הכא בשבת דעבד].

עוד כתב **הקצות** (ד) לבאר דעת הרמ"ה בסע' ז' דאין משלם אלא החסרון דשחרוריתא דאשייתא לא מיחייב מדין מזיק כיון דאם ישכור פועל ללבנו הדרא ללבנוניתא, והו"ל כמו זורק מטבע לים היכא דאפשר לאהדורי ע"י בר אמוראי דאע"ג דצריך הוצאה אינו אלא גרמא ופטור, אלא היכא דנהנה מתחייב על הנאתו כיון דגרם לזה חסרון, וכמו באומר את גרמת לי הקיפא יתירא (כ: דודאי אין בזה משום דין מזיק אלא אם נהנה חייב לשלם מה שנהנה כיון שזה מיהא חסר על ידו, אבל היכא דלא נהנה אינו חייב בעד שחרוריתא דאין בזה משום מזיק, וגבי שיטת הרב המגיד ורוב הרא' כתב (ה) לבאר דאע"ג דאכתי לא החזיר לו דמי הבנין וא"כ היה מהראוי לנכות לו בעד היזק שחרוריתא לבד, אבל במה שנהנה משלו אכתי אינו שלו כיון דעדיין לא החזיר לו דמי הבנין, אלא משום דכבר זכה בו למפרע כיון דעל הקרקע שלו בונה קונה לו חצירו את הבית וכיון שבית ידיה הוא וזה מחסרו מעט מגלגלין עליו הכל (עיי"ש דיישב דעה זו מבנה אפדנא בגמ' דהתם אפשר דעדיין לא החזירו לו היתומים דמי בנין).

סעיף ה

פסק השו"ע כלשון הטור "יש אומרים דהא דאמרינן דכשהחצר אינו עומד לשכר אינו צריך להעלות לו שכר, דוקא שלא גילה הדר בדעתו שהיה רצונו ליתן לו שכר אם לא יניחנו לדור בו בחנם, אבל אם גילה בדעתו כן צריך ליתן לו שכר" ע"פ התוס' אהא דמייתי בגמ' למפשט הדר בחצר חבירו אם הוא צריך להעלות לו שכר ממתניתין דב"ב ד' דהמקיף את חבירו מארבע רוחותיו וכו' רבי יוסי אומר אם עמד וגדר את הרביעית מגלגלין עליו את הכל טעמא דגדר ניקף הא מקיף פטור, והקשו ואי זה נהנה וזה לא חסר פטור אפילו עמד ניקף נמי ותרצו שאני עמד ניקף דגלי אדעתיה דניחא ליה בהוצאה ולא דמי לדר בחצר חבירו דלא גלי אדעתיה אלא בחנם.

כתב הסמ"ע (כ) דלשון הטור 'אם גילה דעתו שהיה נותן לו שכר קודם שיצא ממנו', וכתב דתיבת 'קודם' אינו מדוקדק כולי האי.

סעיף ו

שנינו שם דהשוכר בית מראובן מעלה שכר לשמעון ומוקי לה בחצר דקיימא לאגרא, וכתבו הרמ"ה ועוד רא' דמדלא קא משנינן הא דנחית אדעתא דאגרא הא דלא נחית אדעתא דאגרא שמעינן כל היכא דלא קיימא לאגרא לגבי בעלים אע"ג דנחית זה אדעתא למיהב אגר לאינש אחרינא, כי היכי דגבי משכיר מקח טעות הוא ואין צריך ליתן לו כלום שהרי נתברר שאינו שלו לגבי שוכר נמי מקח טעות הוא וכמאן דלא אגר דמי ואפילו נתן לו הוי כמחילה בטעות וכן משמע ממעשה דרב ענן דשקל בידקא בארעא בב"ב מ"א, וכ"פ השו"ע "י"א דהא דאמרינן דבחצר שאינו עומד לשכר אינו צריך להעלות לו שכר אפילו אם שכרו מאחר שהיה סבור שהוא שלו, ונמצא שאינו שלו, אין צריך ליתן לו שכר, אף על פי שנכנס על דעת ליתן לו שכר, ואפילו אם נתנו לזה ששכרו ממנו, צריך להחזירו (נ"י -) ואם נתן לו השכר כיון שהוא ברור שבטעות יחב ליה חייב להחזירו".

סעיף ז

ע"פ שם פסק בשו"ע "יש אומרים (נ"י) שזה שאמרנו בחצר העשויה לשכר חייב להעלות לו שכר אפילו שכרו מראובן ונתן לו השכר ונמצאת שאינו שלו אלא של שמעון צריך ליתן לשמעון שכרו (ואע"פ ששלמו ימי שכירתו, ש"ך בשם הרמב"ן) (ודומיא דלוקח שדה מחבירו ונמצא שאינו שלו בב"מ י"ד שחייב הלוקח להחזיר שדה ופירותיו לבעלים ואין לבעלים דין ודברים עם הגזלן). {ודוקא ששמעון או שלוחיו בכאן שהיו משתדלין להשכירו, אבל אם אינו בעיר ואין מי שמשתדל להשכירו, הוי כחצר דלא קיימא לאגרא, ואף על פי ששכרו מראובן אין צריך ליתן לשמעון כלום וכמו שנתבאר (הגה"מ)}, (ר' יונה ושאר -) ויחזור ויתבע מראובן מה שנתן לו, ואפילו שכרו מראובן בפחות מכדי דמיו, צריך ליתן לשמעון כל השכר הראוי ליתן לו, ויחזור ויתבע מראובן מה שנתן לו (מדנקט בגמ' נמצא הבית של שמעון מעלה שכר לשמעון ולא נקט משלם שכר לשמעון). (נ"י -) ואם שכרו מראובן בדמים יקרים ונמצא הבית של שמעון, לא יפרע לו אלא כפי מה ששוכרים אחרים, ואפילו אם נתן כבר לראובן, אינו נוטל

שמעון אלא כפי מה ששוכרים אחרים, ומיהו אם באו הדמים ליד שמעון, והוא טוען שלא היה שוכרה בפחות, מספיקא לא מפקינן מיניה".

עמש"כ המחבר ע"פ ר' יונה דאפילו שכרו מראובן בפחות מכדי שוויין משלם, הקשה **הקצות (ז)** דמאי שנא מהא מסימן שמא/ד כסבורים שהם של אביהם וטבחיהו ואכלוהו דאין משלמין רק בשר בזול וה"נ יכול השוכר לומר סברתי שהוא שלי מחמת ששכרתי כדין ואילו ידעתי שצריך ליתן הרבה לא הייתי שוכר דירה יקרה כזו, ותירץ ה**נתיבות (ח)** דשאני שוכר קרקע, דהנה הא דכתב המחבר ויחזור ויתבע מראובן מה שנתן לו היינו כל הדמים שנתן לנגזל צריך הגזלן להחזיר לשוכר, וגדולה מזו נראה, שאפילו הוציא הנגזל מידו בתחילת השכירות שאז לא נתן לנגזל עדיין שום דמים, אפ"ה חייב הגזלן להחזיר לשוכר כל מה ששואה שכירות הבית אם נתייקר מטעם דשכירות ליומא ממכר הוא, ולפ"ז נראה דאין לדמות הלוקח ליורשים דלוקח אדעתא דגזלן בשביל אחריות נחית, משא"כ יורשים ומקבל מתנה, דבלוקח כיון שאפילו אי טרפו נגזל בתחילת השכירות היה נוטל כל דמי שווי השכירות מהגזלן, י"ל דאדעתא דהכא נחית ולכך צריך ליתן ג"כ לנגזל דמי שוויו כיון דלית ליה פסידא שחוזר וטורף מהגזלן, ולפ"ז כשהגזלן השאיל הבית לאחר ודר בו בשאלה, אין צריך השואל לשלם רק בפחות שבדירות, וכשהוא גברא דלא עביד למיגר פטור מכלום כיון שאין לו הנאה, וכל זה בלא הכיר בו שאינו שלו, אבל בהכיר בו שאינו שלו ודאי דחייב לנגזל כל דמי שוויו.

כתב הרמ"א ע"פ המרדכי "ישראל שברח מן העיר ולקח השר ביתו והשאילו לישראל אחר, אין צריך להעלות שכר לבעלים, דהא לא קיימא לאגרא, דאי לא הוי דר בו ישראל השני דר בו עובד כוכבים. (נ"י -) השוכר בית מחבירו וחזר והשכירו לאחרים ביותר ממה ששכרו, אם היה לו רשות להשכירו לאחרים בענין שנתבאר לעיל סי' שט"ז (א), המותר הוא שלו, ואם לא היה לו רשות להשכירו, המותר לבעלים (עיי"ש מש"כ)".

האומר לחבירו בוא ודור בחצרי, האם חייב לשלם?

מה דין אדם שפנה לחבירו שמעוניין שיגור איתו בדירתו ולאחר זמן ביקש על זה תשלום שכירות? מה הדין אם המתארח גילה דעתו שאינו מעוניין לשלם עבור זה? (ראה סעיף ח) ומה הדין אם טוען המתארח ששילם ובעה"ב טוען שהוא לא שילם?

עוד כתב הרמ"א ע"פ הרשב"ץ "האומר לחבירו דור בחצרי אין צריך ליתן לו שכר", והב"ח כתב דדעת תה"ד והמהרי"ח בשם רבינו אפרים דהיא דזה נהנה וזה חסר אפילו מדעת נמי אינו מוחל חסרונו וכמי שאמר לחבירו אכול עמי ואכל עמו דחייב לשלם בסימן רמו/ז, והכריח הב"ח (וכ"כ הש"ך בשמו) דאם הדר מוחזק מצי למימר קים לי כרשב"ץ ואם בעה"ב מוחזק מצי למימר קים לי כתה"ד, והוסיף הש"ך דאי בגברא דלא עביד למיגר גם הב"ח מודה דפטור מאחר דזה אינו חיסרו מדעתו.

בתשובת החת"ס (פת"ש ז) כתב דכיון שהרמ"א הכריע דאינו צריך ליתן שכר מי יבוא אחר הכרעת רמ"א להוציא ממון, ועוד, לא יהא אלא פלוגתת תשב"ץ ותה"ד כבר הכריעו הב"ח והש"ך המוציא מחבירו עליו הראיה ובש"ך משמע שנראים לו יותר דברי תשב"ץ [ועוד בנידון התם איכא אומדנות מוכיחים שבתורת מתנה השכין חתנו האלמן בביתו וסיים שאין שום מקום להוציא מיד חתנו המוחזק, אך עכ"פ נימא ליה יען אינו זוכה אלא מטעם ספק ספיקא הנ"ל (עיי"ש) או מפלוגתת תשב"ץ ותה"ד אי"כ טוב וישר לבצוע].

במקרה הנידון בשאלה שטוען בעה"ב שלא שילם על פניו יש לומר שהמוציא מחבירו וכו' וכהכרעת הב"ח, אך אפשר לציין לחת"ס שנטה לבצוע בצירופים נוספים.

[האם בדירת שותפים והשכיר אחד מן השותפין כל הבית שלא מדעת שותפו צריך השוכר

ליתן לשותף השני חלקו?]

עוד ברמ"א ע"פ תשובת הרשב"א "שני שותפין בבית (השיך להם), והשכיר אחד מן השותפין כל הבית שלא מדעת שותפו, צריך השוכר ליתן לשותף השני חלקו (שם) - אין השוכר משלם למי שהשכירו לו אלא החצי בלבד והחצי האחר יתן לחבירו ואם נתן כל השכירות לראשון השני מוציא מהשוכר חלקו והוא

יחזור על הראשון כדין השוכר בית מראובן ונמצאת של שמעון), (ד"ע -) אבל אם לא שכר כל הבית, רק חלק השותף שהשכיר לו, אין צריך ליתן לשני כלום (דלא כדעת חכם אחד שרצה להביא ראיה להיפך מתשובת הרשב"א, דרכ"מ).

כתב הסמ"ע (כה) דלא דמי הסיפא באם לא שכר כל הבית לטור ס"ס קכ"ב בשני שותפים שהיה להם חוב אצל אחד והוציא שותף אחד חצי החוב דמצי שותף השני לומר לו מאן פלג לך וצריך לחלק עמו, דשאני התם דהלוו או הקיפו לו יחד, משא"כ בבית שדרים בו יחד או עומד להשכיר, שכשהשכירו האחד יכול לומר לשני דור עם זה שהשכרתיהו לו או השכר ג"כ חלקך לאחר, ובלאו הכי נמי לא קשה מידי, דכאן לא איירי בשותף המשכיר מה יהיה דינו עם שותפו, אלא מיירי בדין השוכר משותף אחד אם צריך ליתן גם לשני חלקו.

סעיף יא

ע"פ בעיא דלא איפשטא בב"ק קא. אי חזותא מילתא היא ומיקרי השבה מעליא או לא כלישנא קמא ולא איפשטא פסק בשו"ע כדין ספיקא דממונא "מי שהיה לו צמר וסמנים שרויין ובא אחד וגזלן וצבע הצמר בסמנים, והוזל צמר הצבוע בענין שאינו שוה אלא כמו שהיה שוה בהיותו לבן, ושואל הנגזל מהגזלן דמי סמנים פטור, ואם תפס הנגזל, אין מוציאין מידו" אבל אם גזל סמנים שרויים וצבע בהן צמרו של הגזלן חייב לשלם דמי הסמנים ואפילו לא השביח בהן צמרו, כיון דהצמר של הגזלן אי אפשר להשיב הסמנים לחוד לנגזל בלא הצמר והצמר עם הסמנים ודאי לא ישיב לו בחנם, טור וסמ"ע.

הש"ך דחה את דעת הנ"י דכתב דהא לא אתיא אלא אליבא דמאן דלא דאין דינא דגרמי אבל למאן דדאין דינא דגרמי דקיי"ל כותיה חייב דהא אותבינהו בדוכתא דלא מצי למישקלינהו, דאין כן דעת כל הפוסקים אלא דכיון דבשעה שצבע הצמר היתה שוה כפי הצמר והסמנים אלא שאח"כ הוזל א"כ בשעת צביעה לא הזיקו כלל וליכא כאן גרמי דממילא הוזל אח"כ ואומר לו הרי שלך לפניך.

גבי התפיסה כתב הסמ"ע (כז) לשיטתו דבכה"ג דהוא ספיקא דתלמודא גם הרא"ש מודה דאין מוציאין מיד התופס, אולם דעת באה"ג דלרא"ש אם תפס מוציאין מידו.

סימן שסד - הנכנס בבית פלוני והוציא כלים או חטף מידו זהובים

סעיפים א - ד

< סע' א': כתב השו"ע "מי שהעידו עליו שנכנס לביתו של פלוני בפניו ונטל כלים, ואין ידוע כמה נטל, נתבארו משפטיו בסימן צ"י".

ע"פ הרי"ף (בשבועות כח.) ע"פ הנאמר בב"ב ל"ו גבי הגודרות אין להם חזקה דשמעינן דמאן דתפיס מידי מרשותא דחבריה קמי סהדי דלא באפי חבריה ואמר לקוח הוא בידי אינו נאמן ומההוא מעשה גבי דהנהו עיזי דאכלי חושלא בנהרדעא שמעת הכי, פסק השו"ע כלשון הרמב"ם "ב) ראוהו עדים שנכנס לתוך בית חבירו שלא בפני בע"ה ונטל משם כלים, אע"פ שהוציאם מגולים ואע"פ שהבעל הבית הזה עשוי למכור את כליו, אם טען ואמר דרך גזל לקחם, והלה אומר ברשותך באתי ואתה מכרתם לי או נתתם לי או בחוב שיש לי אצלך תפסתים, אינו נאמן, שכל הנכנס לבית חבירו שלא בפניו ונטל כלים משם והוציאם בפני עדים הרי זה בחזקת גזלן, לפיכך מחזיר הכלי לבע"ה ואין כאן שבועה, שהרי העדים ראו מה גזל, ואחר שיחזיר חוזר ותובע את בע"ה בכל מה שיטעון, והדין ביניהם. (ג) (ע"פ עובדא דנסכא דרבי אבא בב"ב ל"ג -) וכן אם היה שם עד אחד בלבד, ובעל הבית טוען שגזול הוא כלי זה בידו, והלה אומר לקוח הוא בידי או בחוב גביתיו או שלי היה ופקדון הוא אצלך, הרי זה חייב להחזיר הכלי לבעליו בלא שבועה, שאילו היו שני עדים היה חייב לשלם, ועכשיו שאין שם אלא עד אחד חייב שבועה, ואינו יכול לישבע שהרי אינו מכחיש את העד, וכל המחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם. לפיכך אם כפר ואמר לא נכנסתי לביתו ולא נטלתי כלום, הואיל ואין שם אלא עד אחד והוא מכחישו, הרי זה נשבע שבועת התורה שלא לקח מביתו כלום, ונפטר {ע"ל סי' צ' סי"ג}. (ד) (עובדא כרבי אבא הנ"ל -) חטף לשון כסף מיד חבירו בפני עד אחד ואמר חטפתי ודידי חטפתי, חייב להחזיר".

ביאר **הסמ"ע** (ג) בסעי' ג' דהא דכתבו הטוש"ע בסימן צ"ג דהיה עד אחד מעידו וכו' הרי זה נשבע שלא גזלו ופטור, שאני התם דהעד לא ראה מה שהוציא, ואפילו שנים בכה"ג דלא ראו מה שהוציא אין הבעל הבית הנגזל נוטל כי אם בשבועה שם בסעי' א', ובכה"ג לא אמרינן כל ששנים מחייבים אותו ממון אחד מחייבו שבועה ומתוך שאינו יכול לישבע משלם, כיון דהשנים לא מחייבים אותו ממון כי אם בשבועה, משא"כ כאן דמייירי דהעד ראה מה שהוציא דבכה"ג בשני עדים מחייבים אותו ממון בנכנס שלא בפניו או שנכנס למשכנו משו"ה אמרינן כאן מתוך שאינו יכול לישבע נגד העד משלם.

סעיפים ה - ז

נכנס לבית חבירו ולקח כלים ויש רק עד אחד שמעיד שלקח כלים ולא יודע כמה לקח. בעל הבית טוען שלקח 20 כלים, והוא מודה שלקח 10 כלים, והם שלו, מה הדין?

ע"פ **הרמב"ם** (אינו בגמ' אך פשוט, ה"ה) פסק בשו"ע (ה) חטף ממנו זהובים בפני עד אחד, והוא אומר שלי חטפתי ועשרים היו, אע"פ שאין העד יודע כמה חטף, הרי זה משלם העשרים, שהרי ידע בודאי שזהובים חטף, ונמצא שהוא מחוייב שבועה שאינו יכול לישבע, ומשלם."

הקשה הגר"א (ז) דהא אפילו בבי' עדים נאמן לומר שלי במגו דלא חטפתי אלא אחד, ובפרישה תירץ דאין זה מגו טוב והלך לשיטתו שכ"כ בכמה מקומות והשיגו הש"ך כמה פעמים, ועוד תירץ דה"ל מגו במקום חזקה וכ"כ בד"מ ודבריהם תמוהים (עיי"ש), והעלה הגר"א דכיון דיש עד אחד שחטף ואינו מכחישו דה"ל כבי' עדים אינו נאמן עוד במגו כנ"ל דה"ל מגו במקום חזקה, עיי"ש.

עוד פסק בשו"ע (ו) ע"פ **הרמב"ם** "אמר החוטף עשרים חטפתי ושלי הם והנגזל אומר מאה חטף, משלם העשרים שהודה בהם, ועל השאר נשבע היסת" - ואינו נשבע שבועה דאורייתא כמודה מקצת דהרי לא הודה בכלום שהרי אומר דידי חטפתי (טור וסמ"ע בשמו), וביאר **הסמ"ע** (ו) דלא דמי זה להא דרבי חייא דאמר הכופר הכל ועדים מעידים במקצת דה"ל כמודה מקצת דלא גרע העדאת עדים מהודאת פיו וחייב שבועה דאורייתא על המותר במלוה ובפקדון הוחזק כפרן וצריך לשלם הכל וכריש סימן ע"ה, דשאני התם דאיכא עכ"פ העדאת עדים במקצת משא"כ כאן דאין העדים יודעים כמה חטף וגם ליכא הודאת פיו שהרי אומר דידי חטפתי וכנ"ל, די לנו במה שנחייבו לשלם במה שהודה ולא להוסיף עליו חובה ע"י כן במה שלא הודה.

עוד פסק השו"ע (ז) ע"פ **הרמב"ם** "נכנס לביתו של חבירו שלא בפניו ונטל משם כלים בפני עד אחד, ואין העד יודע כמה נטל, בעל הבית אומר עשרים כלים היו בביתי גזלן אומר לא נטלתי אלא עשרה והם שלי, חייב להחזיר העשרה, מפני שהוא מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע, ואינו נשבע על השאר אפילו שבועת היסת, מפני שאינו יכול לטעון על הגזלן טענת ודאי" - וביאר **הסמ"ע** (ז) דהטעם דהוא מחוייב שבועה שהרי עכ"פ ראה העד שהוציא כלים, ואף שהפה שאסר הוא הפה שהתיר לומר שלי הוא מיגו כזה הוא במקום חזקה שכל מה שבבית האדם הוא בחזקת שלו, והראב"ד השיג ע"ז דכיון שהבעה"ב לא היה בביתו כשנטלם ואינו יכול לטעון עליו טענת ודאי שנטלם וגם העד אינו יודע כמה נטל ואם שלו נטל אינו מיקרי מחוייב שבועה, והרמב"ם אפשר דס"ל דעכ"פ העד מעיד שנכנס ונטל שלא בפניו וחזקה הוא דכל שלא בפניו נטל דבר שאינו שלו, עיי"ש, ובאה"ג כתב בשם הרב המגיד דס"ל לרמב"ם שנשבעין בעד אחד בטענת שמא.

הסתפק הקצות (א) בגזול את חבירו בעדים וטוען החזרתי דנאמן כמ"ש בש"ך (שסא, ת) אם משביעיני אותו שבועת היסת שכדבריו כן הוא שהחזיר או נימא כיון דגזל חבירו בעדים והו"ל חשוד ופסול לעדות ולשבועה, דאע"ג דגזול חבירו בעדים אין צריך להחזיר בעדים, אינו נאמן אלא לממון שבו ולומר החזרתי אבל אינו נאמן להכשיר את עצמו עד שיבואו עדים ויעידו שהחזירו בעצמו וכיון דמוחזק לחשוד אין מוסרין אותו לשבועה וצ"ע.

סעיפים ח - ט

כלשון **הרמב"ם** כתב השו"ע (ח) (ע"פ משנה שבועות מ. ועוד -) האומר לחבירו גזלתני מאה אם אמר לא גזלתני נשבע היסת, ואם הודה שגזלו חמשים משלם חמשים, ונשבע שבועת התורה על השאר כשאר הנשבעים, שהרי לא הוחזק גזלן בעדים. (ט) (ע"פ משנה שם מ"ד ומדקתני ראוהו משמע דוקא דאיכא

עדים -) וכן הטוען את חבירו שנכנס לביתו וגזלו כלים והוא אומר דרך משכון לקחתי בחובי שיש לי אצלך ובעל הבית אומר אין לך בידי כלום, אע"פ שהודה שמשכנו שלא ברשות (וכל הממשכן שלא ברשות דינו כגזלן), הואיל ואין שם עדים מעידים שגזל, הרי זה נשבע וגובה חובו מהמשכון" - דהפה שאסר הוא הפה שהתיר ונשבע בנקיטה וזה מוסכם מן הגאונים שאפילו מי שבידו משכון שהוא נאמן עד כדי דמיו הרי זה נשבע בנקי"ח כדין הנשבעין ונוטלין, ה"ה.

סימן שסה - הגוזל ואינו יודע ממני גזל

סעיף א

[מה הדין בגזול מחמשה ואינו יודע ממי גזל?]

ע"פ משנה יבמות קח: פסק בשו"ע "הגוזל אחד מחמשה ואינו יודע לאיזה מהם גזל כל אחד מהם אומר אותי גזל - (מניח גזילה ביניהם ומסתלק דברי רבי טרפון רבי עקיבא אומר לא זו הדרך מוציאתו מידי עבירה עד שישלם גזילה לכל אחד ואחד וידוע" ולשון הרמב"ם כר' עקיבא -) אע"פ שאין שם עדים שגזל - הרי כל אחד מהם נשבע שזה גזלו, ומשלם גזילה לכל אחד ואחד (משום דכלל הוא לכל נוטל מעות מחבירו על פי דיבורו שהוא צריך לישבע אי נמי דכיון דמדינא פטור אלא משום דעבד איסורא אתה קונסו אינו ראוי לקנסו לשלם בלא שבועה, ב"י), וביאר הסמ"ע (ב) דשבועתם בנק"ח, ואע"פ שאין זה הגוזלן טוען כנגדו ברי שלא גזלו מ"מ כיון דברי לו שלא גזל אלא לאחד מהם והרי שניהם באים ליטול הטילו חז"ל שבועה על התובעין וכדין הנשבע ונוטל.

אמנם הש"ך (ב) כתב דנהי דרוב הפוסקים פסקו כר"ע מ"מ מצי הגוזל המוחזק לומר קים לי כבעל המאור, רב האי גאון בה"ג והראב"ד דפסקו כר' טרפון ומניח הגזילה וכו', וכן האריך (מול טענות הרמב"ן) דלספרים דלא גרסי אלא במימרא דרבא דשאני מתני' וכו' לא אתי מתניתין כר' עקיבא, ועוד דאפילו לגירסת הספרים דגרסי אלא אמר רבא י"ל דלא הדר אלא אמאי דקאמר דר"ט מיירי דוקא בלא נשבע ומודה בנשבע, ועוד דאפילו אתי מתני' כר"ט וכר"ע דלמא הלכה כר"ט, ומש"כ הרמב"ן דקי"ל הלכ' כר"ע מחבירו נגד ר"ט אינו מוכרח כ"כ, וטעמא דר"ע הוא משום דקניס כיון דעביד איסורא א"כ כיון דר"ע לאו דינא קאמר אלא קנסא דלמא בהא לא קי"ל הלכה כר"ע מחבירו ואפשר שזהו כוונת הנ"י בשם הרז"ה דכיון דר"ע לא מחייב אלא משום קנס א"כ האידנא דלא דיני קנסות קי"ל כר"ט, דלכאורה קשה דהא ודאי קנס כזה שייך גם האידנא, אלא י"ל שכוונתם כנ"ל.

סעיף ב

אברך שביקש לעשות צדקה באמצע הסדר ונכנס למלתחה כדי להוציא מכיס חליפתו כסף, וטעה והכניס ידו לכיס של אחר, ובסוף היום ראה שטעה אך לא יודע למי להחזיר, ותלה מודעה בישיבה 'למי שחסר חמישים ש"ח שיפנה אליו', מה הדין כשאף אחד לא פונה אליו? במידה ונאמר שיהא מונח, מונח ביד בית הדין או אצלו? מה הדין ברצונו לצאת ידי שמים?

ע"פ משנה ב"מ לו. וגמ' פסק בשו"ע "אמר לשנים גזלתי את אחד מכם ואיני יודע איזהו (כלומר וגם הן אין תובעין אותו בברי אני הוא הנגזל שגזלת מידי, סמ"ע) אינו נותן אלא מנה והם חולקים ביניהם, מאחר שהם לא היו יודעים שנגזלו אלא על פיו, ועם כל זה אם בא לצאת ידי שמים, חייב לשלם כל הגזילה לכל אחד ואחד. אבל שנים שתבעו את אחד, וכל אחד מהם אמר ליה גזלתי מנה, והוא משיב אמת שגזלתי את אחד מכם מנה אבל איני יודע לאיזה מכם, חייב לשלם לכל אחד מהם מנה. } (גמ' שם -) וכן אם גזל לשנים לאחד מנה ולאחד מאתים וכל אחד מהם תובעו מאתים (קאי גם על סעי' א', סמ"ע), והוא אינו יודע למי גזל מאתים, נותן לכל אחד מאתים (ש"ך: היינו אחר שישבע כל אחד, ואם גם הם אינם יודעים יהא מונח בידו עד שיבוא אליהו, ר"י), והא דלא אמרינן הכא חולקים ביניהם כדבסמוך משום דכיון דכל חד תובע במנה א"כ יש לחוש לרמאי דאמאי ידע ממנה ולא ידע מאידך מנה ולפ"ז אם כל אחד אומר איני יודע מהגזלה כלל דינא ג"כ דחולקין כאן כבסמוך). (ע"פ משנה ב"ק קיח. -) גזל לאחד ואינו יודע אם החזיר לו, אע"פ שאין תובע אותו, חייב לשלם לו אם בא לצאת ידי

שמים, אבל אם אמר לאחד איני יודע אם גזלתיך אם לאו אפילו בלא לצאת ידי שמים אינו חייב לשלם לו."}

כתב הש"ך (ג) על הרישא ע"פ הרמב"ם דחולקים ביניהם משמע דמדינא חולקים ולא אמרינן יהא מונח עד שיבא אליהו דליכא למימר דחולקים כשיסכימו שניהם דא"כ מאי קמ"ל פשיטא ועוד דא"כ גם בפקדון בסימן ש' וכן במקח בסימן רכ"ב אמאי לא אשמועינן דחולקין כשירצו ועוד דהא הרמב"ם ס"ל דכל היכא דתנן יהא מונח עד שיבא אליהו היינו שיהא מונח בידו, ודוקא בסימן ש' וסימן רכ"ב דתבעי ליה ודאי חד מנייהו רמאי אמרינן דיהא מונח, משא"כ הכא כיון שהם עצמם אינם יודעים שנגזלו א"כ ליכא רמאי לכך חולקים.

כתב הקצות (א) בהא דחולקים דכן הוא לדעת רש"י בריש ב"מ דס"ל בזה אומר ארגתיה דינא דמונח ומשום דאיכא חד מנייהו רמאי, א"כ ודאי ה"נ היכא שאין יודעין בברי ליכא רמאי כיון דעיקר טעמא דמונח אינו אלא משום רמאי, אבל לשיטת תוס' והרא"ש דאפילו בזה אומר אני ארגתיה חולקין ומשום דהחלוקה יכולה להיות אמת ובמנה שלישי אין החלוקה אמת, א"כ אפילו ליכא רמאי נמי נראה דינא דמונח, דלשיטת תוס' והרא"ש אין הדבר תלוי אלא בדבר שהחלוקה אמת דינא דחלוקה והיכא דאי אפשר להיות אמת דינא דמונח, ואין לומר לדעתם לדינא דמונח בעי תרתני שהחלוקה לא יהיה אמת וגם רמאי ובחד מנייהו לא אמרינן מונח, דמסתימת דברי התוס' והרא"ש משמע הך כללא לחוד דהחלוקה אמת או לא.

בענין הבא לצאת ידי שמים ברישא, ביאר הסמ"ע (ד) דמשא"כ בהלואה ופקדון בסימנים ע"ו ושי' דדוקא בהפקידו או הלווהו שניהן אחד מנה ואחד מאתים חייב ליתן לכל אחד מאתים בלא לצאת ידי שמים, ולא בהפקיד אחד משנים מנה ולא ידע איזהו (אלא שכתב בסימן ע"ו דיש חולקים לחייב גם בזה לצאת ידי שמים), ובש"ך (ה) כתב דהרמ"א בסימן ש' כתב ע"פ הרא"ש דפטור בלצאת ידי שמים בנידון דרישא כדהכא בפקדון וכנ"ל מטעם דהמפקיד עצמו ה"ל למידק, ובספר מעדני מלך כתב הטעם לחלק שסובר גברא אלמא הוא דגזליה ולא שכית דהדר ולכך לא תבע ליה, והקשה עליו הש"ך דע"כ ה"ה כשלא תבעו מתחלה רק אחר שאומר שגזל לאחד מהם אומר כל אחד אותי גזל נמי דין תבעי ליה יש לו דלא תלי בתבעי ליה תחלה כלום רק כשטוען הנגזל או המפקיד ברי כדמוכח בש"ס וא"כ בגזל נמי ע"כ מיירי שגם עכשיו אינו טוען ברי וא"כ לא שייך לומר שסובר גברא אלמא הוא שהרי הוא רואה שרוצה להחזיר, אלא נראה דגזלתי דומיא דאביו של אחד מכם הפקיד אצלי קתני דהיינו גזלתי לאחד מכם ואיני יודע להכי לא קתני אחד מכם הפקיד אצלי מנה משום דכשהפקיד ודאי יודע וה"ל כתובעו עכשיו ולפ"ז כשידוע לו שגזלו בפניו וידע מזה ואינו יודע לאיזה מהן גזל ולא תבעי ליה עכשיו מניח גזלה ביניהם ומסתלק ופטור אף לצאת י"ש.

[הקצות (ב) ביאר דכוונת המעדני מלך דודאי עיקר מאי דהו"ל למידק היינו בשעת פקדון כי היכי דזכור היטב מי הפקיד בכדי שיוכל לתבוע ממנו, אבל גבי גזילה לא רמי אנפשיה למידק כיון דסובר גברא אלמא הוא ולא מיהדר ושבקה מזכרונו ומלבו, ולכך לא תבעי ליה היינו דמשי"ה אינו יודע בברי, דתבעו היינו ברי ולא תבעו היינו שמא, וזה כיון דלא רמי למידק אינו יודע עכשיו ומשי"ה לא תבעי ליה וראוי להיות שוכח וכמ"ש, ועוד האריך גבי סיפא דהש"ך באחד מכם גזלתי בפניו, עיי"ש].

גבי הנידון בשאלה [ראשית יש להעיר דאינו דומה לנידון בספר יבא ידיד (ח"א חו"מ סימן קס"ה) שצוין ב'ארץ חמדה' דהתם דן במקרה שהיה מסופק האם הוציא מחליפתו או של חליפתו של חבירו, ולכן דימה זאת לסיפא דהרמ"א ד"איני יודע"], יש לדון האם חייב לשלם לבעלי החליפות הסמוכים לחליפתו, ונראה דדמי לרישא באמר לשנים גזלתי את אחד מכם ואיני יודע איזהו וביאר הסמ"ע שגם הן אין תובעין אותו בברי אני הוא הנגזל שגזלת מידי, דהדין שאינו נותן אלא מנה והם חולקים ביניהם, מאחר שהם לא היו יודעים שנגזלו אלא על פיו, ועם כל זה אם בא לצאת ידי שמים, חייב לשלם כל הגזילה לכל אחד ואחד, וצ"ת.

[עוד יש לציין למשי"כ בחשוקי חמד (יומא פה:) שכתב בשם המנחת שלמה (תנינא קל"ה) שהביא שכתב בארחות צדיקים "ואם לא ידע חשבון הממון ואינו מכיר האנשים אשר גזל, יתן לו הקדוש ברוך הוא שיעשה צרכי רבים, כגון לבנות גשר, או לתקן בארות, או לבנות בתי כנסיות, או שאר צרכי רבים, ותהיה הנאה ממנו לכל העולם, למי שגזל ממנו וגם לאחרים", וכתב הגרש"ז דזה רק מדת חסידות ולא מן הדין].

סימן שסו - גזלן שבא לעשות תשובה אם מקבלין ממנו

סעיף א

ע"פ ברייתא **דב"ק צד**: והרא' פסק בשו"ע גזלן, מפורסם (ר"י בתוס' ועוד) {שעסקיו בכך ותשובתו קשה (טור)} {רא"ש -} **הבא לעשות תשובה** מעצמו - אם אין הגזילה קיימת אין מקבלין ממנו (והמקבל ממנו אין רוח חכמים נוחה הימנו, ור"ל אין רוח חכמה וחסידות בקרבו, **סמ"ע**) כדי שלא ימנע מלעשות תשובה (כההיא עובדא דרבי ומשום דלא תנעול דלת בפני בעלי תשובה, **רא"ש**), (ר"י -) ואם רצה לצאת ידי שמים והחזיר אין מוחין ביד הנגזל מלקבלו {וכן אם לא בא לעשות תשובה מעצמו רק שהנגזל צריך לתבעו מחייבים אותו להחזיר (**רא"ש**), ע"פ גזל פדני דתורא בדף צ"ו ע"ב וגבי נרשאה גנב ספרא בדף קט"ו ע"א ומנסכא דר' משבועות דף מ"ז ע"א ועוד, ואמרינן בב"מ ס"א ריבית קצוצה יוצאה בדינים)}.

כתב **הסמ"ע** (ב) אפילו אם הגזילה קיימת אם בנה עליה בנין אין צריך להחזיר וכדברי הלל דאמר בגיטין נ"ה אם גנב קורה וקבעה בבנין א"צ לקעקע ולעקור כל הבנין בשביל חזרת הקורה אלא משלם אותה לבעליו, מיהו דוקא בכה"ג שגנב דבר המטלטל, אבל אם השיג גבול רעהו בקרקע ובנה כותל בשל חבירו, אפילו בנה עליה בנינים גדולים חייב לסתור הכל שלא עשו תקנת השבים בקרקע (רי"ו) והביאו בדרכ"מ הכא ובהגה ש/ס (וראה שם), וכתבוהו לענין גזלן שאינו מפורסם לענין חזרה, וה"ה וכ"ש הוא לענין גזלן מפורסם.

כתב **הש"ך** (א) בשם הספר חסידים דהא דאין הנגזל מקבל היינו דוקא כשאנו חייב לאחרים אבל אם הנגזל חייב לאחרים ואין לו מה לפרוע יש לקבל כדי שיפרע לבעלים חובות שלו.

סעיף ב

ע"פ ברייתא **דב"ק צד**: פסק בשו"ע "הרועים והגבאים והמוכסים, תשובתן קשה מפני שגזלו את הרבים ואין יודעים למי יחזרו, לפיכך יעשו בו צרכי רבים (דאז גם הנגזל יהנה מן הדברים הנעשים מדמי הגזילה, **סמ"ע**), כגון בורות שיחין ומערות {גזלן שהחזיר אם צריך דעת בעלים דינו כמו בגנב (טור) ועיין לעיל סימן שני"ה (**סמ"ע**): שם נתבאר דאם לא ידעו הבעלים מהגניבה אינם צריכים ג"כ לידע מהחזרה, ודין זה אין שייך בגזלן, שסתם גזילה הוא שגוזל מיד הנגזל ונמצא דהנגזל ידע מהגזילה, ולא היה לרמ"א לכתוב אלא גזלן שהחזיר צריך להחזירה מדעת בעלים ועל דרך שנתבאר בסימן שני"ה בגנב וכ"כ בטור הכא)}.

כתב **הפת"ש** (ב) דהא דיעשו בו צרכי רבים כתב הרא"ש דבגזילה קיימת איירי, ובב"ח תמה על הטוש"ע שסתמו ותירץ שסמכו עמש"כ בסע' א' דמיירי בגזלן מפורסם, ובשיבת ציון כתב דדוחק אלא דס"ל לטוש"ע דהאי תקנה דאין מקבלין מהם הוא רק אם יודע למי גזל ורוצה להחזיר לנגזל עצמו, אבל אם אינו יודע למי גזל ומדינא צריך לעשות צרכי רבים בזה לא שייך האי תקנה שלא לקבל מהם, וטעם הדבר הוא ע"פ הש"ך ביו"ד קס"א (י"ג) בשם הריב"ש דגזלן חייב להחזיר הגזילה, רק על הנגזל גזרו שלא יקבל ממנו וימחול לו, א"כ באינו יודע למי גזל שאין הנגזל לפנינו מי ימחול לו, וכל זמן שאין הנגזל מוחל לו עדיין מחויב הוא להחזיר.

[בהגדרת צרכי רבים כתב בחשוקי חמד (יומא שם) דנראה דנלמד דינו מאו"ח סימן תקמ"ד "צרכי רבים מותר לעשותם בחול המועד כגון לתקן הדרכים ולהסיר מהם המכשולות ולציין הקברות כדי שיזהרו מהם הכהנים ולתקן המקוואות", וכעין זה כתב באג"מ (חו"מ א, פח) שדוקא לצרכי רבים ולא לצדקה, ולבנין ותקון מקוואות הוא כלצרכי רבים ולכן טוב שיתן למקוואות, ובשו"ת משנה הלכות (יג, סד) כתב על סיפור ששמע "מפי קדשו של מרן הגרש"ז אויערבך.. שלאחר פטירת הגאון האדר"ת זצ"ל בירושלים עיה"ק בא הרב ר' בן ציון ידלר לפני הגאון ר' שמואל סלנט זצ"ל ואמר לו היות כי מיום באו של האדר"ת לירושלים קרא אותו ואמר לו היות כי הייתי רב בחו"ל ואולי נהנתי ומעלתי ח"ו בממון צבור שלא כהוגן ומעלתי בשליחות ונתחייבתי להשיב, והו"ל ח"ו בכלל גזל הרבים שאין לו תקנה אלא לעשות צרכי רבים וזיכוי לרבים, ולכן הציע לי לעשות עירוב בירושלים עיה"ק והוא מקבל עליו כל ההוצאות העירוב כל ימי חייו, והתנה עמי שלא לגלות הדבר לשום אדם בעודו הוא חי, וכן עשה כל הד' שנים שהיה חי בירושלים עיה"ק, עכשו שנפטר הרב, עליו להודיע את הרב הגר"ש סלנט", עיי"ש].

סעיף ג

ע"פ משנה ב"ב פז: וגמ' גבי השולח את בנו אצל חנוני להביא לו איסר שמן, פסק בשו"ע "היה כלי ביד בנו של בעל הבית או ביד עבדו, ולקחו אחד מהם ונשתמש בו, הרי זה שואל שלא מדעת ונעשה ברשותו ונתחייב באונסין עד שיחזירונו לבעלים, לפיכך אם החזירו לקטן שהיה בידו, ואבד ממנו או נשבר, חייב לשלם". כתב הסמ"ע (ז) מדלא כתב חטף מיד אחד כלשון הטור וגם לא כתב שלקחו מיד בנו הקטן, משמע דס"ל דאפילו לקחו מיד בנו הגדול של בעל הבית ברשותו דבנו אפ"ה מיקרי שואל שלא מדעת ונתחייב באונסין כיון שאינו של בנו אלא של אביו. עוד כתב (ח) דדוקא בהחזירו לקטן הוא דחייב באונסין הא אם לקחו מיד בנו הגדול והחזירו לידו פטור מאונסין וכרמ"א רצב"א והוא מהמרדכי.

סעיף ד

כתב הטור ע"פ משנה ב"ק קיח. וכ"פ בשו"ע "הגזול את חברו בישוב ובא להחזיר לו במדבר, לא יצא, ואם ירצה הנגזל לא יקחנו עד שיגיע ליישוב, אבל אם מחזירו ביישוב, אפילו אינו באותו מקום שגזלו יצא (ולא תימא אף אם ירצה הנגזל לקחתו אינו יוצא הגזלן עד שיחזירונו לו במקום שנגזל, ב"י)

סימן שסז - גזלן שבא להחזיר את הגזילה והגזול את אביו

סעיף א

ע"פ משנה ב"ק קג. וגמ' שם וקד. פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "הגזול את חברו אע"פ שכפר בו, הואיל ולא נשבע, אם חזר והודה אינו חייב לרדוף אחר הבעלים להחזיר להם אלא יהא בידו עד שיבואו } ויודיע אותם (טור) { ויטלו את שלהם (אע"פ שבא לצאת ידי שמים אינו חייב לרדוף אחריו כדאיתא בגמ', כ"ש כשלא הודה רק שבאו עדים שגזל לו אינו חייב לרדוף אחריו רק שידיענו, ש"ך), אבל אם נשבע על שוה פרוטה ומעלה, חייב לרדוף אחר הבעלים עד שיחזיר להם, אפילו הם באיי הם (דכתוב לאשר הוא לו יתננו ובנשבע לשקר מיירי כדכתיב שם בפרשה ביום אשמתו, דהיינו שמביא קרבן אשם על שבועתו, מיהו אי לאו מפני תקנת השבים מן הראוי היה להתחייב הגזלן להביאו אחריו למקום שהוא שם אפילו לא נשבע מאחר שמצינו שקפיד עליו קרא, סמ"ע וקצות, והש"ך כתב דליתא דבש"ס מסיק טעמא דנשבע כיון דבעי כפרה לא סגי עד דמטא לידיה ואולי מפרש דש"ס מפרש טעמא דקרא אבל לא היה צריך לזה), מפני שכבר נתייאשו מאחר שנשבע ואינם באים עוד לתובעו (מפרש מימרא דרבא שלא הודה בפניו כדעת התוס' שאם הודה בפניו אפילו נשבע א"צ להוליכו אחריו למדי ויכול להביא כפרה, באה"ג). (ב) אפילו החזיר הגזילה כולה חוץ משהו פרוטה, חייב הגזלן להוליכה אחר הנגזל, ולא יתן לא לבנו של נגזל ולא לשלוחו אא"כ עשה הנגזל השליח בעדים (כרב חסדא ודלא כרבה דאף אם עשאו שליח בעדים לא הוי שליח וחייב הוא לשלם אם נאנס הפקדון מן השליח), וכן אם עשו בית דין שליח בעדים ונתן לו יצא (גם זה מפני תקנת השבים הקילו עליו שלא יצטרך הרבה בהוצאת הדרך, סמ"ע ע"פ רש"י) ואין צריך לומר אם נתן לבית דין שיצא (סמ"ע: ויהיה ביד שליח ב"ד עד שיבוא הנגזל ויקחנו מידו, ש"ך: שישלחוהו לידו מתי שירצו ולא שהשליח או הב"ד ישמרו בידם עד שיבוא דוקא בעצמו)".

ביאר הסמ"ע (ב) ברישא כנ"ל דהא דאינו חייב לרדוף הוא מפני תקנת השבים, והש"ך (ב) כתב דלא נהירא דבש"ס משמע דמדינא אינו חייב לרדוף אחריו אלא דבנשבע כיון דצריך להביא קרבן להתכפר לא סגי עד דמטא לידיה וה"ה האידנא אע"ג דאין קרבן מ"מ אינו יוצא ידי כפרתו עד דמטא לידיה.

על הגהת הרמ"א דיודיע כתב הסמ"ע (ג) דמשמע מלשון הטור דצריך לשלוח להודיעו במקום שהוא שם שכך וכך גזלתו אלא שאין צריך לטפל בשליחות הגזילה שם ולקבל עליו אחריות הדרך, ומלשון הרמב"ם מוכח דלא ס"ל הכי אלא שיהא בידו עד שיבואו מעצמן, והרמ"א שהוסיף לכתוב ויודיע אותם כוונתו שבבואם לעיר הגזלן אזי הגזלן מודיע אותם שכך וכך גזלם ושיטלום מידו כי הוא יתן להן, אולם דעת הש"ך (ג) דדעת הרמב"ם והמחבר דצריך לעשות כל מה דאפשר שיודיע לו, דכל זמן שאינו מודיע לו אינו יוצא ידי שמים לר"ט ולר"ע אף מדינא חייב. עוד כתב בזה (ד) דדעת הב"ח בטור דהא דמסיק רבא כיון דידע למאן גזליה ואודי ליה וכו' הלכך נשבע וכו', דדוקא בהודה לו קודם שהלך למדי, אבל בכפר בו ולא הודה בפניו אלא לאחר שהלך למדי הודה בפני ב"ד אע"ג דאינו חייב להוליכם אחריו למדי מ"מ צריך שיודיענו לומר כך וכך גזלתך, ולחנם דחק די"ל דהטור מפרש בלא הודה לו בפניו אלא

דס"ל דנהי דא"צ להוליך אחריו למדי מ"מ צריך שיודה לו ויודיענו וכנ"ל, וגם מה שנראה מדבריו דאף בהודה לו בפניו כשנשבע צריך להלוך אחריו למדי, ליתא ואישתמיטתיה דברי התוס' דודאי מיירי כשהודה שלא בפניו אלא בפני עדים.

הקצות (א) חלק על הש"ך וכתב דנראה דאפילו אינו מודה כלל אלא שהוא בעצמו רוצה לצאת ידי שמים ולהחזיר הגזילה כיון דידע למאן גזליה ומזומן להחזיר הו"ל כפקדון גביה וא"צ כלל הודעה, ומה שאמרו בגמ' כמ"ד יהיו לי בידך, היינו כמ"ד בפירוש יהיו לי בידך ודאי אין צריך להוליך כן בדינו זה שמזומן להחזיר.

עמ"ש"כ המחבר בסעי' א' מפני שכבר נתיאשו מאחר שנשבע וכו', כתב הש"ך (ו) דלמד התו"ט דלפ"ז באינו נשבע אפילו להודיעו א"צ, ומשמע דסובר דלרמב"ם בנשבע סגי כשיודיענו וכ"ד הרש"ל, ולא נראה דהא כתב חייב לרדוף אחריו וכו', אלא ר"ל דאף שמודיעו אינו בא זה לתובעו שחושב מאחר שכבר נשבע ונתיאשתי לא יחזיר לי אע"פ שמודיע לי, מיהו תימה למה המחבר המציא טעם חדש מלבו דהא בש"ס משמע להדיא דטעמא הוא כיון דנשבע ובעי כפרה לא סגי עד דמטא לידיה, ולפ"ז אפילו יודע הגזלן בבירור שלא נתיאש צריך להוליך אחריו ולא סגי כשמודיע לו. עוד כתב בשם הרש"ל דאפילו הודיעו לו וזהו שלח לו יהיו לי בידך אפ"ה כיון דנשבע לא סגי עד דעביד השבה מעליא, וכן משמע בש"ס גבי הא דקאמר הלכך נשבע אע"פ דקאמר ליה יהיו לי בידך כיון דבעי כפרה לא סגי עד דמטא לידיה, מיהו היינו דקאמר ליה הכי ע"י שלוחו אבל בפניו לא דכיון שהניחו בידו והלך לו הרי הוא כהפקידו בידו, ובקצות (ג) האריך בכל הנ"ל.

כתב **הסמ"ע** (ה) בסעי' ב' דגם ברישא בלא נשבע אסור ליתנו לבנו וכו' אלא אורחא דמילתא נקט, דכל שלא נשבע דא"צ לשלח הגזילה למקום שהנגזל שם מסתמא מחזיקו בידו עד שיבוא.

סעיף ג

ע"פ **משנה שם קג**. פסק בשו"ע "החזיר לו כל הגזילה או שמחל לו עליה, חוץ מפחות שוה פרוטה, אינו צריך להוליך אחריו אלא יבא הנגזל ויטול השאר (אף בפחות משוה פרוטה איסור גזל יש בו אלא שאין הב"ד נזקקין לפחות משוה פרוטה להוציאו מידו, סמ"ע) (ע"פ לישנא בתרא דמימרא דרב פפא בקה. -) ואע"פ שהגזילה עצמה קיימת אין חוששין שמא תתייקר ונמצא הנשאר שוה פרוטה" - ואם נתיקר כתב הטור דדעת ר"י דא"צ להחזירו, ודעת הרמ"ה שצריך להחזיר לו, הביאם הסמ"ע (ח), והשמיט מש"כ הב"י דברמב"ם משמע כר"י.

סעיף ד

ע"פ **משנה שם** וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "מת הנגזל, כשבא הגזלן לעשות תשובה יחזיר ליורשיו אם הגזילה בעין, ואם אינה בעין {או שנשתנית (רמב"ם)} יחזיר להם דמיה כשם שהיה מחזיר למורישם".

סעיף ה

ע"פ **משנה ב"ק קח: וגמ'** וכשיטת הרמב"ם (ולגבי שיטת התוס' אי כוותיה, ראה ב"י וסמ"ע סק"ד) פסק בשו"ע "הגזל את אביו ונשבע לו ומת האב, אם אין הגזילה קיימת או נשתנית עושה חשבון עם אחיו על הקרן (והחומש, בדינא דגמרא ולשון הרמב"ם), ואם הגזילה קיימת חייב להוציא הגזילה עצמה מתחת ידו לפיכך נותן הגזילה לאחיו ועושה עמהם חשבון {וי"א (רש"י וטור) דאינו נוטל כלום נגד הגזילה, ואם הוא עני ולא יכול לוותר חלקו ליה מאחרים והם באים ונפרעים מחלקו} ואם אין לו אחים שנמצא זה הגזלן לבדו הוא היורש, מוציא הגזילה מתחת ידו לבניו, ואם אין בניו לזה הבן הגזלן, נותנם לבעל חובו בהלואתו או לצדקה, הואיל ויצאה גזילה עצמה מתחת ידו נפטר אף על פי שנתנה מתנה או פרעה בחובו, והוא שיודיעם ויאמר זה גזל אבא {ויש חולקין (כנ"ל) וס"ל דאם אין לגזלן [אחים] נותן לאחי אביו}."

סעיף ו

ע"פ ברייתא ב"ק קט. וכו' עקיבא (ודלא כר' יוסי הגלילי שזכה במה שבידו) פסק בשו"ע "הגוזל את הגר ונשבע לו (ב"י): משמע הא לא נשבע זכה מן ההפקר ואינו צריך להוציאו מידו ואפשר דה"ה ללא נשבע, ונשבע דקתני להודיעך כחו דרבי יוסי הגלילי, ודעת הדרכ"מ דדווקא נשבע דאם הגמ' נקטה נשבע להודיעך כחו דריה"ג אם כן הפוסקים שלא הביאו דבריו למה נקטו נשבע אלא בודאי נשבע דוקא קאמרי ומאחר שהוא דוקא אצל גזל הגר ה"ה כאן אצל גזל אביו דתרווייהו חד טעמא הוא משום קנסא כן בסעי' ה', והביאם שם הסמ"ע בקצרה, ובפתי"ש הכריע בשניהם דדווקא נשבע וכן הוא ברשב"א ראב"ד וגר"א דבלא נשבע זוכה בגזילה שתחת ידו, ומת הגר בלא יורשים, אפילו הודה לגר וזקפו עליו במלוה, אף על פי שזכה בגזילה, חייב להוציאה מתחת ידו (ליתנו לצדקה, סמ"ע)".

ביאר הסמ"ע (יז-יח) דכיון דזקפו עמו במלוה נעשו נכסי הגר, ונכסיהן הפקר לאחר מיתה וכל הקודם להחזיק בהן זכה, ונתנית הצדקה, שבזמן הבית היה צריך ליתנו לכהנים, שהן זכו בהן משלחן גבוה שנאמר 'האשם המושב לה' לכהן' ובזמן הזה שאין קרבן אשם שעוסקים בו הכהנים ואין שייך שלחן גבוה, משו"ה נותנו לארנקי של צדקה וחולקים ממנו לכל עניים בשוה, ובבאה"ג כתב בשם הרב המגיד דלר"ע לא שנא זקפן ולא שנא לא זקפן בהוצאת הגזילה מתחת ידו סגי אע"פ שאינה נותנה לכהנים וכו' ונקט זקפן לרבותא דאפילו זקפן בעי להוציא הגזילה מתחת ידו.

סימן שסח – דין המציל או הקונה מלסטים ישראל או עובד כוכבים

סעיף א

לסטים ישראל או גוי ששדד את ישראל אחר, ועמד אחד והציל מידו, האם הוא חייב להחזיר לבעלים או לא? ומה הדין במציל מיד גנב גוי או יהודי?

גוי גזל חפץ מישראל ובא ישראל אחר וגזלה ממנו, האם צריך להחזיר לגזול?

ע"פ משנה ב"ק קיד. כת"ק וגמ' פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "המציל מיד לסטים ישראל הרי אלו שלו, מפני שסתם הדבר שנתיאשו הבעלים (דסתם גניבה הוי ייאוש וסתם גזילה לא הוי ייאוש כת"ק ודלא כר' שמעון) (דעת הראב"ד שקונה גוף הגניבה אבל צריך ליתן לבעלים דמיה ור"י פירש שקונה לגמרי ואפילו דמיה א"צ ליתן, טור), ואם ידע שלא נתיאשו חייב להחזיר. אבל המציל מיד לסטים עכו"ם או מוכס עכו"ם, חייב להחזיר, שסתם הדבר שלא נתיאשו הבעלים, ואם נתיאשו הרי אלו שלו. ומפני מה אמרו סתם לסטים ישראל נתיאשו הבעלים וסתם עכו"ם לא נתיאשו, מפני שהבעלים יודעים שעובדי כוכבים מחזירין מיד הגזלן אע"פ שאין שם עדים שגזל אלא בראיות רעועות ובאומדן הדעת {טור ע"פ הרא"ש -} וסתם גניבה הוי יאוש אפילו בעכו"ם (דלטור לסטים היינו גזלן ובזה יש חילוק בין עכו"ם לישראל אבל בגנב סתמא הוי יאוש אפי' בעכו"ם, ש"ך) (דבגניבה דלא ידע הנגב מי גנבו מידו דיחזור עליו להוציא מידו, משו"ה מייאש אפילו בגנב שהוא גוי, משא"כ בלסטים שלקחו מידו בזרוע בפניו, סמ"ע), ואם כן הקונה מן הגנב לא היה צריך להחזיר הגניבה אא"כ ידעין דלא נתיאש, דהא קנאה ביאוש ושינוי רשות, כמו שנתבאר לעיל סי' שני"ג (תה"ד -) מיהו נהגו להחזיר כל גניבה ואין לשנות מן המנהג וכמו שנתבאר לעיל סימן שני"ו, ואין חלוק בזה בין גנב לגזלן, דבכל ענין מחזיר דמיו ונוטל את שלו, כן נראה לי. ועיין לעיל סימן רל"ו הקונה קרקע גזולה".

לדעת הרמ"א החילוק בין ישראל לגוי הוא בגזילה אבל בגניבה בכל מקרה יש ייאוש, ואילו הש"ך (ב) האריך "דהעיקר כדעת בעל המאור דהא דמחלק הש"ס בליסטים בין כותי לישראל היינו דוקא בגנב דליסטים היינו גנב אבל בגזלן אפילו בישראל מסתמא לא הוי יאוש" (שער משפט סק"א).

ביאר הסמ"ע (א) דהמחבר כתב כלישנא בתרא בגמ' שדייני הגוים מחזירין מיד הגזלן אף בלא עדים, וצ"ל מדחילקו הטוש"ע והגמ' בין לסטים גוי או לסטים ישראל, ולא חילקו בין דייין גוי ובין דייין ישראל, שהרי לפי טעם הנ"ל הכל תלוי בדיינים איך מוציאים הממון, משום דכל לסטים או גנב ישראל נידון

בדייני ישראל שתובעו הנגזל לגזלן בדין ישראל, משא"כ בלסטים גוי שצריך לתבעו הנגזל אף שהוא ישראל בפני דייני גוים.

כתב הטי"ז המציל דהכא מיירי בדרך פיוס מן הגזלן, והוי שינוי רשות, והוא מוכח, דאל"כ האיד קונהו המציל מן הגזלן, והא בהדיא כתבו הטוש"ע בסימן שס"א/ו דאם בא אחר ונטלו מן הגזלן שלא ברצונו כאילו נטלו מבית בעלים, ואע"ג דכבר נתיאשו הבעלים חייב להחזירו כל זמן שהוא בעין, ודלא כב"ח שפירש בסימן שס"ט דהך המציל כו' מיירי שנטל בעל כרחו של הגזלן, ולא דק, דא"כ אין שינוי רשות וחייב להחזירו לבעלים הראשונים כיון דיאוש כדי לא קנה.

עמש"כ הרמב"ם והמחבר דהמציל מיד לסטים עובד כוכבים או מוכס עובד כוכבים חייב להחזיר שסתם הדבר שלא נתיאשו הבעלים, הקשה הסמ"ע (ג) דבסימן שס"ט/ה פסק את המשנה שם וכלשון הרמב"ם נטלו מוכסים כסותו או חמורו והחזירו לו אחרת ה"ז שלו מפני שזו כמכירה היא וחזקתה שנתיאשו הבעלים ממנה ואינו יודע בודאי שזו גזילה, ואיירי אפילו במוכס גוי, ועל הטור לק"מ שאף שגם הוא כתב שם האי דינא דמוכס שנתן ולא חילק בין מוכסן גוי למוכסן ישראל אע"ג דגם הוא ס"ל דבלסטים גוי אין הבעלים מתיאשים משום דדייני בגיותא וכדהכא די"ל דהוא ס"ל דבמוכסין מתיאשין הבעלים טפי כיון דכל מוכסן בא מתחילה ברשות ליקח מהבעלים מכסו ואף שנטל יותר מ"מ בקל יוכל להתנצל ולומר לא לקחתי יותר או ליתן טעם למה לקח יותר, משא"כ בלסטים דעלמא, אבל לרמב"ם והמחבר דמשוו לסטים גוי ומוכסן גוי וכתבו אשניהן שהבעלים אינם מתיאשים אליבייהו, וכתב ליישב דנראה דס"ל דודאי סתם נגזל מלסטים גוי או ממוכסן גוי אינו מיאש מטעם דגוים דייני בגיותא, ומה"ט המציל מהן צריך להחזירו, ודוקא בזה שנטלו המוכס ונתנו לאחר תחת כסותו דה"ל כמכירה, בזה קאמר דנתיאשו הבעלים ממנה, דכיון דרואה דה"ל כאילו כבר נמכר ויצא מתחת יד המוכס, אזי מיאש נפשו מלהדר אחר כסותו או חמורו זה שהן ביד זה שקיבל מהמוכס, ודעתו להעמיד המוכס בדין על דמי הטלית, והרמב"ם לטעמיה דס"ל דיאוש ושינוי רשות קונים אפילו הוי היאוש אחר שינוי רשות, והטור דס"ל בסימן שני"ג כדעת ר"י והרא"ש דבעינן שיהיה היאוש קודם שינוי הרשות, אליבייהו לק"מ כנ"ל.

סימן שסט – אסור לקנות מגזלן ולסטים וליהנות מממונם ודינא דמלכותא כיצד

סעיף א

ע"פ משנה ב"ק קיג. וגמ' פסק בשו"ע "אסור לקנות דבר הגזול מהגזלן, ואסור לסעדו על שינויו כדי שיקנהו, שכל העושה דברים אלו וכיוצא בהם מחזיק ידי עוברי עבירה ועובר על ולפני עור לא תתן מכשול (רמב"ם -) והלוקח ממנו מטלטלין דינו כלוקח מהגנב, שנתבאר בסימן שני"ו (לענין אם נעשה בו תקנת השוק או לא ואם יש חילוק בין גנב מפורסם או לא עיין בסימן שנו"ב, סמ"ע) – וכן עיקר דלא כרשב"א וריב"ש (וה"ה בשם י"מ) דבגזלן אע"פ שאינו מפורסם לא עשו בו תקנת השוק דקול יוצא לגזלה וה"ל כגנב מפורסם, ב"י בשם ה"ה וש"ך (א).

סעיף ב

כתב השו"ע כלשון הרמב"ם "אסור ליהנות בדבר הגזול ואפילו לאחר יאוש והוא שידע בודאי שדבר זה הוא הגזילה עצמה (ה"ה): זה פשוט דיאוש כדי לא קני בסוכה ל' ע"ב. טור: "ואין נראה כן מהא דב"ק קי"ג דאמר שמואל דינא דמלכותא דינא תדע דקטלי דקלי וגשרי גשורי ועברין עליהו ואי לאו דינא היכי עברין ופריך אביי ודילמא משום דאיאוש מרייהו אלמא לאחר יאוש שרי". ב"י: התם שאני משום דאיכא יאוש ושינוי רשות שנמסר לרבים וכן הדין שכל זמן שיש בדבר יאוש ושינוי רשות מותר ליהנות בו). כיצד, ידע שבהמה זו גזולה, אסור לרכוב עליה או לחרוש בה, (ב"ק קי"ז -) גזל בית או שדה אסור לעבור בתוכה או ליכנס בה בחמה מפני החמה ובגשמים מפני הגשמים (ב"ק כ"א -) ואם דר בה חייב להעלות שכר לבעלים אם היתה עשויה לשכר. (ב"ק קי"ג -) גזל דקלים ועשה מהם גשר אסור לעבור עליו וכן כל כיוצא בזה (אע"ג דשינוי מעשים בלבד קונה זה שינוי החוזר לברייתו, ה"ה) {מיהו אם מסרו לרבים מותר ליהנות ממנו דהא הוי יאוש עם שינוי רשות (ה"ה), כלומר אף במקום דלית ביה דינא דמלכותא דינא מותר, סמ"ע)}, אבל מלך שכרת אילנות של בעלי בתים ועשה מהם גשר, מותר לעבור עליו, אפילו שצוה המלך לעבדיו לכרות מכל אחד ואחד דבר ידוע, והלכו הם וכרתו הכל מאחד

מותר, וכן אם הרס בתים ועשה דרך או חומה מותר ליהנות בה וכן כל כיוצא בזה, שדין המלך דין, והוא שיהא מטבעו יוצא באותם הארצות, שהרי הסכימו עליו בני אותה הארץ וסמכה דעתם שהוא אדוניהם והם לו עבדים, שאם לא כן הרי הוא כגזלן בעל זרוע".

סעיף ג

ב"ק קיט. "איתמר גזלן מאימת מותר לקנות הימנו רב אמר עד שתהא רוב משלו ושמואל אמר אפילו מיעוט שלו"

ע"פ שמואל וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "אסור ליהנות מהגזלן {שהוחזק ממונו שבא בגזילה}, ואם היה מיעוט שלו אע"פ שרוב ממונו גזול מותר ליהנות ממנו, עד שידע בודאי שדבר זה גזול בידו" ודלא כר"ח שפסק כרב שאסור עד שיהא רוב ממונו שאינו גזול.

כתב הסמ"ע (ה) דהא דבסימן שני"ח פסקו הרמב"ם והטושי"ע דאסור לקנות מהגנב דבר שרובו בחזקת גנוב, יש לחלק דברועים ואינך דהתם הן בחזקת גנבים, ומסתמא כל מה שבידם הוא בחזקת גנוב כי כל מלאכתן בזה, אלא שיש מיעוט רועים שאינן גנבים כלל, ותלינן לזה שבא לקנות ממנו ברוב, משא"כ כאן דמייירי בידוע בו שיש בידו של זה מיעוט ממון שאינו גזול, ובבאה"ג תירץ "החילוק הוא בין רוב דבר ובין רוב ממון, דרוב הדבר אסור וברוב הממון מותר".

סעיף ד

ע"פ משנה ב"ק קיג. פסק בשו"ע "בני אדם שחזקתם גזלנים וחזקת כל ממונם גזל מפני שמלאכתם מלאכת גזלנים, כגון המוכסים והלסטטים, אסור ליהנות מהם, שחזקת מלאכה זו שהיא גזל, ואין מצרפים דינרים מהתיבה שלהם, שהכל בחזקת גזילה, אבל ממה שיש לו בבית או בשוק שלא בתיבת המוכסים, מותר לצרף, ואפילו מתיבתו, אם הוא חייב לתת לו חצי דינר ואין לו אלא דינר, נותנו לו ולוקח ממנו חצי דינר אפילו מתיבת המוכסין, מפני שהוא כמציל מידו". כתב הב"י דנראה לומר שלא התירו ליקח מתוך ביתו או מן השוק אלא מעות לפי שאין חוששין להם משום גזל אלא בנוטלם מתוך תיבה המיוחדת להטיל בתוכה מעות המכס, אבל דבר של מאכל אפילו מתוך ביתו אסור לפי שחזקתן של מוכסנין שהם ועבדיהם גוזלים כל דבר מאכל מבני אדם ואין מוחה בידם מיראתם מהם, וזהו שסיים הרמב"ם שחזקת מאכל זה שהוא גזול, ועי"ל דס"ל לרמב"ם דלא התירו לפרוט מהם מתוך ביתו או מן השוק אלא משום דאינו נהנה מהגזל ממש שהרי אינו נותן לו המעות במתנה שהרי הוא נוטל דינר תחתיהם הילכך כל שאינו מהתיבה המיוחדת לכך שרי אבל ליהנות מהם ממש בלי נתנית דבר חילופו אפילו מתוך ביתו או מן השוק אסור, והסמ"ע (ו) כתב דזה אינו, והוסיף (ז) ע"פ לשון הרמב"ם דדוקא בצירוף שאין לו הנאה כל כך יש חילוק בין מהתיבה שלהן שהוא ממעות המכס בעצמו דאסור, ובין צירוף שיש לו ממעות שבביתו דמותר, אבל בשאר הנאות גדולות כתב לפני זה דאפילו ממה שיש לו בבית אסור ליהנות מהן.

סעיף ה

ע"פ משנה ב"ק קיד. וגמ' וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "נטלו מוכסין כסותו והחזירו לו אחרת הרי אלו שלו מפני שזו כמכירה היא וחזקתה שנתיאשו הבעלים ממנה ואינו יודע בודאי שזו גזילה, ואם היה ותיק ומחמיר על עצמו, מחזירו לבעלים הראשונים {ובידוע שלא נתיאשו הבעלים צריך להחזירו לבעלים בחנם (מרדכי)}".

ביאר הב"י דפסק הרמב"ם כלישנא בתרא דאתי כסתם מתניתין הרי אלו שלו מדינא, ואע"ג דבעלמא קיימא לן יאוש כדי לא קני ואף על גב דכי אתא לידיה הוה ליה יאוש ושינוי רשות מ"מ באיסורא אתא לידיה, הכא שאני שהיא כמכירה שהרי לא נתנה לו בחנם אלא תמורת חמורו ונמצא שאינו נהנה מן הגזילה ואינו יודע בודאי שזו גזילה כלומר דבשעה שנתנוה לו לא ידע שהיא גזילה ואע"פ שחזקתה גזילה בסתמא וגם אח"כ ידע שהיא גזילה וכדקתני מחזיר לבעלים הראשונים, מכל מקום כיון דבשעה שנתנוה לו לא ידע שהיא גזילה וגם אינו נהנה ממנה שהרי תמורת חמורו נתנוה לו לא אמרינן באיסורא אתא לידיה וכיון דאיכא יאוש ושינוי רשות הרי אלו שלו מדינא, ואם בא להחמיר על עצמו שלא לסמוך

על דברים הללו וכיון דאיגלאי מילתא שגזילה היתה חשיב ליה דבאיסורא אתא לידיה ומשום הכי רוצה להחזיר יחזיר לבעלים הראשונים ולא למוכס.

עמשי"כ המחבר י'אינו יודע בודאי שזו גזולה' כתב הסמ"ע (ח) דכ"כ הרמב"ם ואזיל לשיטתו דס"ל אם ידע הלוקח שגזילה היא היה צריך הלוקח ליתן לנגזל דמי שויה כבכל שינוי רשות ויאוש דאף דקנה הלוקח מ"מ צריך ליתן הדמים וכמחבר בסימן שנו"ג ושס"א/ד, ותמה על הרמ"א שלא הגיה כאן שלדעת י"א שהזכיר בסימן שני"ו דהם ר"י והרא"ש דאפילו ידע הלוקח שזו ודאי גזולה אפילו הכי הוא שלו, וכתב דנראה שהרמ"א אזיל בשיטת הב"י שמטעם אחר כתב הרמב"ם דמיירי שאינו יודע שזו גזילה ע"פ סוגיא דדף קי"ד וכנ"ל ומשו"ה סתם הכא, וזה אינו.

כתב ה**הנתיבות** (א) דלכתחילה נראה שאינו רשאי ליקח ממנו האחרת אף שהוא כמציל מידם כיון שעדיין לא קנאו הגזלן, רק שהלוקח תמורת חמורו יקנה אותו בשינוי רשות, ואסור לסעדו על שינויו כמבואר בסעי' א', ובשעת הצלה מידם מציל עצמו בממון חברו, אם לא שדעתו להחזירו לבעלים הראשונים והבעלים יתנו לו כפי מה שנהגו כמבואר בסימן רל"ח.

סעיף ו

ע"פ **ב"ק קיג. ונדרים כח.** וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "בד"א שהמוכס כלסטים בזמן שהמוכס עכו"ם (ה"ה): ס"ל כשהמוכס עכו"ם אע"פ שהוא עומד מחמת המלך מסתמא הרי הוא כמוכס שאין לו קצבה שסתמו יותר מן הדין הוא נוטל וכך פירש אוקימתא בתרייתא דר' אשי במוכס עכו"ם אסקינן אף אמתניתין ולא פליגא אשאר אוקימתו, ולא כן פירשו שאר מפרשים) או מוכס העומד מאליו, או מוכס העומד מחמת המלך ואין לו קצבה אלא לוקח מה שירצה, אבל מוכס שפסקו המלך ליטול דבר קצוב { ואפילו צוה שישאל יתן יותר מעובד כוכבים מכל מקום מקרי דבר קצוב לכל איש (מהרי"ק) } והעמיד מוכס ישראל לגבותו למלך, ונדע שאדם זה נאמן ואינו מוסיף כלום על מה שגזר המלך, אינו בחזקת גזלן, משום דדינא דמלכותא דינא, ולא עוד אלא שהמבריה ממכס זה עובר [על לא תגזול] מפני שהוא גוזל מנת המלך, בין שהיה מלך ישראל בין שהיה מלך עובד כוכבים, (תוס' ר"ן ועוד -) וכן אם ישראל קנה המכס מהמלך המבריה עצמו הרי זה גוזל ישראל שקנאו { וי"א (ב"י) דאפילו ידוע דהישראל לוקח יותר מן הקצבה מ"מ אסור להבריה ממנו דבר הקצוב דהוי כגוזל מן הגזלן דאסור (היינו דאמרינן בברכות ה' דאמרי אינשי בתר גנבא גנוב וטעמא טעים) } אבל אם קנאו עכו"ם מותר משום דהוי כהפקעת הלוואתו דשרי במקום דליכא חלול השם { וי"א (ר"ן) דאפילו המוכס ישראל אם לא קנאו לעצמו רק גובה למלך עכו"ם, אע"ג דאסור להבריה מכח דינא דמלכותא, מ"מ אם אדם מבריה אין למוכס לכופף אותו ליתן, דהוי כהפקעת הלוואתו דשרי, מיהו אם יש בזה משום יראת המלך, ודאי יכול לכופף אותו }".

על דברי הרמ"א ע"פ הב"י כתב הסמ"ע (י) דנראה דבמקום שהמוכסין מאמינים לסוחרים במה שאומרים לפניהם אזי מותר לשנות באופן שלא יפסידו, דהיינו דרך משל אם יש להן מ' אמות בגד, ומן הדין אין להם ליתן מהם מכס אלא ל' גדולים, מותר לשנות ולומר למוכס שאין להן אלא ל' אמות ולא יתנו לו אלא ל' גדולים, ומשו"ה נמי דקדק המחבר 'דבר הקצוב' הא המותר מותר להבריה, והקצות (א) כתב דבכה"ג דהרמ"א רשאי אף להבריה והוכיח כן מדברי הטור ביו"ד רל"ב, דכל שנוטל יותר ממה שהמלך חפץ הוי כולו גזל כיון דאין לו אלא בדינא דמלכותא דינא וכיון דנוטל יותר אין המלך חפץ בזה כלל והו"ל כולו גזל וכאילו המוכס עמד מאליו.

סעיף ז

כלשון הרמב"ם ע"פ **ב"ק קיג.** פסק בשו"ע "וכן מלך ששם מס על בני העיר או על כל איש ואיש, דבר קצוב משנה לשנה או על כל שדה ושדה דבר קצוב, או שגזר שכל מי שיעבור על דבר זה ילקחו כל נכסיו לבית המלך, (בגמ' -) או כל מי שימצא בשדה בשעת הגורן הוא יתן המס שעליה בין שהיה הוא בעל השדה בין שאינו בעל השדה וכל כיוצא בדברים אלו, אינו גזל, וישראל שגבה אותם למלך אינו בחזקת גזלן והרי הוא כשר, והוא שלא יוסיף ולא ישנה ולא יקח לעצמו כלום" **ודלא כרמ"ה בטור** (גר"א) הסובר דאפילו הוא מטיל על כל בני המדינה אם דבר חדש הוא שמוסיף על קצבתו שהורגלו ליתן בכל שנה ושנה שלא מדין לאו דינא הוא, ודעת הרא"ש כרמב"ם.

כתב **הסמ"ע** (יא) דכתב הטור דגם המס שיש לו לגבות מבעלי השדות אפילו לא נשאר שם רק אחד וגבה ממנו בשביל כולם אינו גזל, לפי שאין עליו לטרוח לגבות מעט מעט מכל אחד ואחד, וזה שנטלו ממנו יגבה מכל בעלי השדות מכל אחד חלקו (וכתבו הרמ"א בסוף סעי' י'), ובד"א בבעלי השדות, אבל האריס אין להן למשכנו בשביל בעלי השדות, וביאר הסמ"ע דהטעם מפורש בגמרא בע"ב דכיון דאין לאריס חלק בגוף הקרקע אין עליו לפרוע חלק בעל הבית, ומזה יש ללמוד דמש"כ הרמב"ם והמחבר 'בין שאינו בעל השדה' דר"ל שאינו בעל השדה זו כי אם בעל שדה שבצידה, אבל מ"מ יש לו חלק ג"כ בגוף השדה, משו"ה פורע בשביל האחרים מן דינא דמלכותא, משא"כ כשאין לו חלק בקרקע כלל דאז לא גרע מאריס דאין גובין ממנו.

< על הגמ' "אמר רבא בר מתא אבר מתא מעבט והני מילי דברלא וכרגא דהאי שתא אבל שתא דחליף הואיל ואפייס מלכא חליף", כתב הנ"י בשם הר"ש דאתא לאשמועינן דדינא דמלכותא הוא שאם עברה השנה ולא הספיקו עבדי המלך לגבות את המס שפטורים כל אותם שלא פרעו באותה שנה דאם היה דינא דמלכותא שייגבה המלך בשנה זו מס של שנה שעברה אף הקונה ממנו קנה כל זכות שהיה למלך בו ואף על פי שפרע הגבאי למלך משלו לא הפסיד דינו, וכתב הב"י דאין נראה כן מדברי רש"י וגם לא מלישנא דגמרא, ובש"ך (ד) כתב דדעת הרש"ל כנ"י.

סעיף ה

עוד ע"פ שם וסנהדרין מח: דהרוגי מלכות נכסיהן למלך וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "וכן מלך שכעס על אחד מעבדיו ושמשיו מבני המדינה ולקח שדהו או חצירו אינו גזל ומותר ליהנות בה, והלוקחה מהמלך הרי היא שלו, ואין הבעלים מוציאים אותה מידו, אבל מלך שלקח שדה או חצר של אחד מבני המדינה שלא בדינים שחקק, הרי זה גזלן והלוקח ממנו מוציאים הבעלים מידו (דגזלנותא דמלכותא לאו דינא). כללו של דבר, כל דין שיחקוק אותו המלך לכל ולא יהיה לאדם אחד בפני עצמו אינו גזל, וכל שיקח מאיש זה בלבד, שלא כדת הידוע לכל, אלא חמס את זה, הרי זה גזל { ואם המלך חקק לבעל אומנות אחד, כגון שחקק למלוה בריבית איזה דבר, י"א דלא אמרינן ביה דינא דמלכותא דינא, הואיל ואינו חקוק לכל (מהרי"ק). י"א דלא אמרינן דינא דמלכותא דינא אלא במסים ומכסים התלוים בקרקע כי המלך גוזר שלא ידורו בארצו כי אם בדרך זה אבל בשאר דברים לא (רא"ש בנדרים בשם הר"מ ומרדכי, שהארץ היא מיוחדת שהיא של המלך וכל אדם יכול לעשות בשלו מה שירצה ואף הדיוט שיש לו קרקע כך דינו שלא יהנה אדם מארצו שלא מדעתו וקצבתו, שם ובסמ"ע), ויש חולקין וס"ל דאמרינן בכל דבר דינא דמלכותא דינא (תה"ד, וראה לקמן סעי' י"א), ולכן המלוה על המשכון יכול למכרו אחר שנה, הואיל וכן דינא דמלכותא (ר"י בר פרץ), וכן הוא עיקר, וכמו שנתבאר לעיל סימן שני"ו סעי' ז"י.

עמש"כ המחבר בסיפא וכל שיקח מאיש זה בלבד וכו' הרי זה גזל, כתב הפת"ש (א) בשם השב"י שכתב בתחילה דלכאורה ה"ה לענין ויתור אם מותר שר לאחד המס שלא כדת יהיה ג"כ בכלל גזל דעי"ז מכביד על אחרים ונתינתו כנטילתו, אך באמת זה אינו, דהרי בלא"ה דברי הרמב"ם והשו"ע סותרים למש"כ מקודם דשר שכעס על אחד מעבדיו ולקח שדהו אינו גזל, וע"כ צ"ל הא דאינו גזל היינו דוקא כשכעס עליו, ומסתמא הוא מחמת איזה מרד וזהו חק המלך ליקח ממון המורד, וא"כ ה"ה להיפך אם אוהב לאחד ופטר מן המס, בודאי אי לאו דעביד ליה ניחא לא היה פוטרו, וזהו ג"כ מדין מלכות.

סעיפים ט - י

ע"פ ב"ב נה. גבי זהרורי זבני ארעא לטסקא וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "לפיכך גבאי המלך ושוטריו שמוכרים השדות במס הקצובה על השדות, ממכרן ממכר, אבל מס שעל כל איש ואיש, אינו גובה אלא מן האדם עצמו, ואם מכרו השדה במס שעל הראש, הרי זה אינו ממכר א"כ היה דין המלך כך { וע"ל סימן ס"ח מדינא דמלכותא, גם בסי' ק"ד סעיף ב' מדין זה } (י) מלך שהיו דיניו שכל שלא יתן המס שעל השדה תהיה השדה לנותן המס (כלומר בימיהן היו גוף השדות למלך וישראל וגוים היה מנהגם להחזיק בהן לחרוש ולזורען, ונותנין כל שנה חוק קצוב מס ממנו למלך, סמ"ע) (וה"ה אם נתן במתנה לישראל ויש לו עדים וראיה שנתנו לו, ש"ך, ובנתיבות ג' הקשה מדוע צריך ראיה הא קי"ל דגוי המוכר שט"ח לישראל נקנה במסירה בלבד), וברח בעל השדה מפני המס ובא זה ונתן מס שעליה למלך ואכל פירותיה אין זה גזל (ואפילו לקחו הגזבר ונתנו לאחר שיהיה בידו לעולם אין זה גזל דמאחר דגופו של השדה הוא של מלך ולא בא ליד זה כי אם עבור המס והרי לא נתן המס וכאילו לא בא לידו דמי, דרכ"מ

וסמ"ע), אלא אוכל פירות ונותן המס עד שיחזרו הבעלים, שדין המלך דין הוא, כמו שאמרנו {וכן הוא חוק המלך שכל מי שימצא בשדה יתן בעד בני הבקעה והוא יחזור ויגבה מהם או שיכול לגבות מס השנה מאחר (טור) ע"פ ב"ק קיג: , וכבר כבר כתבו ג"כ המחבר בסעי' ז' אלא שלא ביאר שם דהוא יחזור ויגבה, סמ"ע}."

[בהקשר למס שעל כל איש ואיש בסעי' ט', כתב הקצות (ב) דבמס אפילו פרע מעצמו צריך לפרוע מה שפרע בשבילו להחזיר לו ואפילו לדעת החולקין בסימן ק"ל בערב וס"ל דבפרוע מעצמו א"צ להחזיר, כיון דבני מתא ע"כ ערבון הן ועוד דשותפי נינהו באותו מס והו"ל כשותפין שלוו ורשאי אחד לפרוע עבור חבירו ומחויב להחזיר לו חלקו, וכן הסכים הנת"ב (ב) דכיון דדינא דמלכותא הוא שא"צ לתבוע החייב מתחילה ויכול לתבוע לכל אחד בעד חבירו בתחילה, דינו כקבלן שאם שילם שחייב להחזיר לו].

סעיף יא

ע"פ ב"מ עג: דארעא לטסקא משעבדא ויבמות מו. פסק בשו"ע "וכן מלך שגזר שכל מי שיתן מס הקצוב על האיש ישתעבד בזה שלא נתן, ובא ישראל ונתן המס שעל ישראל זה העני, הרי זה עובד בו יותר מדאי, שדין המלך דין, אבל אינו עובד בו כעבד (ר"ל דלא יעבוד בו עבודת עבד כנעני דהיינו להוליך אחריו כליו לבית המרחץ או לחלוץ מנעליו, ואף שבישראל שלא נמכר לע"ע מותר להשתעבד בו אפילו בכאלו וכמ"ש הרמב"ם בעבדים, ומטעם דלא אסרה התורה שעבוד זה אלא בעבד עברי מפני שנפשם שפילה, ה"נ כיון דמדינא דמלכותא הרשות נתונה להשתעבד בהם דינו כעבד עברי ואסור להשתעבד בהן עבודת עבד כנעני", וכתב הסמ"ע (יט) המשך דברי הרמב"ם והטור דבד"א במלך שטבעו יוצא באותן ארצות והסכימו עליו שהוא אדוניהן ועובדים לו, אבל אם אין טבעו יוצא הרי הוא כגזלן בעל זרוע לכל דבר הוא ועבדיו.

כתב הרמ"א "תשובת הרא"ש -) ישראל שהיה חייב לעכו"ם והעכו"ם מכר השטר לישראל, אע"פ שאסור לדון עם ישראל חבירו בפני עכו"ם, ואע"פ שבא מכח עכו"ם, מ"מ דיני ישראל יפסקו לישראל זה מה שהיה שהעכו"ם מרויח לפני דיני עובד כוכבים, הואיל וישראל זה בא מכחו הרי הוא כמוהו בכל מה שהיה יכול לזכות לפני דיני עובדי כוכבים שהוא דינא דמלכותא. (תשובת הרשב"א בב"י סימן כ"ו -) הנושא אשה במקום שדיני עובדי כוכבים, ומתה אשתו, לא יוכל אבי אשתו או שאר יורשיה לומר כל הנושא אשה על דעת המנהג הוא נושא ונדון הדבר בדיני עובדי כוכבים דאם מתה לא יורשה בעלה או כדומה לזה וליכא בזה משום דינא דמלכותא (ולא דמי לרמ"א בסימן רמח/א ע"פ הריב"ש דפסק שנלך אחר מקום שנעשתה בו הצואה וידונו בדיני גוים דשאני התם כיון דהמצוה מת באותו מקום שדיני בדיני גוים ועשה צואה סתם ואחריו לפלוני, אמרינן דודאי דעתו היה כמו שמורגל בפי הבריות דמפרשים ואחריו לפלוני כפשוטו ואפילו אם הראשון ראוי לירש, סמ"ע), דלא אמרינן דינא דמלכותא אלא בדבר שיש בו הנאה למלך או שהוא לתקנת בני המדינה, אבל לא שידונו בדיני עובדי כוכבים, דאם כן בטלו כל דיני ישראל (מהרי"ק) - כתב הסמ"ע (כא) דבדרכ"מ הביא לשון הרשב"א קצת בלשון אחר "דלא אמרינן דינא דמלכותא דינא אלא במה שהוא מדיני מלוכה אבל דינים שדנים בערכאות אין אלו ממשפט המלוכה אלא הערכאות דנין בעצמן כמו שמצאו בספרי דייניהן שאם אי אתה אומר כן ביטלתם ח"ו דיני ישראל", ועוד הביא הדרכ"מ לפני זה דעת מהרי"ק ומרדכי וכתב שכולם שוים בזה, ר"ל דאפילו אם גזר המלך בהדיא לילך בתר דיני הערכאות דאין על דיני ישראל לקיים זה מכח זה דעלינו לקיים מן הדין דינא דמלכותא, דעל כזה לא אמרו, אלא על דברים שהן מחוקי המלוכה, ולפי"ז צ"ל דגם מש"כ הרמ"א בסעי' ח' "ויש חולקין וס"ל דבכל דבר אמרינן דמד"ד" וכו' ג"כ כונתו למש"כ הרשב"א הנ"ל, ומה שכתב בכל דבר, ר"ל אף שאינו ממסים וארנוניות.

[כתב הפת"ש (ג) דבתשובת חת"ס צידד השואל בנידון גבי בעל שנתן בית לאשתו וכתב בערכאות של עובדי כוכבים על שמה, וכשמתה עשתה צואה בערכאות של עובדי כוכבים וסילקה בעלה מירושתו וחילקה נכסיה ליורשיה, דדעתו לקיים הצואה דלא דמי לרשב"א והרמ"א דבנידון זה אישתני למעליותא בתלת מילי, חדא כיון דהבעל בעצמו כתב לה הבית על שמה בערכאות של עובדי כוכבים א"כ אדינהו סמ"ד בכל דיניהם, ב' כיון שיורשי האשה כבר מוחזקים דהרי בעל הערכי כתב הנכסים בפנקסו על שם יורשי האשה, וג' כיון דחק המדינה היא מי שמת בלא בנים נוטל המלך כחלק אחד מן היורשים א"כ יש למלך יד בענין זה ודינא דמלכותא דינא דאין בעל יורש אשתו אלא נוטל חלק כשאר יורשים,

והכא שהיא עשתה צואה להפקיע הבעל מכל וכל קיימת צואתה בדינא דמלכותא, והחת"ס האריך לשתור דבריו דאין שום ממש בכל הג' טענות הללו והבעל יועמד חי בחלקו כפי חקי ומשפטי התורה].

סימן שיע - דברים שהם גזל מדבריהם כגון מפריחי יונים והמשחקים בקוביא

סעיפים א - ג

[האם מותר להשתתף בהגרלות של מפעל הפיס?]

ע"פ משנה סנהדרין כד: וגמ' פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "יש דברים שאסרו חכמים משום גזל, והעובר עליהם הרי זה גזלן מדבריהם מפריחי יונים ומשחקים בקוביא. מפריחי יונים כיצד, לא יפריח אדם בתוך היישוב, שהרי לוקח ממון אחרים שלא כדין, מפני שמשלח זכר ויביא נקבה משובך אחר, או נקבה ותביא זכר, ולא יונים בלבד אלא כל העושה כזה בשאר עופות או חיה או בהמה הרי זה גזלן מדבריהם (סמ"ע: מפורש בגמ' דדוקא בהמה דשור הבר אמרו דאין בו אלא משום גזל מדבריהם דהוא כמין חיה והולך ביערים ומביא עמו דבר הפקר וקראו בהמה מפני דיש מ"ד שהוא מין בהמה לענין איסור חלב שבו, משא"כ שאר בהמות דאינן הולכות ליערים אלא בין שאר בהמות דיש להם בעלים ומה שמביאים עמהן יש בו משום גזל גמור). (ב) המשחקים בקוביא כיצד, אלו משחקים בעצים או בצרורות או בעצמות, ועושים תנאי ביניהם שכל הנוצח את חברו באותו שחוק יקח כך וכך, וכן המשחקים בבהמה או בחיה או בעופות ועושים תנאי שכל שתנצח בהמתו או תרוץ יותר יקח מחברו כך וכך, וכל כיוצא בדברים אלו, הכל אסור, וגזל מדבריהם הוא". (ג) יש מי שאומר (רמב"ם) שהמשחק בקוביא עם העכו"ם אין בו משום גזל, אבל יש בו איסור עוסק בדברים בטלים, שאין ראוי לאדם שיעסוק כל ימיו אלא בדברי חכמה ויישובו של עולם, וחלקו עליו (רא"ש), וכך נראה מדברי הר"ף שהביא דברי רב ששת והשמיט אוקימתא דרמי בר חמא, באה"ג) לומר שאינו פסול אא"כ אין לו אומנות אחרת } אבל אם יש לו אומנות אחרת, אפילו משחק עם ישראל אינו פסול, וע"ל סימן ר"ז סעיף י"ג, וכבר פשט המנהג כסברא האחרונה לשחוק בקוביא, ואין פסול אלא מי שאין לו אומנות אלא הוא. ואם שחק עמו באמנה אם חייב לשלם, ע"ל סימן ר"ז סעיף י"ג".

כתב הסמ"ע (ג-ד) בסעי' ב' דכן היא דעת הרמב"ם דמשחק בקוביא גזל מדבריהם, וביאר דאין טעמו משום דפסק כרמי בר חמא דאמר דיש בו אסמכתא, דאליביה הוה גזל גמור, אלא פסק ג"כ כרב ששת דאמר איסורו הוא משום דאינו יודע ביישובו של עולם אלא שפירש דבריו דכיון שאינו יודע ביישובו של עולם מסתמא אין לו ממון אלא מה שמרויח בשחוק זה, ושחוק זה אסרו חז"ל משום גזל דאינו מוחל לו שכנגדו בעין יפה אף על פי שאינו גזל גמור, וכל גזל דבריהם אינו פסול מחמתו אם לא שאוכל ממנו, ומטעם זה אף שיש לו מלאכה אלא שאינה מספקת לו לאכילתו ולשאר צרכיו וצריך לאכול ג"כ ממה שמרויח מהשחוק, ה"ז פסול, ודוקא במשחק עם ישראל, אבל עם גוי לא גזרו עליו רבנן כיון שאינו גזל גמור דהגוי לא מחשב זה לגזל אלא דעתו להקנותו למי שכנגדו בכה"ג, והחולקים עם הרמב"ם ס"ל דטעם פיסול משחק בקוביא ואינך הוא משום שכיון שאינו יודע ביישובו של עולם לידע כמה קשה הרווחת המעות על בני אדם ניקל בעיניו להעיד שקר, ומה"ט אף שיש לו ממון אחר ואינו אוכל מזה הוא פסול, ושם יש לו מלאכה אחרת אפילו כל שהוא שאינה מספקת, הואיל ויודע על ידה כמה קשה הרווחת הממון אינו מעיד שקר ואינו פסול לשום דבר, ודלא כב"י, ועל זה קאי "וחלקו עליו" דבסעי' ג' דקאי אמ"ש בסוף סעיף ב' "דאסור וגזל מדבריהם הוא", דאזה חלקו וס"ל דאינו פסול משום גזל דאז הוה פסול אפילו יש לו אומנות שאינו מספיק.

עמש"כ המחבר בסעי' א' דהוא גזל מדבריהם כתב רע"א ע"פ הרשב"א דאם נטלו אין מוציאין מידו וכדלעיל סימן ר"ע ומנכרי ליכא איסור כלל כה"ג.

ע"פ שיטת הרמב"ם והמחבר העלה ביבי"א (חוי"מ ז,ו) לאחר שהאריך בענין השתתפות בהגרלות "מסקנא דדינא שהספרדים ועדות המזרח אסור להם להשתתף בקניית כרטיסי מפעל הפיס, וכל שכן כרטיסי ספורט למיניהם שמשחקים בשבת ומחללים שבת בפרהסיא, ונמצא שהוא מסייע ידי עוברי עבירה, ואף לאשכנזים יש לאסור בזה", אולם בפסקי המשפט כתב שבשו"ת ישכיל עבדי (יו"ד ח,ה,ג) כתב שיש להתיר הגרלות מפעל הפיס בא"י אפילו למחבר, דדוקא לגבי משחק בקוביא שהוא ענין של

משחק שהמנצח לוקח את ממונו של המנוצח י"ל שהמפסיד אינו נותן הממון בלב שלם, משא"כ הגרלות מפעל הפיס שאוספים סכום גדול מכל המשתתפים ואינו משחק ביניהם ולא נחשב שאחד ניצח האחרים, י"ל שכל המשתתפים נותנים כלפם בלב שלם, וכן התיר בתשובות והנהגות (ד, שיא) שהגרלות הנהוגות בזמנינו אין איסור כיון שידוע מראש שכל אחד סיכויי לזכות קלושים ולא סמך דעתו שיזכה, וכע"ז כתב הרב אברהם שפירא זצ"ל (תחומין ה) "שחז"ל אסרו רק כשהפרס שעומד ליפול בגורלו של המשתתף בגורל מונח לפניו, ועל זה גופא מטיל גורל מי יקבל הכסף הזה, שכל אחד מהמשתתפים מניח משלו על שולחן הקוביא, כי אז יש ספק שכל אחד בטוח בלבו שכסף זה שלו המונח לפניו יוחזר לו עם תוספת הרווח, ועל כן בעומק לבו אינו מקנה בלב שלם וזה נשאר שלו" (וראה עוד סימן רז/ג). [ע"פ חלק מהסברות יש מקום לדון להתיר אף הימורים על משחקי ספורט ללא חילול שבת ומצאתי במרשתת תשובה של הרב ליאור שכתב להתיר הימורים על משחקים של גוים בשבת, וראה עוד במאמר של הרב ורהפטיג 'חוזה הגרלה והימור לפי ההלכה' שכתב "מותר גם לשחק במשחק שיש בו יסוד של מקרה ושל חכמה גם יחד כמו משחק בקוביא ומפריחי יונים ובלבד שיש לאדם המשחק אומנות אחרת שעוסק בה או לחילופין (רש"י) שהאדם אינו מתפרנס ממעות המשחק אף שאין לו אומנות אחרת (רמב"ם) עיי"ש].

סעיפים ד – ו

ע"פ משנה גיטין נט: וגמ' פסק בשו"ע "הפורש מצודה שאין לה בית קבול, וצד חיה או עוף או דגים ובא אחר ונטלה, הרי זה גזל מדבריהם {ואם יש לו בית קבול הרי זה גזל דאוי (טור ע"פ הגמ') (ה) עני המנקף בראש הזית זתים של שכחה, ונפלו לארץ, עד שלא נטלם בידו אם בא אחר ונטלם הרי זה גזל מדבריהם {ואם כבר באו לידו הרי זה גזל גמור ומוציאין מידו (רמב"ם)} (ו) (ע"פ ב"ק קיד: -) הגוזל נחיל דבורים או שמנעם מבעליו אם באו לרשותו הרי זה גזל מדבריהם (דקנין מדרבנן הם) – ועוד כתב הטור "לפיכך מי שיצא נחיל של דבורים שלו מרשותו לרשות חברו יכול בעל הנחיל ליכנס בתוך שדה של חברו... ואשה או קטן נאמנין לומר מכאן יצא נחיל זה והוא שיהו הבעלים מרדפין אחריהם וגם משיחין לפי תומן" – ובקצות (א) הקשה מדוע השמיטו הפוסקים מש"כ הריטב"א דדווקא שאומרים כן לאלתר וכדאיתא בירושלמי וגם באה"ע סימן יז/ג גבי במסיח לפי תומו דקטנים כתב הרמ"א ודוקא לאלתר כגון שאומרים עכשיו באנו מהספד פלוני, ותירץ דמבואר בשם האור זרוע בהא דבעינן לאלתר הוא מחלוקת ראב"ן וראב"י ושהראב"י מכשיר אפילו לאחר זמן ובשל תורה הלך אחר המחמיר, והכא א"כ כיון דאינו אלא ספיקא אמרינן ביה כל דאליס גבר.

סעיף ז

ע"פ גיטין סא. והרמב"ם פסק בשו"ע "כל מי שיש בידו גזל מדבריהם אינו יוצא מידו בדיינים" [וכתב בערך לחם דבבא לצאת ידי שמים חייב, והסתפק בנגזל שתפס האם מפקינן מידיה].

סימן שעא – קרקע אינה נגזלת אפילו נתייאשו הבעלים

סעיף א

מה הדין הקונה מגזלן ואח"כ באו הבעלים ודרשו את הגזילה בין לפני יאוש ובין לאחר יאוש? (ראה סימן שנו, ב) מה הדין בקרקע?

ע"פ משנה ב"ק קיז: (ועוד, עיין גר"א) וכת"ק פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "קרקע אינה נגזלת לעולם (ולא קנה ביאוש ושינוי רשות, סמ"ע) אלא ברשות בעליה עומדת, אפילו נמכרה לאלף, זה אחר זה ונתייאשו הבעלים, הרי זה חוזרת לנגזל בלא דמים, וכל מי שיצאה מתחת ידו, חוזר על זה שמכרה לו וחוזר המוכר השני על המוכר הראשון עד שיחזור הלוקח מהגזלן על הגזלן ויטול ממנו {וע"ל סימן רל"ו} אם לקחה מעובד כוכבים גזלן מה דינו?" ביאר הסמ"ע (א) דגם לית בקרקע משום תקנת השוק להחזיר לו דמיו, דתקנת השוק היא כדי שלא ימנע אדם מלקנות דבר בשוק מיראה שמא הוא גנוב או גזול ואין לעמוד עליו, משא"כ בקרקע דבקל יודע של מי היתה הקרקע [ובשער משפט (קצ, א) כתב

דהטעם שאין תקנת השוק בקרקע גזולה לא שייד תקנת השוק "היינו משום דקרקע קלא אית ליה וברשות בעליה עומדת".

כתב הש"ך (א) עמש"כ קרקע וכו' דה"ה עבדים שהוקשו לקרקעות וה"ה שטרות (ולדברי הקצות סק"א ראה שסג,א), וראה עוד עמש"כ בסימן שנו"ב בדין תקנת השוק בעבדים ובהמה ושם הש"ך הביא מחלוקת גבי עבדים.

עוד כתב הש"ך (ב) דמדובר אף דנתייאשו הבעלים מהקרקע, ואע"ג דדעת התוס' והרא"ש דיאוש מהני לקרקע כדאיתא בירושלמי מ"מ נמשכו הטושי"ע אחר דברי הרמב"ם משום דכן דעת "הש"ס שלנו" וכ"ד רש"י, רשב"ם, הגי' אשר"י ועוד. **הקצות** (א), הובא בהרחבה לעיל בסימן שס"ג דדן בשיטת הראב"ד דמועיל יאוש בעבדים) כתב שלמרות שאין יאוש גזילה בקרקעות וכד' משום שאינם נגזלים אבל מועיל בהם יאוש דאבידה כגון איבד שטר והתייאש ממנו, ובספר כפות תמרים כתב דקרקע אינו נקנה ביאוש אפילו שלא בתורת גזילה, וכגון שהלך מעיר ונתייאש מקרקעותיו וירדו בהם אחרים אחר יאוש לא קני דיאוש לא מהני בקרקע, וכתב הקצות דהיינו דוקא בקרקע דהארץ לעולם עומדת, אבל יאוש דעבדים אינו תליא בגזילה אלא יאוש דגזל.

הנתיבות (א) תמה מהיכי תיתי לא יועיל יאוש בקרקע דמה בכך שרחמנא מיעטיה מדין גזילה מ"מ יאוש נלמד מיאוש דאבידה כמבואר בב"ק ס"ו ומהיכי תיתי לא יועיל יאוש בעבדים וקרקעות ושטרות כיון דליכא מיעוט לו לענין יאוש, וכתב דלכן נראה דהטעם בהא דאין יאוש לקרקע ע"פ הרמב"ם במלחמות גבי הא דאמר רבא נטלה על מנת לגזלה דיאוש לא מהני רק בדבר שאינו ברשותו ולכך יאוש שלא מדעת לא מהני דכיון שהגיע לידו קודם יאוש נעשה שומר אבידה והוי כשומר של בעלים וכמונח ברשות בעלים דלא מהני יאוש, ולפ"ז הכא כיון דאין ידוע לשום אחד מהבעלים ממילא אינו יכול להוציא בדיונין ומהני היאוש, וכיון דמשכחת יאוש דמהני כשאינו יכול להוציאו בדיונין משום הכי מהני בקרקע יאוש לחודיה בלא שינוי רשות, דהא דיאוש לא קני אמרו בב"ק ס"ו משום דבאיסורא אתי לדידה וכבר נתחייב בהשבה, ולפ"ז בקרקע דאינה נגזלת ולא מתחייב בהשבה, דמהאי טעמא נטלה מסיקין או שטפה נהר פטור כמבואר בב"ק קט"ז מהני יאוש לחודיה כמו באבידה, ומכל שכן בזכה בו אחר דודאי קנה, ולפ"ז עדיף קרקע ממטלטלין, דבמטלטלין בעינן שינוי רשות מדעת הגזלן משא"כ בקרקע כל המחזיק אחר יאוש קנה כיון שא"צ לגזלן, וכן בעבדים דאבידה מהני יאוש כדמוכח בגיטין ל"ז בסוגיא דעבד שנשבה וכן בגזילה מהני יאוש גרידא כיון דאינו מחוייב בהשבה, וכן בשטרות דאבידה מהני יאוש למקני גוף השטר.

סעיף ב

ע"פ ב"ק ק"ז. וגמ' פסק בשו"ע "לפיכך אם אירע בה קלקול הבא מאיליו כגון ששטפה נהר, אין אחריות ההפסד על הגזלן, שבחזקת בעליה עומדת ואומר לו הרי שלך לפניך (ב"מ יד: -) אבל אם הפסידה הגזלן בידו כגון שחפר בה בורות שיחין ומערות, או שקצץ את האילנות ושחת את המעיינות והרס את הבנין, חייב להעמיד לו בית או שדה כמו שהיו בשעת הגזילה, או ישלם דמי מה שהפסיד {וכשם שהקרקע בחזקת הנגזל שיכול לומר הרי שלך לפניך, כן הוא ברשותו לטובתו, דאע"ג דלגבי מטלטלין אינו משלם אלא כשעת גזילה, גבי קרקע אינו כן, אלא אם נשתמש ואכל פירותיה צריך לשלם מה שנהנה ממנה (טור, או דר בבית או השכירה ולקח השכר וכה"ג צריך לשלם מה שנהנה ממנה, ש"ך)"}."

סעיפים ג - ד

ע"פ משנה ב"ק קטז: וגמ' (וכלישנא בתרא) פסק בשו"ע "גזל שדה ונטלוה מציקין בכח המלך, אם מכת מדינה היא כגון שלקח המלך שדות או בתים של כל אנשי המדינה אומר לו הרי שלך לפניך, ואם מחמת הגזלן נלקחה (כגון שאנסו כל קרקעותיו וזו בכללן, ה"ה), חייב להעמיד לו שדה אחרת. (ד) אנס המלך את הגזלן ואמר לו הראה לנו את כל מה שיש לך, והראהו שדה זו שגזל בכלל שדותיו ונטלה המלך, חייב להעמיד לו שדה אחרת כמותה או נותן דמיה (דפשע באשר הראה לו גם את זו, כיון דהמלך לא אנסו אלא להראות את שלו, סמ"ע, וכתב הש"ך דדין זה קנס מדרבנן ונפק"מ לענין שאם מת לא קנסו בנו אחריו)".

סימן שעב - גזלן שהפסיד השדה ואכל פירות כיצד גובה אותם הנגזל

סעיפים א - ג

ע"פ ב"מ יד: פסק בשו"ע כלשון הטור "גזל קרקע והפסידה בידו או שאכל פירותיה, כשבעל השדה גובה דמי מה שהפסיד הגזלן או דמי פירות שאכל גובה מנכסים בני חורין, מפני שהיא כמלוה על פה, ואם עמד הגזלן בדין ונתחייב לשלם ואחר כך מכר, גובה מנכסים משועבדים, ואם לא עמד בדין אלא על אחד מהם אינו מועיל לשני להיות טורף ממשעבדי. (ב) והוא הדין אם גזלוהו מהגזלן מחמתו (כה"ג דסימן הקודם), שחייב להעמיד לו שדה, אם עמד בדין ואחר כך מכר, גובה הנגזל ממה שמכר. (ג) גזל שדה והשביחה, והנגזל בא לטורפה, שמין לו וידו על התחתונה, אם השבח יתר על ההוצאה נוטל ההוצאה בלבד מהנגזל, ואם ההוצאה יתירה על השבח אין לו מההוצאה אלא שיעור השבח".

עמש"כ הטוש"ע בסעי' א' ימפני שהיא כמלוה על פה' כתב הסמ"ע (ב-ג) דיש מפרשים דכתבו כן ללמדנו דאע"פ דהוא מלוה הכתובה בתורה שכל גזלן מחויב לשלם כל מה שהפסיד, אפ"ה אינו גובה אלא מנכסים בני חורין כיון דאין לו קול כמה הפסיד וכמה פירות אכל, אבל זה אינו, דא"כ הו"ל למימר כן גם בגזל מטלטלי, אלא כתבו כן ללמדנו דאע"פ דגזילת קרקע גופא יש לה קול מ"מ הפסד פירותיה אין לו קול וכמלוה על פה דמי, ואם עמד הגזלן וכו' כלומר דמעשה ב"ד יש לו קול.

סימן שעג - דין מכרה הגזלן והשביח הלוקח מה דינו של לוקח עם הגזלן

סעיף א

ע"פ ב"מ טו: וכפירוש הרי"ף והרמב"ם פסק בשו"ע "גזל שדה ומכרה והשביחה הלוקח, אם השבח יותר על ההוצאה נוטל ההוצאה מבעל השדה (דהלכתא יש לו מעות ויש לו שבח) {וי"א (ראב"ד) אפילו לא היתה עדיפא מבשעה שגזלה כגון שהכסיפה הגזלן (ואח"כ מכרה ללוקח זה והשביחה הלוקח עד שחזרה להיות כמו שהיתה בשעת הגזילה, סמ"ע) אפילו הכי נוטל היציאה מהנגזל, ויש חולקין (רש"י, כיון דאם נשאר בידו לא היה צריך להוצאה זו נמצא דהוצאה זו דין הוצאה היתירה על השבח יש לו עליו, סמ"ע) { והקרן עם שאר השבח נוטל מהגזלן. (הלכתא כרב -) הקרן גובה מנכסים משועבדים ושאר השבח מנכסים בני חורין. (פלוגתא דרב ושמואל ופסק רבא כרב דשבח אין לו ומעות יש לו -) ואם הכיר בה שהיא גזולה כשלקחה, אינו נוטל מהגזלן אלא הקרן בלבד (כיון דידע הלוקח בשעה שלקחה דגזולה היתה, לא נתן לו הדמים בשבילה בתורת מקח אלא בהלואה, ואם היה נוטל יותר ממה שנתן לו היה מחזי כריבית, טור וסמ"ע) ומפסיד שאר השבח היתר על ההוצאה, (רי"ף -) היתה ההוצאה יתירה על השבח, בין שהכיר בה שהיתה גזולה בין שלא הכיר, אין לו מההוצאה אלא שיעור השבח ונוטלו מבעל השדה (דכיון דהוציא דמי ההוצאה נוסף על דמי הקרן לא מחזי ריבית במה שחוזר ולוקח כמה שהוציא וכדמסיק המחבר, טור וסמ"ע) {וי"א (רא"ש) דהואיל וידע שאינו שלו הפסיד אפילו ההוצאה, וי"א (רמ"ה) דאם קבל אחריות בהדיא צריך ליתן כפי מה שקבל עליו (היינו דוקא כשקיבל עליו אחריות דשבח בפירוש וג"כ קנו מיניה על זה או אית ליה קרקע דאז לא מחזי כריבית מה שגובה בקרקע כי אם כשגובה מעות כעין שנתן לו דה"ל כהלואה, אבל אי לא קיבל עליו אחריות דשבח בפירוש אע"ג דקיבל עליו אחריות דזביני מסתמא מאי דקיבל עליו קיבל ומאי דלא קיבל עליו לא קיבל, טור וסמ"ע), ויש חולקין (רא"ש ור"ן, ואפילו קיבל בפירוש עליו השבח דאינו נוטל שבה, לא פליג אם יש לו קרקע, ומהתימה על הגאונים והמחבר שלא כתבו דין זה דאם יש לו קרקע כלל, סמ"ע) { והקרן נוטל מהגזלן מנכסים משועבדים".

הסמ"ע (ה) סיכם הדעות דבשבח דממילא כ"ע ס"ל דאינו נוטל, אבל בשבח דע"י הוצאה פליגי, דהרי"ף ס"ל דנוטל דמי ההוצאה וידו על התחתונה דכיון דהוציא דמי ההוצאה נוסף על דמי הקרן לא מחזי ריבית במה שחוזר ולוקח כמה שהוציא וכדמסיק המחבר, והי"א ברמ"א ס"ל דגם זה אינו נוטל, אולם הש"ך (ז) האריך לחלוק עמש"כ הרמ"א ע"פ הרא"ש והטור דהואיל וידוע שאינו שלו הפסיד אפילו ההוצאה, דאף שהטור כתב כן הוא תמוה, דהלא אפילו הגזלן עצמו נוטל ההוצאה כנאמר בסימן הקודם. ה^הנתיבות (א) כתב שדברי הש"ך ברא"ש דחוקים מאד בלשונו ומשמעות לשונו היא כטור,

ומאידך באמת קשה לומר שיפסיד גם ההוצאה, וכתב דאפשר לומר בכונתו דמפסיד ההוצאה, כשהוא באופן כשהנגזל אין צריך ליתן הוצאה, כגון שהכסיפה הגזלן כמבואר בהג"ה, ואז תובע הלוקח מהמוכר, ובכה"ג מיחזי כריבית, כיון שנתן אלף למוכר ונוטל ממנו אלף ר', אבל במקום שנטל ההוצאה מהנגזל והקרן מהמוכר ודאי דלא מיחזי כריבית.

כתב הש"ך (ג) דכתב הכלבו בראובן שקנה משמעון חומש בזקוק והוסיף והוציא בנקודה ובמסורה והשביחו ועמד על ג' זקוקים שנתייקר ואח"כ נמצא גזול ביד המוכר וטרפו הנגזל מיד ראובן הלוקח וחזר ראובן על שמעון לתבוע הכל, דישלם שמעון ג' זקוקים כרב דאמר המוכר שדה שאינו שלו אפילו שבח יש לו כן פסק רבא, והש"ך חלק דהך דפסק רבא בפ"ק דמציעא דוקא בקרקע הוא אבל לא במטלטלים וכדאיתא פרק הגזל ובתוס'.

סעיף ב

ע"פ הרמב"ם פסק בשו"ע "הפירות שאכל לוקח בעוד שהיתה בידו, צריך לשלם אותם לנגזל, ודינו בהם עם הגזלן כדינו של שבח, שאם לא ידע שהיתה גזולה גובה אותם מהגזלן מנכסים בני חורין (ב"מ עב: -) ואם ידע שהיתה גזולה אינו גובה מהם כלום". כתב ה"ה (ב"י ובאה"ג) ברישא שמרש"י במשנה דגיטין מ"ח גבי לאכילת פירות לא נראה כן, וכן משמע באוקימתא קמייתא בב"מ י"ד מדלא מוקי לה שגזל שדה ומכרה ואכל הלוקח פירות וכו', אך מ"מ דברי הרמב"ם עיקר כדמוכח בפ"ק דב"ק דאמר התם ואי אמרת עבדי כמקרקעי דמי וכו' וכ"פ בתוס' בדף צ"ז דאע"ג דנחית לה בתורת גזלנותא וכתיב השב לה את כל תבואת השדה מיום עזבה ומבואר בפרק חזקת (ל"ג ע"ב) הדרא ארעא והדרי פירי כשמחזיקין אותו שאכלה בגזל וכן ההיא דהדר בחצר של חבירו שלא מדעתו בסימן שסגו.

סעיף ג

ע"פ הרמ"ה פסק בשו"ע "אם טען המוכר שהלוקח ידע שהיתה גזולה, והלוקח טען שלא ידע, על המוכר להביא ראיה (דחזקה הוא דלא שדי אינש זוזי בכדי, ובודאי לא ידע שהיא גזולה בשעה שקנאה, סמ"ע)" - ופירות שאכל הלוקח בעוד שהיתה בידו צריך לשלם אותם לנגזל ודינו בהן עם הגזלן כדינו של שבח שאם לא ידע שהיתה גזולה גובה אותה מן הגזלן מבני חרי ואם ידע שגזולה אינו גובה כלום, טור.

סימן שעד - מכרה הגזלן וחזר וקנאה מהנגזל או נתנה לו במתנה

סעיפים א - ב

ראובן גזל שדה של שמעון ומכרו או נתנו ללוי ואחר כך קנאו משמעון, באיזה אופן יתקיים ביד לוי ובאיזה אופן יחזור השדה לבעליו?

ב"מ טו: בעא מיניה שמואל מרב חזר ולקחה מבעלים הראשונים וע"פ מסקנת הגמ' פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "הגזול שדה (וכן במטלטלין, רע"א) ומכרה או נתנה לאחר, שאין מעשיו כלום כמו שנתבאר, אם אחר כך קנאה הגזלן מהנגזל, נתקיימה ביד הלוקח מהגזלן או (כרב אשי) ביד המקבל המתנה ממנו, שמפני זה טרח הגזלן לקנותה, כדי לעמוד בנאמנותו, לפיכך אם לא קנאה עד שתבע הלוקח את הגזלן, כגון שמכר לו שדה שאינה שלו ונתחייב לשלם (כרב פפא -) והתחיל בית דין להכריז על נכסי הגזלן כדי להגבות מהם ללוקח, ואחר כך קנאה הגזלן מהנגזל, לא נתקיימה ביד הלוקח ויכול הגזלן עצמו או יורשיו לתת לו מעותיו ולהוציאה מידו. (ב) לקחה הגזלן מהנגזל אחר שמכרה כשהיא גזולה, וחזר ומכרה לאחר או נתנה במתנה או הורישה, הרי זה גילה דעתו שאינו רוצה להעמידה ביד זה שלקחה ממנו כשהיתה גזולה (דאי קנאו כדי למיקם בהימנותיה ולהעמיד ביד לוקח ראשון לא היה מוכרה אח"כ לאחר) וכן אם נפלה לגזלן בירושה לא נתקיימה ביד הלוקח {ויש חולקין (רש"י) וס"ל דאם מכרה או נתנה לאחר שקנאה, הלוקח ראשון קנה (דמיד שקנאה מהנגזל זכה בה הראשון ושוב לא מצי לבטל זכותיה במה שחזר ומכרה לאחר, משא"כ אם חזר הגזלן ומכרה לאחר קודם שקנאה מהנגזל, דכ"ע מודים דמהני גילוי דעת במה שמכרה לשני דלא זכה בה הראשון בשעה שקנאה אח"כ מהנגזל,

וכדמסיק הרמ"א והוא מהגמ', סמ"ע), אבל אם מכרה או נתנה קודם שקנאה לא קנה לוקח ראשון, וכל זה לא מיירי אלא בשלא הכיר בה שהיא גזולה וקנאה, אבל אם הכיר בה וקנאה לא קנה לוקח (תוס' נ"י ועוד, ורע"א תמה שלא הביאו דברי הר"ש דס"ל דאף בהכיר בה מיירי, פת"ש) ".

סעיף ג

ע"פ ב"מ טז. פסק בשו"ע "גבאה הגזלן בחובו, אם יש לנגזל קרקע אחרת ואמר ליה הגזלן זו אני גובה בחובי, הרי זה מתכוין להעמידה ביד הלוקח, ואם אין לנגזל קרקע אלא זו, לגבות חובו הוא שנתכוון".

כתב הסמ"ע (ה) דהטור כתב 'ולא רצה לגבות חובו אלא מזאת', ולא דוקא קאמר הטור אלא אפילו גבאו משדה זו סתמא ג"כ אמרינן דעתו היתה להעמיד ביד הלוקח, ומשו"ה דקדק המחבר והשמיט הני תיבות 'דלא רצה אלא זאת', דהרי בסיפא דוקא באין לנגזל קרקע אחרת אלא זו אמרינן דלא מהני, ודלא כלבוש שהניח לשון השו"ע ותפס גם לשון הטור.

סעיף ד

ע"פ מחלוקת רב אחא ורבינא דהלכה ביניהם כדברי המיקל (כדלקמן) בב"מ טז. פסק השו"ע כרמב"ם ורמ"ה "נתנוה הבעלים לגזלן מתנה קנאה הלוקח, שאילו לא טרח לבעלים לא היו נותנים לו במתנה, ומפני זה טרח כדי שיזכה בה בדין ויעמוד בנאמנתו ותתקיים ביד הלוקח (דהויא כמכר, ומסתבר טעמיה, דלוקח מוחזק ודאי ומוכר ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי, ב"י, ובבאה"ג הוסיף טעם דק"ל דכל היכא דפליגי רב אחא ורבינא הלכה כדברי המיקל וה"נ קולא היא לנתבע דהיינו הלוקח מהגזלן שהקרקע עתה בידו, וכע"ז בגר"א דבדיני ממונות קולא היא דאזלינן בתר מוחזק) {ויש חולקין (ר"ח ורא"ש) וס"ל דעל הלוקח להביא ראיה שכיון להעמידה בידו ואין מוציא מיד הגזלן, וכן נראה לי עיקר}."

< סע' ה: כתב השו"ע "דין גזלן שמביא עדים שלקח שדה מהנגזל, נתבאר בסימן קנ"א".

< סע' ו: כתב השו"ע "עובד כוכבים שאנס שדה מישראל ומכרה לישראל אחר נתבאר בסימן רל"ו".

סימן שעה – היורד לשדה חבירו או לתוך חורבתו ונטעו או בנאו

סעיפים א. ג

אדם עבד בשדה חבירו, באילו מקרים חייב לשלם לו בעל השדה ביורד ברשות ושלא ברשות? וכמה? פרט הדין במקרה שבעל השדה המשיך בעבודה?

אדם שהיה לו מגרש חניה ומשני צדדיו היו מגרשים נטושים. לימים הכשיר אותם למגרש חניה והגדיל את מגרש החניה שלו ללא רשות מבעלי המגרשים. לאחר כמה חודשים, אחד ביקש ממנו לפנות את המגרש שלו כיוון שהגיע להסכמה עם העירייה לבנות שם בנין. השני מבקש להפריד בין המגרשים ולהפעיל מגרש חניה נפרד, בשני המקרים הנ"ל האם חייבים בעלי המגרשים הנטושים לשלם לבונה את הוצאותיו?

ב"מ קא. (רש"י) "איתמר היורד לתוך שדה חבירו ונטעה שלא ברשות אמר רב שמין לו וידו על התחתונה (אם השבח יתר על הוצאה יש לו הוצאה, ואם הוצאה יתירה על השבח אין לו אלא שבח) ושמואל אמר אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנוטעה אמר רב פפא ולא פליגי כאן בשדה העשויה ליטע כאן בשדה שאינה עשויה ליטע והא דרב לאו בפירוש איתמר אלא מכללא איתמר דההוא דאתא לקמיה דרב אמר ליה זיל שום ליה לא בעינא אמר ליה זיל שום ליה על התחתונה אמר ליה לא בעינא לסוף חזייה דגדרה וקא מנטר לה אמר ליה גלית אדעתך דניחא לך זיל שום ליה וידו על העליונה. איתמר היורד לתוך חורבתו של חבירו ובנאה שלא ברשותו ואמר לו עצי ואבניי אני נוטל רב נחמן אמר

שומעין לו רב ששת אמר אין שומעין לו... מאי הוי עלה אמר רבי יעקב אמר רבי יוחנן בבית שומעין לו בשדה אין שומעין לו בשדה מאי טעמא משום ישוב א"י איכא דאמרי משום כחשא דארעא מאי בינייהו איכא בינייהו חוצה לארץ (למ"ד משום כחשא דארעא ממונא אפסדיה ואפילו בחו"ל נמי אין שומעין לו).

וז"ל השו"ע "היורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות ונטעה, אם היתה שדה העשויה ליטע אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנוטעה ונוטל מבעל השדה (והיינו כשאר שתלי העיר, רש"י ורא"ש, ובב"י וסמ"ע הביאו גם דעת תלמידי הרשב"א שפירשו שנוטל השבח היתר על ההוצאה כשאר שתלי העיר והיינו ידו על העליונה, והנתיבות כתב דאפילו ההוצאה הרבה נוטל ההוצאה רק שיכול לומר עקור אילנד), ואם אינה עשויה ליטע שמין לו וידו על התחתונה } סתם כרם עשוי ליטע (ריב"ש). העושה טובה לחבירו שלא ברשות עיין לעיל סימן רס"ד, וכן הלומד עם חבירו בלא דעת האב ע"ל סימן שלי"ה סעיף א'".

בסעי' ג' פסק השו"ע ע"פ עובדא דרב שם וכלשון הרמב"ם "היורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות ונטע או בנה, ואח"כ בא בעל השדה והשלים הבנין, או ששמר הנטיעות וכיוצא באלו הדברים שמראה שדעתו נוטה למה שעשה זה וברצונו בא הדבר, שמין וידו על העליונה } מיהו אם א"ל תחלה עקור אילנד ולך יכול בעל האילן לעשות אף על פי שחוזר בעל השדה אחר כך (נ"י)".

ביאר הסמ"ע (ז) בסעי' ג' דלדעת רש"י והרא"ש בכל מקום שידו על העליונה אם השבח יתר על ההוצאה נוטל בשבח כשאר שתלי העיר ואם ההוצאה יתירה על השבח נוטל כל ההוצאה אע"פ דלא נהנה כלום, מ"מ הואיל וגילה דעתו דניחא ליה אמרינן אילו לא נטעה היה הוא בעצמו נטעה והוציא עליה הוצאה כזו, ובעיקר הדין ס"ל לרא"ש דוקא בשדה העשויה ליטע הדין כן, והרמ"ה ורוב המפרשים (ברא"ש) ס"ל דאפילו באין עשויה ליטע הואיל וגילה דעתו דניחא ליה בנטיעה ידו על העליונה, ובב"י כתב דהיינו דוקא כשאמר תחילה איני חפץ בנטיעות ואח"כ גילה דעתו דניחא ליה בהן הוא דידו על העליונה אפילו בשדה שאינו עשויה ליטע, והמחבר סתם הדברים כאן – כלומר כרוב המפרשים – ש"ך (ג) – ופסק הש"ך כרא"ש דדוקא בעשויה ליטע.

סעיף ב

מה הדין [בהמשך לשאלה הנ"ל] אם הבונה מסרב לבקשת בעל מגרש השני ומבקש להחזיר את המגרש לקדמותו? מה הדין אם בעל מגרש החזינה נטע בשני המגרשים הנ"ל עצי ערבות ואח"כ התחרט, האם יכול לעקור אותם? ואם לא עקר אותם, האם צריכים בעלי המגרשים לשלם לו הוצאות וכמה? (לעיל בדין אינה עשויה ליטע)

ע"פ הרא"ש (וכ"ד הרמ"ה ופשט דברי הרמב"ם) פסק בשו"ע "אמר לו בעל השדה עקור אילנד ולך שומעין לו (דס"ל דאפילו עשויה ליטע שומעין לו כשאומר כן וכתב הב"י שכן דעת הרמב"ם ודלא כרב המגיד דהרמב"ם מיירי דוקא באין עשוי ליטע, סמ"ע ד'), (כל"ב בגמ' -) אבל אם אמר הנוטע הריני עוקר אילני, אין שומעין לו מפני שמכחיש הארץ (סמ"ע: רש"י פירש שכבר הכחישו הנטיעות הארץ ביניקתן וכיון שהפסידו ממון לבעל הקרקע משו"ה אפילו בחו"ל אין שומעין לו, ונראה שכן דעת הרמב"ם והמחבר אע"פ שכתבו לשון שמכחיש הארץ, ודלא כלבוש שכתב מפני שמכחיש הקרקע בעקירת האילנות)".

כתב הנתיבות (ב) ברישא דבאמר לו בעל השדה וכו' דדוקא בכה"ג שיכול ליקח האילנות כמה שנתן ולכך יכול לומר לו איני רוצה בהנאה זו ואיני רוצה ליהנות מזה, אבל כשאינו יכול ליקח הדבר ההוא גוון שצבע לו בגד ואי אפשר להעביר הצבע מחויב לשלם לו.

סעיפים ד - ה

מה הדין כשבעל השדה אריס בעצמו או שהיורד הוא בעל בנכסי אשתו, או שותף בנכסי השותפות?

ע"פ מימרא דרב נחמן בב"ב מב: דשותף כיורד ברשות דמי שנטע בשדה שאינה העשויה ליטע כשדה העשויה ליטע פסק השו"ע וכלשון הרמב"ם "היורד לשדה חבירו ברשות, אפילו נטע שדה שאינה עשויה ליטע, שמין לו וידו על העליונה, שאם היתה ההוצאה יתירה על השבח נוטל ההוצאה, ואם השבח יתירה על ההוצאה נוטל השבח" (ואם בעל השדה הוא עצמו אריס חזר להיות דינו כאינו עשוי ליטע, רק ששמין כמה רוצה ליתן שלא יצטרך לטרוח בעצמו (נ"י ע"פ כתובות פ. גבי בעל שהוריד אריסין בנכסי אשתו וגירשה דאסיקנא דאי בעל אריס הוא אסתלק ליה בעל אסתלקו להו אריסין, וכתבו הרא"ה יורד לשדה חבירו שלא ברשות דאי בעל קרקע אריס הוא אינו נותן לו שכר טרחו אפילו בשדה העשויה ליטע). (ה) (ע"פ כתובות שם -) בעל בנכסי מלוג אשתו קטנה (דבקטנה עשו תקנה אבל בגדולה אין לו אלא הוצאה שיעור שבח, סמ"ע וגר"א), (ב"ב שם -) והשותף בשדה שיש לו חלק בה - כיורד ברשות הן ושמין להם וידם על העליונה {וע"ל ס"ס קע"ח וס"ס ת"ד}."

הקשה הסמ"ע (ח יא) דהא כתב הרמ"א בסוף סימן קע"ח בשותף דהו"ל כיורד ברשות ואפ"ה אם ההוצאה יתירה על השבח אינו נוטל אלא הוצאה שיעור שבח, ותיירץ ע"פ הרא"ה דשותף אף דהו"ל כיורד ברשות לענין אם השבח הוא יתר על הוצאה דנוטל בשבח כאריס או כשתל מ"מ אם ההוצאה יתירה על השבח בזה אינו דומה ליורד ברשות דנוטל כל ההוצאה והשותף אינו נוטל ההוצאה אלא שיעור שבח, ומשו"ה קאמר כיורד ברשות, ולא יורד ברשות לגמרי, וכן הדין ג"כ במוציא הוצאות על נכסי אשתו, אבל הטושי"ע שאיירי בתחילת סעי' ד' איירי ביורד ברשות דינו שנוטל כל ההוצאה.

סעיף ו

ע"פ מסקנת הגמ' בב"מ קא. פסק בשו"ע "היורד לתוך חורבתו של חבירו ובנאה שלא ברשות, שמין לו וידו על התחתונה (דהוה ליה כשדה שאינה ראויה ליטע), (שם ע"ב -) ואם אמר בעל הבנין עצי ואבני אני נוטל שומעין לו (דבבנין על גבי קרקע לא שייך כחשא דארעא כמו דשייך באילנות, סמ"ע ע"פ הגמ'). (כתב הר"ף דשדרו ממתיתבא דכי היכי דאמר בעל הבנין עצי ואבני אני נוטל שומעין לו הכי נמי אם א"ל בעל הקרקע טול עציך ואבניך שומעין לו -) אמר ליה בעל הקרקע טול מה שבנית שומעין לו (דלא כראב"ד שאין שומעין לו דכל חורבה עומדת ליבנות וזה מוזיק הוא ואין שומעין לו וזה ישב בתוכה עד שישלם לו יציאותיו, והרא"ש כתב דמסתבר טעמיה דראב"ד היכא שלא היה משתמש בחורבתו ויש לו משלו שראוי לבנות בנין כזה בלי קיפוח פרנסתו דאז ודאי תואנה הוא מבקש כדי להפסיד לבעל הבנין ואין שומעין לו הא לאו הכי שומעין לו, וכתב הב"י דאפשר שאף למאי דשדרו ממתיתבא איתנהו לדין דהרא"ש) {ע"פ הרמב"ם והרשב"א -} ודווקא אם החורבה אינה עשויה לבנות אבל אם עשויה לבנות או במקום שסתם חורבה עומדת לבנות דינו כמו חצירות שיתבאר בסמוך (סעי' ז')".

הסמ"ע (יג) הביא בקיצור דברי הרא"ש, וכתב הנתניבות (ג) דגם בעינין שיש לו משלו וראוי לבנות דאי לאו הכי אין כופין אותו לשלם ואפילו לישיב בו עד שישלם יציאותיו אין כופין אותו, דיכול לומר אין רצוני שתשב בקרקע שלי, ואם מניחו והוא אינו סותרו ומשכירו או שדר בו, כבר נתבאר בסעי' ג' דהוי כגילוי דעת דניחא ליה וחיוב לשלם, ואולם אם היה משתמש בעל הקרקע דינו כמו בשדה דיכול לומר בזריעה אני חפץ ה"נ י"ל בשימוש זה אני רוצה. עוד כתב דאם הוא בהנך גוונן דאין שומעין לו היה נראה לכאורה דיורדין לנכסיו ומשלמין לו, ואף דבבית ועליה בב"מ קי"ז קאמר הלשון דישיב בו עד שיתן לו יציאותיו, דמשמע דליכא כפיה אחרת רק לישיב בו עד שיתן לו יציאותיו, שאני התם דאמר לו לבנות והוא לא רצה, משא"כ כאן דאמדינן לדעתו דודאי ניחא ליה רק תואנה הוא מבקש (דאי לא תימא הכי קשה דהא ודאי דצריך לשלם דמי שיווי השכירות שהיה דר בו, דהוי זה נהנה וזה חסר כיון שהיה כבר חורבא ואיכא שחורריתא דאשיתא, ואמאי לא השמיעונו הפוסקים דין מחודש כזה שישב עד שיעלה השכירות כפי מעותיו, וגם אינו מן הסברא שהרי הוציא מעותיו כאחת ויקבל פרוטרוט) אמנם הרא"ש כתב בשם הראב"ד בדין זה לשון דישיב בו עד שיתן לו יציאותיו.

סעיף ז

ע"פ הרמב"ם בשם הגאונים פסק בשו"ע "החצרות הרי הם ראויים לבנין ולהוסיף בהם בתים ועליות לפיכך הבונה בחצר חבירו הרי זה כנוטע שדה העשויה ליטע ושמן לו כמה אדם רוצה ליתן בנין זה לבנותו, והוא שיבנה בנין המועיל הראוי לאותה חצר כמנהג אותו מקום } ולא יוכל הבונה לומר בניני אני נוטל (סמ"ע): הטעם דאף דאין כאן טעם כחשא דארעא מ"מ כיון דאין הבע"ה יכול לומר טול עציך ואבניך כיון דעשויה לבנות, כן הוא אינו יכול לומר שיטלם, כיון שבנאו במקום הראוי לבנות ודאי אדעתא דהכי בנאו שיקום כאן) (כ"כ תלמידי הרשב"א דחורבה אינה עשויה להבנות אבל בעשויה הרי זיכה לו מיד ואינו יכול לחזור שחצירו קנתה לו, ודלא כנ"י, גר"א). השכירה הבונה לאחרים וקבל שכר, מנכין לו מהוצאותיו, אף על גב דלא עביד למיגר (רשב"א, מדרבי יוסי דאמר כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו שם בב"מ ל"ה), ואם דר בה הבונה, אם חסר לבעל הקרקע דבר מועט, צריך ליתן לו כל מה שנהנה, כמו שנתבאר לעיל סימן שס"ג (רי"ו), וכתב שם דאם השחיר את כותלי בית חדש דמגלגלין עליו את הכל, סמ"ע, וכתב רע"א דלא כל השכירות צריך לשלם לו כיון דהשכירות היא שכר הבנין והקרקע היאך הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו, אלא דלא יפרע מה דהיה בעל הקרקע נהנה תחלה לבד שהוא דבר מועט אבל יפרע לו מה שהקרקע שוה מפני הבנין שעליו שחלק השכירות המגיע על הקרקע אחר הבנין היא יותר ממה שהקרקע לבדו היה שוה) }".

אדם שירד לבית חבירו ושיפצו וסיידו שלא מדעתו, האם חייב לשלם לו? מה הדין אם טוען בעל הבית שלא היה מסייד כלל או שטוען עשית בחינם, האם שומעים לו?

כתב הרמ"א ע"פ תשובת הרא"ש (הובא בשלי"ג) "ראובן שהיה לו בית רעוע ויצא מן העיר, ובא שמעון ודר בו והוציא הוצאות להציל הבית מן הנפילה וסיידו וכיירו, כל מה שהיה לצורך שלא יפול צריך ראובן להחזיר לשמעון, אבל א"צ ליתן לו מה שסיידו וכיירו (אפילו היה מסוייד ומכווייד ומבפנים לסיד היה הכותל מעופש ורעוע והוצרך שמעון להרוס הסיד כדי לתקן הקיר ותקנה כמו שהיה קודם לכן, אפ"ה א"צ להחזיר לו כיון שיכול להיות קיים זולת הסיד והכיוד וכיוצא בו, טור וסמ"ע), כי יוכל לומר איני צריך לזה, וכשיתן ראובן מה שחייב ליתן לשמעון, יצא מן הבית".

גבי צביעת הסיד בשאלה יש להביא את דברי הנתניבות בסע' ב' (לעיל) גבי הא דפסק המחבר באמר לו בעל השדה עקור אילנך ולך דשומעין לו, דכתב הנתניבות דדוקא בכ"ה"ג שיכול ליקח האילנות כמה שנתן ולכך יכול לומר לו איני רוצה בהנאה זו ואיני רוצה ליהנות מזה, אבל כשאינו יכול ליקח הדבר ההוא כגון שצבע לו בגד ואי אפשר להעביר הצבע מחויב לשלם לו, אולם בפסקי המשפט (הע' 3) כתב שהחזו"א (ב"ק כ"ו), ועוד אח' חולקים וגם בשבח שא"א להסירו כסיד וכיור יכול לומר טול עציך ואבניך (אע"פ שאינו יכול ליטלם כנ"ל), וכן משמע מהרמ"א הכא שאין בעל הבית חייב לפרוע הסיד אע"פ שאינו יכול ליטלו.

סעיף ח

משנה כתובות עט: "המוציא הוצאות על נכסי אשתו, הוציא ולא אכל ישבע כמה הוציא ויטול" ובגמ' שם אמרינן אע"פ שבעל הוא כיורד ברשות. ע"פ הנ"ל כתב הרמב"ם וכ"פ בשו"ע "כל מי ששמין לו בין שהיתה ידו על העליונה בין שהיתה ידו על התחתונה אינו נוטל כלום עד שישבע בנקיטת חפץ כמה הוציא, (רמב"ם -) ואם אמר יבואו הדיינים (סמ"ע: בטור איתא 'הבנאים') ויעשו שומת ההוצאה והרי היא גלויה לעיניהם וישערו העצים והאבנים והסיד ושכר האומנים בפחות שבשעורים שומעין לו ונוטל בלא שבועה (גר"א: דמבואר בגמ' דהתקנה משום אתי לאיערומי), וכן זה שנוטל השבח בלבד והיתה ידו על העליונה, אינו צריך שבועה".

כתב הסמ"ע (יט) בסיפא בנוטל השבח בלבד דמיירי שהוא ניכר לעינים דעכ"פ יציאה היתה יתירה על השבח אלא שאין ידוע כמה ואמר ישומו לי וקמ"ל בכל זה דלא מצי למימר ליה השבע וטול כדיןך או לא תטול כלום [וכתב הנתניבות (ד) דתמוה דא"כ אמאי נקט המחבר והיתה ידו על העליונה, הא בכ"ה"ג אפילו היתה ידו על התחתונה א"צ שבועה דהא הוצאה שיעור שבח נוטל לעולם אפילו בידו על התחתונה, ועוד דלדבריו דמיירי דניכר לעינים שההוצאה היתה יתירה על השבח וא"כ אמאי צ"ל שיטול השבח לבד שהוא פחות שבשעורים של ההוצאה, הא אפילו ההוצאה גופה יכול ליטול כהפחות

שבשיעורים, אלא הפירוש כך הוא דהנה שתל ואריס נוטל מקודם ההוצאה, ובשבח היתר על ההוצאה נוטל מחצה, ולזה אם אמר היורד לא אטול ההוצאה כלל וישומו רק השבח כאילו לא היה הוצאה כלל ואטול מחצה א"צ לישבע, ולכך הוכרח לומר שהיתה ידו על העליונה, דבידו על התחתונה אין לו רק הוצאה שיעור שבח וע"כ צריך לישבע על ההוצאה].

סעיף ט

פסק בשו"ע ע"פ הרמב"ם "כל ששמין לו ונוטל שטען בעל השדה ואמר נתתי והיורד אומר לא נטלתי - היורד נאמן, ונשבע שלא נטל כלום ונוטל, שהרי אומרים לבעל השדה עדיין לא שמו לך ולא ידעת כמה אתה חייב ליתן היאך נתת (ה"ה): שכל המחוייב לתת בכיוצא בזה ויודע כמה הוא חייב נאמן לומר נתתי וכשאינו יודע אינו נאמן וכדאמרינן בב"ב ה' בכותל חצר שנפל מחייבין אותו לבנותו עד ארבע אמות בחזקת שנתן עד שיביא ראיה שלא נתן מארבע אמות ולמעלה אין מחייבין אותו, סמך לו כותל אחר אע"פ שלא נתן עליו את התקרה מגלגלין עליו את הכל בחזקת שלא נתן עד שיביא ראיה שנתן ואמרינן טעמא מי יימר דמחייבי ליה רבנן), אבל אם שמו לו ואמרו לבעל השדה תן לו ואמר נתתי, אע"פ שעדיין לא נשבע היורד הרי בעל השדה נאמן, וישבע היסת שנתן ויפטר, שהקרקע בחזקת בעליה".

כתב הקצות (א) דמשמע מהמחבר דהטעם משום דעדיין לא שמו ואינו יודע כמה ומש"ה לא פרע, אמנם במקור הדין בב"ב משמע טעמא דמי יימר דמחייבי לי רבנן ומשמע דעיקר החיוב לא ידוע ליה וכל שיוורד שלא מדעתו אין משפטו נודע, ובנתיבות (ה) כתב דנראה דכיון דקאמר כל ששמין לו ומשמע דאפילו היורד ברשות הדין כך, וביוורד ברשות ודאי דמשפטו נודע דחייב לשלם לו, וע"כ צ"ל דכל כמה דלא שמו לו ג"כ אין משפטו נודע כיון שאין משפטו נודע כמה היה חייב לו, אך כתב דאמנם בפועלים שבנו אפילו שלא ברשות וכגון שידוע שהיה מחזר אחר פועלים ושכירות פועלים יש להם שער כמה נוטלים ליום נאמן לומר נתתי, וכן שער העצים והלבינים ידועים הן ויכול ליתנו על פי חשבון, והכא מיירי בשדה שאין הזריעה והשבח ידוע לעולם בלא שומת בקיאים ולכך אינו נאמן.

סימן שעו - דין המסיג גבול רעהו

סעיף א

אדם שגזל קרקע האם עבר באיסור לאו דגזל מן התורה?

כתב הרמב"ם ע"פ הספרי וכ"פ בשו"ע "המסיג גבול רעהו והכניס מתחום חבירו בתוך תחומו אפילו מלא אצבע, אם בחזקה עשה, הרי זה גזלן, ואם הסיג בסתר הרי זה גנב, ואם בארץ ישראל הסיג הגבול, הרי זה עובר בשני לאוין: בלאו גניבה או בלאו גזילה ובלאו דלא תסיג (דסיפא דקרא בנחלתך אשר תנחל בארץ הרי דלא הזהיר הכתוב אלא אמשיג גבול קרקע דארץ ישראל, סמ"ע) {אם מותר לאדם ליקח מערופיא של חבירו, עיין לעיל סימן קנ"ו}."

כתב הסמ"ע (ב) דהטור לא הזכיר לאו דלא תגזול ולא תגנוב משום דקרקע אינה נגזלת אלא עבירה היא בידו וז"ל "אם בחזקה הרי זה גזלן", וביאר ערוה"ש (א) דהרמב"ם ס"ל דאין זה שייך לכך שקרקע אינה נגזלת דזהו רק לענין שאינה נעקרת ממקומה כמטלטלין ואינו מתייאש אבל בלאו דגזילה עובר, ועוד כתב דמ"מ דקם ליה בארור מסיג גבול רעהו וגם בחו"ל.

[כתב בקובץ יסודות וחקירות (קרקע אינה נגזלת) דמבואר בתשובת הרא"ש כטור שאינו עובר משום שברשות הבעלים היא עומדת, ובביאור איסור הגזילה ייסדו הקהילות יעקב (ב"ק לז) וקובץ הערות (עד, ב), שבכל גזילה יש שני איסורים, איסור על מעשה הגזילה דהיינו הנטילה מרשות חבירו לרשותו, ואפילו אם לא קנאה, ואיסור על קניית הגזילה גם אם לא נטלה, ובגזילת קרקע, אע"פ שהאיסור השני לא שייך, שהרי אין בה קנייני גזילה, האיסור הראשון עדיין שייך].

כתבו הב"י ובאה"ג בשם תשובת הרשב"א דאם בנה על אמה שגזל לשכינו כותל ובנה על אותו כותל בית גדול שסמך עליו שיכול להרוס כל בנינו, דלא עשו תקנת השבים רק במטלטלים, אבל בקרקע לא אמרו שימכור זה את שלו וישחית את נחלתו (וראה ש, א).

סימן שעז - מי שדרך הרבים עובר בתוך שדהו

סעיף א

ב"ב משנה צט: "מי שהיתה דרך הרבים עוברת לתוך שדהו נטלה ונתן להם מן הצד מה שנתן נתן ושלולא הגיעו...". ובגמ' "אמאי שלו לא הגיעו לינקוט פזרא וליתבי שמעת מינה לא עביד איניש דינא לנפשיה אפילו במקום פסידא אמר רב זביד משמיה דרבא גזירה שמא יתן להן דרך עקלתון רב משרשיא משמיה דרבא אמר בנותן להם דרך עקלתון. רב אשי אמר כל מן הצד דרך עקלתון היא קרובה לזה ורחוקה לזה, ולימא להו שקלו דידכו והבו לי דידי, הא מני רבי אליעזר היא דתניא ר' יהודה אומר משום רבי אליעזר רבים שבררו דרך לעצמם מה שבררו בררו לרבי אליעזר רבים גזלנים נינהו אמר רב גידל אמר רב כגון שאבדה להן דרך באותה שדה אי הכי אמאי אמר רבה בר רב הונא אמר רב אין הלכה כר"א מאן דמתניי הא לא מתניי הא וטעמא מאי משום דרב יהודה דאמר רב יהודה מצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו" – ופירש **רשב"ם** (ב"י ובאה"ג) שהשווה ותקנוהו להילוך והבעלים ידעו ושתקו אסור לקלקלו דודאי לרבים מחל וכ"ש מתניי שנתן להם ההוא דרך בידים הלכך מה שנתן נתן וכגון שהחזיקו.

פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "מי שהיתה דרך הרבים עוברת בתוך שדהו, נטלה ונתן להם מן הצד, מה שנתן נתן וזכו בו, וזה שנטל לא זכה בו {מצר שהחזיקו בו רבים ברשות אסור לקלקלו (שם בגמ')}".

כתב הסמ"ע (א) דנראה דדרך הרבים העוברת היינו דוקא בדרך שכל מי שרוצה ילך שם אפילו ממקומות דעלמא הוי דינא דזכו בשניהן, דדרך הראשון אין כח בידו לבטל זכות הרבים דעלמא, והדרך שנתן להן מדעתו מן הצד זכו בו אלו בנתינתו זו שנתן להן מדעתו, משא"כ אם היה הדרך מיוחד דוקא לבני מבוי או עיר אחת ולא לזולתם, דאז אותו בני העיר ואפילו ז' טובי עיר לחוד יכולין להחליף הדרך בדרך אחר ומי ימחה בידם ותנאם ועסקם קיים וכ"ש דלא זכו בזה ובזה.

עוד ביאר הסמ"ע (ב) בכונת הרמ"א דקמ"ל בזה דדוקא כשהחזיקו ברשות אסור לקלקלו, משא"כ כשהחזיקו בו שלא ברשות, מיהו כל שרבים מוחזקים בו עתה לפנינו טוענין להן ואמרינן דבודאי ברשות החזיקו בו.

כתב באה"ג דהרמב"ם סיים דרוחב דרך הרבים אין פחות מט"ז אמות ותמה על המחבר שהשמיט זה, וכתב הפת"ש (א) דמשמע שהבין דהך סיפא שברמב"ם הוא פירושא דרישא, ומינה דה"ה בהך דמיצר שהחזיקו בו רבים שכתב הרמ"א ג"כ פירושו בט"ז אמה, אולם בתשובת פני יהושע כתב דאין לומר דמיצר שהחזיקו בו רבים היינו רוחב ט"ז אמה דבב"ב י"ב קאי זה אמבואות המפולשות לעיר אחרת וביקשו לסותמן בני אותה העיר מעכבין עליהם משום דרב יהודה וסתם מבוי אינו רחב ט"ז אמה כנודע, ועוד דאם איתא לחילוק זה לא אשתמיט חד מן הפוסקים לכתוב זה, והרמב"ם אדרך הרבים דעלמא קאי לענין מוכר דרך הרבים דצריך להיות ט"ז אמה. עוד דן שם במה שכתבו התוס' בב"ב דמדובר כשהחזיקו ברשות דאין כוונתם שנתן להם מדעתו בלא טעות אלא אפילו בטעות כנידון דמתניתין נטלה ונתן מן הצד. עוד דן בדברי הרשב"ם (דלעיל) דצריך חזקה ממש דוקא ובהילוך סתמא לא קנו, אמנם זה אינו, כיון דכל הפוסקים סתמו ולא כתבו דבעין חזקה ממש אלא סתמו דדרך הרבים אסור לאבד משום מצר שהחזיקו, וכל דבר נקנה כדרך תשמישו כמו שביל של כרמים, ועוד דגם בדברי הרשב"ם יש לדחות דאין כונתו בחזקה דוקא אלא לשון מצר שהחזיקו דחקו וקמ"ל רבותא אע"ג דלא הלכו עדיין עליה רק עשו מעשה במצר אסור לקלקלו, וכיון דאין ראייה מדבריו אין להוציא מיד הקהל.

[כתב בפסקי המשפט (הע' 5) דמשמע מתשובת הפני יהושע שאין צריך במיצר שהחזיקו בו רבים רשות מפורשת מהבעלים ודי בכך ששתקו, אולם באבני נזר למד בסמ"ע שצריך דוקא רשות מפורשת, ונראה במנח"י (ז, קלח) שהכריע דמספיק שתיקה].

עוד כתב הפת"ש (ב) בשם הבית אפרים דכשיש רגלים לדבר ואומדנא דמוכח שאין בדעתו להפקיר גבול לעולם כגון שלא עשה בנין כלל, או שהניח קצת פנוי בקרן זוית אחת ודעתיה עליה לבנותו כשיצטרך, שפיר דמי לבנות שם אח"כ, עיי"ש שהאריך.

כתב בחכמת שלמה גבי מיצר שהחזיקו בו רבים דהדבר "פשוט ליי" דבזמן הזה הוי דינא דמלכותא דינא בזה ובכל ענין לא שייך זה עתה, וביאר בפסקי המשפט (א) דר"ל דכיון שמצד חוקי הממשלה יכול כל

בעל קרקע להפסיק השימוש בשטחו לאלתר, לכן מסלקם הבעלים משם ע"פ דין המלכות, והוסיף בשם **מהרש"ם** דעוד בזמנינו יש רישום בטאבו והבעלים סומך על ראיות הבעלות שיש לו ולכן שתיקתו אינה מלמדת על מחילה.

הלכות נזיקין

סימן שעח - אסור להזיק ממון חברו ולא לגרום שום הזיק

סימן שעט - דין זה בא בחביתו וזה בא בקורתו ונשבר החבית

סעיף א

ע"פ **משנה ב"ק לא**: פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "שנים שהיו מהלכים ברשות הרבים, זה בא בחביתו וזה בא בקורתו, ופגעו זה בזה ונשברה חבית בקורה פטור, שלזה רשות להלך ולזה רשות להלך". עוד שם בגמ' לב. אהא דמחייב מזיק את אשתו בתשמיש המטה מקשי אלא הא קתני שלזה רשות להלך ולזה רשות להלך ומשני "התם תרוייהו כהדדי נינהו הכא איהו קא עביד מעשה", ופירש רש"י תרוייהו כהדדי נינהו שניהם שוים בשבירתה שאף בעל החבית סייע בשבירתה, והקשו התוס' דאם כן למה לי שלזה רשות להלך אפילו אין רשות לא לזה ולא לזה פטור בעל הקורה מטעם זה ותירצו דבא למעוטי אם היה בעל הקורה רץ ובעל חבית מהלך אע"פ שבעל חבית עצמו הטיח החבית א"נ י"ל דבא למעט במקום שאין לו רשות להלך כגון בחצר בעל החבית דכיון שאין לו רשות לבעל הקורה להלך אין לבעל החבית לזיהר ממנו מיהו כשעמד בעל חבית חייב בעל הקורה אפילו שניהם ברשות כיון שעשה כל ההזיק דדוקא משום דתרוייהו כי הדדי נינהו פטרינן ליה ולא דמי לעמד בעל החבית דמתניתין דכיון שהוא ידע שבא אחריו בעל קורה ונושא כשלדא פשע בעמידה, וכ"כ הסמ"ע (א) בקצרה ע"פ הטור דמדובר דוקא שסייע בעל החבית בשבירתה שדרך הליכתו הטיח חביתו בקורה אבל אם עמד בעל החבית ובעל הקורה בא בקורתו ושברה חייב.

סעיף ב

ע"פ **משנה ב"ק לא**: פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "היה בעל קורה ראשון ובעל החבית אחרון, ונשברה החבית בקורה פטור, ואם עמד בעל הקורה לנוח מכובד משאו, חייב, ואם הזהיר לבעל החבית ואמר לו עמוד פטור, ואם עמד לתקן משאו אע"פ שלא הזהירו, פטור, שטרוד היה ולא היה יכול להזהירו {וע"ל ר"ס תי"ג}."

כתב הטור בסיפא דאם עמד בעל קורה לנוח מכובד משאו חייב אפילו אין הקורה ממלאה את כל הדרך, וביאר הב"י דאף בדף ל"ב פריך מהך מתניתין לריש לקיש דאמר שתי פרות אחת רבוצה ואחת מהלכת בעטה מהלכת ברבוצה פטורה רבוצה במהלכת חייבת דמשמע דוקא בעטה הא לא בעטה והוזקה ממילא פטורה והא מתניתין כשעמד בעל הקורה, כלומר לפוש, ושינה, שאין דרכו לעמוד לפוש, חייב על שבירת החבית אע"ג דהוי ממילא ומשני מתניתין דרמיא כשלדא כלומר שעמד בעל הקורה וקורתו על כתפו מונח לרוחב הדרך ואין דרך לבעל החבית אנה ואנה אבל אם עמד בלא שלדא פטור, וכתב הרא"ש דאע"ג דלכאורה משמע דהכי הלכתא כי היכי דלא תקשה על ר"ל, הרי"ף לא הביא כל זו הסוגיא אלא המשנה כצורתה דמשמע דס"ל דאפילו בלא שלדא חייב דכיון דלית הלכתא כר"ל אין לשנות פשט המשנה לאוקומי כדבריו, וכ"כ הסמ"ע (ב) דכיון שלא היה לו לנוח בדרך שדרך בני אדם לבוא אחריו ולהלך בו ואם היה מוכרח לזה לפחות היה לו להזהיר להבא אחריו שיעמוד ואל יפגע בקורתו.

סעיף ג

ע"פ **משנה שם** פסק בשו"ע "היה בעל החבית ראשון ובעל הקורה אחרון, ונשברה חבית בקורה, חייב. ואם עמד בעל החבית לנוח, פטור, ואם הזהיר לבעל הקורה שיעמוד, חייב, ואם עמד לתקן משאו חייב בעל הקורה, אע"פ שלא הזהירו בעל החבית, וכן זה בא בנרו וזה בא בפשתנו".

כתב הש"ך (א) דהיש"ש כתב לפטור באם עמד לתקן משאו אא"כ ידע דעמד לכתף, וחלק עליו דלא נהירא דמאי שנא מסעי' ב' דאם בעל הקורה ראשון ועמד לכתף פטור דאף דגם שם לא הי"ל למידע לבעל חבית שיעמוד הראשון.

סעיף ד

ע"פ ברייתא ב"ק כח. וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "הרי שמילא חצר חבירו כדי יין ושמן, אפילו הכניס ברשות, הואיל ולא קבל עליו בעל החצר לשמור, הי"ז נכנס ויוצא כדרכו, וכל שישתבר מהכדים בכניסתו וביציאתו הרי הוא פטור עליהם, ואם שברם בכוונה, אפילו הכניסם בעל הכדים שלא ברשות, הי"ז חייב", וביאר ה"ה דהרמב"ם לשיטתו (מסימן שעת) דכל זמן שאינו מתכוין להזיק אפילו ברשות כיון שהוא ברשותו פטור, והראב"ד לשיטתו חלק דדין זה דווקא בלא נתן לו רשות, וכ"ד הטור כראב"ד דכיון שהכניס ברשות איך יפטור על מה שמשבר בכניסתו וכיציאתו, ובדרכ"מ תמה על הטור דבסימן שע"ח משמע דס"ל כרמב"ם וכאן פסק כראב"ד, ותירץ דאפשר דס"ל דיוצא ונכנס ושובר מיקרי בכוונה.

סימן שפ - האומר לחבירו קרע כסותי או של חבירי או רודף או נרדף ששיברו כלים

סעיפים א - ב

מה הדין באם אמר לו אכול אצלי או שבור כדי האם חייב לשלם? האם יש הבדל בין אם ידע שזה של חבירו ללא ידע?

ע"פ משנה ב"ק צג. וגמ' פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "האומר לחבירו קרע את כסותי שבור את כדי ע"מ שאתה פטור הי"ז פטור {וי"א (רא"ש) אפילו לא א"ל ע"מ לפטור בפירוש אלא שא"ל דברים שמשמען כך, כגון שא"ל שבור כדי וא"ל המזיק ע"מ לפטור וא"ל הניזק לא, יש לנו לומר דבתמיה קאמר לא, ופטור (ה"ה): הרמב"ם לא הביא דין המדבר בתמיהא לפי שהוא פשוט, עיין בגר"א} ואם לא אמר לו ע"מ שאתה פטור, הי"ז חייב אעפ"י שהרשהו להשחית. בד"א כשבאו הכלים לידו תחלה בתורת שמירה, כגון שהיו שאולים או מופקדים אצלו, אבל אם לא באו לידו בתורת שמירה, כיון שאמר לו קח כלי זה ושברו בגד זה וקרעו, ועשה כן, הי"ז פטור אע"פ שלא אמר לו ע"מ שאתה פטור (כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשמור' כתיב ודרשינן כשנתנו בידו לשמור הוא דמיחייב בפשיעתו ולא כשנתנו בידו לאבדו ולקרעו, סמ"ע) {וע"ל עוד סיי שפ"ב מדינין אלו. האומר לחבירו זרוק מנה לים ואתחייב אני לך, י"א דחייב וי"א דפטור (ר"ן)}".

ע"פ משנה ב"ק צב. וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע (ב) "האומר לחבירו שבר כליו של פלוני ע"מ שאתה פטור ושברו, הי"ז חייב (כיון שיודע המשבר שהוא של חבירו, סמ"ע), ואע"פ שהעושה הוא חייב לשלם, הרי זה האומר לו שותפו בעון, ורשע הוא שהרי הכשיל עור וחזק ידי עוברי עבירה (קראו 'עור' אע"פ שידע דשל חבירו מ"מ מדא"ל על מנת לפטור סבר שבאמת כן יהיה שיהיה פטור, סמ"ע, ובגר"א ציין לקידושין מ"ג)".

סעיף ג

מי שרודף אחר רודף כדי להציל את הנרדף והזיק ממון של אחרים, האם חייב לשלם? מה הטעם?

ע"פ ב"ק קיז: וסנהדרין עד. פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם והטור "רודף שהיה רודף אחר חבירו להרגו או אחר אחת מהעריות לאונסה (לשון הטור בין חייבי כריתות בין חייבי מיתות ב"ד או אחר זכר לרבעו, ור"ל אע"פ דבחיוב כריתות אין על הרודף חיוב מיתת ב"ד מ"מ פטור על שבירת הכלים כיון דקים ליה בדרבה מיניה שמתחייב בנפשו בידי שמים, סמ"ע, והש"ך תמה דסוגיא דעלמא לאפוקי מדרי' נחוניה בן הקנה ולא אמרינן קלב"מ אלא בחייבי מיתות ב"ד) ושבר כלים, בין של נרדף בין של כל אדם פטור,

שהרי הוא מתחייב בנפשו, שכיון שרדף התיר עצמו למיתה ולכן פטור מהתשלומין, ואם הנרדף שבר כלים של רודף פטור, שלא יהא ממונו חמור מגופו (שאמרו בסנהדרין פ"ב שאם קדם זמרי והרג לפנחס היה פטור, סמ"ע), ואם היו של אדם אחר חייב, שהמציל עצמו בממון חבירו, חייב {וע"ל סימן שני"ט ס"ד}, ואחד שרדף אחר הרודף להציל את הנרדף, ושבר כלים בין של רודף בין של כל אדם פטור, כדי שלא יבואו מלימנע מלהציל את הנרדף (ש"אם אי אתה אומר כן אין לך אדם שמציל את חבירו מן הרודף)".

ע"פ הסיפא דשובר כלים של רודף פטור דאם אי אתה אומר כן וכו', פטר **שבט הלוי** (ט, רצג) איש הצלה שהזיק תוך כדי רדיפתו ומהירותו להציל חיי אדם, וכתב **בפסקי המשפט** דכ"ד **הגרש"ז** בנשמת אברהם (ג, שעח) דהוי כרץ ברשות.

סעיף ד

ספינה שעמדה להשבר מכובד המטען, וקם אחד והשליך חפצים לים, האם חייב לשלם?

ב"ק קיז: "ההוא גברא דאקדים ואסיק חמרא למברא קמי דסליקו אינשי במברא בעי לאטבועי אתא ההוא גברא מלח ליה לחמרא דההוא גברא ושדייה לנהרא וטבע אתא לקמיה דרבה פטריה אמר ליה אבבי והא מציל עצמו בממון חבירו הוא א"ל האי מעיקרא רודף הוה".

ב"ק קטז: "ת"ר ספינה שהיתה מהלכת בים עמד עליה נחשול לטובעה והקילו ממשאה מחשבין לפי משאוי ואין מחשבין לפי ממון ולא ישנו ממנהג הספנים".

כתב **הרמב"ם** (חובל ח, טו) וכ"פ **בשו"ע** "ספינה שחשבה להשבר מכובד המשווי, ועמד אחד מהם והקל מהמשא והשליך בים פטור, שהמשא שבה כמו רודף אחריהם להורגם, ומצוה רבה עשה שהשליך והושיעם", **והראב"ד** השיגו "אין כאן לא מלח ולא תבלין שאין כאן דין רודף כלל ואין זה דומה למעשה דחמרא דפרק הגוזל ודין זה שהטיל לים אע"פ שהטיל משל איש אחד מחשבין על כולם לפי משאם". **ה"ה** (הכל בני"י) תמה על הראב"ד שדחה דברי הרמב"ם ללא טעם, וביאר דהרמב"ם מחלק בין הגמרות דההיא דעמד עליה נחשול ואין הספינה טעונה יותר מדאי אלא להשקיט שאון גלי הים הם משליכים דווקא בזה אמרו מחשבין לפי משוי, והכא איירי הרמב"ם כשהים מתנהג כדרכו אלא שהספינה טעונה יותר מדאי שאחד או שנים מהם טעונה ואז המשווי כרודף והיינו עובדא דחמרא. **הנ"י** (הובא בב"י, והתבאר ע"פ אבן האזל) הקשה על הרב המגיד דהא הרמב"ם לא חילק לומר דדוקא אם הכניס המשווי אח"כ ונטענה הספינה יותר מדאי אלא פטר בכל גווני.

הרמ"א המשיך ע"פ הרב המגיד "וי"א דוקא שטעונה יותר מדאי, דהוי המשווי כרודף, אבל אם אינה טעונה יותר מדאי ובא נחשול לטבען חייבים לשלם (אין לשון זה מדוקדק דלדין זה כ"ע מודים, ש"ך) ומחשבין לפי המשווי ולא לפי הממון (**טור** -) ואע"פ שלא הטיל רק משוי של אחד, כולן משלמין". עוד פסק ע"פ פירוש **המרדכי** בסוגיה - "הכניס חמור בספינה וקופץ בספינה ובקש לטבעו, ובא א' והשליך החמור לנהר, אם דרך להכניס חמורים בספינה אז המשליכו חייב לשלם, ואם לאו פטור, דאז החמור (ר"ל בעל החמור, ש"ך) מקרי רודף וכל כיוצא"ב (סמ"ע: קמ"ל לאפוקי מהב"י -) וכן נ"ל עיקר (**ודלא כב"י** דכתב דדברי תימא הם לפטור באין דרך להכניס דאטו מי שיש לו כלב רע או דבר המזיק שחייב להרגו ולסלק הדבר המזיק כדי שלא יוזקו אחרים אם קדמו אחרים והרגוהו מי מחייבי, והדרכ"מ יישב דאין בדבריו ממש דזה לא מקרי דבר המזיק דכל החמורים בחזקת שימור קיימי ואין דרכן בקפיצה ולא שינוי הוא ואם אירע לו אונס פתאום אע"פ שמוותרין להציל עצמן לטובעו החמור מ"מ צריכין לשלם לו החמור דומיא דעמד עליהם נחשול שבים שנתבאר דאע"פ שמוותרין להטיל המשא כדי להציל עצמן מ"מ חייבים לשלם וה"ה כאן, וכ"פ ה"ש"ך).

הסמ"ע (ט) כתב שני ביאורים לשיטת הרמב"ם מהשגת הראב"ד, א' הרחיב ע"פ הרב המגיד כנ"ל דכאן מיירי כשאחד או שנים מבני הספינה שהטעינו בספינה באחרונה הן שהכבידו בטעינתן לספינה ומשו"ה אם קידם אחד מהראשונים מבני הספינה והשליך לים ממשא זה שהטעינו האחרונים פטור, וההיא דהתם מיירי באם אינה טעונה יותר מדאי וחשבה להשבר ולטובעה בים מכח גלי ים ובא אחד והקל הספינה כדי שתלך בקלות ותתרחק מהגל אף שהשליך סחורה של זה שהטעין באחרונה, לא אמרינן שלו לבדו יהיה ההיזק, דהרי לא פשע האחרון בטעינה לספינה יותר מדאי ומזלא דכולם גרם

לבוא עליהם גל, משו"ה מחשבין אותו ההפסד על כל בני הספינה וכל אחד כפי משאו, וגם המשליך לתוך הים מצוה עשה להציל עיי"ז בני הספינה וכל אשר בתוכה ואינו חייב יותר מאחר, וגם הראב"ד מודה בזה, אלא שהוא לא פירש דברי הרמב"ם כן ומשו"ה השיג עליו, ולפי"ז לא היה לרמ"א לכתוב זה בשם י"א. כ' כאן לא איירי אלא בדיני פטור וחיוב נזק מה שהזיק המזיק, ובא לאשמועין דאם בא אחד והקל ממשוי הספינה אינו חייב הוא לשלם לבדו הנזק 'כדין המזיק', וזהו פטור דקאמר, ומטעם דהמשוי הוא רודף ומצוה עשה, ולא איירי כאן למי יהיה ההיזק של המשא הנשלך בים, ויש בו חילוקים, דאם ידוע שבעל המשא זה שהושלך בים הוא שהטעין באחרונה, ההיזק שלו לבדו, ואם אין ידוע מחשבין היזק המשא הנשלך על כולן לכל אחד כפי משאו, וזהו שדייק וכתב שם בהלכות גזילה (יב, יד) 'והקילו לשון רבים, ששם לא מיירי בדין יחיד שעשה כן מנפשו ובאם יהיה חייב לשלם, אלא כתב הדין שמחשבין לפי המשוי ולא לפי הממון.

הש"ך (ד) חידד וביאר (וקרוב לביאור א' בסמ"ע) דמדובר שפטורים כששכרו המכבידים לספן באחרונה אבל אם שכרוהו בשוה ביחד לא הפסיד זה האחרון "וכל הישובים שם בסמ"ע דחוקים" ויפה כוון הנ"י שמהרמב"ם משמע דבכל ענין פטור ולכך השיגו הראב"ד וכ"כ רש"ל. כלומר, בדף קי"ז החמור נכנס אחרי האנשים ומשום הכי פטורים (אבן האזל, עיי"ש עוד). [ויש לציין ע"פ 'חברותא' דזה כגירסת רש"י דהכניס תמורו לספינה והיו בה כבר אנשים, ודלא כגירסא אצלנו לעיל שהביא את החמור לפני שבאו אנשים ואעפ"כ נחשב רודף, וגירסת הרא"ש היא בהדי דסליק אינשי אייתי איהו חמריה כלומר הוא הביא את החמור באותו זמן שנכנסו האנשים, אבל אם החמור היה בא קודם אפשר שלא היה נחשב לרודף].

סימן שפא – דין חמשה שיטבו על ספסל אחד

סעיף א

חמישה שיטבו על ספסל ולא נשבר, ובא אחרון וישב ונשבר, מי חייב לשלם?

משנה ב"ק ט: "הכשרתי במקצת נזקו חבתי בתשלומי נזקו כהכשר כל נזקו" ובגמ' י. "כיצד החופר בור... מתקיף לה רב פפא והא איכא הא דתניא ה' שיטבו על ספסל אחד ולא שברוהו ובא אחד וישב עליו ושברו האחרון חייב ואמר רב פפא כגון פפא בר אבא היכי דמי אילמא דבלאו איהו לא איתבר פשיטא אלא דבלאו איהו נמי איתבר מאי קעביד סוף סוף מתניתא היכא מתרצא לא צריכא דבלאו איהו הוי מיתבר בתרי שעי והשתא איתבר בחדא שעה דאמרי ליה אי לאו את הוי יתביין טפי פורתא וקיימין ולימא להו אי לאו אתון בדידי לא הוה מיתבר, לא צריכא דבהדי דסמיך בהו תבר פשיטא מהו דתימא כחו לאו כגופו דמי קמ"ל דכחו כגופו דמי דכל היכא דגופו תבר כחו נמי תבר".

פירש רש"י במסקנה שמדובר שנסמך עליהם שלא יכלו לקום, וכן למד ה"ה ברמב"ם (וכן נראה בטור שלמד ברמב"ם וכ"ד הכס"מ, ואילו הסמ"ע סק"ב חלק עליהם ומש"כ הרמב"ם 'נסמכת עליו' ר"ל עליו דספסל, ור"ל דאמרו לו אילו לא באת לסמוך ולקרב ולישב על הספסל היינו עומדין) וכ"פ בשו"ע "חמשה שיטבו על הכסא (אולם לשון הגמ' והטור שיטבו על הספסל, סמ"ע) ולא נשבר, ובא אחרון וישב עליו ונסמך עליהם ולא הניחם לעמוד ונשבר, אף על פי שהיה ראוי לישבר בהם קודם [שישב] הואיל וקרוב שבירתו, האחרון חייב, שהרי אומרים לו אילו לא נסמכת [עלינו] היינו עומדים קודם שיטבר, (תוספתא המובאת בגר"א -) ואם ישבו כאחד ונשבר, כולם חייבים, וכן כל כיוצא בזה".

כתב הרא"ש (וכן הוא בתוס') "פירש רשב"ם דוקא אדם עב ושמן וכבד כגון פפא בר אבא חייב אם נשבר הספסל תחתיו אבל שאר כל אדם פטורים דסתם ספסל עשוי לכך לשבת עליו כל הנכנס לחצר ואין אדם מקפיד על כך והוה ליה כשואל שמתה מחמת מלאכה וכן עשה מעשה (לפטור בספסל של אלמנה שיטבו עליו ושברוהו) ונחלק עליו ה"ר עזריאל (וחייב) והחולק צריך לפרש כמו שפירש ר"ת דנקט כגון פפא בר אבא משום מסקנא דסמך בהו דוקא פפא בר אבא שהיה אדם חזק ויכול לעכב את כולם, ואין משמעות הסוגיא סובלת פירוש זה הילכך נראה כפירוש רשב"ם", והגר"א (ג) ביאר דהרמב"ם והשו"ע ס"ל כר"ת.

וז"ל הרמ"א שפסק כרשב"ם והרא"ש ודלא כר"ת ווי"א דסתם ספסל היא שאולה לסתם בני אדם ואם נשברה תחתיהן הוי כמתה מחמת מלאכה ופטורים מלשלם אא"כ היושבים הם משונים ושמנים וכבדים משאר בני אדם (ובכה"ג אפילו אחד לבדו שיושב עליו הוא חייב דבע"ה מסתמא מקפיד על ישיבתו עליו הואיל והוא משונה, סמ"ע), אז אם ישבו עליה ביחד ונשברה תחתיהן כולם חייבים לשלם, ואם ישבו בזה אחר זה, אם לא היתה נשברת בלא ישיבת האחרון, הוא לבד חייב לשלם, ואם היתה נשברת בלא האחרון, הוא פטור. (ה' אשר"י -) ואם לא היתה נשברת רק תוך ב' שעות, ועמו נשברה תוך שעה, אז רואין אם סמך עליהן ומנען לעמוד, הוא לבד חייב לשלם (וקמ"ל בזה דלא אמרינן כחו לאו כגופו דמי וגרמא בעלמא הוא, סמ"ע), ואם לאו כולן חייבין (דיכול לומר להו האחרון היה לכם לעמוד כשבאתי לישב עליו והרי יש לי רשות לישב עליו כמוכם, סמ"ע, ובבאה"ג תמה שפיסקה זו חוזרת עמש"כ כבר המחבר בשם הרמב"ם).

סימן שפב - הקוצץ אילן של חבירו והמונע חבירו מלעשות מצוה

סעיף א

אילן שהוא מזיק לרבים שדינו לקוץ ובא אדם זר וקצצו, האם חייב לשלם לבעלים?

מנע חבירו לעשות מצוה כמה משלם? ואם אב מינה מזהל ואחר חטף ומל מה הדין? במקרה של ברכה, האם יש משמעות לכך שהשני הנחטף ענה אמן אחר ברכתו של החוטף?

ע"פ ב"ק צא: (וחולין פז). פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם (חובל ומזיק ז, יג-יד) "שור שהיה עומד להריגה מפני שהוא מזיק את הבריות ואילן העומד לקציצה מפני שהוא מזיק את הרבים, וקדם אחד ושחט שור זה וקצץ אילן זה שלא מדעת הבעלים, חייב לשלם לבעלים כמו שיראו הדיינים (אם איש זה שהתבטלה ממנו המצוה הוא איש שמדקדק בקיום שאר מצוות וגם ישערו בטירחת קיום המצוה דפעמים מונע אדם עצמו מהמצוה מכח טירחא וניחא ליה שאחרים יעשוה, סמ"ע), שהרי הפקיעם מלעשות מצוה, ואם טען ואמר אתה אמרת לי להרגו ולקצצו, הואיל והוא עומד לכך הרי זה פטור { אבל שאר מזיק אינו נאמן לומר שהוא נתן לו רשות (גמ' וטור), אפילו יש לו מיגו לומר לא הזקתי, כגון דליכא עדים שהזיקו, דהוי כמיגו במקום חזקה (דחזקה היא דאין אדם מצוה לאחר לעשות לו דבר שמזיק לו בממונו, סמ"ע) דלא הוי מיגו (מרדכי ונ"י) אבל נאמן לומר אתה אמרת לי במיגו דלא היה שלך מה שהזקתי אלא שלי היה (מרדכי, ר"ל מה שעשיתי ברשותך עשיתי ונמצא דאינו מזיק, בזה אינו נאמן אם לא במיגו דלא היה שלך, סמ"ע, עיי"ש) }, (ברייתא שחייב רבן גמליאל -) וכן מי ששחט חיה ועוף, ובא אחר וכיסה הדם שלא מדעת השוחט, חייב ליתן כמו שיראו הדיינים, ויש מי שהורה (לשון הרמב"ם, והוא הרי"ף דלקמן) שהוא נותן קנס קצוב והוא י' זהובים (כפי שחייב רבן גמליאל בכיסוי הדם), וכן חורו שכל המונע הבעלים מלעשות מצות עשה שהם ראויים לעשותה, וקדם אחר ועשאה, משלם לבעלים י' זהובים { היה לו בן למול ובא אחר ומלו, חייב ליתן לו י' זהובים, אבל נתנו לאחר למול, ובא אחר ומלו פטור (רי"ו) }, ובזה"ז אין מגבין אותו (ר"ת רשב"א ועוד, דאין דנין מילתא דלית בה חסרון כיס) אבל אם תפס לא מפקינן מיניה (ומ"מ בין כך וכך לא טוב עשה וצריך לפייסו, ערוה"ש בשם הטי"ז).

בכדי לבאר רישא דהרמב"ם והמחבר שלא נקטו י' זהובים כבגמ' יש להביא דברי הרי"ף (ב"ק לב:): "איכא מאן דאמר האי דחייביה ר"ג להאי גברא י' זהובים קנסא הוא דקנסיה ולא גמרינן מינה לדינא אחרינא (כלומר דעה קמייתא ס"ל שראות עיניו דרבן גמליאל באותו איש כך היה ושכל דיין יקנוס כפי ראות עיניו, סמ"ע) וכד מעינת בגמרא לא אשכחת להאי סברא דאי סלקא דעתך קנסא הוא דקניס רבן שמעון בן גמליאל ולא גמרינן מינה לדינא אחרינא אמאי קא גמר מינה רב להא דנתן נטיעותי קצצת אתה אמרת לי לקצצן פטור דשמעינן מינה טעמא דאמר הכי הא לא אמר הכי חייב אלא לאו דנא הוא וגמרינן מיניה" (וע' בגר"א).

כתבו התוס' בב"ק דמעשה באחד שקראו שליח צבור לקרות בספר תורה ובא אחר וקדם וקרא ואמר ר"ת שיתן לו תרנגולת לשחוט תחת אותם שתי ברכות (וברא"ש בחולין כתב שפטור משום "דכל מידי

דלית ביה חסרון כיס לא עבדין שליחותיהו ואפילו אם תפס מפקינן מיניה" ור"י חלק דאם כן למה חייב רבן גמליאל עשרה זהובים, ועוד פטרו ר"ת מטעם שיענה אמן וגדול העונה אמן יותר מן המברך (ואף אם לא ענה איהו דאפסיד אנפשיה, רא"ש). הש"ך (סוף הסימן) כתב בשם הרש"ל דהאידינא שקונין המצוות בדמים אם קנה אי שלישי או ששי או שביעי וקדמו אחר חייב ליתן לו י' זהובים אי תפס, וכתב עליו דאין דבריו מוכרחים.

כתב הש"ך (א ג) דמצינו בכמה מקומות בש"ס דילפינן מקנסא וכנוזר בגיטין נ"ב גבי מטמא מדמע ומנסך ועוד, ויש לומר בדעת הרמב"ם דכוונתו דלכ"ע דינא הוא אלא דבברכה נהי דחייבו ר"ג ליתן י' זהובים מ"מ במצוה אפשר שאינו נותן י' זהובים רק כפי מה שיראה לדיינים ואח"כ כתב שיש מי שהורה כן בכל המצות, ומש"כ 'ויש מי שהורה שהוא נותן קנס קצוב ר"ל אע"ג דדינא הוא מ"מ קנס הוא כמו שאר קנסות הכתובים בתורה שקצובים הן והם דין תורה ולא קנסא דרבנן שאינן קצובים, ועכ"פ ברור דמש"כ הרמב"ם והמחבר 'ויש מי שהורה קאי אכל מה שהזכירו מקודם דהיינו בשור ואילן ג"כ וכן משמע ברי"ף רא"ש רשב"א ועוד דבכולהו משלם י' זהובים וכ"פ ר"ן ורש"ל, ומה שהקשה הלח"מ אר"ן כיון דשכר מצוה בכיסוי איכא ישלם גם המצוה וגם הברכה, לק"מ דכדברי הר"ן מוכח בב"ק ומפורש בראי רבים שכולם כתבו להדיא דבשכר מצוה נמי משלם י', ובכיסוי כיון דאי אפשר לברכה בלא מצוה אין משלם על המצוה, ודלא כדמשמע בטור דכתב כאן בזה כפי מה שיראו הדיינים, דהלא גם זה מצות עשה הוא כדלקמן סימן תכ"ז (דהיינו שמור נפשך מאד ולא תשים דמים בביתך) [ובמעשה רקח תירץ הטור דכיון שהיא מצות עשה כוללת ואינה מנויה במנין המצוות אף שהוא דינא ולא קנסא סגי כמו שיראו הדיינים ועוד וכי גברא אגברא קרמית הלא כמה וכמה פעמים מצינו שחולק הטור על הרמב"ם, עיי"ש].

ביאר הסמ"ע (ה) גבי כיסוי הדם דדוקא בכה"ג שחטף מהשוחט דמצות הכיסוי רמיא על השוחט שנאמר ושחט וכסה מי ששחט הוא יכסה (חולין פ"ז), אבל אם נתנו לו בהמה לשחוט ובא אחר ושחטה פטור, דשאני מצוה דנצטוינו לעשותה כגון כיסוי הדם דלאחר ששחט אי אפשר להפטר מהכיסוי, משא"כ שחיטה דאי לא רצה לאכול בשר אינו מחויב לשחוט (וראה לקמן בש"ך ד').

עוד כתב הש"ך (ג) דהקשו התוס' גבי ברכת המזון דהל"ל לגמ' בחולין נ' זהובים ולא מ' דהא איכא ברכת פרי הגפן ותירצו¹ דסבר כמ"ד דא"צ לברך אכסא דברכתא אלא אכסא קמא ותו לא, והש"ך דחה תירוץ זה מהש"ס דמשמע שהיה מברך על הכוס מדקרי ליה כוס של ברכה (ועוד עיי"ש) אלא תירץ דחייב י' זהובים אינו אלא במצוה דאו² ולא במצוה דרבנן ולכן אינו חייב על הטוב והמטיב וכ"ד הרש"ל, והביא שכ"כ רי"ו במקום אחד, אולם במקום אחר כתב דדווקא ברכת³ פרי הגפן אינה מן המנין כי היא ברכת הנהנין ולפי"ז ברכת הטוב היא מן המנין "ואפשר גם דעת הרי"ף והרא"ש כן" ולא כמש"כ בתחילה שסוברים כרש"ל.

הקצות (א) הקשה על תירוץ הרש"ל⁽²⁾ דלא קונסים בדרבנן דהא פרי הגפן הוא נמי מדרבנן דכל הברכות אינן אלא דרבנן לבד ברכת המזון שהוא מן התורה, וביאר דגם לרש"ל היינו דוקא במצוה דרבנן הוא דאינו משלם אבל בעד ברכה משלם אפילו בברכה דרבנן וכדמוכח להדיא מברכת הכיסוי דנמי אינו אלא דרבנן, אלא דעיקר סברת רש"ל "לא נדע לחלק בין דאורייתא לדרבנן" כיון דאשכחן דמשלם בעד ברכה דרבנן והוא ברכת הכיסוי.

עמש"כ הרמ"א בשם רי"ו גבי בא אחר ומלו דפטור, כתב הסמ"ע (ז) דביו"ד כ"ח סיים הטור דהכא אפילו תפס מפקינן מיניה כיון דענה אמן דהא אמרינן גדול העונה אמן יותר מן המברך ואם שמע ולא ענה איהו דאפסיד אנפשיה אבל אין לפוטרו מטעם שיתן לו תרנגול לשחוט דזו מצוה אחרת היא ומצוה ראשונה הלכה לה ומעוות אשר לא יוכל לתקן הוא, וביאר הסמ"ע דנראה דלא פטרו מכח עניית אמן אלא במצות מילה דנתקנה ברכה בציבור ובקול רם, ולכן בנתנו לו תרנגול או בהמה לשחוט וקדמו אחר ושחטו צריך ליתן טעם אחר דאין קונסין אותו, דלא מחשב מצוה דרמיא עליה דאינשי וכנ"ל בסק"ה, ולפי"ז אם קדם אחד ומל בנו של חבירו אף שהאב יכול לענות אמן אחר המברך, מ"מ כיון דהמצוה מיוחדת לאב בבנו יותר מלשאר כל אדם לא פטרינן למקדים מכח עניית אמן דהאב, אולם הש"ך (ד) האריך לחלוק דלא מסתבר כלל לחלק בעניית אמן בין אב לאחר דכשיכול לענות אמן אפילו באב דרמיא מצוה עליה פטור וכן מוכח להדיא ברי"ו עצמו וכ"ד הרש"ל לבוש ועוד, וכ"כ המעדנ"מ דבהך דר"ג היה מברך בנחת אלמא דאי היה מברך בקול רם היה פטור משום שה"ל לענות אמן והא התם מצות כיסוי

עליה רמיא כמו מצות מילת הבן על האב דכתיב ושפך וכיסה, וכן מבואר ברא"ש החילוק כלבוש דאע"פ שאמר האב למוהל אחר למול את בנו לא זכה באותה המצוה לחייב אחר אם קדם ועשאה ולא דמיא לכיסוי דאמרה תורה ושפך וכיסה מי ששפך יכסה וכן האב שחייב למול את בנו ורצה למולו וקדם אחר חייב אבל אם אין האב רוצה למולו כל ישראל חייב למולו ובדבור שאמר האב למוהל לא זכה במצוה לחייב לאחר אם קדמו, והרמ"א והלבוש מיירי כאן בענין שלא היה יכול לענות אמן כגון שדחפו או שבירך בנחת וכה"ג, ומדברי הרא"ש מוכח דמי שהוא מוהל אינו רשאי ליתן את בנו לאחר למוהלו וחייב הוא בעצמו למוהלו דומיא דכיסוי דמי ששפך הוא יכסה דמצות עשה זו מוטל על האב תחלה.

עמש"כ הש"ך דאב היודע למול אינו רשאי ליתן את בנו לאחר למולו, כתב הקצות (ב) דבתבואות שור חלק דיכול לעשות שליח דשלוחו של אדם כמותו וכ"ד הדרכ"מ (שחלק על האוי"ז כש"ך) והביא ראיה מיבמות מ"ג דאם רצה הגדול לייבם את כולם הרשות בידו, אלמא דאי בעי שאחד ייבם את קצתם רשאי והאריך בראיות, והקצות האריך לדחות דאם כדברינו כי היכי דאם האב עצמו רצה למוהלו ובא אחר וקדמו דחייב לשלם עשרה זהובים הי"נ אם נתנו לשלוחו כיון דשלוחו כמותו ומצותו עליו נתקיים ע"י שלוחו כמותו והשתא שבא אחר וקדמו ואינו שלוחו הרי ביטל מצותו והיה בדין לשלם לו עשרה זהובים (אולם אכן אפילו היכא דליכא קפידא לא הוי שלוחו אם לא עשאו בפירוש א"כ מדין זכיה, עיי"ש שהאריך) ומה שהקשה הדרכ"מ דהא בכל דוכתי קי"ל שלוחו כמותו, נראה ע"פ התוס' רי"ד (קידושין מ"ב) דכתב "יש מקשים א"כ לכל דבר מצוה יועיל השליח ויאמר אדם לחבירו שב בסוכה עבורי הנח תפילין עבורי, ולא מלתא היא שהמצוה שחייבו המקום לעשות בגופו היאך יפטור הוא ע"י שלוחו והוא לא יעשה כלום, בודאי בקידושין ובגירושין מהני כי הוא המגרש ולא השליח, שכותב בגט אנא פלוני פטרית פלונית, וכן נמי האשה למי היא מקודשת כי אם לו והיא אשתו, וכן בפסח הוא אוכלו ועל שמו ישחט וזרק הדם, אבל בסוכה הי"נ יכול לומר לשלוחו עשה לי סוכה והוא יושב בה, אבל אם ישב בה חבירו לא קיים הוא כלום, וכן לולב וכן ציצית וכל המצות", וא"כ במצות כיסוי שהתורה הטילה עליו מי ששפך יכסה אם מכסהו שלוחו לא קיים הוא כלום, והיינו נמי טעמא דמילה, והוא דומה לתפילין וסוכה וציצית דאינו בשליחות, ובזה נדחים כל ראיותיו של התבואות שור, ומה שהביא ראיה מייבום תמוה דהא אפילו בחליצה אמרו ביבמות ק"ו דלית ביה משום שליחות ומכל שכן ביבום, וא"כ מי שיכול להיות מוהל בעצמו ראוי לו לעשותו בעצמו מלבד מצוה דאינו אלא לרפואה בזה יכול לכבדו לאחר, והיכא דאין האב יכול למוהלו מתקיים מצותו עכ"פ ע"י שליחות כמ"ש בדרכי משה אך אינו רשאי לכבד אלא לגדול דאיתיה בשליחות עיי"ש.

עוד כתב הש"ך (ד) דכתב רש"ל על ר"ת (שפטר החוטף עלייה לתורה כני"ל משום ב' טעמים א' העונה אמן וכו' ב' דבבבל אין דנין) דלדבריו הא דר"ג כיסהו בלי דעת חברו ואמר הברכה בנחת כדי שלא ישמע חברו או שדחפו ממנו שלא היה יכול לשמוע וא"כ אף מפקינן מיניה אם תפס דהוא דאפסיד אנפשיה שיכול לענות אמן, ולא מיחוור כלל דסתמא איירי ש"ס בלא פלוג ומסתמא היה מברך כדרך המברכין ופשיטא דלא איירי ברשיעי שהיה מונע את חברו לענות אמן, ע"כ נראה דאפילו ענה אמן נמי חייב אע"פ שהעונה גדול היינו בלא עשיית מצוה כגון לענין ברכת ס"ת ותפלה שהוא מניעת ברכה לבד אבל לענין כיסוי הדם ומילה שהיא מצות עשה לבד והברכה אינה מעכבת א"כ מנע אותו מן המצוה ומצוה לבד ג"כ חשוב י' זהובים אע"פ דלא אמרינן מצוה לחוד וברכה לחוד לענין י' זהובים מ"מ על מצוה לבד ג"כ דנין עליה י' זהובים כמו שור ואילן דלעיל הלכך אם תפס אפילו בזמן הזה י' זהובים לא מפקינן מיניה ודלא כתוס' רא"ש ועוד שהלכו בדרך ר"ת. אולם הש"ך דחהו דדין ר"ת אמת וסיעתו הרא"ש מרדכי ועוד הם דברי אלקים חיים דעיקר החיוב הוא על הברכה ובע"כ צ"ל דבהך עובדא דר"ג לא היה חברו יכול לענות אמן ואין זה דוחק כלל דלא איירי ברשיעי דמיירי שעשה הברכה לפי תומו בנחת וכ"כ במעד"מ וכן יש ללמוד ברש"י.

עוד הקשה הש"ך (ססק"ד) דמרגלא בפומי דאינשי לזכות בברכת המזון במ' זהובים וכתב בשל"ג ושאר דמי שהזמינוהו לברך ברכת המזון ובא אחר וחטף וברך חייב ליתן לו מ' זהובים וכן משמע בש"ס ועוד רא', וקשה דהא לפי ר"ת (כמבואר לעיל ולקמן) דגדול העונה אמן יותר מן המברך ולכן כשקדם ומל פטור דה"ל לענות אמן והכי נמי בזה והיכא משכחת לה דכשחטף חברו יחייב במ' זהובים (ובהך עובדא דר"ג דבכיסוי הדם הדרך לברך בנחת ואילו ברכת המזון שמברכין בזמן בקול רם), ותירץ דאין לאדם שכר ברכה י' זהובים אלא על ברכה שמברך בפני אחרים אבל בינו לבינו לא וא"כ בש"ס והרא"מ מיירי בענין שלא יוכל לענות אמן כגון שחטף מחברו כוס של ברכת המזון ודחפו חוץ לבית וסגר בפניו עד שברכו והלכו להם וכה"ג וא"כ נהי שזה יברך אח"כ לעצמו מ"מ כיון שיברך בינו לבינו לא

יהיה לו שכר יי זהובים על הברכה וא"כ בהך עובדא דר"ג צ"ל שחייבו על הברכה לפי שזה ששחט היה רצונו לברך בקול רם בפני אחרים וזה קדם וברך בנחת וכה"ג ולפ"ז הא דמרגלא בפומי דאינשי ליתא שאין מכבדו בכלום כיון שבלאו הכי יכול לענות אמן.

[כתב בפסקי המשפט דדעת המהר"ם שיק היכא שמנע מחבירו מצוה ולא עשאה, גבי המונע לא נאמר שמשלם יי זהובים, וממילא גם בזמנינו אין בזה חובת פיוס ממון (כערוה"ש לעיל) אך הצי"א (ה, כה, כח, ב) כתב שברש"י ועוד רא' מבואר דלא כדבריו אלא החיוב משום מפני שמפסידו שכר והיינו הפסד שכר קיום המצוה שהיה מקבל וכ"כ בספר הלכות הגר"א ומנהגיו (להר"מ שטרנבוך) שחיוב יי זהובים הוא מדין מזיק ולא מדין נהנה].

סימן שפג - דין אדם המזיק לבהמת חבירו

סעיף א

ע"פ בעיא דאיפשטא בב"ק כז. פסק בשו"ע "הניח גחלת על לב שור חבירו כשהוא כפות ונשרף או שדחפו לים (אפילו בלא כפות) חייב, ואם הניח גחלת על לב חבירו ונשרף, יתבאר בסימן תי"ח", וביאר הסמ"ע (א) דפסק כתוס' דדוקא כשהוא כפות, אבל כשאינו כפות יכול להתנצל ולומר הייתי סבור שהשור ינענע מעליו כדרכו כשירגיש החמימות דהגחלת ומזלו דבעל השור גרם לו (ובהניח גחלת על עבד של חבירו אפילו כפות פטור), ועיקרי הדינים לקמן בדין האש סימן תי"ח, אלא שקיצר שם המחבר ולא הזכיר כפות לא בשור ולא בעבד וצ"ל שסמך אמש"כ כאן, אבל אין לומר שכתב שם על פי שיטת רש"י שפירש בלא כפות מאחר שכתב כאן דמיירי בכפות והוא כדעת התוס' ועוד, אולם באה"ג כתב דהא דכתוב הכא "כפות" טעות סופר, דאם היה דעת המחבר לפרשו כדעת התוס', לא הוה שתיק לפרשו כמש"כ התוס' דאפילו רבו עומד אצל השור חייב דאי באינו עומד אצלו פשיטא דחייב בכפות.

סעיף ב

ע"פ ברייתא בב"ק כח. פסק השו"ע כלשון הרמב"ם "שור שעלה על גב שור להורגו, ברשות הניזק שהוא בעל התחתון (רמב"ם), דאי ברשות המזיק ודאי שאם בא הניזק ושמת את שורו מלמטה והמית לעליון של מזיק דחייב משום דיאמר לו בעל שור המזיק למה נכנס שורך ברשותי כדי ששורי יזיק אותו וא"כ כיון שנכנס שלא ברשות ואתה שמטת התחתון ומת שורי אתה חייב לשלם לי, ה"ה ולח"מ), בין שהיה תם בין שהיה מועד, ובא בעל התחתון ושמת את שורו להצילו, ונפל עליון ומת, הרי זה פטור. דחפו לעליון ומת, אם היה יכול לשומטו ולא שמטו, הרי זה חייב, ואם לא היה יכול לשומטו, הרי זה פטור { וכן ראובן שלקח כלי של שמעון וסמך בו חביתו של יין שלא יפול, ובא שמעון ונטל כלי שלו ונשבר חביתו של יין שמעון חייב, דה"ל לסמכו בדבר אחר (אבל אם סמכו בדבר אחר פטור אע"ג דאין האבן גדול כהראשון) (תשובת הרא"ש), ולא דמי לרישא דמחבר דיש בידו רשות להשמיט התחתון וא"צ לחוש שיפול העליון וימות ולא חילק באם יש לו תיקון בהשמטת העליון בנחת דשאני התם דבא להציל את שלו שלא ימיתנו העליון ואדם בהול על ממונו משא"כ כאן דאין החבית מזיק לכלי, סמ"ע }".

כתב הסמ"ע (ג) ע"פ הרב המגיד דלשיטתו אזל הרמב"ם דס"ל לפטור המזיק כשמזיק ברשותו אפילו הכניס הניזק כליו שם ברשות וכיון שהמזיק פטור בהזיקו נמצא שהניזק הזיקו שלא כדין וחייב לשלם לו הזיקו, אבל הטור השמיט ולא כתב ברשות הניזק ולשיטתו מסימן שע"ט שפסק דלא כרמב"ם.

כתב הש"ך (ב) על הסיפא דמחבר דדחפו לעליון פסק המרדכי בב' אנשים שמכין זא"ז ובא אחר ודחף אחד מן חבירו חייב לעשות לו דין דהיה לו לשומטו בנחת [וכתב בפסקי המשפט (א) ע"פ שו"ת להורות נתן ע"פ תה"ד דאולם המוכה שדחף חבירו בעצמו מעליו וחבל בו, אין חיוב על המוכה עצמו לשומטו בנחת ופטור, אולם אם הרגיש המוכה שהמכה לא בא בדרך אכזריות ויכול לשומטו בנחת חייב].

עמש"כ המחבר 'בין שהיה תם' וכו' ביאר הסמ"ע (ד) דר"ל לא מיבעיא כשהוא תם דאם לא יציל את שורו אזי לא יפרע אלא מגופו של תם חצי נזק דהרשות נתונה לו לדחפו להעליון, אלא אפילו אם הוא מועד דאז ישתלם מבעל השור מעלייתו, אפ"ה ככה"ג עביד אינש דינא לנפשיה להציל.

סעיפים ג - ד

חמישה הניחו חבילות על בהמה ובא אחרון והניח חבילתו ומתה, מי חייב?

מה הדין בנזק שנעשה ע"י שנים ואין ידוע על ידי מי נעשה הנזק? מה יהא הדין במקרה הנ"ל באחד שאין לו לשלם? (ראה תי/לו)

ב"ק י. וכגירסת ופירוש הב"י ברמב"ם "ת"ר הכשרתי מקצת נזקו חבתי בתשלומי נזקו כהכשר כל נזקו. כיצד החופר... מתקיף לה רב ששת והא איכא מרבה בחבילה היכי דמי אי דבלאו איהו לא אזלא פשיטא (דחייב) אלא דבלאו איהו אזלא מאי קא עביד (ופטור)" וז"ל השו"ע (ד) כרמב"ם (ודלא כרש"י שפירש הסוגיה באחד שהצית דליקה והשני היה מרבה בחבילה, דדברי הרמב"ם וגרסתו הנכונים, ה"ה) "ה' שהניחו ה' חבילות על הבהמה כאחד ולא מתה, ובא זה האחרון והניח חבילתו עליה ומתה, אם היתה מהלכת באותם החבילות ומשהוסיף זה חבילתו עמדה ולא הלכה האחרון חייב, ואם מתחלתה לא היתה מהלכת, האחרון פטור (ע"פ התוספתא בגר"א -) ואם אין ידוע, כולם משלמין בשוה".

ביאר הסמ"ע (י) דהא דאחרון חייב דלא מצי למימר לאחרים ליקח חבילתם כשהנחתי את שלי כדאמרינן לעיל בה' שישבו על הספסל בסימן שפ"א, דשאני התם דמייירי דגם זולת האחרון היה נשבר לאחר זמן דמשו"ה אין לומר כיון דהייתם צריכים לעמוד עכ"פ לאחר זמן היה לכם לעמוד מיד, משא"כ בחבילות הללו וכן בטעינת הספינות בסוף סימן ש"פ.

הקשה הקצות (א) עמש"כ הרמב"ם והמתבר דבאין ידוע משלמין בשוה דאמאי הא כל חד וחד מצי אמר אני לא הזקתי אלא האחרון וכן האחרון שמא הוזק בראשון והיכי מוציאין ממנו בספיקא, וכתב דנראה דהרמב"ם למד זה מב"מ דף פ' 'היכי דלא שני בה מאן משלם אמר רב פפא דנקט פרשא וכו' ואי דוכתי דמחזקי גונדרי תרווייהו משלמין, ופירש רש"י שהיה להם ליזהר מאד ובדבר מועט שעיוות אף המנהיג הוא נשבר והוי דבר המוטל בספק, ומשמע דשנים שהזיקו ביחד והספק בין שניהם דמשלמין בין שניהן בשוה, וה"ה הכא באינו יודע משלמין בשוה, אלא דבתוס' שם דחו דברין דלא ס"ל כסומכוס אלא כרבנן והמוציא מחבירו עליו הראיה ואי הוי ספק שניהם פטורים, וא"כ לתוס' ה"נ בחבילות אם אינו ידוע כולן פטורין, ואף לפי רש"י יש לתמוה דהא כתבו התוס' בב"ב ס"ב דבכמה מקומות בש"ס דפסקו דין חלוקה משום דבכל אלו היה נראה לחכמים שיחלוקו והיכא דאתמר והיכא דלא מפרש גמרא מידי אית לן למימר המוציא מחבירו עליו הראיה, וצ"ל דכיון דלפירוש רש"י אתמר בשנים שהזיקו בגונדרי דתרווייהו משלמין בשאר נזקין נמי בספק משלמין תרווייהו, אלא דאכתי תיקשי כיון דלשיטת תוס' אמרינן כה"ג דפטירי ולא אתמר כלל א"כ ה"נ פטירי וצ"ע.

כתב הרמב"ם (ע"פ דין דבהמה דסעי' ג לעיל, ה"ה) וכ"פ בשו"ע (ג) "שנים שהמיתו את הבהמה כאחד או שברו את הכלי כאחד, משלמים ביניהם", וכתב הסמ"ע (ט) דקמ"ל דאף דיש בהכאה דכל אחד כדי להמית לא אמרינן דישלמו כל אחד מהן את כולה.

סעיף ה

סנהדרין עו: "ההוא גברא דמצמצמא לחיותה דחבריה בשמשה ומתה רבינא מחייב רב אחא בר רב פטר, רבינא מחייב קל וחומר מרוצח ומה רוצח שלא עשה שוגג כמזיד ואונס כרצון חייב בו את המצמצם נזקין שעשה בהן שוגג כמזיד ואונס כרצון אינו דין שחייב את המצמצם, רב אחא בר רב פטר דאמר קרא מות יומת המכה רוצח הוא ברוצח הוא דחייב לן מצמצם בנזקין לא חייב לן מצמצם", ופסקו הרמב"ם רמב"ן ורא"ש לחייב דקיי"ל דינא דגרמי חייב.

וז"ל השו"ע כרמב"ם "הכובש בהמת חבירו במים או שהניחה בחמה וצמצם עליה המקום כדי שלא תמצא צל עד שהרגתה החמה, חייב {ודוקא שאחזה בידו אבל סגר עליה הדלת שלא תצא י"א (טור) דפטור מדיני אדם (אך חייב מדיני שמים, ב"י) (דלא גרע מב"ק נ"ה, באה"ג)}".

סימן שפד - דין אדם המזיק שלא בגופו

טע"ף א

פסק השו"ע כלשון הרמב"ם (בעיקר ע"פ ב"ק ג: גבי כיחו וניעו היכי דמי וכתב ה"ה דזה פשוט ובכמה מקומות אומרים גיריה ניהו) - "אחד המזיק בידו" } או בשאר גופו (טור, ובג"ר ציין לרש"י בדף ד' דכ"י ופשיט את רגליו) או שזרק אבן (ב"ק כו:) או ירה חץ (כתובות לא). והזיק בו או שפטר (פי' שפתח) מים על חבירו או על הכלים והזיק (סנה' עז:) או שרק ונע והזיק בכיחו (פי' רוק עב היוצא בכח) וניעו (פי' רוק דק שהולך ומתנועע) בעת שהלכו מכחו, ה"ז כמזיק בידו והם תולדות של אדם, אבל אם רק הרוק והניח על הארץ, ואחר כך נתקל מהם אדם, הרי זה חייב משום בורו, שכל תקלה תולדות בור הוא (ונפק"מ לפטור בו כלים, סמ"ע).

טע"פים ב - ד

פסק בשו"ע (ב) (משנה ב"ק סב: -) היה מכה בפטיש ויצא גץ (שביב יוצא מתחת הפטיש כשמכין בו על הסדן) מתחת הפטיש והזיק, ה"ז חייב. (ג) (משנה צח: -) הבנאי שקבל עליו את הכותל לסותרו, ושבר את האבנים או הזיק חייב, היה סותר מצד זה ונפל מצד אחר פטור, ואם מחמת המכה חייב (מפני שזה כזורק חץ והזיק הוא, רמב"ם). (ד) (בריייתא וגמ' ב"מ קיח: -) החצב (שחוצב אבנים מההר) שחצב אבן ונתנו לסתת (הפוסל אבני גזית ומרבעה ומחליקה), והזיק בו, הסתת חייב, מסרה הסתת לחמר, החמר חייב, מסרה החמר לכתף, הכתף חייב. מסרה הכתף לבנאי, הבנאי חייב. מסרה הבנאי למסדר המסדרו על שורת הבנין, המסדר חייב (עד כאן עסק דנשבר האבן בעודה ביד אחד מהן דהוא לבדו חייב אע"ג דכולן קבלנים, סמ"ע), ואם אחר שסדרו על שורת הבנין נפל והזיק, אם הם קבלנים וכולם שותפים במלאכה, כולם חייבים, ואם הם שכירי יום, האחרון חייב וכולם פטורים.

סימן שפה - דין הזיק שאינו ניכר כגון מנסך יינו של חבירו

טע"ף א

בהזיק שאינו ניכר, האם מחייבים את היורשים? ומה הדין בעמד בדין ומת?

משנה גיטין נב: "המטמא והמדמע והמנסך בשוגג פטור במזיד חייב" ובגמ' נג. "אמר חזקיה דבר תורה אחד שוגג ואחד מזיד חייב מאי טעמא הזיק שאינו ניכר שמיה הזיק ומה טעם אמרו בשוגג פטור כדי שיודיענו ורבי יוחנן אמר דבר תורה אחד שוגג ואחד מזיד פטור מאי טעמא הזיק שאינו ניכר לא שמיה הזיק ומה טעם אמרו במזיד חייב שלא יהא כל אחד ואחד הולך ומטמא טהרותיו של חבירו ואומר פטור אני" והקשו על חזקיה מדתנן בב"ק צ"ו 'גזל מטבע ונפסל תרומה ונטמאת וכי' אומר לו הרי שלך לפניך וסלקא בתויבתא - וקיי"ל כרבי יוחנן, וז"ל השו"ע "המזיק את חבירו הזיק שאינו ניכר, כגון שעירב יין נסך בינו, מן התורה הוא פטור, אבל חכמים קנסוהו לשלם נזק שלם מהיפה שבנכסיו כדין כל המזיקים (דבמזיק כתיב 'מיטב שדהו ישלם', ואע"ג דאינו אלא מדרבנן, כעין דאוי' תקון, ש"ך בשם הרא"ש), (מימרא דאביי דסי"ל כרבי יוחנן דלא שמיה הזיק דלבריה לא קנסו רבנן מד: -) לפיכך אם מת המזיק קודם שישלם, אין קונסין בנו אחריו לשלם. וכן אם היה שוגג, או אנוס (רמב"ם, ופשוט, ב"י) פטור, שלא קנסו אלא מזיד".

שם נב: "איתמר מנסך רב אמר מנסך ממש (משכשך ידו בתוך היין לשם עבודה זרה) ושמואל אמר מערב (יין נסך ביין כשר של חבירו), מ"ד מערב מ"ט לא אמר מנסך אמר לך מנסך קם ליה בדרבה מיניה ואידך כדרבי ירמיה דא"ר ירמיה משעת הגבהה הוא דקנה מתחייב בנפשו לא הוי עד שעת ניסוך, ולמאן דאמר (רב) מנסך מ"ט לא אמר מערב אמר לך מערב היינו מדמע, ואידך (שמואל) קנסא הוא ומקנסא לא ילפינן", וכתב הש"ך (א) דמדכתב הרמב"ם כללא 'המזיק ממון חברו' וגם מדכתב 'וכן כל כיוצא בזה' מוכח דפסק כרב, דאי כשמואל הא משמע להדיא בש"ס דדוקא הני תלתא ותו לא דמקנסא לא גמרינן וכ"כ ה"ה, אבל בדיני דגרמי לרמב"ן רי"ף רב האי גאון והרא"ש כתבו דקיי"ל הלכה כשמואל בדיני, ומקנסא לא גמרינן, ולפי דבריו אינו חייב אלא במטמא ומדמע ומנסך ולא בדברים אחרים

(כמערב), אולם הש"ך האריך להוכיח כרמב"ם מחולין מ"א דקיימא כרב, ועוד דהא דחייב רבן גמליאל בחולין פ"ז ליתן י' זהובים קנסא הוא וכדעה קמא ברי"ף (ראה סימן שפב), עיי"ש שפילפל בדברי הרי"ף הנזכרים (שם), וציין לריש סימן שפ"ו שהביא פוסקים נוספים דסברי דדינא דגרמי קנסא ומקנסא ילפינן.

כתב **הסמ"ע** (ב) דהא דאין קונסין הבן היינו אפילו עמד אביהן בדין ובשונה ממסור שמת בסימן שפ"ח, אולם **הש"ך** (ג) חלק דהא דפסקו הרמב"ם והמחבר במסור שמת גובים מיורשיו אפילו לא עמד בדין היינו משום דס"ל דדינא דגרמי דינא הוא ולא קנסא והי"א שם דס"ל דדוקא שעמד בדין היינו משום דס"ל דדינא דגרמי קנסא דרבנן ולא קנסו בנו אחריו ואינו חייב אא"כ עמד בדין, ואם כן ה"ה הכא בעמד בדין חייב וכן מוכח להדיא במרדכי ועוד.

כתב **הפת"ש** (א) בשם **הפמ"ג** שהתוחב כף של איסור לתוך היתר חבירו שוגג פטור אך באינו מינו י"ל דנרגש הטעם והוה היזק ניכר וצ"ע.

[עוד בענין היזק שאינו ניכר, כתב **בפסקי המשפט** דכתב החת"ס (גיטין נג) דמ"מ איסורא איכא מדאורייתא דאין שום סברא לומר דמן התורה הפקר והיתר הוא להפסיד אלפים ורבות של חבירו, אלא שאינו נזכר בפרשת נזיקין לשלם ממיטב, עיי"ש עוד משי"כ בשם האמרי בינה בזה].

סעיף ב

ע"פ **חולין מא. וגיטין נב**: פסק בשו"ע "המנסך יין חבירו לע"ז לא נאסר שאין אדם מישראל אוסר דבר שאינו שלו (משו"ה אף ששמעו מפיו שאמר שכונתו לנסך אמרינן לצעוריה לחבריה קא מכיין ולא גמר בדעתו לנסכו, סמ"ע), ואם היה לו בו שותפות או שהיה מומר שהרי הוא כעכו"ם, או שהתרו בו וקבל ההתראה שהרי הוא מומר, הרי זה אוסר היין וחייב לשלם אע"פ שהוא מתחייב בנפשו, מפני שמשעה שהגביהו נתחייב לשלם ואינו מתחייב בנפשו עד שינסך".

כתב **הסמ"ע** (ד) דאף שדעת הרא"ש דבבהמת שותפין אינו נאסר (והטור כאן סתם ביין שאסור) שאני הכא כיון דראוי ועומד לחלוק והיה לו ליטול ואח"כ הו"ל לצער חבירו באמרו שניסכו ולכך לא אמרינן דלצעוריה קמכיון, משא"כ בשחיטת בהמה לע"ז דאי אפשר לחלקה בחייה.

סימן שפו - חילוק שבין גרמא בנזקין לדינא דגרמי והזורק כלי מראש הגג

סעיפים א - ג

מצאנו שלושה מושגים קרובים גרמא, גרמי וגורם לממון, מהו גרמא ומהו גרמי ומה דינם? הבא את סוגיות הגמרא שיטות הראשונים וההלכה.

האם יש דין גרמא בנזיקין באונס גמור?

מהו גורם לממון והאם מי שסובר שגרמי חייב סובר שדבר הגורם לממון כממון דמי?

האם גרמי חייב מהתורה, או מדרבנן, והאם צריך כוונה כדי לחייב?

פרט דין שורף שטרו של חבירו.

הזורק כלי שלו מראש הגג, והיו תחתיו כרים וכסתות שאם יפולו עליהם לא ישברו, וקדם אחר וסילקם, ונחבט הכלי בארץ ונשבר מה דינו? והאם יחשב מאבד ממנו לדעת?

ב"ק ק. "ריש לקיש אחוי ליה דינרא לרבי אלעזר אמר מעליא הוא אמר ליה חזי דעלך קא סמכינא א"ל כי סמכת עלי מאי למימרא דאי משתכח בישא בעינא לאיחלופי לך והא אתה הוא דאמרת רבי מאיר הוא

דדאין דינא דגרמי מאי לאו ר' מאיר ולא סבירא לן כוותיה א"ל לא ר' מאיר וסבירא לן כוותיה. הי רבי מאיר אילימא רבי מאיר דתנן דן את הדין זיכה את החייב חייב את הזכאי טימא את הטהור טיהר את הטמא מה שעשה עשוי וישלם מביתו הא איתמר עלה אמר רבי אילעא אמר רב והוא שנטל ונתן ביד אלא הא ר' מאיר דתנן לצבוע לו אדום וצבעו שחור שחור וצבעו אדום ר' מאיר אומר נותן לו דמי צמרו התם קא עביד בידיים אלא הא ר' מאיר דתנן המסכך גפנו על גבי תבואתו של חברו הרי זה קידש וחייב התם נמי קא עביד בידיים אלא הא ר"מ דתניא מחיצת הכרם שנפרצה אומר לו גדור נפרצה אומר לו גדור נתייאש ממנה ולא גדרה ה"ז קידש וחייב באחריותו".

צח. "אמר רבה הזורק מטבע של חברו לים הגדול פטור.. ואמר רבה השף מטבע של חברו פטור.. ואמר רבה הצורם אוזן פרתו של חברו פטור.. ואמר רבה השורף שטרו של חברו פטור דאמר ליה ניירא קלאי מינך... אמר רב דימי בר חנינא הא דרבה מחלוקת ר"ש ורבנן היא לר"ש דאמר דבר הגורם לממון כממון דמי מחייב לרבנן דאמרי דבר הגורם לממון לאו כממון דמי לא מחייב מתקיף לה רב הונא בריה דרב יהושע אימר דשמעת ליה לרבי שמעון דבר הגורם לממון כממון דמי בדבר שעיקרו ממון כדרבה דאמר רבה גזל חמץ לפני הפסח ובא אחר ושרפו במועד פטור שהכל מצווים עליו לבערו לאחר הפסח מחלוקת ר' שמעון ורבנן לרבי שמעון דאמר דבר הגורם לממון כממון דמי חייב לרבנן דאמרי דבר הגורם לממון לאו כממון דמי פטור, בדבר שאין עיקרו ממון מי אמרינן. אמר אמימר מאן דדאין דינא דגרמי מגבי ביה דמי שטרא מעליא ומאן דלא דאין דינא דגרמי מגבי ביה דמי ניירא בעלמא, הוה עובדא וכפייה רפרם לרב אשי ואגבי ביה כי כשורא לצלמא".

כו: "אמר רבה זרק כלי מראש הגג והיו תחתיו כרים או כסתות בא אחר וסילקן או קדם וסילקן פטור מאי טעמא בעידנא דשדייה פסוקי מפסקי גיריה".

וז"ל **השו"ע** (ה"ה): בכל הני פטר רבה בדף צ"ח ב'ד' מימרות משום דלית ליה דינא דגרמי, ואמימר חייב בשורף שטר חברו ופסקו **הרי"ף** ר"ח **רמב"ם** ועוד דלדין בכולהו חייב - "קיימא לן כרבי מאיר דדאין דינא דגרמי.. לפיכך¹ הדוחף מטבע של חברו עד שירד לים חייב, אע"פ שלא הגביהו² וכן הפוחת מטבע של חברו והעביר צורתו חייב, אע"פ שלא חסרו, ³ והמוכר שטר חוב לחברו וחזר ומחלו דקי"ל שהוא מחול, צריך לשלם ללוקח, כמו שנתבאר בסי' ס"ו. (ב) (כאמימר וע"פ השקלא וטריא בדף צח ע"ב -)⁴ וכן השורף שטר חוב של חברו, חייב לשלם כל החוב שהיה בשטר, שאע"פ שאין גוף השטר ממון, הרי גרם לאבד ממון, ובלבד שיודה לו המזיק ששטר מקויים היה (מאמינו) וכך וכך היה כתוב בו ומחמת ששרפו הוא אינו יכול לגבות החוב, אבל אם לא האמינו אינו משלם לו אלא דמי הנייר בלבד } ומיירי שאין עדים שיודעים כמה היה כתוב בו שאם היו עדים אינו חייב לו כלום שהם יעשו לו שטר אחר (כלומר שיאמרו העדים הדבר לפני ב"ד והב"ד יכתבו שטר אחר, סמ"ע וש"ך) כמו שנתבאר בסימן מ"א (טור ע"פ הגמ') . (ג) (ע"פ הרי"ף והרמב"ם גבי דף כ"ו דרבה לשיטתו שפטר בגרמי -) וכן הזורק כלי שלו מראש הגג, והיו תחתיו כרים וכסתות שאם יפול עליהם לא ישבר, וקדם אחר וסלקם, ונחבט הכלי בארץ ונשבר, חייב המסלק, וכן כל כיוצא בזה". אולם **הרמ"א** (ג) פסק **כר"י** והרא"ש דזה הוי גרמא ור"מ יודה בזה - "וי"א דזה מקרי גרמא בנזקין ופטור, וכן בדוחף מטבע של חברו (1) או פחת צורתה פטור (2), דהוי גרמא בנזקין, ולכן אפילו זרק כלי מראש הגג והיו תחתיו כרים וכסתות וקדם בעצמו וסלקו אפ"ה פטור, דעל הזריקה לא מיחייב דלא היו ראויים לישבר, ומה שסלקן הוי גרמא בעלמא.. " (וראה לקמן המשך דבריו).

כתב **הסמ"ע** (א) דנשמע מהרב המגיד דהרמב"ם וש"פ שהביא דמחייבי "בכל הני" טעמייהו משום דמחשבי לכל ד' מימרי שהוזכרו בדף צ"ח גרמי וס"ל דאמימר דאמר אהשורף שטרות דמאן וכו' לרבנותא אמרה אהשורף שטרו דאע"פ דהשטר לאו ממונא הוא מתחילה ועד סופו אפ"ה מחייב ביה לר"מ דדאין דינא דגרמי ק"ו לאינך הנ"ל ושאר גרמא דהמה ממון דמחייב בהו, ולדידהו אין חילוק כלל בין דינא דגרמי לגרמא בנזקין ואף שזכר בגמ' בכמה מקומות דפטרי בגרמא ס"ל דהנהו סוגיות אזלי אליבא דרבנן דפליגי עם ר"מ ופטרי בדיני דגרמי, ומשו"ה התחיל הרמב"ם 'כל' הגורם להזיק ממון חברו חייב שמע מינה דכיל להו ומחייב בכולהו וכ"כ הני"י, ודלא כלבוש שלמד ברמב"ם דכולהו דיני דגרמי נינהו ובגרמא בנזקין כ"ע מודו דפטור, והרא"ש והרמ"א ס"ל דיש חילוק בין גרמי לגרמא ואליבייהו אמר דווקא אמימרא דהשורף שטר ולא אינך, וכתב הרא"ש (ט, יג) "ועתה יש ג' חילוקים במאבד ממון חברו בגרמא, האחד בדבר הגורם לממון שנחלקו בו רבנן ור' שמעון והלכה כרבנן דלאו כממון דמי, והשני הוא גרמא בנזקין ופטור לכ"ע, דבפרק לא יחפור (כ"ב ע"ב) גבי מרחיקין

הסולם מהשוכן פריד והא גרמא בנזקין הוא, והשלישי הוא גרמי בנזקין דפליגי בהו רבי מאיר ורבנן¹, וביאר הרא"ש² "דהיכא דהוא³ בעצמו עושה היזק לממון חבירו⁴ וברי היזקא הוא הנקרא דינא דגרמי" כגון שורף שטר או מוחל (בכתובות פ"ו) דהוא בעצמו מזיק ממון חבירו, ומראה דינר לשולחני, וכן דאחוי אחווי (קט"ז ע"ב) שהראה לגוי ממון חבירו וברי היזקא, וכן בכלאים בנתיאש ולא גדרה, וכן דן את הדין ומחייב את הזכאי ליתן ופוטר החייב ומצוה ליתן הנבילה והטריפה לכלבים (בבכורות כ"ח), אבל המסלק כרים וכסתות אע"ג דברי היזקא לא עשה מעשה בגוף הממון ולא דמי לאחוי אחווי דמסור דכמאן דקלייה דמיא ועשה מעשה בגוף הממון, והשולח את הבעירה ביד חש"ו (נ"ט ע"ב) הוא אינו עושה את המעשה אלא החרש ופורץ גדר בפני בהמת חבירו (נ"ה ע"ב) ממילא נפקא וכ"ש טומן קמת חבירו (נ"ו ע"א) דלא עביד מידי ומבעית חבירו (שם) איהו דאפסיד לנפשיה ולא עביד ביה מעשה⁵, וכתב דעוד יש לחלק היכא דבשעת מעשה נעשה ההיזק נקרא דינא דגרמי כגון שורף שטר או מוחל או מראה דינר וכו' שמיד סומך עליו ונעשה לו ההיזק ופטר אותו שנתנו לו, ומסור בעידנא דאחוי ליה כמאן דקלייה דמי, אבל כל הני לא בא ההיזק מיד דהמסלק הכרים לא נשבר הכלי עד שיגיע לארץ וכן שיסה עד אחר השיסוי לא יש"ש עיי"ש (וכן הובא בתוס' ב"ב כב: בשם ר"י ועוד מקומות, ח.פ.א), והמרדכי בשם ריב"א (ובתוס' שם בשם ריב"א) כתב דמה שמחלק ר"י 'נראה שכולם שוים'⁶ אלא דמילתא דשכיח קנסו ביה רבנן וחיובן אינו אלא מדרבנן ומטעם קנס ומילתא דלא שכיח לא (ויטעם דקנסו שלא יהא כל אחד הולך ומזיק לחבירו בעין והיינו טעמא דמאן דמחייב בהיזק שאינו ניכר ואפשר דבשוגג נמי קניס רבי מאיר כי היכי דקניס במטמא ומדמע אחד שוגג ואחד מזיד⁷, לשון התוס', ח.פ.א), וסייע מהירו' לכך דהוי קנס, ולדברי המרדכי הללו נתכוין הרמ"א בסע' ג' (לקמן) ומשו"ה נראה שקיצר ולא כתב כל הני פרטי דכתבו הרא"ש והטור לפטור ולחיוב דס"ל כוותיה דכולם פטורים אי לאו בהני דשכיחי דקנסו בהן ואפילו בגרמא בניזקין, ולהני גרמות דפטרי בהו רבנן מלשלם קראוהו "גרמא בניזקין" וכאילו אמרו הגרמות באו מכח הניזקין וכאילו באו מעצמן ולא מכח האדם המזיק, ובהני דמחייבי בהו רבנן קראוהו "דיני דגרמי" ור"ל הגרמות לא באו מעצמן אלא מאדם המזיק שגרם להו, וזה אתי שפיר לכ"ע אף לריב"א דס"ל ששוין הן, מ"מ בדבר השכיח וקנסו עליו רבנן קראו הגרמות על שם המזיק ובדבר שאינו שכיח לא קראו הגרמות על שם המזיק (וראה עוד בקצות סק"י לקמן בגדרים נוספים בגרמא).

הש"ך (ד) חלק עמש"כ הסמ"ע (ד) בדעת הרמב"ם, דכ"ע מודו דגרמא בניזקין פטור וכ"כ הרשב"א וכן משמע ברמב"ן להדיא שגם דעת הר"י⁸ וכן משמע בתוס' ורא"ש בכמה דוכתי וכ"ד המחבר דמחלק בין דיני דגרמי לגרמא וכל הנך שהזכיר המחבר דחייב גרמי נינהו "וגם מלשון המחבר מה שרשם בתחלת הסימן ממה שמדבר הסימן.. חילוק שבין גרמא לבניזקין לדינא דגרמי" (וכן הסכים הקצות בסק"ב דלא כסמ"ע, דודאי גם לרמב"ם אשכחן דס"ל דגרמא בנזקין פטור דאמרינן בריש הכונס בשולח את הבעירה ביד חש"ו, פורץ גדר בפני בהמת חבירו, הכופף קמתו בפני הדליקה, המבעית חבירו, הנותן סם המות לפני בהמת חבירו, ושיסה בו הכלב וכל הנך להרמב"ם נמי פטור כמבואר בדבריו "אלא ודאי דהרמב"ם נמי מחלק בין גרמי לגרמא אלא דס"ל דדוחף ופוחת וזורק בכלל גרמי דחייב הוא"). עוד כתב בשיטת רש"י דסבר הרמב"ן בדעתו דהכל אחד הוא גרמא וגרמי (ודלא כפי שהבין הרש"ל בשיטת הרמב"ן ברש"י דיש חילוק וגרמא ולכ"ע פטור) ומש"כ רש"י על דברי רבה דזרק כלי כו' פטור דגרמא בניזקין פטור לא פירש כן אלא לדעתיה דרבה דהוא מרא דשמעתא בהגוזל דס"ל השורף שטרו של חבירו פטור משום דגרמא בניזקין פטור ולא דאין דינא דגרמי אבל אגן קי"ל כדמסיק בש"ס התם דשורף חייב משום דדיינן דינא דגרמי וא"כ לדידן בזרק כלי נמי חייב ורש"י לא פירש כן אלא לדברי רבה, דליכא למימר דרש"י מחלק בין גרמי לגרמא (כרש"ל ברמב"ן ברש"י) דהא משמע מדברי רש"י דגרמי וגרמא כולהו חדא מילתא היא דהא רש"י כתב על הנך מימרא דרבה בהגוזל דטעמא דרבה בכולהו משום גרמא בניזקין הוא פטור וגרמא וגרמי הכל אחד ורבה לא דאין דינא דגרמי, ולמאי דמסקינן דדיינן דינא דגרמי חייב בכולהו. גבי מח' הרמב"ם ור"י כתב הש"ך (ז) דהעיקר כר"י רא"ש וסיעתם דבדוחף מטבע לים ופוחת מטבע פטור דבכולהו הלכה כרבה בר משורף שטרות וכדלקמן בסק"א, מיהו היינו דוקא שלא הגביהו ודחפה לים הגדול ודוקא במים צלולים דחזי ליה וכן בפוחת מטבע דוקא שלא חסרו וכן שלא הגביהו ושלח ליש"ש לפרטים אלו (וראה לקמן בקצות סק"י א). עוד חלק הש"ך (כד) עמש"כ הרמ"א בסוף סע' ג' בשם יש מי שאומר דבכל גרמא בניזקין אם הוא שכיח חייב לשלם משום קנס, דלא נמצאת דעה כזאת "ומי מפסי איזו שכיח ואיזהו לא שכיח" אבל בעל סברא זו הוא ריב"א וש"פ שכתבו לתרץ דהא דבכמה עניינים איתא בש"ס דחייב משום דינא דגרמי ובכמה עניינים פטור, ודוקא מילתא דמצינן בש"ס דקנסו אמרינן משום שהיה נראה להם דשכיח קנסו והבו

דלא לוסיק עלה ואין לך אלא מה שאמרו הם כן, ודלא כמשמע בסמ"ע סק"ז גבי שליש שהחזיר השטר שקנסו בדבר שכיח (ונראה גם שחלוק על המ"ב דלקמן, ח.פ).

גבי חילוקי הדינים בדינא דגרמי, כתב הפת"ש (א) בשם המשאת בנימין (וכל ההגדרות שהזכיר מופיעות ברא' לעיל) דכל מילי דשכיחי קנסוהו רבנן למזיק בכל ענין "ובמילי דלא שכיחי הוא דחילקו רבנן בין גרמא לגרמי.. ונראה דאינו חייב לשלם מדינא דגרמי במידי דלא שכיח אלא בדבר דאית ביה תרתני, שהוא עושה ההיזק בעצמו וגם ההיזק בא מיד בשעת מעשה" דזה הוי גרמי ואז חייב לשלם מדאורייתא כאילו עשה ההיזק בידים, "אבל משום חד מינייהו לא מחייבין ליה משום דאנן לא פסיקא לן מילתא איזה חילוק הוא אמת.. ועוד אפשר דגם חכמי התלמוד לא חייבו מדינא דגרמי עד דאיכא תרי טעמי", ועוד כתב המ"ב בשם הרא"ש (כנ"ל) דאינו חייב מדינא דגרמי עד שיהא ברי היזקא ועד שיעשו מעשה בגוף דבר הניזק. עוד כתב בשם הנו"ב גבי גורם היזק לחבירו במכס סחורות, דלא מיקרי גרמי אלא כשעושה מעשה בגוף דבר של חבירו וכאן זה ע"י כרטיס ואם יחזיר ה"קאנסימענט" לידו א"כ שוב לא עשה מעשה בגוף הדבר של ראובן שהרי בסחורות עצמן לא עשה שמעון שום דבר, "אלא שאולי כיון שכבר בא ההיזק ע"י ה'קאנסימענט' כבר נתחייב שמעון ומה שמחזיר עתה חספא הוא מחזיר", אך כיון שכתב הסמ"ע דלרמב"ם אין חילוק בין גרמא לגרמי ובכולהו חייב א"כ כאן שראובן תופס ומוחזק יכול לומר קים לי.

הש"ך (א) האריך לחלוק עמש"כ הרמב"ן דדינא דגרמי דאין ומחמת זה היה מוכרח לחלק בחילוקים איזו נקרא דינא דגרמי ואיזו נקרא גרמא, אלא העיקר דדינא דגרמי אינו אלא קנסא דרבנן ואין צורך לחלק בשום חלוקים וחכמים קנסו בדבר שהיה נראה להם שהוא שכיח ואין לדמות גזרות חכמים זו לזו, וכן סוברים הריצב"א בשם הירו', מרדכי, סמ"ג, אגודה ועוד, וכן הוא בתשובת ה"ר יקר בן ה"ר שמואל הלוי בתשובת הרא"ש דמסור קנסא הוא ולא קנסו בנו אחריו, ודלא כנראה בטוש"ע בסימן ס"ו ע"פ התרומות שכתבו דהמוחל שטרו ישלמו יורשיו דהוא משום דינא דגרמי דחייב מדינא ולא משום קנסא, וכ"כ ברמ"א בסימן שפ"ח ע"פ מהר"ם דדוקא שעמד בדין המוסר דלא קנסו לבנו (אך קשה דבסימן ס"ו סתם כטוש"ע), ונפק"מ גם לשוגג דכתב הני"י דמסור ומפגל פטורים בשוגג ודלא כרמב"ן דבכל גרמי כמוחל ושורף שטר חייב אף בשוגג, ותליא במח' בהבנת השקלא וטריא גבי מסור בב"ק קט"ז ע"ב 'א"ל רב הונא בר חייא לרב נחמן דינא או קנסא א"ל מתניתין היא דתנן אם מחמת הגזלן חייב להעמיד לו שדה ואוקימנא דאחוי אחווי', ודחה ראיות הרמב"ן ממחיצת הכרם שנפרצה דהתם אין כוונתו להזיק וחייב, דאינו, ודמי למש"כ הרמב"ן בעצמו במראה דינא דהואיל וצריך למגמר וקא חזי פושע ומזיק הוא וה"ה בזה כיון שלא גדרה פושע ומזיק הוא, ומ"ש הרמב"ן להוכיח דאנן קי"ל דמקנסא לא ילפינן הלכך ע"כ דינא הוא דקי"ל כשמואל בדיני ושמואל ס"ל בגיטין נ"ב דמקנסא לא ילפינן גבי מנסך היינו מערב, ואינו מוכרח כמש"כ בסימן שפ"ה שהרמב"ם ועוד פסקו כרב והאריך לדחות מש"כ הרמב"ן דסוגיא כוותיה דשמואל, והוכיח דהוי דרבנן מב"ק ס"ב גבי עשו תקנת נגזל באשו (עיי"ש), ועוד ראיא מדפטרינן למוסר כשהוא אנוס ואי דיני דגרמי דאין הא בכל מילי דאורייתא מיחייב באונס כרצון ואף שהרמב"ן הרגיש בזה וכתב דאקילו רבנן בדבורא ולא עשו, דוחק הוא דלמה עקרו רבנן דין תורה אלא ודאי דינא דגרמי אינו אלא מדרבנן ולכך מסור שאנסוהו להראות והראה פטור וכ"כ בהגה"מ ועוד רא' דמשום דינא דגרמי לא הוי אלא מדרבנן הלכך כי אניס לא מחייב, ועוד האריך מב"ק ע"א (וגם בכתובות ל"ד) והתוס' שם גבי הא דמחייב ר' מאיר ד' וה' בטבח שור הנסקל אמאי איסורי הנאה ניהו אמר רבא ר' מאיר סבר לה כר' שמעון דאמר דבר הגורם לממון כממון דמי. עוד כתב להוכיח מהשקלא וטריא בדף צ"ח שרב דימי בר חנינא רצה לתלות דברי רבה בר"ש ורבנן גבי גורם לממון ור"ש סבר דבר הגורם לממון כממון דמי מדאין וקאמר דמודה בשר שאין עיקרו ממון דפטור א"כ מנא ליה לאמימר דמאן דדאין דינא דגרמי מיחייב בשטר דלמא ס"ל כר"ש אלא דכל השקלא וטריא דמעיקרא הוי מדינא דאין וקאמר אממר מילתא אחריתי דלמאן דדאין דינא דגרמי מקנסא דרבנן מגבי ביה דמי שטרא מעליא דפשיטא דיש לקנוס טפי בשורף שטר ממוסר ומחיצת הכרם שנפרצה, ועוד יש להוכיח מדקאמר אממר גבי שטר דווקא ולא אמר 'דמי חמץ מעליא' או 'דמי מעליא', דדוקא אשטר קאמר משום דשכיח אבל גזל חמץ ועבר עליה הפסח לא שכיחא וגם אין ראוי לקונסו שהרי אדרבה בשריפתו גרם תשלומין לנגזל והפסד לגזלן וניחא טפי לרש"ל ופוסקים דס"ל דמדלא קאמר אממר אלא בשורף שטר ולא פליג ארבה בשאר מימרות דקניס אממר בדבר הרגיל דמגבי ביה דמי שטרא מעליא דשכיח ומילא הנך תלתא דלעיל לא שכיחא, ועוד כתב דאפשר דלאמימר לא ברירא

ליה דקנסא הוא אלא ספוקי מספקא ליה וקאמר דלמאן דדאין דינא דגרמי משום קנסא מגבי ביה בהאי שטרא דמי מעליא.

כתב **הקצות** (א) דכל ראיות הש"ך אינן מוכרחות כלל והאריך לדחותן אחת אחת, אך סיים דבריו בצ"ע.

כתב **הש"ך** (ג) דכתב בעה"ת גורם דגורם פטור והביא ראייה משבועות ל"ב גבי הכל מודים בעידי סוטה כו' הלכך השולח הבערה ביד חש"ו ושרפו שטרות פטור, והרמב"ן חלק דליכא לדמוייה לשבועות דהתם לא חייבה התורה שבועה אלא על שבועת העדות המחייבת ממון או גורמת אבל גורם דגורם כפירת דברים הוא וממונא ליכא אפילו בכובש עדות גמור "ומי שדמה שתי עניינים אלו וערבן חייב משום כלאים", ולכן חייב בגורם לשרוף שטרות חבירו, והש"ך כתב דלפמש"כ בסק"א דדינא דגרמי אינו אלא קנסא דרבנן יש לפטור גורם דגורם. **הפת"ש** (א) כתב בשם הנו"ב דיכול מוחזק לומר קים לי כרמב"ן דגורם דגורם ג"כ חייב.

הקצות (ג) התקשה במה שפטר בעה"ת, דהא בב"ק נ"ט אמר ריש לקיש משמיה דחזקיה לא שנו דמשלח פטור אלא שמסר לו גחלת וליבה אבל מסר לו שלהבת חייב מאי טעמא מעשיו גרמו לו ור' יוחנן אמר אפילו מסר לו שלהבת פטור ולא מיחייב עד שימסור לו סילתא ושרגא דהאי ודאי מעשה דידיה קא גרמי, ופסקו הפוסקים וטוש"ע בסימן תי"ח כריש לקיש, וא"כ היכא דמסר לו גחלת וליבה אפילו שרפה כלים נמי פטור ואם מסר לו שלהבת אין בו משום גורם אלא מזיק ממש ואשו הוא דחייב אליביה דכ"ע אפילו למאן דלא דאין דינא דגרמי, וא"כ שרפה שטרות אמאי פטור, הא מאן דמחייב לה בתורת אש הוא דמחייב לה ולא משום דינא דגרמי, והו"ל כהדליק אש והלך ברוח מצויה דחייב, ובודאי התורה דחייבה בנזקי אש לאו משום דינא דגרמי הוא, וא"כ שרפה שטרות נמי ליחייב היכא דהוא באופן דחייב בשלח ביד חש"ו, והיכא דפטור בשלח הבעירה ביד חש"ו אפילו שרפה כלים פטור, וכתב לבאר דבאש דכלו לו חציו היינו בענין שהיה לו לגודרה ולא גדרה דחייב באשו משום ממונו, ובזה נראה דשרף שטרות כה"ג פטור לדעת הרמ"א הכא דאינו חייב בדינא דגרמי אלא בנזקי גופו ולא בנזקי בהמתו וזה שכלו לו חציו אין בו משום חציו ותו לא הוי נזקי גופו אלא נזקי ממונו ופטור בשטרות.

עוד כתב **הש"ך** (ו) דדעת הרמב"ן דבמוסר ומוחל שטר דדבורא בעלמא הוא ואקילו רבנן בדבורא ולא עשו בו אונס כרצון אבל השרוף שטרות באונס חייב דהא לאו מחילה היא וכן חייב בדיני דגרמי בשוגג, והש"ך חלק דכל דיני דגרמי אינו אלא קנסא דרבנן כתב דפטור בכל אונס ושוגג (וכנ"ל).

כתב **הפת"ש** (ב) בשם **חוות יאיר** בנידון שתבע ראובן את שמעון שלולא שעיקל ספינתו היה מבריוחו לארץ אחרת ושם היה מוכר יינו בעד כסף רב, וע"י ששמעון עיקל ספינתו הספיקו אנשי המלחמה לתופסה, והעלה שאין טענת ראובן כלום כי אין לחייב את שמעון מצד דינא דגרמי דכבר הכריע הש"ך דדינא דגרמי הוא רק קנס מדרבנן ובשוגג שלא נתכוין להיזק פטור, ובפרט דבנידון דידן לא הוי רק ספק גורם ולא ברי היזקא דלכ"ע פטור, והוסיף דגם אין לחייבו דמאחר שהוא שעת חירום וכמזיק בידים ודמי לכופף קמתו של חבירו לפני הדליקה במקום דמטי ברוח מצויה דחייב בב"ק נ"ו, דזה אינו, דנידון דידן ודאי לא דמי רק לרוח שאינה מצויה, דלא פסיקא מילתא שימהר ויחיש הגדוד לבוא, ואין לומר דהרי ככופף קמתו של חבירו גם ברוח שאינה מצויה חייב עכ"פ בדיני שמים, זה אינו, חדא, דכבר כתב רש"ל דלא מהני תפיסה בכל החייבים בדיני שמים והביאו הש"ך בריש סימן כ"ח (עיי"ש שרע"א הביא מחלוקת בזה, ח. פ), ועוד, דכאן ודאי אף בדיני שמים פטור, דדוקא בשאין לו שום שייכות בדבר השיך לחבירו, משא"כ זה שכיון להצלת חובו, אינו מחויב להמנע מחשש היזק חבירו הבלתי רגיל.

גבי הדוחף מטבע של חבירו עד שירד לים חייב אע"פ שלא הגביהו לפני כן, כתב הסמ"ע (ב) דמבואר בגמ' דאילו הגביהו פשיטא דחייב דהרי בא לרשותו וצריך השבה מעליא ועוד ה"ל למחבר לכתוב הגמ' דמיירי באפילו המים צלולים ורואה המטבע לפניו אלא שצריך לשכור אדם היודע לשוט תחת המים ולהביאו. בש"ך (ח) כתב דדעת הרש"ל דאף היכא דשקליה דצריך למעבד השבה מ"מ יצא במה שמשלם לו שכר בר אמוראי ואינו צריך להטפל ביה יותר, ודחהו דכיון דבעי למעבד השבה אינו יוצא עד שמחזירה למקום שנטלה.

< כתב הקצות (י) דכתב המרדכי בשם רבי יקר דמאי שנא זורק מטבע לר' מאיר מהמכה בהמת חבירו דמשלם נזק ואם רפאה אינו משלם לו אע"ג דגורם ליתן לו שכר הרופא דהא בזורק מטבע גורם ליתן שכר להעלותו וכן קשה מאי שנא מאדם דחייב לו ליתן ריפוי ושבת לבד הנזק משא"כ בבהמה דפטור, אלא ע"כ דאף ר' מאיר מודה דפטור בזורק מטבע לים ויש לחלק בין נזקי גופו לנזקי ממנו שבמזיק לגופו יש ליתן לרופא היזקו שע"כ יש לו ליתן לרופא משי"ה חייב לשלם ריפוי לבד מן הנזק דאפחתיה מכספא, אבל כשמזיק לממונו ומחמת אותו ממון נפסד ממון אחר כגון חובל בהמה ומחמת הבהמה נפסד ממון אחר שיש לו ליתן לרופא משי"ה פטירי וה"נ בזורק מטבע דמחמת ממון מפסיד ממון אחר ככה"ג מודה ר' מאיר עכ"ל דפטור, וכ"כ בהגהת מרדכי בשם הר"ר אליהו כשאדם מזיק דבר של חבירו כמו שורף שטרותיו דמזיק החוב עצמו חייב אבל אם הדבר בעין אע"פ שצריך לתת משלו כדי להעמידה כבראשונה ושאינו שוה עתה למכור כמו שהיתה כמו זורק למים צלולין אע"פ שצריך לתת שכר לתרמודאי ליטלו, גרמא בנזקין הן ופטור, וכן השף מטבע בקורנס אע"פ שצריך לתת שכר לצורף, וכן החובל בהמת חבירו דפטור אע"פ שאינו שוה עתה כבראשונה, וכן כל דבר שאינו מחוסר גוף הדבר אלא שצריך להוציא כדי להשיבו לקדמותו הוא נקרא גרמא. הקצות האריך בשקלא וטריא בב"ק י"א גבי 'מנין שעל בעל הבור להעלות שור מבורו ת"ל כסף ישיב לבעליו' והעלה דבדוחף מטבע לים ונפלה על האבן ונעשה בו קצת נזק דלא הדר דבזה צריך להעלותו מן הים על הוצאות שלו דכיון דגלי קרא בבור דעל בעל הבור להעלותו במקום נזק, וכן גבי שומרין דהוא אדם המזיק דצריך להביא עדודה לב"ד, וכיון דעל המזיק להביא השברים לב"ד א"כ כל שהיה קצת נזק מחויב המזיק להביא השברים לב"ד ומחויב להעלותו מן הבור, ולא מיפטר דוחף מטבע לים אלא היכא דלא היה נזק כלל, משא"כ בריפוי שכתב המרדכי לעיל, דאפילו במקום נזק דאינו בכלל יביא עדודה לב"ד כיון דהבהמה לפנינו.

גבי שורף שטר כתב הב"י בשם בעה"ת דאם בעל השטר אומר מנה היה בו והשורף אומר לא כי אלא נ' ישבע כדין מודה מקצת ואי אודי במקצת ועל השאר טען איני יודע מתוך שאינו יכול לישבע משלם, וכ"ד הלבוש והב"ח, אולם כתב הש"ך (י) דצ"ע דהא דקי"ל בסימן סו/לט וצה"א דאין נשבעין על השטרות לא שבועת השומרין ולא שבועת מודה מקצת והוא מן המשנה בשבועות מ"ב, ובמשנה היה אפשר לדחוק דהיינו למאן דלא דאין דינא דגרמי או שאינו גורם היזק במה שאינו מחזיר השטרות רק שתובע גוף השטרות לאיזו טעם שיש לו אבל מסתימת כל הפוסקים שכתבו סתמא אין נשבעין שבועת מודה מקצת על השטרות משמע אף שמכח כפירתו לא יוכל התובע להוציא חובו אין נשבעין והכי מוכח להדיא בתוס', וי"ל דס"ל דדינא דגרמי ודבר הגורם לממון כממון דמי הכל אחד הוא וס"ל הלכה כר' שמעון וכן האריך להוכיח בדעתו מכמה מקומות, וא"כ לדין דלר"ף רמב"ם רא"ש ורוב הפוסקים לא קי"ל כר' שמעון ליתנהו לדברי הבע"ת, והראה מהרמב"ן שכתב ג"כ כביאור זה דתליא דין זה בר' שמעון ופסק כנ"ל דלא כבעה"ת דאין נשבעין אלא על דבר שגופו ממון ולא על הגורם ומכ"ש לפמשי"כ בסק"א דדינא דגרמי אינו אלא קנסא דרבנן דאין לחייב ש"ד בהא. עוד כתב ללמוד מהרמב"ן דבכל דיני דגרמי אין נשבעין שבועת התורה, אולם ברמב"ם ותשובת הרשב"א מוכח דבמסור שייך שבועה דאין אף דאינו חייב רק מדיני דגרמי, וי"ל דאף מאן דס"ל דבדיני דגרמי מחייבים שבועה דאין מודים בשטרות וס"ל דזוקא בהקדשות ושטרות דממעטינן להו מקרא דאין נשבעין עליהם היכא דגלי גלי והיכא דלא גלי לא גלי וכ"כ הרש"ל.

אולם הקצות (ד) האריך להוכיח כבעה"ת, ועיקרא דהך מלתא תליא במה שנחלקו הרמב"ם והראב"ד (טוען ה,ב) בהיזק קרקע דלדעת הרמב"ם אזלינן בתר מעיקרא הי"נ אין נשבעין אע"ג דשרפן, ולדעת הראב"ד אזלינן בתר בסוף והשתא דמים קא תבע א"כ ה"ה בשורף שטרות השתא מיהא תבע ממון ממש שחייב לו, ומה שחילק הש"ך לדעת הראב"ד נזק שטרות מדין נזק קרקע (עיי"ש), אין לחלק בין השוין דגבי נזק שטרות נמי כיון דהשתא מחייבי בנזק השטר הרי תובעו ממון ממש, ולדעת הראב"ד הא דאימעטו שטרות משבועה היינו בעינא כמו בקרקע והיינו שתובעו שטרות יש לי בידך ויש לו עד אחד דאין נשבעין, ועמשי"כ הש"ך דלפי מה שהעלה דדינא דגרמי דאינו אלא מדרבנן אין בו שבועה דאין, "כבר" נידון בסימן פ"ז (סקל"ב) דאפילו בממון דרבנן נמי נשבעין שבועת התורה כיון דהפקר ב"ד הפקר הו"ל ממון ממש ובטוען איני יודע הו"ל מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם, ומה שהוכיח כן מרש"ל דלמ"ד דינא דגרמי דרבנן לא שייך שבועה דאורייתא, הרש"ל לשיטתו דמ"ד דינא דגרמי דרבנן וקנסא הוא ואי מודה מיפטר ובזה ודאי ליכא שבועה דאורייתא כיון דאפילו מודה מיפטר, אבל לפי מה שהשיגו הש"ך בסימן שפ"ח (סקנ"א) דלא מהני בזה מודה מיפטר א"כ אפילו בדינא דגרמי דרבנן נמי

נשבעין שבועת התורה, "וא"כ נראה בשורף שטר ותובעו הממון לדעת הרמב"ם פטור ומשום דאזלין בתר מעיקרא ולדעת הראב"ד חייב כמו בדמי קרקע".

עוד גבי שורף שטר כתב הש"ך (יג) דדעת הרש"ל דאירי דוקא דלא שקליה בידיה דלא הוי גזלן או שהיה בידו כבר בפקדון אבל שקליה בידיה ואגביה הוי גזלן לכ"ע והשבה בעי למעבד וחייב לכ"ע אפילו לרבה דלא גרע דיני דגרמי מגרמא בניזקין דמסקינן לעיל דאי שקליה בידיה גזלן הוא וחייב כ"ש הכא, וא"כ ישבע הנגזל כמה היה כתוב ביה דהא עשו תקנת נגזל בגזלן ודוקא בשטר ששוה הנייר פרוטה לצור ע"פ הצלוחית דהוי בודאי גזלן אבל אי לא הוי ודאי גזלן ודלמא ליכא כאן דיני גזלה ואין כאן תקנה לנגזל, והש"ך חלק דרבה סתמא קאמר ומשמע אפילו שקליה בידיה ואגביה ושרפיה פטור לרבה, ודווקא גבי זורק מטבע לים הגדול הגמרא טרחה לחלק ולא גבי שורף שטר חברו, ועוד דבדף קי"ז ממעטינן קרקעות עבדים ושטרות מקרא דאין נגזלין וע"כ בגזל קרקע ושטפה הנהר או נשרפה פטור, ואיתא התם דאפילו ר' אליעזר דפליג בקרקעות מודה בשטרות והכי איתא נמי להדיא בשבועות ל"ז, ומטעם דברשותא דמרא קמא קיימי, וכ"כ הרמב"ם 'הגזלן קרקע ונשחתה מאליה כגון ששטפה נהר או נשרפה באש שירדה מן השמים אומר לו הרי שלך לפניך שהקרקע בחזקת בעליה קיימת ואין אחריות הפסד עליו, וא"כ ה"ה שטרות דמחד קרא אמעטי ואדרבה כ"ש שטרות דהא אפי' ר' אליעזר דדריש רבוי ומיעוטי ולא ממעט קרקע ממעט שטרות, והכי מוכח דקרא ממעט אפילו נשרפו דאי כשהן בעין לא צריך קרא למעוטי שטרות דהא אפילו מטלטלים כגון בחמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הרי שלך לפניך, ואף בראב"ד משמע דלא פליג אלא בעבדים משום דמצינן בקרא דנקנין ביאוש דכתיב וישב ממני שבי אלמא לאו כקרקע דמי הלכך כשמת העבד או נשרף משלם את דמיו דכשמת לגזלן מת, הא בשטרות דליכא קרא דנקנין ביאוש דמי לקרקע, וגם בעבדים גופיה י"ל דעיקר דדינן כקרקע כדלעיל סימן שס"ג, "והעולה מזה קרקעות ועבדים ושטרות אין נגזלין והרי כאלו הן ברשות הבעלים לפיכך אם אחר שגזלן נשרפו מעצמן בבית הגזלן פטור ואם שרפו הגזלן אינו חייב אלא משום דינא דגרמי משום קנס חכמים", וכ"פ הקצות (ו) דעיקר כדברי ש"ך דשטרות אין נגזלין ואפילו היכא דליתנהו בעינא פטור.

עוד כתב הש"ך (יד) דשורף שטר חייב "כל החוב" היינו ששמיין כמה היה שוה למכור כדלעיל סימן סו/לב ואין סברא לחלק בין מוחל לשורף וכ"כ בתשובת הרא"ש ועוד.

עוד כתב הש"ך (יד) שמהריב"ל כתב שאין השורף יכול לומר פרעתי ההיזק למ"ד דינא דגרמי דאוי' אלא רק למ"ד דרבנן ומצי למימר קים לי כמ"ד דרבנן, והש"ך חלק דנאמן לכ"ע.

עמש"כ המחבר ע"פ הגמ' "ובלבד שיודה לו המזיק ששטר מקוים היה" וכו', כתב הרש"ל (ש"ך ט"ו) דאם המזיק אינו יודע לא אמרינן שכנגדו נשבע ונוטל, דגבי שורף שטרות של חברו גרע ממסור ולכ"ע לא עשו תקנת נגזל בשורף כיון דניירא בעלמא קלא מיניה, והש"ך חלק דלא נהירא לחלק בדיני דגרמי בין זה לזה דנראה דכונה דינא דגרמי חד דינא אית להו וכי קמבעיא לן בב"ק ס"ב עשו תקנת נגזל במסור או לא בכלהו דינא דגרמי מבעי לן והכי משמע מלישנא דש"ס שם, ודחה ראיות הרש"ל מהרא"ש ונ"י, וכ"ד תשובת מיימוני בשם תשובת רב האי גאון להדיא דשורף שטרו של חברו ומסור חד דינא אית להו לענין תקנת נגזל.

< כתב הש"ך (יא) דכתב הרמב"ן דמי שגזל חמץ ועבר עליו הפסח שהיה יכול להחזירו לנגזל ולומר לו הרי שלך לפניך ובא אחר ושרפו חייב לשלם לגזלן מדינא דגרמי שהרי גרם להפסיד ממון מכיסו, והרש"ל הקשה עליו שחולק על הסוגיה בדף צ"ח דאמרינן דהשורף חמץ באנו למחלוקת ר"ש ורבנן ומאחר דהלכה כרבנן א"כ משמע להדיא דפטור, ותיירץ הש"ך דס"ל כתיירוץ היש מפרשים שהביאו התוס' בב"ק ע"א וכתובות ל"ד (דאין רבנן מודים לר"מ אלא בקרן ולא בכפל, והרש"ל צ"ל דהקשה לפי תירוץ קמא דאפילו רבנן דפליגי אר"ש מודו לר' מאיר דלא פטרי אלא בחמץ או בקדשים), דתרוצא קמא ודאי לא מסתבר כלל דמה לי ששוה לכל העולם או ששוה לו ס"ס גרם לו היזק והתירוץ האחרון הוא הנכון, אך מ"מ לפמש"כ בסק"א דדינא דגרמי אינו אלא קנסא דרבנן הכא פטור דלא שכיח.

< עוד האריך הש"ך (יב) במש"כ הרמב"ם (גזילה ט,א) שהעושה עבדו אפותיקי וחזר ושחררו חייב המשחרר לבעל החוב שהרי הפקיע שיעבודו וגרם לאבד ממונו והראב"ד השיג עליו דלא דמי לשורף שטר חברו דהתם בדחבריה קא עביד מעשה אבל הכא אמר בדנפשי קא עבידנא וקיי"ל כרבנן ולא כרשב"ג בגיטין מ"א, וכתב הש"ך על דברי הרב המגיד (עיי"ש) שטען דהא הלכה כרשב"ג במשנה בכל מקום, דנהי דמזיק שעבודו אלים טפי לפי המסקנא היינו כמו דדיינין דינא דגרמי בשורף שטר של

חבירו שחייב ה"ה באחר שהזיק שעבודו של חברו אבל בלוח עצמו שהזיק שעבודו לא שמענו וא"כ יש לומר דהלכה כרבנן דפליגי ארשב"ג גבי לוח עצמו שהזיק בדדידיה קא עביד והעיקר כראב"ד דפוטור, וכשהוא אפותיקי מפורש הוא דגובה הב"ח מהמזיק אבל באפותיקי סתם מצי המזיק לומר לב"ח מה עשיתי לך הלא תגבה משאר נכסים, מיהו בעושה קרקע אפותיקי ובא אחר וחפר בה בורות אפילו לדעת הראב"ד חייב כיון דלאו בדידיה קא עבד אלא בדחבריה (ועיין **קצות** ה' שכתב דבתוס' משמע כרמב"ם ועוד דן בזה משעבודא דר' נתן).

< עמש"כ המחבר סעי' ג' דהזורק כלי שלו מראש הגג וכו' חייב המסלק, כתב **הסמ"ע** (ה) דס"ל לרמב"ם (חובל ז, ח) דאיירי בכלי שלו דהמסלק חייב כולו, אבל אם זרק כלי של חבירו הזורק והמסלק משלמין דמי הכלי יחד כל אחד חצי הנזק, והמחבר קיצר (ודלא כראב"ד שכתב דהזורק לעולם פטור דפסיקי גיריה, והמסלק לרמב"ם המחייב בגרמא חייב ולחולקים פטור, ח.פ.), אולם **הש"ך** (כ) כתב **דמדובר בכלי של חבירו** ומיירי שלא הגביה הכלי רק דחפו מן הגג לארץ דאם הגביהו מיגזל גזליה והשבה בעי מיעבד כבסק"ח וחייב.

< כתב **הקצות** (ז) דיש להסתפק בשורף חמצו של חבירו בפסח בענין שמותר להשהותו עד אחר הפסח וכגון חמץ נוקשה דרבנן, מי נימא כיון דהשתא תוך הפסח לא שוי ולא מידי פטור מלשלם או נימא כיון דלקמיה שוי דהיינו אחר הפסח יתחייב המזיק, וכתב דנראה דפטור דאנן קי"ל כרבנן דר' שמעון ודבר הגורם לממון לאו כממון ופטור, ואע"ג דבעה"ת כתב בשם הראב"ד דאנן ס"ל כר' שמעון דאמר כממון כבר נחלקו עליו רוב הפוסקים (עיי"ש שהאריך אי נימא דר' שמעון ס"ל דבר הגורם לממון כממון אפילו היכא דאיתיה בעינא ובאיסור 'בל יראה' ביחס לזה).

< כתב **הפת"ש** (ד) בשם הנו"ב דאפילו שט"ח שנכתב לך ולכל מי שמוציאו שאז א"צ כתיבה רק מסירה לחוד, ומי שהוא בידו גובה בו כבסימן ס"ו, אפ"ה השורפו אינו חייב רק מדינא דגרמי.

< כתב **הנתיבות** בסימן רס"א (א) גבי אבידה מדעת (עיין לעיל בשאלות) דשם אבידה עליו ובעינן יאוש (עיי"ש), וכתב דלפ"ז הא דאמרינן בב"ק כ"ו בזרק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו חייב ולא אמרינן דאבידה מדעת הוי הפקר, מיירי במקום שיש מצילין, ולא מייאש נפשיה משום דאיכא ג"כ בל תשחית ומצוה על אחרים להצילו.

[כתב **הקצות** (יא) גבי 'פחת צורתה' דכתב המחבר, והש"ך (ז) כתב דהיינו דוקא דלא אגביה ולא חסריה אבל אגביה בין בדוחף בין בפוחת ודאי בעי למיעבד השבה, דנראה דגבי פוחת אפילו אגביה פטור מדלא אמר רבה והני מילי דאדייה אדויי אבל אגביה חייב, אלא בדוחף לבד אמרה משמע דבאחרניי אפילו אגביה פטירי, וכן הוכיח הש"ך (סקי"ג) נגד דברי הרש"ל גבי שורף שטר דאגביה חייב, וטעמא דמלתא ע"פ התוס' דרבה סבר פסלתו מלכות לא הוי כנסדק דאי הוי כנסדק א"כ כל שכן דשף מטבע הוי כנסדק והרי חסריה טובא ואמאי פטור, וכיון דשף מטבע לא הוי כנסדק אלא כפסלתו דמצי אמר הרי שלך לפניך וא"כ אפילו אגביה נמי פטור כיון דמצי אמר הרי שלך לפניך, אולם דעת הרשב"א (וכן הוכיח הקצות ברמב"ם והשו"ע) דהא קי"ל גזל מטבע ועשה נסכא דהו"ל שינוי דמעיקרא מטבע והשתא נסכא, וא"כ שף מטבע נמי מעיקרא מטבע והשתא נסכא והו"ל שינוי ממש אך פטור לענין מזיק משום דאומר לו מאי חסרתיד (וניחא דברי הרמב"ם דפסלתו מלכות לא מצי אמר הרי שלך לפניך ומשום דהו"ל כנסדק דלא מצי אמר הרי שלך לפניך ולענין מזיק פטור משום דאמר ליה מאי חסרתיד ואין החיוב אלא משום גורם), אך מידי ספיקא לא נפקא דכיון דמדברי התוס' משמע דתליא זה בזה א"כ מספיקא לא מפקינן ממונא ואפילו אגביה מצי אמר הרי שלך לפניך].

< כתב **בפסקי המשפט** (יא) דלפי הרמ"א (לקמן) שהכריע כריצב"א שחייב בגרמי אינו אלא קנס שקנסו חכמים בדבר השכיה, ולפי הש"ך כוונת הריצב"א דווקא באופנים שהזכירו בש"ס, קשה למעשה לחייב ניזק בדינא דגרמי, וגם באופנים הנזכרים לפי הש"ך מיירי דווקא בפשיעה, אלא דהוסיף ע"פ **מנחת אשר** (א, קיד) דאכן **בזמנינו** שיש צורך גדול לפעול שלא לתת לבעלי זרוע לעשות כרצונם ולהפסיד ממון זולתם יש להורות למעשה לחייב בדינא דגרמי אם רואים ב"ד שרגילים אנשי רשע להזיק בגרמא ותלוי בראות ב"ד שאם נעשה שכיה ורגיל חייב לשלם משום קנס, וסומכים על המחבר שמעיקר הדין יש לחייב כל מזיק בגרמא, וע"פ הבית הלל והסכימו כמה אחי לדבריו בענין תקנה לחייב במבטל כיסו של חבירו.

בהמה שהזיקה רק בדינא דגרמי, האם חייב בעל הבהמה?

כתב הרמ"א (א) ע"פ הנ"י "ודוקא באדם חייב דינא דגרמי אבל **בהמה** לכ"ע פטורי", וכתב הש"ך (ה) דכ"כ בשם רא"ה, וצ"ע דרבו של הרא"ה הוא הרמב"ן ולרמב"ן חייב בשורו שהדליק את האש ושרף שטרותיו של חבירו דשאני גרמא דריחא דממילא אתיא (ב"ק מ"ח) מהך דהכא דמעשה שורו הוא, והש"ך חלק דדיני דגרמי אינו אלא קנסא דרבנן (כנ"ל סק"א) ובדבר דלא שכיח לא קנסו א"כ בהמה פטור כרמ"א.

סעיף ג (המשך הרמ"א)

מה דין מי שהושלש בידו שט"ח והחזירו למלוה שלא כדין וגבה על ידו מן הלוח?

מהו הדין אם החזיר השטר ללוה שלא כדין והפסיד המלוה חובו? פרט ונמק.

מזיק לחבירו בעצה מה דינו? (ראה סימן שו"ו) ואם יהודי אמר לקונה גוי בשוק שהסחורה שהוא קונה מיהודי אחר אינה כפי המחיר שאמר לו המוכר ונגרם למוכר היהודי נזק כתוצאה מאמירה זו פרט מה הדין?

כתב הרמ"א בהמשך לדבריו שר"י חולק על הרמב"ם (ראה לעיל) "סופר שכתב שטר וכתב מנה במקום מאתים, או המזיק לחבירו בעצתו שיעץ לו, או שליש שהחזיר שטר שלא היה לו להחזיר, כולם פטורים, דלא היו אלא גרמא בנזקין, מיהו משמתין ליה עד דמסלק היזיקא, וכן בכל גרמא בניזקין (תשובות רשב"א ומיוחסות לרמב"ן ועוד). י"א דבכל גרמא בנזקין אם הוא דבר שכיח ורגיל חייב לשלם משום קנס (ריצב"א, וראה לעיל בשם הש"ך סקכ"ד), ולכן יש מי שכתב דראובן שמכר מקח לעכו"ם, ובא שמעון וא"ל לעכו"ם שאינו שוה כל כך חייב לשלם לו (מהר"ם) ואפשר דכה"ג הוי כמסור דחייב כדלקמן סימן שפ"ח (עיי"ש בש"ך כ"ה שהאריך בדין זה ובהשגות הדרכ"מ עליו דהא אין ההיזק בא מיד וגם אינו עושה ההיזק גופיה). ראובן שהלוה מעות לעכו"ם על משכונות, ובא שמעון ואמר לעובד כוכבים להלות לו בפחות והחזיר לראובן מעותיו, פטור, דהוי גרמא בנזקין, מיהו מקרי רשע (רי"ו, ומבואר שם דאפילו אי"ל שמעון לגוי להחזיר לראובן מעותיו פטור, סמ"ע), וע"ל סי' קנ"ו ס"ה. דין המבטל כיסו של חבירו ע"ל סי' רצ"ב".

כתב הסמ"ע (ח) גבי שליש דהרמ"א בסימן נ"ה כתב ע"פ תשובת הרשב"א דבשליש שהחזיר שטר שלא כדין ולא נודע לב"ד עד שהוציאו מן הלוח כל השטר השליש פטור דהוי גרמא בנזקין, ולפי"ז צ"ל דמה שמסיק כאן דמשמתין היינו קודם שנעשה ההיזק או הגבה מהלוה, מיהו הא דכתב דבדבר השכיח ורגיל קנסינן ליה וחייב לשלם זהו מייירי אפילו כשכבר גבו ונעשה הנזק. עוד כתב (ט) גבי השמתא, דמבואר בתשובת הרשב"א דהיינו דוקא לענין היזק שיארע לו אחר השמתא, אבל ההיזק שמגיע לו קודם השמתא אינו חייב לשלם לו, ומשו"ה כתב תחילה כולם פטורים, והיינו כדעת הראב"ד וסיעתו בסימן קע"ה גבי המוכר שדהו לגוי בצד שדה ישראל דמשמתין ליה עד דמסלק היזק חבירו, ודלא כרא"ש שהצריך לשלם הכל, ועוד נראה מדבריהם שאפילו מת קודם שקיבל עליו לסלק היזקו פטור. הש"ך (כב) כתב דבתשובת מ"ב פסק גבי שליש דדוקא החזיר למלוה הוי גרמא אבל שטר שאינו פרוע שהחזיר ללוה מיקרי גרמי וחייב והוכיח כן מתשובת הרא"ש ופשוט הוא דהוי כשורף.

כתב הש"ך (כא) בשם תשובת הרשב"א (בב"י) דכן אם החזיר שטר פרוע לעכו"ם על אחד והעכו"ם הוציא ממנו פטור דהוי גרמא, ודלא כמהרש"ך.

כתב הש"ך (כג) דוגמאות נוספות לגרמא בש"ס ושוי"ע [משסה כלב בחבירו בסימן שצ"ה, פורץ גדר לפני בהמתו בסימן שצ"ו ס"ד והשולח את הבערה ביד חש"ו, ליבה וליבתו הרוח וכופף קמתו של חבירו בסימן תי"ח, ותקע באזנו בסימן ת"כ], אך תמה דברמב"ם טור ופוסקים צוין גם הנותן סם המות לפני בהמת חבירו דפטור מדיני אדם דלא הוי אלא גרמא ומקורו בב"ק מ"ט דלא מיבעיא אכלה סם המות אלא אפילו אכלה עשב מאכל בהמה שהיא סם המות לה פטור, ונראה דה"ה כשעירב סם המות במאכל הראוי לה פטור, והשו"ע לא הביא דין זה כלל.

[עוד האריך הסמ"ע (י) בנידון שבא גוי ועשה מקח עם ישראל ליקח כך וכך מדות יין שרף ונגמר המקח ביניהן כדין התגרים שמכים כף אל כף, ואח"כ הלך הגוי אל ישראל אחר הדר בשכונתו של ישראל הראשון ולא גילה שכבר דיבר עם ישראל הראשון והיתה כונתו שאם יוזיל לו ישראל השני המקח שיקח ממנו ויניח הראשון, וישראל הראשון הרגיש בדבר שלכך הלך בבית ישראל השני ושלח אל ישראל זה וביקש ממנו שלא ימכור לו יין שרף כי כבר עשה עמו מקח, ולא השגיח ישראל השני על זה ועשה מקח עם הגוי ולקח הגוי מידו היין שרף, ומכח זה לא קנה הגוי מישראל הראשון, וכתב דפשוט דאם אין ערמה בדבר לפי ראות הדיינים דאין עונשין לישראל השני על זה מאחר שהגוי מעצמו בא אליו ליקח ממנו יין שרף, דאף למאן דאמר דאסור ליקח מערופיא של חבירו סי' קנ"ו היינו דוקא בגוי הרגיל להיות עסק עמו וישראל השני מהדר אחר הגוי שישראל הראשון עסק עמו והשתדלהו לעסוק עמו, עיי"ש].

סעיף ד

הזורק כלי חבירו מראש הגג ובא אחר ושברו באוויר, מה הן שיטות האמוראים בנושא זה?
כיצד מסבירים הראשונים את המחלוקת מי חייב ומי פטור?

ב"ק כו: "ואמר רבה זרק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו במקל פטור מאי טעמא מנא תבירא תבר ואמר רבה זרק כלי מראש הגג והיו תחתיו כרים או כסתות בא אחר וסלקן או קדם וסלקן פטור מאי טעמא בעידנא דשדייה פסוקי מפסקי גיריה".

יז: "בעי רבא דרסה על כלי ולא שברתו ונתגלגל למקום אחר ונשבר מהו בתר מעיקרא אזלינא וגופיה הוא או דלמא בתר תבר מנא אזלינא וצרורות נינהו, תפשוט ליה מדרבה דאמר רבה זרק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו במקל פטור דאמרין ליה מנא תבירא תבר לרבה פשיטא ליה לרבא מבעיא ליה", וכתב **רש"י** "פטור - המשברן וחייב הזורק, אלמא בתר מעיקרא אזלינן והואיל וסופו לישר לכשינוח כמי ששברו הוא דמי".

ע"פ הרמב"ם **ורא"ש** (וכן נראה ברש"י) כתב השו"ע "הזורק כלים מראש הגג ואין תחתיהם כרים וכסתות ובעודם באויר בא אחד ושברם במקל הזורק חייב והמשבר פטור דחשבינן ליה כשבור משעה שזרקו", אולם כתב הש"ך (כו) דדעת ריטב"א ועוד דכיון דלרבא מספקא ליה שניהם פטורים. **הקצות** (יד) כתב דהרמב"ן חלוק על הראי' דלעיל ולמד 'שיטה אחרת' והוא דרבה לא קאמר אלא בא אחר ושברו דפטור המשבר, אבל מזורק לא קאמר דחייב, אלא ודאי דרבה סבר דזורק ודאי פטור דאזלינן בתר תבר מנא ולא בתר מעיקרא, ואפי"ה המשבר פטור דהכלי אחר שזרק מן הגג שוב אין לו דמים ושניהם פטורים, וקאמר בש"ס תיפשוט מדרבה דאזלינן בתר תבר מנא מדלא קאמר הזורק חייב, ומסיק לרבה פשיטא דאזיל בתר תבר מנא, ולרבא מספקא ליה, והשתא דקי"ל כרבה שניהן פטורין הזורק פטור משום דאזיל בתר תבר מנא והמשבר נמי פטור דשוב אין לכלי דמים.

< כתב הש"ך (כח) ע"פ תוס' (יז ע"ב) ועוד דאם זרק חץ או אבן על הכלי וקדם אחר ושבר הכלי קודם שנפל החץ עליו פטור הזורק והמשבר חייב (דלא שייך כאן מנא תבירא תבר, דאי אזלינן נמי הכא בתר מעיקרא לא משכחת בצרורות חצי נזק, וסברא פשוטה היא לחלק בין זורק אבן לזורק כלי עצמו, לשון התוס'), אך כתב **הקצות** (שצ, א) דאמנם מדברי הרא"ש נראה דגם בזורק חץ אזלינן בתר מעיקרא, וכן הוכיח מדברי הטושי"ע בסימן תי"ח גבי עשה האחד אש ובא אחר והוסיף אם יש במה שעשה הראשון כדי שתגיע למקום שהלכה הראשון חייב, דמשמע דאינו חייב אלא הראשון ולא השני, ואי נימא דזורק חץ ובא השני ושברו השני חייב א"כ באש דהוי נמי משום חציו אמאי אינו חייב השני או עכ"פ יתחייבו שניהם כיון דלא אזלינן בתר מעיקרא בזורק חץ, ומש"כ התוס' דא"כ לא משכחת צרורות, יישב דאכתי אינו אלא כחו ואע"ג דכמאן דנשבר דמי כיון דאינו אלא ע"י כחו הלכה דחצי נזק משלם וכמו בתרנגולים שהזיקו ברוח שבכנפיהם כיון דאינו אלא ע"י כחו חצי נזק משלם, עיי"ש עוד.

סימן שפז - סימן השברים לניזוק ומשלם לו עליהם

סע' א': ראה סימן שנד/ה.

סימן שפח - דין ניזק נשבע ונוטל

סעיף א

נהג לקח מזוודה של לקוח ולא קשר את המזוודה היטב, ונסע במהירות ולפתע בלם, המזוודה נפלה ונעלמה. בעל המזוודה טוען כי במזוודה היו בגדים רבים וספר עתיק בן 500 שנה יקר ערך. מה דין כאשר הנהג טוען א' איני יודע. ב' איני יודע שלא היה שם ספר עתיק. ג' יש עדים שהיה שם ספר עתיק. ד' כשתפס הניזק?

חטף מחברו סל סגור וזרקו לנהר והניזק טוען שהיו בו מרגליות, והמזיק לא יודע מה היה בו, כמה ישלם? מה הדין אם הביא עדים שהוא בו מרגליות? מה הדין כשהניזק תפס בעדים או שלא בעדים?

ב"ק סב. "ההוא גברא דבטש בכספתא דחבריה שדייה בנהרא אתא מריה ואמר כך וכך הוה לי בגוה יתיב רב אשי וקא מעיין בה כה"ג מאי, אמר ליה רבינא לאו היינו מתניתין דתנן ומודים חכמים לר' יהודה במדליק את הבירה שמשלם כל מה שבתוכו שכן דרך בני אדם להניח בבתים אמר ליה אי דקא טעין זווי הכא נמי המי"ע דקא טעין מרגניתא מי מנחי אינשי מרגניתא בכספתא או לא תיקו".

השו"ע פסק כהבנת הרמב"ם "המזיק ממון חבירו ואינו יודע מה הזיק נשבע הניזק ונוטל, כיצד, לקח כיס חבירו והשליכו למים או לאש או שמסרו ליד אנס ונאבד, בעל הכיס אומר זהובים היה מלא, והמזיק אומר איני יודע מה היה בו שמא עפר או תבן היה מלא, הרי הניזק נשבע בנקיטת חפץ ונוטל (שם בגמ'), והוא שיטעון דברים שהוא אמוד בהם או אמוד להפקידם אצלו (וצריך לברר טענתו מי הפקידו אצלו, ש"ך) ודרכן להניחם בכיס וכיוצא בו (שם בגמ') {ארנקי בשק אם הוא שבת ויו"ט מקרי דרכו בכך וכל כיוצא בזה (מרדכי)}, אבל אם אין דרכם להניחם בכלי זה הוא פשע בעצמו {ופטור המזיק} כיצד הרי שחטף חמת (ש"ך): בכה"ג פשיטא דאינו נאמן ולא מבעיא אלא בארגו שמניחים בו כספים וטען שהיה בו מרגליות וכפרש"י או סל מלאים ומחופים והשליכם לים או שרפם וטען הניזק שמרגליות היו בתוכם אינו נאמן (ה"ה): סובר דבעיא דגמרא דההוא דבטש בכספתא דסלקא בתיקו היא שדבר ידוע שאין דרכו להניחו שם וזה טוען שהניחו שם והלה הזיקו ומשום דסלקא בתיקו פסק הרמב"ם לקמן שאם תפס אין מוציאין מידו כדרכו בכל תיקו האמורים בתלמוד {וי"א (ה"ה בשם המפרשים שפירשו השאלה אותו הענין הנזכר באותו מעשה אם היה ראוי להניחו שם או לא, אבל פשוט הוא שאם אין דרכו שאינו נוטל בשום צד ודלא כרמב"ם, והרמב"ם ס"ל דאפילו אי ודאי אין דרך בני אדם להניח שם מבעיא ליה אי אזלינן בתר דרך בני אדם ופטור, והכי קאמר, מי מנחי, בתמיה, וכיון דאין דרך להניח שם והיה הסל מחופה, פירוש, מכוסה דלא ראוהו, פטור, וכתב ה"ה דדברי הרמב"ם נראין דמשמע דלא ליבעו דרך בני אדם כיצד הוא דלשיילינהו לאינשי אבל לשון הגמ' נראה כדברי האחרים דקאמרי מי מנחו אינשי) דאפילו היו עדים שהיו שם פטור הואיל ופשע כמו שנתבאר (כ"ד התוס'), ודלא כרשב"א דס"ל דאם יש עדים שאותו דבר שהוא טוען היה שם אע"פ שאין דרך להניחו גובין מן המזיק ונותנין לניזק בלא שבועה}, ואם תפס אין מוציאין מידו (דהמוציא מחבירו עליו הראיה ואם תפס אין מוציאין, סמ"ע) {ויש חולקין (רא"ש, דספיקא דדינא דלא מהני תפיסה)} וישבע שמרגליות היה בתוכם, ונוטל מה שיש אצלו, וכן כל כיוצא בזה. ואם ידע המזיק שהכיס היה בו זהובים אבל אינו יודע כמה היו, אם הניזק אומר אלף, נוטל אלף בלא שבועה והוא שיהיה אמוד, שהרי המזיק מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע {וי"א (ראב"ד רא"ש ועוד) דנשבע הניזק ונוטל (כמעשה דשק צמר) וכן עיקר (ש"ך): הלכה כרמב"ם}."

כתב הש"ך (ג) דמדברי הרב המגיד רש"ל ורמ"א משמע שלמדו בדעת הרמב"ם דכשיש עדים שהניח דברים שאינם ראויים חייב (וכרשב"א), וקשה לדבריהם דהא כתב "הוא פשע בעצמו", וצ"ל לדבריהם דה"ק פשע בעצמו שהרי העולם לא יאמינו לו שעשה כן, ודעת הש"ך דה"ק אינו נאמן וגם אינו מועיל שבועתו ומשי"כ אח"כ ואם תפס כו' היינו משום שגם זה בכלל הבעיא דדלמא לא מיקרי פשיעה ומהני שבועתו. מ"מ דעת הש"ך (ו) דהעיקר אכן כרשב"א דאם יש עדים מה היה בתוכו חייב

דכן דעת רש"ל רמב"ם, רא"ש, טור, ראב"י ועוד ודלא כתוסי והרמ"א, דלתוסי ה"ל לסדר בעיא זו אחר מלתא דרבא הנותן דינר זהב לאשה, עיי"ש הוכחותיו מהשקלא וטריא.

כתב הש"ך (א) דמלשון המחבר 'ואינו יודע מה הזיק' משמע הא אם המזיק יודע מה הזיק ומכחישו אין הניזק נשבע ונוטל.

כתב הש"ך (ב) דדעת הראב"י דכל מי שמפסיד לחברו בפשיעתו ויש לו עדים שאבד על ידו ממונו או בידו או ע"י פשיעתו שישבע כמה הפסידו ויטול, ורש"ל חלק דלא עשו תקנת נגזל אלא כעין נגזל במזיק בידים אבל בפשיעה דאינו מזיק בידים לא ולא עוד אלא אפילו במזיק בידים לא עשו תקנת נגזל אלא דומיא דנגזל במזיד ובכונה אבל המזיק בידים בשוגג לא עשו תקנה גביה, וכן נראה ברמב"ם שכתב 'המזיק ממון', והש"ך כתב דנראה עיקר כראב"י ומזיק בפשיעתו דקאמר היינו מזיק במזיד בפשיעתו דהיינו דלא תימא דוקא משליכו בידים למים אלא אפילו זרקו לארץ ומכח זריקתו נתגלגל ונפל למים או שהיה ביד חברו ודחפו מיד חברו וממילא נפל למים וכה"ג חייב והיינו דאמרינן ההוא גברא דבטש בכספתא דחבריה שדייה דמדלא קאמר בקצור ההוא גברא דשדייה כספתא דחבריה בנהרא משמע שהמעשה היה שלא השליכו בידים לנהר רק דבטש ביה ומכח דחיפתו שדייה בנהרא, מיהו בהזיק בשוגג נראה כדברי רש"ל דלא אמרינן תקנה, ואף ראב"י מודה בזה.

עוד כתב הש"ך (ז-ח) דהא דנחלקו הרמב"ם והרא"ש אי מהני תפיסה היינו בעדים, וחלוקים האם מהני בספיקא דדינא, אולם "בלא עדים פשיטא דנאמן", אולם הקצות (א) חלק דכיון דלדעת הרא"ש טור ורמ"א הך בעיא דבגמי אפילו ביש עדים נמי מיבעיא ליה, א"כ אפילו בלא עדים ויש לו מיגו מה מהני ליה המיגו כיון דאפילו אנו מאמינין אותו מספקא לן אם מחייב בזה, וכיון דס"ל לרמ"א דבספיקא לא מהני תפיסה א"כ כה"ג אפילו בלא עדים לא מהני התפיסה. גם בדגו"מ (פת"ש א) הקשה על הש"ך דהא כאן אין הספק מחמת נאמנות אלא הספק אם חייב, אלא שיש לומר שהש"ך כתב זה לשיטתו מס"ק ו' שהכריע דלא כתוסי.

סעיפים ב - ד

מה הם התנאים בחיוב מוסר? (לקמן) האם גובים מיורשיו?

ע"פ ב"ק קיז. (וה). פסק בשו"ע (ב) כלשון הרמב"ם "המוסר ממון בידי אנס, בין אנס עובד כוכבים בין אנס ישראל, חייב לשלם מהיפה שבנכסיו (טור וסמ"ע: כדן מזיק והיינו דוקא כשמשלם מקרקעות אבל כשמשלם ממטלטלים אפילו בסובין הרשות בידו) קצות: דלא כרש"י דס"ל דמוסר אינו משלם מהעידית ותוסי (חלקו) כל מה שלקח האנס, אע"פ שלא נשא המוסר ולא נתן בידו אלא הרגיל בלבד (דיבר לאנס דממונו של זה במקום פלוני הוא, סמ"ע, והש"ך כתב 'הראה או דיבר'). ואם מת, גובים מיורשיו כשאר כל המזיקים (ה"ה: וכן דעת הרמב"ן ועוד ראי' שאין זה היזק שאינו ניכר שפטר חכמים את היורש ובגמי משמע דדינא הוא ולא קנסא) והרמ"א פסק כמרדכי "וי"א דדוקא שעמד בדין, אבל אם לא עמד בדין, אין היורשים חייבים לשלם. ואשה שמסרה לאנסים, משמתין לה, ואם יש לה ממון שאין לבעל רשות בו, משלמת, ואם יש לה נכסי מלוג, הבעל אוכל פירות כל ימי חייה, ואם מתה חייב לשלם לנמסר, וכן לשאר ניזק, ואין הבעל לענין זה רק כיוורש שחייב לשלם".

כתב הש"ך (יא) עמשי"כ המחבר 'ממון חבירו' דגם בקרקע שייך דין מוסר וכדלעיל ס"ס שע"א.

עוד כתב הש"ך (יד) דהיי"א ס"ל דמוסר חייב משום דינא דגרמי דרבנן הוא, ולפי"ז במוסר שנשא ונתן ביד גם ליי"א גובים מהיורשים אף שלא עמד בדין ופשוט הוא.

עמשי"כ הרמ"א דהבעל אוכל פירות כל ימי חייה, הקשה הסמ"ע (ו) דמאי שנא מחבלה באחרים דכתבו הטור והרמ"א בסימן תכד/ט והמחבר בסעי' י' גבי חבלה בבעלה דצריכה למוכרן בטובת הנאה ולשלם ממנו דמי החבלה, וכתב דאפשר דבמסירה דלא הזיקה בידים הקילו דשם קנס עליו, אבל במידי דאינו קנס, כגון הלואה ושאלה ונישאת, וגניבה וחבלה, מוכח שם דאם יש לה נכסי מילוג או נכסי צאן ברזל או תוספת כתובה על כתובה דאוי דמחויבת היא למכרה בטובת הנאה ולשלם, והא דכתב המרדכי דהא דאמרו בב"ק פ"ז דנשים ועבדים שחבלו באחרים פגיעתן רעה דעכ"פ משמתין ומלקין אותן דאלי"כ כל אשה ועבד יחבלו ויסמכו על זה, אפשר דלא כתב כן כי אם כשאין לה נכסי מלוג. עוד ביאר

(ז) דמש"כ הרמ"א דהבעל לענין זה רק כיוורש, ר"ל אע"ג דבעלמא הבעל מחשב כלוקח ראשון, ה"מ גבי לקוחות דאינהו אפסידו אנפשיהו דלא ה"ל ללוקחם מידה כיון דידעו שיש לה בעל, משא"כ בזה דאיהי גרמה להן היזק. אולם הש"ך (טז) כתב דלא ידע מה קשיא ליה דודאי הכא אם הוא רוצה שתמכור נכסי מלוג שלה בטובת הנאה מחויבת לעשות כן, ואדרבה הכא אשמועינן גדולה מזה דהנכסים מיד בחזקת הנמסר רק שהבעל אוכל פירות כל ימי חייה וחייב לשלם אחר מיתתה, ואדרבה איפכא קשיא דהכא חייב לשלם לאחר מיתתה ובסימן תכ"ד לא מחייבים לה אלא למכור נכסי מלוג בטובת הנאה דלומר דאם תמות ירשנה הבעל, וכתב דיש לתרץ דהתוס' (בי"ב קל"ט) הקשו הא אפילו לאחר תקנת אושא אמרינן דבמקום פסידא לאחריני הוי בעל יורש וא"כ תיזבין נכסי מלוג שלה ותיתב ליה ותרצו בשם רשב"א דכיון שתקנו דלוקח הוא לא פלוג אפילו איכא פסידא כיון דלא שכיח שיהא פסידא לאחריני, וא"כ י"ל דבמסירה דשכיח דהא דיני דחבלות לא דיינינן בזמן הזה משום דלא שכיח ודיני מסור דיינינן, מיהו ודאי אם היא רוצה למכור מלוג שלה בטובת הנאה לשלם לנמסר דסגי בהכי אלא דאדרבה אפילו אין כאן מי שרוצה לקנות או שלא יעלה כ"כ מחויב הבעל לשלם אפילו מתה ואם אינו רוצה לשלם אז גוף הקרקע וגם הפירות לנמסר וכדאיתא במרדכי, ודלא כסמ"ע שכתב לתרץ דבמסור הקילו דאדרבה החמירו וכמ"ש, עיי"ש שהאריך בין דברי הרמב"ן לתוס' הנ"ל, וסיים שהרש"ל פסק כתוס' בשם הרשב"א והעלה דבין חבלה ובין מסירה בעל לוקח הוי ולא יורש ואינו חייב לשלם לאחר מותה רק שכיפינן למכור כתובתה בטובת הנאה אם יש מי שיקנה, ודלא כרמ"א (וכ"נ שפסק בסק"יז).

מוסר ממון חבירו לאנס נכרי מתי חייב ומתי פטור?

אנסוהו בממון או בנפשות להראות ממון חבירו, מה הדין?

ראובן בעל מוסך שהופיע אצלו שודד ואיים שאם לא יראהו מכונית פיג'ו וירשהו לקחתה יכחו וכד' והראהו מכוניתו וגם את מכונית שמעון שהיתה אצלו לשם תיקון לאחר שהשודד בחר במכונית שמעון פקד עליו להסיע את המכונית לחוץ לעיר וימסרנה לו שם וכך עשה, ורק לאחר מכן הודיע למשטרה, חברת הביטוח שילמה את הנזק לשמעון ואחר כך תבעה את בעל המוסך לדין תורה בטענה שהציל את עצמו בממון אחרים האם חייב לשלם?

קי"ל דאסור להציל עצמו בממון חבירו, ואם עשה כן חייב לשלם, מתי הוא פטור?

ב"ק קיז. "רב הונא בר יהודה איקלע לבי אביוני אתא לקמיה דרבא א"ל כלום מעשה בא לידך א"ל ישראל שאנסוהו עובדי כוכבים והראה ממון חבירו בא לידי וחיבתיו, א"ל אהדר עובדא למריה דתניא ישראל שאנסוהו עובדי כוכבים והראה ממון חבירו פטור ואם נטל ונתן ביד חייב. אמר רבה אם הראה מעצמו כנשא ונתן ביד דמי. ההוא גברא דאנסוהו עובדי כוכבים ואחוי אחמרא דרב מרי בריה דרב פנחס בריה דרב חסדא א"ל דרי ואמטי בהדן דרא ואמטי בהדיהו אתא לקמיה דרב אשי פטריניה א"ל רבנן לרב אשי והתניא אם נשא ונתן ביד חייב, א"ל (רב אשי) הני מילי היכא דלא אוקמיה עילויה מעיקרא אבל היכא דאוקמיה עילויה מעיקרא מיקלי קלייה. איתביה רבי אבהו לרב אשי אמר לו אנס הושיט לי פקיע עמיר זה או אשכול ענבים זה והושיט לו חייב הכא במאי עסקינן, כגון דקאי בתרי עברי נהרא דיקא נמי דקתני הושיט ולא תני תן ש"מ."

כתב הרי"ף ¹ **איכא מאן דאמר (רב האי גאון, גר"א)** כי היכי דישאל שאנסוהו גוים והראה ממון חבירו פטור הכי נמי ישראל שאנסוהו גוים להביא ממון חבירו והביא פטור (והיא שיטת ר"ח ורבינו אפרים שודאי אין לחייב המוסר באופן שאנסוהו להביא ממון חבירו בדווקא, שהרי אנוס הוא להביא להם ממון זה, דהמראה אינו חייב אלא מדין גרמי, וכיון שלא התכוון להזיק אלא להינצל מהאנס אין כאן דין גרמי, ומה שחייבו בברייתא לשלם הוא באופן שאנסוהו להבין ממון סתם, שהרי היה יכול להינצל ע"י שיביא להם את ממונו (ילקו"ב)) ² **ואנו** לא סבירי לן הכי דכי מעיינת בשמעתא לא סלקא אליבא דהאי סברא כל עיקר דהא דתניא ואם נשא ונתן ביד חייב במאי עסקינן אי באונס הא אמרת פטור ואי מעצמו מאי איריא נשא ונתן ביד אפילו הראה נמי חייב, אלא לאו הכי קאמר ישראל שאנסוהו גוים והראה ממון חבירו פטור אבל נשא ונתן ביד חייב ואף על גב דאניס לא שגא אנסוהו והלך הוא והביא לא שגא אנסוהו להביא והביא וכ"ת מאי שגא מראה מנושא ונותן ביד דהאי פטור והאי חייב ותרווייהו

אניסי האי גרמא והאי בידיס", וכ"ד הרמב"ם רשב"א דאם נטלו בידו ונתנו לו חייב אפילו אנסו גם על הנטילה שיטלנו ויתננו לו כיון שעשה מעשה חייב, ³ והראב"ד למד שמדובר שלא אנסוהו אונס נפשות שאין לך דבר שעומד בפני פקוח נפש ומאין מתחייב לו שימות בשביל ממון חברו הואיל ויחדו לו, והברייתא המחייבת מדברת באונס ממון, והרא"ש כרי"ף ושאר"ר ומיהו אם כשאנסו האנס להראותו והראהו לו אח"כ נטלו ונתנו בידו פטור אם היה במקום שיכול האנס ליטלו שעל מה שהראהו לו פטור כיון שהוא אנסו וגם לא עשה מעשה ועל מה שנטלו ונתנו לו אח"כ פטור דכיון שראהו האנס ויכול ליטלו חשוב כאילו נטלו - לפיכך אינו חייב אא"כ שהאנס מאנסו לילך ולהביא אותו הממון מבית פלוני ואפילו בזה אינו חייב אא"כ לא ידע האנס שיש לפלוני ממון אלא ע"פ המוסר אבל ידע האנס שהיה לפלוני ממון ואנס לו לילך לבית ולהביאו פטור. [עוד יש לציין לדעה נוספת בסוגיה שציין הגר"א בקצרה].

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם (ב) בד"א כשהראה המוסר מעצמו אבל אם אנסוהו עכו"ם או ישראל אנס להראותו והראה, הרי זה פטור מתשלומין {ואם אנסו להראות שלו והראה של חבירו חייב (טור ע"פ הגמ')}, ואם נשא ונתן ביד, אע"פ שהוא אנס חייב לשלם שהמציל עצמו בממון חבירו חייב (ודלא כרב האי גאון וראב"ד), כיצד (אריש סעי' קאי במוסר בלא אונס, סמ"ע וש"ך), הרי שגזר המלך (ש"ך: איירי בענין שאין בו דינא דמלכותא כגון שגזר על איש ידוע וכה"ג וכדלעיל שסט"ח) להביא לו יין או תבן וכיוצא בדברים אלו ועמד מוסר ואמר הרי יש לפלוני אוצר יין או תבן במקום פלוני והלכו ולקחוהו, חייב לשלם {ואפילו יסרוהו ולא א"ל על מה, והראה ממון חבירו, חייב (טור ע"פ הגמ', ב"י, והש"ך סקכ"א כתב דפטור שיכול לומר הייתי סבור שמוסרין אותו להראות להם ממון ואולי האמת כך היה ולא יהא אלא ספק אמאי יתחייב מספק, ונראה דהטור מיירי כשנכרין הדברים שלא יסרוהו מתחלה בשביל ממון). ולא מקרי אונס אלא הכאות ויסורין אבל לא אונס ממון (מרדכי ותשובת מיימוני). היה רואה נזק בא עליו, מותר להציל עצמו אע"פ שע"י זה בא הנזק לאחר (נ"י, אך אם כבר בא עליו אסור לסלקו ממנו כשגורם בזה היזק לחבירו, סמ"ע בשמו). {ג} (גמ' ורמב"ם -) אנסו המלך למוסר זה עד שיראה לו ממון חבירו שהוא בורח מלפניו (לאו דווקא אלא אורחא דמילתא נקט, סמ"ע ט'), והראה לו מפני האונס, הרי זה פטור (סמ"ע: מלשון זה דהרמב"ם והמחבר משמע שאסור להראותו, אלא דאם הראה פטור), שאם לא יראה לו יכהו או ימיתיהו (סמ"ע י"א: ואם הנאנס היה יכול לפטור נפשו ג"כ מהאנס מיסורים אם היה רוצה ליתן לאנס ממון כזה, נראה דאסור לגרום היזק לקהל או יחידים קרוביו). {ד} נשא ממון חבירו בידו ונתנו לאנס, חייב לשלם מ"מ, אע"ג שהמלך אנסו להביא (ודלא כרב האי גאון וראב"ד, והגר"א כתב דבעל העיטור דחה דברי הרי"ף).. (גמ' ורא"ש -) בד"א שאם אנסו להביא והביא חייב, כשלא הגיע הממון לרשות האנס, אבל אנס שאנס את ישראל עד שהראהו, ועמד האנס על הממון ונעשה ברשותו {דהיינו שיוכל לשלוט עליו וליטלו (ה"ה)} ואנס את ישראל עד שהוליכו למקום אחר, ואפילו הוליכו זה המוסר שהראהו הרי זה פטור, שכיון שעמד האנס בצד האוצר כבר אבד כל מה שיש בו, וכאילו נשרף".

הש"ך (כד) כתב לדחות דעת הרי"ף וסיעתו, ודווקא אם אנסוהו על ממון סתם אז אף שאנסוהו להביא חייב כרי"ף כשנשא ונתן ביד דזה מיקרי מציל עצמו בממון חברו ודמי לנרדף ששבר הכלים בסימן שפ"ג, משא"כ כשאנסוהו להביא ממון פלוני א"כ האונס הוא מתחלה על אותו הפלוני ואין זה נקרא מציל עצמו בממון חברו אלא שמוכרח לעשות כמו שאומר לו האנס ואם לא יעשה כן נמצא יציל הוא ממון חברו בנפשו ואין לך דבר שעומד בפני פקוח נפש "ודוק ותשכח שבזה נדחין כל דברי הרי"ף והרמב"ן", והאריך בשקלא וטריא בגמ' לדחות ראיות וקושיות הרא', וכתב דפשיטא דאין לחלוק על דברי הגאונים אם לא בראה ברורה מן השי"ס וכ"ש כאן שנראה כדבריהם וכן דעת ה"ר אפרים, העיטור, ראב"ד, וכ"מ פשט הירו' (ודלא כמו שדחק הרמב"ן שם), וכ"כ רא' נוספים, וגם בתשובת מהרשד"ם כתב דכיון דדבר זה פלוגתא דרבוותא היא קמאי ובתראי לא מפקינן ממונא, וכע"ז בשל"ג דהוי ספיקא דדינא, וסיים הש"ך "ולדידי לאו ספיקא הוא אלא העיקר כהפוטריין".

עמש"כ הרמ"א (סוף סעי' ב') ע"פ המרדכי ותשובת מיימוני דלא מדובר באונס ממון, כתב הש"ך (כב) דאמנם בתשובת רשב"א כתב דהסוגיא מיירי באונס ממון ופטור אף בהראה באונס ממון, וכ"כ הש"ך דאין הוכחה בגמ' לסתור זאת, אך חלק עמש"כ הרשב"א דאיירי באונס ממון דווקא, אלא הסוגיא מיירי אף באונס נפשות, וכ"ד "הרא"ה בחינוך" בשם מורו, אך מש"כ החינוך דכן דעת הרמב"ם, זה קשה, דמשמע מהרמב"ם דדוקא באונס הגוף פטור ואולי גירסא אחרת היה לו, ומ"מ כיון דידוע דמורו

של הרא"ה היה הרמב"ן וא"כ הרמב"ן והרשב"א והרא"ה סוברים דאף באונס ממון פטור, א"כ יכול לומר קיים לי כוונתייהו.

כתב הסמ"ע (יג) דלפי הרי"ף סיעתו והמחבר יש להקשות מדף קי"ז ע"ב וטושי"ע רצב/ח דהמפקיד אצלו חבירו ממון או כלים ואינו אמוד הנפקד ובאו עליו גנבים וקדם ונתן להן הפקדון להציל עצמו דכיון דאינו אמוד חזקה דלא באו אלא בשביל הפקדון ופטור, וכ"ש כאן דאנסוהו בהדיא ליתן לו ממון חבירו, וכתב ד"ל דשאני התם כיון דאינו אמוד מסתמא אונסא דמתיליד ליה לא הוה אלא בשביל הפקדון, אבל כאן שמאנסין אותו שיביא ממון ראובן מבית ראובן ריע מזלו גרם לו זה דאל"כ איך באים אצלו שיתן לו מעות ראובן שאינן בידו, ולהכי נסתחפה שדהו וחייב אפילו אנסוהו גם על ההבאה, כ"כ הנ"י, אולם רב האי גאון והראב"ד אכן ס"ל דאף שנשא ונתן ביד מ"מ כיון שאנסוהו על ההבאה אין לך דבר שעומד בפני פיקוח נפש, והואיל ויחדו לו בפירוש אינו מחויב שימות בשביל ממון חבירו, וממילא ג"כ נפטר מהתשלומין דאח"כ.

בענין המוזכר בשאלה לעיל שהיה ביטוח על החפץ הניזוק, יש לציין למש"כ בפסקי המשפט (שפ"ז), דנחלקו בזה האחרונים האם יכול הניזק לתבוע המזיק, דלפי האו"ש (הוזכר בסימן שז/ה) יכול לתבוע וחייב יהיה לשלם אף שלא הפסיד המזיק (מלבד באופן שחברת הביטוח תתבע את המזיק שודאי אינו מחויב לשלם פעמיים, פתחי חושן, עיי"ש) ואילו דעת שו"ת להורות נתן ועוד דאין לחייב המזיק לשלם, אלא דכאן מדובר שחברת הביטוח בעצמה תבעה מהמזיק ולא הניזק, והוסיף פסקי המשפט שם דלפי המקובל בזמנינו שאם תובעים הנזק מחברת הביטוח מתייקרים דמי הביטוח, צריך לשלם לניזק את ההפרש (גריש"א) ויש חולקים משום דהוי גרמא (חשוקי חמד), עיי"ש, וראה שם באות ח' מש"כ בשם שו"ת להורות נתן גבי נזקים ברכב שנוח לעולם המנהג שכולם תובעים את חברות הביטוח (וצ"ע, עיי"ש). [ואגב אורחא נציין למה שהביא שם באות ט' גבי הזיק חפץ משומש שנחלקו גדולי זמנינו כמה חייב לשלם והעלה שבחפץ שהדרך לקנות גם משומש משלם כערך חפץ משומש שהוא בין רבע לשליש ממחיר של חדש ואילו המזיק בגד משומש צריך לשלם מחיר של בגד חדש או בניכוי מועט, ובהמשך באות י' כתב גבי נזקים בחפצים ששווים רק לבעליו כמשקפיים שלפי התיבות (קמח"א) פטור, אך דעת "רוב הפוסקים" שחייב לשלם לפי מה ששוה לניזק, ובאות י"א גבי חפצים בעלי ערך מיוחד לבעליו כמזכרות ויצירות ציין שתלוי במח' בי"ח ושי"ך בסימן ע"ב, עיי"ש].

< כתב הרמ"א ע"פ המרדכי "ב' שותפין שהיה להן חוב ביחד ואנס שר לאחד לפטור החוב פטור, דזה לא מקרי נתן ביד" וביאר הסמ"ע דאינו אלא גרמא בעלמא אבל אם עשה כן מדעתו בלא אונס חייב. כתב הש"ך (כה) דאם היה להם משכון בשותפות על החוב ונתנו לשר דזה מיקרי נשא ונתן ביד, ובקצות (ג) חלק אש"ך דאפילו במשכון נמי לא הוי מזיק ממש אלא משום דינא דגרמי כיון דגוף המשכון אינו אלא כמו מזיק שעבודו, וכמו בשחטו תם בב"ק ל"ג כיון דיכול לסלוקי בזוזי הו"ל מזיק שעבודו ואינו חייב אלא משום דינא דגרמי וא"כ באונס פטור. עוד ביאר (ד) דדין זה דרמ"א הוא אפילו לתוס' בב"ק ק' בזיכה את החייב כיון דקם דינא בדיבורו הו"ל מזיק אפ"ה כאן פטור דלא הוי מזיק בדיבור אלא היכא שדיבורו עושה מעשה ממש אבל הכא אע"ג שמחל לא נפטר מחובו ועוד דהו"ל תלוהו ויהיב והכא עיי' אונס הוי וכיון שבאמת החוב לא נמחל על ידו אלא שהלוה אינו רוצה לשלם עבור זה א"כ לא הוי אלא גורם.

< כתב הסמ"ע (טו) בשם מהר"ם גבי ראובן שלקח חפץ אחד משמעון למוכרו לשר ואחר כך החזירו לשמעון בפני עבד השר, ואח"כ לקח השר החפץ משמעון בחזקה בלא דמים, ראובן חייב לשלם לשמעון, דהיה לו לחזור בינו לבין עצמו, ולא מהני מה שאמר לא כיונתי להזיק.

אנסוהו בממון או בנפשות להראות ממון חבירו מה הדין? (לעיל) אנסוהו 'אונס נפשות' להראות נפש חבירו, מה יעשה? (צל"ע)

איני בטוח לאן כיונו בשאלה זאת, אלא דיש להוסיף לציין למש"כ הרמ"א יו"ד קנז/א ע"פ הרמב"ם ע"פ הגמ' בפסחים כה ע"ב ("כי ההוא דאתא לקמיה דרבא אמר ליה מרי דוראי אמר לי זיל קטליה לפלגיא ואי לא קטלינא לך אמר ליה ליקטלוך ולא תיקטול מאי חזית דדמא דידך סומק טפי דילמא דמא דההוא גברא סומק טפ"י") "עובדי כוכבים שאמרו לישראל תנו לנו אחד מכם ונהרגנו, לא יתנו להם אחד מהם אלא א"כ יחדוהו ואמרו תנו לנו פלוני" והוסיף ע"פ רש"י "ויש אומרים דאפילו בכה"ג אין

למסור, אא"כ חייב מיתה כשבע בן בכרי", וראה עוד לקמן בסעי' ז' ברמ"א בשם המרדכי ומהרי"ל גבי מוסר גוף חבירו ובסימן תכה"ב בפת"ש בשפ פנ"מ גבי מעוברת המקשה לילד.

סעיף ה

שנים שהיתה ביניהם מריבה על קרקע ומטלטלין שכל אחד טוען שהיא שלו ועמד אחד מהם ומסרה ביד אנס, מה דינו והאם נקרא מוסר וחייב לשלם לחבירו כל נזק שיגרם או לא? נמק.

ב"ק קיז. "ההוא שותא (מכמורת לדגים או חיות) דהוו מנצו עלה בי תרי האי אמר דידי הוא והאי אמר דידי הוא אזל חד מנייהו ומסרה לפרהגנא דמלכא אמר אביי יכול לומר אנא כי מסרי דידי מסרי א"ל רבא וכל כמיניה אלא אמר רבא משמתינן ליה עד דמיתתי ליה וקאי בדינא".

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "בעלי דין שהיתה ביניהם מריבה על הקרקע או על מטלטלין זה אומר שלי וזה אומר שלי, עמד אחד מהם ומסרה ביד אנס, מנדין אותו עד שיחזיר הדבר לכמות שהיה ויסלק אנס מביניהם ויעשו דין בישראל {מ"מ אין לו דין מסור אע"פ שהפסיד חבירו ע"י זה הרבה דלא מקרי מסור אלא במתכוין להזיק אבל לא במתכוין להוציא את שלו (תשובת מיימוני ומרדכי בשם רבינו אליעזר), ויש חולקין (מרדכי בשם מהר"ם) וס"ל דמקרי מסור וחייב לשלם לו כל הזיקו אם לא היה חבירו סרבן, (תשובת הרא"ש ומהרי"ק -) וכ"ש אם התרו בו תחלה שלא ידונו בפני אנשים ועבר שיש לו דין מסור".

כתב הש"ך (כו) להכריע כמהר"ם דלא היה בדורו כמותו כדאיתא בתה"ד ועוד דהסברא א' היא רק סברת יחיד רבי אליעזר מטולא ובמרדכי משמע דרבוותא פליגי עלה וכ"ד האגודה שכן פסקו הגדולים וכן בדרכ"מ מסיק כפוסקים וכ"פ המהרש"ל דחלילה להורות כר"א מטולא דפטור דיבוא כמה חילול השם מזה, וכתב דקרוב לומר דאף ר"א מטולא לא קאמר אלא כשלא היה אפשר לו להציל בענין אחר, ואפ"ה כתב שם דכשאיין לו מגו לאו כל כמיניה והיינו מטעמא דכיון שהוא מחוייב להחזיר א"כ שלא כדן עבד מה שתפס ולא יוכל לומר להציל שלי נתכוונתי.

כתב הסמ"ע (טז) בשם הריב"ש (בדרכ"מ) באחד שביזה החכם ועמד החכם ונתן העונש שלו לשר העיר, דהוי קרוב למסירה.

עוד כתב הסמ"ע (יז) בשם תשובת מיימוני על אחד שרצה לתפוס את חבירו ולהכריחו למשפט ומתוך שלא רצה להניח לתפוס עצמו הכהו והרגו השופט ודן מהר"ם על התובע דין רוצח.

סעיף ו

[מה הדין באדם שנתפס ממונו למלכות בגלל חבירו?]

ע"פ הירוש' וכרבי יהושע בן לוי (ודלא כרב דפליג) כתב הרמב"ם וכ"פ השו"ע "מי שנתפס על חבירו, ולקחו אנשים ממון ממנו בגלל חבירו, אין חבירו חייב לשלם (דריע מזלו גרים לו שיהא נתפס עבורו, אף שנפטר חבירו ע"י כך מחובו, יכול לומר מפייסינא הוינא ליה עד דפטרני בלא דמים כבסימן קכ"ח, סמ"ע). אין לך מי שנתפס על חבירו ויהיה חבירו חייב לשלם לו, חוץ מהנתפס (משום 'ארנון וארנונא' -) מפני המס הקצוב על כל איש ואיש בכל שנה או הנתפס על התשורה שנותן כל איש למלך בעוברו עליהם או חיילותיו, הרי זה חייב לשלם לו, והוא שיקחו ממנו בפירוש בגלל פלוני בפני עדים, ונתבאר עוד בסי' קכ"ח".

סעיף ז

באילו מקרים נשבע הנמסר ונוטל?

ב"ק סב. "בעי אמימר עשו תקנת נגזל במסור (דנשבע ונוטל) או לא? אליבא דמ"ד לא דיינינן דינא דגרמי לא תבעי לך דמסירות נמי לא דיינינן, אלא כי תבעי לך אליבא דמ"ד דיינינן דינא דגרמי עשו תקנת נגזל במסור דמשתבע ושקיל או לא תיקו".

וז"ל **השו"ע** כלשון **הרמב"ם** "מי שיש עליו עדים שמסר ממון חבירו כגון שהראה מעצמו או שנאנס, ונשא ונתן ולא ידעו העדים כמה הפסידו במסירתו, והנמסר אומר כך וכך הפסידני והמוסר כופר במה שטענו, **אם תפס הנמסר אין מוציאין מידו אלא נשבע בנקיטת חפץ וזוכה במה שתפס** (אבל אם אין לו עדים יישבע לו היסת שלא מסרו, **סמ"ע** בשם הג' אשר"י) { **ווי"א (רא"ש)** דבספיקא דדינא לא מהני תפיסה } ואם לא תפס אין מוציאין מן המוסר אלא בראייה ברורה (ולא באומדנא, **ש"ך**) (**דלא כרב האי** בשערים דכל תיקו דממונא חולקין ובתשובת מיימוני כתב שגם רב האי בתשובתו כתב דכיון דסלקא בתיקו המוציא מחבירו עליו הראיה ולא כבשערים) { ואם ידעו ברור הדברים, רק שהוצרך להתפשר עם האנס בכך וכך (ר"ל שיש לנמסר עדים ע"י שהוצרך לפשר עם השר בכך וכך, אף שהמסור כופר ואומר לא בשביל המסירה לחוד פישרת עם השר ליתן לו כך וכך, **סמ"ע**) הנמסר נשבע ונוטל (**מרדכי**, כיון דיש לו עדים עכ"פ שהוצרך לפשר עם השר בכך וכך וגם ידוע שמסרו, **סמ"ע**) ויש מי שאומר (**ר"ת וה"ה ברמב"ם**) שאם המוסר אומר איני יודע כמה הפסדת ע"י ישבע הנמסר ויטול (דפירש דלא מיבעיא אי נשבע ונוטל אלא כשהמוסר מכחיש הנמסר אבל אם המוסר אינו יודע כמה הזיק אז ישבע הנמסר ויטול, ודעת **ר"י ורא"ש** דאפילו אין המוסר טוען ודאי לא יטול הנמסר בשבועה)".

הש"ך (כט) התקשה במש"כ 'או שנאנס ונשא ונתן ביד', **דבנאנס ונשא ונתן ביד היכא נימא** **דהוא בעיא דלא איפשטא** הא לא מבעיא בש"ס אלא במוסר למאן דדאין דינא דגרמי אבל בנאנס ונשא ונתן ביד מזיק בידים ולא גרמי הוא ופשיטא דלא שייך תקנת נגזל דהא אנוס הוא וא"כ כיון שהוא מכחישו בברי נשבע זה שנאנס ופטור דהא אינו נפסל כיון שנאנס ויכול הוא לישבע כן, ונשאר בצע"ג. עוד כתב (ל) דאם נשא ונתן ביד בלא אנוס פשיטא דעשו תקנת נגזל דהוי גזלן ממש וכ"כ רש"ל ושא"פ.

כתב **הש"ך** (לא לו לז) **גבי מח' ר"י ור"ת** (ע' בקצות ו' הדין בסברותיהם) **דתיפוק להו דבלאו הכי כיון שהמוסר מודה שהפסידו ואינו יודע כמה הוה ליה מודה מקצת ועל השאר אינו יודע דק"ל דה"ל משואיל"מ ושכנגדו אפילו שבועה לא בעי ודלא כב' הדעות, ואף שבתשובת מיימוני כתב דבני לא ידענא דאמרינן משואיל"מ שכנגדו צריך לכל הפחות לישבע ושכן משמע בר"ת, אבל אין נ"ל כן דפשיטא דבני ידענא וני' לא ידענא שכנגדו נוטל בלא שבועה והוא מוסכם מכל הפוסקים בדוכתי טובא, ועוד דא"כ מאי טעמיה דר"י דחולק אר"ת, וי"ל ¹ דר"ת ור"י סוברים כמ"ש בסימן שפ"ו (י) בשם הרמב"ן דבכל דיני דגרמי אין נשבעין שבועות התורה ² א"י כמ"ש בסימן שפ"ו (א) דס"ל לר"י ותוס' דדינא דגרמי דרבנן א"כ לא שייך לומר משואיל"מ וכרש"ל (אך תירוץ זה אי אפשר לומר ברא"ש וסמ"ג שהם פסקו דינא דגרמי דאורייתא) ³ עי"ל דמיירי דאומר המוסר הילך על מה שהפסידו או שיש לו כנגדו ביד הנמסר, ⁴ ועוד אפשר לומר ע"פ תשובת הרשב"א דכיון דלא ה"ל למוסר לידע כמה הפסידו לא שייך לומר דהוי מחוייב שבועה, ⁵ ועוד יש לתרץ דאף למה שפסק בסימן ע"ב כרמב"ם דאף בדבר שלא ה"ל לידע אמרינן משואיל"מ י"ל דר"ת ור"י מיירי כאן שהנמסר מודה שהמוסר אינו יודע ובכה"ג לכ"ע לא אמרינן משואיל"מ. **עוד הסתפק בדעת המחבר** מאחר שכבר העתיק לשון הרמב"ם והמוסר כופר דמשמע מיניה לרב המגיד דאם אינו כופר נשבע הנמסר ונוטל כר"ת שאומר (ובדיוק זה ברמב"ם האריך בסקל"א) א"כ היאך חזר לכתוב כאן דין זה בשם יש שאומר, עי"ש צדדים שהעלה בהבנת המחבר, **ולענין הלכה הסתפק** וכתב ד"היה נראה לכאורה לפסוק כאן דה"ל משואיל"מ כיון דכבר העליתי לעיל סימן ע"ב ס"ק נ"א כרמב"ם דאף בדבר דלא ה"ל לידע הוי משואיל"מ אם לא שהתובע מודה שהנתבע אינו יודע, אך שצ"ע בכאן מטעם אחר דהרמב"ן ס"ל דאין נשבעין ש"ד אכל דיני דגרמי וגם יש פוסקים דדינא דגרמי הוא דרבנן ולדידהו לא שייכא ש"ד כלל" (והקצות ז' חלק אכלל זה), וסיים דעיקר כר"י **וביאר דמש"כ דצ"ע לדינא היינו היכא שאפשר לומר שהמוסר יודע, אבל היכא שידוע בודאי שהמוסר אינו יודע או שהנמסר בעצמו מודה שאין המוסר יודע דבכה"ג לא שייכא שבועה על המוסר כלל רק דשייכא פלוגתא דר"ת ור"י אי עשו תקנת נגזל בהא נראה עיקר כר"י דגם בזה מבעיא לשי"ס אי עשו תקנת נגזל או לא ומספיקא לא מפיקין ממונא כן, אולם הקצות ז' ח) כתב דעיקר כר"ת.****

כתב **הרמ"א** ע"פ **מרדכי** ו**מהרי"ל** "וכל זה במוסר ממון אבל מסר גופו של חבירו לאנסים, הנמסר נשבע ונוטל, וכן אם גרם לו תפיסה, דהוי כמזיק בידים וצריך לשלם לו כל הזיקו" אף שטוען שלא תפסוהו משום שהכהו אלא משום שברח אפ"ה חייב, **סמ"ע**, **והש"ך** (לט) כתב **דלא נהירא כלל** לחלק בין מוסר ממונו או גופו כגון שגרם לו תפיסה דס"ס לא עביד מעשה אלא דיבורא הוא ולא מיחייב אלא משום דינא דגרמי והוי בכלל דקאמר בש"ס 'כי תבעי לך אליבא דמאן דדאין דינא דגרמי וכו', **ומפרש דברי המרדכי** דמיירי בנוטל גופו בידו ומולכו בחזקה לתפיסה ולאפוקי דלא נימא כיון דסוף סוף אינו נוטל ממונו בידו לא תיהוי אלא גרמא, אלא כיון דמוסר גופו בידו ומחמת זה נפסד לו ממון, כל היזק דממונו

הו"ל כאילו הזיקו בעצמו, ובה יש חילוק בין נזקי ממונו לנזקי גופו, עיי"ש, "דבין מסר ממונו או גופו אם לא עשה מעשה בידיו כגון שהולוכו בעצמו לתפיסה ולא עביד אלא דיבורו לא מיחייב אלא משום דינא דגרמי והוא בכלל מה דאיבעיא בש"ס אי עשו תקנת נגזל במסור למאן דדאין דינא דגרמי", בא"ה}."

[**הקצות (ח) האריך במש"כ הש"ך לחלוק על הרמ"א דאין לחלק בין מוסר ממונו למוסר גופו,** דמפרש הש"ך דברי המרדכי דמיירי שמוסר גופו של חברו בידיים דהיינו שנוטל גופו בידו ומוליכו בחזקה לתפיסה, **והקשה הקצות** דלישנא דמוסר לא משמע הכי אלא מוסר בכל דוכתי אינו בידיים אלא בדיבורא, ועוד תימה היכי תפסו בידיים לתפיסה וכי בדידיה תליא ומי עשאו לשר בית הסוהר ואם לא היה דעת השר לזה תפיסתו לא מעלה ולא מוריד ואם היה דעתו לזה א"כ המוליכו לא עבד כלום ואין זה אלא דבורו הגורם לזה, **אלא המרדכי מחלק בין גרמי דממונו לגרמי דאדם ומשום דאשכחן אדם באדם דמשלם שבת וריפוי אע"ג דשבת וריפוי אינו אלא גרמא דהא מהאי טעמא דוחף מטבע לים וצריך הוצאות לבר אמוראה כיון דע"י ממון זה נפסד ממון אחר הו"ל גרמא ופטור, ובאדם באדם חייב, אלמא חייבה התורה אדם באדם בנזקי גרמי, ואפילו דיני דגרמי דפטור לרי מאיר כמו שבת וריפוי דפטור בבהמה אבל באדם חייב, אך גם על המרדכי הקשה דאע"ג דאשכחן דחייבתו התורה בשבת וריפוי היינו נמי היכא דעשה מעשה בגופו דאז חייב בריפוי ושבת הנעשה ע"י מעשה בידיים, אבל היכא דתחלתו לא נעשה אלא ע"י גרמא אדם באדם נמי פטור, וראיה מהא דתנן המבעית חברו ותקע באזנו פטור משום דאינו אלא גרמא וא"כ מוכח דאפילו אדם באדם פטור, ואפשר לדעת המרדכי טעמא דמבעית משום דאינו אלא גרמא ולא גרמי ודוקא גרמי הוא דחייב באדם, אך מדברי רש"י לא משמע הכי, **ובעיקר הדין כתב דעיקר כרמ"א מהרי"ל וסיעתם דאע"ג דמראה גופו נמי אינו אלא משום דיני דגרמי ופטור לרבנן, דהא במח' ר"ת ור"י עיקר כר"ת ועד כאן לא מיבעיא ליה אלא בטוען הנמסר ברי אבל בטוען שמא לא מיבעיא ליה, וא"כ הני מילי במוסר ממון דמזיק ממון נמי לא עשו תקנה בטוען ברי, אבל במוסר גופו דהוי חובל וכבר עשו תקנה בנחבל (שבועות מ"ד) דנשבע ונוטל אפילו בטוען ברי, וכיון דאין חילוק בין היזק גרמי להיזק שע"י מעשה, א"כ במוסר גופו אפילו נימא דמוסר לא חמיר יותר ממזיק הרי נשבע ונוטל מדין תקנת נחבל שהוא אפילו בטוען ברי].****

עוד כתב הרמ"א "האומר לחבירו מסרתני והוא כופר, ישבע לו היסת (הג' אשירי), וי"א (מרדכי) דצריך לישבע לו לפני האנס שלא מסרו לו, ואין צריך לעשות נקיות זו אלא על פי אחד המעיד שמסרו, אבל אין העובדי כוכבים נאמנים בכך (מרדכי), תשובת רשב"א ותה"ד, אולם הש"ך סקמ"א העלה ע"פ המרדכי ושאר דאף שלא היה עד אחד צריך לישבע לפני השלטון, והרמ"א לא קאמר אלא לאפוקי שאין העכו"ם נאמנים בכך לענין שיעשה נקיות זו בפניהם, אבל אה"נ אם הנמסר טוען ברי שמסרו צריך לעשות נקיות זו בפני השלטון אף שאין שם עד כלל ומש"כ הרמ"א דאין צריך לעשות נקיות זו אלא ע"פ עד אחד כו' היינו כשאין הנמסר טוען ברי)".

עוד כתב הרמ"א "שנים שמסרו ביחד, כל אחד משלם החצי, ואם בזה אחר זה, האחרון פטור, דכל זמן שלא נפטר ממסירה הראשונה הנזק בא מגרם הראשון (מרדכי), ואפילו לא מסרו, רק ראה אנס או עובד כוכבים שיגידו להאנס (מהרי"ו), ר"ל אם ראה השר מעצמו, או גוים ראוהו דאז מסתמא יגידו לשר מה שראו שעשה ראובן כגון שהכה לשמעון, אף שהלך לוי והגיד לשר על ראובן פטור לוי, דבלא הגדתו ודאי יודע לשר ע"י הגוים, סמ"ע)".

כתב הש"ך (מב) דמש"כ הרמ"א דשנים שמסרו וכו', דאפילו אין לחבירו לשלם א"צ לשלם רק החצי, אך כתב המרדכי בשם מהר"ם דאם רגילים לפטור המוסר לפי שהיה מוכה ואין אדם נתפס על צערו אזי המוסר השני חייב כל ההיזק אם יש עדים שמסרו שניהם ביחד כו' נתן דכל היכא דליכא לאשלומי מהאי משתלם מהאי. עוד כתב (מג) דאם יש ספק בדבר אם נפטר ממסירה הראשונה מספיקא לא מפקינן ממונא והאחרון פטור ולפ"ז לעולם אין חייב האחרון אלא כשידוע בבירור שכבר נפטר ממסירה הראשונה, **והקצות (י) הקשה דמאי שנא מהא דפסק הרמב"ם והמחבר בסימן שפ"ג דשנים שהמיתו בהמה ביחד או שברו כלי ביחד משלמין ביניהם וה"ה חמשה שהניחו חבילות על בהמה וכו' דאם אינו ידוע כולם משלמין בשוה, ועוד מאי שנא דהאחרון פטור ואמאי הראשון חייב נימא שההיזק היה על ידי האחרון, וכתב דאפשר דכיון דהיה כדי היזק במסירה הראשונה בודאי דמוסר הו"ל כתוא מכמר והספק אינו אלא אם נפטר אח"כ ממסירה הראשונה וכה"ג הו"ל כאומר איני יודע אם פרעתיך וצ"ע.**

כתב הרמ"א י"א דאדם המוכה מחבירו יכול לילך לקבול לפני העו"ג, אף על פי דגרם למכה היזק גדול (מהר"ם מרדכי ותה"ד), וכתב הש"ך (מה) דהדרכ"מ הביא שכתב המהר"ם דאם רגיל להכות הבריות מותר לקצץ ידו ע"י עכו"ם או להפסיד ממונו או להציל בא' מאבריו, והקשה עליו הדרכ"מ דהא אפילו מוסר גמור אסור לאבד ממונו וכ"ש זה, ויישב הש"ך דלא קשה ממוסר דהכא להציל הוא בא וא"א להצילו אם לא שיגיד לשופט וע"י כך הוא מפסיד ממון ופשיטא דאם יכולים להציל הנמסר ע"י שיפסיד המוסר ממון דשרי ומצוה הוא ועוד דממון מוסר דוקא לאבדו ביד אסור אבל להפסיד ע"י גרמי מותר.

< כתב הש"ך (לב) דדעת רש"ל דאם העמיד העכו"ם על ממון חבירו דהוה כמוסר בידים וכל כה"ג או שמוסר לאדם בגופו נשבע הנמסר ונוטל, וחלק עליו דהא ס"ס לא הוי אלא גרמי כיון שלא נשא ונתן ביד כדמוכח בב"ק קי"ז.

< כתב הסמ"ע (כד) בשם תשובת הרשב"א (בדרכ"מ) דמסור שהודה במקצת משלם מה שהודה ואינו משלם השאר, ואפילו אומר נ' ידענא ונ' לא ידענא לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם, מאחר שלא הי"ל למידע כמה הזיקו, ויהוה ליה כאותו של שק צרור דירושלמי בסימן צ', אולם הש"ך (מ) חלק לשיטתו מסימן צ' לפסוק כרמב"ם דה"ל משואיל"מ אע"ג דלא הי"ל לידע וה"ה הכא, אם לא שהתובע מודה שהנתבע אינו יודע.

< כתב הש"ך (לח) בשם תשובת הרשב"א באחד שמסר את חברו ואינו יודע כמה הפסידו דאם תפס מטלטלים שלא בעדים אין לו עליו כי אם חרם סתם כל מי שנטל ממנו שלא כדין, והסכים הש"ך [דאע"ג דלמ"ד דלא מהני תפיסה אפילו תפס שלא בעדים לא מהני, היינו בשאר ספיקא דדינא, אבל הכא דמטעם נאמנות אתינן עלה דמספקינן אם יהא נאמן בשבועה ליטול והלכך כיון דתפס שלא בעדים ודאי נאמן מכח מגו והא דאינו נשבע צ"ל שמירי שהנמסר רוצה להחזיק במטלטלים ואינו חפץ שיפדם המוסר ושיגבה מהם חובו].

סעיף ה

[האם מוסר שהודה מעצמו חייב? במה תלוי דין זה?]

ע"פ הרמב"ם (ה"ה: פשוט, גר"א: כמבואר בסי' ל"ד וצ') פסק בשו"ע "אין משביעין את המוסר שהראה מעצמו, לא שבועה חמורה ולא שבועת היסת, מפני שהוא רשע ואין לך פסול יותר מזה {ואפילו לא מסרו עדיין רק שאומר אלך ואמסור, אם אומר כך בפרהסיא נפסל לעדות, ולא אמרינן בכה"ג (שהע"ז בפרהסיא, גר"א) עביד אינש דגזים ולא עביד (מרדכי), ויש חולקין א"כ מוחזק בכך (במרדכי), ואפילו לא יודעין אם רגיל בכך או לא, מ"מ יוכל זה שכנגדו לעמוד ולהציל עצמו ע"י עובד כוכבים אע"פ שיגיע נזק לזה (מהר"ם), תשובת רשב"א ותשובת רא"ש, כמ"ש הבא להורגך השכם להורגו בסנהדרין ע"ב, וכרודף בדף ע"ג דניתן להצילו בנפשו אע"ג דשמא לא יעשה אשר זמם, גר"א} אבל המוסר שאנסוהו להראות או להביא, ונתן ונשא ביד, אעפ"י שהוא חייב לשלם, אינו רשע, ובן תשלומין הוא בלבד [ומשביעין אותו] כשאר הכשרים (סמ"ע) וש"ך: ר"ל אף שנשא ונתן אחר כך ביד דאז חייב לשלם, אפ"ה אינו נקרא רשע כו', סמ"ע²: לא מיבעיא אם לא אנסוהו אלא להראות והראה ולא נשא ונתן ביד דאינו נקרא רשע, דהרי בכה"ג אפילו בר תשלומין ליתיה, אלא אפילו אנסוהו להביא והוצרך לישא וליתן באונס אף דבר תשלומין הוא כנ"ל, אפ"ה אינו נקרא רשע) {וכן אם הודה שמסר ואין עדים בדבר, אע"פ שאינו נפסל בהודאת עצמו, מכל מקום חייב לשלם (מרדכי), דאע"ג דמודה בקנס פטור ודינא דגרמי הוי קנסא דרבנן, ה"מ בקנס דאוי משום דכתיב אשר ירשיעון אלקים פרט למרשיע עצמו, אבל קנסא דרבנן מחייב בהודאת עצמו, ש"ך בשמו, ודחה דעת הרש"ל דהמרדכי ס"ל דגרמי לא קנס, דאם הוי קנס היה פטור במודה, והקצות כתב דבשיטה משמע כרש"ל והביאו הפת"ש, שכתב גם בשם שיבת ציון שכן דעת הראב"ן וכן יש להוכיח ברמב"ם וכ"פ המעיל צדקה, ופסק כן גם גבי מודה שעבר על תקנת קהל דפטור מהאי טעמא, ואין לומר דאף שפטור מצד הדין מ"מ חייב בקנס מצד תקנת הקהל וקבלת המנהג, זה אינו, כי דבר זה אינו מפורש בתקנה}."

סעיף ט

ע"פ גיטין ז' בהא דשלח ליה מר עוקבא לר' אלעזר בני אדם העומדים עלי ובידי למוסרן למלכות, פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "אסור למסור לישראל ביד עובדי כוכבים אנשים בין בגופו בין בממונו, ואפילו היה רשע ובעל עבירות, ואפילו היה מיצר לו ומצערו (שם בגמ') {ודוקא בדברים בעלמא, אבל אם מסרו מותר למסרו (תשובת הרא"ש) דהרי יוכל להרגו בדין (כמבואר בב"ק קי"ז, שם) במקום שיש חשש שיחזור וימסרנו לאנשים, או אם אי אפשר להציל עצמו בדרך אחר, (מרדכי -) אבל אם אפשר להציל עצמו בדרך אחר הוי כשנים שמסרו זה את זה וכל מי שהפסיד חבירו יותר חייב לשלם המותר בנזק שלם} וכל המוסר לישראל ביד עובד כוכבים, בין בגופו בין בממונו, אין לו חלק לעולם הבא (הב"י ציין לפרק חלק, ובחידושי הגהות כתב דאינו שם אלא בר"ה י"ז וכ"כ הגר"א, ובהגהות והערות ציינו לתוספתא דפרק חלק, וכתב הש"ך שבר"ה י"ז מבואר גם דהמסורות יורדים לגיהנם ונידונין לדורי דורות וגופן כלה ונשמתן כלה)".

סעיף י

ב"ק קיז. "ההוא גברא דהוה בעי אחוויי אתיבנא דחבריה אתא לקמיה דרב א"ל לא תחוי ולא תחוי א"ל מחוינא ומחוינא יתיב רב כהנא קמיה דרב שמטיה לקועיה מיניה (קרקע צווארו)".

ברכות נח. "רבי שילא נגדיה לההוא גברא דבעל נכרית אזל אכל ביה קורצי בי מלכא אמר איכא חד גברא ביהודאי דקא דיין דינא בלא הרמנא דמלכא שדר עליה פריסתקא כי אתא אמרי ליה מה טעמא נגדתיה להאי אמר להו דבא על חמרתא אמרי ליה אית לך סהדי אמר להו אין אתא אליהו אדמי ליה כאיניש ואסהיד אמרי ליה אי הכי בר קטלא הוא אמר להו אנן מיומא דגלינן מארעין לית לן רשותא למקטל אתון מאי דבעיתון עבידו ביה".

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "מותר להרוג המוסר אפילו בזמן הזה, ומותר להורגו קודם שימסור, אלא כשאמר הרניני מוסר פלוני בגופו או בממונו (היינו כשניכר שיעשה כן, ש"ך), אפילו ממון קל (ה"ה: למד כן מב"ק דאילו המעשה בברכות היה במוסר הבא למסור נפשות), התיר עצמו למיתה (כמבואר בעובדא דב"ק -) ומתירין בו ואומרים לו אל תמסור, אם העיז פניו ואמר לא כי אלא אמסרנו מצוה להורגו וכל הקודם להרגו זכה" וכתב הרמ"א "ואם אין פנאי להתרות בו, אין צריך התראה (ה"ה, ולרבי שילא בברכות לא היה פנאי). וי"א (תשובת מיימוני ומרדכי) דאין להרוג המוסר אא"כ אי אפשר להינצל ממנו באחד מאיבריו אבל אם אפשר להצילו באחד מאיבריו, כגון לחתוך לשונו או לסמות עיניו, אסור להורגו, דהרי לא גרע משאר רודף (דלא כב"י שתמה מעובדא דרב כהנא "דאמר מחוינא ומחוינא והרי היה יכול להצילו בחתיכת לשונו או בחתיכת רגליו וכן בעובדא דרבי שילא", ובדרכ"מ תמה על הב"י דמי הגיד לו "שהיה יכול להציל באחד מאיבריו שכתב כן בפשיטות ודחה דברי תשובת מיימוני בלא טעם ובלא ראיה").

< כתב הסמ"ע (כח) בשם הריב"ש דמי שנתפס בעד גופו לדון אותו מפני שהוא מסור או שאמר דברים שמתחייב בנפשו, ורוצה ליתן ערבים מספיקין שלא יברח, אין מקבלין ממנו, דמה יעשה לערבים אם יברח הוא, והביאו גם הש"ך (נח), והביאו במלואו הב"י - וזהו ששנינו במכילתא (משפטים פרשה ו) ונקמה המכה יכול יתן ערבים ויטייל בשוק תלמוד לומר אם יקום והתהלך בחוץ מגיד שחובשין אותו עד שיתרפא ולכן אם ראו בית דין שיש ממש בדברי התובע ושאים יתברר הדבר שיהיה העובר חייב מיתה או עונש אחר בגופו אין נותנין אותו בערבים, ובי"ד חייבים לחבשו ולאסרו בבית האסורים עד שיתברר להם שאין בדבר חיוב מיתה רק חיוב ממון לבד.

סעיף יא

ע"פ הרמב"ם פסק בשו"ע "עשה המוסר אשר זמם ומסר אסור להורגו, אא"כ הוחזק למסור שהרי זה יהרג שמא ימסור אחרים (ע"פ ע"ז כ"ו דהמיניס והמסורות מורידין ולא מעלין)", וביאר ה"ה הרישא דלא מצינו היתר בתלמוד אחר מעשה ועוד כעין ראיה סנהדרין ע"ג גבי רודף אחר חבירו להרגו שניתן להצילו בנפשו וכן רודף אחר הזכור אחר הנערה מאורסה כולם קודם מעשה נהרגים אחר מעשה אינם נהרגים אלא בבית דין ובעדים והתראה.

כתב הש"ך (נה) דכתב המרדכי שר' שמחה הוכיח דהרי"ף חולק על הרמב"ם, שהרי"ף הביא ראיה דממון מוסר אסור לאבדו ביד מבעיא דהכונס אם עשו תקנת נגזל במוסר וסלקא בתיקו, ואי ס"ל לרי"ף כרמב"ם מאחר שעשה המוסר כאשר זמם דאסור להורגו וא"כ ה"ה לאבד ממנו דאסור דהא מיניה יליף ומה מביא ראיה דלמא הא דבפרק הכונס איירי כגון שעשה המוסר אשר זמם ומ"ה אסור לאבדו, וכתב הש"ך דכן עיקר וכן משמע מב"ק קי"ז שאפילו בפעם אחת נקרא מוסר ומותר להורגו, וכן משמע מהתוס' ופסקי תוס', "אך הרבה פוסקים נמשכו לדעת הרמב"ם בזה".

הש"ך (נו) הביא את המשך הרמב"ם (חובל ח,יא) "מעשים בכל יום בערי המערב להרוג המוסרים שהוחזקו למסור ממון של ישראל ולמסור המוסרים ביד העכו"ם להרגם ולהכותם כפי רשעים" ומשמע דהורגים אותנו בידיים וכן משמע מפסקי תוס' תשובת הרשב"א ועוד רא', והא דמורידים ולא מעלין (ע"ז כ"ז) אין מפרשים הרמב"ם וסייעתו כמ"ש בתשובת הרא"ש בשם ר"ח דדוקא מורידין ולא הורגים בידיים, אלא ה"ה להורגו בידיים אלא דקאמר מורידין היכא דא"א להורגו ויש לסבב הריגתו ע"י הורדה, וכן עיקר בש"ס בב"ק קי"ז דקאמר דלא יהא ממנו חמור עליו מגופו משמע דגופו מותר לאבדו ביד. תשובת הרשב"א שהזכיר הש"ך דהוא כרמב"ם, הובאה בב"י שכתב שם דרודף נהרג בכל זמן בין בארץ בין בחוצה לארץ ואפילו שלא בבית דין מדרבי שילא בברכות ומדא"ל (בגמ' שם) דוד לשאול רודף אתה והתורה אמרה הבא להרגך השכם להרגו ואפילו רודף למסור ממון מדרב כהנא בב"ק קי"ז, ובודאי מי שאינו מוחזק בכך אין ממיתין אותו אחר מעשה אבל מי שהוחזק בכך ממיתין אותו בין בשעת מעשה בין לאחר מעשה וכל הקודם זכה וכדתניא בע"ז כ"ו.

עוד כתב הש"ך (נו) דהא דכתב המחבר מוחזק למסור היינו ג' פעמים, וכדכתב בסעי' טו, אולם רע"א כתב בשם התשב"ץ דבשני פעמים סגי.

סעיף יב

עוד המשיך השו"ע ע"פ הרמב"ם הנזכר "כל המוסר" [המיצר', כן הוא ברמב"ם, ש"ך ובאה"ג] הצבור ומצערן, מותר למסרו ביד עובדי כוכבים אנסים להכותו ולאסרו ולקנסו, אבל מפני צער יחיד אסור למסרו [או 'לאסרו'] [באה"ג: הוציא זה גם מהברייתא בע"ז כ"ז] (סמ"ע: אבל אם מסרו בממון וכ"ש אם יסרו במכות ועונשי הגוף מותר למסרו כמ"ש הרמ"א בסעי' ט', וכ"ד הש"ך שהוסיף דאפשר דס"ל לרמב"ם דאם כבר מסר אין הורגין אותו אא"כ הוחזק במוסר ובמוסר לצבור אפילו לא הוחזק מותר למסרו ביד עכו"ם).

כתב הרמ"א "מי שעוסק בזיופים וכדומה [במקום שהמלכים מקפידים, סמ"ע] ויש לחוש שיזיק רבים, מתרין בו שלא יעשה, ואם אינו משגיח יכולין למסרו ולומר שאין אחר מתעסק בו אלא זה לבד (מהרי"ו בשם מהר"ם). מי שרוצה לברוח ולא לשלם לעובדי כוכבים מה שחייב, ואחד גילה הדבר, אין לו דין מסור, שהרי לא הפסידו רק שהוצרך לשלם מה שחייב, מכל מקום ברעה עשה דהוי כמשיב אבידה לעובד כוכבים, ואם גרם לו היזק (ר"ל היזק יותר ממה שחייב לגוי אם בא לו על ידי שגילה לגוי מבריחתו, אבל בכדי מה שחייב לו אינו נקרא היזק, סמ"ע), חייב לשלם לו מה שגרם לו (שם), וכתב באה"ג דדברי הרמ"א תמוהים שהרי המהר"ם בעצמו כתב שם אם הפקיד העכו"ם או הלוח לישאל ומת העכו"ם והוא מעכב הפקדון או הפרעון ואינו מחזיר ליורשיו כשתובעים ממנו הוא קאי בעון, וא"כ אינו ענין לאבידת העכו"ם שהתירה התורה, ואפילו באבידה במקום שיש קידוש השם המחזירה הרי זה משובח כמבואר בסי' רסו, "וכבר פשט התיקון והמנהג שמנהיגי הקהלה יצ"ו עומדים על המשמר שלא לעשות שקר ועולה לגוים ומכריזים ונותנים רשות לפרסם ולגלות להם על האנשים אשר לוקחים בהקפה או לזים בהלואה ואין דעתם לשלם והכל מדעת המנהיגים".

סעיף יג

האם מותר ליטול או לאבד ממנו של מוסרי? [ומה הדין להחזיר אבידתו?]

ב"ק קיט. "ממון מסור רב הונא ורב יהודה חד אמר מותר לאבדו ביד וחד אמר אסור לאבדו ביד, מ"ד מותר לאבדו ביד לא יהא ממנו חמור מגופו, ומ"ד אסור לאבדו דלמא הוה ליה זרעא מעליא וכתב יכן רשע וצדיק ילבש".

הרי"ף הוכיח מפרק הכונס (ראה לעיל סעי' יא) כמ"ד דאסור, וכ"פ שא"פ, וז"ל השו"ע "אסור לאבד ממונו של מוסר אע"פ שמותר לאבד גופו, שהרי ממונו ראוי ליורשיו {וי"א (מרדכי) דמותר ליטול ממונו לעצמו דאינו אסור אלא לאבדו (דלא עדיף ממונו מגופו דהוא הפקר, והרי עדיין לא זכו בניו בחייו בממונו, סמ"ע, והש"ך כתב דברי"ף מוכח דלא כמרדכי וכ"פ רש"ל דאסור ליטול ממון לעצמו וכן עיקר, והפתי"ש בשם תת"ס פסק כמרדכי והרמ"א)".

כתב הש"ך (סב) דכתב רש"ל דאולם ע"י גרמא או גרמי מותר לאבד ממונו אך למסור ממונו לעכו"ם אסור, ומשמע מהוכחתו (מעובדא דמסירות דר' יואל ור' אפרים במרדכי בב"י) דאם חזר ומסר ממונו חייב לשלם לו מה שהפסידו. עוד כתב הש"ך דמי שמוחזק למסור ונראה שאין דבריו נשמעין רק מחמת עשרו וכשיעני לא יהיו דבריו נשמעים מותר לאבד ממונו או למסרו לעכו"ם שהרי במה שמאבדן ממונו מצילים אחרים.

עוד כתב הש"ך (שם) שהתוס' (בע"ז) הסתפקו אי משיבין אבדתו דמוסר דמצד אחד גרע ממומר ובכל מקום אנו שונין מוסר אצל מין ולא אתרבי אצל אבדה, אולם שמא מאן דאית ליה ממון מוסר אסור לאבדו ביד אית להו נמי דמשיבין אבדתו ומטעמא דיכין רשע וצדיק ילבש, וסיים הש"ך דבהג"א אשר"י כתב דמוסר הוי כמו מומר להכעיס דאסור להחזיר אבדתו.

סעיף יד

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע "מוסר מקבלים עדות שלא בפניו (דלא כריב"ש) {ואין צריכין לכוין העדות כל כך (כלומר אע"ג דדיני נפשות צריך דרישה וחקירה כדלעיל ס"י ל')", והביא ראה מעובדא דשמעון בן שטח דתלה פ' נשים באשקלון במשנה סנהדרין מ"ה, וכתב הסמ"ע (לד) דמבואר בדבריו דאף שלא בשעת מעשה כשדנין עליו להורגו ביד גוי א"צ לקבל העדות בפניו, כי הדבר ידוע מי שהוא מוחזק מסור הגוים מקרבין אותו בשביל הנאתו, ואילו רצה לקבל העדות בפניו ולדרוש ולחקור בדינו, לעולם לא יעשו לו דין כי ינצל ע"י גוים, כי אפילו כשאינו בסכנה מוסר יחידים ורבים, כ"ש כשיראה עצמו בסכנת גופו.

סעיף טו

[מה דינו של מוסר שהוחזק שמסר שלוש פעמים? מה דין מוסר ע"י שליח?]

ע"פ תשובות הרא"ש והריב"ש פסק בשו"ע "מי שמוחזק ששלשה פעמים (בין לרבי בין לרשב"ג, מהרי"ם) מסר ישראל או ממונם ביד אנסים היו מבקשים^א עצה ותחבולה לבערו מהעולם {ע"י גרמא אע"פ שאסור להורגו (בידדים) [כלומר יהרגוהו ע"י גוי כיון שהוא מוחזק במסרות מותר וכ"כ הר"ח שאין הורגים אותן בידים אלא מורידים אותן לבור שלא יוכל לעלות משם וימותו מעצמן ומה שאומרים למושל להרגו היינו כמו הורדה לבור ואינו עושה מעשה, בראי סמ"ע ובאה"ג)}", וכתב הסמ"ע (לה) דלפי הרמב"ם ור' אשר מלוניל מותר להורגו אפילו בידים לאחר שהוחזק להיות מוסר ג' פעמים ואפילו שלא בשעת מעשה, וכן נראה בש"ך (סו) שכתב דכן סברי שאר הרבה פוסקים' וכן משמע במחבר סעי' יא ותמה על הרמ"א שכתב הכא שאסור להורגו בידים, ודחה (סה) דעת הרש"ל ד"דס"ל דע"י עכו"ם הוי כאלו הורגו בעצמו דבעכו"ם יש שליח לדבר עבירה לחומרא ודוקא הורדה לבור שרי.

כתב הרמ"א "מי שמדבר בפני קהל ועדה דברי מסירות, ועל ידי זה נשמע לשר וגרם היזק, אע"פ שאין לו דין מסור מ"מ מענישין אותו לפי ראות עיני הדיינים (מיוחסות לרמב"ן וריב"ש, דכיון שהוא עצמו אינו המגיד הראשון והרי זה פחות ממרביץ ארי לפני בהמת חבירו בב"מ צ' שאינו מזיק ממש אלא שמענישין אותו תחלה ומשמתין אותו עד שיקבל עליו הנזק שיבא מתוך מעשיו כההיא דב"ק קי"ד דבר ישראל דזבן ארעא לגוי אמצרא דישאל משמתין ליה עד דמקבל עליה כל אונסא דאתי מחמתיה ומדשמתין ליה מעיקרא ש"מ שאם הזיק עד שלא קבל פטור, שם במיוחסות בב"י)".

עוד כתב הרמ"א ע"פ הרשב"ץ "מי ששלח שליח למסור, אם השליח הוחזק לעשות, חייב המשלחו, ואין לומר אין שליח לדבר עבירה הואיל והוחזק בכך (וא"כ לא שייך בזה דברי הרב וכו')".

וכתב הש"ך (סז) דהרמ"א לשיטתו מריש סימן קפ"ב "דהכל תלוי כשהשליח בר חיובא", וליתא, דלא מבעיא למה שפסקו הרמ"ה רא"ש כרב סמא בב"מ י' לעולם אין שליח לד"ע אפילו השליח לאו בר חיובא הוא כיון דאי בעי עביד ואי לא בעי לא עביד, א"כ פשיטא הכא דפטור המשלח, ועוד דהא כתבו דלעולם לא משכחת שליח לד"ע אלא חצר ואם איתא הא משכחת נמי הא, אלא אפילו לרבינא דס"ל דהיכא דהשליח לאו בר חיובא הוא מיחייב שולחו פטור הכא דס"ס זה ישראל הוא ובר חיובא הוא ולא כתב הרמב"ם דהם פחותים מן העכו"ם אלא לענין דפסולים לעדות, והכי מוכח מדברי כל הפוסקים בכמה דוכתי שכתבו וסתמו אין שליח לד"ע ולא חלקו בין שהשליח מוחזק בכך או לא, וגם הרשב"ץ לא פסק כן בתשובה אלא משום שצירף עוד טעמים שם לזה, ומש"כ הרשב"ץ דדומה לשליחות יד דחייבה רחמנא ע"י שליח ויש לחייבו כאילו מסרו אל האנס עצמו ואין אנו צריכין לבא עליו מדין שליח שכיון שהוחזק הזקן מוסר המוסר בידו כמוסר ביד האנס, זה אינו, דנהי דשליחות יד חייב אף ע"י שליח היינו בשולח יד בממון אבל כאן מה שליחות יד שייך ועוד דשולח יד הוי גזלן, וכ"פ הקצות (יב ופת"ש ז) דעיקר הטעם באין שליח לד"ע כריטב"א בקידושין דאינו משום דברי הרב כו' אלא משום דכן הוא גזירת הכתוב, וא"כ אפילו בהוחזק השליח נמי אין שליח לדבר עבירה.

אולם בשב"י (שם) פסק כרמ"א וחיוב, ועוד כתב גבי מי ששלח גוי לבייש חבירו ברבים וכן עשה דקונסין אותו כאילו בייש בעצמו, דהשליח לאו בר חיובא וגוי מוחזק בכך והיכא דמוחזק לעשות אף שהוא בר חיובא חייב שולחו, ובר מן דין הוא בכלל מוסר, עיי"ש, וכ"ד החת"ס כרמ"א אך לא מטעמיה של התשב"ץ אלא הוא גופיה מסור שהרי מסר חבירו ביד אנס, ותמה הפת"ש שלא הזכיר דסברא זו כתב הרשב"ץ המובא בש"ך בעצמו.

עוד כתב הרמ"א ע"פ המהר"ם והתשב"ץ "וכן אם מסר שטר פרוע לעובד כוכבים, ויודע שיתנו לשר ויכוף הישראל לפרוע שנית חייב לשלם (ואפילו מסרו בין שאר שטרות ואמר דלא ידע מזה מ"מ חייב, דה"ל למידע, סמ"ע בשם התשב"ץ)".

הש"ך (סח) האריך לחלוק על הרמ"א גם כאן ואפילו מסרו לשר גופיה פטור, דליכא כאן גרמי, וגם מש"כ הסמ"ע בשם התשב"ץ ליתא דאדרבא איפכא מסתברא בהך דראובן הוא המלוה דוקא חייב ולא מטעם מוסר אלא מטעם דכיון שהוא הפקידו אצלו והוא מוסר למוסר קלייה לשטריה והוי כשורף שטרותיו של חברו דחייב מדינא דגרמי אבל כשמסר שטרות פרועים שלו לעכו"ם ליכא כאן גרמי.

סעיף טז

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע "הוצאות שעשו לבער מוסר, כל הדרים בעיר חייבים לפרוע בהם, אפילו אותם שפורעים מס במקום אחר", דהכל חייבים בתשלום הוצאת ביעור הרע מקרבם כי היא תקנת ישוב העיר כי הנשארים ישמעו וייראו ולא יצאו עוד מקרבם בני בליעל להדיח את יושבי עירם ובני העיר כופין זה את זה לבנות חומה דלתים ובריח וכל דבר שהוא צורך העיר ואין לך צורך העיר גדול מזה, ואין שום אדם בעולם יכול לסלק עצמו מפרעון זה, שם, בב"י.

סימן שפט - דין ממוון האדם שהזיק וחילוק שבין תם למועדר ובאיזה מקום חייב קרן ושן ורגל

סעיף א

כתב השו"ע כלשון הרמב"ם (נזקי ממון א, א) "כל נפש חיה שהוא ברשותו של אדם (גר"א: כמשנה דף ב' יושמירתו עליך)" שהזיקה חייבים הבעלים לשלם שנאמר כי יגוף שור איש את שור רעהו אחד השור ואחד שאר בהמה חיה ועוף (ב"ק משנה טו: כא:), לא דבר הכתוב בשור אלא בהווה (נד:), דילפינן שור שור משבת", אבל עבד שיש לו דעת אין רבו חייב על נזקיו דהא דאמרין דחייב על נזקי ממונו שיש בו רוח חיים דוקא כשאינו בן דעת אבל אם הוא בן דעת פטור וכמבואר בדף ד' ובמסכת ידים ד/ז, טור וב"י.

סעיפים ב - ז

כלשון הרמב"ם פסק בשו"ע (ב) "וכמה משלם אם הזיקה בדברים שדרכה לעשות תמיד כמנהג ברייתה (משנה ב"ק טז:), כגון בהמה שאכלה תבן או עמיר (יט:), או שהזיקה ברגלה או בדרך הלכה (ג). ומשנה יז.), חייב לשלם נזק שלם מהיפה שבנכסיו (יכולן כאבות לשלם ממיטב) שנאמר מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם (ה. ומט:), ואם שינתה ועשתה מעשים שאין דרכה לעשות תמיד והזיקה בהם כגון שור שנגח או נשך חייב לשלם חצי נזק מגוף המזיק עצמו, שנאמר ומכרו את השור החי וחצו את כספו וגו' (ב: ומשנה טו:), והתורה דיברה בשורים שווים ומהם נלמד לשאינם שווים, סמ"ע, עיי"ש).

כתב הטור "ואין רצוני להאריך בהעדאתו כיצד נעשה מועד או כיצד חוזר לתמותו שאין מועד בזמן הזה מפני שלא נעשה מועד אלא ע"פ סמוכין לפיכך נשאר לעולם בתמותו, וגם אין רצוני להאריך בדיני שור שהמית אדם לפי שאין דנין אותו עתה מפני שצריך ב"ד של כ"ג אע"פ שגם חצי נזק דתם קנס הוא ואין גובין אותו מ"מ כיון שאין מוציאין אותו אם תפס הוצרכת לפרשו".

עוד פסק השו"ע כלשון הרמב"ם (ג) (משנה ב"ק לד. -) כיצד, שור שוה מנה שנגח לשור שוה עשרים והמיתו והרי הנבלה שוה ארבעה, בעל השור המזיק חייב לשלם שמנה, ואינו חייב לשלם אלא מגוף השור שהזיק, שנאמר ומכרו את השור החי. (ד) (לד: -) לפיכך אם המית שור שוה עשרים לשור שוה מאתים, והנבלה שוה מנה, אין בעל הנבלה יכול לומר לבעל החי תן לי חמשים, אלא אומר לו הרי השור שהזיק לפניך, קחהו ולך, אפילו אינו שוה אלא דינר וכן כל כיוצא בזה. (ה) (משנה טו: -) העושה מעשה שדרכו לעשותו תמיד כמנהג ברייתו, הוא הנקרא מועד. והמשנה ועשה מעשה שאין דרך כל מינו לעשותו כן תמיד, כגון שנגח או נשך, הוא נקרא תם. וזה המשנה, אם הרגיל בשינויו פעמים רבות, נעשה מועד לאותו דבר שהרגיל בו, שנאמר או נודע כי שור נגח הוא". (ו) (משנה טו: -) חמשה מעשים תמים יש בבהמה, ואם הועדה לאחד מהם, נעשית מועדת לאותו מעשה ואלו הם: הבהמה אינה מועדת מתחלתה לא ליגח ולא ליגוף ולא לנשוך ולא לרבוץ על הכלים גדולים ולא לבעוט, ואם הועדה לאחד מהם הרי זו מועדת לו (יט: -) אבל השן מועדת מתחלתה לאכול את הראוי לה, והרגל מועדת מתחלתה לשבר בדרך הלכה. הבהמה, יש מי שאומר (רמב"ם) שהיא מועדת מתחלתה לרבוץ על פכים קטנים ולמעך אותם (כלישנא קמא במימרא דרבי אלעזר בטז). על המשנה דלעיל 'אמר רבי אלעזר לא שנו אלא פכים גדולים אבל פכים קטנים אורחיה הוא', ויש חולקים עליו (רא"ש), כלישנא בתרא 'איכא דאמרי אמר רבי אלעזר אפילו פכים קטנים נמי לאו אורחיה הוא', וכ"ד הרי"ף דסתם כמשנה דלא חילקה, וה"ה כתב דהרמב"ם היה גורס הפוך".

סעיף ה

ע"פ משנה ב"ק טו: פסק בשו"ע "חמשה מיני חיה מועדים מתחלת ברייתן להזיק, אפילו אם הם בני תרבות (כת"ק ולא כר' אלעזר), לפיכך אם הזיקו או המיתו בנגיחה או בנשיכה ודריסה וכיוצא בהם (כעין לשון הרמב"ם 'בכל מיני הזיק'), חייב נזק שלם. ואלו הם הזאב והארי והדוב והנמר והברדלס, וכן הנחש שנשך, הרי זה מועד ואפילו היה בן תרבות (אף לר"א)" והרמ"א פסק כר"י "וי"א דוקא נחש מועד לכל מיני הזיק (אע"פ שאינו נהנה, כיון שדרכו בכך ונח בזה רוגזו ה"ל מועד לכל דבר, סמ"ע), אבל האחרים אינן מועדים אלא מה שדרכן בכך, כגון ארי לדרוס וזאב לטרוף (וראה בפרטים בטור וסמ"ע), אבל לא איפכא".

סעיפים ט - י

ע"פ משנה ט: וגמ' יג: פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "כל מועד משלם נזק שלם מהיפה שבנכסיו, וכל תם משלם חצי נזק מגופו (כמבואר לעיל סעי' ב). (י) בדי"א כשנכנסה הבהמה לרשות הניזק והזיקתהו (דלא כרבי טרפון שברשות הניזק נזק שלם), אבל אם נכנס הניזק לרשות המזיק והזיקתהו בהמתו של בעל הבית, הרי זה פטור על הכל, שהרי הוא אומר לו אילו לא נכנסת לרשותי לא הגיע לך הזיק, הרי מפורש בתורה, ושלח את בעירו ובער בשדה אחר" וכתב הרמ"א "כל זה לשון הרמב"ם, וצ"ע דמקרא זה בשן ורגל הוא דכתיב לפטרן ברשות שניהם, אבל ברשות המזיק דפטור אפילו בקרן אין ענין מקרא זה טעם אליו, אלא דפטור מכח דאמר ליה אילו לא נכנסה כו".

כתב **הסמ"ע** (ט) ליישב הרמב"ם דלא אדסמיך ליה קאי, אלא בא ליתן טעם אמשי"כ ברישא בד"א כשנכנסה לרשות הניזק, דממעט גם כשנכנסה לרשות שניהן דהיינו מהאי קרא, וכדי שלא תאמר מני"ל דהאי קרא אתא למעט גם כשנכנסה לרשות שניהן דילמא לא אתא למעט אלא כשנכנסה לרשות המזיק, משו"ה הקדים וכתב דלזה ודאי לא אתא, דלרשות המזיק לא צריך קרא דסברא הוא דפטור שהרי מצי א"ל אילו לא נכנסת. **בבאה"ג** כתב ליישב דלא עלה על דעת הרמב"ם להביא ראיה לפטור כשנכנס לרשות המזיק אלא הוא ענין בפני עצמו והקדמה לדין הסמוך לו היזיקא ברה"ר דסעי' י"א שהוא פטור משום שמפורש בתורה וביערי וכו'.

עוד כתב הרמ"א ע"פ **לג**. "והא דפטור ברשות המזיק דוקא שנכנס שלא ברשות, אבל נכנס ברשות, כגון פועלים הנכנסים לתבוע שכרן, ונגחן שורו של בעל הבית, חייב (ע"פ **הרא"ש** דלא חילק כבגמ' בין שכיח בעיר או לא, כלומר דאם הוא מצוי בשוק בכל פעם פטור שאז נכנסין שלא ברשות, וזה כדעת אחרים בברייתא ולא כדעת רבן, דס"ל דבזמן הזה דאין בעל הבית רגיל להמחות פועליו לחנוני אלא לפורעם במזומנים ואין רגיל לשלם להם בשוק כי אם בביתו ששם יש לו מעות, משו"ה לעולם נקראו נכנסים ברשות וחייב בניזקן, והרמב"ם כתב ע"פ מסקנת הגמ' "עמד בפתח וקרא לבעל הבית ואמר לו הן ונכנס ונגחן שורו של בעל הבית הרי הבעלים פטורים שאין משמע 'הן' אלא עמוד במקומך עד שאדבר עמך" וה"ה תמה מדוע השמיט החילוק האם שכיח במתא, ובב"י כתב דמכל מקום אפשר דהרמב"ם נמי מודה לרא"ש כי העתיק דברי התלמוד לפי מנהג זמן חכמי התלמוד, עיי"ש).

סעיפים יא - יג

ע"פ סוגיא דב"ק יג: וכביאור הרי"ף וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "הזיקה ברשות הרבים או בחצר שאינה של שניהם, לא למזיק ולא לניזק, או בחצר שהיא של שניהם והרי היא מיוחדת להניח בה פירות ולהכניס לה בהמה כגון הבקעה וכיוצא בה, או שהיא של שניהם להכניס בה בהמה ואין שום אחד מהם רשאי להכניס בה פירות, אם בשן ורגל הזיקה כדרכה הרי זה פטור, מפני שיש לה רשות להלך בכאן, ודרך הבהמה להלך ולאכול כדרכה ולשבר בדרך הלוכה, ואם נגחה או נגפה או רבצה או בעטה או נשכה, אם תמה היא משלם חצי נזק, ואם מועדת, נזק שלם. (יב) היה החצר של שניהם מיוחדת לפירות ולא להכניס בה בהמה, והכניס שם אחד מהשותפים בהמה והזיקה, חייב אפילו על השן ועל הרגל. (יג) וכן אם היתה מיוחדת לבהמה לשניהם (דלא כגירסת התוס', גר"א), והיה רשות לאחד מהם בלבד להכניס לה פירות, והזיקה פירותיו, חייב אף על השן ועל הרגל. (יד) אם הוא של אחד מהם לפירות ולא לשוורים ולשני לשוורים ולא לפירות, והזיקה בהמתו של אותו שמייוחדת לו לשוורים ולא לפירות לאותו שמייוחדת לו לפירות בשן ורגל, חייב, דלגביהו הוה ליה חצר הניזק, בקרן פטור (כל שהזיקה הבהמה לפירות קרי שן ורגל על שם המקרא שנאמר ושלח את בעירה וכו' דמייירי דהבהמה הזיקה בשן ורגל, וכל שהזיקה בהמה לבהמה קרי לה קרן על שם המקרא שנאמר וכי יגף שור איש את שור רעהו, אבל אין לפרש דר"ל בקרא כלומר שהזיק שורו של זה שניתן לו רשות לשוורים לפירותיו של השני בבעיטה או ברביצה דפטור, דאם כן קשה מאי שנא מהיה מיוחד לשוורים ולאחד מהן לשאר דברים והכניס בו טליתו והזיק השור להטלית בדריסתו עליו, סמ"ע), דלגבי דידיה הוה ליה חצר המזיק, ואם הזיקה בהמתו של אותו שמייוחדת לו לפירות לאותו שמייוחדת לו לשוורים. בקרן, חייב, דלגבי דידיה הוה ליה חצר הניזק, בשן ורגל פטור, דלגביהו הוה חצר המזיק (לאו דוקא אלא ר"ל דלא הוה חצר הניזק כיון שלא היה מיוחד לו לפירות אלא למזיק, סמ"ע).

סעיף טו

ע"פ משנה ב"ק יט: "שן ורגל אין חייבין אא"כ הזיקו ברשות הניזק אבל בר"ה פטורים, וא"צ לומר ברשות המזיק, (גמ' -) ומיהו אם התיז אבנים בר"ה והלכו והזיקו ברשות הניזק, (רא"ש -) או עץ ארוך, מקצתו בר"ה ומקצתו ברשות הניזק, ודרסה עליו בר"ה ושיברה כלים ברשות הניזק, חייב".

כתב הסמ"ע (טו) דבדרכה על עץ ארוך חייב עליו נזק שלם ואילו בהתיז אבנים ברה"ר אינו חייב אלא חצי נזק דהיינו נזק צרורות וכסימן הבא. עוד ביאר (טז) דבשיברה כלים ברשות הניזק חייב, לא דמי לדרסה ע"ג כלי ונתגלגל למקום אחר ונשבר דק"ל בסימן הבא דבתר מעיקרא אזלינן, דשאני הכא דהנזק נעשה ברשות הניזק והניזק מעולם היה שם.

סעיף מז

ע"פ ב"ק מז: פסק בשו"ע "ראובן שהכניס פירותיו לחצר שמעון שלא ברשותו, ונכנס שורו של לוי שם ואכלתם, פטור } אבל אם הכניס ראובן פירותיו ברשותו, ונכנס שורו של לוי שלא ברשותו, חייב, דהוי כחצר של שותפין ונכנס שם שור של אחרים להזיק, דחייב (הגה"מ)".

סעיף יז

כפירוש הברייתא ב"ק יד: ב"פרה שהזיקה טלית וטלית שהזיקה פרה" ע"פ הרא"ש, פסק בשו"ע "חצר שהוא של שניהם לשורים, ולאחד מהם לשאר דברים, והכניס בה טליתו, וחבירו שמיוחדת לו לשורים הכניס בה שורו, והזיק השור לטלית וגם הטלית לשור, אין אומרים יצאו זה בזה, אלא שמין הנזקין בב"ד וכל מי שהזיק יותר, ישלם".

סעיפים יח - יט

כלשון הרמב"ם (פ"א) כתב בשו"ע "יח) (ברייתא ב: -) ג' אבות נזיקין בשור הקרן והשן והרגל, ונקראו אבות מפני שהם כתובים בפסוק, (ג. -) ולהם תולדות, שכל דבר הדומה לו מכל אלו נקרא תולדות ודינו כמוהו, חוץ מנזק צדורות כמו שיתבאר בסימן ש"צ). (יט) (ב: -) כיצד, שור האמור בתורה הוא שנגח בקרן ואין דרכו בכך אלא דרך מקרה ואין לו הנאה בהזיקו; וכל הדומה לו דינו כמותו, כגון שנגפה בגופה או נשכה או בעטה או רבצה על כלים ושברתם (וראה סעי' ז), (משנה יט: -) וכן אם אכלה כסות או כלים, דינה כקרן ואינו משלם אלא חצי נזק, בין ברשות הניזק בין בר"ה, ועוד יש דברים שהזיקה ברגלה או בפיה ודינם כקרן, ויתבאר בסימן ש"צ".

סעיף כ

ע"פ מסקנת הגמ' לב. ודלא כר"ל פסק בשו"ע "פרה שרבצה בר"ה והלכה פרה אחרת דרך עליה ובעטה בה, אע"פ שזאת שינתה ורבצה, אין למהלכת לבעוט בה, אבל אם הזיקה דרך הילוכה, פטורה".

סימן שיז - דין נזקי רגל ותולדותיו ודיני צדורות וכלב ותרנגול שקפצו

סעיף א

ע"פ ברייתות ב"ק ב: -ג. פסק בשו"ע "רגל הוא אב ש'ושלח את בעירה' הכתוב בתורה הוא שהבהמה הולכת ברגליה ומזקת בדרך הילוכה, והוא דבר שדרכה בכך ואין לה בו הנאה, וכל הדומה לדברים אלו הוא תולדותיו ודינו כמותו, כיצד, כגון שהזיקה בגופה דרך הילוכה, או בשערה (שנסתבך כלי בשערה וגררה ושברתו, סמ"ע), או בשליף (משאוי באמתחות ומרצופין) שעליה, או בפרומביא (רסן) שבפיה, או בזוג שבצוארה, או במשוי שעליה, (משנה טו: -) ותרנגולים שהיו פורחים ממקום למקום ושברו כלים בכנפיהם, או שהיו מהדסין (ענין דריסה ורקידה) על גבי עיסה או פירות וטנפום או נקרו בהם (ומאסוהו בנקירתן אף שלא אכלוהו דאלי"כ ה"ל תולדה דשן דהא יש לו הנאה באכילתו, סמ"ע), וכן כל דבר המחובר בגופה, כגון עגלה המושכת בקרון והוליכתה על גבי הכלים ושברתם, כל אלו תולדות הרגל ודינם כמוהו".

סעיף ב

אם מהני תפיסה בבעיא שעלתה בתיקו או דלא איפשיטא או בספיקא דדינא, וכיצד מכריע המחבר והרמ"א?

[האם הדין בבהמה שכשכשה בזנב והזיקה לאותו אדם ברשות הניזק וברשות הרבים? מה קשה בזה ומה תירצו האח'?]

ע"פ בעיא ד"כשכשה" **ביט**: ולא איפשטא לפי הרמב"ם פסק בשו"ע "כשכשה בזנבה כשכוש רב שאין דרכה לעשות תמיד והזיקה ברשות הרבים או שכשכשה בגיד שלה ברשות הרבים והזיקה, פטור, ואם תפס הניזק, גובה חצי נזק ממה שתפס, שזה הדבר ספק הוא אם אלו תולדות הקרן שחייב עליה ברשות הרבים או תולדות הרגל שפטור עליה ברשות הרבים {וי"א (ר"י רמב"ן רא"ש ועוד) דבכל ספקא דינא לא מהני תפיסה ולכן אפילו אם תפס מפיקין מיניה וע"ל סימן שכ"א (וכ"פ רש"ל, ש"ד), ולדעת הרא"ש דכשכשה בזנבה לא הוי ספק וודאי פטור (דפירש הגמ' כך כשכשה בזנבה מהו כשכוש יתירה מיבעיא ליה אי הוי אורחיה ופטור ברשות הרבים כרגל או שמא כשכוש יתירה הוי שינוי ומשלם חצי נזק וא"ל אידך וכי יאחזנה בזנבה וילד' ר"ל ודאי אורחיה כמו רגל שאין מחוייב לילך אחר בהמתו ולשמרה שלא תזיק דרך הילוכה ברה"ר, 'אי הכי קרן נמי נימא וכי יאחזנה בקרניה וילד' אפילו הכי חייב והאי נמי משונה הוא ונדמיה לקרן, ומשני ליה דלא הוי שינוי כלל והוי כמו רגל, וכתב הסמ"ע דמינה לצד החיוב דאם הזיקה ברשות הניזק דמשלם נזק שלם אפילו לדעת ר"י והרא"ש כיון דודאי אורחה הוא)"}.

גבי ספיקא דדינא כתב הסמ"ע (ז) דכתב הטור דאפילו אם הזיק לאדם אחד ברשות הרבים וברשות הניזק דינא הכי, ואינו יכול לומר ממ"נ אם תאמר שהוא קרן תתחייב לי ג"כ ברה"ר ואם תאמר שהוא רגל ומשו"ה תפטר על הניזק ברה"ר, א"כ תן לי נזק שלם הזיקו דרשות הניזק, אלא בשניהן להקל, וכתב הסמ"ע דאע"ג דכתבו הטוש"ע בסימן ר' בספיקא דדינא אי כלי של לוקח ברשות מוכר או איפכא קונים, וקנה אחד מחבירו בשניהן, דקנה באחד מהן ממ"נ,¹ שאני הכא דהוא ענין דקנסא, דהא גופו לא הזיק אלא שורו שהוא ממונו, משו"ה הולכין בשניהן להקל. הש"ך (א) כתב על תירוץ הסמ"ע דאין לזה טעם כלל, וגם מש"כ² ה"ב"ח דמירי בבי' בהמות שהזיקו לא נהירא, אלא³ איירי אף בהמה אחת כיון דמבעיא אי אורחא היא ואין כוונתה להזיק או כוונתה להזיק והוי קרן א"כ יכול לומר דלמא טבע הבהמה לפעמים הוא כך ולפעמים כך ודלמא ברה"ר הזיקה דרך הילוכה כי אורחא ולא היתה כוונתה להזיק וברשות הניזק היתה כוונתה להזיק וקרן הוא.

עוד יש לציין לסימן שפח/ז גבי הגמ' בדף ס"ב דבעיא האם אמרינן תקנת נגזל במסור ופסק השו"ע כרמב"ם דאם תפס הנמסר אין מוציאין מידו אלא נשבע בנקיטת חפץ וזוכה במה שתפס והרמ"א פסק כרא"ש דבספיקא דדינא לא מהני תפיסה, וראה גם לקמן סע' ו-ז גבי צרורות, ובסימן שצא/יב גבי מתגלגל כרשות הניזק או לא, שם דעת הש"ך לחלק דמהני תפיסה בבעיא דלא איפשטא ולא הוי כתיקו (וכ"כ בסימן שמו/ו), ובהגהת הש"ך כתב שבתקפו כהן (סימן יח) חזר בו ואין לחלק בין תיקו לבעיא דלא איפשטא [והוסיף שם דאע"ג דהמהרש"ל ודאי מחלק בין תיקו לבעיא דלא איפשטא היינו שהוא מסברתו מכריע בתיקו כרא"ש ובבעיא דלא איפשטא כרמב"ם וסייעתו], ובסימן שמו/יד גבי שאלה בבעלים ושכרה שלא בבעלים סיים בשם קלף ישן נושן בגירסת הטור דאין לחלק בין תיקו לבעיא דלא איפשטא דלא מפיקין מיניה והוסיף "וכן העליתי בספרי תקפו כהן דאין לחלק בין תיקו לבעיא דלא איפשטא" וצ"ת.

עוד יש לציין למש"כ בקונטרס הספיקות (כלל ה) "נראה בעניותי להכריע דבפלוגתא דרבוותא של תנאי או אמוראי לא מהני תפיסה, ובפלוגתא דרבוותא שאחר חתימת הש"ס כגון שני גאונים או שאר פוסקים, בכה"ג מהני תפיסה, ולא שאני בא לאלומי פלוגתא דבתראי מפלוגתא דקמאי, לומר דפלוגתא דרבוותא דבתראי אלימי לאפוקי מחזקת מרא קמא ופלוגתא דרבוותא דקמאי לא, אלא דטעמא קאמינא" - "דבתיקו מוקמינן אחזקת מרא קמא משום דהוי ככת אחת אומרת ספק קרוב לו ספק קרוב לה, דבאיסורי כה"ג מוקמינן אחזקה קמייתא, אבל בפלוגתא דרבוותא הויא כשתי כתות עדים דכת אחת אומרת קרוב לו וכת אחת אומרת קרוב לה" עיי"ש, ודלא כתה"ד שם שתפיסה לא מועילה בין בתיקו ובין במחלוקת הפוסקים.

סעיפים ג - ד

ע"פ ב"ק ג: יז. ויט. פסק בשו"ע (ג) כל תולדה כאב שלה, חוץ מצרורות המנתזין מתחת רגלי הבהמה בשעת הילוכה שאע"פ שתולדות רגל הם ופטור עליהם ברה"ר כרגל, אם הזיקו ברשות הניזק משלם מהיפה שבנכסיו כרגל שהוא אב, אעפ"כ אינו משלם אלא חצי נזק (ודלא כסומכוס דנזק שלם), כיצד, בהמה שנכנסה לחצר הניזק והיו צרורות מנתזין מתחת רגליה ושברו את הכלים, משלם חצי נזק מהיפה שבנכסיו; ודבר זה הלכה למשה מסיני. (ד) (בעיא דרבי ירמיה -) וכן אם היתה מהלכת ברה"ר ונתזו צרורות מתחת רגליה לרשות הניזק ושברו את הכלים משלם חצי נזק (דבתר המקום הניזק אזלינן

וחייב, סמ"ע), (ברייתא דף יז ע"ב וכת"ק -) והוא הדין לתרגולים שהדסו והעלו עפר או צדורות ושברו, וכן חזיר שהיה נובר באשפה והתיז צדורות והזיק, משלם חצי נזק".

סעיף ה

[מה הדין בהזיקה בהמה בכח כחז?]

ע"פ משנה יז. וברייתא יט. פסק בשו"ע "דרסה על הכלי ברשות הניזק ושברתו ונפל על כלי אחר ושברו, על הראשון משלם נזק שלם, ועל האחרון משלם חצי נזק, ויש מי שאומר (רא"ש) שהוא הדין לכח כחו (דבעי רב אשי כח כחו לסומכוס ככחו דמי או לאו ככחו דמי, והרי"ף לא הביא הך בעיא משום דלסומכוס מיבעיא ליה ולית הלכתא כוותיה, והרא"ש כתב דיש נפקותא גדולה בבעיא זו דמשמע דפשיטא ליה כח כחו ככחו דמי לכולי עלמא ולרבנן משלם על כח כחו חצי נזק כמו על כחו ומיבעיא ליה אי סומכוס גמר הלכתא דצדורות לכח כחו לחצי נזק כמו לרבנן כחו או דילמא לא גמר הלכתא כלל ואף על כח כחו משלם נזק שלם, והגר"א כתב דלפי הרמב"ם והמחבר בסימן שצב/א משמע דסברי דלא כרא"ש ופטור) { דרסה על הכלי ולא נשבר, ונתגלגל למקום אחר ונשבר שם משלם נזק שלם (טור ע"פ בעיא דנפשטה יז: דבתר מעיקרא הוא וגופיה הוא, וגבי דברי הקצות עמש"כ התוס' ראה שפ"ד) }".

סעיפים ו - ז

ע"פ יט. דבעיא אם יש שינוי בצדורות ופסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "היתה מהלכת ברשות הרבים, ובעטה והתיזה צדורות (ובעיטה בבהמה הוי שינוי, שפ"ט/ט), והזיקו ברשות הרבים, פטור (דהמע"ה דשמא אין שינוי לצדורות בבעיטה ויש לו דין רגל דפטור ברה"ר), ואם תפס הניזק רביע נזק, אין מוציאין מידו, שהדבר ספק הוא שמא שינוי הוא ואינו תולדת רגל, שהרי בעטה (דעלתה בתיקו והרמב"ם לשיטתו בכל תיקו). (ז) בעטה בארץ ברשות הניזק והתיזה צדורות מחמת הבעיטה והזיקו שם, חייב לשלם רביע נזק, שזה שינוי הוא בהתזת צדורות, ואם תפס הניזק חצי נזק, אין מוציאין מידו (ה"ה: ס"ל לרמב"ם דאי יש שינוי משמע קולא וחומרא, קולא דאפילו ברשות הניזק רביע ותו לא, חומרא דאפילו בר"ה משלם רביע הנזק דהוא לה כתולדה דקרן דכי אמרינן צדורות תולדה דרגל ופטורין בר"ה דוקא כדרך אבל ע"י שינוי אי אמרינן יש שינוי לצדורות אפילו בר"ה חייב ואינו משלם אלא רביע הנזק, ואי אמרינן אין שינוי בר"ה פטורין לגמרי ואפילו כשלא כדרך כגון מחמת ביעוט וברשות הניזק ח"נ ועלתה שאלה זו בתיקו), ואפילו היתה מהלכת במקום שאי אפשר לה שלא תתיז, ובעטה והתיזה, משלם רביע נזק. ואם תפס הניזק חצי נזק, אין מוציאין מידו { וכבר נתבאר דיש חולקין (רי"י ורא"ש) וס"ל דלא מהני תפיסה בספק דינא }".

כתב רע"א בשיטת ר"י והרא"ש, דהכא, אף דהוי ספק ספיקא המסייע את התופס, ספק דהוי אורחיה וספק דאף בשינוי משלם חצי נזק דאין שינוי לצדורות, אפילו הכי לא מהני תפיסתו, דס"ל דודאי יש שינוי בצדורות לחייבו ברה"ר, ורק לענין רביע נזק הוא דמיבעיא, עיי"ש.

סעיף ה

ע"פ יח: פלוגתא דרב ורבי אלעזר ומוקי דר"א דאמר חצי נזק כרבנן, פסק בשו"ע "בהמה שהטילה גללים לעיסה, היינו צדורות, וכגון דדחיק לה עלמא שאין לה מקום לנטות אנה ואנה, דאי לאו הכי הוי שינוי ותולדה דקרן הוא".

סעיף ו

ע"פ מימרא דרב יוסף יט. וכדמוקי ליה כרבנן פסק בשו"ע ע"פ הרי"ף והרא"ש "כשם שחייב על כח שיש בו ממש שהתיז צדורות, כך חייב על כח שאין בו ממש, כגון סוס שצנף וחמור שנוער ושברו כלים בכח קולם ותרגול שבר כלים ברוח כנפיו או שהושיט ראשו לאויר כלי ותקע בו ושברו, בד"א כשיש בו זרעונים דהשתא הוי אורחיה (אוקימתא דגמ', עיי"ש), אבל אם אין בו זרעונים הוי שינוי ולא דינינן ליה השתא".

לעומת זאת הרמב"ם כתב בשבר כלים ברוח דמשלם נזק שלם ועל הכלי משלם חצי נזק כחצי נזק צדורות שכך הוא דרכו ואם היה הכלי ריקן הרי זה משונה ומשלם חצי נזק ככל הקנסות, וביאר ה"ה

דס"ל דכי אקשינן 'והא משונה הוא' לסומכוס בלבד הקשו דאי לרבנן מאן לימא לן שיש שינוי לצרורות שיקשו להדיא והא משונה הוא אלא לסומכוס הקשו לומר שאע"פ שלסומכוס משלם בצרורות נזק שלם דוקא כדרכן שהן תולדות דרגל והלכתא לא גמיר אבל במשונה תולדה דקרן הוא ולא ישלם אלא חצי נזק, ופרקו דשדו בה ביזרוני ודרכו בכך, אבל לרבנן לא שני ליה כלל שאע"פ שמסופק לנו אם יש שינוי לצרורות דוקא בשיש שינוי בגוף המעשה כגון התרנגול אף על פי שאין דרכו להכניס ראשו לאויר הכלי אין זה שינוי בצרורות אלא תולדה דקרן, והראב"ד והטור השיגו דכיון שהוא שינוי דצרורות אינו משלם אלא רביע.

סעיף י

משנה יז. "התרנגולין מועדין להלך כדרכן ולשבר היה דליל קשור ברגליו או שהיה מהדס ומשבר את הכלים משלם חצי נזק", ובגמ' יט: "אמר רב הונא לא שנו אלא שנקשר מאליו אבל קשרו אדם חייב נקשר מאליו מאן חייב אילימא בעל הדליל היכי דמי אי דאצנעיה אנוס הוא ואי לא אצנעיה פושע הוא אלא חייב בעל התרנגול מאי שנא כוליה נזק דלא דכתיב כי יפתח איש בור ולא שור בור חצי נזק נמי איש בור ולא שור בור, אלא מתניתין בדאדייה אדויי, כי איתמר דרב הונא בעלמא איתמר דליל הפקר, אמר רב הונא נקשר מאליו פטור קשרו אדם חייב משום מאי חייב אמר רב הונא בר מנחם משום בורו המתגלגל ברגלי אדם וברגלי בהמה", ופירש רש"י 'קשרו אדם חייב' דהקושר קנייה בהגבהה ויש להאי דליל בעלים ואילו התוס' חלקו וקשרו אדם לאו דוקא קשרו דה"נ אם היה במקום המוצנע והניחו במקום התורפה שפשע בו ואפילו לא הגביהו ולא קנאו, וכ"ד הרא"ש, והביאו הב"י באריכות, אולם הרמב"ם כתב "התרנגולין מועדין להלך כדרכן ולשבר היה חוט או רצועה קשור ברגליהן ונסתבך כלי באותו החוט ונתגלגל ונשבר משלם חצי נזק במה דברים אמורים בשקשרו אדם אבל אם נקשר על רגליהם מאליו בעל התרנגולים פטור ואם היה לחוט בעלים ולא היה החוט הפקר בעל החוט חייב חצי נזק שהרי הוא כבור המתגלגל, הצניע בעל החוט את החוט והתרנגולים דרסו עליו והוציאוו ונקשר ברגליהן ושברו בו את הכלים אף בעל החוט פטור שהרי אנוס הוא", והשיג הראב"ד דהא קשרו אדם דקאמר ודאי בעל תרנגולים הוא והאי דקאמר חצי נזק משום דסבירא ליה כרבא דמספקא ליה דרסה על כלי ולא שברתו ונתגלגל למקום אחר ונשבר אי צרורות הוּו אי גופה הוא דחוט הקשור בו והרי הוא כשליף שעליה מעתה כשנקשר החוט מאליו ונסתבך בו הכלי ונתגלגל ונשבר אמאי פטור מכל מקום צרורות דתרנגול הוא ואפילו בחוט של הפקר חייב, עיי"ש, וכתב הב"י דהרי"ף השמיט מימרא דרב הונא לפי שהוא דבר שאינו מצוי כל כך.

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם (בחלקים שלא הושג ע"י הראב"ד, באה"ג) "התרנגולים מועדים להלך כדרכן ולשבר, היה חוט או רצועה קשור ברגליהם, ונסתבך כלי באותו החוט ונתגלגל ונשבר, משלם חצי נזק", וכתב הרמ"א "זהו לשון הרמב"ם והוא סתום" ופסק כתוס' והרא"ש "אבל אחרים כתבו והיה חוט או משיחה קשורה ברגלה, אם גררה ושברה בו כלי דרך הלוכה, משלם נזק שלם, זרקו ושבר בו משלם חצי נזק [ואם הזיק אחר שנח פטור], בד"א, בחוט של הפקר או שיש לו בעלים והצניעו ונקשר מאליו, אבל אם החוט של בעל התרנגול ולא הצניעו, אפילו נקשר מאליו ושבר ע"י זריקה, חייב נזק שלם דחצי נזק דצרורות אינו אלא בהתיזה דבר הפקר, אבל אם התיזה דבר [של בעלים] ולא הצניעו חייב נזק שלם, ואם החוט של אחרים, בעל החוט חייב, בין הזיק התרנגול דרך גרירה או דרך זריקה, הואיל ולא הצניע חוט שלו, ואם הזיק החוט לאחר שנח, חייב משום בור המתגלגל (ע"פ הרמ"ה ונפק"מ לפטור בו את הכלים, באה"ג), (רא"ש -) בד"א, בתרנגול של הפקר, אבל אם יש לתרנגול בעלים, אם הזיק דרך גרירה שניהם משלמין ביחד, ואם הזיק דרך זריקה, בעל התרנגול נותן רביע ובעל החוט שלשה חלקים, ואם הזיק לאחר שנח, בעל התרנגול פטור ובעל החוט חייב הכל (כי יכרה איש בור' ולא שור בור). ועיין לקמן סימן תי"א יתבאר בדיני בור. (מימרא דרב הונא -) וכל זה בנקשר מאליו, אבל אם קשרו אדם ברגל התרנגול אז הקושר חייב בכל ענין, אפילו יש לחוט בעלים, (תוס' הנ"ל -) וה"ה אם היה החוט מונח במקום מוצנע, והניחו אדם במקום תורפה ועל ידי זה נקשר בתרנגול, הוי כאילו קשרו בידים (דגו"מ בפת"ש: מיירי כאן בסיפא בתרנגול הפקר דאלי"כ בעל התרנגול ג"כ מסייע בתשלומין דלא גרע מבעל החוט עצמו שהניח חוט שלו במקום התורפה, שזה פשע במה שהניח החוט במקום שאינו משומר וזה פשע שלא שמר תרנגול שלו".

סעיף יא

ע"פ יח. וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "תרנגול שהיה מחטט בחבל דלי ונפסק החבל ונשבר הדלי, אם עיסה דבוקה בחבל דהשתא אורחיה הוא, (רמב"ם ותוס' -) או אפילו אין בו עיסה והוא בלוי שדרכו ליפסק על ידי חטיטת התרנגול, חייב בין על החבל בין על הדלי נזק שלם. ואם החבל חדש ואין עיסה דבוקה בו, משונה הוא ואינו חייב אלא חצי נזק בין על החבל בין על הדלי, ואם הוא הולך אחר הדלי ומגלגלו עד המקום שנשבר שם, משלם נזק שלם (אבל אם אינו הולך אחר הדלי אינו משלם אלא חצי נזק ולא דמי לדורס הכלי ונתגלגל הכלי למקום אחר דנתבאר בסעי' ה' דאזלינן בתר התחלת הדריסה וה"ל רגל וחייב נזק שלם, דשאני דריסה דאורחיה הוא, משא"כ פסיקת חבל חדש בזה דשינוי הוא, סמ"ע).

סעיף יב

ע"פ משנה כא: וגמ' פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "הכלב והגדי שקפצו מראש הגג מלמעלה למטה ושברו את הכלים משלמים נזק שלם מפני שמועדים הם לדבר זה, וכן אם נפלו והזיקו, שעלייתן לראש הגג פשיעה, ואע"פ שנפילתן אונס, כל שתחלתו בפשיעה וסופו באונס, חייב. (וי"א (תוס') דאם היו הכלים סמוכים לכותל, שאין ראויין לשבר על ידי קפיצה, ונפלו, פטור, דאונס הוא, ואם הכלי ארוך וראשו אחד קרוב לכותל וראש השני רחוק בענין שראוי לשבר ע"י קפיצה, ונפלו קרוב לכותל ושברו, חייב, דתחלתו בפשיעה ע"י קפיצה, (גמ' -) ואם הכותל צר אפילו קרובים לכותל ונפלו חייב, והוא שקפצו כדרכם, (תוס' -) אבל אם קפץ הכלב ברקידה והגדי נסרך, דהוי שינוי גבייהו, אין משלמין אלא חצי נזק} קפצו מלמטה למעלה, משלמים חצי נזק [והוא] שנתלה הגדי ונסרך, וקפץ הכלב, אבל נסרך הכלב, ודלג הגדי, בין מלמעלה למטה בין מלמטה למעלה, חייבים נזק שלם (דלא כתוס') דכל מלמטה למעלה לאו אורחיהו, וכן תרנגול שדלג בין מלמעלה למטה בין מלמטה למעלה, משלם נזק שלם, וה"ה מי שמסר ביתו לשומרו והיה בו חש"ו, צריך לשומרם שלא ידלגו מלמעלה למטה ולא מלמטה למעלה".

סימן שיצא - שן באיזה מקום ובאיזה אכילה משלם מה שהזיקה או מה שנהנית**סעיף א**

ע"פ משנה יט: וב: פסק בשו"ע "שן הוא אב דושלח את בעירה [וביער (סמ"ע, וראה באה"ג)] דכתיב בקרא מוקמינן לה נמי בבהמה שאוכלת פירות חבירו דברים הראויים לה ונהנית באכילתן חייב נזק שלם, בין שאכלתן בין שלא אכלתן אלא שהפסידתן ולא כלתה אותם לגמרי (תוס' ג. -) לפיכך כל הדומה לזה, שמזיק בדבר שהיא נהנית, הוא תולדה דשן כגון נתחככה בכותל להנאתה והזיקה, או שטנפה פירות וכלים להנאתה, כגון שנתגלגלה עליהם".

כתב הסמ"ע (ב) דמש"כ הטוש"ע תיבת 'נמי' בבהמה שאוכלת היינו דלא תימא מש"כ 'וביער' אלקיחה משדה הניזק קאי ולא אאכילה, קמ"ל דפירושו של וביער הוא שאוכלת כו', מיהו לשון וביער לא קאי דוקא אאכילה, אלא על כל דבר שמפסיד אם יש לו הנאה ממנו וכדמפרש ואזיל.

עמש"כ המחבר נתחככה בכותל, כתב הסמ"ע (ד) דאם נתחככה בחבירתה והזיקה י"ל דלהזיקה נתכונה והו"ל תולדה דקרן לשלם חצי נזק, אם לא שגם לאחר ששמטה ממנה הבהמה שנתחככה בה הולכת זו ונתחככה בכותל דאז איגלאי מילתא למפרע דגם כשנתחככה בבהמה להנאתה נתכונה.

סעיף ב

ע"פ המשנה שם ובכ. כר' יוחנן דהא דתנן 'ברה"ר פטור' קאי אאכלה פירות וירקות אבל אכלה כסות וכלים חייבת והטעם משום דמשונה ה"ל תולדה דקרן, ודלא כרב דקאי אכולהו, פסק בשו"ע "בד"א שאכלה דבר הראוי לה, אבל אכלה דבר שאין ראוי לה, כגון כסות וכלים, שינוי הוא ואינו משלם אלא חצי נזק, בין שאכלה אותם בחצר הניזק בין שאכלה אותם ברה"ר (ולפעמים אדם מניח בגדים ברשות הרבים לשעה למיתפח ולכן לא הוי בכלל כל המשנה ובא אחר ושינה בו הרי זה פטור, סמ"ע).

סעיפים ג - ה

ע"פ **י"ט: כ.** פסק בשו"ע (ג) אכלה דבר שאין דרכה לאכול אלא על ידי הדחק, כגון פרה שאכלה שעורים וחמור שאכל כרשינין וכלב שלקק את השמן וחזיר שאכל חתיכת בשר וחתול שאכל תמרים, חשיב שפיר אכילה, אבל בהמה שאכלה בשר או תבשיל, לאו אורחא הוא ומשלם חצי נזק. אכלה פת הוי אורחא, אבל חיה לאו אורחא לא בפת ולא בתבשיל. (ד) בהמה שראתה לחם בסל, ושברה הסל ואכלה הלחם, משלם נזק שלם גם על הסל, שכך דרכה לשבר הסל כדי לאכול הלחם, אבל אם אכלה הלחם תחלה ואחר כך שברה הסל, אינו משלם על הסל אלא חצי נזק, דהוי קרן ואינו משתלם אלא מגופו. (ה) ראתה אוכלים ע"פ החבית ונסתבכה בחבית לעלות כדי לאכול האוכלים ושברתו, משלם גם על החבית נזק שלם, שכן דרכם לעלות עליו כדי לאכול האוכלים".

סעיף ו

ע"פ **טו: טז: יט:** פסק בשו"ע "חיה שטרפה בהמה ואכלתה או שאכלה בשר חי, אורחא היא ומשלם נזק שלם, אבל כלב שהמית כבש, וחתול שהמית תרנגולים גדולים ואכלם, משונה הוא ואינו משלם אלא חצי נזק (**רא"ש** ע"פ המשנה בדף יט ע"ב דאכלה כסות או כלים משלם חצי נזק -) ודוקא בפחת שפחתה מיתה (משלם חצי נזק), אבל דמי הנבלה (ר"ל שאכל הנבילה אחר שהמיתה, סמ"ע) משלם ברשות הניזק נזק שלם, וברה"ר מה שנהנית (דאינו כ"כ כדמי שווי הנבילה כבסעי' ח', סמ"ע), שאכילה אינו שינוי שכן דרכן לאכול נבילות אפילו של בהמות גדולות", והסמ"ע (ו) ציין לרמ"א שפט"ח דארי אין דרכו לטרוף אלא לדרוס.

סעיף ז

[מה הדין בבהמה שלקחה בר"ה והלכה ואכלה ברשות הניזק? האם דין זה קשור לפי פרה

כחצר הניזק? באר.]

משנה כא: "הכלב שנטל חררה והלך לגדיש אכל החררה והדליק הגדיש על החררה משלם נזק שלם ועל הגדיש משלם חצי נזק" ובגמ' כג. "דאכלה היכא אילימא דאכלה בגדיש דעלמא הא בעינן וביער בשדה אחר וליכא לא צריכא דאכלה בגדיש דבעל חררה תפשוט דפי פרה כחצר הניזק דמי דאי כחצר המזיק דמי לימא ליה מאי בעי רפתך בפומא דכלבאי דאיבעיא להו פי פרה כחצר הניזק דמי או כחצר המזיק דמי ואי אמרת כחצר המזיק דמי שן דחייב רחמנא היכי משכחת לה אמר רב מרי בריה דרב כהנא כגון שנתחככה בכותל להנאתה וטנפה פירות להנאתה..."

כתב **הרא"ש** דמקאמר אילימא בגדיש דעלמא הא בעינן וביער בשדה אחר וליכא, משמע בהדיא שאם לקחה בחצר הניזק והוציאה משם והלכה ואכלה ברשות הרבים או ברשות אחר פטור.

כתבו **התוס'** (ד"ה 'תפשוט') "תימה אמאי לא פשיט משאר בבי דמתניתין דתנן השן מועדת לאכול את הראוי לה ומההיא דאכלה מציד הרחבה.. ונראה לר"י דמכל הנהו דמתניתין לא מצי למפשט ולא מההיא דנטל חררה משום דס"ד דאם לקחה הבהמה פירות בחצר הניזק ואכלם ברשות הרבים או בחצר המזיק חייב דמחייבין בלקיחה לחודה וכן הסברא נוטה דכיון דפשע בלקיחה מה לנו באכילה והא דממעטינן משדה אחר רשות הרבים היינו לקיחה וקמבעיא ליה כגון אם הושיט פירות בפי פרה חרש שוטה וקטן ונכרי דלאו בני תשלומין נינהו וכגון שהבהמה לא היתה יכולה ליקח אם לא שהושיט לה ואי כחצר הניזק דמי חייב בעל הפרה ואי כחצר המזיק דמי פטור כיון שנתנו אחר לתוך פיה, והא דקאמר תפשוט לאו ממתניתין אלא מסוגיא דשמעתין דאוקמה דאכלה בגדיש דבעל החררה שמע מינה דבעי לקיחה ואכילה בחצר הניזק אף על פי שאין טעם בדבר מה צורך באכילה אלא דגזירת הכתוב הוא ותפשוט כשנתן אחר לתוך פיה דחייב דכחצר הניזק דמי", וכתב **הב"י** דנראה מדבריהם דהאי תפשוט דפי פרה כחצר הניזק דמי הכי הוי קושטא דמילתא וכ"ד **הרשב"א** ו**רא"ש** ונפק"מ להושיט ראובן פירות של שמעון בחצר שמעון לתוך פי פרה דלוי דחייב לוי דפי פרה כחצר הניזק דמי והמושיט חרש שוטה וקטן ואין לו לשלם.

וז"ל **השו"ע** "אין חייב השן לשלם נזק שלם אלא אם כן אוכלת ברשות הניזק, אבל אם לקחה בחצר והוציאה משם ואכלה בר"ה או בחצר של אחר פטור מלשלם (רמב"ם -) יותר ממה שנהנית. ואם

לקחה בר"ה והלכה ואכלה ברשות הניזק, יש מחייבים (רמ"ה, והרמב"ם חולק, באה"ג) לשלם נזק שלם (גירסת המחבר שבידינו - משום ד)פי פרה כחצר הניזק דמי, וני"מ (כתוס' -) אפילו במקום שאין לחייב על הנטילה, כגון שהיו הפירות מונחים במקום שאי אפשר ליטלם משם ובא ראובן והושיט פירות של שמעון שבחצר שמעון לפי פרת לוי, חייב לוי אם המושיט חש"ו, או שאין לו (לראובן) לשלם, שאם היה אפשר להשתלם ממנו (מראובן) היה הוא חייב ובעל הפרה פטור (וראה לקמן בש"ך).

הסמ"ע (י) כתב דיש חולקים על הרמ"ה ובעיני דגם בשעת הלקיחה תהא עומדת בחצר הניזק (ואז חייבת אף אם נתנה בפיה חש"ו וכדמסיק המחבר), ותמה על המחבר במה שתלה דין הרמ"ה בפי פרה כחצר הניזק, דבתוס' והטור לא כתבו פי פרה כחצר הניזק דמי אלא אהאי דינא בתרא כשהבהמה ברשות הניזק והאוכלים היו במקום גבוה ולא היתה יכולה ליטול, ולא הו"ל לערבב הדברים, ובבאה"ג כתב דלא גרסינן 'משום ד', אלא 'פי הפרה' הוי ענין חדש המתקשר לדין התוס'.

כתב **הש"ך** (א) עמש"כ המחבר בסיפא 'או שאין לוי וכו', דאין לפרש הטעם דכיון דאין לו לשלם חייב מטעם דראובן ה"ל שלוחו של לוי דהא לוי לא צוה לראובן לעשות כן ועוד דאין שליח לדבר עבירה, ודחה גם ביאור המעדני מלך דזה ע"פ ר' נתן דהיכא דליכא דליכא לאשתלומי מיניה וכו', עיי"ש, אלא דשאני הכא כיון שהמושיט לא הזיק כלום וכשהושיט היה עדיין בעין בשלימותו ולא ה"ל רק כגזלן דמעידנא דאגביה ה"ל שולח יד בדבר שאינו שלו אי"כ ה"ל כגזלן ומאכיל דרצה מזה גובה רצה מזה גובה כדלעיל שסא"ה, אלא דאם יש לו לשלם כיון דעכ"פ חייב המושיט מטעם מזיק ובעל הפרה לא הזיק בידיים שהרי אלו לא הושיט לא אכלה לכך גובה מהמושיט. **הקצות** (א) ביאר כמעדני מלך דודאי אם היתה הבהמה יכולה ליטול מעצמה אז לא הוי על המושיט רק דין גזלן ולא דין מזיק ורצה מזה גובה כמ"ש בש"ך, אבל כיון דמיירי כאן שלא היתה הבהמה יכולה ליטול מעצמה וכמ"ש התוס' ובטוש"ע, אי"כ הוי על המושיט דין מזיק ממש דהו"ל מעמיד בהמת חבירו על קמת חבירו דחייב מתורת מזיק, והו"ל כשנים שהזיקו, ומשום דאגביה לא הורע כחו של בעל הפרה כיון דשותפי אית ליה להזיקו.

סעיף ה

[מה הדין בבהמה שאכלה ברה"ר? כמה בעליה צריך לשלם לבעל הפירות? פרט.]

משנה יט: "אכלה ברשות הרבים משלם מה שנהנית" ובגמ' כ. פליגי "כיצד משלם מה שנהנית רבה אמר דמי עמיר רבא אמר דמי שעורים בזול", ופירש רש"י "דמי עמיר. שאם אכלה שעורים כדי שביעתה אינו משלם לו אלא דמים שהיה צריך ליתן בקשים ותבן להאכילה דאמר ליה אי איפשי להאכילה שעורים אלא קשין ותבן. דמי שעורים בזול. כפי שהיה צריך ליקח שעורים למאכלה אם היה רוצה להאכילה שעורים (כלומר להחמיר, ב"י) ולא יתן לו כשער שבשוק דילמא איהו לא מאכיל לה שעורים אלא בזול יתן כדאמרינן בפרק מי שמת כל זוזא חשיב בארבע דנקי דהיינו שני שלישי דמים (דהיינו שליש פחות מכדי שיווי השעורים, סמ"ע).

כתב **הרמב"ם** (ג,ב) "אם אכלה ברשות הרבים ונהנית רואים אותם כאילו הם שעורים או עמיר ומשלם דמי עמיר או דמי שעורים בזול", ותמהו **הטור** וה"ה דהיאך פסק כדברי שניהם, וכתב הרב המגיד דנסתפק הלכה כמי וכתב שתי הדעות להיות יד המזיק על העליונה איזה מהם שיהא פחות ישלם ועוד כתב שהרמב"ם מפרש עמיר אגודת השבלים וכן פירשו בעלי הלשון דלא כרש"י שפירש תבן או קש, והרא"ש בשם הרי"ף "איכא מאן דפסק כרבה דהוי רביה דרבא ואיכא מאן דפסיק כרבא דהוי בתרא והראב"ד ז"ל כתב דהלכה כרבא דברייתא דתניא כוותיה דרביה הוא", ובב"י תמה עמש"כ הטור דהרא"ש ס"ל כראב"ד אלא דהרא"ה והריטב"א אכן כראב"ד, וכתב דלענין הלכה¹ כיון שהרי"ף והרמב"ם מסופקים היה ראוי לומר דנקטינן לקולא על הנתבע ואינו משלם אלא דמי עמיר וכפירוש רש"י ולא כפירוש ה"ה ומש"כ הרב המגיד ברמב"ם אין הכרע בדבריו. עוד כתב הב"י² הסבר נוסף ברמב"ם דמש"כ ה"ה שהרמב"ם הסתפק דבר תימה הוא, אלא שהרמב"ם מפרש דרבה ורבא לא פליגי דעמיר היינו אגודת שבלים כמו שכתב הרב המגיד ולא מטעמיה ונמצא דעמיר היינו שעורים בשבלים אלא שכל דבר נמשך כפי זמנו שבזמן הקציר דרך להאכילה עמיר ושלא בזמן הקציר דרך להאכילה שעורים שלא בשבלים ורבה ורבא לא פליגי אלא מר איירי בזמן הקציר ומר איירי שלא בזמן הקציר (ואע"ג דמייתי תניא כוותיה דרבה תניא כוותיה דרבא לאו משום דפליגי אלא להוכיח דדבריהם שנויים בברייתא) וצריך לומר דהא דקאמר בזול קאי גם לרבה, ופירוש בזול איכא לפרושי כפירוש רש"י אי נמי

כמו שכתב הרמב"ם בפיהמ"ש שאם אכלה דמי י' ליטרין תמרים ישלם י' ליטרין שעורים ואם היו השעורים יקרים יותר משלם דמי התמרים בלבד, אך סיים דמכל מקום כיון שאין דבר זה מבואר בדברי הרמב"ם לענין מעשה אינו משלם אלא דמי עמיר וכדפירש רש"י וכהסבר א' דכל ספיקא דממונא הוי להקל על הנתבע.

וכ"פ בשו"ע דכיון דספק כמי הלכה אזלינן לקולא כרבה (כפירש"י) כדמי עמיר "אכלה בר"ה משלם כל מה שנהנית, דהיינו כל מה שאכלה אינו משלם אותו אלא כאלו היתה תבן { וי"א דמי שעורים בזול (כרבה לחומרא לפירש"י וכראב"ד ריטב"א ועוד) } (בריייתא שם -) ואם אכלה אוכלים הרעים לה, כגון שאכלה חטים, הואיל ולא נהנית, פטור".

כתב **הקצות** (ב) דהא דמשלם הכא כמה שנהנית נראה דאע"ג דאבות נזיקין משלמין ממיטב אבל בזה אינו משלם אלא מזיבורית, דהא בע"ח דינו בזיבורית אע"ג דנהנה הלוח ממעותיו וחכמים הוא דתקנו בבינונית משום נעילת דלת והכא שלא מדעת בעלים הוא דנהנה ואינו משלם אלא בזיבורית [וראה בזה באור שמח (נזקי ממון א,ב) דרצה לומר דמשלם ממיטב כנזיקין, והברכ"ש (ב"ב ז', הובא בדב"י ב"ק קא.) כתב בשם הגר"ח דמשלם ממיטב כגזלן].

כתבו **התוס'** (ב"ק קא.) "או דלמא אין שבח של סממנין על גבי צמר - תימה הרי נהנה שצמרו מעולה בדמים יותר וישלם מה שנהנה כמו אכלה מצידי רחבה דפ"ב (דף יט:) וירדה לגינה דהכונס (לעיל דף נה:) ובפרק אלו נערו (כתובות דף ל:) אמר תחב לו חבירו משקין של אחרים בבית הבליעה דמשלם מה שנהנה, ויש לחלק דהנאה דהכא אין באה ע"י מעשיו ולא ע"י מעשה בהמתו ובתחב לו חבירו אף על פי שאין זה ע"י מעשיו מכל מקום נהנה גופו אי נמי הנאה דהכא לא חשיבא הנאה שאין אלא נוי בעלמא יותר", וכתב **הש"ך** (ב) דכשממונו נהנה מממונו של אחר שלא ע"י מעשה ממנו ה"ל ספיקא דדינא אי פטור או לא דתליא בב' תירוצים בתוס', דלפי תירוץ א' וכ"ד הרא"ש דדוקא כשגופו נהנה ע"י אחר או ממנו נהנה מחבירו ע"י מעשה של ממנו כמו אכלה מצדי רחבה ונפלה לגנה אז משלם מה שנהנית אבל כשממונו נהנה ע"י אחר פטור, ולא דמי לסעי' ז' דהתם משלם מה שהזיקה דהוי פשיעה (מעד"מ), וכ"ד רש"ל דהתוחב אוכלין לתוך פיו של בהמתו אינו משלם כלום, אך צ"ל דמיירי שתחב אוכלין של אחרים ופטור מן בעל האוכלין אבל אם תחב אוכלין שלו חייב לשלם לו דלא גרע מיורד שלא ברשות וטעמא ביורד שלא ברשות כיון שמתכוין להשביח חייב לשלם לו יציאותיו, אולם לשינויא בתרא דכתבו דחזותא לאו מילתא היא וכדקאמרינן בש"ס התם ותירוץ זה משמע דעיקר דמניין לנו לחלק בחלוקים שלא נזכרו בש"ס, וא"כ דין זה כשממונו נהנה ממנו של אחר שלא ע"י מעשה ממנו ה"ל ספיקא דדינא אי פטור או לא.

סעיף ט

ע"פ **משנה יט: וגמ' כא.** וכשמואל דהלכתא כוותיה בדיני דאמר כיצד משלם מה שנהנית וכו' דאפילו מחזרת נמי פטור ומשכחת לה דמיחייב כגון דשבקתה לרחבה ואזלא וקמה בצידי רחבה, ודלא כרב דאיירי במחזרת, פסק **שו"ע** "היו הפירות מונחים בצידי רחבה והיא בתוך הרחבה, והחזירה ראשה לצידי רחבה ואכלה מהן, אינו משלם אלא מה שנהנית, דכיון דגופה ברשות הרבים, הוי ליה שן ברשות הרבים, אבל אם יצאה מרחבה לצידי רחבה ואכלה שם, משלם מה שהזיקה, אכלה מפתח החנות, אינו משלם אלא מה שנהנית. (שם במשנה -) מתוך החנות, משלם מה שהזיקה".

גבי חנות בסיפא כתב **הסמ"ע** (טז) דאף שהבהמה עומדת בצד פתח החנות, דדוחק לפרש דמיירי שנכנסה לתוך החנות, מ"מ כיון שאין דרך הבהמה להושיט ראשה כלל לתוך החנות, אפילו שמואל דפליג עם רב במחזרת ראשה, מודה בזה דהו"ל כאילו עמדה בחנות ואכלה משם, משא"כ כשאכלה מפתח החנות דדרך הליכה דרכה להושיט ראשה שם.

סעיף י

שם "איכא דאמרי מחזרת כולי עלמא לא פליגי דחייבת, כי פליגי במקצה מקום מרשותו לרשות הרבים רב אמר פטור ושמואל אמר חייב" וכתב **הרא"ש** דהלכתא כלישנא קמא מדקאמר סתמא דתלמודא בתר הכי 'לא דכולי עלמא מחזרת אי כרב אי כשמואל' וכיון דלישנא קמא עיקר, נראה דמקצה מקום מרשותו לרשות הרבים פטור דלישנא קמא לית ליה להך פלוגתא דמקצה מקום שהרי מקצה מקום

יותר ראוי לפטור ממחזרת, וכן נראה מהרי"ף והרמב"ם שלא הביאו פלוגתא דמקצה מקום, ודלא כגדולים שפסקו הלכה כשמואל במקצה מקום.

וכ"פ בשו"ע "הקצה מקום מרשותו לר"ה והניח שם פירותיו ואכלתה שם, חשוב כרשות הרבים".

סניף יא

כ. "אמר אילפא בהמה ברשות הרבים ופשטה צוארה ואכלה מעל גבי חברתה חייבת מאי טעמא גבי חברתה כחצר הניזק דמי, לימא מסייע ליה היתה קופתו מופשלת לאחוריו ופשטה צוארה ואכלה ממנו חייבת, כדאמר רבא בקופצת הכא נמי בקופצת (שקפצה ואכלה על צוארה שאין דרכה בכך ותולדה דקרן הוא וחייבת חצי נזק קאמר, רש"י), והיכא איתמר דרבא אהא דאמר רבי אושעיא בהמה ברשות הרבים הלכה ואכלה פטורה עמדה חייבת מאי שנא הלכה דאורחיה הוא עמדה נמי אורחיה הוא אמר רבא בקופצת".

דעת הרי"ף דמימרא דאילפא פשטה וכו' חייבת הוא דווקא בקפצה אבל עמדה לא דהיינו אורחה, והר"ה כתב דלא מסתבר אלא כל על גבי חברתה חייבת בין שקפצה בין שעמדה והיינו דאילפא וברשות הרבים ובלא על גבי חברתה חייבת חצי נזק בקופצת והיינו דרבי אושעיא ולא פליגי אהדדי, דהא אילפא איירי בלא קפיצה מדפריש טעמא דעל גבי חברתה כחצר הניזק דמי, והרא"ש כתב דעיקר כרי"ף דבהמה שקופצת למקום גבוה ואוכלת לאו שינוי הוא דאורחה למיכל ליפתא אורחה נמי לסרוכי ולמיסק אלא הך דאילפא ודרבי אושעיא וברייתא דהיתה קופתו מופשלת טעם אחד להם דכל היכא דיכולה בהמה לאכול כדרכה דרך הילוכה בלא קפיצה אין לו לאדם רשות להניח שם פירותיו והוי רשות הרבים ופטורה אבל היכא דאין יכולה לאכול אלא בקפיצה יש לו רשות להניח פירותיו ומיקרי חצר הניזק, והשקלא וטריא כך הוא, מעיקרא כדאמר אילפא למילתא ופירש טעם לדבריו משום דעל גבי חברתה כחצר הניזק דמי והוה סלקא דעתיה דכל על גבי חברתה כחצר הניזק דמי ואפילו אוכלת כדרכה ואהא בעי לאתויי ראייה וקאמר תלמודא כדמפרש רבא ההיא דרבי אושעיא בקופצת הכי נמי איירי ברייתא בקופצת ומילתא דאילפא בקופצת דבענין אחר לא מיקרי חצר הניזק, וכיון שאין יכולה לאכול אלא בקפיצה לאו אורחה הוא ויש לו רשות להניח שם פירותיו.

וז"ל הרמב"ם (ג,י) "היתה מהלכת ברשות הרבים ופשטה צוארה ואכלה מעל גבי חברתה ואפילו עמדה משלם מה שנהנית שכן דרך הבהמות לאכול זו מעל גבי זו ואם קפצה ואכלה על גבי חברתה משלם מה שהזיקה שגבי חברתה כחצר הניזק הוא חשוב", וביאר הב"י (לאחר שהאריך לחלוק על ביאור ה"ה, עיי"ש) דס"ל דאילפא ורבי אושעיא לא פליגי וכי אוקי רבא מימרא דרבי אושעיא בקופצת היינו לומר דעמדה דקאמר היינו קופצת והלכה דקאמר לאו דוקא אלא לשאינה קופצת קרי הלכה בין הולכת ובין עמדה פטורה וה"ק בהמה ברשות הרבים אם אינה קופצת פטורה ואם היתה קופצת חייבת, וכ"כ הנ"י דקופצת היינו שקופצת ואוכלת שם אפילו יכולה לאכלם בלא קפיצה חשיב חצר הניזק, וזה שלא כדברי הרא"ש, והיינו דקאמר אילפא בהמה ברשות הרבים ופשטה צוארה ואכלה מעל גבי חברתה אם קפצה על גבה ואכלה שם חייבת משום דגבי חברתה כחצר הניזק דמי אבל אם לא קפצה עליה אלא שפשטה צוארה ואכלה מעל גבי חברתה בין הלכה בין עמדה פטורה דאע"ג דגבי חברתה כחצר הניזק דמי כיון שהיא עומדת ברשות הרבים פטורה דדמיא לעומדת בתוך הרחבה ומחזרת ונוטלת מצידה הרחבה דפטורה לשמואל דקיימא לן כוותיה, וכן יש לפרש ברי"ף דכתב והוא דקפצה אבל עמדה לא דהיינו אורחה, דהכי קאמר והני מילי דחייבת כלומר לשלם כל מה שהזיקה בדקפצה אבל לא קפצה אפילו עמדה לא מיחייבה לשלם מה שהזיקה ומכל מקום אינה משונה לשלם תם חצי נזק ומועד נזק שלם אלא אורחה הוא וה"ל שן ברשות הרבים דאינו משלם אלא מה שנהנית ומימרא דרבי אושעיא נמי מתפרשת לדעתו כדעת הרמב"ם ולדעת שניהם הא דאמרין מאי שנא הלכה דאורחה הוא וכו' הכי פירושו מאי שנא הלכה פטורה מלשלם מה שהזיקה ואינה נדונית כמשונה לשלם תם חצי נזק ומועד נזק שלם עמדה נמי אורחה הוא ואין לה להתחייב.

עוד הביא דהרא"ה חלק על פירוש רש"י דלעיל גבי קופצת דהוי קרן, דאינו נכון דכי היכי דאמרין (יט:): כיון דאורחה למיכל אורחה לפלוסי הכי נמי כיון דאורחה למיכל אורחה למקפץ הילכך לאו תולדה דקרן היא אלא שן ממש ונזק שלם קאמר וכן הוא בירו' ובתוספתא.

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "היתה מהלכת בר"ה ופשטה צוארה ואכלה מעל גבי חבירתה, ואפילו עמדה, אינו משלם אלא מה שנהנית, שכן דרך הבהמות לאכול זו מעל גב זו, ואם קפצה ואכלה מעל גבי חבירתה, משלם מה שהזיקה, שגבי חבירתה כחצר הניזק הוא חשוב {ו"יא (רא"ש) דווקא שהוא בענין שאי אפשר לה לאכול כי אם בקפיצה, אבל אם תוכל לאכלם בלא קפיצה אז חשוב כרשות הרבים} (ע"פ פירוש הרשב"א וראה בב"י -) וה"ה להיתה קופתו מופשלת לאחוריו ואכלה פירות שבקופה (שקפצה על האדם שהקופה מופשלת לאחוריו וכן ע"ג אצטבא שבר"ה כיון דאורחה למיכל שעורים או כרשינין שבקופה אף היא דרכה לקפוץ שם) – כלומר גם בזו יש חילוק בין אם קפצה ואכלה או אכלה בלי קפיצה, ולדעת הרמב"ם בזה נראה שהוא הדין אם היו מונחים הפירות ברשות הרבים במקום שאפשר ליטלם בלי קפיצה וקפצה ואכלה חשוב כחצר הניזק, ובטור הביא דעה ג' דהרמ"ה חולק דבאכלה מעל גבי חבירתה או מתוך קופתו חייב אפילו בלי קפיצה, וברשות הרבים אם קפצה משלם כל מה שהזיקה, ובלא קפיצה כל מה שנהנית, סמ"ע (כ).

עמשי"כ ברישא דאינו משלם אלא מה שנהנית, כתב הסמ"ע (יז) דנראה אפילו היה ראשה בשעת אכילתה ע"ג בהמה, מ"מ כיון שגופה ורגליה עומדות ברשות הרבים, בתר גופה אזלינן, ויש לו דין שן ברשות הרבים דאינו משלם נזק שלם כי אם מה שנהנית וכסעי' ט'.

סעיף יב

בכ. הובא איבעיא דמתגלגל אי חשוב כחצר הניזק ולא איפשיטא, ובשו"ע פסק ברמב"ם "בהמה שהיתה עומדת ברשות הניזק, ותלשה פירות מר"ה ואכלתן ברשות הניזק, הרי הדבר ספק {טור ע"פ רש"י דהוסיף 'והוא הדין נמי' - } והוא הדין אם הבהמה עומדת ברשות הרבים ונטלה האוכל מרשות הניזק ואכלה ברשות הרבים, דהוי הדבר ספק (והשמיטו פירוש ר"י שהאוכל מתגלגל מרשות הניזק לרשות הרבים ועכבתו הבהמה ואכלתו ברשות הניזק ואם לא עכבתו היה סופו לנוח ברשות הרבים לכך מיבעיא אי חשוב כרשות הרבים אי לא), (גמ' ואלביא דכ"ע, סמ"ע -) ודוקא בכי האי גוונא שהמאכל ברשות אחד והבהמה גלגלה המאכל לרשות שני, אבל אם המאכל דבר ארוך, מקצתו מונח בפנים ומקצתו מונח בחוץ, וכשמושכת ראש האחד ראש השני נגרר אחריה, בכל מקום שהיא מתחלת למושכו חשבינן ליה כאלו אכלן שם, בין ברשות היחיד בין ברשות הרבים} לפיכך אינה משלמת אלא מה שנהנית, ואם תפס הניזק כמה שהזיקה, אין מוציאין מידו (רמב"ם לשיטתו) {וכבר נתבאר סי' ש"צ דיש חולקין (ע"פ הרא"ש) וסי"ל דלא מהני תפיסה בספיקא דדינא}."

הסמ"ע (כב) הסכים עם התוס' ור"י לדחות פירוש רש"י והרמ"א דהא לכ"ע אם נוטלת ברשות הניזק ואכלה ברשות הרבים אינה משלמת אלא כפי מה שנהנית וכ"ש בזה שהוא שינוי ומסתבר בו טפי לפטור מתשלומי נזק שלם, וסיים דאפשר דסי"ל לרש"י לחלק בין גלגלה מרשות לרשות בעודה מונחת ע"ג קרקע ובין עקרה והוציאתה בפיה מרשות וצ"ע.

כתב הסמ"ע (כא) על פירוש ופסיקת המחבר דהדבר ספק דאע"ג דבסעי' ז' כתב דאם לקחה פירות ברשות הרבים והלכה ואכלה ברשות הניזק יש מחייבין לשלם נזק שלם, י"ל דזה שעומדת ברשות הניזק ועומדת ומושיטה ראשה לאכול ברשות אחר מחשב שינוי שאין דרך אכילתה בכך, לכן הו"ל ספק, משא"כ כשהלכה מרשות לרשות.

עמשי"כ הרמ"א דלפי ר"י ורא"ש לא מהני הכא תפיסה, כתב הסמ"ע (כד) דמדלא כתב הטור כאן דעת אביו משמע דסי"ל דלא פליגי כאן, דכיון דעכ"פ תפיס ברשות נגד מה שנהנית מהני התפיסה גם לשאר, והש"ך (ג) כתב דשאני הכא דהוי בעיא ולא איפשטא ולא סלקא בתיקו ובוזה גם לרא"ש וטור מהני תפיסה, וראה לעיל שצ"ב.

סימן שצב - דין כלב שנטל חררה ואכל חררה והדליק הגדיש

סעיף א

משנה כא: "הכלב שנטל חררה והלך לגדיש אכל חררה והדליק הגדיש על החררה משלם נזק שלם ועל הגדיש משלם חצי נזק" ובגמ' כב. "אתמר ר' יוחנן אמר אשו משום חציו וריש לקיש אמר אשו משום

ממונו וריש לקיש מאי טעמא לא אמר כרבי יוחנן אמר לך חציו מכחו קאזיל האי לא מכחו קאזיל ורבי יוחנן מאי טעמא לא אמר כריש לקיש אמר לך ממונא אית ביה ממשא הא לית ביה ממשא, תנן הכלב שנטל חררה וכו' בשלמא למ"ד אשו משום חציו חציו דכלב הוא אלא למ"ד אשו משום ממונו האי אש לאו ממונו דבעל כלב הוא, אמר לך ריש לקיש הכא במאי עסקין דאדייה אדויי דעל חררה משלם נזק שלם ועל מקום גחלת משלם חצי נזק ועל גדיש כולה פטור, ורבי יוחנן דאנחה אנוחי על חררה ועל מקום גחלת משלם נ"ש ועל הגדיש משלם חצי נזק (דעל החררה נזק שלם דשן היא ועל מקום גחלת נזק שלם דאורחיה הוא ובידים עבד ואגדיש כוליה חצי נזק דחציו דכלב הוא והיינו צרורות, רש"י).

כתב הרשב"א דלר' יוחנן הוה מצי לאוקמה בדאדייה אדויי ועל כוליה גדיש חצי נזק ובהכי הוה מיפרשי מתניתין טפי שפיר שאין משלם על הגדיש אלא חצי נזק, ואילו השתא דאוקימנא בדאנחה אנוחי איצטרכינן לחלק בגדיש עצמו על מקום גחלת נזק שלם ועל שאר הגדיש חצי נזק, אלא מסתברא דמשום דאוקימנא אליבא דריש לקיש דוקא בדאדייה אדויי אמר בדרכי יוחנן דאפשר לפרושי מתניתין אפילו בדאנחה אנוחי וה"ה וכ"ש בדאדייה אדויי.

והרמב"ם כתב בסיפא דאם היה מגרר את החלה על הגדיש והולך ושורף משלם על החררה נזק שלם ועל מקום הגחלת חצי נזק ועל שאר הגדיש פטור, והשיג הראב"ד עמ"ש"כ דעל שאר הגדיש פטור דהא "צרורות על ידי שינוי מרביע נזק מיהא לא מיפטר" וביאר הרב"י (דלא כרב המגיד) דס"ל לרמב"ם שמשעה ראשונה לא הניח אלא היה מגרר והולך מיירי והיינו אדייה אדויי דאמור בגמ', וכדבריו מבואר בדברי התוס' דלר' יוחנן בדאנחה אנוחי לא מצי למימר בדאדייה אדויי ועל כל הגדיש חצי נזק דאי כח כחו לאו ככחו דמי הוי על כל שאר הגדיש פטור, ובבא"ה"ג כתב שהרמב"ם לא סובל פירושו עיי"ש.

בכג. "מאן חייב בעל כלב. וליחייב נמי בעל גחלת? בששימר גחלתו אי כששימר גחלתו מאי בעי כלב התם בשחתר" ולפי הרמב"ם פירושו דליחייב בשריפת כל שאר הגדיש ורש"י גרס וליחייב נמי בעל הגחלת דהא בין מר ובין מר משום ממונו אית להו הילכך לר' יוחנן דאמר לעיל על הגדיש משלם חצי נזק דצרורות הן לישלם בעל הגחלת חצי האחר דהא ממונו הוא.

וז"ל השו"ע כרמב"ם "כלב שנטל את החררה והלך לו לגדיש { של בעל החררה (טור ע"פ הגמ') } אם הניחה בגדיש ואכל את החלה והדליק את הגדיש, על החלה ועל מקום החררה משלם נזק שלם ועל הגדיש חצי נזק (דחציו דכלב הוא והיינו צרורות), ואם היה מגרר את החלה על הגדיש והולך ושורף, משלם על החררה נזק שלם, ועל מקום הגחלת חצי נזק, ועל שאר הגדיש פטור (ודלא כראב"ד דצרורות עיי שינוי ומשלם רביע) { וי"א (רשב"א) דמשלם על כל הגדיש חצי נזק } בד"א, כששמר בעל הגחלת את אשו וסגר הדלת ובא הכלב וחתר ונטל את החררה מעל האש, אבל אם לא שמר אשו, בעל האש חייב על שריפת הגדיש (דלא כגירסת רש"י וליחייב נמי בעל הגחלת), ובעל הכלב חייב על אכילת החררה ועל מקומה { וי"א (תוס' וטור) דעל מקום החררה משלם כל אחד החצי, ועל שאר הגדיש בעל הכלב נותן רביע, ובעל הגחלת ג' חלקים, ואם זרקה על הגדיש, אז משלם בעל הכלב רביע אפילו על מקום החררה, ובעל הגחלת שלשה חלקים (כיון דכי לית שותפא לא משלם אלא פלגא דהיינו רביע ובעל הגחלת משלם ג' חלקים משום דכל היכא דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי כדרכי נתן בדף נ"ג, באה"ג ע"פ תוס')".

סימן שצג - הכניס פירותיו לחצר חבירו שלא ברשות והזק בהן בעל החצר

טעיפים א - ב

ע"פ משנה מז. וגמ' פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "הכניס פירותיו לחצר בעל הבית שלא ברשות ואכלתן בהמתו של בעל הבית, פטור { ואפילו היה בעל החצר טוחן והביא זה חטים לטחון שישתכר בהן בעל החצר אפילו הכי מקרי שלא ברשות (טור) ע"פ ברייתא דהאשה שנכנסה לטחון חטים } , ואם הוחלקה בהם והוזקה, בעל הפירות חייב, ואם הכניס ברשות פטור (כרבי דאמר אף אם נתן לו רשות להכניס לא הוה כאילו קיבל עליו נטירותא) { ויש חולקין (ר"י ורא"ש, דפסקו כרבנן דכל שנתן לחבירו רשות להכניס פירות קיבל עליו שמירת הפירות) כמו שיתבאר לקמן סוף סימן שצ"ח } , ואם קבל עליו בעל הבית לשמור את הפירות, בעל הבית חייב. (ב) הכניסן שלא ברשות, ואכלתן בהמתו של בעל הבית והוזקה באכילתן, בעל הפירות פטור, מפני שהיה לה שלא תאכל (כלומר היה לו לשמור פרתו שלא תאכל

יותר משיעורה, וזה דוקא מסתמא כשבעל החצר בחצירו, אבל אם נסתלק משם בעל החצר בידיעת בעל הפירות, על בעל הפירות מוטלת השמירה שלא תאכל יותר מדאי אפילו אם הכניס ברשות וכסעי' הבא, סמ"ע."

כתב הסמ"ע (ג) על פסיקת המחבר כרי"ף והרמב"ם כרבי לפטור, דמיהו הי"מ שלא נתחייב בעל החצר בתשלומי היזק בעל הפירות אם הזיקו שורו לפירות שהכניס, ובסימן שצח/ה כתב דלכ"ע אין בעל הפירות חייב בנוזקי דבעל החצר אם הוזק שורו דבעל החצר בפירותיו, ומש"כ הכא דאם הכניס ברשות פטור, דאף דפסיק כרמב"ם דסתם נתינת רשות לא הוי כקיבל עליו שמירת הפירות, מ"מ בעל הפירות אינו חייב באשר הוזק בהן שורו דבעל החצר, וא"כ קשה על הרמ"א הכא דמסיק וכתב כאן דיש חולקין 'כמ"ש בסימן שצ"ח' דהא שם לא פליגי אלא אם נתחייב בעל החצר בהיזק דבעל הפירות, ומזה לא איירי המחבר כאן אלא בפטור דבעל הפירות בהיזק דבעל החצר ובוזה כ"ע מודו, וצריך לדחוק ולומר דס"ל לרמ"א דמדסיים המחבר ו'אם קיבל עליו בעל הבית לשמור את הפירות בעל הבית חייב ולפני זה לא נזכר שום פטור בבעל הבית והוצרך לכתוב דבקבלת עליו השמירה דחייב וא"כ צ"ל דמש"כ המחבר אם הכניס ברשות פטור שכל אחד פטור משילום הזיקו דחבירו ושמע מיניה דס"ל למחבר דגם בעל הבית פטור משילום הזיקו דהנכנס אם הזיק שורו לשורו דהנכנס, ועל זה כתב דיש חולקין, אבל פירוש זה דוחק כיון דלא נזכר לפני זה מחיובו דבעל הבית. בש"ך (א) כתב דמקום הגהת הרמ"א בסיפא דסעי' א' גבי קיבל עליו בעל הבית (ונראה דבא לתרץ קושיית הסמ"ע).

סעיף ג

ע"פ מח. גבי עובדא דההיא איתתא דעלתה למיפא בההוא ביתא פסק בשו"ע "הכניסן ברשות והניחו בעלי החצר את זה שהרשוהו בחצר לשמרו, ואכלתן בהמתו של בעל הבית והוזקה באכילתן, בעל הפירות חייב, שכיון שראה הבהמה אוכלת דברים המזיקים לה והניחה, חייב, שהרי אין בעלי החצר מצויים שם להעביר הבהמה מהם, ומעשה באשה אחת שנכנסה בבית שכנתה ללוש ולאפות, והניחה ונתעלמו כדי שלא יביטו בה בעת לישתה ואפיייתה, ובא עז של בעל הבית ואכל הבצק ומת, וחייבו חכמים לשלם דמיו, וכן כל כיוצא בזה", וביאר הסמ"ע (ה) דבתחילה כתב הדין דנסתלק בעל החצר בידיעת בעל הפירות והניח עליו השמירה, דבעל הפירות היה לו לשמרו, ובמעשה דסיפא בא להוסיף דאף דנסתלק בעל החצר שלא בידיעת בעל הפירות, אפ"ה אם בעל הפירות עושה דבר צניעות דמסתמא יסתלק עברו בעל החצר ויצא באותה שעה שעושה דבר הצניעות, הו"ל כאילו הודיעו שיצא ובעל הפירות חייב בשמירת בהמה דבעל החצר אפילו לענין שלא תאכל יותר מדאי ותוזק.

סעיף ד

משנה נט: "המגדיש בתוך שדה חבירו שלא ברשות ואכלתן בהמתו של בעל השדה פטור ואם הוזקה בהן בעל הגדיש חייב ואם הגדיש ברשות בעל השדה חייב" ובגמ' "לימא תנן דלא כרבי דאי כרבי הא אמר עד שיקבל עליו בעל הבית לשמור אמר רב פפא הכא בנטר בי דרי עסקינן דכיון דא"ל עייל וגדוש עייל ואנטר לך הוא" וכו"פ בשו"ע כלשון הרמב"ם "המגדיש בתוך שדה חבירו שלא ברשות, ואכלתם בהמתו של בעל השדה, פטור, ואם הוחלקה בהם והוזקה, בעל הפירות חייב אכלתן והוזקה באכילתן פטור (כדלעיל, ב"י), ואם הגדיש ברשות בעל השדה, חייב אף על פי שלא קבל עליו לשמור, שהשומר בגרנות כיון שא"ל הגדש בכאן, כמי שאמר לו הגדש ואני אשמור לך, הוא חשוב", וביאר הב"י דפסקו הרי"ף והרמב"ם הא דרב פפא כיון דפסקי כרבי אבל לדעת ר"י שפסק כחכמים לא צריך לאוקמי בנטר בי דרי, ומיהו כתב הרא"ש דאפשר דנפקא מינה בהך דרב פפא אף לרבנן דכי היכי דלרבי בנטר בי דרי היכא דאמר ליה עול עול ואנטר לך קאמר הכי נמי לרבנן נטר בי דרי העלהו מעלה אחת ויהא שלא ברשות דידיה כסתמא דעלמא ואם אכלתו בהמה של בעל השדה חייב, ותמה הב"י מדוע השמיט הטור זה, ובדרכ"מ יישב דהרא"ש לא כתב דין זה אלא בלשון אפשר ומסתפק וא"כ לדעתו דלא מהני תפיסה בספיקא דדינא לא יתחייב השומר מכח ספק ואפילו תפס המכניס מוציאין ממנו, ולכן השמיט הטור, וכן נראה ברמ"א שלא הגיה דבר, אולם בבאה"ג הסכים עם תמיהת הב"י על הטור, וראה סמ"ע לקמן.

כתב הסמ"ע (ז) דיש לדקדק במה שסיימו הרמב"ם והמחבר שהשומר בגרנות כיון שאמר ליה הגדש ואילו ברישא לא הזכירו דמיירי שיש שומר לשמור השדה ושהוא נתן לבעל הפירות רשות ליכנס, ואדרבה כתבו אם הגדיש ברשות בעל השדה, דמשמע דאיירי דבעל השדה נתן לו רשות להגדיש ולא

השומר, וצ"ל איירי בבעל השדה שהוא עצמו שומר השדה ואפשר דדרכן היה בכך, משו"ה סתמו ולא הוצרכו לכותבו, ואתי שפיר כיון דבעל השדה הוא עצמו השומר והוא הנותן לו רשות להגדיש, משו"ה הרי"ף והרמב"ם מודים בזה דאף דבעלמא לא אמרינן עול ואנטר לך קאמר בזה דבלא"ה משמר השדה ויושב בצידי דהו"ל סתמא כאילו קיבל עליו שמירתו, ועוד כתב שגם הרא"ש דכתב דיש נ"מ גם לרבנן בשומר דהעלוהו מעלה אחת ויהיה שלא ברשות ידיה כסתמא דעלמא, דלא כתב כך אלא כשהבעל השדה עצמו הוא השומר, דאם לא כן הוא נגד הסברא דכניס זה גדישו לשדה חבירו שלא ברשות כלל ויחייב לבעל השדה בשמירתו, ודלא כטור דמפרש דבריו דאיירי כשבעל השדה יש לו שומר בפני עצמו המשמר בשדה, ובזה נתישבה התמיהה שיש להקשות על הטור במש"כ נגד אביו דהרא"ש כתב דאפילו בלא רשות הו"ל לרבנן כאילו נתן רשות והטור כתב דבעינן עכ"פ שיתן השומר רשות להגדיש, וע"פ הנ"ל ניחא, וגבי קושית הב"י למה השמיט הטור דינו דהרא"ש אביו, יישב כדרכ"מ דלעיל.

סימן שיצד - בהמה שנפלה לגנה והזיקה וכיצד משערין ההיזק

סעיף א

ע"פ משנה נה: וגמ' נח. פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "בהמה שהוחלקה באבן או במימי רגלים ונפלה לגנה (מימרא דרב אפילו איירי בנחבטה -) ונחבטה על גבי פירות וירקות (דלא אמרינן דהוי מבריה ארי מנכסי חבירו ומה שנהנית נמי לא ישלם קמ"ל דהאי לאו מדעתו א"נ מבריה לית ליה פסידא האי אית ליה פסידא), או שאכלה - משלם מה שנהנית, אפילו הלכה מערוגה לערוגה (כר' יוחנן ודלא כרב כהנא דמשלם מה שהזיקה) (אפילו כשראוה הבעלים שנפלה ורועה היא פטור ממה שהזיקה עד שתצא דמן שמיא הוא דקנסוה, ב"י בשם ראב"ד רשב"א ועוד, וכ"כ הסמ"ע), ואפילו נשארה שם כל היום כולו, אינו משלם אלא מה שנהנית, ומה הנאה יש לה בחבטה, שהרי מצאה מקום רך ולא נתרסקו איבריה. אבל אם ירדה כדרכה ואכלה, משלם מה שהזיקה, ואפילו טנפה פירות במי לידה, משלם מה שהזיקה, מפני שתחלתו בפשיעה".

עמש"כ המחבר דלא נתרסקו וכו' כתב הש"ך (א) דמשמע דאם לא נתרסקו אבריה אלא היה לה צער בעלמא לא היה צריך לשלם כלל אבל אי יש לספק בזה צריך לשלם לו מה שהיה נותן שיצילו בהמתו מספק, אמנם משמעות לשון התוס' והרא"ש אינו מורה כן.

עוד בנת. "היכי נפל רב כהנא אמר שהחליקה במימי רגליה רבא אמר שדחפתה חברתה, מ"ד שדחפתה חברתה כ"ש החליקה במימי רגליה ומ"ד שהחליקה במימי רגליה אבל דחפתה חברתה פשיעה היא ומשלמת מה שהזיקה דא"ל איבעי לך עבורי חדא חדא", ופסקו הרי"ף והרמב"ם דפשיעה היא, וכ"פ בשו"ע "וכן אם דחפה חברתה ונפלה, משלם מה שהזיקה, מפני שהיה לו להעבירם אחת אחת כדי שלא ידחפו זו את זו" והרמ"א פסק כר"י רמ"ה ורא"ש "וי"א דאם דחפה חברתה לא מקרי פשיעה, אלא הוי אונס ופטור" - דכתב הרא"ש דהא דקאמר הכא דחפתה חברתה פשיעה היא היינו דלא כרב פפא דב"מ צ"ג גבי עובדא דסבולאי, ונראה דהתם לאו משום פשיעה חייבו אלא ששומר שכר היה וחשיב כגניבה ואבידה כדמשמע התם, ונראה דהלכה כרב פפא, וכיון דהלכה דלאו פשיעה היא א"כ דחפיה ונפלה פטור הכא, דשן ורגל בשמירה פחותה סגי להו כשומר חנם, הילכך רועה זה אע"פ שהוא שומר שכר וחייב לשלם לבעלים אם נפלה והזיקה, מיהו אם דחפה והזיקה פטור דהא תנן בב"ק מ"ד מסר לשומר חנם וכו' כולן נכנסו תחת הבעלים וכי היכא דפטורים בעלים אם נפלה דחפה והזיקה גם השומר פטור. הב"י כתב דלענין הלכה נקיטין כרי"ף והרמב"ם שהם מוסכמים ועוד דפשטא דגמרא כוותיהו, והדרכ"מ כתב דהב"י "לטעמיה אזיל לפסוק כרי"ף והרמב"ם בכל מקום אבל לפמש"כ כמה פעמים לפסוק כבתראי ורבים גם הכא נקטינן כוותיהו שלא להוציא ממון מיד בעליו".

עוד כתב הרמ"א "אם העבירה אצל גינת חבירו והיה אפשר לה לירד וליכנס לגינה אפילו נפלה באונס (או אפילו שאי אפשר שתד ונפלה שם שלא באונס כגון שהיא הולכת במקום גבוה והשדה בגיא ושינתה זו את טבע שאר הבהמות וקפצה לאכול הפירות שראתה שם, סמ"ע בשם הטור) חייב - דהוי תחלתו בפשיעה וסופו באונס (תוס' ורא"ש), והא דקתני ירדה כדרכה לאו דוקא דה"ה נפלה כיון שיכולה לירד),

ויש מי שחולק בזה (ראב"ד, דלא קרינן ליה תחלתו בפשיעה וכי אינו רשאי להעביר צאנו ברשות הרבים או יאחזנה בזנבה אלא ודאי כל נפלה פטור).

סעיף ב

נח. "אמר רב פפא לא תימא עד שתצא (מהגינה) לדעת ותחזור לדעת אלא כיון שיצאה לדעת אף על פי שחזרה שלא לדעת (הבעלים) מאי טעמא דאמר ליה כיון דילפא כל אימת דמשתמטא להתם רהטא".

וז"ל השו"ע "הוחלקה ונפלה ויצאה {והוא ידע (רשב"א וראב"ד בפירוש הגמ', וחזר בו הראב"ד מהשגתו שכתב דאפילו נעל בפניה כראוי ויצתה ולא ידע להיכן הלכה חייב איבעי ליה למידע דהתם הלכה וחייב, וכתב ה"ה שהרמב"ם כרשב"א, ואילו ה"ה כתב שבאמת דברי הרמב"ם סתומים וסובלים את שני הפירושים, ולענין הלכה כיון דאפוקי ממונא הוא נקטינן לקולא לנתבע וכרשב"א}, וחזרה לגינה אע"פ שחזרה שלא לדעת הבעלים, משלם מה שהזיקה, מפני שהיה לו לשומרה (שמירה מעולה, כדלקמן ברמ"א, רש"ל וש"ך) שלא תחזור, שהדבר ידוע שכיון שידעה דרך הגינה הרי היא חוזרת מאליה {מיהו אם שמרה בשמירה מעולה ויצאה והזיקה פטור (רשב"א, דלא כרא"ש דלא סגי בשמירה מעולה, ולא כהבנת רש"ל ברמב"ם דסגי בשמירה פחותה, ש"ך וכ"פ רש"ל כנ"ל)}".

סעיף ג

נו. "אמר רבה אמר רב מתנה אמר רב המעמיד בהמת חברו על קמת חברו חייב, מעמיד פשיטא, לא צריכא דקם לה באפה. אמר ליה אביי לרב יוסף הכישה אמרת לן ולסטים נמי דהכישוה".

וז"ל השו"ע "המעמיד בהמת חברו (וכ"ש בהמה שלו, סמ"ע) על גבי קמת חברו, המעמיד חייב לשלם מה שהזיקה. וכן אם הכישה (הכה אותה) עד שהלכה לקמת חברו והזיקה, זה שהכישה חייב {ואפילו הפירות ברשות הרבים דהוי כמזיק בידים (רשב"א וה"ה), ודוקא הכישה וכיוצא בזה, אבל קם לה באפה עד שהלכה שם, פטור, דהוי גרמא בנזקין (הנ"ל ופירוש הראב"ד, דלא כהשגות הראב"ד דחייב, וכתב ה"ה דאע"פ שכתבו התוס' דלא משתמע בשום דוכתא דלחייב ברשות הרבים שן אפילו מקרב בהמתו אצל הפירות ומעמידה עליהו, נקטינן כרשב"א והרב המגיד דפשיטא היא דהוי מזיק בידים וליכא לפלוגי ביה בין רשות הרבים לרשות הניזק}".

סעיף ד

משנה נה: "כיצד משלם מה שהזיקה שמין בית סאה באותה שדה כמה היתה יפה וכמה היא יפה" ובגמ' נח: ילפינן 'וביער בשדה אחר' בב"ת ודרשינן דההיזק דהביער ישער אגב שדה אחר ואמרינן "היכי שיימינן אמר רבי יוסי בר חנינא סאה בששים סאין רבי ינאי אמר תרקב בששים תרקבים חזקיה אמר קלח בששים קלחים" ופסקו הרי"ף רמב"ם ורא"ש כחזקיה דכולה סוגיא דשמעתין כוותיה, ופירש רש"י קלח בששים קלחים מה שאכלה בששים שיעורים כמותו.

בנט. הגמ' מעמידה מחלוקת תנאים גבי "כחש גופנא" – ופסק הרא"ש שעדיין פותחין מזה ששמן כמה הרויח הניזק שלא הוכחש שדהו במה שלא נשאר בה הפירות עד שנגמרו וכן מנכין למזיק, ואילו הרמ"ה פסק דלא מנכין כחש גופנא דאמרו לו לרבי שמעון אינו דומה נבעלת באונס וכו' והלכה כרבים נגד יחיד ועוד דכמה מתניתין וברייתות אית להו אונס משלם את הצער והיינו דלא כרבי שמעון, והרא"ש דחהו דמנכין כרבי יוסי וכבן עזאי ואמרו לו דרבי שמעון אית להו נמי כחש גופנא אלא דפליגי בהא אר"ש דסבר דצער של נבעלת באונס אינו גדול משנבעלת ברצון ורבנן סברי שהוא גדול ואותו יתרון צער משלם, וכתב ה"ה דהרי"ף והרמב"ם שלא הזכירו כחש גופנא משמע דכרמ"ה סברי וכן הלכתא.

וז"ל השו"ע ודלא כרא"ש "כל בהמה שהזיקה פירות מחוברים, משערים מה שהזיקה בששים ומשלם מי שנתחייב לשלם, כיצד, הרי שאכלה בית סאה, שמין ששים בית סאה באותה השדה כמה היה שוה, וכמה הוא שוה עתה אחר שנפסד בו הבית סאה, ומשלם השאר (דאינו מפסיד המזיק כל כך, דמי שלוקח ס' סאין כשהיא בתבואתה אינו מזלזל בה בשביל הפסד בית סאה אחת כי אם דבר מועט, באה"ג), וכן אם אכלה קב או רובע אפילו קלח אחד שמין אותו בששים".

ביאר הפרישה ובקצרה בסמ"ע (י) דהטוש"ע שפסקו בסיפא 'וכן אם' כחזקיה דאמר אפילו קלח בששים קלחים דאינו מקפידין על קלח אחד בין ששים קלחים כמו שמקפידין על סאה בין ששים סאין דלא כמי שאומר דאפילו לא אכלה אלא קלח אחד משערינן כמה פוחתין בפחת סאה בין ששים סאות שבו קפידה גדולה ולפי ערך מה שמגיע על קלח אחד או כפי שיעור שאכלה נותן לניזק קמ"ל דלא אלא לעולם משערינן בששים כפי מה שאכלה, וסיים דזה ע"פ התוס'.

[כתב באור לציון (א, ד, ב) "כתב בספר תולדות חפץ חיים שאנשים חושבים שמי ששובר שמה של חלון של בית חברו חייב לשלם, ואינו כן, דקי"ל ובער בשדה אחר (ב"ק נ"ח ע"ב), שאם אכלה הבהמה ערוגה, שמין אותה בששים, כלומר שמין שדה בת ששים ערוגות כמה היתה שוה עם הערוגה וכמה היא שוה בלא הערוגה, וההפרש ישלם, והכא נמי גבי שמה, שמין אגב הבית, כמה שוה בית עם שמה בחלון וכמה שוה בלא שמה, וכיון שאין הפרש. פטור המזיק מלשלם", וכתב שם המהדיר, דהח"ח חולק על החזו"א "דהרי החזו"א כתב (ב"ק סי' ו' ס"ק ג') וז"ל ונראה דכיון דאין בית עומד למכירה אלא לתקן בדקיה, משלם מה שחבירו מפסיד בהוצאות התיקון.. הרי שמחלק בין דבר שעתיד הניזק לתקן הניזק להיכא דאינו עתיד לתקן הניזק, דהיכא דעתיד לתקן הניזק חייב המזיק לשלם הניזק כפי ערכו, ואם אינו עתיד לתקן הניזק, שמין הניזק אגב השדה בששים", עיי"ש מה שהאריך במחלוקת זו (ובפסקי המשפט)].

סעיף ה

נה: "רבי שמעון אומר אם אכלה הפירות גמורים משלם פירות גמורים אם סאה סאה ואם סאתים סאתים" ובגמ' נט: "מאי טעמא הא דאמר רחמנא ובער בשדה אחר מלמד ששמין על גב השדה הני מילי מידי דצריך לשדה הני כיון דלא צריכי לשדה בעינייהו בעי שלומי" ואיפסיקא הילכתא בגמרא כרבי שמעון כרב, וז"ל השו"ע "אכלה פירות גמורים שאינם צריכים לקרקע, משלם דמי פירות גמורים בשיווייהו, אם סאה דמי סאה, ואם סאתים דמי סאתים".

סעיף ו

אדם קצץ אילנו של חברו כיצד שמין את הניזק?

נח: "ההוא גברא דקץ קשבא (דקל) מחבריה אתא לקמיה דריש גלותא א"ל לדידי חזי לי ותלתא תאלאתא בקינא הוו קיימי והוו שוו מאה זוזי זיל הב ליה תלתין ותלתא ותילתא (שלשה דקלים זה אצל זה) אתא לקמיה דרב נחמן א"ל בששים רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע עבדו עובדא כוותיה דרב נחמן בששים" ואסיקנא הילכתא כרב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע בדיקלא ארמאה והילכתא כוותיה דריש גלותא בדיקלא פרסאה.

וז"ל השו"ע כפירוש הרמב"ם ורש"י לדקל ארמאה ופרסאה "הרי שאכלה פירות דקל אחד וכן הקוצץ פירות דקל חברו ואכל, אם היה דקל רומי וכיוצא בו שאין התמרים שלו יפות, משערים אותו בששים על גבי הקרקע, ואם דקל פרסי וכיוצא בו הוא, שהתמרים שלו יפות ביותר, משערים הדקל בפני עצמו, כמה היה שוה וכמה הוא שוה עתה" והרמ"א פסק כרא"ש "ויש אומרים דאם לא נגמר גדולו (קאי אקוצץ אילן עצמו מדכתב ב' פעמים נגמר גידולו ואי אפירות קאי הל"ל אי נגמר גידולן) משערינן בששים ואם נגמר גדולו משערינן כמו שהוא" – דמפרש דדיקלא ארמאה היינו שלא נגמר גידולו ולא הגיע לכך שיהא ראוי לעקרו ולשתלו במקום אחר הילכך הוי כפירות שאינם גמורים ונישום בששים ודיקלא פרסאה היינו שנגמר גידולו והגיע לכך שאם יעקרוהו וישתלוהו במקום אחר יתקיים הילכך הוי כפירות גמורים ושמין אותו בפני עצמו כרבי שמעון, והשמיטו הטוש"ע הא דפסק הרא"ש כמ"ד דבכל שאר אילנות אם קטם נטיעה אחת אם בת שנתה משלם שתי כסף אם בת שתיים משלם ארבע כסף לפי שאר פוסקים השמיטוהו, ב"י.

כתב הסמ"ע (יא) דבין שאכלה הבהמה בין שקוצץ האדם עצמו, יש חילוק בין אם היו הפירות מדקל משובח או מדקל שאינו משובח כל כך.

סימן שיצה - המשסה את הכלב בחבירו או בעצמו

סעיף א

ראובן שיחרר את כלבו ברחוב, שמעון שיסה את הכלב של ראובן בלוי, והכלב נשך את לוי. כמה נחייב ואת מי, את ראובן את שמעון או את שניהם? ציון מקור והסבר.

שור או כלב שלמדום לנגוח או שיסו אותם, האם בעליהם או המלמדים אותם חייבים לשלם הנזקים או במיתה אם המיתו?

ע"פ משנה סנהדרין עו: ב"ק כג: ובעיקר כד: וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "המשסה (משלח ומקניט) כלבו של חבירו בחבירו, פטור מדיני אדם, וחייב בדיני שמים (דכתב רש"י פטור משום גרמא וממילא למד גם הרמב"ם דחייב בדיני שמים, ה"ה), ובעל הכלב חייב חצי נזק (באה"ג: נראה דלמדו מהא דאמר רבא שם את"ל המשסה כלבו של חבירו בחבירו חייב וכו' משמע ליה דנפשטא הבעיא אי מחייב בעל הכלב או לא וכמו שדרכו ודרך הגאונים לפסוק ככל את"ל), שכיון שהוא יודע שאם שסה את כלבו להזיק נושך, לא היה לו להניחו (ה"ה: אפילו הוא מועד כיון שלא עשה מעצמו אלא ע"י שיסוי כדאמרינן בדף ל"ט גם גבי שור האי צטדין כי יגח ולא שיגיחוהו ופטור ממיתה אף כאן דינו כתם וכ"ד הסמ"ע, ודלא כראב"ד דבמועד נזק שלם). ואם שסהו בעצמו, בעל הכלב פטור, שכל המשנה ובא אחר ושינה בו, פטור (ששיסה ראובן כלב של שמעון עד שהלך ונשך לראובן המשסה, פטור שמעון, דראובן שינה מתחילה בהסתו, וכל המשנה ובא אחר ושינה בו כגון זה פטור שמעון, סמ"ע).

משנה ב"ק לט. "שור האצטדין אינו חייב מיתה שנאמר כי יגח ולא שיגיחוהו", ופסק הרמב"ם (ו,ה) "שוורים שמשחקין בהן ומלמדין אותן שיגיחו זה את זה אינם מועדים זה לזה ואפילו המיתו את האדם אינן חייבין מיתה שנאמר כי יגח לא שיגיחוהו" והראב"ד השיג דלמה לא ליהוי כשור שהוא מועד לשופרות (לו:) ועוד שכבר פסק גבי משסה כלבו של חבירו בחבירו דחייב בעל הכלב, וה"ה יישב דהרמב"ם כבר נזהר מזה דבעל הכלב חייב ח"נ וכנ"ל, וג"כ אינו דומה למועד לשופרות לפי שאלו ממש מכוונין לנגחן וכיון שהם פטורים מן המיתה דין הוא שלא יעשו מועדין.

סימן שיצו - כיצד שמירת תם ומועד או מסרן לשומר חנם או לשומר שכר

סעיף א

ע"פ מה: וכרבי יהודה כרמב"ם רא"ש ועוד פסק בשו"ע "שור המועד (נה: -) וכן שן ורגל שהן מועדין מתחלתן, די להם בשמירה פחותה (דסתם שוורים בחזקת שימור קיימי ואמר רחמנא תם ניחייב דניבעי ליה שמירה מעולה, הדר אמר רחמנא ולא ישמרנו גבי מועד דנעביד ליה שמירה מעולה הוי ריבוי אחר ריבוי ואין ריבוי אחר ריבוי אלא למעט לשמירה מעולה, וגבי שן ורגל סגי להו בשמירה פחותה לכ"ע דהתורה מיעטה בשמירתן), לפיכך אם קשרם בעליו במוסירה או שמרם שמירה פחותה, ויצאו והזיקו, פטור. בד"א במועד, אבל תם לא סגי ליה לא במוסירה ולא בשמירה פחותה, עד שישמרנו שמירה מעולה, אי זו היא שמירה מעולה, דלת שיכולה לעמוד אפילו ברוח שאינה מצוייה, ושמירה פחותה, שיכולה לעמוד ברוח מצוייה ולא בשאינה מצוייה, אבל אם אינה יכולה לעמוד אפילו ברוח מצוייה, כאלו לא שמרו כלל, וחייב (נו: -) אפילו לא נפלה הדלת על ידי הרוח אלא לסטים הוציאוה, או חפרה או חתרה הדלת והפילתו, דתחלתו בפשיעה לגבי נפילת הדלת, וסופו באונס לגבי חתירה, וקיי"ל (רצא/ו) כל שתחלתו בפשיעה וסופו באונס הבא מחמת הפשיעה חייב (וה"נ מיקרי מחמת פשיעה, דאילו העמיד לפניה דלת חזקה לא היתה נופלת הדלת מחמת שחתרה בקרקע או נגחה בהדלת עצמה, סמ"ע). אבל אם חתרה פרצה ויצאה משם, פטור, שאין האונס בא מחמת הפשיעה".

כתב הסמ"ע (ב) גבי מועד דברי שא דלרמב"ם פטור לגמרי אפילו מחצי נזק, ואילו לתוס' והרא"ש אינו פטורין אלא מנזק שלם כדין שור המועד אבל חצי נזק חייב, דלא עדיף לענין חצי נזק לאחר שנעשה מועד מבעוד היותו תם, אולם גבי שן ורגל שהן מועדין מתחילתן 'ובער ושלח' כתיב דמשמע דאינו חייב

עליהן עד דהו"ל דומה כאילו ביער ושלח בידים דהיינו שלא שמרו כלל, הא עבד שמירה כל דהו אינו חייב בהו.

סעיף ב

ע"פ משנה נה: וגמ' נו. פסק בשו"ע "שמרה כראוי ונפרצה בלילה, או שחתרה הדלת ויצאה והזיקה פטור, (תוס' -) אפילו ידע שנפרצה, שאינו חייב לצאת לטרוח אחריה, (תוס' -) ודוקא נפרצה בלילה, אבל נפרצה ביום חייב, דקלא אית למלתא ומסתמא ידע".

סעיף ג

ע"פ משנה שם וגמ' נו: פסק בשו"ע "הוציאוה לסטים, הם חייבים (על מה שהזיקה) משעת משיכה או שהכישוה במקל להוציאה (ואע"ג דגולן לא קני לה במשיכה דמאן אמר ליה למשוך מכל מקום כיון שעשה לה דבר הקונה במקח וממכר והיא עתה ברשותו חייב בשמירתה, תוס' ורא"ש, ודלא כלבוש שכתב שחייבים משום דקנאה במשיכה, סמ"ע), (ירו' ורא"ש -) ודוקא שהוציאה כדי לגולה, אבל הוציאוה כדי לאבדה פטורים (אבל אם נאבדה הבהמה חייב לשלמה לבעלים אם הוציאה בידים, ודוקא בפרץ גדר לפני בהמת חבירו ונאבדה כתבו הטור והרמ"א בסעי' ד' די"א דפטור אם נאבדה משום דלא עשה בה מעשה בידים בהוצאתה כלל, סמ"ע, וכ"ד הש"ך אך סיים דאפשר דבהכישוה אפילו לאבדה ונאבדה פטור וצ"ע)".

סעיף ד

[מה הדין במי שהתיר פרת חבירו שהיתה קשורה בברזל ברה"ר ונאבדה?]

ע"פ ברייתא נה: פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "הפורץ גדר לפני בהמת חבירו ויצאה והזיקה, אם היה גדר בריא וחזק חייב (על הנזק, דעת ה"ה ברמב"ם, והקשו עליו מהמשנה דלעיל הוציאוה לסטים דוקא הוציאוה הא פרצו בפניה אינן חייבים על נזקה, ויש לחלק בין לסטים המתכוונים לגנוב ולא לפרוץ גדר ובין זה המתכוון לפרוץ גדר ולא לגנוב) (וי"א דאינו חייב בנזקי הבהמה (סמ"ע: דהו"ל גרמא בניזקין דהא לא עביד מעשה בגוף הבהמה, ונראה דאינו פטור מהבהמה אלא בדיני אדם אבל בדיני שמים ודאי חייב ק"ו מכותל רעוע) אלא אם הכישה והזמינה לנזק וכן עיקר (ראב"ד ורמ"ה, דסברי דהא דפריך ניחייב אבהמה נמי קאי דכיון דפרצו גדר בפניה הוי כאלו אבדוה בידים, וכן דעת האחרונים, ה"ה, וכן נקטינן דהרמב"ם יחיד הוא בדבר זה, לשון הבי"י). וי"א דאפילו על הבהמה עצמה אינו חייב, אם נאבדה (תוס') { ואם היה כותל רעוע, פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים (סמ"ע: לתוס' דוקא אבהמה שהזיקה חייב ולא אכותל כיון שהיה רעוע, והרא"ש כתב שאפשר דגם על הכותל חייב דהא ראוי לעמוד יום או יומים עד שימצאו פועלים, וכן נראה דעת הטוש"ע שסתמו, ולרמב"ם בתשובתו לחכמי לונל מבואר דחייב בדיני אדם אפילו אכותל רעוע)".

כתב בחות יאיר (פת"ש א) גבי מי שהתיר פרת חבירו שהיתה קשורה בסריגי החלון של ברזל ברה"ר ונאבדה, דחייב לשלם מדיני אדם, דאפילו הפוטרים פורץ גדר על הבהמה שנאבדה מדיני אדם, היינו משום דגורם בעלמא הוא, משא"כ אם עביד, ואף את"ל דיש לפקפק בזה ואין להוציא ממון, מ"מ ודאי אי תפיס לא מפקינן מיניה, משא"כ אילו אינו חייב רק בדיני שמים.

סעיפים ה - ו

ע"פ משנה שם ורבה בגמ' פסק בשו"ע (ה) "הניחה בחמה אפילו חתרה ויצאה והזיקה, חייב זה שהניחה שם, שכיון שהניחה בחמה הרי היא מצטערת ועושה כל שאיפשר לה לעשות לברוח {ולכן אפילו היתה קשורה בקשר חזק, חייב (רמב"ם וכדלקמן, דלא כראב"ד דפטור)}" ובסעי' ו' ע"פ ט: וסוגיה דגמי אליבא דחזקיה "מסר השור לחרש שוטה וקטן, אף על פי שהיה השור קשור, הבעלים חייבין, שדרך השור להתיר הקשר ולצאת ולהזיק (שדרך של אלו הוא לשחוק בהן ולהתירן וכיון שכן הוה ליה תחלתו בפשיעה ואפילו סופו באונס, ה"ה, וכן מסקנת הסמ"ע בהבנת לשון זו של הרמב"ם). (רמב"ם -) אפילו שמרוהו שמירה מעולה, וחתרה ויצאה והזיקה, הבעלים חייבים (דלא כראב"ד דבשמירה מעולה פטור

כי מה שאמרו בור מכוסה ושור קשור שמסר לחש"ו שהוא חייב באינו קשור ואינו מכוסה כראוי עסקינן וסומך על שמירת החש"ו, והכריעו הרשב"א רא"ש וה"ה כרמב"ם).

כתב הסמ"ע (יא) לבאר הסיפא דמחבר בסעי' ו' דאפילו שמרוהו שמירה מעולה דה"פ בשעה שמסרו הבהמה ליד חש"ו קשרו הבעלים לבהמה בקשר חזק והניחוהו בידם בלי סגירת הדלת, ולאחר זמן מצאו הבהמה ניתקה והזיקה, וקאמר דחייבים הבעלים, ואפילו עשו החש"ו עוד שמירה מעולה לבהמה והיינו שנעלו בפניה הדלת שיכולה לעמוד דהוא הנקרא שמירה מעולה כנ"ל אלא שהבהמה יצאה בחתירה והזיקה, אע"פ שזהו אונס כנ"ל, אפ"ה כיון שפשעו הבעלים מתחילה במה שסמכו על הקשר כיון שדרך החש"ו לנתק הקשר, אמרינן דודאי גם קשר זה התירוהו, והו"ל כאילו לא עשו לבהמה שום שמירה ויצאה מתחת ידם והזיקה, ואע"ג דבעלמא בעינן שיבוא האונס מחמת הפשיעה, שאני הכא דאותה הפשיעה הראויה לבוא בשעה שמסרו הבהמה ליד החש"ו דהיינו שתצא ותזיק היא הנעשית לבסוף, משו"ה אע"פ שנעשה באונס חייב.

סעיף ז

ע"פ י. פסק בשו"ע "מסר שורו לחמשה בני אדם ופשע בו אחד מהם ויצא והזיק, אם אינו משתמר אלא בחמשתן, זה שפשע בשמירתו חייב, ואם משתמר בשאר, אף אלו הנשארים חייבים. ויש מי שאומר (רא"ש) דהני מילי כשאמרו כיון שאינך רוצה לשמרו גם אנו מסולקים משמירתו, אבל אם לא נסתלקו משמירתו, הוא פטור והם חייבים".

כתב הפת"ש (ב) ע"פ הש"ך בסימן ע"ז דפטור דסיפא ר"ל דפטור מדין מזיק, אבל מ"מ חייב מדין ערב היכא דאין להם לשלם, ודלא כרמ"א בתשובה, ולפ"ז ה"ה וכ"ש ברישא היכא דאינו משתמר אלא בחמשתן דזה שפשע חייב, אם אין לו לשלם מחויבים הנשארים לשלם מטעם ערבות, וצ"ע.

סעיף ח

מה: "א"ר אלעזר מסר שורו לשומר חנם הזיק חייב הוזק פטור אמרי היכי דמי אי דקביל עליה שמירת נזקיו אפילו הוזק נמי ליחייב ואי דלא קביל עליה שמירת נזקיו אפילו הזיק נמי ליפטר אמר רבא לעולם שקיבל עליו שמירת נזקיו והכא במאי עסקינן כגון שהכיר בו שהוא נגחן וסתמא דמילתא דלא אזיל איהו ומזיק אחריני קביל עליה דאתו אחריני ומזקי ליה לדידה לא אסיק אדעתיה", ופירש רש"י "וסתמא דמילתא שור נגחן כי מקבל איניש נטירותיה עליה למה שהוא מוחזק מקבל עליה דלא לזיק אחריני אבל דלא ליזקוהו אחריני לא מסיק אדעתיה שהרי אין שור מתייצב לנגדו מפחדו".

כתב הרשב"א (וכן דעת הרמב"ם, ה"ה) דהא דבקביל עליה שמירת נזקיו אפילו הוזק נמי ליחייב י"ל דלאו כשקבל עליו בפירוש קאמר אלא כשמקבל עליו ככל שומר מן הסתם קאמר, ואילו דעת הראב"ד דקביל עליה שמירת נזקיו בסתם שלא פירש נזקין דידיה ונזקין דעלמא אלא נזקין סתם וכיון שהוא נגחן סתמא דמילתיה דלא אזיל איהו ומזיק לאחריני קביל עליה.

כתב הרמב"ם "שמרוהו כראוי שמירה מעולה השומרים פטורים והבעלים חייבים" וכתב עליו הטור "ואיני מבין דבריו כיון ששמרוהו כראוי למה יהו הבעלים חייבים וכן השיג עליו הראב"ד שמרוהו שמירה פחותה אם שומר חנם הוא הוא פטור והבעלים חייבים ואם שומר שכר הוא או שואל הם חייבים והבעלים פטורין" וכתב הב"י דה"ה ביאר דס"ל דהא דבעלים חייבים כשמרוהו שמירה מעולה הוא בנזק קרן בלבד ר"ל בדברים שהיא תמה להם שבהן הבעלים חייבים אפילו בשמירה מעולה אבל בנזקי שן ורגל אפילו הבעלים פטורים וזהו דין הכונס, ובדרכ"מ כתב דצ"ע דהא בשמירה מעולה אפילו תם פטור (וראה לקמן בסמ"ע) וא"כ יפה כתב הטור דהא בשמירה מעולה אפילו בעלים פטורים מיהו דעת רש"י תוס' ורשב"א כרמב"ם.

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם ע"פ הנ"ל וגמרות נוספות "מסרו לאחד מארבעה שומרים, מסתמא קבל עליו שלא יזיק ושלא יוזק, והני מילי בשור סתם, אבל אם מכיר בו שהוא נגחן, אינו מקבל עליו אלא שלא יזיק, אבל לא שלא יוזק, (משנה שם -) ואם לא שמרוהו כלל, ויצא והזיק, נכנסו תחת הבעלים וחייבים לשלם תם חצי נזק ומועד נזק שלם, והבעלים פטורים (מ. -) ואם אחר שהזיק התם ברשותו אומרים לבעלים הרי שלך לפניך לא אמר כלום, שהרי בית דין לוקחים אותו להשתלם מגופו (רמב"ם וה"ה וכנ"ל -) ואם שמרוהו כראוי שמירה מעולה, השומרים פטורים (ר"ל אפילו השואל, דאע"ג

דהשואל חייב באונסין, היינו דוקא אם הוזקה הבהמה שהוא שומר עליה, ולא לענין אם יצאתה והזיקה, סמ"ע, ומבואר בב"י דזה דעת הרמב"ם ודלא כרשב"א המחייב והבעלים חייבים בנזק קרן בלבד שהיא תמה, אבל בנזק שן ורגל גם הבעלים פטורים, ואם שמרוהו שמירה פחותה, אם שומר חנם הוא פטור, ואם שומר שכר (נו: -) או שוכר או שואל הוא חייבים".

עמשי"כ המחבר ע"פ הרמב"ם בסיפא ואם שמרוהו כראוי וכו' כתב הסמ"ע (יח) דנקט כרב המגיד דהרמב"ם מיירי בנזקי קרן וכתב הב"י דבזה מיושבת תמיהת הטור, אך זה אינו, דגם בהזק קרן אינם הבעלים חייב אלא בשמירה פחותה ולא בשמירה מעולה וכמ"ש המחבר בריש סימן זה כרמב"ם, ובכס"מ הביא שחכמי לונ"ל הקשו ג"כ קושיית הטור לרמב"ם והשיב בעצמו שטעות סופר היא בספרים וכצ"ל אבל אם שמרו בו שמירה מעולה ויצתה והזיקה השומרים פטורים, שמרוהו שמירה פחותה, אם שומר חנם הוא פטור והבעלים חייבים, ואם שומר שכר או שוכר או שואל חייבים, והאריך הסמ"ע שטעות זו ניכר מתוך נוסח ספרי הרמב"ם שבידינו, וגם בדברי ה"ה ישנה טעות בהדפסה, ויש לתמוה שתפס המחבר לשון ה"ה כאשר הוא נדפס בטעות והוא סותר למשי"כ בריש סימן זה.

סעיף ט

שומר שנתן בהמתו לשומר אחר לשמור והזיקה אחרים מי חייב הבעלים השומר הראשון

או השני?

ע"פ משנה נה: וגמ' נו: וע"פ המבואר בסימן רצא/כו פסק בשו"ע "מסרו השומר לשומר אחר והזיק חייב, ששומר שמסר לשומר חייב, אפילו שומר חנם שמסר לשומר שכר, ואם הזיק, חייב השומר הראשון לשלם לניזק, וילך לעשות דין עם השומר השני, ואם מסרה שומר ראשון לבנו או לבן ביתו או למסעדו, נכנסו תחת השומר, וחייבים".

כתב הסמ"ע (כא) דמשי"כ דחייב השומר הראשון וילך וכו', דמ"מ אם ירצה הניזק יעשה דין עם השני, אלא שקאמר שגם דינו עם הראשון, דהוי ליה פשיעה גביה שמסרו לשני דיכולין הבעלים לומר אתה נאמן עלי בשבועה ולא האחר, ולא דמי לבעל השור שמוסר בהמתו להשומר דהשומר חייב וכסע' קודם, דשם ברשות נתנו לשומר.

< סע' י: כתב השו"ע "אם הזיק שורו של שואל לשורו של משאיל או איפכא, נתבאר בסימן שמ"ז".

סימן שיצו - מי שבהמתו רגילה ליכנס לתוך שדה חבירו ובהמת הקצבים שמזקת

סעיף א

האם בנזקי שן בהמות בעל הבהמה יכול לטעון "למה לא גדרת שדותיך", או שבעל השדה

יטען "למה לא שמרת את בהמתך"?

ב"ק כג: "הנהו עיזי דבי תרבו דהוו מפסדי לרב יוסף א"ל לאביי זיל אימא למרייהו דליצנעניהו אמר ליה אמאי איזיל דאי אזילנא אמרי לי לגדור מר גדירא בארעיה", וכתבו התוס' דאשתמוטי הוא משתמיט אביי שלא היה חפץ לילך דהא תנן (י"ט ע"ב) אכלה מתוך החנות משלם מה שהזיקה ולא אמרינן שהיה לו לנעול חנותו, וכ"פ הרי"ף והרמב"ם, וכתב הנ"י שכן פסקו כל המפרשים דאשינויי לא סמכינן ועוד דאביי בההיא שעתא תלמיד לפני רבו הוה, אולם דעת ר"ח דהלכה כאביי שיכול בעל הבהמה לומר לבעל השדה גזור שדך ואם לא גדרה והזיקתו פטור והוסיף דמדובר בסוגיה (ליישב המשנה הנ"ל) בשדה לפי שמתפשטין לרעות ואין הרועה יכול לשמור כולם שלא יכנסו בשדות אבל בעיר אם נכנסה לחצר הניזק והזיקה חייב שאין אדם יכול לנעול ביתו ועל הרועה מוטל לשמור הבהמה כשמוליכה בעיר שלא תכנס לבית הניזק, וכתב הטור דכ"ד הרא"ש, ואילו הב"י כתב דאין הכרע בדברי הרא"ש (כי הביא ב' הסברות, דרכ"מ).

וז"ל **השו"ע** דלא כר"ח "מי שבהמתו רגילה ליכנס לשדה חבירו ומזיקתו, יכול בעל השדה להתרות בבעל הבהמה שישמור בהמתו, וצריך לשומרה {ואם לא שמרה והזיקה חייב לשלם היזקו (תוס')}, ואינו יכול לומר לו גדור שדך כדי שלא תכנס בו".

הסמ"ע (ב) ציין לדעת ר"ח והרא"ש (דלא כב"י) שחולקים על דין זה, ואכן **הש"ך** (א) **האר"ך** **דיש לפסוק** כר"ח שדבריו דברי קבלה, וכן דעת הלכות גדולות ראב"ן רא"ש ועוד, וכן משמע בש"ס, ומש"כ הבי"י שדעת הרמב"ם כתוס' אינו נמצא שם ואי כוונתו לכך שחייב לשלם כשהזיקה הבהמה בשדות אחרות אין ראייה דהא בקרא נמי כתיב ובער בשדה אחר ומוקמינן לה בש"ס כשגדר וחתרה או נפל בלילה, וגם מש"כ ב"י שאין בדברי הרא"ש הכרע דבריו תמוהין שהרי הרא"ש מביא במסקנתו דברי ר"ח ודוחה דברי התוס', **ומש"כ רש"ל להוכיח כתוס' דאם כר"ח למה סתם רועים גזלנים ופסולין לעדות** לפי שאינם נזהרים משדות אחרות ואי היה צריך לגדור כל אדם שדהו מסתמא כל השדות גדורים הם וא"כ איך נכנסים בשדות אחרים כי מה שהבהמה חתרה הגדר לא שכיח כו' וכן הלכה כרב יוסף דהוא רבו של אב"י ואין הלכה כתלמיד במקום הרב, **זה אינו**, דנהי דפטור כשהזיק מ"מ מסתמא כל השדות אינם גדורים ופוק חזי דאין דרך בני אדם לגדור שדותיהם דא"כ צריך לגדור כל העולם אלא אין חוששין להזיק בהמות דלא שכיח שיזיקו בהמות בשדות אחרות, ואיך רוצה להכריע נגד אב"י והלא אין בידו להכריע מה שנחלקו בו חכמי הש"ס ובע"כ גם אב"י מודה להא דסתם רועים פוסלים, ומש"כ התוס' דאב"י אשתמוטי קמשתמיט דוחק גדול הוא, וגם מש"כ רש"ל דאין הלכה כתלמיד במקום הרב לא נראה ואדרבא הא קי"ל דהלכה כבתראי מאב"י ורבא ואילך, ואולי כוון למש"כ הנ"י דאב"י נגד רב יוסף תלמיד היושב לפני רבו היה באותו מעשה, אבל גם זה לא נ"ל ואדרבא משמע מדשתיק ליה רב יוסף אודי ליה, ועוד דגרסינן שם (כג:): ואי גדר שן דחייב רחמנא היכא משכחת לה כו' משמע דסתמא דש"ס הוא דקפריך הכי דאי רב יוסף קאמר לה הל"ל 'אמר ליה' **ומשמע דסתמא דש"ס ס"ל כאב"י ומשני אליבא דאב"י כשחתרה או דנפל בלילה, ואפילו תימא דרב יוסף קאמר לה מ"מ משמע דקבל שינוי דאב"י שחתרה וכו' וכ"כ הראב"ן דשמעינן מהכא דשן דחייב רחמנא בשדה אחר לא מיחייב אלא כשחתרה או דנפל גודא בלילה אבל אי לא גדר ארעיה ונכנסה בהמה ואכלה פטור**.

כתב **הסמ"ע** (א) **דחכא לא יכול לשחטם** כבסעי' ב' דהתם מיירי בבהמות של קצבים שעומדות לשחיטה אלא שהקצבים רוצים להשהות עד יום השוק שיכולין למכור אז הבשר ביוקר, וקאמר דמשום היזקתן מקדימין שחיטתן אם לא ישגחו הקצבים בהתראה משא"כ כאן בסתם בהמות דאינן עומדות לשחיטה.

סעיף ב

שם (רש"י) "מכריו רב יוסף **הני עיזי דשוקא** (דקצבי דקיימי לשחיטה אלא דמשהי להו עד יומא דשוקא) דמפסדי (אפילו ברה"ר) מתרינן במרייהו תרי ותלת זימנין אי ציית ציית ואי לא אמרינן ליה תיב אמסחתא וקבל זוזך (אפילו ביומא דלאו דשוקא שחיט להו הואיל ולשחיטה קיימן)".

ברמב"ם משמע דכן הדין בכל הבהמות וז"ל "בהמה שהיתה רועה ונכנסה בשדה אחר אע"פ שעדיין לא הזיקה מתרין בבעליה שלש פעמים ויש רשות לבעל השדה לשחטה ואומר לבעלים בא ומכור הבשר שלך מפני שאסור לאדם להזיק ולשלם מה שהזיק ואפילו לגרום נזק אסור", אולם **הראב"ד** השיג על דבריו וכ"ד **התוס' רא"ש** ועוד דכתבו דוקא באותן העומדות לשחיטה אבל עז לחלבה ורחל לגיזתה לאו כל כמיניה אלא אי מפסדת משלם והביאו ראייה מעיזי דבי תרבו דא"ל דליצנעוניהו, וכן משמע **ברש"י**, וסיים **הבי"י** דלענין הלכה לדברי הרוב שומעין וכ"ש שהוא להקל על בעל הבהמה.

וז"ל **השו"ע** כפירוש רש"י "הקצבים שיש להם בהמות לשחוט ביום השוק, אם הם מזיקות אפילו ברשות הרבים, מתרים בבעלים שלשה פעמים שישמרום, ואם לא שמרום רשאי הניזק לשחטם שחיטה כשרה (אפילו ביומא דלאו דשוקא שחיט להו הואיל ולשחיטה קיימן, **באה"ג** בשם רש"י), ואומרים לבעלים בואו ומכרו הבשר שלכם".

כתב **הסמ"ע** (ד) דלא קאמר שצריכין שיזיקו ג' פעמים אלא אף שלא הזיקו אלא פעם אחת ואחר ההיזק התרו בבעלים ג' פעמים הרשות ביד הניזק לשחטם אם לא שמרם, ואף אם ישיב בעל הבהמה אם יהיה למי הזיק מבהמתי אשלמנה, לא משגחינן ביה דאין אדם רוצה להיות ניזק ולהטפל נפשו בתשלומין וגם ניחא לאדם בשלו.

כתב הפת"ש (א) דמבואר בחות יאיר דההתראה צריכה להיות בפני עדים וכרמ"א בסימן תט"ז, אבל מה שמזהיר הניזק למזיק בפה לא נקרא התראה דיכול לכפור או לומר לא חששתי לדבריד.

סימן שיצח - הכניס שורו לחצר חבירו שלא ברשות או נתן לו רשות להכניסו

סעיפים א - ד

ע"פ משנה מז. ומימרא דרבא מח. כתב השו"ע (א) הכניס שורו לחצר חבירו שלא ברשות, ונגחו שורו של בעל החצר, פטור, וכן אם הזיקו בעל החצר, פטור, שיכול לומר כיון שהכניסו שלא לדעת לא ידעתי בו עד ששגיתי בו, ומיהו אם הזיקו לדעת, חייב לשלם נזק שלם, שאע"פ שיש לו רשות להוציאו מרשותו, אין לו רשות להזיקו. (ב) (טור ופשוט -) הזיק שור הנכנס לבעל החצר או לשורו דינו כאילו הזיקו בר"ה, ומשלם תם חצי נזק ומועד נזק שלם. (ג) קלקל את החצר כגון שחפר בו בורות שיחין ומערות, בעל השור חייב בנזקי החצר, ובעל החצר חייב בנזקי הבור, מפני שהיה לו לסתמו (סמ"ע: והיינו דוקא בדהפקיר אח"כ רשותו שסביב הבור ולא הפקיר הבור, דאלי"כ הו"ל בור בחצר המזיק ויכול לומר לניזק אנת ברשותי מאי בעית, וכדמוכח בטוש"ע ת"ו או שהבור הוא ברשותו סמוך לרשות הרבים). (ד) (משנה מז: ובגמ' מח: -) נפל לבור שבחצר והבאיש את מימיו, אם הבאישם בשעת נפילה חייב בנזקי המים (שור תם חצי נזק ומועד נזק שלם כדין קרן, סמ"ע), ואם הבאישם אחר נפילה, פטור, שהרי נעשה כשאר תקלה שחשוב כבור, והמים חשובים ככלים, ובור פטור בנזקי כלים (סמ"ע: ולא אמרינן דבלא"ה פטור כיון דלא סילקו בעל החצר וכסי' תגג ו-ת"ד דעל הניזק לסלק דבר המזיק והמזיק ישלם לו הוצאתו וטרחתו, דשאני בסימן ת"י דמאחר שמשלם לו בעל השור הזיקו דחצירו שוב נקרא הוא בעל הבור כיון דהחצר היא שלו, וגם בסימן ת"ג התם הדין נותן שמשלם המזיק לניזק נזקו בנבילה אלא שצריך המזיק למסור הנבילה ליד הניזק בזה אמרו דלאחר שנודע לניזק מההיזק עליו להשתדל למכור הנבילה כדי שלא יפחות דמיה והמזיק ישלם לו טרחתו, משא"כ כאן דאין לבעל המים חלק בשור שנפל למימיו).

סעיף ה

פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "אם הכניסו ברשות בעל החצר פטור בעל השור (ראב"ד: "לא ידעתי למה פטור אלא בנגיחה ולא בהבאשת מימיו שהרי חצר השותפים היא ולא עוד אלא דלגבי מי הבור חצר הניזק היא שהרי יש רשות לבעל החצר בחצר לשוורים ולפירות ולזה אינו אלא לשוורים", וכתב ה"ה דמה חילוק בין נגיחה להבאשת המים דאי כחצר השותפין חשיב לה אף אנגיחה ליחייב דהא קרן ודאי בחצר השותפין מחייבת ואולי שהוא טעות סופר בהשגות וראוי להיות למה פטור לא בנגיחה ולא בהבאשת מימיו, ברם נראין דברי התוס' מ"ז דדעתם כרמב"ם וכך סובר רבי כשמכניס שורו ברשות הרי הוא כאילו מתנים בפירוש שיפטר כל אחד בנגיחת שורו ובשאר נזקין וכן עיקר) (כרבי במשנה מז: וכשמואל דפסק כוותיה וכ"פ הרי"ף -) ואם הזיק שור בעל החצר לשור הנכנס ברשות פטור, אלא אם כן קבל עליו בעל החצר שמירתו {וי"א (ר"י רא"ש ועוד כחכמים וכתב) דכיון דנתן לו רשות ליכנס הוי כאלו קבל עליו שמירתו, ודוקא בנזקין דאתו ליה מבעל החצר, אבל בנזקין דאתו ליה מעלמא, אינו חייב עד שיקבל עליו שמירתו (ש"ך: כתב רש"ל כגון שנכנסו שוורים לחצרו והזיקו לזה אבל אם יצא לחוץ והזיק חייב בעל החצר וה"ה אם חנק עצמו בחצר דחייב ואף אם יצא והזיק לאחרים חייב בעל החצר, ואף שאין משמעות הרמ"א כן, אעפ"כ כרש"ל עיקר) }.

סימן שיצט - פרה שהזיקה גובה מולדה ושור שנגח פרה מעוברת כיצד שמיין אותה

סעיף א

ע"פ מז. פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "פרה מעוברת שהזיקה גובה חצי נזק ממנה ומולדה (אע"פ שהיה תם ותם אינו משלם אלא מגופו) מפני שהוא כגופה, אפילו ליתא לפרה (סמ"ע: גם בדאיתא לפרה איכא חידוש הכא כגון אם הפרה אינה שוה כשיעור חצי נזק דהניזק), משתלם כל חצי נזק מהולד מפני שהוא

כגופה, אבל תרנגולת שהזיקה אינו גובה מביצתה, מפני שהביצה אינה מגופה, אלא מובדלת ומופרשת {מיהו אם הביצה אגודה עדיין בגופה, י"א (קצת מפרשים) דגובין ממנה (ה"ה), ואולי לזה כתב הרמב"ם מובדלת ומופרשת ממנה}."

סעיפים ב – ג

ע"פ משנה מו. כחכמים ודלא כסומכוס דחולקים (כלומר משתלם חצי נזק מן הפרה ורביע מן הולד) פסק בשו"ע "פרה מעוברת שנגחה, ונמצא עוברת בצידה, ואין ידוע אם קודם נגיחה ילדה ואז אין להשתלם מהולד, או לאחר נגיחה ילדה ויש להשתלם מהולד, ואין הפרה לפנינו (וה"ה אם היא לפנינו ואינה שוה דמי חצי נזק דהניזק, טור וסמ"ע), המוציא מחבירו עליו הראיה ולא יטול מהולד. (ג) וכן שור שנגח את הפרה ונמצא עוברת מת בצדה, ואין ידוע אם מחמת נגיחה הפילה או אם הפילה קודם, המוציא מחבירו עליו הראיה. ואפילו שהניזק טוען ברי והמזיק טוען שמא, (ב"מ ק. -) ואפילו שאין המזיק מוחזק, כגון שעומדת באגס, פטור, ואפילו משבועה (דלא רמינן שבועה אנתבע אלא כי היכי דלודי אבל הכא תשלום תם קנסא הוא ואי מודה מיפטר אכפירה נמי לא מיחייב שבועה, טור) {מיהו אם תפס הניזק נאמן (היכא דהמזיק טוען ג"כ ברי או שהניזק אומר ברי לי שאתה יודע השבע לי שאין אתה יודע, טור וסמ"ע), אם יש לו מיגו דלא היו דברים מעולם (רא"ש, כגון תפיס בלא סהדי, ונאמן במגו דלא היו דברים מעולם, דלא כרמ"ה דאפילו תפס בלא סהדי לא מהני דאפילו מהימנין ליה מטעם מגו אינו כלום דכיון שהוא קנס לא שייך ביה חיובא אלא בעדים)}."

כתב הש"ך (ב) ע"פ התוס' (ב"ק מו.) דהא דפטור משבועה הוא אף שידוע ונתחייב במקצת ע"פ עדים שראו הנגיחה ולא הוי על השאר מחויב שבועה ואינו יכול ליטבע משלם בקנס והביא בשם ההג' אשר"י דהטעם דלא הוי ליה לידע [ועיי"ש בתוס' כמה ביאורים בזה], והוסיף הש"ך דמטעם הילך לא מיפטר דאע"ג דכתב בס"י פ"ז ופ"ח דהילך הוי בדבר שהוא בעין אפילו הוא בביתו של נפקד, היינו דוקא בדבר שהוא של התובע מיד לגמרי והלכך כל היכא דאיתיה ברשותא דמאריה איתיה משא"כ בשור תם דצריך שומא א"כ לאו הילך הוא.

ביאר הש"ך (ג) בדעת הרא"ש שהביא הרמ"א דאע"ג דמודה בקנס פטור נראה דכיון דהיכא דאית ליה מגו נאמן בכל דוכתי אלמא דתפיסתו בלא עדים חשיב ליה כאלו הביא עדים שכדבריו כן הוא דאלי"כ איך יהא נאמן וא"כ זה דמודה ה"ל כמודה אחר שבאו עדים ולפ"ז גם לרא"ש לא מהני כשתפס ויש לו מגו אלא כשתפס קודם שהודה וה"ה בזמן הזה דליכא מומחין ולא חשובה הודאה וכדעת הרמב"ן והרא"ש בסימן א' וא"כ בכל ענין מהני תפיסה בקנס אם יש מגו. בדגו"מ (פת"ש א) תמה על הש"ך כיון דלדבריו התפיסה היא כעדים א"כ אפילו הודה מתחילה הו"ל מודה בקנס ואח"כ באו עדים, וכיון דבהודאתו לא חייב עצמו כלל א"כ חייב אח"כ ע"י העדים, וכ"כ רש"ל דבכל קנס אפילו לא חייב עצמו בכלום ואח"כ באו עדים פטור חוץ מהודאה של טביחה.

עמש"כ המחבר (ג) דאפילו אין המזיק מוחזק, כתב רע"א דאף לפמ"ש"כ בסימן רכ"ג בשם הראב"ד דלגבי חזקת מרא קמא אמרינן ברי ושמא ברי עדיף, י"ל דהכא מודה כיון דהוי ברי גרוע ושמא גרוע.

סעיף ד

ע"פ מימרא דרבא מ"ז. וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "נגח פרה מעוברת והפילה, אין שמין פחת פרה בפני עצמה ופחת הולד בפני עצמו, אלא שמין כמה היתה הפרה שוה כשהיתה מעוברת ובריאה (קמ"ל שמה שפחתה היא אף בשומנה ופחותה בנפח מלבד נזק הולד כבסע' ה', באה"ג בשם ה"ה), וכמה היא שוה עכשיו היא והנפל שלה, ומשלם הפחת, או חציו אם היה תם."

סעיף ה

ע"פ מ"ז. וכרב אחא בריה דרב איקא דאיפסקא הלכתא כוותיה פסק בשו"ע "היתה הפרה לאחד והולד לאחר, הרי פחת השומן שפחת גוף הפרה לבעל הפרה, ופחת הנפח {דהיינו מה שהיתה נראית תחילה יותר גדולה (רש"י וטור)} חולקים אותו בעל הפרה עם בעל הולד, והנפל של בעל הולד."

סימן ת - שור שהיה רודף אחר חבירו או שנים רודפים או שנים נרדפים

סעיף א

ע"פ משנה לה. וכחכמים במו. דלא כסומכוס פסק בשו"ע "שור שהיה רודף אחר שור אחר והוזק, זה אומר שורך הזיק, וזה אומר לא כי אלא בסלע לכה (ואע"פ שנלקה ע"י רדיפת שורו אחריו לא הוי אלא גרמא בנזקין, סמ"ע), המוציא מחבירו עליו הראיה, אפילו ניזק טוען ברי ומזיק טוען שמא. (רמב"ם, וכתב הב"י דדברים פשוטים הם ע"פ סי' ע"ה ופ"ז שאין נשבעין היסת אלא על טענת ודאי ועל דבר שאם היה מודה היה מתחייב ממון -) ואם טען הנזק אתה יודע שורך הזיק (אבל כשאינו טוען כן א"צ לישיבע היסת שהרי הנזק עצמו מודה שלא היה שם וא"כ ודאי אין המזיק יודע, ש"ך ב), נשבע היסת שאינו יודע, בד"א, במועד אבל בתם פטור אף בהיסת, שהרי אם הודה היה פטור, הואיל והוא קנס (וכמו שנתבאר בסימן שצט"ג).

כתב הש"ך (א) דמשמע מדברי הרמב"ם והטוש"ע דאפילו במועד דינא הכי דהמוציא מחבירו וכו' אפילו בניזק טוען ברי, אולם הרש"ל כתב דבמועד שרדף חייב כשניזק טוען ברי ומזיק שמא מאחר דרב הונא ורב יהודה (צז:) מחייבים בברי ושמא, ואין דבריו נכונים דכיון דקי"ל (עה/ט) דלא כרב הונא ורב יהודה אלא מוקמינן ממונא בחזקת מאריה א"כ בכל ענין המע"ה.

סעיף ב

ע"פ משנה לה. פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "היו שנים רודפים אחר אחד, והרי עדים שאחד מהם הזיק (מוכרח דאלי"כ לא הוי מצי למתני אם היו של איש אחד חייב, באה"ג), ואינם יודעים איזה משניהם, זה אמר שורך הזיק, וזה אמר שורך הזיק, שניהם פטורים, ואם היו של איש אחד, חייב לשלם מגוף הפחות שבשניהם, ואם היו מועדים, משלם נזק שלם מנכסיו. (כאוקימתא בלו. כרבי עקיבא דמוקי להא דקתני אם היו של אחד שניהם חייבים בתמים וכרבי עקיבא דאמר שותפי ניהו וטעמא דאיתנהו לתרווייהו דלא מצי מדחי ליה אבל ליתנהו לתרווייהו כגון שמת או ברח אחד מהם מצי אמר ליה אייתי ראייה דהאי תורא אזקך ואשלם לך - וכפירוש רש"י רמב"ם ועוד -) בד"א, ששני השוורים עומדים, אבל אם מת אחד מהם או אבד, והיה אחד מהם תם, אעפ"י שהם של איש אחד, פטור, שהרי אומר לו הבא ראייה שזה העומד הוא שהזיק ואשלם לך (דלא כפירוש הר"י ברצלונני דמצי לדחויי שאומר טול מזה מה שראוי לך כלומר רביע נזקך או שתביא ראייה שזה המצוי הוא שהזיקך)".

כתב הסמ"ע (ה) דנראה דאם זה העומד הוא תם והמועד מת או נאבד, דגובה חצי נזק מזה התם העומד ממ"נ, דאם הוא נגחו הרי בדין גובה מגוף המזיק חצי נזק, ואם זה שמת נגחו הרי היה מועד וחייבים בעליו לשלם מנכסיו, וזה שור תם העומד בכלל נכסיו דבעל השור המועד שמת הוא, אלא איירי המחבר שזה העומד הוא מועד, א"נ אינם ניכרים איזה מועד ואיזה תם.

סעיף ג

שני שוורים גדול וקטן שרדפו אחרי שור, ואחד מהם הזיק אותו, הנזק אומר הגדול הזיק והמזיק אומר הקטן הזיק, באילו מקרים חייב שבועה או ממון? ומה הדין בתפס?

משנה לה: בסיפא "היה אחד גדול ואחד קטן הנזק אומר גדול הזיק והמזיק אומר לא כי אלא קטן הזיק אחד תם ואחד מועד הנזק אומר מועד הזיק והמזיק אומר לא כי אלא תם הזיק המוציא מחבירו עליו הראיה" ובגמ' "גמ' אמר רבי חייא בר אבא זאת אומרת חלוקים עליו חביריו על סומכוס דאמר ממון המוטל בספק חולקין. א"ל ר' אבא בר ממל לר' חייא בר אבא אמר סומכוס אפילו ברי וברי א"ל אין אמר סומכוס אפילו ברי וברי וממאי דמתני' בברי וברי הוא דקתני זה אומר שורך הזיק וזה אומר לא כי (אלא סלה לכה). מתקיף לה רב פפא מדרישא ברי וברי סיפא נמי ברי וברי אימא סיפא היה אחד גדול ואחד קטן... הא לא מיייתי ראייה שקיל כדאמר מזיק נימא תהוי תיובתא דרבה בר נתן דאמר טענו חטים והודה לו בשעורים פטור? אלא בברי ושמא דקאמר ברי מאן דקאמר שמא מאן? אי נימא דקאמר ניזק ברי וקאמר מזיק שמא אכתי לימא תהוי תיובתא דרבה בר נתן אלא דקאמר ניזק שמא וקאמר מזיק ברי ומדסיפא ניזק שמא ומזיק ברי רישא נמי ניזק שמא ומזיק ברי ואמר סומכוס

אפי' בהא דאיצטריך לאשמועינן דלא - לא, סיפא ניזק שמא ומזיק ברי רישא ניזק ברי ומזיק שמא והא לא דמיא רישא לסיפא אמרי ברי ושמא שמא וברי חד מילתא היא ברי וברי שמא וברי תרי מילי נינהו. גופא אמר רבה בר נתן טענו חטיין והודה לו בשעורין פטור מאי קמ"ל תנינא טענו חטיין והודה לו בשעורין פטור אי מהתם הוה אמינא פטור מדמי חטיין וחייב בדמי שעורין קמ"ל דפטור לגמרי תנן היו הניזקין שנים אחד גדול ואחד קטן וכו' הא לא מייתי ראייה שקיל כדקאמר מזיק אמאי חטים ושעורים נינהו ראוי ליטול ואין לו והתניא הרי זה משתלם על הקטן מן הגדול ולגדול מן הקטן דתפס תנן היה אחד תם ואחד מועד הניזק אומר מועד הזיק את הגדול ותם את הקטן והמזיק אומר לא כי אלא תם את הגדול ומועד את הקטן המוציא מחבירו עליו הראיה הא לא מייתי ראייה שקיל כדקאמר מזיק ואמאי חטיין ושעורין נינהו, ראוי ליטול ואין לו והתניא הרי זה משתלם לקטן מן המועד ולגדול מן התם דתפס".

כלשון הרמב"ם (ט; ט-י) פסק בשו"ע¹ "היו שני השוורים הרודפים אחד גדול ואחד קטן, הניזק אומר הגדול הזיק והמזיק אומר קטן הזיק, היה אחד תם ואחד מועד, הניזק אומר מועד הזיק והמזיק אומר תם הזיק, המוציא מחבירו עליו הראיה (ה"ה): שאם לא הביא הניזק ראייה הרי המזיק פטור לגמרי וכסעי' ב' שהרי הוא דומה לחטיין ושעורין ולא עוד אלא כיון שאינו מודה אלא בתם אם אין שם עדים הרי הוא מודה בקנס ופטור ואנן קי"ל פלגא ניזקא קנסא). [גירסת הסמ"ע ולשון הרמב"ם - ² לא היה שם ראייה ברורה שזה הזיק, אלא עדים מעידים שאחד משני אלו הזיק, משלם המזיק כמו שאומר (ה"ה): דין זה נכון שאינו דומה לדין חטיין ושעורים שלפנינו שהרי יש כאן עדים] (סמ"ע - כתב הטור: דבריו נכונים אם אין הניזק מברר דבריו לומר ודאי זה שהזיקני אבל אם טוען ברי לי שזה הזיקני אז הוא מודה שהאחר לא הזיקו, לפיכך אם אין לו עדים אינו נוטל כלום, דמזה שאומר שהזיקו אינו נוטל שהרי המזיק מכחישו וגם לא מהשני שהרי הודה לו שאינו הזיקו, ודומה לטוענו חטיין והודה לו בשעורים, אמנם מהרמב"ם משמע שנוטל כדברי המזיק אף שבירר הניזק דבריו, וזהו תימה, ודעת הרא"ש דאפילו תפס לא מהני וכדלקמן) ³ ואם טען הניזק אתה יודע ודאי שזה הזיק בפניך הרי המזיק משלם מה שהודה ונשבע שבועת התורה על השאר (ראב"ד: קאי על תם ומועד. טור: ר"ל דוקא בתם ומועד שהחייב הוא על נכסיו חשיב הכל תביעה אחת הילכך הוי הודאה במקצת אבל אחד גדול ואחד קטן ששניהם תמים שהחייב הוא על גוף השוורים כל אחד חשוב תביעה בפני עצמו ואין כאן מודה מקצת, וה"ה כתב על הראב"ד דיש לחלוק שאפילו בששניהם תמים כיון שיש שם עדים חייב שבועת התורה, ולדעת הרא"ש לקמן אין כאן שבועה כלל וסיים צ"ע) {וי"א (רא"ש) דאין כאן שבועה כלל (אפילו כשאחד הוא תם ואחד מועד, סמ"ע וש"ך, ודלא כב"ח דתם ומועד מודה דנשבע ש"ד), דהוי ליה כטענו חטיין והודה לו בשעורים דפטור אף במה שהודה, ואפילו תפס מפקינן מיניה (וכ"ש תשלומין מה שהודה ²) אלא פטור מתרווייהו בכלל, סמ"ע, ובש"ך ח' פסק דלא כרא"ש אלא דהיכא דאיכא עדים משלם הפחות שבשניהם וכן תפיסה מהני ליטול כדקאמר מזיק אפילו ליכא עדים). (עמשי"כ הרמב"ם 'לא היה שם ראייה ברורה שזה הזיק, אלא עדים מעידים שאחד משני אלו הזיק משלם המזיק כמו שאומר' -) ודוקא טען הניזק ברי, אבל אם טוען שמא, משלם המזיק כמו שהוא טוען (רא"ש) {".

הסמ"ע (ו) הביא את ביאור ה"ה מהשגת הטור ⁽²⁾ על הרמב"ם דס"ל לרמב"ם דלא הוה כטוענו חטיים והודה לו בשעורים כיון שיש עכ"פ עדים שאחד משווריו נגחו ויש לניזק ממ"נ ממון אצל בעל השוורים המזיק, משא"כ בטוענו חטיים דמיירי דאין שם עדים כלל, ומשו"ה נמי כתב דנשבע שבועה דאורייתא על השאר דהא ה"ל מודה מקצת על הממון שחייב לו ע"פ העדים עכ"פ, ואפשר דהרא"ש והטור לא ס"ל האי חילוק דעדים בענין זה כיון דהעדים אינם מבררים דבריהם איזה נגח לזה ואיזה לזה. הש"ך (יב) הסכים עם הסמ"ע דמיירי דהניזק טוען ברי, והאריך לדחות מש"כ גידולי התרומה ברמב"ם דהא משלם המזיק כמו שאומר היינו כשהניזק טוען שמא דאם הניזק טוען ברי פטור לגמרי אפילו יש עדים דה"ל כטוענו בחטים והודה לו בשעורים.

הש"ך (ה) האריך לדון במש"כ הרמב"ם והראב"ד ⁽³⁾ דנשבע ש"ד, דצ"ע דהא טוענו מועד ונתחייב בתם ומין אחר הוא וכתב הטור דכשתובעו על המועד גם שור תם בכלל נכסיו, וגם זה קשה דאטו מי שיתבע את אחד שהלוה לו מנה ויודה לו בכלי שוה נ"י או יתחייב לו כלי שוה נ"י ע"פ עדים יתחייב ש"ד על השאר הא ודאי פטור כיון דמין אחר הוא, אלא י"ל דכיון שמודה לו דבר שאינו משתלם אלא מגופו ואילו נאבד אינו חייב לו ש"מ דמשטה הוא בו ויכול לחזור בו והיינו הך שכתב הנ"י והמחבר בסימן פח"ג דהיכא דהודה לו כלי שאינו משתלם אלא מגופו פטור אלא דהיכא דהוא עומד בהודאתו או איכא עדים הוי מודה מקצת ממש וחייב ש"ד. עוד כתב (ו) לחלוק על ביאור הטור וה"ה בראב"ד, דאין כוונתו כמש"כ,

אלא ר"ל דאיתם ומועד קא"י ר"ל דאי בשני תמין לא שייכא שבועה כלל משום מודה בקנס פטור, וגם חלק עמשי"כ ה"ה 'דיש לחלוק שאפילו בששניהם תמיים' וכו' (לעיל), דאיך אפשר לחייב שבועה כלל דהא קנס הוא.

עוד כתב הש"ך (ז) גבי המקרה דחייב ש"ד⁽³⁾ דהא דאם הוא בעין מבואר בסי"י פ"ז ופ"ח דדבר שהוא בעין ה"ל הילך אפילו הוא בביתו של הנתבע, היינו היכא שהוא של התובע מיד כגון בפקדון וכה"ג דכל היכא דאיתא ברשותיה דמארי איתיה, משא"כ הכא כיון דצריך שומא לא ה"ל הילך והכי מוכח בתוס' שצויינו בסימן שצט"ג.

סעיף ד

היו הניזקים שני שוורים גדול וקטן, והצדדים נחלקים האם הגדול הזיק את הגדול והקטן את הקטן או להיפך, באילו מקרים משלם או נשבע המזיק? וכן מה הדין בתפס?

ע"פ המשך המשנה שם ובגמ' פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "היו הניזקים שנים, אחד גדול ואחד קטן, והמזיקים שנים אי גדול ואי קטן, הניזק אומר גדול הזיק את הגדול וקטן את הקטן, והמזיק אומר לא כי אלא הקטן הזיק את הגדול וגדול הזיק את הקטן, או שהיה אחד תם ואחד מועד, הניזק אומר מועד הזיק את הגדול ותם את הקטן, והמזיק אומר תם הזיק את הגדול ומועד את הקטן, המוציא מחבירו עליו הראיה, (גמ' -) ואם לא הביא ראיה ברורה (ברורה' לשון הרמב"ם) פטור המזיק (כתב ה"ה דאין לומר דכוונת הרמב"ם שאין שם ראיה ברורה איזה מהם הזיק אבל יש שם עדים שהזיקו שא"כ היאך יאמר פטור שהרי למעלה אמר בכיוצא בזה משלם המזיק כמו שאמר, דכל שיש שם עדים אינו דומה לחטים ושעורים כמ"ש למעלה, אלא ודאי כוונתו שאין שם עדים כלל והמזיק פטור בתמין מדינא דמודה בקנס פטור ובא' תם ובא' מועד כדן טענו חטים וכו', וראה לקמן בסמ"ע), שהרי זה כטענו לו חטים והודה לו בשעורים (הוצרך לזה במועד אבל בתמין בלאו הכי פטור משום מודה בקנס, ש"ך ע"פ ה"ה) שהוא נשבע היסת ופטור אף מדמי שעורים (ראה מקום הגהת שתובא לקמן), ואם תפס הניזק ה"ז משלם לקטן מהגדול ולגדול מהקטן כמו שהודה המזיק (ה"ה-באה"ג: מיירי בגמ' בששניהם תמין ואע"פ שהמודה בקנס פטור ביאר הראב"ד דפלגא נזקא שאני משאר קנסות שאם תפס אין מוציאין מידו, והש"ך סק"ג חלק בשם נ"י דאין לחלק פלגא נזקא משאר קנסות דלמ"ד פלגא נזקא קנסא דק"ל כותיה לא מהני עד דאיכא סהדי אבל אי ליכא סהדי אפילו כדקאמר מזיק לא שקיל דלא מהניא תפיסה אלא בממונא דאי הוה מודה ביה נתבע הוי מחוייב אבל בקנסא דרחמנא פטריה אפילו תפיסה בלא עדים ליכא מגו). (רא"ש -) ואפילו תפס בעדים, נוטל כמו שאמר המזיק אבל אינו נוטל כפי דבריו, ודוקא תפס קודם שבא לבית דין, אבל לאחר שבא לבית דין לא מהניא ליה תפיסה, אפילו ליטול כדברי המזיק".

כתב הרמ"א על הרישא דמחבר (לפני מש"כ 'ואם תפס הניזק' וכו') "זו היא סברת י"א שכתבתי בסמוך, אבל יש מחלקים דאם היו כאן עדים שאומרים אחד מהן הזיק אלא שאינו יודעין איזה הוא, משלם כמו שאמר מזיק, ולא מקרי כהאי גוונא טענו חטין והודה לו בשעורים, וכסברא הראשונה שכתב המחבר שמקרי הודאה וכמו שנתבאר".

ביאר הסמ"ע (ט) דברי המחבר דהא דמשלם ברישא היינו דוקא כשתפס בעדים וכדמסיק, דאין מיגו לניזק, אבל אם תפס בלא עדים גובה לגדול מהגדול כמו שאומר הניזק וכרמ"א בסימן שצט"ג כדעת הרא"ש, ובסיפא דכתב דמהני תפיסתו לא תימא דזהו דוקא בתפס בלא עדים אלא אף אם תפס בעדים הדין כן, ואח"כ מסיק וכתב דמיהו בהא דתפס בעדים אינו נוטל כפי דבריו.

הש"ך (י) כתב דמשמע מהרמב"ם והמחבר דאפילו בבבא דמועד הזיק את הקטן אם אין עדים על הנגיחה פטור לגמרי, אבל הסכים עם הנ"י דבזה אפילו בדליכא סהדי משלם דמועד משלם נזק שלם מן העליה וממונא הוא הילכך משלם ע"פ עצמו, ואי תימא ואפילו כי מודה הודאה גמורה אמאי חייב והלא טענו חטים והודה לו בשעורים היא שהניזק טוען נזקי גדול ומזיק מודה לו בנזקי קטן וי"ל דליתא דכיון דניזק טוענו נזקי גדול מן העליה ומזיק מודה לו בנזקי קטן מן העליה ה"ל כטוענו דמי דעבד גדול והלה מודה לו בדמי כסות דעבד קטן, והאריך להוכיח כן בשקלא וטריא בגמ'.

על דברי הרמ"א תמה הסמ"ע (ו) דהא מש"כ המחבר הן דברי הרמב"ם עצמו בעל הסברא החולק עם היש אומרים דסעי' ג', וכתב דצריך לדחוק דהיה קשה לו על המחבר שהעתיק דברי הרמב"ם ג"כ מה

שכתב ואם לא הביא ראיה ברורה כו', דמשמע דמיירי דאף אם יש קצת ראיה והיינו דיש עדים שהזיק אחד מהן אלא שאינן יודעין איזהו, ע"ז מתמה וכתב הלא זו היא דעת יש אומרים הנ"ל ולא ה"ל למחבר לסתום, ומסיק אבל יש מחלקים, ור"ל דס"ל לאותן יש אומרים דהוא הרב המגיד דאין שום דקדוק במה שכתב ראיה ברורה, אלא מיירי באין עדים כלל דאם היו כאן עדים ושכן היא דעת המחבר.

סימן תא – שור שנגח וחזר ונגח ואם תפס ניזק וחזר ונגח

סעיף א

ע"פ משנה לו. ומבואר בגמ' דאתיא כר' עקיבא דאמר שותפי נינהו המזיק והניזק בשור תם שהזיק וכן קיי"ל פסק בשו"ע "שור שנגח וחזר ונגח שור אחר", הרי הניזק הראשון והבעלים כשותפים בו, כיצד, שור שוה ק"ק שנגח שור שוה ק"ק, ואין הנבלה יפה כלום, הניזק נוטל ק' ובעל השור ק'. חזר ונגח שור אחר שוה ק"ק, ואין הנבלה יפה כלום, האחרון נוטל מאה והניזק שלפניו עם הבעלים נוטלים חמשים חמשים זוז. חזר ונגח שור שוה מאתים ואין הנבלה יפה כלום, האחרון נוטל מאה, והניזק שלפניו חמשים, והניזק הראשון עם הבעלים כ"ה כ"ה, וכן על דרך זה חולקים והולכים".

כתב הש"ך (א) בשם התוס' דהיינו כשיש בידו להביא עדים לאלתר ולזכות בו אבל כשאין בידו להביא עדים לאלתר לא הוי שותף וראשון ראשון נשכר.

עוד כתב הש"ך (ב) ע"פ דף ל"ג והרא" דלפי דקיי"ל דשותפי נינהו אם הקדיש הניזק עד שלא עמד בדין מוקדש וכן אם מכרו הניזק וכן אין המזיק יכול לסלק את הניזק במעות אלא נוטל את השור עצמו.

סעיף ב

פירש רש"י דלרבי עקיבא נמי אי תפס ניזק נעשה עליו שומר לנזקין והפסיד חלקו וניזקין אחרים לא הפסידו כיון שלא פשע בשמירתו, וכ"פ הרי"ף והרמב"ם וכ"פ בשו"ע "ניזק שתפס בהמה שהזיקה, לגבות חצי נזקו מגופה, נעשה עליה שומר שכר לנזיקים, ואם יצאת והזיקה, הניזק הראשון חייב בנזקה והבעלים פטורים, כיצד, שור שוה ק"ק שנגח והפסיד ק"ק, ותפסו הניזק לגבות ממנו ק', וחזר ונגח והפסיד ק"מ, הרי הניזק האחרון משתלם ע', והניזק הראשון שתפסו משתלם מותר נזקו והוא ל', והבעלים ק' וכן כל כיוצא בזה" והרמ"א פסק כתוס' והרא"ש "וי"א דאין חילוק בין אם תפסו או לא תפסו, בכל ענין הניזק אינו מפסיד אלא חצי והבעלים חצי (כיון דקיי"ל דניזק ובעלים נעשים שותפין בו ואם כיחש או נשבח הוא ברשות שניהן, לא נעשה שומר אלא מחלקו, דעל כל אחד מוטל לשמור חלקו, והוי כמו חפץ שהוא של שניהם שלפעמים זה שומרו ולפעמים זה שומרו ולעולם אחריותו על שניהם)".

כתב הש"ך (ג) בשם התוס' דפעמים שהרביעי אין לו כלום ושלישי יש לו כגון שזקיק ד' וה' שוים וזקיק ג' יתרים ואפילו חמישי נמי פעמים שאין לו כל נזקו אם נזקו יתרים על של ד' שאינו נוטל אלא חלקו של ד', ויישב דבריהם מקושיית המהרש"א, וראה גם בקצות (א).

הש"ך (ד) כתב דהלכה כתוס' והרמ"א דכן ס"ל הרז"ה הרמ"ה ועוד, מיהו במועד לכ"ע נעשה שומר דהא מוכח בש"ס דע"כ לא פליג ר"ע עליה דר' ישמעאל אלא משום דס"ל כיון דמשתלם מגופו שותפי נינהו וכ"פ הרז"ה, ועוד כתב דנראה דבמועד שתפסו חייב אפילו באונסין ואע"ג דבש"ס אמרינן נעשה כש"ש לנזקיו היינו בתם דמשתלם מגופו אבל במועד שמשלם מן העליה אי"כ ה"ל התפיסה ממש כתופס משכון שלא ברשות ב"ד דכתב בסימן ע"ב דחייב לכ"ע אף באונסים, עיי"ש שגם האריך במש"כ הרז"ה והני" דמהא שמעינן דמאן דתפיס מחבריה מידי למגבי מיניה חובו נעשה עליו שומר שכר.

כתב הסמ"ע (ג) דהטור בסימן קע"ו כתב דהשותפין ש"ש הן שאם נגנב או נאבד מהשותפין ברשות אחד מהן חייב באחריות בד"א בזמן שכל אחד ואחד מתעסק בשותפות זמן ידוע ונגנב לו בזמן שמתעסק בו, וכתב הסמ"ע דיש לחלק ביניהן דלא נעשה שומר עליו אלא שלא יתאבד חלק הבעלים שהן שותפין ולא לענין שמירה דנזקין דעלמא, אולם הש"ך (ה) האריך לחלוק וכי היכי בשור של שותפים שהיה ברשות א' מהן והזיק אין השותף חייב על חלק חבירו וגם בזה שתפסו אם נאבד אצלו חייב לשלם חלק הבעלים לפי סברתו דמחלק בין ניזקין לאבידה ואין טעם כלל לחלק בכך וגם בש"ס ופוסקים לא משמע כן, אלא

דשאני הכא כיון שאינו מחויב לשמור א"כ אינו נעשה שומר רק על חלקו אבל על חלק חבירו אפילו ש"ח לא הוי וכ"כ הרז"ה והמרדכי להדיא, ולפ"ז ה"ה אם נאבד אצלו פטור על חלק חבירו אבל בשור של ב' שותפין שכל א' מחויב לשמור אפילו הזיק חייב גם על חלק חבירו.

סימן תב - ב' שוורים שחבלו זה בזה והן תמים או מועדים

סעיף א

ע"פ משנה לג. פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "שני שוורים תמים שחבלו זה בזה, משלמים במותר חצי נזק, כגון אם אחד הזיק בחבירו שוה ק', והשני הזיק שוה נ', יצאו חמשים בחמשים, והנ' הנותרים ישלם לו חצים {ואפילו נאבד האחד (תוס')}, ודוקא ששוה כל אחד דמי נזקו, אבל אם אינו שוה כל כך, אינו מנכה לו רק מה שיוכל לגבות מגופו (נ"י) { ואם שניהם מועדים, משלמים במותר נזק שלם, ואם היה אחד תם ואחד מועד, מועד בתם שהזיק המועד לתם יותר ממה שהזיקו, ישלם במותר נזק שלם, כגון אם הזיק מועד בתם מאה והתם לא הזיקו אלא נ' משלם לו ע"ה. תם במועד ישלם לו חצי נזק, כגון שהזיק תם במועד ק', והמועד לא הזיקו אלא כ"ה, משלם לו כ"ה } י"א (רא"ש) דכל זה מיירי דוקא שהתחילו בבת אחת, או לאחר שנפרדו זה מזה חזר השני וחבל בראשון, אבל אם אחד התחיל, המתחיל משלם והשני פטור, דכל המשנה ובא אחר ושינה [בן] פטור, וכן הוא לקמן סימן תכ"א סעיף י"ג לענין שני אנשים שחבלו זה בזה, והמחבר שפסק כאן כמי שחולק (ר"י), וכתב הבי"ד דכן נראה ברמב"ם) וסבירא ליה שאין לחלק, ולקמן פסק כמו שכתבתי, לא כוון יפה }".

הסמ"ע (ד) כתב דאין מח' בין הרמב"ם לרא"ש דכ"ע ס"ל דאם לא התחילו יחד אלא שחזר ונגח קודם שנח רוגזו, דהשני פטור, וכמ"ש הטור בשם הרא"ש בלי חולק עליו ב' מקומות בשור כאן ובאדם בסימן תכ"א, ולא פליג ר"י שהובא בטור כאן אפירוש רש"י אלא במש"כ רש"י דאם התחילו כאחד והיה אחד תם ואחד מועד דמשלם תם במועד נזק שלם, דבזה ס"ל לר"י דאפילו התחילו יחד אינו משלם התם אלא חצי נזק, והמחבר לא הזכיר דעת רש"י כלל לא כאן בשוורים ולא בסימן תכ"א באדם, אלא ס"ל פשוט כר"י, והחילוק שכתב הרא"ש בין התחילו יחד או לא כתבו המחבר בסימן תכ"א/ג, וה"ה כאן בשוורים דמאי שנא זה או זה, ומש"כ הרמ"א כאן החילוק דבין התחילו יחד בשם י"א, לא דק גם בזה, כי אין פלוגתא בזה וחדא באידך תליא, ובש"ך (א) כתב שכיוון כהלכה. בבאה"ג כתב דיש לחלק דהכא חייבו הרא"ש מטעם כל המשנה ובא וכו' ובזה לא ס"ל המחבר כוותיה אבל התם בסימן תכ"א גבי ב' אנשים ביאר הרא"ש הטעם משום שיש לשני רשות לחבול בו כדי להציל עצמו ואפילו בזה צריך אומדן אם היה יכול להציל עצמו בחבלה מועטת משלם המותר וענין הצלה זו אינו שייך בשוורים.

כתב הדג"מ (פת"ש א) דכל אלו הדינים כשנעשה הנזק השני קודם שהיה ביד הניזק הראשון להביא עדים, ואז עדיין לא נעשה שותף כמבואר בש"ך ריש סימן ת"א, אבל אם בידו להביא עדים נעשה שותף, ואז מה שהוזק המזיק אח"כ צריך הוא לסבול לפי ערך חלק שיש לו בו חוץ מה שיש עליו לשלם למזיק מה שהזיק שורו לחלקו של מזיק, ואז יש חשבון אחר הכל לפי החלק.

סימן תג - שמיין השברים לניזק ואם פחתו או הותירו

סעיף ב

האם יש למזיק חלק בשבח, ומתי לא?

סע' א': בענין דשמין השברים בניזקין ויקח הניזק השברים - ראה סימן שנד/ה.

פסק בשו"ע (ב) ע"פ מסקנת הסוגיה בב"ק יא. "פחת הנבילה לניזק (על הניזק) (פלוגתא דרבי יהודה ור"מ והלכה כרבי יהודה בדף ל"ד -) ושבח הנבילה חולקים אותו המזיק והניזק, כיצד שור שוה מאתים שנגחווה ומת, והרי הנבילה שוה בשעת מיתה מאה, ובשעת העמדה בדין פחתה והרי שוה פ', אין המזיק משלם אלא ק', ואם היה תם משלם לו נ' מגופו { (נ"י -) ודוקא שנודע לניזק בשעת מיתה

אבל אם לא נודע לו הפחת על המזיק עד שיודע לניזק, וי"א (טור) דה"ה אם הוזלה (כלומר שלא נפחתה הנבילה מצד עצמה ממה שהיתה בשעת מיתה אלא שהוזל הבשר, סמ"ע) ויש חולקין (נ"י) דבזולא אע"ג דלא נודע לו הוי של ניזק (דבזול אין נפק"מ בידיעתו דדוקא בנפחתה מחמת סרחון דרגיל להיות מחמת שהייה אמרינן אילו ידע ודאי היה מטפל בה למכרה, משא"כ בזולא דלא עלתה על דעתו שיוזל, סמ"ע) { השביחה הנבלה והרי היא שוה בשעת העמדה בדין ק"כ הרי המזיק משלם תשעים, ואם היה תם משלם מ"ה מגופו, וזהו וגם את המת יחצון } מיהו אם השביחה כל כך עד שחצי שבת הוא יותר מדמי ההיזק לא אמרינן דהמזיק יטול חצי השבת וירויה (טור ע"פ דף ל"ד) ".

עמשי"כ הרמ"א ע"פ הטור בסיפא דאם השביחה כל כך וכו', כתב הסמ"ע (ז) דאף דאז אין נוטל חלק בשבח מ"מ פטור הוא ג"כ מלשלם לניזק מה שהזיק שורו, דהיינו שור ששוה חמשה סלעים נגח לשור ששוה ה' סלעים ובשעה שנודע לו לא היתה שוה אלא ג' סלעים ואח"כ השביחה עד ו' סלעים, כיון דהשתא אחר שהשביחה אין לו הפסד, ולא דמי לסימן תד/א דאם נגח השור והפחיתו ועדיין הוא חי והשביח עד ששוה כפל ממה שהיה מתחילה דאפ"ה משלם לו היזק כמו שהיה בשעת הנגיחה, דשאני התם דמצי הניזק למימר לולי שנגחהו שורך היה ריוח זה דנעשה שמן וגדול כפל ממה שהוא עתה, שכן דרך הטבע שבהמה חיה נשבת בשומן וגידול וכשהיא אינה נגוחה נשבת יותר מנגוחה וחולה, משא"כ כאן בנבילה דאף דנתיקר הבשר, הוא דבר שאינו מצוי ותלוי במזל ואין לומר אילו לא המיתו היה נתיקר בכפלים דיכול להיות דבמזלו נתיקר.

סעיף ג

פלוגתא דתנאי שם ופסקינן כאבא שאול ואחרים וכ"פ בשו"ע י"על המזיק לטרוח בנבלה עד שממציא אותו לניזק, כיצד, כגון שנפל השור לבור ומת, מעלה הנבלה מהבור ונותנה לניזק, ואחר כך שמין לו פחת נבלה, שנאמר כסף ישיב לבעליו והמת יהיה לו מלמד שהוא חייב להשיב את הנבלה ואת הפחת שפחתה מן החי לניזק, ואם היה תם חצי הפחת".

כתב הסמ"ע (ב ח) ע"פ הטור שהמזיק מחויב ליתן הוצאות שצריכין ליתן למעלין מהבור אבל הטיפול להשתדל להעלותה מוטל על הניזק וחוזר ולוקח ההוצאה מהמזיק, ואם לא עשה כן הניזק ונפסד השור בבור הוא פסידא דהניזק, וכתב הב"י שהוא הסכמת הפוסקים, וכאן המחבר לימדנו דאם לא ירצה המזיק להעלותו ולא ליתן לו הוצאה להעלותו, דצריך ליתן דמים של כל חציו דהפחת אם הוא תם, ואם הוא מועד צריך לשלם דמי כל הפחת מאשר היה שוה כשהיה חי, וכן משמעות הקרא כסף ישיב לבעליו והמת, שגם המת ישיב המזיק ויתנהו לידו דניזק, ואז יהיה לו המת בתשלומי דמי נזקו והמותר עד כדי נזקו ישלם לו בכסף אם נפל לבורו, דפסוק זה בנפל לבורו כתיב, והי"ה לשור מועד שנגח. עמשי"כ הסמ"ע דעל הניזק להעלותו, כתב הפת"ש (א) בשם הבית אפרים דאולם ברש"ל וכ"כ בשיטה בשם הרמב"ן מבואר לא כן אלא דגוף הטורח חל על המזיק, אך מ"מ האחריות היא על הניזק שמיד שידע הוא צריך להשתדל לתבוע למזיק שיעלנה, ואם תבעו ונתרשל המזיק חייב, ואם ידע הניזק ולא תבעו להעלותה, מדשתק הא קמן דלא קפיד שתהיה שם והרי היא על אחריותו ופסידא דניזק הוא.

סימן תד – שור שחבל בשור או השביח או פוגם

סעיף א

ע"פ ברייתא לד. פסק בשו"ע "שור שוה מאתים שנגח שור שוה מאתים והפחיתו חמשים, ובשעת העמדה בדין השביח הניזק והרי הוא שוה ת', ואלמלא הנגיחה שהפחיתו היה שוה ת"ת, בין שפטמו בין ששבח מאליו, אינו נותן אלא כשעת הנזק", וביאר הסמ"ע (ב) דלא יכול הניזק לתבועו בעד אותו נזק כיון שאינו אלא גרמא ולא פסידא בידיים, מיהו צריך לשלם כשעת הנזק אע"ג דנשבח הרבה יותר ממה שהיה שוה בשעת הנגיחה, משא"כ במת מחמת הנגיחה ונתיקר הבשר וכתבאר בסימן תג/ב.

סעיף ב

ע"פ ברייתא שם פסק בשו"ע "כחש מחמת המכה בשעת העמדה בדין (דא"ל מקרנא דתורא דקבירא בשורי המנוגח כיחש) והרי הפחת שוה מאה נותן לו כשעת העמדה בדין (משא"כ בסימן תג/ב דמיירי

דמת מיד מהנגיחה והפסידא דאח"כ אינה מחמת כאב הנגיחה, סמ"ע. השביחה המזיק בשעת העמדה בדין, אם מחמת שפטמו שבה, אינו משתלם ממנו אלא מה שהיה שוה בשעה שהזיק { וי"א (תוס' דלמדו כן מדין שותף) דאם השבח יתר על ההוצאה נוטל המזיק דמי ההוצאה ושכר טרחו ועמלו ובשאר השבח נוטל הניזק חלקו (גר"א: הראב"ד חולק דלא דמי לשותף דשם אדעתא דשותפותא מפטם משא"כ כאן) } ואם מחמת עצמו השביח משתלם ממנו כשעת העמדה בדין (דמיד בשעת נגיחה נעשו המזיק והניזק שותפין בשור והוא ברשות שניהן לענין אם נפחת או נשבח ממילא משעת הנגיחה והלאה, סמ"ע-טור)."

כתב הסמ"ע (ה) דעוד כתב הטור דאם ההוצאה יתירה על השבח אין לו לניזק בשבח כלום אלא נוטל כפי מה שמגיעו בשעת הניזק, ויש לומר דדוקא קאמר דאין לו בשבח כלום, אבל ג"כ אין צריך ליתן הוצאה כלום ומפסיד המזיק מה שהיתה ההוצאה יתירה על השבח, והיינו טעמא, דאף דהן שותפין בשור המזיק והשותף היורד ברשות צריך לשלם לו חצי ההוצאה מכיסו היתירה על השבח, והיינו דוקא בשותף היורד ברשות, אבל זה אף דהוא כשותף מ"מ ה"ל כשותף היורד שלא ברשות.

סימן תה - שור שחבל באדם או שנגח אשה או שפחה

סעיף א

פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "שור שחבל באדם (ע"פ ב"ק מד. דנזקין שלא בכוונה מחלוקת ר' יהודה ור' שמעון והלכה כרבי יהודה דמחייב) אפילו נתכוון לבהמה וחבל באדם דינו כדין שור שהזיק לשור, (משנה לג. וחכמים דשוה הדין לשור שחבל בשור -) תם משלם חצי נזק ומועד נזק שלם (משנה פז. וכו. -) ופטור מצער וריפוי ושבת ובושת שלא חייבה תורה בארבעה דברים אלו, אלא באדם (איש בעמיתו ולא שור בעמיתו)".

כתב הסמ"ע (א) ארישא דיש צד רבותא בנתכוון לבהמה וחבל באדם יותר מכיון לנגח בהמה זו ונגח בהמה אחרת, דהתם מין בהמה אחד הוא, משא"כ אדם שיש לו מזל ואין דרכו של שור לכוין אליו לנגחו והו"א דמחשב אונס טפי.

סעיף ב

ע"פ משנה לד: פסק בשו"ע "שורו שחבל באביו ואמו, או שהדליק גדיש בשבת, חייב בנזקיו (שבעליו אינו חייב מיתה בזה), אע"פ שאם עשה הוא כן היה פטור".

סעיף ג

ע"פ משנה מח: פסק בשו"ע "נגח אשה ויצאו ילדיה פטור מדמי ולדות אע"פ שהוא מועד לנגוח (כי ינצו אנשים ולא שוורים) (גמ' -) אבל אם נגח שפחה מעוברת ויצאו ילדיה חייב כאילו נגח בהמה מעוברת, ושמין אותה כמה היתה שוה תחלה, וכמה נפחתו דמיה ומשלם תם חצי נזק ומועד נזק שלם".

סימן תו - שור של גוי או של הפקר או של חרש שוטה וקטן

סעיף א

ע"פ משנה לז: פסק בשו"ע "שור של ישראל שנגח שור של גוי פטור (שור רעהו, וכתב הרמב"ם "לפי שאין הגוים מחייבין את האדם על בהמתו שהזיקה והרי אנו דנין להם כדיניהן", וכתב הראב"ד דהטענה הזאת אינה מספקת שהרי הם תופסים גוף המזיק ונפרעין ממנו, וה"ה כתב דאפשר שבזמן הגמ' לא היו נפרעין כלל), ושל גוי שנגח לשל ישראל, בין תם בין מועד משלם נזק שלם (אלוה מתימן יבוא וקדוש מהר פארן.. עד עמד וימודד ארץ ראה ויתר גוים" אי"נ 'הופיע מהר פארן מפארן שרצה ליתן להן התורה ולא רצו לקבלה הופיע ממונן לישראל', והרמב"ם כתב "קנס הוא זה לגוים לפי שאינן זהירין במצות אינן מסלקין הזיקן ואם לא תחייב אותן על נזקי בהמתן אין משמרין אותה ומפסידין ממון הבריות)".

כתב **הקצות** (א) דה"ה נגח שור של הקדש דפטור, והאריך במה שנסתפק הרא"ש בבכור בזמן הזה כשהוא ביד כהן אי הוי ממון בעלים, והביא מחלקת מחוקק בסימן כ"ח דאנן קי"ל כר' יוסי הגלילי דקדשים קלים ממון בעלים והרא"ש חזר בו וכ"ד הלח"מ, וכן האריך הקצות להוכיח כן מכמה סוגיות דפסקינן כר' יוסי הגלילי [נעיי"ש גם שביאר דהא דקדשים קלים ממון בעלים לר' יוסי הגלילי אינו אלא לענין הבשר שיוכל למוכרו מחיים שיאכל הקונה את הבשר אבל שישחוט ויזרוק על שם הקונה מודה ר' יוסי הגלילי דלא מהני, דהזבח אינו נשחט ונזרק אלא על שם הבעלים שהקדישו אותו, וכשם שאסור לשנויי מזבח לזבח כן אסור לשנות שם הבעלים שהקדישו אפילו בקדשים קלים].

סעיפים ב - ד

ע"פ יג: פסק בשו"ע (ב) שור של הפקר שנגח, וקודם שיתפוס אותו הניזק קדם אחר וזכה בו, פטור. (ג) נגח שורו והפקירו קודם שעמד בדין, וזכה בו אחר, פטור (והועד בבעליו והמית איש עד שתהא מיתה והעמדה בדין וגמר דין שוין כאחד) (טור -) אבל אם זכה בו הוא עצמו, חייב. (ד) נגח ואחר כך מכר או הוריש חייב (כפי שיתבאר גם בסימן הבא).

בבאה"ג כתב דצ"ע בדין דסעי' ג' דהתם לענין מועד אתמר כמו שפירש"י והתוס', אבל בתם כשם שהניזק גובה מן הלוקח בריש סימן הבא כן גובה מן הזוכה בו כשהפקירו.

כתב **הקצות** (ב) דאחיו הר"ר יהודה הקשה דאמרינן בדף צ' דשור שהמית ואח"כ הזיק אם הוא מועד דנין אותו דיני ממונות ואח"כ דנין אותו דיני נפשות קדמו ודנהו דיני נפשות אין חוזרין ודנין אותו דיני ממונות ופריך וכי קדמו ודנו אותו דיני נפשות ליהדר ולדייני אותו דיני ממונות, דיש להקשות מאי פריך הא אמרינן בכריתות כ"ד שור הנסקל שהוזמו עדיו כל הקודם וזכה בו זכה בו משום דאפקורי אפקר ליה, וכיון דקדמו ודנו אותו דיני נפשות הרי נעשה הפקר ואיך אפשר ליהדר ולדייני דיני ממונות כיון דהפקירו קודם שהעמידו בדין, וכתב הקצות לבאר דבאיסורי הנאה לא מהני הפקרו כלל כדמוכח בפסחים ז' בהא דאמרו ונבטליה בשית משום דרב גידל דאמר המקדש משש שעות ולמעלה אין חוששין לקידושין אלמא דאין לבעלים שום כח להפקיר אחר שנאסר בהנאה ואע"ג דלאו ברשותיה קאי אבל בעלים מיהא אית ליה וכ"כ הרשב"א גבי אתרוג של ערלה דחשיב לכם ומשום דאית ליה בעלים אע"ג דאסור בהנאה, וא"כ הא דהפקירו קודם שעמד בדין פטור היינו משום דבעינן בעלים מתחלה ועד סוף, והא אית ליה בעלים והפקר שלהם לאו כלום כיון דאיסורי הנאה מיקרי דבר שאינו ברשותו, וכמו גזל ולא נתיימשו הבעלים דשניהם אין יכולין להקדישו, והא דשור הנסקל שהוזמו עדיו כל הקודם זכה בהן, היינו כיון שהוזמו עדיו הרי מעולם לא היה מאיסורי הנאה וכיון דבעלים הפקירו הרי הפקרו הפקר.

סעיף ה

ע"פ משנה לט. פסק בשו"ע שור של פקח שנגח לשור חרש שוטה וקטן, חייב, ושל חרש שוטה וקטן שנגח לשל פקח, (גמ' -) וכן שור שהלכו בעליו למדינת הים ונגח, פטורים (דכאלו אין להן בעלים דמי, סמ"ע ע"פ התוס').

כתב **הסמ"ע** שהמחבר והרמ"א השמיטו הא דכתב הטור ע"פ הגמ' שאם נגח ג"פ מעמידין אפוטרופוס ולאחר התראה מגבינן נזקיהו מעליית היתומים, דאינו נוהג בזמן הזה דאין מועד בבבל וגם משום דאם הועד בא"י בכה"ג ובא לחו"ל והזיק וקדם ותפסו הניזק שאין מוציאין מידו, הוא דבר שאינו שכיח.

סימן תז - שור שנגח ומכרו מזיק או ניזק

סעיפים א - ג

שור תם שהזיק ומיהר המזיק למכרו או נתנו במתנה בין לפני שעמד בדין ובין אחר שעמד בדין, האם חלה המכירה, ואם יכול הקונה להשתמש בו?

ע"פ ברייתא לג: וכר"ע דשותפי ניהו ואעפ"כ במכרו לרדיא מכור, וכלשון הרמב"ם, פסק בשו"ע "שור תם שהזיק אם מכרו המזיק עד שלא עמד בדין, אע"פ שהוא מכור (לענין שיכול הלוקח לחרוש בו לכתחילה, שאין שום אחד מהן יכול לחזור בו כל זמן שלא גבה ממנו הניזק, ולענין דמתנתו מתנה בסעי' ב, סמ"ע) הרי הניזק גובה הימנו, וחוזר הלוקח וגובה מהמזיק שמכר לו, שכיון שנגח, קול יש לו ולא היה לו ללוקח ליקח אותו עד שיגבה הניזק {מכרו ניזק מכור, וכשיתפסנו יקחנו הלוקח (טור ע"פ הגמ', וכתב הסמ"ע דכתב 'כשיתפסנו' משום זמן הזה דאין מגבין דיני קנסות בב"ד ולרבותא כתב כן דאע"ג דאין לו בו דבר עד שיתפסנו אפ"ה מכירתו מכירה)}. (ב) שחטו מזיק, גובה מבשרו {וי"א דצריך לשלם פחת השחיטה (הג' אשר"י, וכן עיקר לפי מאי דקי"ל כרשב"ג דמזיק שעבודו של חבירו חייב בסימן קי"ז, ש"ך)}. וכן אם נשתמש בו חייב ליתן לניזק שכירות (ראב"ד וטור, דס"ל דאוקימתא דמכור לרדיא הוא אברייתא דאתיא כר' ישמעאל ואם כן לר"ע דקי"ל כוותיה מכרו אינו מכור אפילו לרדיא ודלא כרמב"ם, וכ"פ הש"ך והוסיף דהיה לרמ"א לכתוב הגה זו לעיל ובלשון י"א, ועיין עוד בקצות סק"א וסק"ב, ועוד הביא הקצות דברי הרשב"א שהובא בב"י דחולק ומפרש לרדיא היינו לענין לחרוש בו לכתחלה אבל אם כבר נשתמש בו פטור ליתן שכירות דהא כשמכרו גזלן הוא וגזלן אינו מעלה שכר לבעלים) { נתנו במתנה (ר"ל לרדיא, ש"ך, עיי"ש) מה שעשה עשוי ויגבה הניזק ממנו (באה"ג: היה לרמ"א לציין שהטור חולק). (ג) במה דברים אמורים, כשמכר או נתן קודם שעמד בדין, אבל אם עמד בדין ואחר כך מכרו או נתנו במתנה, לא עשה כלום (באה"ג: לטור אין חילוק)".

סעיף ד

אם בעלי חובות של המזיק תפסו את השור מה יהיה הדין?

ע"פ ברייתא לג: פסק בשו"ע "קדמו בעל חוב של מזיק ותפסוהו, בין שחב עד שלא הזיק, בין הזיק, עד שלא חב לא זכה, אלא הניזק גובה ממנו, שאפילו היה אצל בעל חוב מתחלה והזיק, היה גובה מגופו {וי"א (תוס') דוקא דיוכל הבעל חוב לגבות חובו ממקום אחר אבל אם היה השור אפותיקי מפורש לבעל חוב וקדם בעל חוב לניזקין בעל חוב קודם}."

כתב הסמ"ע (ג) לבאר ע"פ הגמ' מש"כ המחבר שאפילו היה אצל בעל חובי וכו' דר"ל כיון שאפילו היה של עצמו גובה מידו אם הזיק כ"ש זה שאין עליו אלא שעבוד, והביא שכתבו התוס' דאין זה כל שכן, דבשלמא אם היה שלו מעולם או שכבר גבהו בחובו ויצא והזיק משו"ה חייב דהוא פשע בשמירתו, משא"כ זה שנגח בעוד שלא היה ברשותו, ולא באה הגמ' אלא לומר קצת טעם דמשו"ה גובה מיד בע"ח כיון דאין גוף השור משועבד לבע"ח כמו שהוא משועבד לניזק.

עוד כתב הסמ"ע (ג) דהא דכתב הרמ"א דאם היה השור אפותיקי מפורש לבע"ח וקדם בע"ח לניזקין בעל חוב קודם, היינו בתפיסה, ועוד כתב דאפ"ה אם קדם הניזק ותפס השור דאין מוציאין מידו, דלא עדיף לגבי בע"ח משאר מטלטלים שעשאו אפותיקי מפורש דאם קדם ומכרו או שקדם בע"ח מאוחר וגבהו גבייתו גבייה ומכירתו מכירה וכסימן קי"ז, ואפילו אם לא קדם הניזק ותפס ובאו הניזק ובע"ח יחד לגבות משור זה שעשאו אפותיקי לבע"ח, הב"ד מגבין אותו לשניהן בשוה וכסימן ק"ד דאין קדימה למטלטלין, מיהו אם הוא איפכא דניזק קודם שלוה מזה הבע"ח, אפילו קדם הבע"ח ותפס זה השור הניזק שעשאו אפותיקי מפורש, לא מהני תפיסתו, דשור זה שנגח שם תורא נגחנא לפלוני יש עליו ויש לו קול, ודינו כקרקע לענין הניזק, ובקרקע קי"ל דבע"ח מאוחר שקדם וגבה גבייתו לאו גבייה היא.

סימן תח – אין דנין דיני נזקין אלא בעדות ברורה

סעיף א

הזיק במקום שמצויים בו רק עדים פסולים האם ניתן לחייב על פי עדות זו?

שור של עכו"ם שהיה ברפת עם שזורים אחרים ובאו הרועים והמשרתים שהיו נוכחים והעידו בבית דין שהשור של העכו"ם הוא שנגח, האם בית הדין יחייב את העכו"ם לשלם או לא?

ע"פ משנה יד: וכלשון הרמב"ם (ח; יב-יג) פסק בשו"ע "אין הנזקים משתלמים אלא בראיה ברורה ובעדים כשרים" - שלא תאמר הואיל ואין מצויין באוריות הסוסים וברפת הבקר וגדרות הצאן אלא העבדים והרועים וכיוצא בהן אם העידו שבהמה זו היא שהזיקה את זו שומעין להן (רמב"ם טור וסמ"ע), אולם כתב הסמ"ע (א) דהרמ"א סימן לה/יד כתב ע"פ תה"ד מהרי"ק ועוד דמכח תקנה יכולין להעיד – וז"ל הרמ"א (שם) ובתחילה הביא את הרמב"ם הנ"ל – "וכל אלו הפסולים פסולים אפילו במקום דלא שכיחא אנשים כשרים להעיד (רמב"ם הנ"ל ותשובת הרשב"א), וכל זה מדינא, אבל י"א דתקנת קדמונים הוא דבמקום שאין אנשים רגילים להיות כגון בב"ה של נשים או בשאר דבר אקראי שאשה רגילה ולא אנשים... נשים נאמנות, ולכן יש מי שכתב דאפילו אשה יחידה או קרוב או קטן נאמנים בענין הכאה ובזיון ת"ח או שאר קטטות ומסירות, לפי שאין דרך להזמין עדים כשרים לזה ואין פנאי להזמין והוא שהתובע טוען ברי".

כתב הטור בשם ר"י שהמשנה באה להשמיענו דאפילו שור של עכו"ם שנגח לשור ישראל אין דנין אותו אלא בעדים כשרים, והביאו הסמ"ע (א), אולם השער משפט (א פת"ש א) כתב דהרא"ה בחינוך כתב דעידי עכו"ם נאמנים על עכו"ם להרגו וא"כ כ"ש להוציא ממון.

האם אפשר לקבל עדות נזיקין שלא בפני בעל דין כשבעל הדין חולה?

כתב הרמ"א ע"פ הנ"י "ואין מקבלין העדות אלא בפני בעל דין אפילו היה הוא ועדיו חולים", וכתב הגר"א דר"ל דאפילו בדיעבד לא מהני, וקמ"ל דבזה אין מח' בין ריב"א לר"י (בסימן כח/טו), אולם בפת"ש (ב) הביא בשם תשובת רע"א שתמה על הרמ"א שהעתיק דברי הנ"י סתם בכל נזקים שבעולם דהא ברור דהנ"י לא מיירי רק לענין יעודי תורא, דבזה קפיד קרא והועד בבעליו, אבל לענין התשלומים מה שכבר נגח זה דומה לכל עדיות דעלמא וכמבואר להדיא בלשון חידושי הרשב"א והניח בצ"ע.

סעיף ב

האם מחייבים נזיקין על פי אומדנא? הוכח.

ע"פ ברייתא ב"מ צג. ושבועות לד. וכת"ק ודלא כרב אחא פסק בשו"ע "שור שהיה רועה ונמצא שור הרוג בצדו, אע"פ שזה מנושך וזה מועד לנשך, זה מנוגח וזה מועד ליגח, אין אומרים בידוע שזה נגחו או נשכו. ואפילו גמל האוחר בין הגמלים ונמצא הרוג בצדו, אין אומרים בידוע שזה הרגו, עד שיראוהו עדים כשרים", וכתב ערוה"ש (ג) ע"פ המהרי"ק דאע"ג דנתבאר בסימן רמ/א דאזלינן בתר אומדנא גבי מי שהלך בנו למדינת הים ושמע שמת וכתב כל נכסיו לאחר שאני התם דהמעשה מבורר אצל הדיינים אלא שאנו מסופקים באומדן דעת הנותן או המוכר אזלינן בתר אומדנא אבל היכא דלא נתברר גוף המעשה אצל הדיינים וצריכין לדון ע"פ אומדנא של העדים לא אזלינן אחר אומדן דעתם.

בסימן ט"ו (ג-ד) הוזכר הא דכתב הרא"ש בתשובה דהיכא דלא אפשר לברורי אפשר לדון ע"פ אומדנא ולמד כן מהא דאמר רבי בנאה (ב"ב נ"ח) זילו חבוטו בקברא דאבוכון ורבי בנאה למד דין זה מאב החכמים שלמה ע"ה במעשה דשתים נשים זונות וכן מצינו שטר מברחת (כתובות ע"ט) ועוד מקומות בש"ס. עוד כתב "אם אני רואה באומדנא דמוכח דהדין מרומה ושקר אני אומר שאין לשום דיין מישראל להשתדל בדין זה וזה אני כותב וחותרם ונותן ביד הנתבע", וכ"כ בשו"ע שם בסעי' ג' (עיי"ש דמדובר כשהנתבע רמאי ואין הדיין יכול להסתלק), ובסעי' ד' פסק ע"פ כתובות פ"ה גבי אמרה ליה בת רב חסדא ידענא בה דחשודה אשבועתא אפכה רבא לשבועה אשכנגדה וז"ל המחבר כלשון הרמב"ם "יש

לדין לדון דיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להם שהם אמת, והדבר חזק בלבו שהוא כך אף על פי שאין שם ראיה ברורה. (ע"פ הרי"ף בשם גאון -) ומשרבו בתי דינים שאינם הגונים ובעלי בינה, הסכימו שלא יהפכו שבועה אלא בראיה ברורה, ולא יפגמו שטר ויפסידו חזקתו על פי עדות אשה או קרוב אף על פי שדעתו סומכת על דבריהם", אולם כתבו שם **הסמ"ע** וה**ש"ך** בשם שו"ת הרשב"א ומהרי"ק דאף בזמן הזה מוטל על הדין לדון ע"פ האמת שנתאמת לו ולא על פי הטענות אם הן מכחישות האמת, וכ"כ בשב"י (פת"ש) בשם מהר"ם אלשיך, אולם ה**נתיבות** חלק דבעד אינו נעשה דין ואין לך אומדנא דמוכח גדול מזה שהוא בעצמו ראה המעשה, ואפילו הכי אסור לו לדון, וכתב לפ"ז דלא מהני אומדנא רק לענין אורועי שטרא.

בשו"ת **עזרת כהן** (מא) כתב דמכל הגמרות (שהוזכרו גם ברא"ש דלעיל) מוכח דאזלינן בתר אומדנא לדינא בדיני ממונות וכתב דנראה "שדוקא בדבר פרטי לפסוק שתמיד יהיה הדין לסמוך על אומדנא מיוחדת לא אזלינן בתרה, דשמא ישתנה הענין ובזמן אחר לא יהיה הענין מכריח כ"כ.. אבל בדרך כלל במקום שמתברר להדין, בכלל אמיתת הענין, לא ע"פ איזה פרט של אומדנא, אלא מההקף של כמה ענינים ביחד זהו ענין ברור, שע"ז לא שייך כלל לומר דל"א בתר אומדנא, וע"כ אף על גב דקיי"ל דלא כר"א היינו לסמוך תמיד על פרט זה, וכן נראה מאריכות דברי הברייתא, שלא נאמר הואיל וזה ניגח וזה מועד ליגח וכיו"ב, אבל אם באותו המאורע מתברר לדין ביחוד שהאמת הוא באופן מיוחד דנין על פיו מדינא".

[ע"פ חלק מהמקורות הנ"ל ומקורות נוספים נכתב במסמך 'מדיניות - הסתמכות על אומדן' של בי"ד ארץ חמדה-גזית ע"י הרבנים **יעקב אריאל** ו**דב ליאור** ועוד ש"סמכות הפשרה מאפשרת לבית הדין להכריע בשאלות עובדתיות על פי אומדן דעת. כאשר ישנה ודאות מוחלטת ניתן לחייב אדם ללא ראיה, בית הדין מוסמך לאמוד את דעתו של אדם (כגון, האם גמר בדעתו למכור) גם ללא ראיה, ביה"ד יכול להסתמך על אומדן דעתו בשאלות עובדתיות כאשר הוא משוכנע שכך אכן קרה", עיי"ש, ובנייר עמדה בנושא זה של הרב הדין **דניאל כ"ץ**].

סימן תט - אין מגדלים בהמה דקה בישוב וחזיר וכלב רע בכל מקום

סעיף א

[האם מותר בימינו לגדל בהמה דקה בארץ ישראל?]

ע"פ **משנה ב"ק עט**: וגמ' פסק בשו"ע "אין מגדלים בהמה דקה בארץ ישראל (ואפילו בבית אסור, טור וסמ"ע ע"פ הגמ'), מפני שדרכם לרעות בשדות של אחרים (תוס'): ואפילו שאינם שלו, רשב"א: ע"י רועה מותר, ובסמ"ע כתוס' כיון שדרך בהמה דקה לצאת ולהזיק גזרו מחששא שתצא בלי ידיעת הרועה ותזיק) והיזקם מצוי אבל מגדלים בסוריא ובמדברות שבארץ ישראל (דתקנה זו לא נתקנה אלא על ארץ ישראל אלא דקאמר בגמרא שבבל יש לה דין ארץ ישראל לדבר זה וי"א דבכל מנהגי דילן בתר בבל גרירינן ולדידן נמי אסור, טור) (טור -) והאידנא, שאין מצוי שיהיו לישראל בארץ ישראל שדות, נראה דשרי (דבהא לא גרירינן בתר בבל דטעמא דאסור בבבל לפי שהיו שם רוב שדות ישראל וכיון דהשתא ליתא להאי טעמא שרי, טור)".

בפסקי המשפט כתב שהכפתור ופרח חלוק על הטור וגם בזמן הזה קיימת הגזירה, וכתב דלמעשה נחלקו הפוסקים, דעת **שבט הלוי** (ד, רכז) לאסור דהא רוב השדות בא"י שייכות ליהודים, אולם בהגהות **הר צבי** ובתשובות והנהגות (ד, שכב) ועוד פסקו להתיר דכיון שאחרי החורבן כשרוב השדות היו בידי נכרים התבטל האיסור שוב אינו חוזר, א"י בזמנינו הבהמות אינן רועות בשדות אחרים ואינו בכלל הגזירה והוי כמדבר, ובצ"א (ז, כד) כתב דביישובים שפרנסתם מגידול בהמות אין איסור לגדל בהמה דקה כיון שעל דעת כן באו לגור במקום ומוחלים זה לזה.

סעיף ב

ע"פ **משנה שם** פסק בשו"ע "לא יגדל ישראל חזירים בכל מקום (משום מעשה שהיה בימי הורקנוס ואריסטובלוס, דף פ"ב) (רא"ש -) אפילו למשוח בהם עורות (דאילו למכרן לגוים אף מדאורייתא אסור כדתנן בפרק ז' דשביעית וכדלקמן), ואין צריך לומר לסחורה".

סעיף ג

ע"פ **משנה שם** פסק בשו"ע "אסור לגדל כלב רע, אא"כ הוא אסור בשלשלאות של ברזל וקשור בהם (גמ' -) ובעיר הסמוכה לספר מותר לגדלו וקושרו ביום ומתירו בלילה {וי"א (של"ג) דהשתא שאנו שרוין בין העכו"ם ואומות בכל ענין שרי (גר"א: דדמי לספר) ופוק חזי מאי עמא דבר, מיהו נראה אם הוא כלב רע, שיש לחוש שיזיק בני אדם, דאסור לגדלו אלא אם כן קשור בשלשלאות של ברזל (סמ"ע: דאז טעם שישודך וטעם שמנבח ומפילות הנשים מיראתו אין כאן כיון דידועין שהוא קשור לא מתיראין ממנו ואינן מפילות ובגר"א ציין לדפוס פ"ג ט"ו ומ"ו)", [נראה **במשנה הלכות** יז, קפג ו**שבט הלוי** ו, רמא בענין גידול כלב שאינו נושך ומסכן אחרים בימינו].

סעיף ד

ע"פ ברייתא פ. פסק בשו"ע "מי שנפלו לו כלבים וחזירים בירושה, אין מחייבים אותו למכרם ביחד, אלא מוכר מעט מעט".

סימן תי - בור באיזה מקום חיובו וכמה שיעורו וכל משפטי בור

סעיף א

ע"פ ג: כח: ל. ועוד וכלשון הטור פסק בשו"ע "בור הוא מאבות נזיקין דכתיב כי יכרה איש בור שמאחר שחפר נתחייב בנזקיו, כיון שעשה דבר המזיק וזהו ממונו שמזיק במקום שעשאו, שאינו זו ממקומו, אלא עומד במקומו והעובר עליו ניזוק, לפיכך כל הדומה לו, שהוא ממונו ומונח במקומו ומזיק (לשון הטור 'אם הוא בעומק או בגובה או אפילו לא זה ולא זה אלא שפך מיס', סמ"ע), אפילו שפך מים ברשות הרבים והוחלק בהם אחר, חייב".

סעיף ב

ע"פ מט: מדכתיב 'כי יפתח איש בור או כי יכרה איש בור ולא יכסנו' פסק בשו"ע "אחד הכורה בור ואחד הפותח בור שכרהו אחר וכסהו כראוי ובא זה וגילהו, חייב".

סעיף ג

ע"פ כט: פסק בשו"ע "המוצא בור וכסהו וחזר וגילהו בעל הבור חייב וזה האחרון פטור, סתמו בעפר וחזר והוציא את כל העפר זה האחרון חייב, שכיון שסתמו בעפר נסתלק מעשה ראשון", וכתב הסמ"ע (ג) ברישא בשם ה"ה דאפילו ראה הראשון דכסהו השני ולא ראה שחזר וגילהו אפי"ה הראשון חייב, דלא ה"ל לסמוך אכיסוי של זה שאין לו חלק בבור, משא"כ בבור של שני שותפין בסעי' כ"ה, ודחה הרב המגיד (בב"י) את הראב"ד שדימה דין זה לבור של שותפין שאין הראשון חייב עד שידע, דיש לחלק שכאן לא היה לו לסמוך על כסויו של אדם שאין לו חלק בבור משא"כ בבור של שותפין.

סעיף ד

חפר בור ברשות חבירו מי אחראי על הבור?

ע"פ מימרא דרבא במח. 'הכניס שורו לחצר בעל הבית שלא ברשות וחפר בו' והמכילתא כתב הרמב"ם וכ"פ בשו"ע "אחד החופר או הלוקח או שניתן לו במתנה, שנאמר בעל הבור ישלם מי שיש לו בעלים

מכל מקום, וכן אם נחפר מאיליו, או שחפרו בהמה וחייה ברשותו, הואיל והוא חייב למלאותו או לכסותו ולא עשה, הרי זה חייב בנזיקין { וכן אם כרה אחר ברשותו ונודע לבעל החצר, חייב בעל החצר לכסותו, ואם לא כיסה הוי כאילו חפרה בעצמו, והכורה חייב לשלם לו נזקי חצירו (טור ע"פ הגמ' הנ"ל) }.

עמש"כ המחבר שחפרה בהמה וכו' ביאר הסמ"ע (ה) דאע"ג דכתיב כי יכרה איש בור וסעי' הבא, הני מילי בחופר ברשות הרבים דהקרקע אינה שלו, וכיון דהוא לא חפר אין עליו למלאות קרקע שאינה שלו, משא"כ בחפרה בהמתו בחצירו דלא גרע מנחפר בור שם מאליו דמוזהר עכ"פ שלא יזק אדם מממונו דהיינו חצירו שהוא קרקע שלו שיש בה בור, והיינו דוקא אם הפקיר חצירו שסביב הבור ולא הפקיר באותה פעם גם מקום הבור דאם כן ה"ל דומיא דהיזק רגל בחצר המזיק דפטור וכסימן שפ"ט, ואם הפקיר אח"כ הבור וחצירו שסביבו בפעם אחת, ג"כ לא נתחייב על היזק הבור, כיון דבשעת הכריה היה הכל שלו ושוב לא עשה מעשה בחפירה דיתחייב עליו, משא"כ כשחפר תחילה בחצירו ואח"כ הפקיר מקום שסביב לבור ונתן רשות לכל לקרב נפשם סמוך לבור ה"ל כפותח בור לרשות הרבים דמחויב לשמור בורו מהזיקתו, ואחר שהפקיר רשותו לחוד, אף שאח"כ ג"כ הפקיר בורו, חייב על נזקיו, דלאו כל כמיניה להפקיר נזקיו שכבר חל עליו החוב לסלק התקלה.

עמש"כ המחבר 'הואיל והוא חייב למלאותו וכו' חייב בנזיקין' כתב הסמ"ע (ו) דמדלא כתבו בדין זה ג"כ השיעור בכדי שידע וישכור פועלים ויכרתו ארזים דסעי' כ"ו, נראה דזה דומה לחופר בור והניחו מגולה דכתבו הטור בסעי' כ"ח דמחשב פשיעה ולא לתר חייב בנזקין, וה"ה בור שחפרו השור בחצירו כיון דעליו מוטל לטרוח ולכסותו.

סעיף ה

ע"פ **מח**. פסק בשו"ע "שורו שחפר ברשות הרבים או ברשות אחר, פטור בעל השור, שנאמר כי יכרה איש בור, ולא שור בור".

סעיף ו

חפר בור ברשותו סמוך לרשות הרבים האם חייב?

מט: "תנו רבנן החופר בור ברשות היחיד ופתחו לרשות הרבים חייב וזהו בור האמור בתורה דברי רבי ישמעאל רבי עקיבא אומר הפקיר רשותו ולא הפקיר בורו זהו בור האמור בתורה, אמר רבה בבור ברשות הרבים כולי עלמא לא פליגי דחייב לא נחלקו אלא בבור ברשותו רבי עקיבא סבר בור ברשותו נמי חייב ורבי ישמעאל סבר פטור ורב יוסף אמר בבור ברשות היחיד כולי עלמא לא פליגי דחייב כי פליגי בבור ברשות הרבים רבי ישמעאל סבר חייב ורבי עקיבא סבר פטור" ופסקו **הפוסקים** כרבי עקיבא ואלבא דרבה.

משנה שם "החופר בור ברשות היחיד ופתחו לרשות הרבים ופתחו לרשות היחיד ברשות היחיד ופתחו לרשות היחיד אחר חייב" וכתב **הרא"ש** דברשות היחיד ופתחו לרשות הרבים היינו בור ברשות הרבים דבתר פיתחא אזלינן ברשות הרבים ופתחו לרשות היחיד באמצע רשותו ומפקיר אותה רשות ולא הפקיר הבור וה"ל בור ברשות היחיד אי נמי פתח הפתוח בתוך חצרו סמוך לרשות הרבים והוה ליה כמו בור ברשותו, עיי"ש, וכן הוא ברמב"ם.

וז"ל **השו"ע** כלשון **הרמב"ם** "אחד החופר בור ברשות הרבים, או החופר בור ברשותו ופתחו לר"ה, או פתח לרשות חבירו, או שחפר ופתח לרשותו והפקיר רשותו ולא הפקיר בורו, ה"ז חייב בנזקיו, (ה"ה) ומוסכם ברוב הפוסקים -) אבל אם הפקיר רשותו ובורו או שהפקיר בורו שברשותו, ה"ז פטור, שנאמר בעל הבור ישלם מי שיש לו בעלים וזה הפקר ובתחלה ברשות חפר, מפני שחפר ברשותו".

גבי הפותח ברה"י לרה"ר כתב הסמ"ע (ז) ע"פ הטור דמייירי שפתחו ברשותו בתוך ד' טפחים סמוך לרשות הרבים דכל ד' טפחים סמוך לרשות הרבים דחקי בו רבים, אבל בפתחו לרשות חבירו בעינן שישמכו לרשות חבירו, ומשו"ה לא כתב הטור ד' טפחים כי אם בסמוך לרה"ר.

גבי פתח לרשות חבירו וכו' דחייב כתב הסמ"ע (ח) בשם הטור דמיהו דוקא קודם שנודע לבעל החצר הניזק אבל אחר שנודע לו פטור הכורה, דהיה לו לבעל החצר למלאותו מיד דחייב בנזקי חצר וזה יפרע

לו, וכיון דלא מלאהו כמאן דכרייה איהו דמי, וביאר דאע"פ שהבור אינו ברשות בעל החצר הניזק אלא ברשות החצר המזיק רק שפתוח לרשות הניזק, מ"מ כיון שעומד סמוך לחצר הניזק ממש ה"ל כאילו עומד בחצר הניזק וכנ"ל (ז), ועליו לסתמו להרחיק ממנו נזקו וקבל שכר טרחתו מהכורה.

סעיף ז

נ. "תנו רבנן חפר ומסר לרבים פטור", וז"ל השו"ע "החופר בור בר"ה לצורך רבים, ומסר להם כיסוי (רא"ש), כנאמר בבור שותפין דראשון מיפטר משימסור לו דליו בדף נ"א) או הודיע לב"ד שרוצה להסתלק ממנו שהם יתעסקו בו לכסותו (רמ"ה) – פטור, (רמ"ה -) והוא שחפר במקום שיש רשות לחפור".

כתב הסמ"ע (י) דכתב הרמ"ה דאי חפר מעיקרא לצורך עצמו והדר מימלך למימסריה לרבים דלא נפטר החופר עד דטמים ליה, וכתב עליו הטור דאינו נראה, דכיון דמסרו עתה לרבים והן צריכים לו מאי נפק"מ שחפרו מתחילה לצרכו.

סעיף ח

ע"פ נא. פסק בשו"ע "האומר לחבירו לחפור בור בר"ה וחפרו, החופר חייב והמשלח פטור" דאין שלח לדבר עבירה.

סעיף ט

[האם הבונה יסודות לביתו יכול לחפור ברשות הרבים?]

נ. "והחופר בורות ברה"י הסמוכה לרשות הרבים כגון אלו החופרים לאושין פטור ור' יוסי בר' יהודה מחייב.. דארווח בה ארווחי לרה"ר", וז"ל השו"ע כלשון הטור "הבונה סמוך לר"ה, רשאי לחפור לצורך היסוד אפילו להרחיבו לצד ר"ה (ע"פ רש"י), ואם הוזקו בו פטור, כיון שעשה ברשות".

אולם באה"ג והגר"א כתבו דדעת רש"ל וב"ח דטעות סופר ברש"י ואם חפר בר"ה עצמה לצורך היסוד אם הוזקו בו חייב ע"פ ברייתא דבי"מ קיי"ח כל אותם המקלקלים בר"ה, ואיירי הכא כשכנס החומה לתוך שלו והחפירה הוא בחלק הכניסה, ובגר"א הוסיף שלשון המחבר ניתן לפרשה כדבריהם (אך לא את לשון הטור), וכ"פ הש"ך (א), וסיים הש"ך דזה "דלא כסמ"ע סק"י"ד" – שם יישב הדין דהכא מסימן תיד/ב גבי הוצאת זבלים ברשות הרבים או הנחת קוריו ועצו לצורך בנין דסימן תי"ז דחייב (בי"מ קיי"ח הנ"ל) דג"כ עשאו ברשות ואפ"ה אם מקלקלין ומזיקין שם דחייב, "דשאני התם דעושה ברשות הרבים עצמו משא"כ כאן דהבור עומד ברשותו וגם הוא לשעה ומיד אחר החפירה יחזור לסותמו באבני הבנין שיניח ביסוד חומתו", ובזה יישב גם מעושה תנור בביתו והרחיקו כשיעור מהעלייה ואפ"ה אם הודלק העלייה דחייב על העלייה כבסימן קנ"ה, דשם הוא עושה כן תדיר, וגם בדרישה סתר הרש"ל (בא"ה) [ונחלקו הרשב"א ושאר"ר על הש"ס במחלוקת זו].

סעיף י

ע"פ משנה נ: פסק בשו"ע "אחד החופר בור או שיח או מערה או חריץ ולמה נאמר בור שיהא בו כדי להמית, דהיינו עומק י' טפחים, אבל אם היה פחות מ' טפחים ונפל לתוכו שור או שאר בהמה חיה ועוף ומת, פטור, ואם הוזק, בעל התקלה חייב נזק שלם".

בב"י האריך במח' הרא' האם פסקינן כעובדא דרב נחמן "ההוא תורא דנפל לאריתא דדלאי שחטיה מריה טרפיה רב נחמן אלמא קסבר רב נחמן יש חבטה בפחות מעשרה", וכתב דהא דסיים הטור 'ואם אין בו עשרה אינו חייב על המיתה אפילו שנפל בו השור מעומדי' נראה דהיינו דלא כרב נחמן כלל, אלא כפשטה דמתניתין דצריך שיהא עומק עשרה בין נפל דרך נפילה בין איגנדר איגנדורי, וכן משמע דרבא דבתרא הוא לא ס"ל כוותיה דהא אותביה ואע"ג דשני ליה שינוייה דחיקא הוא.

סעיפים יא - יב

ע"פ בעיות נא: וכגירסת הרמב"ם בסדר האיבעיות פסק בשו"ע (יא) היה עומק הבור ט' טפחים ומהם טפח א' מים, חייב, שהטפח של מים חשוב כעומק ב' טפחים ביבשה. (יב) היה עמוק שמנה, ומהם שני טפחים מים, או שהיה עומק ז' טפחים ומהם ג' טפחים מים, ונפל לתוכו שור וכיוצא בו ומת, אין מחייבין אותו לשלם (תיקו), ודלא כגירסת רא"ש דפשיטא להו בור שמונה ומהם טפחים מים דחייב ומיבעיא להו בור תשעה וטפח מים ובור שבעה ושלושה טפחים מים), ואם תפס אין מוציאין מידו {ועיין לעיל סימן שפ"ח סעיף א' וז' דיש חולקין (ר"י, דלא מהני תפיסה בספיקא דדינא)}."

סעיפים יג. טו

חפר בור 6 טפחים, והשני השלים ל - 10 טפחים, מי חייב לשלם וכמה?

ע"פ תוס' שם, ה"ה ברמב"ם, רא"ש (ה,ח) ועוד פסק בשו"ע (יג) "חפר אחד שמנה ובא חבירו וחפר עוד טפח, שניהם חייבים בנזקין (טור -) כל אחד לפי מה שחפר", וכתב הגר"א דאע"ג דמבואר בתוס' י' דבחופר עשרה ובא חבירו וחפר עוד טפח פטור, משום דבמיתה אין שיעור עד עשרה משא"כ הכא בנזקין אפילו בכל שהוא איכא שיעורא.

נא. "תניא החופר בור תשעה ובא אחר והשלימו לעשרה האחרון חייב, רבי אומר אחר אחרון למיתה ואחר שניהן לנזקין", וביאר ה"ה סברת ת"ק מפני שהאחרון העתיקו ממדת נזקין למדת מיתה ומתוך כך חייב בכל ואינו דומה לחופר בור שמונה ובא אחר והשלימו לתשעה שניהם חייבין לפי ששם עדיין במדת נזקין עומד, ובסמ"ע (כב) כעין זה - "כיון דבור זה נקרא על שם האחרון לחוד לענין תשלומין כשנפל שם ומת נקרא ג"כ בורו לחוד לענין נזקין", וז"ל השו"ע (טו) כת"ק "חפר הראשון פחות מי אפילו טפח, ובא אחרון והשלימו לעשרה, בין שחפר בו טפח או שהגביה בנין על שפתו, זה האחרון חייב {אפילו בנזקין}. (בעיות דרבא בגמ' -) סתם טפח שהוסיף או שסתר טפח שבה, הרי זה ספק אם כבר נסתלק מעשה ראשון או אם עדיין לא נסתלק".

לפי הנ"ל יש לומר גבי הנידון בשאלה שהאחרון חייב בין לנזקין בין למיתה.

סעיף יד

ע"פ ברייתא נא. וכאוקימתא קמייתא דרב זביד דטפי עדיף לאוקמי כהלכתא כרבנן (ה"ה) פסק בשו"ע "החופר בור עשרה ובא אחר והשלימו לכ', ובא אחר והשלימו לל', כולם חייבים" - ר"ל אפילו לענין אם נפלה בהמה ומתה כיון דיש במעשה דכל אחד כדי להמית וכח דכולם מעורבים בו, סמ"ע (כא).

סעיף טז

חפר בור 10 טפחים ובא חבירו והרחיב את הבור. מי חייב לשלם, וכמה?

נא: "בעא מיניה רב שיזבי מרבה הרחיבה מהו א"ל הרי מיעט הבלא (ותבא לו ברכה, רש"י) א"ל אדרבה הרי קירב הזיקא, אלא אמר רב אשי ניחזי אנן אי בהבלא מיית הרי מיעט הבלא אי בחבטה מיית הרי קירב הזיקא איכא דאמרי אמר רב אשי ניחזי אנן אי מההיא גיסא נפל הרי קירב הזיקא ואי מאידך גיסא נפל הרי מיעט הבלא". כתב הטור שהרא"ש פסק כלישנא בתרא, ואילו הרמב"ם (יב,ג) פסק כתרי לישני (לקמן), והקשו עליו הטור וה"ה דתימה דודאי פליגי אהדדי דלישנא קמא אין חילוק מאיזה מקום נפל וללישנא בתרא אין חילוק בין אם מת בחבטה או בהבלה.

וז"ל השו"ע כרמב"ם "חפר הראשון בור עמוק, ובא האחרון והרחיבו, ונפל לתוכו שור ומת (סמ"ע): מיירי בבבא זו כשנפל מצד שלא הרחיב וכדמסיק -) אם מחמת הבלו מת האחרון פטור, שהרי מיעט הבלו, ואם מחמת חבטו מת, האחרון חייב, שהרי הקריב היזק בור זה. וכן אם נפל השור מאותו הצד שהרחיב האחרון, חייב, שהרי הקריב היזק בור זה אף על פי שמת מן ההבל, ואם מהצד שחפר הראשון נפל, הראשון חייב, שזה האחרון מיעט הבלו" והרמ"א פסק ברא"ש "וי"א דאין חלוק בין מת בהבלא

או בחבטא, רק אם נפל מצד שהרחיב חייב בכל ענין (אף כשמת מההבל ודלא כבבא א', סמ"ע), ואם נפל מצד השני, האחרון פטור בכל ענין".

הב"י יישב דהרמב"ם הרגיש בקושית התוס' על ל"ק שהקשו "אי בהבלא מיית, הרבה הוא תימה דנהי דמיעט הבלא מכל מקום אם לא דהרחיב לא היה נופל", והוסיף הב"י דכן קשה ללישנא בתרא כי נפל מאידך גיסא אמאי פטור אי מיית מחמת חבטה הרי כיון שעשה מעשה בבור אין ראוי ליפטר, ולכך ס"ל דהני לישני כל חד סמיך אחבריה ולא פליגי "ודברים נכונים הם".

הסמ"ע (כה) ביאר סברת הלישנא בתרא שפסקה המחבר בבבא ב' דאפילו מת מחמת הבלו חייב, דכיון דהוא פושע לענין שור זה עצמו דהיה ראוי למוות מחמת חבטה שקירב מיתתו לענין חבטה, תלינן נמי בו מיתת ההבל אע"פ שמיעט הוא ההבל, וכדכתבו הרא"ש והטור בסעי' כ"ד לענין אם פשע בשור לענין גמלים, אלא שאינו דומה ממש כיון דכאן נראה לעינינו דמיעט ההבל, ומשו"ה השיג הטור ארמב"ם.

באה"ג הקשה על פירוש הב"י ברמב"ם דרחוק הוא לחייב השני כשנפל השור בצד שלא הרחיב הוא שהרי לא בגרמת הרחיבו הבור נפל ולא נפל לתוך בורו שחפר כלל, ואין כאן שום קושיא אלישנא בתרא, ומה שהקשו התוספות אל"ק י"ל שהרמב"ם מפרש דל"ק איירי בשאינם יודעים מאיזה צד נפל לכן אם מת מחמת הבלא אין השני שהרחיב חייב מספקא שמא מצד שהרחיב נפלה כיון שהספק הוא בגרמי דנזקין שהרי מיתתה מחמת ההבל לא היה בגרמתו פטור אבל אם מת בחבטה כיון שהוא ספק מאיזה צד נפל ומת גם הוא חייב בתשלומין ושניהם משלמין הנזק, ומש"כ הרמב"ם ברישא האחרון חייב היינו אף האחרון, וכיוצא בזה מבואר לקמן סעי' כ"ה, ומש"כ בסיפא ואם מן הצד שחפר הראשון נפל הראשון חייב שזה האחרון מיעט הבלו ואצ"ל אם מת מחמת חבטו שהשני פטור הרי לא נפל ולא נחבט במקום שחפר האחרון.

סעיף יז

ע"פ נ: וכשמואל דהלכתא כוותיה בדיני פסק **בשו"ע** כלשון **הרמב"ם** "בור שחייבה עליו תורה אפילו לא מתה הבהמה אלא מהבלו, ואין צריך לומר אם מתה מחבטו, (נא: -) לפיכך אם היה עומק הבור כרחבו, אין לו הבל, ואם לא נחבטה בו הבהמה ומתה, פטור. היה עומקו יותר על רחבו, יש לו הבל, ואם מתה בו הבהמה חייב, אע"פ שלא נחבטה בקרקעיתה (כגון שהיו בתוכו ספוגין שהן רכים ואינה ניזוקה מחבטתה עליהן, טור)".

עמש"כ 'אפילו לא מתה' וכו' תמה **הסמ"ע** (כז) בדקדוק לשונם, דהא רב ס"ל דלא מיחייב משום בור אא"כ מתה מהבל הבור ולא מהחבטה כיון דהוא קרקע עולם, אם לא שהבור ברשותו סמוך לרשות הרבים דאז קרקעית הבור דידיה היא, ולשמואל חייב נמי אם מתה בחבטה וק"ל כוותיה, והנה לרב לא אתי דהא ס"ל דפטור אם מתה בחבטה, ולשמואל ולהלכה ה"ל למימר **איפכא - אפילו מתה בחבטה ואין צ"ל בהבלא**, וי"ל דלסברת שמואל מאחר דחייבה התורה אחבטה אף שהוא קרקע עולם, תו יש סברא לחייבו יותר ע"י חבטה דיש בו מעשה, טפי ממתה ע"י הבל הבור דאין בו אלא כעין גרמא, ומש"כ 'לפיכך אם היה עומק הבור כרחבו וכו' פטור' ביאר (כח) דהטעם דהוי מתה באונס שלא כדרך מיתת הבהמות ולא היה כאן לא חבטה ולא הבל, והאי 'לפיכך' נמשך לבבא ב', והכי קאמר כיון דחייב על הבלא בלא חבטה לפיכך אם היה עומקו יותר וכו' חייב.

סעיף יח

[מה דין בור ב' טפחים לנזיקין?]

ע"פ נ: וכשמואל (דאע"ג דאין כאן הבל מתה מחמת חבטה, סמ"ע) פסק **בשו"ע** כלשון **הרמב"ם** "עשה תל גבוה בר"ה, ונחבטה בו הבהמה ומתה, אם היה גבוה י' טפחים חייב לשלם, ואם היה פחות מ"י, פטור על מיתת הבהמה, אבל אם הוזקה בלבד חייב לשלם נזק שלם, ואפילו בתל גבוה כל שהוא או בחפירה כל שהוא, שהנזק בכל שהוא דבר מצוי וידוע, ואין המיתה בכל שהוא מצויה והרי הוא כמו אונס (גר"א: **תוספתא** דשיעורו להזיק כל שהוא ולמיתה י', ובש"ך: משמע בלשונם וכן מוכח ברמ"א תיד/ב דאף פחות מג"ט ודומיא למוציא זבלים ואילו הרש"ל סובר דכל פחות מג' טפחים הוא כארעא סמיכתא ופטור דלא מיקרי בור, וצ"ע לדינא)".

הסמ"ע (ל) התקשה בלשונם דלענין אם נחבטה בתל עצמו אין צריך גבוה עשרה דהא אפילו נתקלה הבהמה בקרקע עולם והוזקה באבן ומתה חייב וכריש סימן הבא, וגם ה"ל לכתוב רבותא כאן דאפילו לא נחבטה בתל אלא בקרקע עולם, ואילו לשון הטור אתי שפיר שכתב אם עשה תל ברשות הרבים גובה י' ועלה עליו שור ונפל לארץ ומת חייב.

סעיף יט

ע"פ **נב. ונד:** פסק בשו"ע "וכן אינו חייב על מיתת הבהמה בבור (בין שמתה בחבטה בין בהבל) או על חבטתה בתל (דבזה לא שייך הבד ובכך מבואר שינוי הלשון כאן, סמ"ע), אלא אם היתה הבהמה קטנה או חרשת או שוטה או סומא או שנפלה בלילה, אבל אם היתה פקחת ונפלה ביום ומתה, פטור, שזה כמו אונס, מפני שדרך הבהמה לראות ולסור מהמכשולות".

סעיף כ

ע"פ **משנה נב.** וגמ' **נד. כז:** כתב הרמב"ם וכ"פ בשו"ע "וכן אם נפל לתוכו אדם ומת אפילו היה סומא או שנפל בלילה, בין שהיה בן חורין או עבד ה"ז פטור (שור ולא אדם) והיינו דוקא במיתה דקרא זה במיתה איירי כדכתיב בו 'והמת יהיה לו', ואם הוזק בו האדם (רמב"ם -) או הבהמה הפקחת - חייב נזק שלם {ויש אומרים (ראב"ד, רשב"א) דבהמה פקחת פטור אפילו מנזקין אם נפל שם ביום}."

כתב ה"ה דחיוב נזקי הבהמה הפקחת לא נתבאר בגמ' והראב"ד השיג בזה על הרמב"ם, ונראה שיצא דין זה לרמב"ם מדף כז ע"ב דאמרינן 'לפי שאין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים' וכ"ש בהמה שאין בה דעת וכשמיעטו בהמה פקחת ביום לא מעטוה אלא מן המיתה בדוקא שהפקחות מעיינות ונשמרות ממכשול גדול שיש בו סכנות נפשות אבל אינם שומרות עצמן כ"כ מן הנזיקין ולפיכך חייב בעל הבור, ואפשר שהראב"ד והרשב"א ס"ל שאדם שהוא בעל מחשבה הוא שאינו מתבונן בדרכים אבל בהמה דרכה להתבונן הלכך ה"ל כאונס ופטור.

[בקצות (א) האריך בקושית התוס' ב"ק י' על הלימוד בדף נ"ג שור ולא אדם' דתיפוק ליה מ'והמת יהיה לו' כדפטרין בשור פסולי המוקדשין ומת אסור בהנאה דדריש].

סעיף כא

ע"פ **משנה נב.** וגמ' **נג:** פסק בשו"ע "נפלו כלים בבור והוזקו או נשתברו פטור, שנאמר ונפל שמה שור או חמור שור ולא אדם, חמור ולא כלים, ולא נתמעט אדם אלא ממיתה, אבל אם הוזק בו חייב (כת"ק -) אבל על הכלים פטור בין אם נשברו לגמרי בין אם הוזקו (דשבירתן היא מיתתן, ודלא כרבי יהודה ש'או' לרבות את הכלים)", וכתב הסמ"ע (לד) בשם הטור דאפילו נפל שם השור עם הכלים ומת השור ונשתברו הכלים חייב על השור ופטור על הכלים.

סעיף כב

ע"פ **משנה נב.** פסק בשו"ע "כסהו כראוי אע"פ שהתליע מתוכו ונפל לתוכו שור ומת פטור, שנאמר ולא יכסנו הא אם כסהו, פטור", וכתב הסמ"ע (לה) דקמ"ל דלא תימא דעליו לסתמו בעפר באופן שלא יוכל להגיע ממנו היזק.

סעיפים כג - כד

כג: כלישנא בתרא וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "גד) כסהו בדבר שיכול לעמוד בפני שוורים ואינו יכול לעמוד בפני גמלים, והלכו עליו גמלים ונתרועע, והלכו עליו שוורים ונפלו בו, אם אין הגמלים מצוים באותו מקום הרי זה פטור, מפני שזה אונס {מיהו אם נפל בתוכו גמל אפילו פקח חייב, דהואיל וראהו מכוסה עבר עליו (תוס'), דאפילו לא שכיחי גמלים כלל יש לחוש שמא יבואו גמלים ויפלו אבל אין לחוש שירעו גמלים ואחר כן יפלו שוורים, ובאה"ג חלק דבמקום שאינם מצויים גמלים כלל פטור} ואם יבאו שם גמלים, אפילו לפרקים, חייב. (כד) התליע מתוכו ונפלו בו שוורים, אע"פ שהגמלים מצויים שם תמיד והרי הוא פושע לגמלים, הואיל ומחמת שהתליע נפלו בו השוורים פטור (דה"ל אונס שלא בא מחמת הפשיעה ופטור), וכן כל כיוצא בזה {ויש מחלקין (ר"י) הא דפטור בכהאי גוונא דוקא שאם היו

עוברים הגמלים היו נופלים עם הכיסוי, דאז לא פשע כלל לגבי שוורים, דאם יעברו גמלים יפול הכיסוי, ולא יעברו שוורים פקחין כי יראו שאינו מכוסה, אבל אם הוא שאם יעברו הגמלים לא יפול הכיסוי רק יתרועע, ואם יעברו אחר כך שוורים יפלו, חייב אף בהתליע מתוכו, דהואיל ופשע לגבי שוורים חייב אף בהתלעה (כלומר כיון דפשע לענין השור זה עצמו דהרי זה השור שנפל כאן מחמת התלעה ג"כ היה נופל שם אם היה שעברו שם גמלים וקלקלו הכיסוי כיון דפשע מתחילה בשור זה עצמו אף שבסופו היה האונס מחמת התלעה ונראה דאינו מחמת הפשיעה מ"מ כל שפשע מתחילה באותו דבר עצמו כל מאי דאפשר לתלות בו תלין אף בחשש רחוק ותלין לומר שאם היה מכסהו בכיסוי חזק שראוי לעמוד לפני הגמלים לא היה נתלע, סמ"ע ע"פ הטור)".

סעיף כה

בור של שותפין מי חייב עליו: (וראה גם סע' ג')

משנה נא. (ג"י רש"י) "בור של שני שותפין עבר עליו הראשון ולא כסהו והשני ולא כסהו השני חייב (והראשון פטור ובגמ' מוקי לה בשהניחו ראשון לשני משתמש ודולה כשהלך לו, רש"י), וכתב הרא"ש שהרי"ף גורס הראשון חייב ואין חילוק בין שתי גירסאות הללו דלפירוש רש"י השני חייב כשהניחו משתמש הא לאו הכי שניהן חייבין ולגירסת הרי"ף ה"פ אף הראשון חייב דלא תימא שני שעבר עליו באחרונה חייב דכיון שעבר עליו לבדו עליה דידיה רמי לכסוי.

נא: "עבר עליו הראשון ולא כסהו, וראשון מאימת מיפטר רבה ורב יוסף.. חד אמר משמניחו משתמש וחד אמר משימסור לו דליו. כתנאי המדלה מים מן הבור ובא חבירו ואמר לו הנח לי ואני אדלה מים כיון שהניחו משתמש פטור רבי אליעזר בן יעקב אומר משימסור לו דליו (והלכתא כוותיה בפוסקים) במאי קמיפלגי רבי אליעזר בן יעקב סבר יש ברירה האי מדידיה קא ממלא והאי מדידיה קא ממלא ורבנן סברי אין ברירה", וז"ל הרמב"ם "עבר עליו הראשון ולא כסהו השני ולא כסהו הראשון חייב עד שימסור דליו לשני", וכתב הטור דלא נהירא אלא שניהן חייבין עד שימסור דליו לשני, והב"י תמה על הטור שתמה על הרמב"ם ולא תמה על הרי"ף שגם הוא גורס הראשון חייב ואי ניחא ליה לרי"ף משום דאיכא למימר דאף הראשון חייב קאמר וכדפירש הרא"ש ה"י יפרש כן לדעת הרמב"ם ז"ל ולא יכתוב עליו דלא נהירא.

רש"י פירש "וראשון מאימת מיפטר דנטעון על השני היתה השמירה דפשיטא לן דהני עבר דקתני מתניתין נשתמש קאמר דאי כדקתני מתניתין שעברו עליו שניהם זה אחר זה אמאי ראשון פטור הרי גם הוא פשע. דליו. כיסוי הבור לכסותו שהראשון פתחו ודלה ובא שני ומצאו ומסר לו ראשון אותו כיסוי הבור", וכתב הב"י דאין נראה כן מדברי הפוסקים.

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "בור של שני שותפין, ועבר עליו הראשון ולא כסהו, השני ולא כסהו, הראשון חייב, עד שימסור דליו לשני {וי"א (טור) דשניהן חייבין עד שימסור דליו לשני} ומשמסר דליו לשני לדלות ממנו נפטר הראשון, ונתחייב השני לכסותו", וכתב הסמ"ע (לט) דמלשון הרמ"א משמע דס"ל ד'הראשון' חייב דכתב הרמב"ם ר"ל דחייב הראשון לבדו (עיי"ש שהאריך להוכיח זאת גם מלשון הרמב"ם עצמו) ולא כב"י שתמה על הטור עבור זה.

כתב הסמ"ע (מ) דמשמע ברמב"ם והמחבר דפירשו דליו מלשון דלי וכן פירש ר"ח, אבל רש"י והטור פירשו דליו כיסוי הבור.

סעיפים כו – כח

משנה נב. "כסהו הראשון ובא השני ומצאו מגולה ולא כסהו השני חייב" ובגמ' "וראשון עד אימת מפטר אמר רב בכדי שידע ושמואל אמר בכדי שיודיעוהו ורבי יוחנן אמר בכדי שיודיעוהו וישכור פועלים ויכרות ארזים ויכסנו" ופסקו הפוסקים כר' יוחנן.

וז"ל השו"ע כרמב"ם "כסהו הראשון ובא השני ומצאו מגולה ולא כסהו, השני חייב, ועד אימתי יהיה השני חייב לבדו, עד שידע הראשון שהבור מגולה (ודלא כראב"ד שהשיג דאין בגמרא עד שידע הראשון) אלא 'כדי שידע' משמע שיעור מנהגו שחוזר לדלות מבורו), וכדי שישכור פועלים ויכרות ארזים ויכסנו, וכל שימות בו תוך זמן זה, הרי השני לבדו חייב בו (כלומר חייב מיד, כן דעת הרמב"ם ורש"י), וכל

שימות בו אחר זמן כזה, שניהם חייבים לשלם, שהרי שניהם פשעו בו {וי"א (תוס' ורא"ש) דגם לשני נותנין זמן עד שישכור פועלים ויכרות ארזים, אלא שאינו צריך הודעה (דהא מיירי שכבר ידע, דהא מתחילה כתב ובא השני ומצאהו מגולה, סמ"ע)}. (כז) יש מי שאומר (רמ"ה) שאם אינו מוצא לקנות ארזים אלא ביוקר, צריך להמתין לו עד שימצא לקנות בשיוויים (מדקאמר 'ולכרות ארזים'). (כח) (רמ"ה -) כל הנזקים, אם הוא דבר שאין דרכו בעצמו לסלקו, אין מחייבין אותו לסלקו עד שישכור פועלים (מדקאמר 'וישכור פועלים'), והני מילי דאניס, כגון בור שכסהו כראוי והתליע, אבל בור שהניחו מגולה, פושע הוא ולא לתר חייב בנזקיו".

סעיף כט

ע"פ מימרא דרבינא ל. פסק בשו"ע "המכסה בורו בדליו של חבירו, ובא בעל הדלי ונטל דליו, בעל הבור חייב", וכתב הטוב דאין בעל הדלי צריך להודיעו, הובא בסמ"ע (מד), ועוד כתב דיש ליישב מתשובת הרא"ש שפסק הרמ"א שפגב שחייבו בסומך חביתו ברה"ר באבן של חבירו ובא חבירו ונטל אבנו ונשברה החבית מיד, דה"ל כהזיקו בידים, משא"כ כאן בגילה הבור דאין ההיזק בא מיד אלא לאחר זמן כשתפול שם בהמת חבירו וגם לא ברי כל כך היזקו.

סעיף ל

ע"פ הרמב"ם (יב,ח) פסק בשו"ע "המוסר בורו לשומר חייב בנזקיו (נלמד הברייתא דלקמן, גר"א), (ברייתא י. -) ואם מסרו לחרש שוטה וקטן, אע"פ שהיה מכוסה, הרי הבעלים חייבים, שהבור עשוי להתגלות ואלו אין בהם דעת" והראב"ד השיגו דמייירי דווקא בלא מכוסה כראוי, וכתב ה"ה שהרשב"א הכריע כרמב"ם שאפילו מכוסה כראוי חייב אליבא דחזקיה דהלכתא כוותיה לגבי רבי יוחנן דרביה הוה וכמוכרח בסוגיא שם.

כתב הסמ"ע (מה) לבאר דהדין הכא כמוסר שורו ביד חש"ו דסימן שצ"ו דאפילו היה קשור בחבל מחשב פשיעת בעלים משום שדרך השור להתיר הקשר, ופירשו התוס' דר"ל דחש"ו בעצמן יתירוהו, ונראה דה"ה כאן י"ל כיון דלאו בני דעת נינהו חיישינן שיגלו לבור הי"עשוי להתגלות".

סעיף לא

משנה נב. "נפל לפניו מקול הכרייה חייב לאחריו מקול הכרייה פטור", ובגמ' נב: "אמר רב לפניו לפניו ממש לאחריו אחריו ממש, וזה וזה בבור, רב לטעמיה דאמר רב בור שחייבה עליו תורה להבלו ולא לחבטו, ושמואל אמר בבור בין מלפניו בין מלאחריו חייב שמואל לטעמיה דאמר להבלו וכל שכן לחבטו אלא היכי דמי לאחריו מקול הכרייה דפטור כגון דנתקל בבור ונפל לאחורי הבור חוץ לבור.. אמר מר נפל לפניו מקול הכרייה חייב ואמאי נימא כורה גרם ליה אמר רב שימי בר אשי הא מני רבי נתן היא דאמר בעל הבור הזיקא קא עביד וכל היכא דלא אפשר לאשתלומי מהאי משתלם מהאי".

ע"פ הפוסקים דפסקו כשמואל כתב בשו"ע (ודלא כרמב"ם הנראה בו שפסק כרב כאן וסותר דבריו ונראה שהיה שיבוש המעתיקים, ה"ה וב"י) כלשון הטור "בור שכרוי ועומד, ונכנס בו אדם להרחיבו או להעמיקו, ועמד שור על שפתו ונבעת מקול הכורה ונפל לתוכו, בין לפניו בין לאחריו, חייב בעל הבור, אפילו השור פקח וביום (רש"י), ואף דאמרינן בדף נ"ד דבפקח בעל הבור פטור דאיבעי עיוני ומיזל הכא חייב שקול הכרייה בעתתו, ודלא כתוס' שהעמידו בשור שוטה או מהלך בלילה), שהכורה פטור שאינו אלא גרמא, וכיון שאי אפשר להשתלם ממנו, ישתלם מבעל הבור, אבל אם נבעת השור מקול הכורה ונפל לאחורי הבור, פטור (סמ"ע): נקט כאן לשון הרמב"ם, ובטור כתב דנבעת מקול הכורה ונתקל בבור ונפל והטעם דפטור כיון דקרקע עולם הזיקתו, והוא דומה לנתקל באבן וניזק בקרקע דפטור כבסימן תיא/א".

סעיף לב

נג. "שור שדחף את חבירו לבור בעל השור חייב בעל הבור פטור, רבי נתן אומר בעל השור משלם מחצה ובעל הבור משלם מחצה והתניא רבי נתן אומר בעל הבור משלם ג' חלקים ובעל השור רביע לא קשיא הא בתם הא במועד, ובתם מאי קסבר.. אמר רבא רבי נתן דיינא הוא ונחית לעומקא דדינא לעולם קסבר האי כוליה הזיקא עבד והאי כוליה הזיקא עבד ודקא קשיא לך לשלם האי פלגא והאי פלגא משום

דאמר ליה בעל השור לבעל הבור שותפותאי מאי אהניא לי, איבעית אימא לעולם קסבר האי פלגא הזיקא עבד והאי פלגא הזיקא עבד ודקא קשיא לך בעל הבור משלם פלגא ובעל השור משלם רביע ואידך ריבעא נפסיד משום דאמר ליה בעל השור לבעל הבור אנא תוראי בבירך אשכחיתיה את קטלתיה מאי דאית לי לאשתלומי מהיאך משתלמנא מאי דלית לי לאשתלומי מהיאך משתלמנא ממך".

וז"ל השו"ע כפוסקים כרבי נתן דדיינא הוא ומתניתין כוותיה (ה"ה) "שור שדחף בהמה לתוך הבור ומת, אם מועד הוא, בעל הבור משלם מחצה ובעל השור מחצה, ואם תם הוא בעל השור משלם רביע מגופו ובעל הבור משלם ג' חלקים מהיפה שבנכסיו שבעל הנבילה אומר לבעל הבור פחת נבילה זו יש לי אצלך אף על פי שהיא גדולה ופקחת כיון שנדחפה (סמ"ע): דהיה לבעל הבור לאסוקי אדעתיה שמא ידחפנו אותו שור שם ויגרום בורו היזק לבעל השור) ה"ו כמי שנפלה בלילה כל שאני יכול להוציא מבעל השור אני מוציא והשאר אתה חייב לשלמו".

סעיף לג

שם "אמר רבא הניח אבן ע"פ הבור ובא שור ונתקל בה ונפל בבור באנו למחלוקת ר' נתן ורבנן..", וז"ל השו"ע "וכן המניח אבן על פי הבור ובא השור ונתקל בה ונפל לבור ומת, המניח את האבן משלם מחצה, ובעל הבור מחצה".

סעיפים לד - לו

שני בני אדם דחפו אדם שלישי לבור האדם הזוק ונשתברו כליו מה הדין במזיד ומה הדין

בשוגג?

נג: "אמר רבא שור ואדם שדחפו לבור לענין נזקין כולן חייבין לענין ארבעה דברים ודמי ולדות אדם חייב ושור ובור פטור".

וז"ל השו"ע כלשון הטור "אם אדם ושור דחפו שור אחר לבור, (תוס' -) והיה אדם שלא בכוונה שאם היה בכוונה היה בעל הבור פטור (דאטו אם ישים אדם טליתו של חבירו באש מי מיחייב בעל האש) - שלשתן חייבים (טור וכתב הב"י דפשוט -) אם השור מועד משלשים ביניהם ואם הוא תם, משלם השתות והמותר ישלמו ביניהם האדם ובעל הבור. (לה) אם דחפו (אדם ושור) אשה ויצאו ילדיה, האדם לבדו חייב הכל (דאי ליכא וכו') ושור ובור פטורים (שור ד'אנשים' ולא שוורים, ובור למדנו בסעי' כ' 'אדם' ולא כלים). (לו) אם דחפו (אדם ושור) בו (בבור) אדם והזוק, שלשתם חייבים בנזק (ד'שור' ולא אדם בקטלא מיירי) ואדם לבדו חייב בשאר דברים ('איש' בעמיתו), ואם דחפו בו כלים ונשברו אדם ובעל השור חייבים (בכל כרבי נתן), ובעל הבור פטור ('חמור' ולא כלים)".

כתב הש"ך (ג) דהא דחייב בבושת בסיפא אף דע"כ איירי שדחפו שלא בכוונה וכסעי' ל"ד, צ"ל כמש"כ התוס' כגון שידע האדם בשעת נפילת חבירו וחשיב בכוונה, ודלא כרש"ל דפסק דפטור מבשת א"כ שבתחלה דחפו השור ואח"כ בא האדם להוסיף עליו, ודבריו דחוקים.

כתב הקצות (ב) דיש להסתפק באדם ושור שדחפו שור אחר לבור והיה אדם בכוונה באיזו אופן ישלמו, והעלה דבזה ישלם האדם חציו והשור והבור חציו, דהאדם לית ליה שותף אלא השור, ומחציתו השני שור רביע ובור רביע [ולפי"ז אפשר לומר דהא דאמר רבא אדם ושור ובור שלשתן חייבין היינו דכולן חייבין אבל אין משלשין ביניהם, וא"כ שפיר מצי איירי אדם בכוונה, דהא בשור תם ודאי אין משלשין ביניהם אלא שכולן חייבין וה"נ כולן חייבין והאדם מחציתו והשור והבור מחציתו השני, אלא דנראה מדברי תוס' כל שהיה אדם בכוונה פטור בעל הבור לגמרי וצ"ע].

סעיף לו

מה הדין כאשר לאחד מן המזיקים אין כסף לשלם עבור הנזק?

שני גנבים או שני מזיקים שחייבים ואי אפשר לפרוע מאחד, האם ניתן להפרע הכל רק

מהשני?

מה הדין כאשר שור תם ושור מועד דחפו לבור והשור התם ברח?

כתב השו"ע "יש מי שאומר (רמ"ה) הוא הדין (דרבי נתן) לשנים שהזיקו ושניהם בני חיובא אלא שהאחד ברח או שאין לו במה לשלם, משתלם מהאחר עד שיעור מה שהיה הוא חייב על נזק זה אילו עשאו לבדו (אבל טפי לא, טור), ויש חולקין (הר"ר חזקיה, וכן הלכה דכן סוברים מהר"ם ורש"ל, ש"ך) דכיון דחבירו מדינא בר תשלומין אלא שאין לו מה לשלם, למה יפרע זה בשבילו (דלא מחייב ר' נתן היכא דליכא לאשתלומי מאידך אלא היכא שפטור מדינא דכיון שהתורה פטרה אותו שעמו והוא עשה כל הנזק צריך לשלם אבל אם שותפו בר תשלומין אלא שאין לו לשלם למה יפרע הוא בשבילו). (הג"א אשר"י וטור -) ולפי זה שור שדחף בהמה לבור, האידינא אינו משלם אלא ג' חלקים, אע"פ שהשור פטור אף מהרביע, שהרי אין דנין דיני קנסות, אין בעל הבור משלם אותו בשבילו (והרביע מפסיד הניזק דליכא למימר הכא כיון דליכא לאשתלומי מהאי וכו') דהא איכא מקום לאשתלומי מיניה מדינא היכא דתפס, ב"ח".

עמש"כ הטוש"ע בשם הרמ"ה דחייב דווקא עד שיעור מה שהיה חייב ביה אהאי נזקא היכא דהוה עבד ליה איהו לבדו אבל טפי לא, כתב הסמ"ע (נז) דיש לכו' לפרש דר"ל משום דלפעמים נחבט וניזק יותר מדחיפת שנים מבדחיפת אחד, ובא לומר דבכה"ג אין האחד צריך לשלם כל הנזק הנעשה ע"י שניהן כיון דאין האחד יכול להזיקו כל כך (וכן עיקר, קצות ג'), אבל קשה דהאי טעמא שייך גם בדחפו כלים לבור ונשברו, דאי לאו בור לא היו נשברים הכלים מדחיפת האדם, ואפ"ה קאמר בסעי' ל"ו דצריך האדם לשלם כל נזקי הכלים, וכתב דלכן נראה דלא אתי לאפוקי אלא כגון אדם ושור שדחפו אדם והזיקוהו שנתבאר שבדמי הזיקו המה משותפים ובשאר ד' דברים האדם צריך לשלמן לבדו, ולימדונו כאן דאם ברח האדם אזי על בעל השור חיוב לשלם כל דמי נזקו כאילו הזיקו לבדו אבל שאר ד' דברים אין צריך לשלם עבור האדם שברח, ואע"ג דבעל השור עומד בחיוב התשלומין בעד האדם, לא אמרינן דעומד במקומו בכולו, משום דאף אם היה מזיקו השור לבדו לא היה חייב לשלם.

הקצות (ג) הביא דעה ג' והיא שיטת הרמב"ן דאפילו היכא דאחד לבדו לא היה יכול לעשות כולה היזקא נמי אמרינן ביה דינא דר' נתן, עיי"ש מה שדן בה.

כתב **הקצות (ד)** דנראה דגבי קרן תמה כיון דק"ל הוחלט השור ודאי לית ביה משום דינא דר' נתן דהא ק"ל כיחש מזיק ברשותא דתרווייהו דשותפי נינהו, וא"כ ה"ה בזה שברח האחד אין השני משלם משום דינא דר' נתן כיון דשותפי נינהו והו"ל כאילו כבר גבה כיון דמדינא חייב, ותדע דאי נימא כה"ג בשני שוורים שהזיקו והאחד ברח דשני משלם הכל א"כ כיחש מזיק נמי לשתלם מהבשר הנשאר משום דינא דר' נתן, אלא ודאי כיון דחייב מדינא הוחלט השור לניזק ונאבד, ברשות הניזק הוא כיון דהו"ל כאילו כבר גבה ונאבד מידו, וא"כ בקרן תמה לא שייך דינא דר' נתן היכא דחייב מדינא אפילו לדעת הרמ"ה ומוהר"ם, ויש לומר דהר"ר חזקיה נמי ס"ל כשיטת הרמ"ה ולא קשה מה שהקשה בשמו הטור (לעיל) דעד כאן לא קאמר הרמ"ה אלא היכא שהחיוב על המזיק אבל בקרן דיוחלט השור אין לו אלא שורו ואם נאבד או ברח אינו גובה מהשני דהו"ל כאילו כבר גבה ונאבד, ואע"ג דקנס אין לו אלא משעת העמדה בדין מכל מקום נפחת ברשות ניזק, ולפי"ז רצה לומר שגם רש"י ס"ל כרמ"ה [ועיי"ש שהאריך לדון בדברי ההג"א אשר"י גבי ראובן שהרג את שמעון אע"פ שחייב מיתה משלם דמים ליורשין בבא לצאת ידי שמים אי נמי אי תפסי יורשין לא מפקינן מינייהו].

בנידון בשאלה בשור תם ושור מועד שדחפו לבור והשור התם ברח יש לציין לסעי' ל"ד "אם אדם ושור דחפו שור אחר לבור.. שלשתן חייבים אם השור מועד משלשים ביניהם, ואם הוא תם, משלם השתות והמותר ישלמו ביניהם האדם ובעל הבור", ולפי כל הנ"ל י"ל שמעיקר הדין בנידון דידן היה לתם לשלם שתות והשאר יחלקו הבור והמועד, אלא שאם ברח התם לפי פסיקת המחבר אין להם לשלם חלקו.

מה הדין בנזק שנעשה ע"י שנים ואין ידוע על ידי מי נעשה הנזק? (ראה שפ"ג) מה יהא הדין במקרה הנ"ל באחד שאין לו לשלם?

בסימן שפ"ג מצינו שהשו"ע פסק ע"פ התוספתא שבמקרה הנ"ל שאינו ידוע ע"י מי נעשה הנזק כולם משלמין בשוה, והקצות שם נשאר עליו בצ"ע. במקרה שברח אחד שמא יש לומר שגם הרמ"ה דהכא יודה שלא יוכל הניזק לגבות מהשני.

האם דנים היום דיני בור? הוכח.

מבואר בסיפא דהטור ושו"ע הכא שדנים היום דיני בור, וכן הוא בהג' אשר"י, ובגר"א הביא ראיה מדף כ"ז ע"ב דנידון שם בניזוק בחבית וחייב רבא בפומבדיתא ודוחק לומר דמיירי בתפס, והטעם דכיון דשכיח מגבינן בבבל, אולם יש לציין לש"ך בסימן א' שכתב בשם המהרש"ל דלא דנים אש ובור כיון דלא שכיח, אולם הקצות שם (ב) כתב שמדברי התוס' נראה דס"ל דדנין, וכ"כ בפת"ש בשם משפטי יעקב להוכיח מכמה סוגיות שדנין וכן משמע מסתימת כל הפוסקים שכתבו כל דיני אש ובור ולא זכרו כלל שאין דנין בזה"ז כמו בנזקי קרן, וכ"פ בערוה"ש.

סעיף לח

ע"פ ברייתא ערכין ז. וב"ב קעה: כתב הרמב"ם וכ"פ בשו"ע "החופר בור ברשות הרבים ונפל עליו שור והרגו, בעל השור פטור (דאיהו גרם ההפסד לנפשו בחפירתו, סמ"ע), ואם מת השור נוטל בעל השור דמי שורו מיורשי בעל הבור (ואוקימתות דב"ב הם אליבא דמאן דאמר מלוה על פה אינה גובה מן היורשים ואין הלכה כן, ה"ה)".

סימן תיא - תולדות הבור כגון אבנו סכינו ומשאו שהזיקו

סעיף א

מי שהניח על אדן החלון סיר עם שמן, לאחר כמה שעות ירדו גשמים והסיר התמלא וגלש ונשפך על בגדי האנשים ברחוב וניזוקו בגופם, האם חייב השכן בנזקים וכו'?

ע"פ ג. ו. כתב השו"ע "תולדות הבור, אבנו סכינו ומשאו וכיוצא בהן שהניחם בר"ה והזיקו במקומם (משא"כ אם הזיקו דרך הליכתן או נפילתן מן הגג דה"ל תולדה דאש דמזיק דרך הילוכו לניזק העומד במקומו וכסימן תי"ח, סמ"ע) בין הפקירן או לא הפקירן (דאי אפקרינהו בין לרב בין לשמואל היינו בור ואי לא אפקרינהו לשמואל הוי נמי בור ולרב הוי שור והלכה כשמואל), או שהניחם בראש גג ונפלו ברוח מצויה והזיקו במקומם אחר שנחו, שדומה לבור ממנו שמזיק במקום שמונח שם, לפיכך יש לו כל דיני בור לחייב נזק שלם מתחלתו על מיתת בהמה או הזיקה ועל נזקי אדם (כרא"ש), בין נתקל באבן והוזק באבן בין נתקל בקרקע והוזק באבן, אבל אם נתקל באבן והוזק בקרקע, פטור {ופטור} בו ממיתת אדם ונזקי כלים (דקרקע עולם הזיקתו ודומיא לסימן תי"ח בנתקל בבור ונפל אחורי הבור והוזק, סמ"ע), וכן אם הניחם ברשותו והפקיר רשותו ולא הפקירם, ונתקל בקרקע וניזק בתקלה זו והוזק, חייב בעל התקלה (ואילו הפקירם גם כן היה פטור וכסימן תי"ו בחופר בור ברשותו ואח"כ הפקיר בור ורשותו דסביבו, סמ"ע)".

כאמור פסק המחבר כרא"ש דיש לאסו"מ כל דין בור, וז"ל הרא"ש (א, א) "ויש מן הגדולים שכתבו דלא מחייב אלא מה שחייב בשניהם ופטירי מנזקי כלים וממיתת אדם כמו בור ומטמון כמו באש דכיון דאתו במה הצד יהבינן להו הקל שבשניהם ויש שנסתפקו בדבר ולי נראה דכל דין בור יש להם.. דעיקר תלמודא הוא מבור לחודיה דבור גמור הם אבנו וסכינו ומשאו לבתר דניחי בין אפקרינהו בין לא אפקרינהו לשמואל דאמר כולו מבור למדנו".

לגבי הנידון בשאלה לעיל, הנה יש לומר שגשם הוא כרוח מצויה, ויש לחלק באיזה אופן ניזוקו האנשים, דאם בדרך השפיכה הוי אש (ו. "אי בהדי דקא אזלי קא מזקי היינו אש") וחייב גם על מטלטלין, ואם ניזוקו רק לאחר שנח והוי כאסו"מ בראש גגו והזיקו במקום שנחו דהו בור ופטור על מטלטלין, אך יש להוסיף לדון לפמ"ש"כ התוס' (ו. 'היינו בור') גבי הזיקו כותל ואילן בנפילתן שמדובר באופן שהזיקו בשעת נפילה בדרך הליכתם ואעפ"כ אמרה הגמרא שיש לחייב בהם מדין בור ואף שבור אינו הולך ומזיק ואלו הולכים ומזיקים ניתן ללמדם יפה מבור שהרי הם חמורים מבור והזיקם עדיף שהולכים ומזיקים, ומה שלא נקטה הגמ' דהוי אש ביאר הרא"ש (ראה לקמן תטז/א) כיון שהאש כח אחר מעורב בו ובלא אותו הכח לא היה הולך ומזיק משא"כ אלו נופלים מעצמם מחמת שהם רעועים בלא כח אחר יש לדמותם יותר לבור מלאש, וא"כ בנידון זה דסיר על אדן חלון שמא נחשבו רעוע ונדמהו לכותל

ואם כן דינו כבור אף אם הזיק בשעת הנפילה פטור על המטלטלין. עוד יש לדון דיש בזה מעט גרמא, דכאן התמלא ואז נשפך ולא שהניח את החפץ המסכן אחרים במקום המועד לפורענות ויש אם כן לעיין מדיני גרמא, ואולי הוא דומיא דכורה דסימן תי/לא דפטור משום גרמא, ועיין במשכנות ישראל גרוסמן (הוזכר בפסקי המשפט) שהסתפק בכלי שהונח על סולם ונפל והזיק לחפץ בבית אי הוי דינו כאש כאסו"מ או כיוון דבאסו"מ כח אחר מעורב בו ומשא"כ בכלי על סולם שאין דבר אחר מעורב בו ויש לחייב מדין בור, והקה"י בתשובתו אליו כתב דהוי אש דאיבוד שיווי המשקל של הכלי היתה סיבה לזה כרוח וכד', ועוד הסתפק שמא הוי פשיעה גמורה וחייב מדינא דגרמי ולא דווקא מחיוב ממונו (אך שם עיקר הפשיעה משום שבעל המלאכה הניח בשטח בעל הבית). עוד יש לציין לפת"ש בסימן תיח/ט שחייב בשתה טובאק על עגלה בזמן שישנה רוח שאינה מצויה ואף שלא נפח בו כלל.

סעיף ב

ע"פ כ"ז. פסק השו"ע "ואם נפלו ברוח שאינה מצויה והזיקו בשעת נפילה, או אפילו אחר נפילה כל זמן שלא היה לו פנאי לסלקם פטור (תוס' -) אבל לאחר מכאן חייב (דכבר אינו אנוס), ואי אפקרינהו פטור אפילו לאחר מכאן (כרבנן במפקיר נזקיו אחר נפילת אונס)".

סעיפים ג - ו

ע"פ הרא"ש (א,א) על ו. פסק בשו"ע (ג) אם הניחם בר"ה ולא הזיקו במקומם, אלא נתגלגלו למקום אחר על ידי רגלי אדם או רגלי בהמה, אם הזיקו דרך הלוכך על ידי רגלי אדם חייב המגלגל הכל, שהוא פושע בהזיק זה ובעל התקלה פטור (אע"ג דבדף כ"ז אמרינן דאין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים היינו לענין זה שאם שבר כלי שהיה מונח לפניו בלא התבוננות פטור אבל כולי האי אין לו להשתגע בהליכתו שיתזו הכלי ממקומו ויזיק דרך הליכתו ופושע הוא בהזיק זה ובעל התקלה פטור) (ד) אם גלגלם רגלי בהמה והזיקו בהילוכם חייב בעל הבהמה החצי, ובעל התקלה החצי (דומיא לדליל וגחלת בתחילת פרק ב' ושאני מהסעי' הקודם דהכא לאו בני דעה נינהו) (ה) אם התיזה הבהמה והזיקה דרך הלוכה משלם בעל הבהמה רביע ובעל התקלה שלשה חלקים (דהתיזו צרורות לבדו אינו משלם אלא חצי נזק וכאן דיש שותף עמו בחיוב הזיקו אין עליו חוב אלא חצי דמי חיובו דהיינו רביעית, והמותר על בעל התקלה מדרי' נתן). (ו) אם לאחר שנחו מגלגולם הזיקו הוה ליה בור וחייב בעל התקלה הכל (כסעי' א').

כתב הש"ך (א) על הנאמר בסעי' ד' בגלגלם רגלי בהמה וכו' דמשלמי חצי חצי דצ"ל דגילגלו ברשות הניזק דאי בר"ה פטורה, דהא הוי תולדה דרגל, ואין לומר דהוי משונה והוי תולדה דקרן דא"כ לא ישלם אלא רביע כמו בהתיזה בסעי' ה', ודוחק לומר דבמועד איירי כאן.

סעיף ז

ע"פ מימרא דרבא מח. פסק בשו"ע "הכניס שורו לחצר חבירו שלא ברשות והטיל בו גללים וטנפו כליו של בעל החצר, פטור בעל השור, דהוה ליה הנך גללים בור, ובור פטור בכלים, כמו שנתבאר בסימן שקודם זה (סעי' כא)".

סימן תיב - המניח הכד ברשות הרבים ונתקל בו אחר או טעון כד ונתקל ונשבר והשוּפך מים לרשות הרבים והזיקו

סעיף א

ע"פ מסקנת הגמ' כ"ז. (אמאי פטור לימא ליה איבעי לך עיוני ומיזל אמרי בבי רב משמיה דרב בממלא רשות הרבים כולה חביות ושמואל אמר באפילה שנוי ולמסקנה אמרינן 'לפי שאין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים') פסק בשו"ע "המניח את הכד ברשות הרבים, ובא אחר ונתקל בו ושברו, פטור, שאין דרך בני אדם להתבונן בדרכים, ואם הוזק בו, בעל הכד חייב (כר' יוחנן בכ"ט -) ואפילו הפקיר הכד שכל המפקיר נזקיו בדבר שאין לו רשות לעשות מתחלה, חייב".

סעיף ב

ע"פ עובדא בפומבדיתא דחייב רבא **בכז**: פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "הניח הכד במקום שיש לו רשות להניחו כמו במקום פנוי שלפני בית הבד ובא אחר ונתקל בו ושברו, חייב. ואם הוזק בו המהלך, בעל הכד פטור, מפני שהיה לו להסתכל (במקום השכיח כנ"ל). ואם היתה אפילה, או שמילא כל הדרך כדי (אך אפשר לסובב מהצד, סמ"ע, דלקמן איירי בממלא לגמרי), פטור על שבירתם (רע"א: דעת רש"ל לחייב באפילה), ואם נתקל בה והוזק בעל הכד חייב (ה"ה): אע"ג דלא קיי"ל כשמואל דסבר דדרכן של בני אדם להתבונן בדרכים כשאנו אפילה מ"מ מיניה נשמע לדידן להיכא דהניח הכד במקום שיש לו רשות להניחו שם שאם הוא אפילה אין דרך בני אדם להתבונן בו וחזר דינו כדין מקום שאין לו רשות להניחו (שם), וכן כל כיוצא בזה. (מימרא דרב זביד -) ואם מילא כל הדרך כדין שאי אפשר לעבור אפילו שברו בידים פטור, ומיהו אם בשעה ששיברם הוזק בחרסיה, פטור, אף על פי שזה מילא כל הדרך, דאיהו דאזיק אנפשיה".

סעיף ג

כתב הרא"ש ע"פ נד: (שור והוא פקח פטור מאי טעמא דבעי ליה עיוני ומיזל' דכיון שענינו למטה ואיבעי ליה לעיוני טפי מאדם) וכ"פ בשו"ע "ודוקא אדם אין דרכו להסתכל בדרכים, אבל בהמה שענינה למטה, דרכה לעיין אנה תלך, לפיכך אם נתקלה והוזקה בכד המונח בר"ה, פטור בעל הכד, ואם שברתו דרך הילוכה, הוה רגל ופטור (ברה"ר), דרך ביעוט הוה ליה קרן וחייב (חצי נזק כדין קרן, סמ"ע)".

סעיף ד

ע"פ משנה כח. ומסקנת הגמ' (אמר אביי בתרתי פליגי, פליגי בשעת נפילה דר"מ סבר נתקל פושע הוא ורבנן סברי לאו פושע הוא, ופליגי באחר נפילה במפקיר נזקיו דר"מ סבר מפקיר נזקיו חייב ורבנן סברי מפקיר נזקיו פטור ואם נתכוון לזכות בחרסיה חייב, והיינו דקאמר רבי יהודה במשנה במתכוין חייב ובשאינו מתכוין פטור) ופסיקת הפוסקים כרבי יהודה דהיינו חכמים דברייתא, פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "מי שהיה טעון כד ונתקל ונשבר הכד והזיק לאחרים בשעת נפילה, פטור, דנתקל לאו פושע הוא, לפיכך אם לאחר שנחו שברי הכד בארץ הוזק בהם אדם או שהחלק במים שנשפכו מהכד, פטור מדיני אדם, דה"ל מפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס (דמסתמא אדם מפקיר החרסים מן הכלי שנשבר לו בדרך והמים שנשפכו ממנו לארץ, סמ"ע), וחייב בדיני שמים אם היה לו פנאי לסלקם, ואם נתכוון לזכות בשברי החרס, חייב בנזקין שיזיקו אחר כך, דהשתא הוה ליה בור ופטור בהם על הכלים, ואם פשע בנפילתו ונשבר הכד, חייב על מה שיזיק, בין בשעת נפילה בין על אחר שנחו השברים, אפילו דאפקרינהו (דה"ל מפקיר נזקיו אחר שהונחו במקום שלא היה להן רשות להניח, כגון זה שפשע בנפילתו, סמ"ע)".

כתב הסמ"ע (ו) דהרי"ף רמב"ם וטושי"ע לא חילקו בין נתקל במקום מדרון לבמקום שאינו מדרון, ואכן בריש סימן ש"ד חילק הטור וכתב דאם נתקל במקום מדרון לא הוי פושע וכן פסק בקיצור פסקי הרא"ש, אבל הרא"ש ג"כ לא הזכיר חילוק בין מקום מדרון לאינו מקום מדרון.

סעיף ה

ע"פ כח: וכשמואל (וכל אלו נזקי בור דפטור בכלים) פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "השופך מים בר"ה ונטנפו בהם כליו של חבירו פטור, דהוה ליה בור ופטר בו את הכלים, בין הפקירם בין לא הפקירם, אבל אם הוחלק בהם אדם ונפל לארץ והוזק חייב (כשמואל נ' ע"ב דאמר בור שחייבה עליו התורה להבלו וכל שכן לחבטו שם, ודלא כאוקימתא דרב בדף ל') (מייירי בנפל לארץ שבו המים נשפכו דה"ל כקרקעית הבור, דאל"כ קשה מאי שנא מנתקל בבור ונפל אחורי הבור דפטור, סמ"ע ע"פ תוס'), וכל שכן אם נבלעו המים בארץ ונעשו רפש וטיט והזיקו (דבזה גם לרב חייב), דהשתא ה"ל בור ממש (סמ"ע: דווקא 'הזיקו' הא אם מת מזה השור פטור כיון דאין כאן הבל וגם ליתא כאן חבטה דעומק עשרה טפחים), אפילו אם הוא בימות הגשמים שיש רשות לכל אדם לפתוח ביב שלו להיות מקלח בר"ה, אפילו הכי אם הזיק חייב לשלם, וכל שכן בימות החמה, דחייב כיון שהוא שלא ברשות, שאין לאדם רשות לפתוח לרשות הרבים בימות החמה".

סימן תיג - דין הקדרים שהולכין זה אחר זה ונתקלו ונפלו

סעיף א

משנה לא. "שני קדרין שהיו מהלכין זה אחר זה ונתקל הראשון ונפל ונתקל השני בראשון הראשון חייב בנזקו של שני" ובגמ' "אמר רבי יוחנן לא תימא מתניתין רבי מאיר היא דאמר נתקל פושע הוא אלא אפילו לרבנן דאמרי אנוס הוא ופטור הכא חייב שהיה לו לעמוד ולא עמד רב נחמן בר יצחק אמר אפילו תימא לא היה לו לעמוד היה לו להזהיר ולא הזהיר ורבי יוחנן אמר כיון דלא היה לו לעמוד לא היה לו להזהיר דטריד", ופסקו הרי"ף והרמב"ם כרבי יוחנן והרא"ש פסק כרב נחמן בר יצחק.

וז"ל השו"ע "שני קדרים שהיו מהלכים בדרך, זה אחר זה, ונתקל הראשון ונפל, ונתקל השני בראשון, אם היה לראשון לעמוד ולא עמד, חייב הראשון בנזקי שני, שאע"פ שהוא אנוס בשעת נפילה, אינו אנוס בהיותו מוטל לדרך, והרי הוא יכול לעמוד, ואם לא היה לו לעמוד, פטור ואע"פ שלא הזהיר לזה שנתקל בו, מפני שהוא טרוד בנפשו {ווי"א דחייב אם היה לו פנאי להזהירו ולא הזהיר (רא"ש)} בד"א שהוא חייב בנזקיו של שני, כשהוזק גופו של שני, אבל אם הוזקו כליו, פטור, שאינו חייב על הכלים בבור, וכל תקלה תולדות בור הוא (סמ"ע): כן ס"ל הרמב"ם והרא"ש ודלא כטור ברי"ף דגופו של ראשון שהיה יכול לעמוד ולא עמד מחשב כאדם המזיק בפשיעה, ופושע חייב אפילו על כלים, כמו שנתבאר (סימנים תי"א ותי"ב)".

כתב הסמ"ע (א) דהרא"ש ס"ל להשוות דין זה לדין אחד הולך בקורה והשני בא אחריה בחביתו ונשברה החבית בהקורה במשנה ל"ב דאם עמד בעל הקורה בדרך עם קורתו דחייב בעל הקורה בשבירת חביתו ומפרשה דמיירי אפילו בעמד לתקן משאו ולא אמרינן דהרי הוא טרוד במשאו מלהזהירו לבעל החבית, ודלא כרי"ף דמפרש למשנה דמיירי דוקא בעומד לנוח, וא"כ קשה על הטור והרמ"א שבסימן שע"ט סתמו כרי"ף דבעמד כדי לתקן משאו פטור על שבירת החבית וכאן כתבו הדברים בפלוגתא, וצ"ל דסבירא להו דטירדת דבעל הקורה לתקן משאו היא גדולה יותר מאשר הוא טרוד הקדר והדומה לו שנפלו וס"ל שגם הרא"ש אפשר דמודה לפי המסקנא לחלק ביניהם ושהמשנה איירי דוקא בעומד לנוח.

כתב באה"ג לחלוק על הרמ"א (והב"י ברא"ש) דלא החליט הרא"ש לפסוק כרב נחמן אלא רק כתב "דלכאורה משמע דהלכה כרב נחמן", וכיון שגם האו"ז ומהרי"ח מסכימים לדעת הרי"ף והרמב"ם וגם הרא"ש לא החליט לפסוק כרב נחמן כדבריהם נקטינן וכ"ד הב"ח.

סעיף ב

לא. "תי"ש הקדרין והזגגין שהיו מהלכין זה אחר זה נתקל הראשון ונפל ונתקל השני בראשון והשלישי בשני ראשון חייב בנזקי שני ושני חייב בנזקי שלישי... אמר רבא ראשון חייב בנזקי שני בין בנזקי גופו בין בנזקי ממונו שני חייב בנזקי שלישי בנזקי גופו אבל לא בנזקי ממונו. מיתבי כולם חייבים על נזקי גופן ופטורים על נזקי ממונן... אלא אמר רבא ראשון חייב בין בנזקי גופו דשני בין בנזקי ממונו דשני ושני חייב בנזקי שלישי בנזקי גופו אבל לא בנזקי ממונו מ"ט דהוה ליה בור ולא מצינו בור שחייב בו את הכלים הניחא לשמואל דאמר כל תקלה בור הוא אלא לרב דאמר אי אפקריה אין אי לא לא מאי איכא למימר לעולם כדאמר מעיקרא ודקשיא לך כולן חייבין תרגמה רב אדא בר מניומי קמיה דרבינא שהוזקו כלים בכלים".

הרא"ש רש"י תוס' ועוד האריכו בגירסת הגמרא הנכונה, בשקלא וטריא ובמסקנתה וכן האם התירוץ האחרון הוא גם לשמואל, וכן נחלקו הטור והב"י בהבנת שיטת הרי"ף (וראה גם בגר"א שהאריך בכל השיטות), ובשו"ע פסק ברמב"ם "הקדרים והזגגים וכיוצא בהם שהיו מהלכים זה אחר זה, ונתקל הראשון ונפל, ונתקל השני בראשון, והשלישי בשני, וכל אחד מהם יש לו לעמוד ולא עמד (סמ"ע): ליי"א דסעי' א' ברמ"א אף אם לא היה יכול לעמוד רק שהיה יכול להזהיר להבא אחריה ולא הזהיר, הראשון חייב בנזקי גופו של שני, בין שהוזק בגופו של ראשון המוטל לארץ בין שהוזק במשאו {ויש חולקין (רא"ש)} וסבירא להו דאם הוזק במשאו אפילו גופו של שני פטור (כיון דקיי"ל דנתקל לאו פשיעה הוא, דיינו אם ניתן על גופו תורת בור ולא על משאו, סמ"ע) והשני חייב בנזקי גופו של שלישי אם הוזק בגופו של שני אבל אם הוזק במשאו של שני שנפל, פטור, שהרי אומר לו השני בור זה שהוא משאו אין אני הכורה אותו שהרי הראשון הפיל השני עם משאו, ואם הזהירו זה את זה כולם פטורין".

סעיף ג

שנינו בלא: על הברייתא "ואם מחמת הראשון נפלו הראשון חייב בנזקי כולם מחמת ראשון" – "היכי נפיל רב פפא אמר דפסקא לאורחא כשלדא רב זביד אמר כחוטרטא דסמיותא" ופירש רש"י "כשלדא. כנבלה המושלכת למעבר הדרך ברחבו וממלאה את כל הדרך. כחוטרטא דסמיותא. כמקל של סומא שמגשש בו שפעמים שמושיטו לרוחב הדרך ומגשש", וכתבו התוס' "כחוטרטא דסמיותא ארב פפא פליג וסבירא ליה לרב זביד דכי פסקה לאורחא כשלדא לא היה ראשון חייב בנזקי שלישי שהיה לו לזוהר כשראה השני שנפל אבל כחוטרטא דסמיותא דהוי באלכסון כשנתקל הראשון בראש החוטרטא אותו שבא אחר כך ונתקל בסוף החוטרטא לא ראהו".

כתב הרא"ש "דצ"ע כמאן הלכתא ומתוך רב אלפס משמע דלא פליגי" שכתב הרי"ף "מחמת ראשון היכי נפיל דשדי כשלדא אי נמי כחוטרטא דסמיותא כלומר שנפל לרוחב הדרך ונתקל בו אחד מכלפי ראשו ואחד מכלפי גופו ואחד במרגלותיו" וכתב הב"י דכן דעת הרמב"ם "וז"ל בשו"ע כדבריו "נפל הראשון והיה מוטל לרוחב הדרך, ונתקל אחד בראשו ואחד ברגלו ואחד בבטנו, הרי הוא חייב בנזקי כולם הואיל והיה לו לעמוד ולא עמד" והרמ"א כטור "וי"א דדוקא אם מונח הראשון באלכסון" – וביאר הב"י שתפס כשיטת התוס' דס"ל דפליגי והוא מסתפק הלכתא כמאן נקטינן לקולא ולא מחייבין ליה אלא כשהוא באלכסון.

סימן תיד - אימתי אדם רשאי להוציא זבלים לרשות הרבים

סעיפים א - ב

ע"פ משנה ל. פסק בשו"ע "א) לא יוציא אדם תבנו וקשו לרשות הרבים כדי שידושו ויעשו זבל ואם הוציאם, קנסוהו חכמים שיהיו כהפקר (כרב בין גופן בין בשבחן, כלומר קנסו גופו של תבן לעשותו כהפקר משום שבחו, כדי שלא יעברו ויוציאו לרשות הרבים להשביחו לעשות ממנו זבל) וכל הקודם בהם זכה מעת שנידושו והשביחו {מיהו י"א (ר"י) דאין מורין לו לכתחלה להחזיק רק בשבח אבל לא בגופו (כרב הונא) (טור ע"פ הגמ' -) ואם התרו בבעלים ולא סלקו, מפקירין אותו לכל} ואם קדם אדם וזכה בהם משעת הוצאה לרשות הרבים (בעיא שם ולא נפשטא) אין מוציאין מידו (רמב"ם לשיטתו בכל ספיקא דדינא אי תפס) {וי"א (ר"י) דלא מהני תפיסה וע"ל סימן שפ"ח} (במשנה -) ואף על פי שהם כהפקר, אם הוזק בהם אדם או בהמה, הרי זה המוציא חייב לשלם. (ב) (כלשון הרמב"ם ע"פ ברייתא שם ומשנה ק"ח: וכרבי יהודה שבשעת הוצאות הזבלים מותר להוציא לר"ה אך דלא כותיה בניזקין דאנן קי"ל דחייב -) יש לכל אדם להוציא את הזבל (דזבל אינו מזיק כמו קש שהוא מחליק וגם הוא ארוך ונופלים על ידו בקל) והגללים לרשות הרבים בשעת הוצאת זבלים {אבל שלא בשעת הוצאת זבלים אסור להוציאם כדי להניחם שם, אבל מוציאם כדי לפנותו לאלתר (מרדכי בשם מהר"ם -) וכל שכן מים נקיים ושופכין שלו שאין שוהין ומתעכבין ברשות הרבים, שמותר לשפכן אפילו בימות החמה, ואפילו מים סרוחין, כל שדעתו לפנותו לאלתר, ואפילו מתקן בור פחות משלשה טפחים אין בני רשות הרבים יכולים לעכב} (רמב"ם ע"פ הגמ' -) ולצבור אותם שם שלשים יום, כדי שיהיה נשוף ברגלי אדם (דעל מנת כן הנחיל יהושע את הארץ לישראל שלא יקפידו בזה על זה, ודלא כר"י) ואעפ"כ אם הזיק חייב לשלם (סמ"ע: שיהושע לא התנה שיהיה פטור מתשלומי הזיקו, ואעפ"כ צריכין לתנאי דיהושע דאלי"כ היו מוחין, דלא ניחא ליה לאדם שיהא ניזק בשלו ואח"כ ישתלם הזיקו וגם יצטרך לירד עמו בדינא ודיינא, ולא כלבוש שיהושע לא התנה אלא ע"מ שיהא כל אחד משמר את זבלו, וזה ודאי אינו אלא אף אם אינו משמרו רק שיהא צריך לשלם הזיקו), וחייבים על זה הגלל משום גזל, כיון שאין בו שבח אדם נדוש, לא קנסו בו {וי"א (טור) ע"פ זעירי בגמ' -} דלאחר שהוזק כל הקודם בהם זכה".

סימן תטז - הגודר גדרו בקוצים והוזק בהם והמצניע קוצים בכותל חבירו

סעיפים א - ג

ע"פ משנה ל. וגמ' פסק בשו"ע (א) המצניע את הקוץ ואת הזכוכית והגודר גדרו בקוצים והפריחו לרשות הרבים והוזק בהם אחר חייב נזק שלם, ואם גדר בקוצים בצמצום בתוך רשותו פטור, לפי שאין דרך בני אדם להתחכך בכותלים. (ב) המצניע קוציו וזכוכיותיו בתוך כותלו של חבירו, ובא בעל הכותל וסתר כותלו ונפל לרשות הרבים והזיק, אם כותל רעוע הוא, המצניע חייב, ואם כותל בריא הוא בעל הכותל חייב {ואם הזיקו בשעת נפילה י"א (טור) דבעל כותל חייב בכל ענין (סמ"ע): אפילו הכותל רעוע דכיון דסתרו בידיים הו"ל כאדם הנוטל זכוכיתו של חבירו ומזיק בו לאחר דמזיק חייב ומה"ט דוקא אם סתר הכותל בידיים הא נפל מאליו והיה רעוע המצניע חייב וכדמסיק (באה"ג): כתב הב"י דהטור למדו מהרא"ש, אך ברא"ש הוא בהיפך, אלא שכך כתב בני"י דבכותל רעוע חייב בעל הכותל שסתרו והביא ראיה דלא גרע מהיתה אבן בחיקו אע"ג דלא הכיר בה מעולם ומה שהשמיטו המחבר משום דלא דמיא להדדי דהתם ליכא למשתלם מאינש אחרינא אבל הכא דאיכא המצניע משתלם מהמצניע (נ"י -) ואם נפלה הכותל מאליו, אם היה בריא פטורים, ואם היה רעוע המצניע חייב, ואם סתרו אינש דעלמא, הסותר חייב והמצניע פטור ועיין לעיל סימן שצ"ו { (ג) מדת חסידות הוא שיצניע אדם קוציו ושאר כל דבר המזיק במקום שלא יבא מהם תקלה, כגון שישליכם לנהר או ישרפם".

סימן תטז - הכותל והאילן שהיו רעועים ונפלו והזיקו

סעיף א

משנה קיז: (הובאה גם בו:) "הכותל והאילן שנפלו לרשות הרבים והזיקו פטורים מלשלם נתנו לו זמן לסתור את הכותל ולקוץ את האילן ונפלו בתוך הזמן פטור לאחר הזמן חייב".

כתב הרא"ש (הובא בב"י וסמ"ע) "כותל ואילן שנפלו לרשות הרבים והזיקו או שהזהירו בית דין לסתור את הכותל ולקוץ את האילן ונתנו לו זמן ונפלו בתוך הזמן והזיקו בשעת נפילה או אחר נפילה קודם שנודע לבעלים שנפלו או נודע להם ולא היה להם פנאי לסלק והפקירום ולא סילקום פטורים דהוה ליה מפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס דאמרינן בפרק המניח (כט:) דפטור, ואם נפלו לאחר הזמן והזיקו אחר הנפילה בין אפקרינהו בין לא אפקרינהו בור גמור הוי ואין זה מפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס דפושע הוי במה שלא קצצו תוך הזמן, ואם הזיקו בשעת נפילה נסתפקו בתוס' אם יש להם דין אש או דין בור ונראה דיש להם דין בור - ולא דמי (ו.) לאבנו וסכיננו ומשאו שהניחו בראש גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו דרך הילוכן (דהווי אש) דהנך נעשו בור על ידי כח אחרים אבל כותל ואילן מחמת ריעותא נפלו מעצמן כי ראו שלא היו יכולים לעמוד יותר והזהירו בית דין הבעלים להפילן ואי משום דהולכים ומזיקין מה שאין כן בבור לא גריעי מחמת זה וכל שכן דיש לחייבו יותר מידי דהוה אקושר אבן ברגלי בהמתו והלכה לרשות הרבים והזיקה ואי משום דאין תחילת עשייתן לנזק שור יוכיח".

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "הכותל והאילן שנפלו לרשות הרבים פטור מלשלם ואע"פ (ראה לקמן) שהפקירם לפי שאינם דומים לבור שהרי אין תחלתו להזיק {ויש אומרים דאם היה לו פנאי לסלקן ולא הפקירן, חייב (רא"ש, וכתב ה"ה דכן דעת הרמב"ם)} ואם היו רעועין, ב"ד קובעים לו זמן ודווקא שהתרו בו בית דין {אבל בלא ב"ד אע"פ שהתרו בו חביריו אינו כלום מיהו אם חפר בכותל וגרם להפילו, חייב בנזקין דהוה ליה חציו ממש (רשב"א)} לקוץ את האילן ולסתור את הכותל. וכמה הזמן ל' יום (באה"ג): כתבו התוס' דלנזיקין שבשעה קלה יכול להסיר משם אין נותנים לו זמן ב"ד כדאמרינן גבי נשברה כדו בסימן תיב/ד {ואם הדבר נחוץ ויש לחוש שיזיק לאחרים אין נותנין לו זמן רק כופין אותו לסלק הזיקו מיד (ריטב"א)}. נפלו בתוך הזמן והזיקו פטור, לאחר הזמן חייב, מפני שהשהה אותם {וכל זה כשבנאה מתחלה כראוי, אבל אם לא בנאה כראוי ומחמת זה נפל הכותל, חייב בנזקו (רי"ו ועוד)}".

על לשון המחבר ברישא 'ואע"פ שהפקירם כתב הסמ"ע¹ דלכאורה נראה להגיה 'שלא הפקירם' דכיון שהן מונחין ברשות הרבים והן שלו עדיין שלא הפקירן והזיקו, יש סברא להשתלם ממנו טפי משהפקירן

והזיקו, ² ואילו לפי הגירסא שלפנינו צריך לומר דה"ק אע"פ שהפקירן ויש רשות לכל אדם לעבור דרך עליו ויזוקו בו, אפ"ה פטור, ובבאה"ג כתב דכן הקשה הרב המגיד דלשון 'ואע"פ' קשה להולמו שהרי יש יותר לחייבו כשלא הפקירם, ופירוש הסמ"ע (1) לא ייתכן משום שהרב המגיד פירש שהרמב"ם איירי כשהזיקו בשעת נפילה ואז לא שייך לומר הפקירם או לא, וגם פירושו השני קשה, וכתב דמקומם של ב' תיבות הללו בסוף הסעי' "מפני שהשהה אותם אע"פ שהפקירם" ואתא לאשמועינן דאע"ג דקיימא לן המפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס פטור הכא חייב כיון שעבר על זמן ב"ד.

סימן תיז – כל דבר המזיק אין מוציאין אותו לרשות הרבים

סעיף א

ע"פ משנה ב"ב ס. וברייתא ב"ק נ. וכת"ק פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "לא יסקל אדם מרשותו לר"ה, ואין עושין חלל תחת רשות הרבים, ולא בורות ולא שיחין ולא מערות, ואע"פ שהעגלה יכולה להלך על גביהן והיא טעונה אבנים (דלא כרבי אליעזר), שמא תפתח מלמטה שלא מדעתו (סמ"ע): ולא סגי במה שמקבל עליו אחריות היזקן דהעוברים עליו, דניחא לבני אדם בשלהן ולא שיזיקו בשלהן ולקבל עליו תשלומין וחילופיהן, וגם לא ניחא להו לירד בדינא ודיינא וכסי' תי"ד). {וי"א (תשובת הרשב"א) דאע"ג דהכי דינא הוא מ"מ כבר נהגו לעשות ביבין ומרתפות תחת חלל ר"ה, וכן זיזין, וכולן מוחלין על כך מאחר שכן נהגו (סמ"ע): שהיום או מחר יצטרך גם הוא או בניו לעשות כן) ועוד שר"ה הם של מושלי העיר ולכל מה שנותנין רשות אזלינן בתריה ("שהדבר ידוע שהדרכים עם היותם מסורים לרבים, של אדוני הארץ הם, והם רשאים לסתום דרכים ולפתחן במקום אחר לפי שהדרכים שלהם הן, והרי זה ככונס לתוך שלו על דעת שיוציא זיזין ומחילות לכשירצה") ולפי ענין המנהג { .נ. } והחופר בור לצורכי רבים מותר".

כתב הסמ"ע (א) דלפי הרמב"ם והמחבר שכתבו "וילא בורות" משמע דחלל ובורות תרתי דברים נינהו, דבורות מיירי שהן מגולין ועומדין שיכולין בני רשות הרבים לזוהר מהן ואפ"ה אסור, אבל במשנה מצינו בלי וא"ו וכן פירש רשב"ם דחדא הוא דקתני חלל והדר מפרש דהיינו בורות שיחין וכן משמע מדמסיק ותני עלייהו אע"פ שהעגלה יכולה לילך מוכח דמכוסות הן.

כתב בתשובת בית אפרים (פת"ש א) דאין להתיר ע"פ הרשב"א שהתיר זיזין וכן עשיית דלתות (בב"י ורמ"א) לבנות תחת הפיר לייבין (בלטתה מהגג על פני הבית לצד הרחוב) שאסור, דיש לחלק בכמה אופנים א' הרשב"א סיים 'והרי זה ככונס לתוך שלו על דעת שיוציא זיזין ומחילות לכשירצה' והרי בזיזין מבואר בסעי' ב' דאע"ג דיכול להוציא אח"כ משום שכנס אבל אינו יכול להחזיר הכתלים למקומן מטעם מצר שהחזיקו בו רבים וע"כ לא מדמי לה הרשב"א אלא במחילות שאינו מקלקל דרך הרבים רק שעושה חלל תחת רשות הרבים. ב' אף הרשב"א והרמ"א לא קאמרי אלא לפי דחזינן דכבר נהגו י"ל דמסתמא ע"ד כן נמסר להן שיכולין לעשות זיזין ומחילות, משא"כ בגוונא דנידון דידן מאן לימא לן שנמסר ע"ד כן שיכול לגזול בני רה"ר לעשות לעצמו פיר לייבין. ג' אף אם המושל נתן על דעת כן אין זה מועיל רק לגבי בני רה"ר לפי שהדרכים של אדוני הארץ ורשות בידם להסב אותם אחורנית, אבל לגבי יחיד שהורע כמו ע"י זה שאי אפשר לבוא בתוך ביתו בריוח ע"י בנין זה, ודאי שלא נתן מתחילה על דעת כן שגיגע ע"י זה נזק לאחר, שהרי הוא מושל על כל העיר, בודאי דלא ניחא ליה לזכות לזה ע"מ לחוב לזה וא"כ אף שיהא נתן רשות עתה מ"מ אין זה דינא דמלכותא ולא מהני כמבואר בפוסקים. ד' נראה טעם הרשב"א דעד כאן לא אמרינן דהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו אלא כשנתן הדרך לחלוטין, משא"כ אם מתחילה התנה בפירוש שאין נותנו רק לזמן, א"כ אם מחזיקין בו אחר הזמן ה"ל כהחזיקו שלא ברשות, והלכך כיון דהוי של מושלי הארץ שיש להם רשות לבנות ולסגור מעיקרא ניתן לרבים על תנאי שאימת שירצו יחזירוהו, ולכך שפיר יכול לעשות מחילות וזיזין וגם לצוות להעמיד דלתות, דמעיקרא היה על תנאי שאם ירצה יסתום דרך הרבים שהולך למבוי, משא"כ בנידון דידן שזה היחיד גופיה העמיד בנין ופתח בית צואר המרתף לחוץ ונסב הגבול לצד פנים וא"כ מראין הדברים שהיה בדעתו להחליט לעולם ביד הרבים וא"כ הא קיי"ל בב"ב ס' כ"י יוחנן דאמר אינו מחזיר.

סעיף ב

משנה ב"ב ס. "אין מוציאין זיזין וגזוזטראות לרה"ר אלא אם רצה כונס לתוך שלו ומוציא לקח חצר ובה זיזין וגזוזטראות הרי זו בחזקתה", וז"ל השו"ע "אין מוציאין זיזין וגזוזטראות לרה"ר, אא"כ היו למעלה מגמל ורוכבו (ה"ה: נלמד מדין אילן דסע' ד לקמן), והוא שלא יאפיל הדרך על גבי ר"ה (וכן הוא ברשב"א), ואם רצה כונס לתוך שלו ומוציאו. כנס ולא הוציא, הרי זה מוציא כל זמן שירצה, אבל אינו יכול להחזיר הכתלים למקומם לעולם (כר' יוחנן ודלא כר"ל), שכל מצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו {ודוקא במקום שרבים דורסים בו, אבל אם אין דורסים שם, כגון שבנה שם אצטבא, אע"ג דרבים מעבירים שם משאם, יכול להחזיר הכותל למקומו (רי"ו), תשובת חת"ס בפת"ש: דווקא בבונה אצטבא בידי דמראה לכל שרוצה לבטל בקיעת רבים והיינו מחאה דיליה, אבל באשתייר ממילא גפופין לא, דאלי"כ מה היה צריך לומר אי בנה אצטבא, לימא אי כנס בתוך שלו והשאיר גפופין}."

כתב הסמ"ע (ה) דמבואר ברי"ו וטור דבמבון שאינו מפולש יכול להוציאן מדעת בני המבוי משא"כ ברשות הרבים שאין לו בעלים, ואם הוא מפולש שרבים עוברים שם דינו כרשות הרבים שאסור, ותמה למה השמיט המחבר.

כתב בתשובת הב"ח (פת"ש ב) בנידון שאחד רצה להחזיר לעצמו מקום הכתלים מה שכנס והתיר בנידון דהתם מאחר דהבליטה אינה אלא ברוחב חצי קרקע ואין כאן קלקול מצר שהחזיקו בו רבים וצירף דעת התוס' ב"ב כ"ו והג"א דאפילו רב יהודה לא קאמר שמיצר שהחזיקו בו רבים דאסור לקלקלו אלא תוך ט"ז אמה וא"כ נידון דידן דאיכא רווחא טפי מששים אמה אין איסור בקלקולו אפילו היה שם קלקול גמור אלא דעל דבר זה בלבד אין לסמוך מאחר שכל שאר הפוסקים לא הזכירו חילוק זה, אלא שכיון שדבר זה ברור שאין כאן העברת דרך הרבים אע"פ שלפעמים היו מתאספים בני ר"ה ויושבים באצטבאות שתחת הבליטה או עומדין תחתיו אין זה מקלקל דרך הרבים דדוקא שדורסים בו בני רשות הרבים וכ"כ רי"ו, ומכ"ש נידון דידן שלא היה אפשר לבני רשות הרבים לדרוס כאן לקצר דרכם לפי שהבנין בקרן זוית סמוך לרשות הרבים מעכב עליהם, ועוד דאינו דומה כאן לשביל של כרמים שאינו נעשה אלא להילוך, דכיון שלא היו בני רשות הרבים דורסין כאן כדי לקצר דרכם אלא לפעמים כשהיה הטיט גדול ברשות הרבים או מתאספים שם לשעה מפני הגשמים עד יעברו ולפעמים יושבים תחת בליטה זו, בכל אלה לא קנו רבים בליטה זו.

סעיף ג

ע"פ משנה שם פסק בשו"ע "לקח חצר ובה זיזין וגזוזטראות יוצאות לרה"ר זה בחזקתה (סמ"ע: דטוענין ללוקח ואומרים דשמא המוכר לו או אבותיו כונס לתוך שלו היו) (גמ' -) ואם נפלה, חוזר ובונה אותה כשהיתה".

סעיף ד

ע"פ משנה ב"ב כז: פסק בשו"ע "אילן שהוא נוטה לרשות הרבים קוצץ כדי שיהא הגמל עובר ברוכבו (ב"מ קז: -) ומניחין מקום פנוי משתי שפתות הנהר כרוחב כתפי המלחים שיורדים שם ומושכים הספינה, וכל אילן הנמצא ברוחב זה קוצצין אותו מיד ואין מתרין בבעליו, שהרי מעכב מושכי הספינה".

סעיפים ה - ז

ע"פ משנה ב"מ קיח: פסק בשו"ע (ה) אין שורין טיט ברשות הרבים להשהותו זמן רב, ואין לובנים בו לבנים, אבל גובלים שם טיט לצורך בנין, אבל לא לעשות לבנים. (ו) הבונה בר"ה כשמכין האבנים צריך שלא ישהם שם אלא מביא ובונה מיד. (ז) וכולם שהזיקו חייבים לשלם נזק שלם".

סימן תיח - נזקי האש פטורו וחובו וטמון באש וכל דיניו

סעיף א

ב"ק ג: "תולדה דאש מאי ניהו אילימא אבנו וסכיננו ומשאו שהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו היכי דמי אי בהדי דאזלי מזקי היינו אש מאי שנא אש דכח אחר מעורב בה וממונך ושמירתו עליך הני נמי כח אחר מעורב בהן וממונך ושמירתן עליך אלא תולדה דאש כאש כי קאמר רב פפא אתולדה דרגלי", וז"ל השו"ע כלשון הטור "אש הוא אב דכתיב כי תצא אש ומצאה קוצים והוא ממונו שהולך למרחוק ומזיק ע"י הרוח שמולכו, לפיכך כל הדומה לו, שהוא ממונו והולך ומזיק, הוא תולדתו ויש לו דין אש לפטור בו טמון".

סעיף ב

ע"פ משנה סא: וגמ' פסק בשו"ע "כתיב כי תצא אש, אפילו מעצמה, שהדליק בתוך שלו והלך ודלק בתוך של חברו. (משנה ס. -) אפילו לא שרפה אלא עציו ואבניו, או שליחכה נירו, חייב לשלם הכל, אא"כ הרחיק כשיעור, אבל אם הרחיק כשיעור ויצא והזיק, פטור } וכל זה במדליק בתוך שלו אבל במדליק בתוך חברו אפילו עברה כמה מילין חייב (רא"ש, ש, כיון שלא ברשות הדליק לא נתנו בו שיעור. דייק ממה שכתוב במשנה 'המדליק בתוך שלו', גר"א) }".

כתב הסמ"ע (ב) דלשון הטור 'או שליחכה נירו שהוא דבר שאינו ראוי לו' דמש"כ 'שאינו ראוי לו' קאי גם אאבניו וגם אעציו אם הן בענין שאינם ראויים לו, וקמ"ל, דאע"ג דכתיב ביה לשון אכילה, ובהזיק שן נתבאר בסימן שצ"א דאם אכל דבר הראוי לו ודרכן בכך נתחייב עליו בעליו נזק שלם ואי לא חצי נזק, בכאן אפילו אינו ראוי לשרוף מתחייב עליו נזק שלם, וילפינן מיתורא דאו השדה דאפילו ליכחה נירו וה"ה נשרפו אבניו.

סעיפים ג - ה

ע"פ משנה סא: ונפסקה הלכה כר' שמעון וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "וכמה שיעור ההרחקה, הכל לפי (כרב נחמן בגמ' -) גובה הדליקה, ואם לא הרחיק כראוי, ועברה האש והזיקה, חייב לשלם נזק שלם. (ד) הרחיק כראוי, ועברה והזיקה, פטור, שזו מכה בידי שמים היא, וכן אם עברה נהר או שלולית שיש בהם מים, ורחבם שמנה אמות פטור (ב"י): מדלא הזכיר הרמב"ם אריתא דדלאי משמע דס"ל דרב ושמואל בנהר דרוחב שמונה כדקתני בברייתא פליגי דלרב אפילו לית ביה מיא מפסיק ולשמואל לא מפסיק אלא בדאית ביה מיא ולא קרי ליה אריתא דדלאי אלא למימר דאית ביה מיא ומכל מקום בעינן שיהא רוחב שמונה אמות ופסק כשמואל דהלכתא כוותיה בדיני) } וי"א (רא"ש) דאם הנהר רחב שמונה אמות, אפילו אין בו מים והיאור אפילו כל שהוא ויש בו מים פטור (ש"ך: רש"ל פסק כרמב"ם ואין כדאים דבריו לדחות דעת הרא"ש והטור) } עברה גדר אומדים גובה הגדר וגובה הדליקה והעצים והקוצים המצויים שם, אם אינה ראויה לעבור פטור, ואם ראויה לעבור חייב (באה"ג: מברייתא דעברה גדר גובה ד"א חייב ואע"ג דשנינהו בגמ' תנא דידן קא חשיב מלמעלה למטה וכו' הוא אליבא דת"ק אבל אנן דקי"ל כר"ש דאמר הכל לפי גובה הדליקה הברייתא כפשטה כשהדליקה גבוה). (ה) בד"א באש הקודחת (סמ"ע בשם הטור: וכל זה לא איירי אלא כשמתמרת ועולה למעלה אבל אם נסרכה לצידה ועצים מצויים לה אין לה שיעור), אבל אם היה להב גדול העולה ונכפף מגובה עליית הלהב, והיו עצים מצויים שם, אין לה אומד אלא אפילו עברה אלף אמה, חייב (ב"י וגר"א: משמע דקאי בסע' ה' אדסמ"ך בסע' ד' כלומר אגובה וכן משמע ממש"כ בסע' ב' דאם הרחיק כשיעור פטור ולא חילק, אבל התוס' ורא"ש בב"י ס"ל כתבו ג"כ ארוחב דברייתא דקאמר אפילו מאה מיל, ושיטת הרי"ף שלא הביא כל זה ס"ל דאין חילוק כלל בין קולחת לנכפפת דקי"ל כרבי שמעון גבי הכל)".

סעיף ו

ע"פ כג. פסק בשו"ע "נפלה דליקה בחצרו ונפל גדר שלא מחמת הדליקה, ועברה הדליקה בחצר אחרת, אם היה יכול לגדור הגדר שנפל ולא גדרו חייב, למה הדבר דומה לשורו שיצא והזיק שהיה לו לשומר ולא שמרו".

סעיפים ז - ח

ע"פ **משנה נט**: וקר' יוחנן בגמ' פסק בשו"ע "השולח את הבעירה ביד חרש שוטה וקטן, פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, במה דברים אמורים, כשמסר להם גחלת וליבוה שדרך הגחלת להכבות מאליה קודם שתעבור ותדליק, אבל אם מסר להם שלהבת חייב, שהרי מעשיו גרמו. (ח) שלח הבעירה ביד הפקח שהבעיר, חייב לשלם והשולח פטור. (רמב"ם -) וכן אם הניח שומר לשמור הבעירה, השומר חייב (ה"ה): למד מדין שאר המזיקין השומרים נכנסים תחת הבעלים כמבואר בסי' שצ"ו ות"י".

כתב הפת"ש (א) בשם תשובת בית שמואל אחרון שכתב עמשי"כ הש"ך בסימן ל"ב דהא דלא קתני דהשולח חייב בדיני שמים כיון דפקח משלם תו לא שייך דיני שמים על המשלח וכ"כ הריטב"א, דלכ"י אכתי קשה אמאי לא תני דהמשלח חייב בדיני שמים אם אין לפקח לשלם או שהוא אלם ואינו רוצה לשלם ואפשר ד"ל דאף דמי דגורם הפסד לחבירו חייב לצאת ידי שמים זהו אם גורם היזק ודאי לחבירו, אבל הכא לא גרם לו היזק בבירור דהא הפקח חייב לשלם, רק אח"כ נתגלגל שהפקח אין לו לשלם או שהוא אלם, ובשעת היזק לא גרם לו היזק בבירור, לכן פטור לשלם אף בדיני שמים, והסתפק באחד שאמר לחבירו לעשות היזק לאחר באופן שהשליח פטור מדיני אדם וחייב לצאת ידי שמים, אם המשלח חייב לצאת ידי שמים דכיון דשליח פטור מדיני אדם הוי ברי היזקא וחייב המשלח לצאת ידי שמים או דילמא כיון דשליח חייב לצאת ידי שמים הוי לא ברי היזקא.

סעיף ט

ע"פ **משנה שם** פסק בשו"ע "אחד הביא את האור וא' הביא את העצים, המביא את העצים חייב, אחד הביא את העצים ואחד הביא את האור, המביא את האור חייב, בא אחר וליבה, המלבה חייב. ליבתו רוח (ירו' ופוסקים -) שאינה מצויה תמיד (ה"ה וסמ"ע ע"פ הירו' ופוסקים: ר"ל שאין העולם מתנהג בה תמיד אלא לפעמים אף על פי שהוא בא בעיתים הרבה ואצ"ל רוח סערה שאינה נושבת אלא לעיתים רחוקות) הרי כולם פטורים {ואם הרוח מצויה האחרון חייב, וכן אם היה הרוח שאינה מצויה ומנשב בשעה שבא האחרון לשם (פת"ש: וה"ה דשתה טובאק על עגלה בזמן שישנה רוח שאינה מצויה ואף שלא נפח בו כלל) האחרון חייב (ה"ה)}".

[מה הדין בליבה אדם אש יחד עם רוח שליבתה והזיקה האש?]

ס. "תנו רבנן לליבה וליבתו הרוח אם יש בליבויו כדי ללבותה חייב ואם לאו פטור. אמאי (פטור) ליהוי כזורה ורוח מסייעתו, אמר אב"י הכא במאי עסקינן כגון שליבה מצד אחד ולבתו הרוח מצד אחר רבא אמר כגון שליבה ברוח מצויה ולבתו הרוח ברוח שאינה מצויה ר' זירא אמר כגון דצמרה צמורי רב אשי אמר כי אמרינן זורה ורוח מסייעתו ה"מ לענין שבת דמלאכת מחשבת אסרה תורה אבל הכא גרמא בעלמא הוא וגרמא בנזקין פטור".

כתב הרמב"ם (יד, ז) "ליבה וליבתו הרוח חייב שהרי הוא גרם וכל הגורם להזיק משלם נזק שלם מן היפה שבנכסיו כשאר כל המזיקין" והשיגו הראב"ד "ואיך לא הפליג כמו שמפליג בברייתא אם יש בלבוי כדי ללבותה חייב ואם לאו פטור", וכתב ה"ה "והייתי סבור לתרץ שדעת רבינו לפסוק כאחת מהאוקימתות.. דאב"י ורבא ורבי זירא דלכולהו דברי רבינו קיימים.. ולפי אוקימתות אלו דברי רבינו כפשטן קיימין ויפסוק רבינו דלא כרב אשי דאמר התם דגרמא בנזקין הוא ופטור בכל גוונא אלא שקשה לי שרבינו עצמו פסק בפרק י"א מהלכות שכנים כאוקימתא דרב אשי וצ"ע", והב"י כתב שדברי ה"ה נכונים ואין קושיה מהלכות שכנים שכתב "מי שעשה גורן בתוך שלו וכו' צריך להרחיק וכו' אע"פ שהוא חייב להרחיק כל כך אם הוליד הרוח המצויה המוץ ואת העפר והזיקה בהן פטור מלשלם שהרוח הוא שסייע אותו ואין נזק זה בא מכח מזיק עצמו" דמבואר בדבריו שטעם הפטור הוא מפני שאין נזק זה בא מכח מזיק עצמו אבל בנדון דידן שהנזק בא מחמת מזיק עצמו שהוא מלבה נקטינן כאינך אמוראי כולהו דאמרי חייב.

וז"ל השו"ע כרמב"ם שלא חילק כברייתא "ליבה וליבתו הרוח חייב", ואילו הרמ"א פסק כראב"ד והרא"ש שהלך בשיטתו וכרב אשי "וי"א דאין המלבה חייב אלא כשיש בליבויו שלו כדי ללבות, ואין

ברוח לבד כדי ללבות, אבל אין בכל אחד כדי ללבות, או שיש בכל אחד כדי ללבות, פטור, וי"א (מרדכי) דהוא הדין אם שנים לבו ואין בכל אחד כדי ללבות, פטורין".

הסמ"ע (י) כתב דסברת הרמב"ם דחייב כיון דהוא עצמו ליבה ויש לו חלק בנזק זה ואינו דומה לגרמא בניזקין דפטור, וביאר הש"ך שנמשך אחרי דעת ה"ה. הש"ך (ד) כתב דאם כדברי ה"ה וסיעתו ודאי יפה השיג הראב"ד דהאיך יתכן שיפסוק כאינד אמוראי והא קיימא לן בכל דוכתא הלכתא כרב אשי נגד הנך אמוראי, ועוד דמ"מ הל"ל כדברי הברייתא ואם לאו פטור ולפרושי בהנך גווי דמפרשי לה אינד אמוראי, וכתב דיש לבאר ברמב"ם כך [וכ"כ בשל"ג בהרחבה ככל דברי הש"ך], דיש להבין לאיזה צורך האריך הרמב"ם בטעם "שהרי הוא גרם" וכו', וגם היאך כתב טעם שלא נזכר בש"ס כלל, אלא ודאי כוונת הרמב"ם לפסוק כרב אשי ואין חילוק בין לבתו מצד אחר או בין רוח שאינה מצויה או בין צמרה צמורי אלא ברייתא כפשטא היא כדאוקמה רב אשי דטעמא הוא משום גרמא בניזקין פטור אלא דס"ל לרמב"ם דנהי דאוקימתא דברייתא הכי היא מ"מ לא קי"ל כוונתה משום דאתיא כמ"ד דלא דיינינן דינא דגרמי ואנו דיינינן דינא דגרמי כדאיתא להדיא בדף צ"א ונתבאר לעיל בסימן שפ"ו דס"ל לרמב"ם דגרמי וגרמא הכל א' הוא וכדעת הרמב"ן ברש"י (עיי"ש), וליישב הא דפטר בהלכות שכנים י"ל דשאני עפר שהולך הפך מכחו שכונתו להפיל העפר לארץ ולא שילך למרחוק משא"כ אש שהרוח מסייע למה שכוונתו שילך האש, עיי"ש מה שהמשיך לבאר. גם בבאה"ג תמה על הפירוש ברמב"ם דיוצא שפסק דלא כרב אשי, וכתב דיש לבאר דס"ל כמש"כ התוס' דהפירוש בברייתא אם יש בליבויו כדי ללבותו היינו ברוח מצויה ואם לאו פירושו שאין בליבויו ללבותו אלא ברוח שאינו מצויה פטור, ומקשינן ואמאי הוי כזורה ורוח מסייעתו דחייב פירושו אפילו ברוח שאינה מצויה כיון שכוונתו ללבות ומתרץ רבא כיון דסגי לה בזורה ורוח מסייעתו אפילו ברוח מצויה לכן חייב שם אפילו ברוח שאינה מצויה משא"כ בניזקין כשלא נתכוין אלא לרוח מצויה וכו' ורב אשי לבסוף תירץ דשאני לענין שבת דחייב אפילו ברוח שאינה מצויה ואפילו אם לא היתה מלאכתו נעשית ברוח מצויה מטעמא דמלאכת מחשבת אסרה תורה אבל לגבי ניזקין שאינו חייב אלא בשליבה ברוח מצויה ומעתה לא היה צריך הרמב"ם לפרש שפטור ברוח שאינה מצויה כי כבר כתב זה לעיל, וכ"כ בהג"א בשם ר"ת וריב"ם דהא דחייב בשבת אפילו ברוח שאינה מצויה אלא שמחייבו שם דעושה גורן ברוח מצויה והרמב"ם פטר שם מטעם שכתב הכ"מ.

סעיף י

ע"פ י. גבי אמתניתין דהכשרתי מקצת נזקו פסק בשו"ע "עשה אחד האש ובא אחר והוסיף, אם יש במה שעשה הראשון כדי שתגיע למקום שהלכה הראשון חייב, ואם לאו הראשון פטור והאחרון חייב".

סעיף יא

ע"פ נו. פסק בשו"ע "הכופף קמתו של חבירו לפני הדליקה, כדי שתגיע בה הדליקה, אם כפפה במקום שתוכל הדליקה להגיע ברוח מצויה חייב לשלם, ואם אינה יכולה להגיע ברוח מצויה, פטור מדיני אדם וחייב דיני שמים {ואם הרוח שאינה מצויה כבר מנשב ואח"כ כפפה, חייב בכל ענין (ה"ה)}".

סעיף יב

ע"פ משנה סב: פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "גמל שהוא טעון פשתן ועבר ברה"ר ונכנס פשתנו לתוך החנות ודלקה בנרו של חנוני והדליק את כל הבירה בעל הגמל חייב מפני שהרבה במשאוי, (דף כ"ב -) בין שעמדה הבהמה בין שלא עמדה, ואם הניח החנוני נרו מבחוץ הוא חייב לשלם אף דמי הפשתן לבעל הגמל (כת"ק ודלא כר' יהודה -) ואפילו הוא נר חנוכה שהיה לו לישב ולשמור שלא יזיק (ש"ך: ישנה הגהה על הרי"ף דפטור בנר חנוכה) {וי"א (ה"ה) בשם המפרשים והטור ע"פ דף כ"ב והרמב"ם כתב המשנה כפשוטה -} דאם הדליקה במקום אחד ונתפשט האש למקום אחר חייב על מקום האש נזק שלם ועל השאר חצי נזק, ואם הגמל סכסך האש בכל הבירה, חייב על כולו נזק שלם, ועיין לעיל סימן שצ"ב חלוקין אלו".

סעיף יג

ע"פ משנה סא: וכחכמים וכאוקימתא דרבא פסק בשו"ע "טמון באש פטור" (קמה' מה קמה בגלוי אף כל בגלוי), שאם הדליק גדיש חבירו והיו טמונים בו אפילו מוריגים וכלי בקר שדרך להטמינם בגדיש פטור, ורואים מקום הכלים הטמונים כאלו היה שם שעורים או חטים כפי מה שהוא הגדיש (סמ"ע:

אם הגדיש הוא חיטין או שעורין עם תבן שלהן וכדרך הגדיש, דשמין גם המוריגים בחיטין ושעורין בתבן שלהן, וגם זהו בכלל משי"כ הטושי"ע 'כפי מה שהוא הגדיש', וכך ישלם לו, במה דברים אמורים, במדליק בתוך שלו והלכה ודלקה בשל חבירו (תוס'): טעמא משום דרבנן פטרי במדליק בתוך שלו כדמשמע קרא כי תצא אש דאיירי במדליק בתוך שלו אבל במדליק בתוך של חבירו מחייבי בדבר שדרכו להטמין דלא אשכחן דפטור ביה קרא טמון ובדבר שאין דרכו פטרי מסברא דלא איבעי ליה לאסוקי אדעתיה שיניח אדם ארנקי בגדיש) וכלו חציו (כטור ע"פ דף כ"ג דלרבי יוחנן דאמר משום חציו וקיי"ל כוותיה לא משכחת ליה טמון פטור אלא בנפל גדר שלא מחמת הדליקה והיה לו לגדור ולא גדר, ודלא כרמב"ם שלא הזכיר חילוק זה וכתב ה"ה דאפשר שדעתו שאין להניח פשט המשניות והברייתות והמימרות שלא חלקו בטמון מפני הסוגיא ההיא) כגון שנפל הגדר שביניהם שלא מחמת הדליקה, והיה אפשר לו לגדור ולא גדר, אבל אם הדליק בתוך של חבירו, או אפילו בתוך שלו ולא כלו חציו, כגון שנפל הגדר מחמת הדליקה, חייב בדבר שדרכו להטמין בגדיש כגון מוריגים וכלי בקר, כמו שנתבאר בס"י צ', ובבית חייב על כל דבר, שדרך בני אדם להניח בבית כל כליהם וכל חפציהם, וכל מה שיטעון בעל הבית שהיה בבית ה"ז נשבע בנקיטת חפץ ונוטל (דמבואר בגמ' דעשו תקנת נגזל באשו וכתב הרא"ש דנפקא מינה לרבנן במדליק בתוך של חבירו -) ובלבד שיטעון דברים שהוא אמוד בהם שהם שלו או שרגילים להפקיד בידו {וע"ל סימן צ'}.

כתב הש"ך (ו) דמשמע מלשון המחבר דאם אין דרך להניחו אפילו ידוע שהיה שם פטור, ויש להקשות דהא בסימן שפח/א משמע להדיא מדברי הרמב"ם והמחבר דבידוע שהיה שם אפילו אין דרכו להניח שם חייב, וצ"ל דהתם מיירי המזיק בידים אבל הכא אע"פ דמיירי שהדליק בתוך של חבירו היינו בפשיעה ולא בידים.

כתב ה"ה גבי גלוי והמדליק טוען ברי לא היה כי אם כור חטים והלה טוען שני כורים ונודע שהדליק אלא שאין שם עדים כמה היו, **שיש מי שכתב** שמשלם כור אחד ונשבע ונפטר כיון שהוא טוען ברי ויש **מי שכתב** שהניזק נשבע ונוטל כדין הנגזל בשבועות מ"ד **וכן עיקר**, והובא בב"י והסמ"ע (טז), וכתב הש"ך (ז) דצ"ל דמיירי שיש עדים על הדליקה וכן הוא ברב המגיד להדיא ובה נחא דלא תקשי ממש"כ הרמב"ם והמחבר בסימן שפח/א דהמזיק ממון חבירו ואינו יודע מה הזיק כו' או לאש כו' והמזיק אומר אינו יודע כו' הניזק נשבע בנק"ח ונוטל כו' דמשמע הא אם טוען המזיק ברי אין הניזק נשבע ונוטל דהתם מיירי שאין עדים שהזיקו אם כן נאמן במגו, כל זה צ"ל לדעת ה"ה והסמ"ע, אבל באמת נ"ל עיקר דהרמב"ם והמחבר ס"ל כ"א שהביא הרב המגיד דבאש אם טוען המבעיר ברי נשבע ונפטר והדעת נותנת כן, וכן משמע להדיא מרש"ל וכן מוכח להדיא ברא"ש, וכן עיקר דדוקא במזיק שמא הוא דעשו תקנת נגזל אבל במזיק ברי נשבע ונפטר כיון דלא הוי רשע כמו גזלן.

[הקצות (א) הקשה דאמרינן בגמ' דלרי יהודה דמחייב על נזקי טמון באש עשו תקנת נגזל באש, וכיון דלרי יהודה אפילו בנגזל לא עשו תקנה אלא עד שיהא מודה במקצת וכדתנן בשבועות מ"ד, ואי בטוען שמא תיפוק ליה דהו"ל מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם כיון דע"כ מיירי במודה במקצת, ואי מיירי באומר הילך א"כ תו ליכא מודה במקצת ורי יהודה ס"ל בכולן עד שיהיה שם מודה במקצת, עיי"ש משי"כ ליישב].

סעיפים יד – טו

ע"פ ברייתא **סב. פסק בשו"ע** (יד) המשאיל מקום לחבירו להגדיש בו, והגדיש והטמין בו כלים, והדליק המשאיל {דהיינו שעשה המשאיל אש ויצאה והדליקה (תוס')} ושרף הגדיש והכלים שבתוכה, אינו משלם אלא דמי גדיש בלבד. (טו) השאילו מקום להגדיש חטים, והגדיש שעורים, או להגדיש שעורים והגדיש חטים, או שהגדיש חטים וחיפם בשעורים, או שהגדיש שעורים וחיפם בחטים, אינו משלם לו אלא דמי שעורים בלבד".

ביאר הסמ"ע (יז) בסעי' י"ד דקמ"ל דלא תימא כיון דנתן ראובן רשות לשמעון להגדיש בחצירו והו"ל כאילו קיבל ראובן שמירתו דגדיש עליו, ואפילו לרי"ף והרמב"ם החולקים בסימן שצ"ח עם ר"י והרא"ש ופטרי לבעל הבית שהזיק שורו לשור הנכנס ברשות, הו"א דמודו בהא כיון דמ"מ הדליק האש בידים קמ"ל, ובסעי' טו הקשה (יח) דפשיטא איך ישלם טפי ממה שהזיק, ותירץ דקמ"ל דלא תימא

דליחייב אמוריגין שהטמין בתוכו כאילו היו חיטים וכדין מוריגין שטמון בגדיש של חיטין והרי נתן לו רשות לחיטין.

סעיף טז

ע"פ נו. פסק בשו"ע "מי שראה דליקה שמתקרבת לקמת חבירו, והלך וכיסה הקמה, אע"פ שגרם לו הפסד שהרי עשאו טמון, ה"ז פטור מדיני אדם וחיוב בדיני שמים".

סעיף יז

בכב. איתמר רבי יוחנן אמר אשו משום חציו וריש לקיש אמר אשו משום ממונו ואסיקנא דמאן דאית ליה משום חציו אית ליה נמי משום ממונו ואיכא בינייהו לחייבו בארבעה דברים דלרבי יוחנן חייב ולריש לקיש פטור ואיכא בינייהו נמי אם שרף אדם דלרבי יוחנן חייב ולריש לקיש פטור, והלכה כר' יוחנן, וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "אש שעברה והזיקה את האדם וחבלה בו, הרי המבעיר חייב בנזקו ובשבתו ובריפוי ובצער ובבשתו כאילו הזיקו בידו, [שאע"פ] שאשו ממונו הוא, הרי הוא כמו שהזיק בחציו (סמ"ע): וגם מיתה אם מת מחמת האש דהוי כאילו ירה בו חץ, טור, (טור וה"ה כסע' יג -) והוא שהיה האש ראוי להגיע שם למקום שהזיק בשעה שהדליק, אבל אם לא היה ראוי להגיע שם, כגון שהיה גדר ביניהם ונפל שלא מחמת האש, אפילו אם היה אפשר לו לגדרה, כבר כלו חציו ויש לו דין ממונו שהזיק אדם שאינו חייב אלא בנזק בלבד, ופטור מארבע דברים (ד"איש בעמיתו' כתיב)".

עמש"כ הרמב"ם והמחבר לחייב על הבושת כתב הסמ"ע (כג) דאע"ג דבסימן תכא/א פסקו דאין חייב על הבושת עד שיכוין לבייש, ה"נ כיון דעברה הדליקה ברוח מצויה הו"ל כאילו ידע וכיון לכך, וצריך לחלק לשיטתם בין זה לנפל מן הגג ברוח מצויה והזיק שכתבו הרמב"ם והמחבר בסימן תכא/א דאינו משלם בבושת משום דלא כיון, דשאני התם דנפילתו מהגג וזיק מחשב לאונס טפי אף שהיה ברוח מצויה מהדליק אש ויצא והזיק לאדם, אבל רש"י בדף כ"ג ונ"י כתבו בהדיא דגם בזה דפטור מבושת והביאו ראיה מההיא דנפל מהגג דדף כ"ז, והרא"ש והטור סתמו וכתבו בדין זה דחייב בד' דברים, ונראה דס"ל ג"כ כרמב"ם דחייב גם בבושת וד' דברים חוץ מנזק קאמרי דנזק חייב בפשיעה לכ"ע אף אם לא היה בו משום חציו אלא משום ממונא.

סעיף יח

ע"פ מימרא דרבה כז. פסק בשו"ע "הניח לחבירו גחלת על לבו ונשרף פטור, (רא"ש -) אפילו התרו בו, שלא היה סבור שלא יסלקנה שאין דרך שיניח אדם עצמו לשרוף כדי שיהרג חבירו, אבל אם הניח גחלת על בגדו של חבירו ונשרף, חייב, שאינו חושש לסלקו כיון שזה חייב לשלם לו. ועבדו כגופו, ושורו כבגדו } וי"א דעבד קטן דינו כשור (נ"י), וי"א דווקא בשור כפות אבל בשור שאינו כפות פטור (רשב"א ורא"ש)".

עמש"כ המחבר בסיפא דחייב שאינו חושש לסלקו וכו' כתב הסמ"ע (כז) דנראה דה"ה אם ראובן אמר לשליח שאינו בר חיוב כגון חש"ו קרע בגד שמעון והחש"ו קרעו לפני שמעון ושותק, דחייב ראובן המשלח מהאי טעמא שלא חשש שמעון למחות בידו, והש"ך (ט) כתב דדבריו תמוהים דהא תנן השולח את הבערה ביד חש"ו פטור.

עמש"כ הרמ"א בשם הנ"י כתב הסמ"ע (כח) דלא כתב הנ"י כן אלא לשיטת רש"י דס"ל דבהניח על השור אף שאינו כפות חייב, דלא אמרינן גבי בהמה דאין לה דעת דה"ל לברוח, ע"ז כתב דה"ה עבד קטן דאין בו דעת, אבל לדעת התוס' והרא"ש דכתבו דדוקא בשור כפות הוא דחייב אבל באינו כפות פטור משום דדרכו לברוח מהאש אף שאינו בר דעת, ובהניח על לב עבד פטור אם רבו הוא שם אפילו בכפות, משום דסבר המניח שרבו יסירנה מעליו כיון שעבד הוא בן חיוב וחייב במצות, מהאי טעמא גם בעבד קטן שאינו כפות פטור דהו"ל לברוח דומיא דשור, ובכפות ורבו עומד בצדו דומה לעבד גדול ויכול המניח גחלת על לבו להתנצל ולומר סברתי שרבו יסירנה מלבו כדן עבד, ולפי הנ"ל דהרמ"א בתחילתו הוא ע"פ מה שסתם המחבר וכתב דין שור ועבד ולא הזכיר בדבריו כפות כתב כן, אבל לפי מה שמסיק הרמ"א וכתב ד"א דוקא שור כפות, ע"פ אותה דעה אין דין עבד קטן כשור.

סימן תיט - כיצד נפרעים לנזקים מהמזיק ומיורשיו

סעיף א

המזיק ממון חבירו באופן שחייב לשלם ויש למזיק קרקע ומטלטלין, ממה יגבו בית הדין מהקרקע או מהמטלטלין? מה הדין אם הניזק דורש כסף והמזיק מבקש לשלם במטלטלין, הדין עם מי? כיצד מממשים שווי מטלטלין, האם לפי מכירה מיידית או לפי מכירה לזמן? (ראה לקמן)

מזיק ממון חבירו כאשר המזיק מבקש את תשלום הנזק בכסף בעוד הניזק רוצה לשלם בשווה כסף עם מי הדין?

כתב השו"ע ע"פ מימרא דרב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע בז: דכל מילי דמטלטל מיטב הוא "(רמב"ם -) כשבית דין נזקקין לגבות לניזק מנכסי המזיק גובין מהמטלטלין תחלה (ה"ה: כן פסקו הר"ף ורא"ש א/ה וכן מבואר בסוגיה בדף יד: דשוחה כסף ככסף ודינו כבעל חוב), ואם לא היו מטלטלים כלל, או שלא היו לו מטלטלין כנגד כל הנזק, גובין השאר מהקרקע המעולה שבנכסי המזיק, וכל זמן שימצא מטלטלין ואפילו סובין אין נזקקין לקרקע (טור ע"פ שם -) ואפילו שיש לו כסף יכול לפורעו בסובין דכל מטלטלים מיטב ניהו (גר"א: דלא כרב הונא ור"ת שפסק כמותו דס"ל דמשלם בשוחה כסף דוקא אם אין לו קרקעות ולא כסף כדלקמן, והעיקר כר"ף והרא"ש) (רא"ש -) ושמן אותה כמו שיכול למוכרה מיד ובמקומו (ראה לקמן) (כר"ע בו: דבמזיק שיימינן -) וכשמשלם מהקרקע, אפילו היתה זבורית של מזיק טובה מעידית של ניזק, אינו מקבל ממנו, אלא מגבין לו מעידית שבנכסי המזיק".

כתב הסמ"ע (א) דהא דגובין מהמטלטלים תחלה היינו משום דמסתמא ניחא למזיק לשלם במטלטלין מבקרקעות ולמדונו דאף אם אין המזיק לפנינו גובין לו ממטלטלין אבל ודאי אם המזיק גילה דעתו דניחא ליה טפי במטלטלין ורוצה לשלם לו בקרקעות והניזק רוצה דוקא מטלטלין יד המזיק על העליונה ולא דמי למלוה ולוה ולא כב"י והלבוש (וש"ך לקמן) שכתבו דאי בעי הניזק מטלטלים צריך המזיק ליתן לו ולא יכול לשלם בקרקעות, וביאר הסמ"ע דאף דבהלואה יד המלוה על העליונה דאם יש ללוה כסף או מטלטלין צריך לשלם ממנו ולא כל כמיניה לשלם לו מקרקע אפילו מעידית, ה"ט דהמלוה הלוה לו מעות משו"ה דינו ג"כ במעות או במטלטלין שקרובים למעות שיכולין לטלטל ולמכרם אפילו במקום אחר אי לא מזדבני בהאי מתא, אבל בניזק יד המזיק על העליונה, דאף אם יש לו כסף או מטלטלי, אם ירצה לשלם בקרקע צריך הניזק לקבלו, אך שיתן לו מעידית שבנכסיו, וזהו כונת רב פפא שאמר בגמרא ביישוב הקושיא (עיי"ש מש"כ) וכן יש לפרש ג"כ דעת המחבר, ומש"כ גובין מהמטלטלין תחילה, היינו משום דמסתמא ניחא למזיק לשלם במטלטלין מבקרקעות שהוא בר קיימא ומשו"ה קאמר כשב"ד נזקקין משלמין מהמטלטלין, ולמדונו דאף אם אין המזיק לפנינו לגלות דעתו לשלם במטלטלים, אמרינן דמסתמא ניחא למזיק לשלם ממטלטלים, ואף אם הניזק צועק לשלם לו מקרקעות כמשמעות הקרא ממיטב שדהו, אין ב"ד שומעין לו, אבל ודאי אם המזיק גילה דעתו דניחא ליה טפי במטלטלים ורוצה לשלם לו בקרקעות והניזק רוצה דוקא במטלטלין יד המזיק על העליונה וכנ"ל ודלא כב"י. הש"ך (ב) חלק דדעת הרמב"ם והטוש"ע כלבוש וכ"ד שא"פ וכן עיקר, ופשט דברי הרמב"ם שכתב כשב"ד נזקקין כו' גובין מהמטלטלים תחלה כו' משמע דעליה דבי דינא רמיא לגבות תחלה מהמטלטלים והדין כך הוא ואינו תלוי ברצון המזיק או הניזק, ועוד ממש"כ הרמב"ם מיד אח"כ דמדין הש"ס אם מת והניח מטלטלים וקרקעות גובין מהיתומים מקרקעות ואם איתא דמסתמא ניחא ליה למזיק טפי ליתן מטלטלים נטעון להו ליתמי לטעון מטלטלים והיאך יגרע כח היתומים מן המזיק עצמו (ואף שהרא"ש חולק בזה, ועיי"ש מה שהמשיך לדון מכיוון זה) ועוד האריך להוכיח מרא' נוספים כרמ"ה ראב"ן ועוד, וכתב דעוד יש להוכיח כיון דלרב אלפס אפילו יש לו מעות יכול לסלקו בסובין א"כ הא דכתב קרא ישיב לרבות שוה כסף היינו דגלי לן קרא דעיקר גביה על המטלטלים הוא א"כ לא מסתברא שיהא הברירה ביד המזיק כיון דגלי לן קרא דעיקר גביה במטלטלים היא אפילו אית ליה כסף, ועוד האריך להוכיח כן מהסוגיות בדף י"ד ודף ט', ועוד דא"כ לא שבקת חיי לכל בריה דכל מי שלא יהיה לו קרקע יזיק לבריות מה שירצה ויפטר מלשלם, ועוד כיון דבעל חוב קי"ל לעיל סי' ק"א דמחויב ליתן לו מטלטלים כשיש לו ואין צריך המלוה ליקח קרקע א"כ למה נימא דניזקין שאני דהא אדרבא ניזקין עדיפי דגובה מהעידית ואף שיש לחלק כמו היכי דיש לו מעות דאין צריך המזיק ליתן לו

מעות ונמצא המזיק עדיף בזה מלוח היינו משום דגלי לן קרא גבי מזיק ישיב אפי' סובין ולא גלי לן הכי גבי ב"ח א"כ מסתבר דב"ח דיהיב ליה זוזי צריך למפרע ליה בזוזי אבל בהא שיגבה תחלה מן מטלטלים בע"כ של החייב אין סברא לחלק בין ב"ח למזיק.

כתב הש"ך (א) דביש"ש פסק דניזקין גובין ממשועבדים אף שלא עמד בדן דיש קול לניזקין וכן משמע בתוס' לפי ר"ת למאן דס"ל שעבודא דאוי וכ"כ ר"י ועוד וכ"ד הסמ"ע בסימן קי"ט, מיהו יש חולקים.

עוד כתב הש"ך (ג) עמש"כ המחבר ע"פ הטור דאפילו שיש לו כסף יכול לפורעו בסובין דכל מטלטלים מיטב נינהו, ר"ל אפילו יש לו מעות א"צ ליתן לו מעות ונותן לו מהפחות שבמטלטלים משא"כ בבעל חוב בסימן ק"א והיינו כרי"ף רמב"ם ורא"ש שפסקו כרב פפא ורב הונא בריה דר' יהושע דכל מילי מיטב הוא ולא כר"ת (לשון הרא"ש סימן ה' בקצרה - הרי"ף ס"ל דרב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע פליגי אדרב הונא וסברי דכל מילי מיטב הוא ואפילו סובין ופסק כרב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע דאינון בתראי, ור"ת פסק כרב הונא ומהני נתינת סובין רק היכא דלית ליה קרקע מיטב או כסף, ומה שלא פסק ר"ת כרב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע דאינון בתראי צ"ל¹ דסבר דלא פליגי אדרב הונא ולא אתו אלא לשנויי רומיא דקראי אהדדי עיי"ש² א"נ פליגי אהדדי ומדקבע רב אשי שנויא דרב הונא באחרונה ואיהו קדים לרב פפא ולרב הונא בריה דרב יהושע חשיב ליה עיקר) והש"ך האריך לדחות מש"כ הרא"ש בדעת ר"ת דלא פליגי האמוראים דליתא וגם מש"כ הרא"ש דטעמו משום דהש"ס קאי לדרב הונא באחרונה חשיב ליה עיקר, אף שיכול להיות שדעת ר"ת כן מ"מ אין ראיה כ"כ מזה, ונ"י ורש"ל האריכו שדעת כל המפרשים דלא כר"ת, אך למד הש"ך בדעת הרמ"ה שהובא בני"י דכסף שאני ואם יש לו כסף לא יכול לסלקו בסובין, אך דעת כל הפוסקים מבואר דכסף היינו זוזי ואפילו אית ליה זוזי יכול לסלקו בסובין, וסיים הש"ך דמיהו היכא דהמזיק רוצה לסלקו במעות ודאי אין צריך ליתן לו מטלטלי או קרקעות שלו ופשוט הוא.

כיצד שמין שווה כסף בפרעון?

בנידון שאלה זו [וכן לעיל: כיצד מממשים שויי מטלטלין האם לפי מכירה מיידית או לפי מכירה לזמן] איני בטוח בכוונת השאלה, ושמא יש להביא ראשית מש"כ הטור "דכל מילי דמיטלטל מיטב הוא ושמין אותו כפי מה שיכול למכרן מיד ובמקומו" וכ"פ בשו"ע, ומקורו ברא"ש (ב"ק א,ה) גבי שומת מטלטלין בבע"ח "יש לשום כל מה שנותן לו בשומא שיוכל המלוה למוכרו מיד באותה שומא אפילו בביתו ולא יצטרך לחזר בעיירות ובשווקים כדי למוכרם דאל"כ נעלת דלת בפני לוויין שיתן לו הפחות שבביתו אם אין לו מעות והמלוה לא יוכל למוכרו לאלתר", וכתב הב"י דמשמע לטור דכתבו הכא דהוא הדין לנזקין ואע"פ שיש לחלק ביניהם דע"כ לא אמר הרא"ש אלא בבע"ח משום דלא תנעול דלת אבל בנזקין דלא שייך האי טעמא משמע לרבינו דלא פלוג רבנן ביניהו לענין זה, ובפרישה ביאר דס"ל לטור דה"ה לתשלומי ניזק דהא רחמנא מעדיף כחו דניזק לשלם לו במיטב, ושלח לסימן ק"א, שם (משפטי התורה בבא קמא ט' -) "חידש שאפילו אם אין אנשים במקום שהתשלום שרוצים לקנות את החפץ בכל זאת שמין כמה היה מוכן לשלם אדם שגר באותו מקום אם הוא היה צריך לקנות את החפץ הנ"ל, אמנם הט"ז (בסימן קא) וכן הנתיבות (בסימן קט) האריכו לחלוק בראיות ובסברות על דברי הפרישה האלו, ונקטו שהעיקר הוא שתמיד מעריכים חפץ כפי מה שהוא שווה בזמן התשלום למכירה לאנשים שרוצים בפועל לקנות אותו כעת במקום שמתבצע התשלום".

מה הדין כאשר הניזק מבקש שהמזיק ישלם בקרקע בעוד המזיק רוצה לשלם במטלטלין?

(לעיל) האם יש חילוק מתי נרכשו?

כתב הפת"ש (א) דכתב רע"א בחידושים (גיטין מ"ח) דנראה דהא דמשלם המזיק ממיטב היינו אותו נכסים שהיה לו בשעה שהזיק דחל החיוב לשלם ממיטב שלו, אבל למה שקונה אחר שהזיק קודם העמדה בדן, אף דצריך לשלם מהם בתורת מיניה כדאיתא בב"ב קנ"ז מ"מ ליכא עלייהו דין תשלומי מיטב וסיים שם דצ"ע לדינא, ובערוה"ש כתב (ט) עליו "יש מי שאומר דזה שהמזיק משלם מעידית אינו אלא בנכסים שהיה לו בשעה שהזיק דחל החיוב על מיטב שלו אבל נכסים שקנה אח"כ מזמן הנזק עד שעת העמדה בדן אף שחייב לשלם להם מ"מ א"צ לשלם ממיטב, ולא ראיתי לאחד מן הפוסקים שחילקו בזה, וגם אין הסברא נותנת כן, ומש"כ ראיה דלמ"ד בדניזק שיימין ודאי אי אפשר לומר כן לא ידעתי למה דלכ"ע אין המזיק מחויב לקנות כמ"ש התוס' בב"ק ו' ובריש פרק הניזקין".

סעיף ב

יש ללוה או למזיק שתי קרקעות, האם יכול התובע לדרוש אחת מהם? אם לווה או מזיק נותן מרצונו קרקע שבקש, האם יכול להחשיב לו כשער שעתיד להיות?

ע"פ הרא"ש (ב"ק א,ב) גבי סוגיה דדף ז' ע"ב גבי ניזק דאמר ליה הב לי בינונית טפי פורתא א"ל אי שקלת כדינך שקול ואי לא שקול כיוקרא דלקמיה ופריך ליה רב אחא בר יעקב אם כן הורע כחן של נזקין אצל בינונית וזיבורית, פסק בשו"ע "אם יש למזיק שני עידית אין הניזק יכול לומר לו תן לי מעידית פלוני, אלא תלוי ברצון המזיק לתת לו איזה שירצה, אבל אם המזיק חפץ לתת לו העידית שבקש, אלא שהיא עתה בזול וממתין עד שתתייקר, ואומר אם תרצה אותה קח אותה כפי מה שהיא עתידה להתייקר אין שומעין לו, אלא צריך ליתנה לו כפי מה ששוה עתה".

כתב הסמ"ע (ד) אסיפא דלא דמי למלוה שדינו להשתלם מהלוה בבינונית וכשהוא אומר ללוה פרע לי מעידית שלך בציר פורתא וגם הלוה נתרצה לשלם לו מהעידית רק שאמר לו קח אותה כיוקרא דלקמיה, דפסק הטור בסימן ק"ב כרא"ש דהדין עם הלוה דצריך לקבל כיוקרא דלקמיה ולא כמו שהיא שוה עתה, שאני התם דאין דין המלוה להשתלם מהעידית כלל, אבל ניזק דדינו להשתלם מהעידית אלא שייפו חז"ל כח המזיק ליתן לו מאיזה עידית שהוא רוצה ולשייר החביב לפניו, וכיון שהוא גילה דעתו שאינו מבקש לקיים זה לפניו אלא שרוצה להעלות לניזק בדמים כיוקרא דלקמיה, העמידוהו על דינו לשלם ממיטב ממש וכזולא דהשתא, ולא כלבוש שחלק על המחבר וס"ל לא נאמרו דברים הללו אלא כשיש למזיק עידית ובינונית ואומר הניזק תן לי בינונית טפי פורתא ואילו בשניהן עידית אפילו אם המזיק גילה דעתו שאינו רוצה להעמיד בידו אותו עידית שמבקש הניזק א"צ ליתן לו כזולא דהשתא דמאי שנא זה מכשיש בידו כסף וסובין דסעי' א' דיכול ליתן לו סובין משום דמטלטלין כל מילי מיטב הוא ויכול ליתן איזה שירצה, ה"נ הא שניהן מיטב הוא ויכול ליתן לו איזה שירצה, ותמה הלבוש שהטור מהרי"ק ושו"ע לא דקדקו בזה וצ"ע, ודחהו הסמ"ע דמאי מייתי ראייה מכסף וסובין הלא יש לומר דכמו שהן מחולקין ביש לו שני מיני עידית כתבו דהרשות בידו ליתן איזה שירצה ואפ"ה כתבו דכשגילה דעתו שאינו מבקש להעמיד הטובה יותר לפניו צריך ליתנו לו כזולא דהשתא, א"כ גם בכסף וסובין נאמר כן, וגם י"ל דמשו"ה לא אמרו בהדיא בכסף וסובין דאם גילה דעתו כו' דנותן לו מהכסף כזולא דהשתא, משום דלא שייך בכסף כיוקרא דלקמיה וזולא דהשתא דכל הזמנים שוים בדמי שוויו דהכסף משא"כ בקרקע שבימי הקיץ שהן עומדין לזרוע ולאכול מהן פירות הן יקרים טפי מכשהן בימי הגשמים.

סעיף ג

כתב הטור בשם הרי"ף (על הגמ' בב"ק יד:) "מת המזיק קודם שישלם אין ב"ד יורדין למטלטלין דיתמי אלא אם הניח קרקעות מגבין לניזק מהם ומן הזיבורית משום שהנזק נעשה עליהן כחוב ומטלטלין דיתמי לא משתעבדי לב"ח (ה"ה): מח' אמוראים בגיטין נ' ופסק כרב נחמן ואביי ודלא כרבא ופסק הרמב"ם כן בין ביתומים קטנים ובין בגדולים אבל הרשב"א בשם ר' יונה כתב דגדולים מן העידית) ואם קדם הניזק ותפש ממטלטלין בחיי אביהן גובין לו מהן. והאידינא שתקנו הגאונים דמטלטלי דיתמי נשתעבדו לב"ח מגבין לניזק ממטלטלי דיתמי.. וה"ר אפרים כתב דלא תקנו זה אלא לב"ח משום נעילת דלת אבל לנזקין דלא שכיחי לא תקנו (ש"ך): וכי תקנו הגאונים לב"ח משום נעילת דלת בפני לוויין אי נמי לאשה משום פריה ורביה אבל לניזקין לא תקון דלא שכיחי, וא"א הרא"ש ז"ל כתב נראה דבדורות הללו מטלטלי כמקרקעי לכל מיני שעבוד דינא דגמרא אף בלא תקנה מידי דהוה אגמלי דערביא (כתובות ס"ז) שהאשה גובה כתובתה מהם (ש"ך): אינו מוכרח דהגמ' בכתובות איירי דוקא בכתובה דאשה סמכה דעתה עליה ומתחלה כשנשאת לזה אדעתא דהכי נשאת שתגבה ממטלטלי כיון שעיקר משא ומתן שלהם היה במטלטלי וזה לא שייך בניזקין, ומ"מ דעת רוב הפוסקים כרי"ף והרמב"ם דהאידינא אף נזקין גובין ממטלטלין דיתמי וכ"ד רש"ל".

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם כרי"ף "מת המזיק קודם שיפרע, מגבין לניזק מהמטלטלין של יתומים, ואם לא הניח מטלטלין, מגבין לו מזיבורית שבקרקעותיו, שכל הבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא מהזיבורית".

הסמ"ע (ה) הקשה דכאן סתם המחבר ומשמע דס"ל דאפילו אם בא לגבות מיתומים גדולים אינו גובה אלא מהזיבורית כרמב"ם ולעיל סוף סימן ק"ח פסק לחלק בין קטנים לגדולים כר' יונה, וכן קשה על הטור, וי"ל שאגב שכתב החילוק שבין אם בא לגבות מהמזיק עצמו לבא לגבות מיתומים לענין מטלטלין, כתב ג"כ החילוק שביניהן לענין זיבורית, ומיירי דוקא בקטנים, ולולי דעת ה"ה ברמב"ם הייתי אומר שגם דעת הרמב"ם כן ששם.. כתב כלשון הטור שבכאן אבל לשון המחבר שבכאן דגובין ממטלטלין א"א לפרש כן וצ"ע, אולם הש"ך (ז) למד ברמב"ם כרב המגיד דמשמע אפילו גדולים.

עמש"כ המחבר ימהמטלטלין של יתומים כתב הש"ך (ו) דמשמע דהיינו אפילו יש להן קרקע מיהו היינו מן הסתם, אבל אם היתומים רוצים לסלקו בקרקע הרשות בידם דבכה"ג לא תקנו הגאונים וכדלעיל סימן קז/א גבי בעל חוב וכ"ש הכא.

סימן תכ - החובל בחבירו חייב בחמשה דברים וכיצד משערין אותם והמבייש בדברים תלמיד חכם ועם הארץ

סעיף א

ע"פ כתובות לג. סנהדרין נח: ועוד פסק בשו"ע "אסור לאדם להכות חבירו ואם הכהו עובר בלאו שנאמר פן יוסיף, ואם הקפידה תורה בהכאת רשע שלא להכותו יותר על רשעו, קל וחומר בהכאת צדיק, והמרים יד על חבירו להכותו, אע"פ שלא הכהו, נקרא רשע {וע"ל סי' תכ"א סעיף י"ג. ודין הכאת איש לאשתו, עיין בא"ה סי' קנ"ד. י"א (מהר"ם) דיש חרם קדמונים באדם המכה לחבירו, וצריכין להתיר לו כדי לצרפו למנין עשרה, ומיד שמקבל עליו לעשות דין, מתירין לו אף על פי שאין [המוכה] מתרצה}."

דייק הסמ"ע (א) דהרמב"ם למד האיסור מדכתיב בהדיא בקרא "לא יוסיף" וכ"ד רש"י בחומש וניחא להו ללמדו מלא יוסיף שהוא לאו מפורש, והטוש"ע לא ניחא להו ללמדו מלא יוסיף משום דקאי אהכאת הרשע ויש לומר דדוקא נקיט שם דנלקה כבר ל"ט מכות ויש סכנה בהוספה לו עוד מכה אחת משא"כ בהכאה לחבירו מכה אחת, משו"ה למדוהו מיתורא דפן יוסיף.

כתב הסמ"ע (ב) דמשמע מלשון הרמ"א דאין צריך לנדותו עתה מחדש אלא מנודה ועומד זה המכה מהחרם שהחרימו על זה הקדמונים וקאמר דצריך להתיר עתה אותו חרם למי שעברו, וכתב דנראה דה"ה היכן שנזכרו בדברי האחרונים שהקהילות החרימו ע"ז או שיש בו חרם רבינו גרשום נמי פירושו הכי שאין צריך לנדותו עתה מחדש אלא שהוא מוחרם ועומד. עוד כתב דמדסתם 'וצריכין להתיר לו' משמע דר"ל כסתם התרת נדוי שהוא בג' וכטוש"ע יו"ד של"ד ולא כמו שעלה "על דעת חכם אחד" לומר שכל מקום שנזכר בדברי האחרונים שהקהילות החרימו ע"ז דאין לו התרה כי אם בק' אנשים מג' קהלות מג' מדינות דהא לא מצינו שהחמירו בזה כי אם ברוצה לישא אשה על אשתו הראשונה משום צורך שהתירוהו עליו להנשא ודוקא אחר היתר גדול כזה, אבל בשאר חרמות הקהילות או דרבינו גרשום לא מצינו זה.

בתשובת חת"ס (פתי"ש א) כתב על דבר איש רע מעללים שהכה באגרופ רשע לבן תורה דהוא מוחרם בחרם קדמונים עד שיקבל עליו לעמוד לפני העדה למשפט על כל הנעשה אך אין ברכותיו ותפלותיו כתפלת הכותים שאין עונים אחריהם אמן, שהרי ברכותיו כולם לה', אלא מחמת עונש וקנס נידוהו הקדמונים, ולא יצורף לדבר שבקדושה, ואם יתפלל בחזקה לא יענה הצבור אחריו אמן, "אך בעו"ה בנידון זה אשר אין איש שם על לב לענשו ולהפרישו וכל הציבור על ימינו, ולשחוק יהיה בעיניו אם יודע שאין היחידים הללו עונין אמן אחר ברכותיו, נמצא הם יפסידו עניית יהש"ר וקדושה והוא יעמוד במרדו ויוסיף חטא על פשע.. ואין בידינו להעמיד הדת על תילה, ואם באנו לדון כמוחרמים כל המתובים נדוי ע"פ תקנת רבותינו ז"ל בזה"ז, לא נוכל להתעסק עם רוב בנין אנשי הדור הזה".

סעיף ב

החובל בחבירו מתי לוקה?

ע"פ כתובות לה. פסק בשו"ע "הכהו מכה שאין בה שוה פרוטה לוקה, כיון שאין בה חיוב ממון. (ע"פ ב"ק פח. ומכות ט. -) ואפילו הכה עבד כנעני לוקה הוא שהרי חייב במצות (ה"ה וב"י: הכי אסיקנא

התם דעבד אחיו הוא במצות והרי הוא כאשה, ודלא כטור והרמב"ם במקום אחד שכתבו דהעבד ישל אחריים, דאפילו אם הוא שלו למה לא יתחייב מלקות על הכאה שאין בה שוה פרוטה שאע"פ שהוא עבדו כיון שהוא חייב במצות לא ניתן לו רשות להכותו), אולם **הסמ"ע** (ו) יישב דעת הרמב"ם והטור דכיון דנתבאר דבמכה שיש בה שוה פרוטה משלמין ואין לוקין וחייב תשלומין לא שייך במכה עבד שלו דמה שקנה עבד קנה רבו, ומשו"ה גם בהכאה דפחות משה פרוטה לא מצינו גבי אדונו שום חיוב, דאם באנו לחייבו עליה מלקות יבוא להכותו מתחילה מכה רבה שיהיה בה שוה פרוטה כדי שיפטר מכל וכל, ומשו"ה סתמו הטוש"ע בסימן תכד/ג דהחובל בעבדו הכנעני פטור וכ"כ הרמב"ם ודוחק לומר דאיירי דוקא בחבלה שיש בה שוה פרוטה ומעלה ולא בפחות ממנה. **הש"ך** (א) הסכים עם הסמ"ע ודלא כב"ח, וכ"ד **השב"י** ו**חכם צבי** (**פת"ש** ב), ואילו **הגר"א** (צוין בסוף הפת"ש) כתב דהטור כתב 'חבירו' משום דבשלו אף ביש בה שוה פרוטה לוקה כיון שאינו משלם דלא כסמ"ע "שכתב דברים זרים מאוד".

סעיף ג

ע"פ **משנה ב"ק פג**: פסק **בשו"ע** "החובל בחבירו חייב בחמשה דברים נזק צער רפוי שבת בושת, (ירו' ופוסקים -) אם החבלה בענין שיש בה כל החמש { י"א דצריך ליתן לו ג"כ תוספות מזונות הצריכין בחליו ממה שהיה אוכל כשהיה בריא ונ"ל דבכלל ריפוי יחשב (נ"י עפ הירו', כלומר שמתחלה היה יכול לאכול ירקות ודגים ועתה אינו יכול לאכול אלא ביצים ותרנגולים) } ואם אין בה אלא ד' משלם ד', ואם ג' ג', ואם ב' ב', ואם א' א' (וכן משמע בגמ' אצלנו, ב"י)".

כתב **הש"ך** (ב) ע"פ הרמב"ם סמ"ג ועוד דה' דברים משתלמין מן היפה שבנכסיו כדין כל המזיקין דאמרינן בדף ה' כלם כאבות הן לשלם ממיטב.

סעיפים ד - ה

החובל בחבירו, מתי חייב לשלם חמשה דברים? מתי ארבעה? מתי שלשה? מתי שנים? ומתי דבר אחד? כתוב את הכלל ופרט לכל מקרה.

כתב **השו"ע** (ד) (**משנה שם** -) **כיצד** קטע ידו או רגלו או אצבע אחד או שחסרו אחד מכל אבריו נותן לו כל ה' הדברים. (ה) (כרבא **דף פו** -) הכהו על ידו וצבתה וסופה לחזור או הכהו על עינו ומרדה וסופה לחזור אין כאן נזק ונותן לו שאר ארבע דברים. (ו) (**רמב"ם** -) הכהו על ראשו וצבתה, אין כאן נזק ושבת, ונותן לו שאר השלשה דברים (**ה"ה**: פשוט כשאין כאן שבת דאינו בטל ממלאכתו ונזק לא חשבינן ליה לא בהא ולא בההיא כיון דסופו לחזור אין לו נזק אע"ג דאי מיזדבן השתא היה נגרע מערכו) (ז) (**רמב"ם** ע"פ ירו' -) הכהו במקום שאינו נראה (בשעת המכה דתרתיה בעינן, סמ"ע) ולא ראהו שום אדם (**ראב"ד**, ולרמב"ם פשיטא היא, **ה"ה**), אינו נותן לו אלא צער וריפוי. (ח) הכהו במטפחת שבידו או בשטר וכיוצא בזה (והוא מכת 'טומוסי' הנזכרת שם) אין כאן אלא בשת { וי"א דוקא שהוא במקום רואין (**ראב"ד**, וגם זה נכון, **ה"ה**) }".

סעיפים ו - ז

כתב **השו"ע** (ט) (**משנה שם** **וגמ' פד**: -) **כוואו בשפוד** על צפרנו במקום שאינו עושה חבורה ואינו מעכבו ממלאכה אינו נותן אלא צער { ואם היה במקום רואין חייב בבושת (**ה"ה**) }. (י) (**פה**: -) השקהו סם, או שסכו סם ושינהו ממראה עורו, אינו משלם לו אלא ריפוי בלבד. (יא) הכניסו בחדר וסגר הדלת עליו ובטלו ממלאכתו, אינו נותן לו אלא שבת בלבד, (**רא"ש** מסברא והביא ראיה מתוס' סנה' ע"ז -) אבל אם היה כבר בחדר וסגר עליו מלצאת הוי גרמא בנזקין ופטור מדיני אדם".

סעיף יב

ע"פ **פו**. פסק **בשו"ע** "גילח שער ראשו, אינו נותן לו אלא בושת, סכו בסם עד שאין סוף השער לחזור, חייב בה' דברים, שהרי מצטער מן הסם, ושבת שהרי הוא ראוי לרקד ולנדנד ראשו בשעת ריקוד, ונמצא בטל ממלאכה זו".

כתב הסמ"ע (יד) דבסיפא יש לגרוס יולנדנד ראשו ולא ישער ראשו כפי שבטור, דהנדנד בראשו בשעת ריקודו נעשה גם בלא שערות דאל"כ גם בגילח לו שערות היה לו לחייב, ועוד דא"כ בכלל נזק יחשב וכיון דכבר שילם לו נזקו דמי שערות שלו, בכללו הוא השבת דשערות, אלא שכל זמן שראשו עליו יכאב אינו יכול להתעסק במלאכת ריקוד ונדנד ראשו והוא שבתו. עוד כתב דהאי שבת לאו בכל ענין מתחייב בו אא"כ מלאכתו היא בכך וכן הוא לשון הטור 'ושבת אם הוא יודע לרקד בו'.

סעיפים יג - יד

ע"פ פו. וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "המחסר את חבירו אבר שאינו חוזר, חייב בכל הה' דברים, אפילו הפיל שינו, חייב בכל, שאי אפשר שלא יחלה פיו שעה אחת, אע"פ שהשן אין לו רפואה, בשר השינים צריך רפואה. (יד) אפילו חסרו כשעורה מעור בשרו, חייב בה' דברים, שהעור אינו חוזר אלא צלקת, לפיכך החובל בחבירו וקרע העור ויצא ממנו דם, חייב בה' דברים", והקשה ה"ה (ב"י וסמ"ע) דצ"ע דבחובל בבתו בב"ק פ"ח משמע דאינו חייב בצלקת כי אם בחבלו בפניה דשם יש הקפדה ברושם וכאן סתם, ויישב הסמ"ע (טו) די"ל דדוקא בתו אינה מקפדת עם אביה בשאר מקומות משא"כ איש זה עם איש אחר.

סעיף טו

כיצד משערים נזק צער שבת ריפוי ובושת? (וכן לקמן)

ע"פ משנה פג: פסק בשו"ע "כיצד משערים הה' דברים, נזק אם חסרו אבר או חבל חבורה שאין סופה לחזור שמין אותו כאלו הוא עבד נמכר בשוק כמה היה שוה קודם שחבל בו וכמה נפחתו דמיו אחר החבלה, וכך יתן לו {ואם היה בעל אומנות כגון נוקב מרגליות, וקטע לו ידו, משערינן הזיקו כפי מה שהוא, אבל אם קטע רגלו, שאין מזיק לו כל כך, משערינן הזיקו כאילו לא היה בעל אומנות (רא"ש - אם היה עבד נוקב מרגליות ושבר רגלו שמין עבד נוקב מרגליות כמה נפחתו דמיו בשביל חסרון רגלו והוא דבר מועט ואם קטע ידו הוא דבר מרובה ומיהו שומא זו ששמינן לאדם כפי מלאכתו היינו דוקא להוסיף בשומא כגון אם קטע ידו של עבד נוקב מרגליות אבל אם קטע רגלו והיתה שומתו פחותה משומת עבד העומד לשימוש ולעשות מה שיצוה רבו לפי שהעבד נוקב מרגליות אין רבו מקפיד כל כך על חסרון רגלו שראוי הוא למלאכתו ראשונה ויותר יהיה קבוע במלאכתו ישומו כאילו לא היה נוקב מרגליות דמסתבר שלא יפסיד באומנותו שאם ירצה לא יעשה דבר זה ויהיה כשאר כל אדם הנמכר לכל מיני תשיש, הובא בטור והמחבר בסעי' י"ז וסמ"ע וזו כוונת הרמ"א, אולם דעת הרש"ל דלענין נזק אין חילוק בשום בני אדם בעולם אלא שמין אותו כעבד שאינו בשום מלאכה, והש"ך דחהו דמ"מ אין טעם לדבריו דהא מכל מקום הזיקו הוא רב יותר מעבד שאינו יודע שום מלאכה)"}.

כתב הסמ"ע (טז) דהא דנמכר כאלו הוא עבד נמכר בשוק, דעת רש"י ונ"י כאילו נמכר להיות ע"ע, ואילו דעת הרא"ש כתב שם כמו ע"כ דנמכר לעבד לעולם כי גם חסרון אברו הוא לעולם משא"כ עבד עברי שאינו נמכר אלא ל' שנים ואם באנו לשומו בכל ו' שנים פעם אחר פעם יעלה לערך יותר ממה שיעלה הערך כששמין אותו פעם אחת (וכ"ד התוס', קצות). עוד כתב הסמ"ע דאפילו הוא אדם חשוב שיימינן נזקו כעבד, ואשר נגע בכבוד חשיבותו זהו משלם לו בכלל בושת שהיא משתלמת לפי המתבייש כדלקמן אבל לענין נזק הכל שוין.

סעיף טז

ע"פ פה. פסק בשו"ע "צער כיצד, הרי שקטע אצבעו, אומדים כמה אדם רוצה ליתן בו לקטע לו אבר זה בסייף או לקטוע אותו בסם, אם גזר המלך לקטוע אבר {בסייף (רש"י)} ומה שיש בין זה לזה משלם לו (אבל אין לשום במי שנכתבה ידו למלכות לחתכה בסם כמה ירצה ליקח שיחתכה בסייף שחומרא זו למזיק שאין אדם לוקח ממון כדי לקבל צער אבל זה כבר נצטער, טור), וכתב הרמ"א ע"פ הרא"ש "ובמקום דאיכא צער לחוד, משערין אם היה גוזר המלך לכוות אותו בשפוד על צפרנו וכדומה, כמה היה נותן להנצל מצער זה" - דלא כרמב"ם שכתב שמשערין כמה אדם כיוצא בזה לוקח להצטער בכך, והרא"ש חלק דאין שמין כך דאין שום אדם רוצה ליקח שום ממון כדי לקבל צער אלא שמין מי

שחייבוהו מלכות ליכוות בשפוד על צפרנו כמה היה נותן שלא יכווהו ושומא זו קלה להוציא ממון להנצל מצער מליקה ממון לקבל צער.

ביאר **הסמ"ע** (יח) ברישא ע"פ הרא"ש שהרי גם כאן גזר המלך הש"י שכאשר עשה וחתכו לחבירו בסייף כן יעשה לו, אלא שלמדנו שעשייה זו היא נתינת ממון, ומשו"ה אף שישלם לו דמי נזק ידו עדיין עליו לשלם מה שציערו בקטיעת היד, ומן הדין עליו לשלם לו דמי צער קטיעת סייף כמו שעשה, אלא שמשום דמה שקיטע ידו דחבירו כבר נעשה, ולקטוע ידו לכתחילה אין אדם לוקח דמים הרבה, משו"ה אמרו חכמים לשער כמה היה כשהיה נותן לחתוך בסם למי שנגזר עליו חתיכת סייף, דמדכתב ובער בשדה אחר ואמרו חז"ל שלא ישום הערוגה שהזיקה לבד אלא ישומו אגב כל השדה לימדונו שהתורה חסה על המזיק להקל לו בשומא.

עוד כתב **הטור** "פרי" כששמין הצער אין שמין אלא צער של **שעת המכה** אבל צער הנמשך אח"כ אינו משלם, ורבינו **משולם** כתב שמשלם הכל וכן היא מסקנת **א"א הרא"ש**, אולם **הב"י** כתב דמשמע ברא"ש שמסקנתו כר"י.

סעיף יז

פו. "איתמר הכהו על ידו וצמתה וסופה לחזור אמר אביי נותן לו שבת גדולה ושבת קטנה ורבה אמר אינו נותן אלא דמי שבתו שבכל יום ויום" ופירש **רש"י** "שבת גדולה - דמי ידו. ושבת קטנה - כל ימים שיפול למשכב רואין אותו כאלו הוא שומר קישואים. שבכל יום ויום - עד שיחזור לקדמותו נותן לו בכל יומו כמו שנשכרים פועלים בשוק ולא כשומר קישואים דהא לרבה לא יהיב ליה דמי ידו", ופסקו **הרי"ף** **רמב"ם** ו**רא"ש** כרבה וכנ"ל, וז"ל **השו"ע** ע"פ הנ"ל והמשנה **בפג:** וגמ' "כיצד משערין השבת, אם לא חסרו אבר אלא חלה ונפל למשכב, או צבתה ידו וסופה לחזור, נותן לו שבתו של כל יום ויום כפועל בטל (רא"ש -) של אותה מלאכה שבטל ממנה, ואם חסרו אבר כגון שקטע ידו, נותן לו דמי ידו שהוא הנזק, ושבת רואין אותו כאילו הוא שומר קישואין, ורואין כמה הוא שכר שומר קישואים בכל יום, ועושין חשבון כל ימי חוליו של זה ונותן לו, וכן אם קטע רגלו (שניהם), וכן גבי סומא לקמן, ב"י **סמ"ע** ע"פ הרא"י רואין אותו כאלו הוא שומר על הפתח. סימא את עינו, רואין אותו כאלו הוא טוחן בריחים וכן כל כיו"ב {**רא"ש** -} ודוקא בסתם בני אדם שאינן בני אומנות, אבל אם הוא בן אומנות ויכול לעסוק במלאכתו אחר חליו, משערין השבת כפי המלאכה דבטל מיניה (כגון אם הוא מלמד תינוקות וקיטע את ידו או שיבר את רגלו, לאחר שיתרפא הוא ראוי למלאכתו, וגם אם היה נוקב מרגליות ושיבר את רגלו לכשיתרפא ראוי הוא למלאכתו ולמה ישומו אותו בימי חליו כשומר קישואין, **טור** בשמו)"}.

כתב **הסמ"ע** (כ) דמש"כ דנותן לו כל ימי משך חליו בכל יום ויום כמו שנותנין לשומר קישואין ר"ל דנותנין לו מיד הריפוי והשבת דכל ימי חליו והוא לטובת המכה וכדלקמן בסעי' הבא וזהו שדקדק הרמב"ם שעושין חשבון כל ימי חליו של זה ונותן לו ר"ל נותן לו מיד בפעם אחת.

סעיף יח

ע"פ ברייתא **צא**. וכלשון **הרמב"ם** פסק **בשו"ע** "כיצד משערין הריפוי, אומדים בכמה ימים יחלה מחולי זה, וכמה הוא צריך ונותן לו מיד (כלשון הברייתא 'חמשה דברים אומדין אותו ונותנין לו מיד'), ואין מחייבים אותו לתת דבר יום ביומו, ודבר זה תקנה הוא למזיק, וכן השבת אומדין אותו ונותן הכל מיד, אם היה מתגלגל בחוליו והולך וארך החולי יותר על מה שאמדוהו, אינו מוסיף לו כלום, וכן אם הבריא מיד אין פוחתין ממה שאמדוהו".

ביאר **הסמ"ע** (כא) דהא דנותנים לו מיד משום תקנת המזיק ר"ל דאם היה צריך לתת לו שכר ריפוי דבר יום ביומו שמא יתרשל המוכה ברפואתו באמרו דמי הרפואה הן על המכה אצערנו בזה כדי שיוציא הרבה דמים וזה שמסיק וכתב דאם היה מתגלגל וארך החולי אינו מוסיף לו כלום, ועוד דכמה סיבות וגרמות הן דימשך חליו, ואף דלפעמים יהיה למכה בזה הפסד, דאם הבריא מיד דאין פוחתין לו מהאומד כדמסיק, זהו דבר שאינו שכיח דיבריא קודם זמן שאמדוהו לכך.

סעיפים יט - כ

פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "אמר המזיק אין רצוני בתקנה זו אלא ארפאנו דבר יום ביומו שומעין לו (ה"ה): שהרי אינו חייב אלא ברפואתו ושבתו והרי הוא נותן ונכון הוא, ויצא לו כן מדין צמחים דלקמן), הרי שלא פסק עמו אלא היה מרפא יום יום (פג: פה. וכת"ק -) ועלו בו צמחים מחמת המכה או נסתרה המכה אחרי שחייתה, חייב לרפאותו ולתת לו דמי שבתו; עלו בו צמחים שלא מחמת המכה, אינו חייב לרפאהו ולא לתת לו דמי שבתו (כראב"ד וטור, ודלא כגירסא ברמב"ם "חייב לרפאותו ופטור מדמי שבתו"), (כ) עבר על דברי הרופא והכביד עליו החולי, אינו חייב לרפאותו (סמ"ע ע"פ הגמ': אפילו א"ל את לא תאכל מיני מתיקה והוא אכלם ועלו בו צמחים, כיון דעבר על דברי הרופא שלא מחמת מכה מיקרי)".

עמש"כ המחבר 'הרי שלא פסק עמו' וכו' כתב הסמ"ע (כב) דמשמע דאפילו סתמא נמי כל שלא פסק ונתן דבר יום ביומו ועלו בו צמחים חייב בריפוי ושבת הצמחים, משו"ה דרך המכה לדרוש טובתו ולפסוק וכנ"ל בסעי' י"ח, ודלא כלבוש שכתב 'אמר המזיק ליתן דבר יום ביומו ועלו בו צמחים', דבלא אמירה כן נמי דינא הכי.

סעיפים כא - כג

ע"פ פה. פסק בשו"ע "כא) אמר לו המזיק אני ארפא אותך או יש לי רופא שמרפא בחנם, אין שומעין לו אלא מביא רופא אומן ומרפאו בשכר (ב"י וסמ"ע: מפרש טעמא בגמ' דאם אמר אני ארפאך יאמר לו דמית עלי כאריא ארבא, ועל רופא אחר חנם יאמר רופא שאינו מקבל תשלומין אין מדקדק ברפואתו, ובטור כתב האי טעמא בתרא גם א"אם א"ל אני ארפאך דשייד בשניהם). (כב) אם יאמר המזיק אביא לך רופא ממקום רחוק שיקח שכר מועט יכול הנחבל לומר לו הרופא שהוא במקומו מדקדק יותר, שלא יפסיד המחאתו. (כג) אמר הנחבל תן לי שכר הרופא ואני ארפא את עצמי, יכול החובל לומר לו שמא לא תרפא עצמך יפה ויקראו אותי מזיק לעולם".

סעיף כד

ע"פ משנה פג: פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "כיצד משערין הבושת הכל לפי המבייש והמתבייש, אינו דומה מתבייש מהקטן למתבייש מאדם גדול ומכובד שזה שביישו הקל בושתו מרובה {וכן המתבייש לפי מה שכבודו גדול בושתו מרובה (טור, כרבי יהודה בדף פ"ו ודלא כרא"ש שפסק כר' שמעון, גר"א, [וראה ישי"ש ח, טז]). והמבזה כהן בושתו יותר גדולה מבאיש אחר (ריב"ש)"}".

עמש"כ 'שזה שביישו הקל בשתו מרובה' כתב הסמ"ע (כה) דדעת הר"ן ורש"י בכתובות מ' דבושת אדם בינוני מרובה משל אדם נכבד ומזולזל חוץ באונס ומפתה שבושת הקל והמזולזל בושתו יותר, והגר"א כתב שדעת הרמב"ם טור ורש"י במשנה דלא כרש"י שם.

סעיף כה

החובל בחבירו מתי חייב בדיני שמים? (וראה גם לקמן סעי' כ"ח ול"ב)

ע"פ פה: צא. פסק בשו"ע "צעק באזנו וחרשו פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, אחזו ותקע באזנו וחרשו (אף דלא תקע באזנו אלא הכה על הכותל כנגד אזנו ונתחרש, סמ"ע בשם המרדכי), או שהכהו באזנו וחרשו, נותן לו דמי כולו אם אינו בעל אומנות (אבל אם תקע בו בלא אחיזה ונתחרש על ידי כך פטור וכדתניא, ב"י). (תוס' ורא"ש -) ואם הוא בעל אומנות וראוי עדיין לאותו אומנות רואים כמה נפחתו דמיו ונותן לו (והביאו ראייה מדתנן בערכין ב' דחרש נידר ונערך אלמא יש לו דמים)".

כתב הפת"ש (ד) עמש"כ 'רואים כמה נפחתו דמיו' דכתב בדגו"מ דהיינו שאינו צריך ליתן דמי כולו ששונה לפי אומנותו, דהא עדיין ראוי לאומנות הזה, אבל עכ"פ צריך ליתן דמי כולו ששונה אילו לא היה בעל אומנות, אלא שאם הפחת שנפחת לפי אומנות שלו עולה יותר מדמי כולו אם לא היה בעל אומנות, נותן לו הפחת הזה.

סעיף כו

פה: "בעי רבא קטע את ידו ולא אמדוהו שיבר את רגלו ולא אמדוהו סימא את עינו ולא אמדוהו ולבסוף חירשו מהו מי אמרינן כיון דלא אמדוהו בחד אומדנא סגי ליה ויהיב ליה דמי כוליה בהדי הדדי או דלמא חדא אמדינן ויהבינן ליה נפקא מיניה דבעי למיתב ליה צער ובושת דכל חדא וחדא נהי דנוק וריפוי ושבת דכל חדא וחדא לא יהבינן ליה דכיון דקא יהיב ליה דמי כוליה כמאן דקטליה דמי והא יהיב ליה דמי כוליה, צער ובושת מיהת דכל חדא וחדא יהיב דהא הוה ליה צער ובושת, ואם תימצי לומר כיון דלא אמדוהו קא יהיב ליה דמי כוליה בהדי הדדי אמדוהו מהו מי אמרינן כיון דאמדוהו חדא חדא בעי למיתב ליה או דלמא כיון דלא שלים יהיב ליה דמי כוליה תיקו". גבי לא אמדוהו פסק הרמב"ם כאת"ל, דכן דרכו.

כתב הרא"ש גבי הסיפא דכמאן דגבוי דמי דאין נפקותא אלא לפי עילוי שומא פרטית לכללית למה יעשה שומא אחרת אחרי שכבר נתחייב בשומא ראשונה, ופסק דלענין נזק ושבת אין חילוק בין חד אומדנא ובין כל אבר ואבר לבד ובכל שומא שמין כמה נחסרו דמיו בשביל אותו אבר עד שיצטרפו כל אבריו יחד וגם שבת שבין הכאה להכאה פשיטא שנותן לו כי עדיין הוא ראוי למלאכה כשיתרפא כל זמן שלא חרשו ואין חילוק אלא לענין צער וריפוי ובושת ודבר פשוט שצריך ליתן לו צער וריפוי ובושת של כל מכה ומכה בפני עצמה אבל יותר יעלו כשישומו כל מכה ומכה בפני עצמה ממה שיעלו כשישומו כאילו עשאו כולו כאחד ואין ביניהם אלא דבר מועט אבל בנזק ושבת אפילו חילוק מועט כזה אין ביניהם כי שמין כל אבר ואבר בפני עצמו, והרמב"ם כתב "אמדוהו לכל נזק ונזק ואח"כ אמדוהו לכולו אין גובין אלא דמי כולו בלבד ואם תפש הניזק נזק של כל אבר ואבר ודמי כולו אין מוציאין מידו" – וכתב ה"ה דנראה שמה שכתב דנותן לו דמי כולו אינו למעט צער וריפוי ובושת דכל אחת אלא למעט הנזק והשבת דכיון דנותן לו דמי כולו אין אומדין הנזקין מוחלקים אלא הרי הוא בכלל האחרון, אלא דיקשה לזה הגירסא הכתובה במקצת ספרים, לפיכך פירשו התוס' דאע"ג דצער ובושת וריפוי יהיב ליה לא שיימינן כולהו כהדדי ונפקא מינה שהשומא שנעשית על כולן ביחד אינו עולה כל כך כשומא שעושין לכל אחת בפני עצמה ולזה הסכים הרשב"א וכ"ד הרא"ש "ואפשר שאף זו דעת רבינו".

וז"ל השו"ע כלשון הרמב"ם "סימא עינו ולא אמדוהו [קטע ידו ולא אמדוהו] וקטע רגלו ולא אמדוהו, ואח"כ חרשו, הואיל ולא אמדוהו מכל נזק ונזק, נותן לו דמי כולו {ומחוייב ליתן צער וריפוי ובושת של כל מכה ומכה רק שאומדים הכל ביחד (רא"ש)}. אמדוהו לכל נזק ונזק, ואחר כך אמדוהו לכולו, אין גובין ממנו אלא דמי כולו בלבד, ואם תפש הניזק נזק כל אבר ואבר ודמי כולו, אין מוציאין מידו {וכבר נתבאר סימן שפ"ח דיש חולקין (ר"י) וסבירא להו דלא מהני תפיסה}."

סעיף כז

[מזיק שמבקש זמן עד שישלם על נזק ובושת האם בי"ד נותנים לו? פרט.]

משנה צ: "מעשה באחד שפרע ראשה של אשה ובאת לפני רבי עקיבא וחייבו ליתן לה ארבע מאות זוז אמר לו רבי תן לי זמן ונתן לו" ובגמ' "ומי יהבינן זמן והאמר רבי חנינא אין נותנין זמן לחבלות כי לא יהבינן ליה זמן לחבלה דחסריה ממונא אבל לבושת דלא חסריה ממונא יהבינן", וז"ל השו"ע "כשבית דין מגבין לנחבל ארבעה דברים, אין נותנים לחובל בהם שום זמן. אבל אם לא עשה בו דבר אלא שביישו, נותנים לו זמן כיון שלא חסרו ממון".

כתב הסמ"ע (לא) דלבושת של חבלה אין נותנין זמן, כיון שלשאר דברים שגובין בחבלה אין נותנין זמן כיון דיש בהן חסרון ממון, אגבן גובין ג"כ צער ובושת אע"ג דלית בהו חסרון ממון, ודוקא בדבר שאין גובין עליו אלא דמי בושת לחוד הוא דנותנין זמן, וה"ה צער כשהוא לחוד כגון כווא בשפוד במקום שאין רואין, כיון דלית ביה חסרון ממון נותנין לו זמן.

כתב הש"ך (ד) דמשמע דאין נותנין זמן לחובל אפילו זיל נכסי דנתבע, ודוקא כשנתחייב בדין אבל אם מבקש זמן להביא עדים לפטור נותנים זמן אף לחבלות אם זיל נכסיה כדמוכח בתוס' והרא"ש בב"ק מ"ו, ודלא כב"ח.

סעיף כח

ע"פ בעיא דאיפשטא **צא**. כתב הרמב"ם וכ"פ בשו"ע "כשם שאומדים למיתה כך אומדים לנוזיקין, כיצד, הרי שהכה חבירו בצרור קטן שאין בו כדי להזיק, או בקיסם של עץ קטן, וחבל בו חבלה שאין חפץ זה ראוי לעשותו הרי זה פטור (שבויי בפת"ש: דעת רש"ל דמ"מ חייב בדיני שמים דלא גרע מהמבעית את חבירו ושאר דיני גרמא, וליתא דלא דמי כלל להמבעית את חבירו דה"ל לאסוקי אדעתיה שדרך בני אדם להיות נבעתים, והכא לגמרי פטור כסתומת לשון הש"ס וכל הפוסקים), שנאמר באבן או באגרופ דבר הראוי להזיק, (רמב"ם -) אבל חייב הוא בבושת בלבד (פשוט, ה"ה), שאפילו רקק בגופו של חבירו חייב בבושת (אבל בבגדו לא, גמ'), לפיכך צריכים העדים לידע במה הזיק, ומביאין החפץ שהזיק בו לבית דין, עד שאומדין אותו ודנין עליו. (רמב"ם -) ואם אבד החפץ ואמר החובל לא היה בו כדי להזיק, ונחבל אומר היה בו כדי להזיק, ישבע הנחבל ויטול (ה"ה: אינו מבואר בגמ' אבל נכון הוא מן הטענה שכתב הראב"ד – ומה במקום שאין העדים יודעים אם חבל בבעל הבית או חבל הוא בעצמו אמרו נשבע ונוטל לפי שאין דרך שיחבל אדם בעצמו והולכין אחר החזקות כאן שראו העדים שחבל בו ואין דרך אבן קטנה לחבלה גדולה כזאת לא כ"ש שיהא זה נאמן בשבועתו)".

כתב הסמ"ע (לה) דאפילו אם מאבן קטן נעשה חבלה גדולה ונתבייש בה אף דאינו חייב שאר הדברים, מ"מ אבושת שנתבייש בה חייב, וראיה לזה שהרי אפילו רקק בחבירו שהוא ענין קל חייבוהו בבושת.

סעיף כט

ע"פ סנהדרין עו: דלענין מיתה ברזל אין צריך אומד וכל שכן לענין נזקין, פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "הברזל אין לו אומד, אפילו מחט קטנה ראויה היא להמית (דברברזל לא כתיב 'אשר ימות בו'), ואין צריך לומר להזיק, (ה"ה ע"פ הגמ' שם -) ודוקא כעין מחט שהיא חדה, אבל אם לא הזיק אלא מחמת משקלו, שאינו מחודד כלל, אומדים אותו כשאר דברים (סמ"ע: ה"ה אפילו אם הוא מחודד אלא שלא המית בחידודו אלא במשקלו פטור דזיל בתר טעמו)".

סעיף ל

ע"פ ב"ק לג. וכדעת הרי"ף בהכרעה בין הלשונוות פסק השו"ע וכלשון הרמב"ם "הזורק אבן ולאחר שיצאה מתחת ידו הוציא הלה ראשו מהחלון וקבלה פטור מכולם, שנאמר ומצא את רעהו פרט לממציא את עצמו".

סעיף לא

פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם ע"פ משנה צ. "החובל בעצמו אף על פי שאינו רשאי, פטור, אחרים שחבלו בו, חייבים (ולא תימא כיון דזה עובר על דעת המקום במה שחבל בעצמו אף שאינו רשאי וגם אנו רואים שאינו מקפיד בצערו וחבלתו שהרי חובל בעצמו, גם אחרים שחבלו בו יהיו פטורים, סמ"ע) "ודלא כרמ"ה דאינה הלכה אלא האדם רשאי לחבול בעצמו, וכתב הב"י שטעם הרמ"ה מדאמרין בגמ' (צא:): דתנאי היא דתניא אמר רבי אלעזר הקפר וכו' ומשמע ליה לרמ"ה דבשום דוכתא לית הלכתא כרבי אלעזר הקפר.

סעיף לב

צא. "הוא דאבעית נפשיה כדתניא המבעית את חבירו פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים כיצד תקע באזנו וחירשו פטור אחזו ותקע באזנו וחירשו חייב", וז"ל השו"ע "המבעית את חבירו, אף על פי שחלה מהפחד, פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, והוא שלא נגע בו, כגון שצעק לו מאחוריו, או שנראה לו באפילה וכיוצא בו, וכן אם צעק לו באזנו וחירשו, פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, אחזו ותקע לו באזנו וחירשו, או שנגע בו והדפו בשעה שהבעיתו, או שאחזו בבגדיו, חייב בתשלומין".

סעיף לג

ע"פ הרמב"ם דכתב "יראה לי" וכו' פסק בשו"ע "אם הנחבל אומר נחרשתי או נסמית עיני ואיני רואה או איני שומע, אינו נאמן, שאין אנו מכירים הדבר ושמה יערים, ואינו נוטל הנזק עד שיבדק זמן מרובה ויהיה מוחזק שאבד מאור עיניו או נתחרש, ואח"כ ישלם זה".

סעיף לד

ע"פ פו: וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "המבייש את הערום או מי שהוא בבית המרחץ פטור. נשבה בו הרוח והגביה בגדיו ונראה ערום, ובא אחר והוסיף בהפשטתו, חייב בבשת, ומ"מ אין בושתו של זה מרובה כמו המבייש את שאינו ערום כלל, וכן אם הגביה בגדיו לירד לנהר, או שעלה מנהר, וביישו חייב, ומ"מ אינו כל כך בושת כמו שמבייש המלובש", וכתב הסמ"ע (וכן הוא בקיצור בטור וב"י) דהמחבר נקט כרמב"ם ומדכתב המבייש את הערום מוכח דס"ל כרש"י דאפילו ביישו בכל מיני ביוש שרקק בו או הכהו אפ"ה פטור מהבושת כיון דלאו בר בושת הוא במרחץ כיון שהולך ערום, וכ"ש כשהולך ערום בלא מרחץ, משא"כ כשאינו הולך ערום כל כך דאז בר בושת מיקרי וחייב עליו אפילו כשבא אחר והגביה בגדיו קצת יותר, וכ"ש אם ביישו בענין אחר, וזה דלא כר"י בתוס' דכתב דגם כשהוא ערום או בבית המרחץ דאינו פטור כשמביישו בשאר ענינים, אלא דכשהוא רוחץ במרחץ דאז הוא כבר ערום לגמרי לא שייך בו בושת דהפשטת בגדים, אבל כשהוא הולך לרחוץ בנהר והגביה בגדיו ובא אחר והגביהו יותר, או שנשבה בו רוח והגביהו ובא אחר והגביהו יותר, בזה קאמר הברייתא דביישו ערום בבית במרחץ או כשהוא ערום דחייב, ותמה על הרמ"א שלא הביא דעת ר"י שסתר פירוש רש"י.

סעיף לה

ע"פ בעיא דלא איפשטא בפו: וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "ביישו כשהוא ישן ומת {בתוך שינתו (רמב"ם וטור)} שלא הרגיש בבושת אין גובין אותו בושת (דבעיא אם טעם דחייבתו התורה בושת הוא משום כיסופא דידיה והכא לא שייך כיון שמת ופטור, או משום בושת דבני משפחתו חייבתו התורה והרי הן בחיים וחייב), ואם תפסו יורשיו, אין מוציאין מידם {וי"א (רא"ש) שהוא פטור (דס"ל דבעיא איפשטא לפטור)}".

סעיף לו

ע"פ משנה פו: פסק בשו"ע "ישן שבייש פטור" דילפינן מ'והחזיקה במבושיו' דבבושת בעינן דוקא שיבייש בכונה, סמ"ע.

סעיף לז

ע"פ ברייתות שם פסק בשו"ע "המבייש את השוטה, פטור, את החרש או את הגר או את העבד או את הקטן (טור -) שכשמכלימים אותו נכלם - חייב, ומ"מ אינו דומה המבייש את הקטן למבייש את הגדול, ולא המבייש את העבד למבייש בן חורין, ולא המבייש חרש למבייש פקח.

סעיף לח

המבייש את חבירו בדברים, האם חייב בבושת?

ע"פ משנה צ. וגמ' פסק בשו"ע "רקק בחבירו חייב, אבל רקק בבגדיו או שביישו בדברים פטור, (רמב"ם -) ויש לבית דין בכל מקום ובכל זמן לגזור כפי מה שיראו, וי"א (רב שרירא גאון) שמנדין אותו עד שיפייס המבוייש (וכ"ד הרא"ש וכן מסתברא דיותר בושת בדברים מבושת של חבלה דאין דבר גדול כלשון הרע ודיבה שאדם מוציא על תבירו ונהגו בכל מקומות ישראל לעשות תקנה וסייג לבעלי הלשון ולקנוס המבייש לפי המבייש והמתבייש וכן יעשו ב"ד בכל ענין, וראה עוד בסימן א/ו)" וכתב הרמ"א "וי"א דמכין אותו מכת מרדות (מרדכי, דעבר על לאו דלא תונו, אבל כיון דהוא לאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו מלקות דאורייתא, סמ"ע), והמוציא שם רע על חבירו הוי בכלל המבייש בדברים (תה"ד). המקנטר חבירו ואמר לו איני מומר לעו"ג ואיני עבריין אע"פ שלא אמר כמוך הוי כאילו פירש כמוך

(מהרי"ו, והביא ראייה מב"מ ל"ג בעא רב חסדא מרב הונא תלמיד וצריך לו רבו מהו אמר ליה חסדא חסדא לא צריכנא לך). האומר לחבירו הרי אתה עושה כמו ממזר או אתה כממזר אינו כלום (מהרי"ו), ויש חולקין וס"ל שאם אומר אתה כממזר כאלו קראו ממזר (תה"ד מהרי"ט ואגודה), אבל אם אומר אתה מכוב כמו ממזר עד שתתברר דבר זה או כיוצא בזה שהטיל בדבר תנאי אינו כלום (תה"ד).

כתב הסמ"ע (ג) בשם הג' מרדכי דאם קראו משומד אחר שעשה תשובה הרי עובר חרם רבינו גרשום ואי לא ידע מן החרם וקראו שנטבע במי השמד אינו מיקרי עבריין, ועוד כתב בשמו דדין איש שחרף אשה שיתענה שני וחמישי ושני וישב יחף לפני בית הכנסת ויבקש מחילה על המגדל.

עוד כתב הרמ"א "האומר לחבירו פסול אתה", י"א דיכול לתרץ דפסול משום קורבה קאמר ואין זה ביוש (מהרי"ו, ובשם ר' אביגדור הכהן דה"ה אם קראו בן הזונה יכול לתרץ דיבוריה דר"ל בן הפונדקית) ויש חולקין (מהר"ם). המדבר רע על שוכני עפר, צריך לקבל עליו תעניות ותשובה ועונש ממון כפי ראות בית דין (מרדכי), ואם קבורים בסמוך לו, ילך על קבריהם ויבקש מהם מחילה, ואם הם רחוקים ישלח שם שלוחו (ושלוחו יקח שנים מהעיר שנקבר שם וילך על קברו ויבקש מחילה בשם המחרף) (מהר"ם). ואם כופר המבייש, אם הוא ביוש של שוכני עפר, יתנו חרם בעדות, אבל לא על ביושים אחרים (מרדכי), ונראה דהכל לפי ראות בית דין, ועיין לעיל סימן פ"ז סעיף כ"ה. הקורא לחבירו מלשין בן מלשין, אם הוא לבד מלשין, פטור, וכן אם קורא לרשע בן צדיק רשע בן רשע (הג' מרדכי). הקורא לחבירו עבד או ממזר, והוא אמת, פטור, אבל אם לא יוכל לברר, אע"ג דשמע כן שאחרים דברו כך, לא נפטור בכך (נימוקי מהר"ם).

כתב הסמ"ע (נג) בשם מהר"ם על אשה אחת שיצא עליה קול שזינתה בטבריה וצוח לה אחד טבריה טבריה, דלא מיקרי ביוש בפרהסיא.

כתב הש"ך (ז) בשם האגודה דאם אדם טוען ביישתני בדברים או בשוכני עפר והלה כופר נראה דא"צ לישבע דלא נתקנה שבועת היסת על זה, עי"ש עוד בזה.

עוד כתב הסמ"ע (נו) בשם הדרכ"מ בשם מהר"ם דהאומר לחבירו ממזר או עבד או רשע או נואף או פסול או נבל לוקה, ואם קראו עובר על חרם, מלשין או גנב, הוי כקוראו רשע ויורד עמו לחייו, ודעת ר"י דמותר להכותו דעובר על לאו דלא תונו, אבל אם קראו טמא או כלב או שאר חירופין אין בהן דין אלא צריך לפייס חבירו, ועוד הביא ממהר"י וייל דפסק באחד שחבל בחבירו להלקותו בבית הכנסת בין מנחה למעריב דהמגביה ידו על חבירו נקרא רשע וחייב מלקות, וגם הוצרך לעשות מחילה, וגם פסק ליתן לו זקוק כסף אם הוא עני, ואם הוא עשיר יתנו לעומלי תורה, וכן פסק גדול אחד על אחד שתלש שערו של חבירו ופסק ליתן לו זקוק כסף, אמנם אם יש מנהג בזה הכל לפי המנהג, וכתב הדרכ"מ דכל זה אינו אלא הוראת שעה לפי ראות עיני הבית דין שחטא המחבל, אבל מדינא אינו חייב מלקות וממון.

בהא דכתב הרמ"א דהקורא לחבירו עבד או ממזר והוא אמת פטור כתב הפת"ש (ז) בשם השבו"י דדוקא בענין זה שקראו עבד או ממזר שאינו תלוי בתשובה ואין לו תיקון ואדרבה מצוה לפרסמו שלא יתחתנו עמו, פטור, משא"כ בפיסול עבירה שיש לו תקנה כדאיתא בסוטה (ל"ב ע"ב), ואף שמדברי היש"ש משמע דבכל ענין שהבושת אמת אין קונסין אותו, דליתא, ובאגודה כתב דיותר יש להחמיר כשהוא אומר אמת מכשהוא משקר וראיה מדאמר (בי"מ נ"ח) בבן גרים ובעל תשובה שלא יאמר זכור וכו', ואף שאין ראיתו מוכרחת די"ל דוקא היכא שידעינן שעשה תשובה או בת"ח דודאי עשה תשובה אבל לא בשאר כל אדם, מ"מ עיקר שאף על האמת יש דין בושת כל שמתכוין לביישו ולא למונעו מכאן ולהלן או לעשות בו דין, וכ"כ בפשיטות בתשובת חות יאיר.

כתב רע"א בשם רשד"ם דגם הקורא לחבירו עבד יכול לתרץ דבריו דעבר עברי קאמר אא"כ פירש דקראו עבד כנעני.

עוד כתב רע"א דמשמע מהרמ"א דבקורא ממזר אין מקום לתרץ דיבוריה, ואם אמר כן לאחר שאינו דר שם צ"ע אם יכול לתרץ דבריו דממזר היינו שהוא זר ונכרי כאן כדאיתא בקידושין ע"ב וצ"ע לדינא.

< עוד כתב תה"ד (ב"י) על ראובן שהוציא שם רע על שמעון ואשתכח שיקרא דאינו חייב לפייסו בממון אע"ג דיורד עמו לחייו שהורע חזקתו גרמא בעלמא הוא ואם ירצה שמעון שלא להתפייס ולנטור לו

איבה אין איסור בזה כדאיתא בסמ"ג ובמרדכי דמייתי ירושלמי אהא שלא יהא המוחל אכזרי הדא דתימא שלא הוציא עליו שם רע אבל הוציא עליו שם רע אין לו מחילה עולמית, וטעמא רבא אית ביה דדילמא אינש שמע באפוקי קלא בישא ולא שמע דפייסו ולא נפיק האי גברא מיד חשדא.

[במאמר של הרב הלל גפן פיצוי על הוצאת דיבה בכלי התקשורת העלה שדרך המאבק היעילה ביותר בימינו בהוצאות דיבה היא ע"י תקנה המחייבת את מוציא הדיבה לשלם פיצוי כספי, ועוד כתב שחוק הכנסת יכול להיחשב כתקנת הקהל כאשר כוונתו למיגדר מילתא ואין הוא מנוגד לחוקי התורה, ומשכך ביי"ד רשאי להסתמך על חוק הכנסת ולחייב מוציא דיבה בפיצוי כספי, וראה עוד בזה בחוברת של מכון פסקים 'דין בוש' ולשון הרע בזמן הזה', ובפרט במאמר של הרב ניר אביב שם, ובתחילה סיכם ש"המורם מכל האמור הוא שאי אפשר לחייב ממון על עוגמת נפש אלא לכל היותר לנדות את הגורם במזיד", אלא דיש אפשרות לחייב מדין "קבלוהו עלייהו" שבשטר בוררות שחותמים הצדדים לאפשר תשלומי גרמא וכו' י"ל שלשון הרע כלול בזה, ולבסוף נקט (כהצעה) "לתמחר" הביוש ע"פ מש"כ הישי"ש לתרגם כל דיבור לשון הרע כנגד מלקות וצריך לשלם ח' זהובים שהם בערך סך של 1000 ש"ח עיי"ש].

סעיפים לט - מ

כתב השו"ע כלשון הרמב"ם "אף על פי שהמבייש בדברים אינו בר תשלומין עון גדול הוא ואין המחיר ומגדף לעם ומביישן אלא שוטה רשע וגס רוח (ה"ה: מפורש בכמה מקומות). וכל המלבין פני אדם כשר מישראל בדברים, אין לו חלק לעולם הבא (ב"מ נ"ט)", ובסעי' מ' כתב השו"ע "דין המבייש ת"ח (ש"ך: וראשים וממונים הקהל כת"ח) בדברים נתבאר בטור י"ד סימן רמ"ג סעי' ז"י".

סעיפים מא - מד

ע"פ כז: פח. צ. וכדעת הרמב"ם וב"י ברי"ף פסק בשו"ע "מא) יש הכאות רבות שיש בהם ביזוי וצער מעט ואין בהם נזק, וכבר פסקו להם חכמים דמים קצובים, וכל המכה את חבירו הכאה מהן משלם אותו הממון הקצוב, וכולם קנסות הן, ואותו הממון הקצוב הוא דמי הצער והבושת והריפוי והשבת (דלא כרמ"א לקמן), בין צריך לרפואה בין לא צריך, זהו משלם. וכמה הוא משלם, הבעט בחבירו ברגלו, משלם ה' סלעים, הכהו בארכובתו, משלם ג' סלעים, קבץ אצבעותיו כמו אוגד אגודה והכהו בידו כשהיא אגודה משלם י"ג סלעים (כך פירש הרמב"ם 'סינוקרת' בגמ', ורש"י ורא' נוספים פירשו פירושים אחרים), תקע את חבירו בכפו משלם סלע, סטרו על פניו משלם חמשים סלעים, סטרו באחורי ידו משלם ק' סלעים, וכן אם צרם באזנו או תלש בשערו או רקק והגיע בו הרוק משלם מאה סלעים, וכזה הוא משלם על כל מעשה ומעשה, כיצד, כגון שבעט בחבירו ארבע בעיטות אפילו זו אחר זו, משלם עשרים סלעים, סטרו על פניו שתי סטירות משלם מאה סלע וכן בשאר } י"א (תשובת הרא"ש) אע"ג דאיתא בגמרא (קידושין כח.) הקורא לחבירו ממזר סופג ארבעים מ"מ יש מקומות שאין נוהגין כן והולכין אחר המנהג, ונ"ל דהוא הדין באלו הדברים הנזכרים } (מב) (ע"פ צ: לו: -) כל אלו הסלעים הם מכסף מדינה שאין בו כסף אלא שמינית, שהם שלש מעין, שכל מעה משקל ט"ז שעורות כסף צרוף, שהוא עוטמני א' (סמ"ע: מלשון הרמב"ם משמע שבא ללמדינו כמה היה הסלע באותו זמן דחכמי המשנה שקבעו שיעורים הללו ומאותו שיעור נלמד לכל זמן וזמן ומקום ומקום לפי מה שהוא המטבע שם שלא יפחות הכסף ממנו, עיי"ש שהאריך) (מג) בד"א במכובד אבל אדם שהוא מבוזה ואינו מקפיד בכל אלו הדברים וכיוצא בהם, אינו אלא כפי מה שיראו הדיינים שראוי ליטול (ה"ה: חילוק זה מפורש במשנה בדף צ' בכל האמורין מתקע חבירו עד כאן וכתנא קמא דר"ע, אבל אג' הראשונים אינם מפורשים אם הם במכובד דוקא ודעת הרמב"ם להשוותן ונכון הוא וכ"כ התוס' בשם ר"י)", והרמ"א פסק כרא"ש ברי"ף ה"ה בשם מפרשים וכ"ד רש"י דלא כרמב"ם מתחילת הענין - "י"א שאלו הדברים אינן רק משום בוש' וצער אבל ריפוי ושבת הכל לפי הענין (דבשבת ובריפוי לא יכלו חכמים ליתן בהן קצבה, סמ"ע)". בסעי' מ"ד סיים השו"ע "כיצד מגבין האידינא חבלות וקנסות אלו, נתבאר בסימן א"י".

כתב הסמ"ע (נט) בשם הטור דאם פרע ראש האשה משלם ק' סלעים. עוד כתב בשם הדרכ"מ (כאן ובסימן ב') בשם מהר"ם ועוד דהמלעיג על דברי חכמים לוקה והקורא לאשת חבירו זונה או פרוצה לוקה ד' מלקיות דתנן בב"ק צ' פרע ראש האשה נותן לה ארבע מאות זוז ומדלא מגבינן קנסא בבבל לוקה ד' מלקיות, ובשם מהר"י וייל דכל מלקיות הוא ארבעים זוז.

עמש"כ הרמ"א בסעי' מ"א גבי קראו ממזר דלוקה מ', כתב הפת"ש (ח) דבתוס' קידושין כ"ח כתבו דהיינו מדה כנגד מדה שהוא אומר שחבירו עבר בלאו ובמג"א סימן תר"ו ביאר דהיינו הלאו דלא יבוא ממזר, ובתשובת חת"ס כתב דלא קשה א"כ המבייש רווק מאי איכא למימר די"ל עכ"פ רוצה הוא להביאו לידי מלקות לכשישא אשה וכן מבואר ביש"ש. עוד כתב בשם היש"ש דלאו דוקא הקורא ממזר דינו במלקות אלא כל הוצאות שם רע שהוא בלאו, ובחת"ס חלק עליו דבאומר לו אכלת חלב וכדומה אפשר שכבר עשה תשובה, וכן אבותיו של ממזר אפשר שהיה באונס או עשה תשובה, משא"כ שם ממזר הוא פגם מתדבק וחושדו שעתיד לעבור על לאו דלא יבוא בכל שעה כשישא אשה.

עוד בענין זה כתב הפת"ש (שם) דכתב החת"ס דנוהגין לפדות המלקות בממון וכ"כ הרמ"א בסוף סימן ב', וביש"ש כתב דמנהג הלכה אפילו בע"כ של המתבייש וקרא תגר על שרגילים לחלק הקנס לבני ישיבה וכדומה וגזר על כל הרואה ספרו שיאמר למתבייש שהממון שלו הוא לעשות מה שירצה, ואילו המהרי"ו פסק שיתן מ' זהובים לצדקה והמתבייש יברור מה לעשות בהם, וכתב הפת"ש דני"ל שאין כאן מחלוקת דבפוגע בכבוד עצמו של המתבייש הרי הממון של המתבייש אפילו למשתי ביה שיכרא שפיר דמי כרש"ל, אמנם בפוגע בכבוד אבותיו לא יאכל הלה וחדו"ב בזיון אבותיו אלא כי היכי דלהוי כפרה למבייש יחלק הממון לצדקה בעבור נשמת שוכני עפר ומ"מ טובת הנאה לבן שהוא גואל הדם שלהם.

עוד כתב הפת"ש (שם) בשם עצמות יוסף בשם תשובת ר"י מיגש דבקראו ממזר בן ממזר חייב שתיים אבל אם אמר לו אביך ואתה ממזרים אינו חייב כי אם מלקות אחת, כי הדבר ידוע שמי שהוא ממזר בנו וזרעו עד סוף כל הדורות ממזרים והואיל והקדים וקרא לאביו ממזר הנה נתחייב שיהיה הוא וזרעו ממזרים, אבל אם הקדים לקרוא לבן ממזר שאפשר שיהיה האב כשר, וזה צירף עוד האב לו באמרו שהוא בן ממזר נתחייב ב' מלקות.

סימן תכא - המבייש חבירו שלא בכוונה והחובל בחבירו שלא בכוונה

סעיף א

מה הדין באדם שהוציא קול על חבירו או תבעו לדין שהוא גנב ממנו דבר מה, אך אינו יכול להוכיח זאת, ובינתיים לחבירו נגרמה בושה, האם חייב לו דמי בושת או לא?

ע"פ משנה פו: פסק בשו"ע "אינו חייב על הבושת עד שיתכוון לביישו (כנ"ל בסימן תכ/ו ד'החזיקה במבושיו' כתיב) והמבייש את חבירו שלא בכוונה, פטור, לפיכך ישן שבייש פטור (מהרי"ו -) וכן מי שקובל על חבירו שמסרו או גנב לו וכיוצא בזה אע"פ שלא יכול לברר עליו, מ"מ פטור (ומ"מ יקבל דכונתו לא היתה לביישו, באה"ג בשמו), דהרי לא כיון לביישו ("אלא לגבות ממנו היזקו", סמ"ע) ".

סעיף ב

ע"פ ברייתא פו. פסק בשו"ע "המתכוין לבייש את הקטן ובייש את הגדול נותן לגדול דמי בושתו של קטן. נתכוון לבייש העבד ובייש בן חורין, נותן לבן חורין דמי בושתו של עבד (דלבושת היתירה לא כיון ובושת שלא בכונה אין מחייבין עליו, סמ"ע) ".

סעיף ג

ע"פ פירוש רש"י תוס' ועוד בכו. פסק בשו"ע "י"א דצער וריפוי ושבתי חייב אפילו שלא בכוונה, ובלבד שלא יהא אנוס, אלא שוגג קרוב למזיד, (משנה שם -) אבל בנזק חייב אפילו אנוס דאדם מועד לעולם, בין שוגג בין מזיד, בין ער בין ישן".

ביאר הסמ"ע (ו-ז) דנלמד מדכתיב כי יריבון כו' ושם קרוב למזיד הוא, וריפוי ושבתי כתובין שם וה"ה לצער, וחייב נזק אפילו אנוס ילפינן לה מיתורא דקרא דכתיב פצע תחת פצע והל"ל פצע בפצע.

סעיף ד

ע"פ ירו' הביאורו הפוסקים פסק בשו"ע "בד"א שישן חייב בשישנו שניהם כאחד ונתהפך אחד מהם על חבירו והזיקו או קרע בגדיו, אבל אם היה אחד ישן, ובא חבירו ושכב בצדו, זה שבא באחרונה חייב אם הזיק לראשון, ואם הראשון הזיקו, פטור { והוא הדין בכל אונס גדול כזה פטור המזיק (תוס' ורי"ן, דכל אונס שהוא כעין גניבה פטור וכל שהוא כעין אבידה חייב שהוא קרוב לפשיעה) } וכן אם הניח כליו בצד הישן, ונתהפך עליהם ושברם, פטור, שזה שהניחם בצדו פושע הוא במה שהניחם בצדו".

סעיף ה

פסק בשו"ע ע"פ תשובת הרא"ש "שנים שנתאבקו יחד, ואחד הפיל חבירו לארץ ונפל וסימא את עינו, פטור (מה' דברים)", וכתב בד"ה דיש לגמגם על תשובה זו כי מתחלה נתן טעם לפטור מפני שהוא אנוס ומה שהביא ראיה מהירו' ומההיא דשנים שרצו (לב). אינם ראיות דשאני הכא שנתכוון להפילו ועשוי הוא להיות ניזוק על ידי ההפלה, ואח"כ נתן טעם מפני שמחלו זה לזה וטענת מחילה גם כן אינה טענה שהאומר לחבירו סמא את עיני קטע את ידי על מנת לפטור חייב ושמא יש לחלק בין כשהאחד מוחל לחבירו לכששניהם מוחלים זה לזה, וכע"ז כתב הסמ"ע (י) בשם הרא"ש דטעמא דכל אחד דעתו היתה להפיל חבירו וכל אחד ידע שא"א לצמצם שיפילו דוקא באופן שלא יהיה בו היזק הי"ל כאילו נתיאשו ומחלו אהדדי שאף אם יארע לאחד היזק יהיה מה שיהיה כיון שלא נתכוין חבירו להזיקו אלא שקרה לו דרך נפילתו שיהיה פטור, וכן הוי דומיא לשנים שרצין ברה"ר והזיקו זה את זה דרך ריצתן דפטור המזיק משום דכל הרץ ברה"ר יודע שגם לאחרים יש רשות לרוץ ברה"ר, וכאשר יפגשו שנים הרצין זה נגד זה דרכן להזיק זה את זה, ועוד כתב דאע"ג דאמרינן אדם מועד לעולם ע"כ לאו בכל ענין אמרוהו, דהרי בהזיק אונס גמור פטור, ועוד כתב הסמ"ע דבשניהן רצין לאו משום מחילה לחוד הוא אלא משום דשניהן עבדו מעשה בהזיקתן, ומה"ט בלא רה"ר נמי אלא כל שרצין שנים זה כנגד זה, וכ"כ הטור בשם הרמ"ה בהדיא.

סעיף ו

מי שנכנס לרשות חבירו שלא ברשות, האם רשאי להוציא בעל כרחו, ומה הדין באם חבל בו, והאם רשאי לגרש בכח עובר שחושש שגונב ממנו?

ע"פ מח. פסק בשו"ע "בכל מקום שחובל בחבירו בכוונה חייב בה' דברים אפילו נכנס חבירו לרשותו שלא ברשות וחבל בו והוציאו, חייב, דנהי שיש לו רשות להוציאו, אין לו רשות לחבל בו. (ע"פ כח. "מנין לנרצע שכלו ימיו ורבו מסרהב בו לצאת" וכו' -) אבל אם הוא מסרב בו ואינו רוצה לצאת י"א שיש לו רשות אפילו לחבל בו כדי להוציאו (ואע"ג דמוקי לה בעבדא גנבא היינו אליבא דמאן דאמר לא עביד אינש דינא לנפשיה היכא דליכא פסידא ואנן קיימא לן כמאן דאמר עביד אינש דינא לנפשיה הילכך ברייתא מיתוקמא כפשטה, ב"י) { (מרדכי -) וכן מי שיש לו משרת וחושש שיגנוב לו, יוכל להוציאו קודם זמן השכירות, ואם מסרב יוכל להכותו עד שיצא }".

עמש"כ הרמ"א גבי המשרת, כתב בתשובת חוט השני (פת"ש ב) דהא דלא אמרינן להשביע את המשרת שלא יגנוב לו דהוי טפי עדיף ממה שנרשה לבטל קנין השכירות ואף להכותו, משום שאין הדין נותן כלל להשביע למי שחושש עליו שיזיקהו ועדיין אין לו טענה עליו דהלה אומר לו שמור עצמך שלא אזיקך וכיון שזה משרתו דר עמו תמיד בבית אחד ואי אפשר להשמר ממנו, לכך יוכל להוציאו, ולפי"ז אם היה המשרת בוחר מעצמו לישבע על ככה אין יכול בעה"ב להוציאו, ומסתימת דברי הרמ"א לא משמע כן וצ"ע. [עוד גבי חשד בעובד יש להביא שכתב בפסקי המשפט (ב) בשם דברי מלכיאל (ג,קנב) ועוד שאין רשות לבעה"ב לחשוד בו אלא כשראה בעיניו המעשים החשודים, ומשום כך צריך לברר לפניו ביי"ד מהי הסיבה שחושש ומהיכן בא החשד בלבו, וצריך להביא ראיה שהוא גנב או שיש רגליים לדבר, או שיצא קול בעיר].

ע"פ מימרא דרבא מח. פסק בשו"ע "זו נכנס לחצר חבירו שלא ברשות ולא ידע בע"ה שנכנס, והזיקו בעל הבית שלא בכוונה פטור (וה"ה דהוזק בו הנכנס מבעל הבית מאיליו פטור, ומיירי אפילו ידע ממנו שנכנס, סמ"ע, עיי"ש שהאריך), ואם הוזק בו בעל הבית חייב, כיון שנכנס שלא ברשות (רמ"ה -) ודוקא

כשלא ידע בו ולא ראהו שנכנס, אבל ראהו פטור דאיהו דאזיק אנפשיה. (ח) היו שניהם ברשות או שניהם שלא ברשות והוזקו זה בזה שניהם פטורים (דכל ששניהן שוין הן היה לזה לשמור כמו זה, וכיון שהזיקו שלא בכונה זה את זה אהיזק כזה מחלי מתחילה אהדדי, סמ"ע) {הזיקו זה את זה בכונה שניהם חייבים (טור) ועיין לעיל סימן שע"ח".}

סעיף ט

ע"פ משנה לב: פסק בשו"ע "המבקע עצים ברשות הרבים ופרח עץ מהם והזיק ברה"י, או שבקע ברה"י והזיק ברה"י אחר, (ברייטא בגמ' -) או שנכנס לחנותו של נגר, (ע"פ רי"ף רמב"ם ורא"ש כלישנא בתרא -) בין ברשות בין שלא ברשות, ונתזה בקעת וטפחה לו על פניו, חייב בד' דברים ופטור מהבושת (טור): פירש רש"י ודוקא כשראהו שנכנס ורוצה לומר שאם לא ראה אותו פטור כמו נכנס לחצר חבירו שלא ברשות והזיקו שפטור אם לא ראהו, וריב"א פירש שאפילו לא ראהו נכנס חייב ואע"ג דנכנס לחצר חבירו שלא ברשות והזיקו פטור אם לא ראה אותו היינו דוקא בבעל הבית שאינו אומן אבל אומן שדרך בני"א ליכנס לביתו בשביל אומנות יש לו להזהר יותר, והסמ"ע הביא פירוש הריב"א".

סעיף י

ע"פ מימרא דרבא כו: פסק בשו"ע "היתה לו אבן מונחת בחיקו, בין שלא הכיר בה מעולם, בין שהכיר בה ושכחה ועמד ונפלה והזיקה, וכן אם נתכוון לזרוק שנים וזרק ארבעה והזיק, (משנה -) או שהזיק כשהוא ישן - חייב בנזק ופטור מדי' דברים (דהוי כשווג)".

כתב הסמ"ע (יז) (ובאריכות בב"י) דגבי הזורק אבן ואח"כ הוציא ראשו וקיבלה דדף ל"ג, דעת הטור הכא דפטור מדי' דברים וחייב בנזק דהא רבי ביה קרא אונס כרצון, והמחבר בסימן תכ"ל פסק כרמב"ם דפטור מכולם, וכתב הב"י דנראה דטעמו ע"פ מכות ח' דממעט לה מדכתיב "ומצא" פרט לממציא את עצמו ומשמע ליה דגזירת הכתוב הוא למעטו לגמרי ואפילו מנזק וכן לישנא דגמרא בדף ל"ג הכי דייק דקאמר 'אבל אהא פטור לגמרי'.

סעיף יא

ע"פ מימרא דרבא כז. פסק בשו"ע "מי שנפל מן הגג ברוח מצויה והזיק חייב בד' דברים (דשווג קרוב למזיד הוא דלא היה לו לעלות לגג שאין לו מעקה כיון שיכול ליפול ברוח מצויה, טור) ופטור מהבושת, נפל ברוח שאינה מצויה חייב בנזק בלבד ופטור מדי' דברים {וע"ל סי' תי"ח סי"ג}, ואם נתהפך (דרך נפילתו כדי שיפול על האדם להנאתו כדי שלא יחבט בקרקע אע"פ שלא התכוון לביישו, רש"י), חייב בכל אף בבושת, שכל המתכוין להזיק, אף על פי שלא נתכוון לבייש, חייב בבושת".

סעיף יב

מה דין האומר לחבירו חבול בי על מנת שאתה פטור?

ע"פ לב. פסק בשו"ע "המזיק לאשתו בתשמיש המטה, חייב בנזקה (כלומר בד' דברים אבל בבושת פטור דאינו חייב על הבושת עד שיהיה מתכוין, אבל בשאר דברים אף על גב דיש לו רשות לשמש עמה, מ"מ ה"ל לעיוני דלא יזיק, טור ב"י וסמ"ע).

ע"פ משנה צב. וכדעת הרמב"ם פסק בשו"ע "האומר לחבירו קטע את ידי או סמא את עיני על מנת שאתה פטור, הרי זה חייב בחמשה דברים, שהדבר ידוע שאין אדם רוצה בכך (ה"ה): מפרש דר' יוחנן בדף צ"ג דאמר יש הן שהוא כלאו וכו' לא קאי אראשי איברים במשנה דלימא דטעמא מפני שאמר ליה הן כמתמיה וכדפירש רש"י אלא דר' יוחנן דינא באנפי נפשה הוא ובהכני ופצעני בדוקא אבל בראשי איברים אפילו אמר הן בניחותא חייב וזהו שכתב בראשי איברים בדוקא אבל בהכני ופצעני ודאי הרי הן כנזקי ממון, וכן עיקר ולא הביא השו"ע דין המדבר בתמיה לפי שהוא פשוט, וראה בסמ"ע לקמן) והרמ"א פסק כרא"ש כר' יוחנן "וי"א דאם א"ל בפירוש ע"מ לפטור, פטור, אלא שאם לא א"ל בפירוש, רק דברים שמשמען כד, אנו דנין דבריו שלא פטרו, כגון שא"ל קטע ידי או סמא עיני, וא"ל המזיק על מנת לפטור, וא"ל הניזק הן, אנו דנין שבתמיה קאמר הן, וחייב המזיק".

כתב **הסמ"ע** (כא) דלדעת הרמב"ם דאפילו א"ל מתחילה בפירוש ע"מ לפטור אפ"ה חייב, בהני דוקא קאמר דחייב כיון דהן ראשי אברים ידועים, ואין אדם רוצה בחסרון איברים הללו וסבור שחבירו לא יקטעו ויסמאהו אף על גב דא"ל ע"מ לפטור, אבל אם א"ל הכני פצעני ע"מ לפטור, והוא פצע בו בלא חסרון ראשי איברים, הוא פטור כמו בא"ל שבור את כדי ושאר כלים.

כתב **הסמ"ע** (כב) בדעת הרמ"א דאפילו בלא ראשי איברים נמי אמרינן דבתמיה קאמר וחייב, ולא נקט קטע ידי כו' אלא ללמדינו דאם אמר בפירוש ע"מ לפטור דפטור אפילו בהני, ודוקא בהיזק ממון הוא דפטרינן ליה אף בלשון המתפרש דבתמיה קאמר וכטושי"ע בריש סימן ש"פ, ולא בצער דגופו, ודלא כעיר שושן דכתב דגם י"א הללו לא חייבוהו בסתם אלא בראשי איברים, דזה אינו.

סעיף יג

אדם שהתגונן מפני המכה אותו וחבל בו, האם חייב בתשלום?

אדם שראה אחד מישראל מכה חבירו, האם יכול להציל המוכה על ידי שיכה את המכה? מה הדין באדם הרואה את חבירו שעושה עבירה האם רשאי להכותו כדי להפרישו מאיסור והאם הלכה זו נאמרה בכל אדם?

כתב בשו"ע (משנה לג.) - שנים שחבלו זה בזה אם חבל האחר בחבירו יותר ממה שחבל בו הוא משלם לו במותר נזק שלם, (רא"ש -) ודוקא שהתחילו שניהם כאחד או לאחר שחבל בחבירו חזר גם הוא מיד וחבל בו, אבל אם התחיל האחד השני פטור, שיש לו רשות לשני לחבול בו כדי להציל עצמו (דאפילו אחרים חייבין לחבול בחובל כדי להציל חבריהן וכסימן תכ"ה, סמ"ע) {וכן הוא לענין גידופים וביישים המתחיל פורע הקנס (הג' מרדכי, וגבי ראובן שטען על שמעון שקראו ממזר ושמעון אומר שמתחילה לחש לו באזנו שהוא ממזר לכן נתרגז וא"ל כן אומדנא דמוכח הוא כיון שקראו פתאום ממזר ודאי האמת אתו, דרכ"מ וסמ"ע בשם מהר"ם). ראובן שהכה לשמעון וחזר שמעון ובא להכותו לראובן ובאתה אשתו של ראובן והחזיקה בשמעון, והוא נתק ידיו והכה אותה, פטור (מהרי"ו) וע"ל סוף סימן תכ"ד איש ואשה שחבלו זה בזה} (המשך הרא"ש -) ומיהו צריך אומדן אם היה יכול להציל עצמו בחבלה מועטת וחבל בו הרבה, חייב {מהרי"ו וי"ל -} ודוקא לענין חבלה שמשלם לו ד' דברים דהוי כאדם המזיק בשוגג, אבל פטור על הבושת דהא לא כיון לבייש, ולכן המכה חבירו, וחבירו קראו ממזר פטור, שנאמר והיה כי יחס לבבו וגו', וכן אם אחד קרא לחבירו גנב, והוא אומר לו אתה מכזב כממזר, או קראו ממזר, פטור מהאי טעמא {המשך הרא"ש -} וכן הדין באדם הרואה אחד מישראל מכה חבירו, ואינו יכול להצילו אם לא שיכה המכה יכול להכותו, כדי לאפרושי מאיסורא {תה"ד -} וכן מי שהוא תחת רשותו ורואה בו שהוא עושה דבר עבירה, רשאי להכותו ולייסרו כדי להפרישו מאיסור, ואין צריך להביאו לבית דין (ולשון הלבוש - "וכן מי שעושה דבר עבירה ויש לו כח להכותו לאפרושי מאיסורא רשאי להכותו ולייסרו כדי לאפרושי מאיסורא ואין צריך להביאו לב"ד, וכענין שנאמר הוכיח תוכיח")}.

עמש"כ המחבר כלשון הטור "חזר גם הוא מיד וחבל בו" דבכה"ג משלם המותר, התקשה הסמ"ע (כד) דהא דאם השני חזר וחבלו מיד בעודו בחימום הוא פטור וגם לעיל בסוף סימן ת"ב בשני שוורים לא כתבו הטור והרמ"א לתיבת מיד, ושניהן נשנו בדף ל"ג במשנה אחת וגם הרא"ש לא כתב תיבת מיד (והאריך לדחות חילוק אפשרי בין שוורים לאדם דחייב אף במיד, דמנא ליה לטור לחלק בזה ואין הלשון סובל זה), אלא דט"ס הוא, והכי גרסינן בדברי הטושי"ע 'או לאחר זמן שחבל זה בחבירו חזר גם הוא וחבל בו', אז החיוב על שניהן ומשלם במותר נזק שלם, אבל אם התחיל האחד וחזר השני וחבל בו מיד השני פטור, והיינו כלישנא דהרא"ש, והשתא אתי שפיר הא דמסיק הרמ"א וכתב אדברי המחבר 'וכן הוא לענין גידופים' כו' עד וכן אם קרא לחבירו גנב והשני קראו ממזר דפטור, ולא מחייבין לשני משום דהיה לו לתבעו בדין.

כתבו הב"י ובאה"ג בשם המרדכי דאין לדחוף אדם את חבירו כשמכין זה את זה אלא יש לשומטו בנחת ואם דחף חייב לעשות לו דין, וכתב באה"ג שלמדו מדין שור שעלה ע"ג שור.

כתב הפת"ש בשם היש"ש והשב"י דאם אחד חירף את חברו בשם רע וחזר זה והכהו, אף שעבר בלאו וצריך כפרה, מ"מ אין עליו דין רשע כלל אלא אמרינן ליביה רתח ואין אדם עומד על צערו שהרי אמרינן במשלי (י"ב) יש בוטה כו', ואינו משלם אלא נזק וצער וריפוי ושבתי, והמוציא שם רע, נהי שפטור מהבושת שהרי קיבל דינו מכל מקום צריך להתודות ולומר ברבים ששקר דיבר ומבקש מחילה.

מה הדין באדם הרואה את חברו מכה את בנו או בן משפחתו?

עמש"כ המחבר בסיפא ע"פ הרא"ש גבי הרואה אחד מישראל מכה וכו', כתב הסמ"ע (כח) דבטור כתב עוד בבא אחת לפני בבא זו "וכן הדין באדם הרואה את חברו שמכה לאביו או בנו או אחיו (של הרואה) והרואה הכה המכה כדי להציל את קרובו שפטור", ומדלא כ"ל אחיו ובנו עם סיפא דרואה מכה לאחד מישראל וגם כתב בכל אחד טעם בפני עצמו דבמציעתא כתב כדי להציל את קרובו ובסיפא כתב כדי לאפרושי מאיסורא, נלמד דאיכא בינייהו נפק"מ לדינא, דאם זה הבא להציל ולהכות המכה אינו בר הכי דרגיל לאפרושי מאיסורא, דכמה פעמים רואה שמכה אחד לחבירו ואינו חושש לאפרושי המכה מאיסורא, אז אמרינן דאסור להכות לזה המכה, דודאי מכח שנאה בא להכותו ולא בא להפרישו מהאיסור, משא"כ ברואה מכה אביו ובנו ואחיו, דמותר להציל קרובו בהכאה אף שאין מדרכו להפריש אחרים, והמחבר דלא חילק בינייהו, אפשר משום דלא הרגיש בזה, דבאמת טעם הגון הוא לחלק בינייהו. הט"ז דחה חילוק זה וכתב לבאר דבמכה אחד מישראל אין פוטרינן אותו אם לא שיש בירור גמור שלא יוכל להציל בענין אחר, משא"כ במציל את קרובו אין מדקדקים כ"כ ואפילו במקום שאין בירור שלא היה יכול להציל בענין אחר, דקרובו כגופו דמי.

סעיף יד

כתב השו"ע כלשון הרמב"ם "שנים שחבלו באחד כאחד, שניהם חייבים, ומשלשים ביניהם, היה א' מתכוין והשני לא כיון, השני פטור מבושת", וציין הגר"א (כא) לדף נ"ג גבי שור ואדם.

סימן תכב - צריך החובל לפייס הנחבל שימחול לו

סעיפים א - ב

ע"פ משנה צב. וגמ' וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "החובל בחבירו אע"פ שנתן לו ה' דברים, אינו מתכפר לו (סמ"ע): כך הוא לשון הרמב"ם וכלשון המשנה, אולם ברש"י וטור מבואר דמדובר על הצער של הבושת שביישו, ובידפוס ב"י כתב "צער והבושת" עד שיבקש ממנו וימחול לו (מדכתיב באבימלך 'ועתה השב את אשת האיש.. ויתפלל בעדך' ודרך הלימוד הוא דאם רצה הש"י למחול לו היה מוחל לו בלא תפילת אברהם אלא לימדונו שצריך לפייסו עד שימחל לו במחילה גמורה ואז יתפלל בעדו, סמ"ע), ואסור לנחבל להיות אכזרי מלמחול כי אין זה דרך זרע ישראל, אלא כיון שבקש ממנו החובל ונתחנן לו פעם ראשונה ושניה וידוע שהוא שב מחטאו וניחם מרעתו, ימחול לו, (יומא כ"ג ור"ה י"ז -) וכל הממהר למחול הרי זה משובח ורוח חכמים נוחה הימנו {ועיין בא"ח סימן תר"ו (סמ"ע): שם כתב הרמ"א דאם הוציא עליו שם רע א"צ למחול לו, והוא מדברי הגה"מ ומהרי"ו, והטעם דשם רע פגע בכבוד אבותיו או בניו לדורות, ושמה היו אנשים דשמעו השם רע ולא ישמעו החרטה והמחילה ויסברו שהוא אמת} (דף צג. -) אסור לבקש דין מן השמים על חברו שעשה לו רעה, ודוקא דאית ליה דיינא בארעא, וכל הצועק על חברו, הוא נענש תחלה, וי"א (ר"ן) דאפילו לית ליה דיינא בארעא אסור לצעוק עליו, אא"כ הודיעו תחלה}. (ב) דין נחבל נשבע ונוטל, נתבאר בסימן צ"ו.

עמש"כ המחבר 'פעם ראשונה ושנייה' כתב הסמ"ע (ה) שבא"ח תרו"א כתבו הטוש"ע ראשונה ושנייה ושלישית, שם קאי אמפייס, וקאמר שאם לא נתפייס בשתי פעמים ילך אצלו גם פעם שלישית, וכאן לימדונו שזה שמפייסין אותו יהיה רחמן ולא ימתין עד שילך ויבוא אצלו שלישית.

סימן תכג - נגף אשה ויצאו ילדיה וכיצד שמיין דמי ולדות

סעיפים א - ב

ע"פ משנה מח: וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "הנוגף את האשה ויצאו ילדיה אע"פ שלא נתכוון חיב לשלם דמי ולדות לבעלה, ונוק וצער לאשה, וכיצד משערין דמי ולדות, שמיין את האשה כמה היתה יפה עד שלא ילדה, וכמה היא יפה משילדה, ונותנים לבעל { וצער ונוק משערין כמה תפחת האשה ונכחשת יותר כשהיא מפלת על ידי הכאה משילדה כדרכה (טור וה"ה ברמב"ם, דלא כרש"י דנוקא דהכא כחבלה דעלמא והדין קצוב בכתובות ס"ה, אלא כפשט הברייתא), וכן בשבת וריפוי אם צריכה לכך (והריפוי ניתן לרופא והשבת לבעל משום דמעשה ידיה הוא שלו, טור וסמ"ע, וגבי בושת פסק הטור כרבי יהודה במשנה כתובות ס"ה שאם הוא בסתר לה שני חלקים ולו חלק אחד ואם הוא בגלוי לה חלק אחד ולו שני חלקים, ותמה הסמ"ע מדוע השמיט המחבר), ועיין בא"ה סי' פ"ג}. ואם מת הבעל נותנים ליורשיו".

עמשי"כ 'ונזק וצער של האשה' כתב הסמ"ע (ב) דבאה"ע פגא כתבו הטוש"ע דהנזק והפגם הוא שלו ושלה, ולק"מ, דשם קאי אנוק דקטיעת ידה או אבר שמחסרה ממלאכתה, משו"ה יש לו חלק בו דהא מכח זה נתבטלה ממלאכתו, משא"כ כאן דמייירי מכחישת גופה דאין לו חסרון ממלאכתו כי אם שבת בעודה בחליותה ואותו משלם לבעל.

משנה שם "היתה שפחה ונשתחררה או גיורת פטור" ובגמ' "אמר רבה לא שנו אלא שחבל בה בחיי הגר ומת הגר דכיון דחבל בה בחיי הגר זכה בהו גר וכיון דמת הגר זכה בהו מן הגר אבל חבל בה לאחר מיתת הגר זכה לה בגוייהו ומיחייב לשלומי לה לדידה, אמר רב חסדא מרי דיכי אטו ולדות צררי ניהו וזכיא בהו אלא איתיה לבעל זכה ליה רחמנא ליתיה לבעל לא".

הרמב"ם (ד, ג) פסק כרבה בחבל בה אחר מיתת הגר, ובהלכה ב' כתב גבי ישראל "ואם נגפה אחר מיתת הבעל אף דמי ולדות לאשה" והשיג הראב"ד דאין זה מחוור דאפילו לרבה דבשחבל בה לאחר מיתת הגר זכיא לה אייה בגוייהו הני מילי אשת הגר שאין לו יורשים דקדמה אייה וזכיא בגוייהו אבל אשת ישראל שיש לו יורשים לעולם הם ליורשיו. הרא"ש פסק כרב חסדא אך כתב דמודה רב חסדא דיורשין זכו ביה דכל מאי דאית לאינש מוריש ליורשיו וקתני נמי בהך ברייתא שמביא בסמוך אין הבעל נותן ליורשיו ומוקי לה רב חסדא בשחבל בה לאחר מיתת הגר ולא פליג אלא אהא דקאמר רבה שזוכה בהם האשה מן ההפקר והלכתא כרב חסדא דמילתיה דרבה מוקים כתנאי ורב חסדא כדברי הכל ועוד דרב חסדא היה גדול. כתב ה"ה "באמת לא מצאתי לרבינו טענה ברורה להסמך עליה והסוגיא.. אינה מכרעת לאחד מן הצדדין ואפשר שהוא סובר כאשר ישית עליו בעל האשה בזמן שהוא בעולם בשעת נגיפה אבל אם מת לאשה דומיא דאשת גר", והב"י כתב דטעמא דהרמב"ם דס"ל דהלכה כרבה משום דברייתא קתני אין הבעל נותן ליורשיו ורב חסדא אמר ליתיה לבעל לא, ואע"פ שרש"י פירש ליתיה לבעל או ליורשיו פשטא דלישנא לא משמע אלא ליתיה לבעל בלחוד וכיון דהלכה כרבה שאם חבל בה לאחר מיתת הגר זכתה האשה בהם הוא הדין לשאר אשה דעלמא ואפילו אינה אשת גר ומשמע דטעמיה דרבה משום דכי היכי דאשכחן דקרא זכי לבעל דמי ולדות מדכתיב בעל האשה הכי נמי אשכחן דזכי לה מדכתיב ויצאו ילדיה ולא כתיב ויצאו הילדים ועל כרחין אית לן לאוקמי בשחבל בה לאחר מיתת בעלה וטעמא דמסתבר הוא דבשלמא כשחבל בה בחיי הבעל זכה הבעל מיד בדמי ולדות אע"פ שלא גבה, וכיון שמת מוריש ליורשיו, אבל כשחבל בה אחר מיתת הבעל היאך בעל זה מוריש ליורשיו דבר שלא ברשותו הילכך על כרחך של האשה הם דקרינהו קרא ילדיה, ולישנא דברייתא הכי דייק דקתני אין הבעל נותן ליורשיו אין האשה נותן ליורשיה מה אין האשה נותן ליורשיה לא משכחת אלא בשחבל בה בחייה אף אין הבעל נותן ליורשיו ליתיה אלא בשחבל בה בחיי הבעל.

השו"ע (א) פסק **כרמב"ם** "ואם נגפה אחר מיתת הבעל נותנים אף דמי ולדות לאשה" והרמ"א פסק **כראב"ד** "וי"א דהוא של יורשיו".

ביאר הסמ"ע (ה-ו) דהרמב"ם ס"ל משום דאין אדם מוריש ליורשיו דבר שלא בא לעולם דבחייו עדיין לא נגפה, והן שלה כיון דכתיב בתורה ויצאו ילדיה ולא כתיב הילדים, ללמדינו ששמה נקרא על ילדיה היכא דאין לאב זכיייה בהן, והראב"ד ס"ל דהוא של יורשיו דכיון דזיכתה התורה להיות דמי

הולדות שלו נחשבו הולדות כשהן במעי אמן של הבעל, וכשמת שם יורשיו נקראין עליהן ועומדין במקומו גם בזה.

גבי חבל בה אחר מיתת הגר פסק השו"ע (ב) כרמב"ם כרבה (דסוגיה בדף מ"ג כוותיה, גר"א) וז"ל "היתה נשואה לגר וחבל בה בחיי הגר נותן דמי ולדות לבעל, מת הגר, פטור (עד כאן מהמשנה וגמ'), ואם חבל בה אחר מיתת הגר זכתה היא בדמי ולדות", והרמ"א פסק כרא"ש "וי"א דהוא פטור".

סעיף ג

ע"פ הרמב"ם פסק בשו"ע "היתה שפחה או גויה בשעת הריון ובשעת נגיפה נשתחררה או נתגירה הרי דמי ולדות שלה (ה"ה): דבשפחה וגויה לא קרינן בעל האשה שאין קדושין תופסין בהן ואע"ג דאמרינן בב"ק מ"ג התורה זיכתה ולדות לבעל ואפילו בא עליה בזנות הני מילי באשה שיש לו בה קדושו הא לאו הכי לא, ואמרינן בירושלמי שא"ל ר"ע בא על אמו בא על אחותו יכול אף הוא בעל ההריון ת"ל בעל מי שהוא ראוי ליקרות בעל יצאו אלו שאינן ראויין ליקרות בעל, וכ"ש באלו שאין קרוי בנו לכל דבר וכיון שכן זכתה בהן האשה" והרמ"א פסק כטור ע"פ הרא"ש "וי"א (דלא משכחת לה דאין לאשה שום זכייה בדמי ולדותיה אלא -) דאם בעלה קיים הרי הן של בעל ואם לאו הוא פטור (ומדמו זה לישראל המזנה עם ישראלית, סמ"ע), אולם הש"ך בשם היש"ש כתב דגם לרא"ש לעולם אין לו לבעל דהא לא מיקרי בעל כיון דלא תפס בה קידושין, וכ"ד הגר"א (ט) עיי"ש.

סעיף ד

פסק השו"ע כלשון הרמב"ם "הנוגף את האשה ויצאו ילדיה ומתה, אע"פ שהיה שוגג ה"ז פטור מהתשלומין ואינו משלם כלום שנאמר ולא יהיה אסון ענש יענש [לא חילק הכתוב בין שוגג למזיד בדבר שיש בו מיתת ב"ד לפוטרו מן התשלומין (גירסת הסמ"ע)] בד"א כשנתכוון לאשה, אבל אם נתכוון לחבירו ונגף את האשה, אף על פי שמתה, הואיל והמיתה בלא כוונה ה"ז כדבר שאין בו מיתת בית דין ומשלם דמי ולדות (ה"ה): דס"ל דחייבי מיתות שוגגין פטורין מהתשלומין כדאסיקנא בהדיא בכתובות ל"ה וכדתנא דבי חזקיה בזה החלק שאין חילוק בין שוגג למזיד וסובר כרב אדא בר אהבה דאסיק בב"ק מ"ב אנשים שנתכוונו זה לזה אע"ג דיש אסון לאשה יענשו וכרבי דאמר הכי בסנהדרין ע"ט, ודלא כתנא דבי חזקיה בזה החלק ואין האחד תלוי בחבירו ואע"ג דרב אדא בר אהבה ס"ל כר' שמעון דאמר נתכוון להרוג את זה והרג את זה פטור, הרמב"ם פסק כר' שמעון, ויצא לו דמדמקשי רב אדא בר אהבה בדף מ"ב בפשיטות על אביי ורבא דסבירא להו כרבנן דאמרי חייב ותו דמסקנא התם הכי הוא כרב אדא ואמרינן דרב חמא כי אתא מדרומא אייתי מתניתא כוותיה, וסיים דמ"מ שיטות אחרות יש" והרמ"א פסק כראב"ד "וי"א דאפילו לא נתכוון לאשה פטור מתשלומין (דהרמב"ם גופיה פסק כחזקיה דאמר לא חלקת בו בין שוגג למזיד ובין מתכוין לשאינו מתכוין לחייבו ממון אלא לפוטרו ממון)".

על לשון הרמב"ם 'כדבר שאין בו מיתת ב"ד' כתב הסמ"ע (טו) דאע"ג דס"ל דאין מיתת ב"ד בנתכוין להרוג את זה והרג את זה מ"מ כתב כדבר בכ"ף הדמיון, משום דבהרג שוגג ג"כ אין מיתת ב"ד ואפ"ה אמרינן דפטור מדמי ולדות כיון דאיכא צד מיתת ב"ד אם היה מזיד, והל"ל ג"כ כן בלא נתכוין לה, קמ"ל דבכזה אמרינן כאילו אין כאן צד מיתת ב"ד כלל.

סימן תכד - החובל באביו ואמו או החובל בבניו או החובל בחבירו בשבת

סעיף א

ע"פ משנה פז. פסק בשו"ע "החובל באביו ואמו ולא הוציא מהם דם חייב בחמשה דברים, הוציא מהם דם חייב מיתה, לפיכך פטור מתשלומין, אפילו הוא שוגג (כדתנא חזקיה בכתובות ל"ה ועוד מקומות 'מכה אדם' לא תחלוק בו בין שוגג למזיד לחייבו ממון אלא לפטרו ממון). (סנהדרין פד: -) לפיכך לא יקזי הבן לאביו, ולא יוציא קוץ מבשרו ולא יפתח לו מורסא, שמא יבא להוציא ממנו דם, ונתבאר זה בטור יורה דעה סימן רמ"א".

סעיף ב

ע"פ משנה שם פסק בשו"ע "החובל בחבירו בשבת פטור מתשלומין אפילו הוא שוגג (כנ"ל), כיון שיש בו מיתת בית דין, אבל החובל בחבירו ביום הכפורים {אפילו} במזיד חייב לשלם לו (סמ"ע: ר"ל ביו"כ דליכא מיתה אפילו בחובל או עשה מלאכה בו אפילו במזיד כי אם כרת ואע"ג דיש לאו עם הכרת שעושה מלאכה ביום הכפורים ולוקין עליה דלאו אם התרו בו, וקיי"ל בכתובות ל"ב דכל היכא דאיכא חיוב מלקות וחייב ממון לוקין אותו ולא משלם, שאני גבי חבלה דבפירוש ריביתא תורה תשלומין דגלי לן קרא 'כאשר עשה כן יעשה לו כן ינתן בו' דיתן ממון ולא יהא לוקה דנתינה כתיב ביה)".

עמש"כ המחבר ברישא דאפילו הוא שוגג, כתב הפת"ש (א) בשם הדגו"מ שפירושו שלא ידע שהיום שבת או לא ידע שמלאכה זו אסורה בשבת, אבל אם חבל כמתעסק שלא במתכוין כלל זה לא מיקרי חיוב לענין שבת כלל דמלאכת מחשבת בעינן, ועוד דמקלקל הוא, וכאן לא שייך דמתקן אצל יצרו שהרי זה לא נתכוין לחבול כלל ולא עשה נחת רוח ליצרו וממילא יש כאן חיוב תשלומין, דלענין תשלומין אדם מועד לעולם, ואפילו לרמ"א דסוף סימן תכג דאפילו לא נתכוין לאשה פטור, מודה כאן בחובל בשבת.

סעיפים ג - ה

ע"פ משנה פז. פסק בשו"ע "החובל בעבד כנעני שלו פטור, (גיטין יב: גבי שבת וריפוי -) חבלו בו אחרים רבו נוטל ה' דברים (דהוא הדין לנזק וצער ובושת דהוה דרבו ושבתו ורפואתו נקט לרבותא, ירושלמי ופוסקים), ואפילו צערו בסם ונתרפא מהרה הרי כל רפואתו לרבו (ר"ל אע"פ דהריפוי צריך ליתן לרופא שירפאהו מ"מ נפק"מ בזה אם אמדוהו שירפאהו בה' ימים ונתן לו החובל דמי הרפואה על ה', וריפאו בג' ימים, המותר מדמי הרפואה נשאר ביד רבו)".

עמש"כ המחבר 'בעבד כנעני שלו פטור' כתב הסמ"ע (ד) דסתם וכתב דפטור משמע דאפילו הכהו מכה דאין בה שוה פרוטה ואין אומרים דחייב עליה מלקות, ולא כב"י בסימן ת"כ דכה"ג אפילו בשלו חייב מלקות, ולדבריו צ"ל דהכא דוקא במכה שיש בה שוה פרוטה ומעלה איירי דאז משלם ומה שקנה עבד קנה רבו.

כתב הקצות (א) דהא דפטור בחובל בעבד שלו היינו אפילו ממלקות, ואע"ג דהיכא דליכא תשלומין בחובל מיחייב מלקות כמבואר בסימן ת"כ כיון דפטורא דרבו אינו אלא משום דמה שקנה עבד קנה רבו והו"ל בר תשלומין אלא שרבו זוכה ממנו אח"כ, ולזה כתב בב"י שם דאם הוא מכה שאין בו שוה פרוטה חייב מלקות כיון דליתיה בתשלומין כלל.

כתב השו"ע בסע' ד' "מי שחציו עבד וחציו בן חורין, שהכהו אדם או נגחו שור, נתבאר משפטו בטור יו"ד סימן רס"ז (סב)".

ע"פ בעיא דלא איפשטא בגיטין מב: אי מעוכב גט שחרור יש לו קנס או לא ומשמע בסוגיה דאי אין לו קנס אין לו דמי נזקו, פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם (מב:) "מי שיצא לחירות ועדיין לא הגיע גט שחרור לידו, וחבלו בו אחרים, פטורים", והראב"ד השיג שכותבין הרשאה זה לזה וגובין אותו, וכתב הב"י דאין זו השגה דיש לומר דבכה"ג מודה הרמב"ם ולא הוצרך לכתבו משום דדבר פשוט הוא, וכתב הסמ"ע (ו) דדומה לזה כתב המחבר בסימן מג/כג, ותמה על השמטת המחבר הכא האי דין דהרשאה.

כלא עבד חברו ובטלו ממלאכה אם חייב לשלם?

מבואר לעיל שהחובל בעבד חבירו חייב בתשלומי שבת לרבו וביאר בתוספות הרא"ש (גיטין מב:): הסברא "אפילו שבת נמי אף על פי שהוא בטל ממעשה ידיו כיון דמחמת חבלה דגופה קאתי וקנסא דרביה הוא מה לי קטליה כוליה מה לי קטליה פלגיה", אולם עדיין לא מצינו מה הדין בכלא עבד חבירו, כלומר האם קיים חיוב שבת כשלעצמו. כן מצינו גבי אדם שכלא חבירו שחייב בתשלומי שבת (תכ"א) ואינו נחשב כמבטל כיסו (ראה קצות שלג, ב).

והנה כתב הנתניבות (שסג, ב) גבי מש"כ המחבר שם (שסג/א) שגזל עבדים והזקינו אומר לו הרי שלך לפניך שהקשה דהא מבואר בגיטין י"ב דהחובל בעבדו של חבירו שבתו ורפואתו לרבו, ומשמע דכל החבלות דמשלמין לאדם משלמין בעבד לרב, ובב"ק פ"ה מבואר דמשכחת שבת לבדו כגון דהדקיה

באנדרונא "וא"כ נראה דאי הדקיה לעבד באנדרונא דמשלם שבת לרב, דהא גם זה חובל נקרא והחובל בעבד משלם שבת לרב, וא"כ קשה בגוול עבד והדקיה דאומר לו הרי שלך לפניך", ותירץ שם דהא דהחובל בעבדו משלם שבת לרב לאו משום ביטול מלאכה של רב הוא, דמטעם זה ודאי פטור כמו מלאכת שורו וחמורו, רק עיקר החיוב הוא לעבד, דהעבד שייך במצוות וחייב בחבלתו כמו בחבלת בן חורין, והרב מיד העבד קא זכי דמה שקנה העבד קנה רבו, ולפי"ז אין הרב קונה השבת של עבד רק במקום שאם היה לעבד זכות במלאכתו היה מתחייב שבת לעבד וכיון שנתחייב לעבד זוכה הרב ממנו, אבל במקום שאף אם היה לעבד זכות במלאכתו לא היה מתחייב לו שבת גם לרב אינו מחויב, "וא"כ מיירי בגוול עבד ולא הדקיה באנדרונא וגם לא כפהו לעשות מלאכתו והעבד היה לו רשות מלאכה לעצמו דלא נתחייב לעבד, ולכך גם לרב פטור כמו בביטול מלאכת שורו וחמורו, ולפי"ז אם הדקיה באנדרונא או שכפה ולעשות מלאכתו מחויב לשלם שבת דהיינו שכר ביטול מלאכתו, ואם היה עבד נוקב מרגליות וכופהו לעבד לעשות מלאכת חוטב עצים, משלם כפי ביטול מלאכת נוקב מרגליות".

נראה דכן משמע מהקצות בסימן שס"ג סק"ב [שכתב דאפילו נימא דעבדי כמטלטלי נמי חייב לשלם לרבו כל שבטלו ממלאכת רבו משום שבת, ובסק"ג כתב "וא"כ בתוקף בעבדו של חבירו נמי אליבא דכ"ע חייב משום שבת כשבטלו ממלאכת רבו אפילו לא עשה בו מלאכה דגבי עבד נמי חייבין עליו בארבעה דברים, והא דנקט הטור התוקף עבדו ועשה מלאכה לאו דוקא אלא ה"ה לא עשה בו מלאכה ומשום שבת דרבו אי אפשר דנקט עשה מלאכה דבזה חייב במה שנהנה אפילו לא חיסר כל כך מלאכת רבו דמגלגלין עליו את הכל כיון דנהנה"].

סעיף ו

ע"פ פז: וז"ל יוחנן פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "החובל בבת קטנה של אחרים, אם נזק הפוחת אותה מכספה הוא (כמכה בפניה או חיסור איבר), הרי הוא של אב, וכן שבתה של אב, שהרי מעשה ידיה וכסף מכירתה של אביו הוא {וי"א (טור ברמב"ם) דווקא בסמוכה על שלחנו אבל אינה סמוכה על שלחנו הוא שלה (מדמסיים בה 'שהרי מעשה ידיה של אביה' והיינו ודאי בסמוכה על שולחנו דאם לא כן אין מעשה ידיה שלו, טור ותמה באה"ג למה כתב הרמ"א וי"א' הלא זה הוא פירוש הטור לדעת הרמב"ם שהעתיק המחבר) (סמ"ע: ואם אינה סמוכה על שלחנו אפילו אביה רוצה ליתן לה מזונות בימי חליה כדי ליקח לעצמו משבתה כדי להיות לו ממנו מותר דמי מזונתיה, לאו כל כמיניה, משא"כ בחבל בה האב דכתב הרב המגיד דבכה"ג שבתה לאביה), וי"א (רא"ש) דאפילו בסמוכה על שלחנו הוא שלה אם אחרים חבלו בה} אבל צער וריפוי ובושת שלה, וכן נזק שאינו פוחתה מכספה הרי הוא שלה, וכן החובל בבתו משלם צער וריפוי ובושת {ונראה לי דווקא באינה סמוכה על שלחנו אבל סמוכה על שלחנו י"א דפטור (ה"ה ע"פ סעי' הבא דמה לי בת מה לי בן ובפירוש שנינו דבניו ובנותיו פטור ואוקימנא לה בסמוכין), כמו שיתבאר בסמוך}".

כתב הסמ"ע (ט) דלמדנו דהנזק של אב מדכתיב 'את בתי נתתי לאישי הרי שנתנה התורה ברשותו ליתן לאיזה איש שירצה והוא מקבל דמי קדושיה וגם כי ימכור איש את בתו כתיב, וכיון דכסף קדושין ומכירתה שלו וזה אפחתה מכספה, לוקח האב דמי פחתה, ודלא כלבוש דכתב דמדכתיב 'בנעוריה בית אביה' למדין דכל שבנעוריה ברשות אביה היא, דזה אינו, דבהדיא כתבו התוס' דהיא דוקא בהפרת נדריה איירי ואף דבגמ' נזכר לפעמים האי קרא דבנעוריה בית אביה לא נקטו אלא לסימנא בעלמא.

כתב הסמ"ע (יא) דמש"כ הרמ"א ע"פ הרמב"ם דווקא בסמוכה על שלחנו אבל אינה סמוכה על שלחנו הוא שלה, קאי אשבתה דאז ניזונית בדמי שבתה, אבל בדמי נזקה דמכירה וכסף קדושיה הנ"ל אין חילוק.

כתב הסמ"ע (ז) דהמחבר השמיט דין חובל בעבד עברי, שכתבו הרמב"ם והטור ע"פ סוגיה דדף פ"ו דחייב בכולן ליתן לעבד חוץ משבת דישאר בידו אם העבד הוא שלו דבשבתו הוא מבטל ממלאכת רבו שחבלו, ובחבלו בו אחרים דעת הרי"ף והרמב"ם ילקח בהן קרקע והרב אוכל מפירותיו כל זמן שהוא אצלו וכשיצא לחרות יקח הקרקע לעצמו, ודעת ר"ח ורא"ש דשבת גדולה היינו דמי ידו ילקח בהן קרקע והרב יאכל פירות, שהרי הוא מפסיד בקטיעת ידו מה שיש בין שאר מלאכות לשמירת קישואין לאחר שיתרפא ולכך יאכל פירות בעודו אצלו ולכשיצא לחרות יטלנה, ושבת קטנה דהיינו שכר שומר קישואין,

כל ימי משך החולי כולו לרבו, ואם חבלו בדבר שאין בו הפסד לרבו כגון שקטע ראש אזנו או ראש חוטמו, חבלתו לעבד ואין לרבו בו כלום.

סעיף ז

ראובן שכעס על בנו הכהו וחבל בו ונתבע לדין תורה על ידי האגודה למען הילד (פרט לחקירת המשטרה על התעללות בבנו) בטענה שישלם לבן כל חמשת הדברים והאב משיב שמאחר והוא המפרנס פטור כל נזק שגרם לבן, מה הדין?

מה הדין בחובל בבניו הקטנים והגדולים?

ע"פ ברייתות פז: פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "החובל בבניו הגדולים אם אינם סמוכים על שלחנו נותן להם מיד, והקטנים ילקח (כרבה -) קרקע ("דיקלא") בנזקן {וי"א (רא"ש) ספר תורה (כרב חסדא דגדול הוא)} והם אוכלים פירותיו. וכן באחרים שחבלו בהם. ואם היו סמוכים על שולחנו, וחבל בהם {הוא}, פטור בין שהיו גדולים בין שהיו קטנים, ואם אחרים חבלו בהם, בגדולים יתן להם מיד, בקטנים, ילקח בהם קרקע והוא אוכל פירותיו עד שיגדלו {וי"א (רא"ש) דאינו פטור בסמוכים על שלחנו אלא משבת, אבל חייב בשאר ד' דברים ודינו בהן כאילו חבלו בהן אחרים (גר"א): נראה מדבריו שלדעת הרמב"ם פטור בכל ה' דברים וכ"כ הרב המגיד, עיי"ש}."

ביאר הסמ"ע (יד) דהרמב"ם והמחבר דכתבו קרקע במקום דקל ס"ל דלא קאמר דיקלא אלא משום דדמים הללו השייכים לקטן בחבלתו אין בהן כדי לקנות בהן קרקע, והיכא דאפשר לקנות בהן קרקע, קרקע עדיפא שקרנו קיים יותר, וכן מצינו בגמ' בכמה מקומות שקונין קרקע והבעל אוכל פירותיו.

הקשה הסמ"ע (טו) מאי שנא הבא מהא דאיתא בב"ב נ"ב דהמקבל פקדון מיד קטנים דהדין הוא דאין מחזירין הפקדון ליד הקטן, ופליגי נמי בו הני שני מ"ד חד אמר לא יחזירוהו לקטן אלא יקנה בו דיקלא וחד אמר ס"ת, ופסק הטור באה"ע סימן פ"ו דיקנה דקל, ותירץ דשאני הכא דהמעות הן ודאי של קטן אלא שאין נותנין בידו מפני שיפסידו וס"ל שטובתו הוא שיקנה בהן ס"ת וילמד מתוכה, ואף אם יקלקלנה לא איכפת לו בהך כיון שהוא שלו והוא טובתו, משא"כ התם דיש לחוש שיתברר של מי היה הממון, לכך יקנה דקל דלא כליא קרנא, אלא שצ"ע מ"ט דהרמב"ם דפסק כאן כרבה דיקנה בהן דקל וגבי פקדון פסק דיקנה בהן ס"ת או דקל ויאכל פירותיו, ותירץ דאפשר דהכא שעדיין לא בא הממון ליד הקטן ס"ל דאין קונין בעד הדמים ס"ת ונותנין לו לפי שיכלה קרנם ואין לב"ד לגרום שתצא תקלה מתחת ידם, אבל בפקדון דכבר היה מוחזק הממון ביד הקטן ומידו הפקיעו לזה הנפקד, אלא שמחשש השבת אבידה נגעו בה דילמא יבואו הבעלים ויכירו את שלהם, ס"ל דאין לחוש כולי האי וקונים בעד הדמים אפילו ס"ת ללמוד מתוכו.

כתב הפת"ש (ד) דכתב השו"י גבי מלמד שכעס על תלמידו והכה אותו בשביל לימודו עד שחבל בו דפטור מכולם דאמרינן במכות ח' מה חטיבת עצים רשות יצא האב המכה את בנו והרב הרודה את תלמידו ושליח ב"ד, ואין לומר דהיינו דפטור מגלות מגזה"כ אבל חייב בד' דברים, דהא מבואר שם דאילו פטורים משום דמצוה קעביד, אי"כ מה"ט יש לפטור מכולם כדאמרינן גבי רץ בערב שבת בין השמשות בב"ק ל"ב, ועוד דהא הני תלתא מדמה הש"ס להדדי, ובשליח ב"ד פטור אפילו אם הזיקו כמבואר בב"י ורמ"א סימן ח' בלי חולק וכן מבואר בתה"ד סי' רי"ח והובא לעיל ברמ"א תכ"א/ג דלאו דוקא בנו ותלמידו אלא אפילו לכל אדם שכפוף תחת ידו ראוי להכותו להפרישו מן העבירה, וכ"ש בשביל ביטול תורה, אע"ג דקיי"ל דיש להכותו בערקתא דמסאני ולא באכזריות כדאיתא ביו"ד רמ"ה/י מ"מ דיעבד אין לקנסו בשביל כך, ואף דבתשובת הראני"ח כתב דבשליח ב"ד שהכה מפני כעס וחימה חייב מ"מ בת"ח דאורייתא מרתחא ליה, בפרט שהוא צער גדול כשלומד עם התלמיד ואינו משיב לב על לימודו יש לפוטרו מכל, אבל מ"מ כדי שלא יהא רגיל לעשות כן ולמיגדר מילתא פסקתי שישלם שכר הרופא, וכתב הפת"ש דלדבריו צ"ל דאלו הדינים דהכא דחובל בניו מייירי שלא הכהו ליסרו, אולם בתשובת קרית חנה חייב בד' בדברים והכא מייירי אפילו במכהו ליסרו ומה דאמרו יצא האב המכה את בנו כו' הוא רק דפטור מגלות משא"כ לענין ד' דברים דאיתרבו שוגג כמזיד.

סעיף ה

מה דין קטן שהזיק?

ע"פ משנה פז. וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "החובל בחרש שוטה וקטן חייב, והם שחבלו באחרים פטורים, (רמב"ם -) אף על פי שנתפקח החרש ונשתפה השוטה והגדיל הקטן אינם חייבים לשלם (הכי משמע במשנה מדקתני גבי עבד ואשה נתגרשה האשה ונשתחרר העבד חייבים לשלם ולא קתני הכי גבי הני, ב"י) שבשעת שחבלו בהם לא היו בני דעת".

כתב המשנ"ב (שמג,ט) "קטן שגנב או שהזיק ראוי לב"ד להכותו שלא ירגיל בה וכן חבלה וביוש וכל דברים שבין אדם לחבירו ב"ד מצווין להפרישו שלא יארע תקלה על ידו, אבל אין צריך לשלם אם אין הגנבה בעין, וכ"ז מדינא אבל לפנים משורת הדין בין שחבל בו בגופו או שהזיק לו בממונו צריך לשלם לו [ט"ז וח"א וכן משמע מהגר"א]" ובשער הציון כתב דאפילו בגרמי, והביא בפסקי המשפט (ג) דיש חולקים לחייבו מלפנים ממידת חסידות או מדיני שמים או כלל לא, ודעת השבו"י שבמקום שנהנה כגון בגניבה צריך לשלם מעיקר הדין (ראה סימן שמט/ג).

סעיף ט

ע"פ משנה שם פסק בשו"ע "העבד והאשה החובל בהם חייב, והם שחבלו אחרים פטורים, אבל משלמים לאחר זמן (טור וסמ"ע: לפיכך שמין ב"ד הה' דברים בשעה שחבלו באחרים וכותבין ונותנין אותו ביד הנחבל, ולכשיהיו להן נכסים משלמין) אם נתגרשה האשה או נתאלמנה או נשתחרר העבד {טור - } יש לה נכסי מלוג או נכסי צאן ברזל (נכסי מלוג מפורש בדף פ"ט ומשמע דהוא הדין לנכסי צאן ברזל וכ"כ הרא"ש) מוכרת אותו לאחרים בטובת הנאה ומשלמת לנחבל (ע"פ הגמ': שאם תתאלמן או תתגרש שיקחם הלוקח ואם תמות ישארו לבעל ואותה טובת הנאה שקבל בהן תתן לנחבל, אבל אינה חייבת למכור כתובתה לשלם הנחבל משום דאמר שמואל המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול וכל לגבי בעלה ודאי מחלה ואטרוחי בי דינא בכדי לא מטרחינן) {".

כתבו הב"י והסמ"ע (יז) בשם בעה"ת בשם רבינו אפרים דאי לא משכח מאן דזבין מינה בטובת הנאה וקא בעי נחבל למיזבן מינה בטובת הנאה כפיפין לה לזבונא ליה נכסי מלוג בחבליה או בהלואתו ואם יש מותר בטובת הנאה מדמי החבלה אין צריך ליתן הנחבל לאשה המותר עד שעה דקניא לנפשה. הקשה הקצות (ב) דמה ירויח כיון דס"ל לבעה"ת שומא הדרא כשעת הזול, ואפשר דמיירי במטלטלין נכסי צאן ברזל כיון דחוב הוא על הבעל הו"ל דין מטלטלין.

[כתב הקצות (ג) על דאיתא בגמ' ותזבין לנחבל כו' ומסיק דודאי מחלה והוי אטרוחי בי דינא בכדי, דהקשו בזה הרמב"ן והריטב"א דהא בשעבודא דר' נתן לא מהני מחילה וא"כ כי תזבין לנחבל שוב לא מהני מחילה, עי"ש שהאריך בשם השיטה והש"ך בסימן פ"ו].

סעיף י

מה דין אשה שחבלה בבעלה?

ע"פ פט: פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "האשה שחבלה בבעלה אם היה תוספת בכתובתה או נכסי מלוג או נכסי צאן ברזל (נלמד מדין אישה שחבלה באחרים), מחייבים אותה למכרם לבעלה בטובת הנאה וגובה ממנה אם רצה הבעל, ואם רצה לגרשה ולגבות ממנה הכל גובה, ואם לא היה לה אינה יכולה למכור לו עיקר כתובה שאסור לאדם לשהות את אשתו שעה אחת בלא כתובה, אלא אם רצה הבעל כותב עליה שטר בדמי החבלה, או מגרשה ונוטל מכתובתה הראוי לו {טור - } וכן אם החבלה כפי כתובתה מוכרת כתובתה לבעלה ומשלמת לבעלה, ולא חיישינן שמא תהא קלה בעיניו להוציאה, שהרי אם ירצה יוכל לגרשה ולגבות בחבלתו) {".

סעיף יא

כתב השו"ע "דין אשת איש שחבלו בה אחרים או בעלה נתבאר בטור אבן העזר סימן פ"ג" וז"ל הרמ"א "איש ואשה שיש לה בעל שחבלו זה בזה לא אמרינן שישלמו במותר נזק שלם, דהא קצת מחבלה שחבל

באשה הוא לבעלה, על כן ישלם החובל בה השייך לבעלה, ומה ששייך לאשה מנכין לו נגד חבלתו (תשובת הרשב"א)"} וביאר הסמ"ע (כ) דר"ל דהחלק השייך לה אין צריך ליתן לה, דהו"א דגם זה יתן וילקח בעלה באותן דמים שדה ויאכל פירות כל ימי חייה והאיש הנחבל לא יגבה דמי חבלתו עד שימות הבעל בחייה דאז יגבה האיש הנחבל לטרוף אותו שדה והמותר יגבה מדמי כתובתה, קמ"ל דלא, ומשום דעשאוהו חז"ל חלקה כנכסים שאין ידועים לבעלה שאין הבעל אוכל מהן פירות, ומשו"ה אותן דמים שמגיע בחלקה על שחבל בה הוא ינכה במה שהיא חייבת לו במה שחבלה בו, ובמותר יכתוב שטר עליהן וימתין עד שתתגרש או ימות בעלה.

סימן תכה - חייבי מיתות בית דין היאך דנים אותם בזמן הזה

סעיף א

האם רודף צריך התראה?

מה הדין ברודף שהוא קטן?

כתב הרמ"א ע"פ רב נטרונאי גאון והטור "כל חייבי מיתות ב"ד בזמן הזה אין בידנו להלקותן או להגלותן או להרגן או לחבטן, אלא מנדין אותן ומבדילים אותן מן הקהל, וכל זה מצד הדין, אבל אם רואין בית דין שהוא צורך שעה ומגדר מילתא, יכולין לענוש במה שירצו, כמו שנתבאר לעיל סי' ב', ודוקא בדיני נפשות הצריכין בבית דין, אבל הנהרגין בלא ב"ד נידונין גם עתה, כמו שיתבאר (לשון הטור - 'ואלו הם')", וז"ל השו"ע ע"פ משנה סנהדרין עג. כלשון הרמב"ם "הרודף את חברו להרגו והזהירוהו, והרי הוא רודף אחריו, (עב: -) אפילו היה הרודף קטן, הרי כל ישראל מצווים להצילו באבר מאברי הרודף (כתניא רבי יונתן בן שאול בדף ע"ד דביכול להצילו באחד מאיבריו ולא הציל נהרג עליו וכתב הרא"ש דהלכתא כוותיה דסוגיא דשמעתין כוותיה בסנהדרין מ"ט גבי אבנר ויואב), ואם אינם יכולים לכיין ולא להצילו אלא א"כ יהרגו לרודף, הרי אלו הורגים אותו אף על פי שעדיין לא הרג ("כי כאשר יקום איש על רעהו ורצחו נפש" וכי מה למדנו מרוצח מעתה הרי זה בא ללמד ונמצא למד מקיש רוצח לנערה המאורסה מה נערה המאורסה ניתן להצילה בנפשו אף רוצח ניתן להצילו בנפשו)".

עמש"כ הרמב"ם והמחבר 'והזהירוהו' כתב הטור דנראה שא"צ להתרות רק שיודיעוהו שהנרדף הוא ישראל, ובב"י כתב דר"ל דמשמע ליה ברמב"ם שהתרו בו שאם יהרגו יהרגוהו ולפיכך כתב דנראה שאין צריך להתרות רק שיודיעוהו שהנרדף הוא ישראל וכפשטה דברייתא דמסייעא לרב הונא, 'ואני אומר' שגם זו היא כוונת הרמב"ם ולפיכך דקדק לכתוב שאם הזהירוהו ולא כתב שאם התרו בו, וז"ל הסמ"ע (ג) "אין צריך לעשות בו התראה ממש ושיקבל ההתראה אלא אומרים לו זה שאתה רודף אחריו ישראל הוא והתורה אמרה שופך דם האדם באדם דמו ישפך, ובדיעבד אפילו לא אמרו לו אפילו זה, אפ"ה מצילין הנרדף בנפשו של רודף, וראיה מקטן שרודף דאינו בר הבחנת האזהרה הוא".

כתב הרמב"ם דאם היה יכול להצילו באחד מאבריו ולא עשה אלא הרגו ה"ז שופך דם וחייב מיתה אבל אין ב"ד ממיתין אותו, וכתב הטור "ואיני יודע כיון שחייב מיתה למה אין ב"ד ממיתין אותו" וכתב הב"י דאפשר לומר דהיינו טעמא דהרמב"ם דכיון שנכנס ברשות אינו בדין שיהרגוהו בית דין, ועי"ל (בבד"ה) דפירכא מעיקרא ליתא דלית ביה התראה ושיקבל עליו מאחר שאינו מתכוין אלא להציל.

עוד כתב הרמ"א ע"פ משנה סנהדרין עב. וגמ' "הבא במחותר לגנוב גם כן דינו כרודף, ואם ידוע שלא בא רק על עסק ממון, ואף אם יעמוד בעל הממון נגדו לא יהרגו, אסור להרגו, ועיין בדברי הטור בסימן זה" - שם כתב דאין להרגו אלא כשיודע בודאי שאם יעמוד בעל הממון להציל ממנו שזה יקום עליו ויהרגוהו ומיהו כל אדם בחזקה זו הוא ויכול להרגו אא"כ יודע שהחותר אוהב לבעל הממון ולא יהרגו אף אם יעמוד נגדו להציל ממנו וכן אם האב חותר על הבן מסתמא אין בא להרגו כי רחמי האב על בנו ולא יהרגו אף אם יעמוד כנגדו להציל ממנו אלא א"כ ידוע שהאב שונא את הבן ויהרגו אם יעמוד

הבן כנגדו להציל ממונו, ונלמד בברייתא בגמ' 'אם זרחה השמש עליו אם ברור לך כשמש שיש לו שלום עמך אל תהרגהו', ודעת ה**ראב"ד** דביום אינו רשאי להרגו דאין מקרא יוצא מידי פשוטו "שאיין גנב בא ביום אלא להשמטה שומט ובורח מיד ואינו מתעכב לגנוב ממון גדול ולעמוד על בעליו להרגו אלא גנב בלילה מפני שגנב לילה יודע שבעל הבית בבית או בא להרוג או ליהרג אבל גנב יום אין בעל הבית מצוי בביתו ושמוטה בעלמא הוא וחיי ראשי כל מבין די לוי", והקשה עליו ה**ב"י** דמה יעשה בפסוקים 'וקצותה את כפה' עין תחת עין' יוגם בעליו יומת' שכל אלו נדרשין בממון שלא כפשוטן, אך סיים שמדברי ר"ח נראה שסובר כראב"ד וצ"ע, וראה **סמ"ע** (ו).

עוד כתב ה**טור** בשם הרמב"ם ע"פ הברייתא בגמ' דאחד הבא במחתרת או שנמצא בתוך גגו של אדם או בתוך חורבתו או בתוך קרפיו בין ביום בין בלילה ולמה נאמר מחתרת לפי שדרך רוב גנבים לבוא במחתרת בלילה, ועוד כתב בשם הרמב"ם הבא במחתרת לתוך שדהו או לתוך הדיר והסהר יש לו דמים שחזקתו שבא על הממון לבד לפי שאין רוב הבעלים מצויין במקומות אלו וכן הגנב שגנב ויצא מן המחתרת הואיל ופנה עורף יש לו דמים וכן אם הקיפוהו עדים או בני אדם אף על פי שעדיין הוא ברשות זה שבא עליו אינו נהרג ואצ"ל שאם תבעו בב"ד שאינו נהרג, וכתב ה**טור** שלפי ה**ראב"ד** ג"כ י"ל דאפילו בלילה דוקא בא במחתרת כיון שחותר דעתו להרוג בעל הממון אבל כשבא דרך גגו או חצרו י"ל שאין דעתו להרוג בעל הממון אלא אם יעמוד כנגדו יברח מפני שלא נכנס לביתו אלא מפני שמצא דרך ליכנס כמו שאמרו חכמים פרצה קוראה לגנב.

עוד כתב הרמ"א ע"פ **נימוקי מהר"ם מרוזנבורג** "מי שמסכן רבים כגון שעוסק בזיופים במקום שהמלכות מקפידות, דינו כרודף ומותר למסרו למלכות כמו שנתבאר לעיל סימן שפ"ח סעי' י"ב".

סעיף ב

ע"פ **משנה פ"ז דאהלות** הנזכרת **בסנהדרין עב**: פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם "לפיכך העוברת שהיא **מקשה** לילד, מותר לחתוך העובר במעיה, בין בסם בין ביד, מפני שהוא כרודף אחריה להרגה, ואם הוציא ראשו אין נוגעים בו, שאין דוחים נפש מפני נפש וזהו טבעו של עולם (סמ"ע: ר"ל שלא תאמר הולד הרי הוא רודף ויצילו את אמו בנפשו, קמ"ל כיון שטבע של עולם בכך אין דין רודף עליו, ואעפ"כ בעודו במעיה מותר לחתכו אף על פי שהוא חי, שכל שלא יצא לאויר העולם "אין שם נפש עליו", וראיה מהנוגף אשה ויצאו ילדיה דמשלם דמי הולדות ואין שם רוצח עליו)".

עמש"כ המחבר "הוציא ראשו" כתב הפת"ש (ב) בשם פנ"מ דאם יצא דרך מרגלותיו - משיצא רובו. עוד כתב דצריך להתישב אם ידוע כשיצא דרך מרגלותיו ששניהם ימותו, אם מותר להציל האשה כמעשה דשבע בן בכרי שכתב רש"י בסנהדרין ע"ב דדחו נפש מפני נפש, משום דאפילו לא מסרו לו היה נהרג בעיר כשיתפשנו יואב והן נהרגים עמו, משמע היכא דשניהם ימותו מצילין ודוחין נפש מפני נפש "וצ"ע להתישב בדין זה". עוד כתב דהשואל בנו"ב מהר"ר ישעיה ברלין רצה לחדש דהא דתנן יצא ראשו אין נוגעין בו היינו דוקא בדקים לן ביה שכלו חדשיו, שאז ההורגו נהרג עליו, אבל בלא קים לן שכלו חדשיו, אף שהוציא ראשו, מותר לחתוך אבר אבר להצלת אמו, והנו"ב חלק עליו.

סעיף ג

ע"פ **משנה וגמ' סנהדרין שם** פסק בשו"ע "וכן הרודף אחר הזכר או אחר אחת מכל העריות {לאנסה} חוץ מהבהמה (דהרודף אחר בהמה לרבעה או לעבור על אחת מכל מצות האמורות בתורה אפילו לחלל שבת או ע"ז אינו נהרג אלא בב"ד ובהתראה, דלא ניתן להצילו בנפשו אלא מדבר שהוא ערוה ויש בה קלון ופגם לנרדף כגון זכור ונערה מאורסה), מצילין אותו אפילו בנפש הרודף, ואם רדף אחר ערוה ותפס ושכב עמה, כיון שהערה בה אע"פ שלא גמר ביאתו, אין ממיתין אותו עד עמדו בדין".

סעיף ד

אם הנערה אומרת 'הניחו לו' האם שומעים לה?

ע"פ ברייתא **עג**. וכת"ק ולא כרבי יהודה וכלשון הרמב"ם פסק בשו"ע "רדף אחר ערוה ואחרים היו רודפים אחריו להצילה ואמרה להם הניחוהו כדי שלא יהרגני (קודם שתשיגוהו ימית אותי, סמ"ע), אין שומעין לה אלא מבהילין אותו ומונעין אותו ע"י הכאת אבריו, ואם אינם יכולים באבריו אפילו בנפשו".

כתב **הסמ"ע** (וכ"כ הב"י) דמשמע דוקא בכה"ג דנוכל לומר דמקפדת על פגמה אלא שחשה לנפשה שמא ימיתנה, ולכן אין שומעין לה דהתורה הקפידה אפגם כזה שלא יעשה, אבל אם אומרת הניחוהו ואל תהרגוהו, דנראה מדבריה שאינה חוששת אפגמה בזה שומעין לה, וכן משמע לשון הברייתא, אבל בטור כתב דאפילו בכה"ג אין שומעין לה וכתב הב"י דס"ל דאפילו בכה"ג י"ל דמקפדת שלא יפגמה אלא שאינה רוצה שיהרג הרודף על ידה.

האם הבועל שזרע את המקנא נענש עליו?

ע"פ **משנה סנהדרין פא**: כתב הרמ"א "הבא על העובדת כוכבים, בפרהסיא לעיני עשרה ישראלים (ע"ז דף ל"ו), קנאין (סמ"ע: לשון הטור 'מי שמקנא לשם') פוגעים בו ומותרין להרגו (ודבר זה הלכה למשה מסיני, רמב"ם). (גמ' פב: -) ודוקא בשעת מעשה אבל אם פירש אסור להורגו (בגמ' 'נהפך זמרי והרגו לפנחס אין נהרג עליו שהרי רודף הוא'), (דעת הרמב"ד -) ודווקא שהתרו בו ולא פירש (ה"ה: י"ל שכל שהוא מזיד אינו צריך התראה שלא מצינו התראה אלא לחייבי מיתות בית דין אבל זו הלכה היא ואינן רשאים אלא בשעת מעשה ולא מצינו בפנחס שהתרה בזמרי ומ"מ יראה לי שמה שאמרו גבי זמרי שהיה לו לפרוש ולא פירש הוא כשהתרה בו פנחס)".

כתב **הסמ"ע** (יד) דכתב הטור דאפילו אם לא פירש והרג הבועל למקנא אינו נהרג עליו והוא מימרא בדף פ"ב ותמה על הרמ"א שהשמיטו, וכתב דאפשר דמשום דהטור סיים וכתב אחר זה "הרג אדם אחר להמקנא נהרג עליו" וכתב ב"י דהוא פשוט ולא ניתן להכתב מרוב פשיטותו, ואפשר דאגב שיטפא שהשמיט הרמ"א לאותו דין השמיט עמו ג"כ זה, אך כתב דהיותר נראה דמשו"ה השמיטו משום דלא כתב המחבר אלא הני עניני מיתה דיש בהן מיגדר מילתא, משא"כ בזה דהבועל יכול לפרוש ולהרוג למקנא "דאין בו מיגדר מילתא, ואדרבה, והטור אגב שיטפא לרבותא כתבו".

מה הדין באם אמרו למישהו "תקנא" ולא הוא התעורר מעצמו?

בגמ' **שם** שנינו "אמר רב חסדא הבא לימלך אין מורין לו" ופירש רש"י "אמר רב חסדא קנאי הבא לימלך בבית דין ובשעת מעשה אם יפגע בו - אין מורים לו שלא נאמרה אלא למקנא מעצמו ואינו נמלך" וברמ"א פסק כלשון הטור שנראה למד כן מרש"י הנ"ל "דווקא שבא הקנאי להורגו מעצמו אבל אם שאל לבי"ד אין מורין לו כד", אולם ברמב"ם (איסורי ביאה יב,ה) נראה על פניו שלא צריך לתנאי זה שכתב "ואם בא הקנאי ליטול רשות מב"ד להרגו אין מורין לו ואע"פ שהוא בשעת מעשה".

גבי נידון השאלה, נדמה שלפי הרמב"ם שפיר יכול אדם לקנא אע"פ שמישהו אחר אמר לו, אולם לפי הטור והרמ"א יש מקום לומר שדווקא אם התעורר מעצמו, ועוד יש לציין לסמ"ע בשם הטור שצריך שתהיה בכוונתו "שמקנא לשם", אך אפשר לדחות ולומר שאם לאחר שאמר לו חבירו הרגיש בעצמו רצון לקנא שפיר גם לטור והרמ"א יכול לקנא.

סעיף ה

ע"פ ע"ז נו: וכנוסחה ברמב"ם (עיי' כס"מ וסמ"ע סקט"ו) בהלכות רוצח (ד,י) פסק בשו"ע "אפיקורס מישראל והם עובדי עבודת כוכבים או העושה עבירות להכעיס, אפילו אכל נבילה או לבש שעטני להכעיס (פלוגתא דרב אחא ורבינא ופסק כמ"ד מומר להכעיס אפיקורס הוא דר' אבהו ור' יוחנן סברי הכי שם), הרי זה אפיקורס, הכופרים בתורה ובנבואה, מישראל, מצוה להרגן; אם יש בידו כח להרגן בסיף בפרהסיא, הורג; ואם לאו, יבא עליהם בעלילות עד שישבב הריגתן. כיצד, ראה אחד מהם שנפל לבאר, והסולם בבאר, קודם ומסלקו ואומר הריני טרוד להוריד בני מהגג ואחזירנו לך וכיוצא בדברים אלו, אבל העובדי כוכבים שאין בינינו ובינם מלחמה (כירו' ותוס') שכל המדובר עד כאן איירי בשעת מלחמה) (סמ"ע: דאילו יש מלחמה, על זה אמרו בירו' ומסכת סופרים טוב שבגוים הרוג, והיינו מצוה להורידן ולשבב עליהן המיתה, ובספר שבט יהודא כתב בזה תשובה למינים, והוא שטוב שבמדות הגוים הוא זה שדנין דין הריגה ומיתה לחוטאין ואין מחפשיין זכות לעושי עולה) ורועה בהמה דקה מישראל במקום שהשדות הם של ישראל (לאו דוקא ארץ ישראל אלא בכל מקום שיש לישראל שדות, סמ"ע, עיי"ש עוד), וכיוצא בהם, אין מסבבים להם המיתה, ואסור להצילן, בד"א, בישראל בעל עבירות והוא עומד ברשעו ושונה בו תמיד, כגון רועה בהמה דקה שפקרו בגזל והם הולכים באולתם, אבל ישראל

בעל עבירות שאינו עומד ברשעו תמיד (לאפוקי רועה בהמה דקה אע"פ שעושים להנאת עצמן בשביל חמדת ממון מ"מ הוא עומד ברשעו תמיד, באה"ג בשם הכס"מ וב"י, דהרועה עושה עבירה מידי יום ביום וכל היום משא"כ אוכל נבילות לתאבון, ובסמ"ע כתב חילוק נוסף דהאוכל נבילות לתאבון אינו חוטא אלא לשם יתברך משא"כ רועה דגוזל וחוטא לחבירו ישראל), אלא עושה עבירות להנאת עצמו, כגון אוכל נבילות לתאבון, מצוה להצילו (ומ"מ אין מחויב לפדותו אם נשבה, אלא דאם רוצה לפדותו אין איסור בדבר, ש"ך) ואסור לעמוד על דמו {עיין ביו"ד סימן קנ"ח}.

עמש"כ 'להרגן בסייף' ברישא כתב הסמ"ע (טז) דבלבוש כתב הטעם דמצוה להורגן בסייף לכתחילה דומיא דעיר הנידחת, ואין נראה, דדוקא ביושבי עיר כולה או רובה הנידחת מצותה בסייף, אבל ביחידים בעובדי ע"ז דינם בסקילה, אלא שאין לנו לעת עתה דין ד' מיתות, משו"ה קאמר שהורגין אותו בסייף, ונראה דלאו דוקא סייף קאמר, אלא כאילו אמר אם יש בידינו כח להורגן הרי מצוה עלינו להורגן לעין כל ובחרב וכפסוק חרב נוקמת נקם ברית והנשארין ישמעו וייראו, ואם לאו לפחות יסבבו להן המיתה וכדמסיק.

ביאר הסמ"ע (כ) דלתאבון פירושו כשאינו מוצא בשר כשר אוכל נבילות למלאות תאוותו, ולהכעיס מיקרי שיש בנמצא בשר כזה ואוכל נבילה להכעיס מצות בוראו יתברך.

[כתב החזו"א (יו"ד שחיטה ב, טז) "נראה דאין דין מורדין ולא מעלין האמור לגבי אפיקורסים אלא בזמן שהשגחתו יתברך גלויה כמו בזמן שהיו ניסים מצויין ומשמש בת קול וצדיקי הדור תחת השגחה פרטית הנראית לעין כל והכופרין אז הוא בנליות מיוחדת בהטיית היצר לתאוות והפקרות ואז היה ביעור רשעים גדרו של עולם שהכל ידעו כי הדחת הדור מביא פורעניות לעולם ומביא דבר וחרב ורעב בעולם אבל בזמן ההעלם שנכרתה האמונה מן דלת העם אין במעשה הורדת גדר הפרצה אלא הוספת הפרצה שיהיה.. ועלינו להחזירם בעבותות אהבה ולהעמידם בקרן אורה במה שידינו מגעת", והאריכו בכעין זה רבים מן הפוסקים].

סימן תכו - חייב אדם להציל את חבירו בין בגופו בין בממונו

סעיף א

האם חייב להוציא הוצאות כדי להציל חבירו? מה הדין אם הוציא הוצאות, האם חייב הניצול להחזיר לו הוצאותיו?

סנהדרין עג. "תניא מנין לרואה את חבירו שהוא טובע בנהר או חיה גוררתו או לסטים באים עליו שהוא חייב להצילו תלמוד לומר לא תעמוד על דם רעך והא מהכא נפקא מהתם נפקא (הובא גם בב"ק פ"א) אבידת גופו מנין תלמוד לומר והשבותו לו, דאי מהתם הוה אמינא הני מילי בנפשיה אבל מיטרח ומיגר אגורי אימא לא קא משמע לך".

כתב הרמב"ם (רוצח א, יד) וכ"פ בשו"ע "הרואה את חבירו טובע בים או לסטים באין עליו או חיה רעה באה עליו, ויכול להצילו הוא בעצמו או שישכור אחרים להציל ולא הציל, או ששמע עובדי כוכבים או מוסרים מחשבים עליו רעה או טומנים לו פח ולא גילה אוזן חבירו והודיעו, או שידע בעובד כוכבים או באנס שהוא בא על חבירו, ויכול לפייסו בגלל חבירו ולהסיר מה שבלבו ולא פייסו, וכיוצא בדברים אלו, עובר על לא תעמוד על דם רעך".

כתב הרא"ש (בב"י) דהניצול חייב לפרוע למציל מה שהוציא דאין אדם מחוייב להציל נפש חבירו בממונו היכא דאית ליה ממונא לניצול, ובסמ"ע (א) תמה מדוע המחבר והרמ"א השמיטוהו, אולם הש"ך (א) ציין ליו"ד רנב"ב, שם כתבו הב"י והרמ"א ע"פ המרדכי ועוד שהפודה חבירו מן השביה חייב לשלם לו אם אית ליה לשלם ולא אמרינן דהוא מבריה ארי מנכסי חבירו, עיי"ש בפרטים.

אדם שרואה שחבירו טובע בנהר ויש סכנה למציל, האם מותר/חייב להיכנס לספק סכנה כדי להציל את חברו? האם בשעת מלחמה יש כללים אחרים בנושא?

האם חייב אדם להכניס עצמו בספק סכנה כדי להציל את חברו?

ענה מסברא האם אדם צריך לתרום לדוג' כליה, כדי להציל חולה אחר?

על מה סמכו המתירים לתרום כליה?

כתב בהגה"מ (בב"י) בשם הירו' דצריך אפילו להכניס עצמו בספק סכנה עבור זה וכתב הב"י דנראה שהטעם הוא מפני שהלה ודאי והוא ספק, וכתב הסמ"ע (ב) דגם זה השמיטו, אלא דבזה י"ל כיון שהרי"ף רמב"ם ורא"ש וטור לא הביאו בפסקיהן, ובפת"ש (ב) כתב בשם אגודת אזוב ביאר דס"ל דתלמודא דידן פליג על הירושלמי בהא, וכן דעת הרדב"ז אלא שהוסיף דאולם צריך לשקול הענין היטב אם יש בו ספק סכנה ולא לדקדק ביותר, כאותה שאמרו בב"מ ל"ג גבי שלך קודם לכל אדם שכל המדקדק בעצמו כך סוף בא לידי כך ונפסק בסימן רס"ד. אכן כתב האג"מ (יו"ד ב, קעד בסופו) שאף שאינו חייב להכניס עצמו בספק אבל כן רשאי עיי"ש, ובצ"א (ט, מה) כתב "במקום שיש ודאי ספק פיקוח נפש יש להכריע שאסור לו לאדם לנדב אבר מאבריו בכדי לשתלו בגופו של חברו ולהצילו עיי"כ מסכנה ודאית והעושה כן הרי זה חסיד שוטה" וראה לקמן.

גבי תרומת איברים וכליה להצלת נפשות, כתב באג"מ (שם) להוכיח דאינו חייב, דהביא דדעת השואל ברדב"ז (ג, תרכז) דנידון שאמר השר לאדם הנח לקצות איבר שאינך מת ממנו ובאם לא אמית את ישראל חבירך, שחייב להניח לשר לעשות רצונו, והרדב"ז חלק עליו שאינו חייב למסור את האיבר, וביאר האג"מ דלאו דלא תעמוד על דם רעך הוא בדין כל הלאוין, ואין לחייב לאדם ליכנס בספק סכנה להצלת חברו מודאי סכנה, דהא להנצל מעבירת כל הלאוין ודאי לא רק שאינו צריך אלא שגם אסור להכניס עצמו לספק סכנה דאדרבה הא מחללין שבת אף לרפאות מספק סכנה וכ"ש שאסור להכניס עצמו לספק סכנה להנצל מחלול שבת ומכל הלאוין וא"כ אין לחייבו להכניס עצמו לספק סכנה גם בשביל להציל נפש חברו, אך מ"מ רשאי דלא דמי לענין זה לשאר לאוין שאסור "שאפשר שגם הוא יחיה אין ספק שלו עושה להחשיב כנגזר ודאי על פלוני שימות מאחר שאפשר שיוצלו שניהם לכן אף שאין לחייבו כדלעיל עכ"פ רשאי". אולם הצי"א (שם) חלק "דבמקום שיש ודאי ספק פיקוח נפש יש להכריע שאסור לו לאדם לנדב אבר מאבריו בכדי לשתלו בגופו של חברו ולהצילו עיי"כ מסכנה ודאית, והעושה כן הרי"ז חסיד שוטה.. דמאי חזית.. ובמקום שאין ספק סכנה נשקפת לעין אזי אף על פי שאין כל חיוב ולא מצוה על שום אדם לנדב אבר כל שהוא מאבריו כדי לשתלו בגופו של חברו ולהצילו עיי"כ ממיתה, מ"מ המנדב זאת למדת חסידות יחשב לו זאת.. וכפי שאמרו לי הרופאים.. הוצאת כליה וכד' מהאברים הפנימיים מאדם אף על פי שהוא בריא כרוך בסתמא בספק סכנה, ועל כן אין להתנדב על כך בסתמא ואין לרופא לבצע זאת, אא"כ סגל חבורה של רופאים מומחים יחליטו אחרי עיון מדוקדק שהדבר לא כרוך בספק סכנת נפש למנדב וכולי האי ואולי". ביבי"א (חוו"מ ט, יב) כתב כאג"מ "לפי מה שנמסר לנו מפי רופאים מומחים ויראי שמים שבדרך כלל אין סיכון בהוצאת כליה אחת מאדם בריא, רק לאחוז קטן מאד, ומכיון שע"פ הרדב"ז וסיעתו ג"כ בכה"ג יש מקום למצות לא תעמוד על דם רעך, נראה שהעיקר שיש להתיר לאדם בריא לתרום כליה אחת מכליותיו להצלת חייו של אדם מישראל הנתון בסכנת נפש במחלת הכליות, ומצוה נמי איכא, וראויה מצות הצלת נפשות להגן על התורם אלף המגן, ומ"מ בודאי שיש לעשות זאת רק עיי" רופאים מומחים". דעת הרב אשר וייס (פרשת שמות ועוד) שבימי הצי"א היה אחוז משמעותי מאוד מתורמי הכליה שלא שרדו וגם אחוזי ההצלחה של התרומה לא היו גדולים, אבל היום המצב השתנה לחלוטין בזכות הרפואה "ואני מאוד מאוד מעודד את המצוה העצומה הזאת, היום הסכנה הרובצת על תורמי הכליות מזערית ביותר, וסיכויי ההצלה גבוהים ביותר..".

כתב בצ"א (יג, ק אות ז') דכל זה בשעת שלום, אבל בשעת מלחמה יש לאדם להכניס את עצמו בספק סכנה להציל חיי אחר, דהנה מצינו בשבועות ל"ה ע"ב אמר שמואל מלכותא דקטלא חד משיתא וכו' וכתבו התוס' (ע"פ מהרש"א) דבהוצאה למלחמת הרשות קאמר ובמלכי ישראל איירי קרא, דבמלחמת מצוה כתיב לא תחיה כל נשמה, א"כ למדנו מזה¹ שהמלכות או הכח השולט בעם ואחראי לבטחוננו

רשאי להכניס עם רב לסכנת מלחמה ואפילו במלחמת הרשות, וביאר בזה הנצי"ב (בראשית ט,ה) דבשעת מלחמה ועת לשנוא אז עת להרוג ואין עונש על זה כלל כי כך נוסד העולם וכדאיתא בשבועות מלכותא דקטלא חד משיתא לא מיענש, ואפילו מלך ישראל מותר לעשות מלחמת הרשות אע"ג שכמה מישראל יהרגו, וכעין זה כתב במשפט כהן (סי' קמ"ג בסוף הסימן) שעניני הכלל במלחמות יוצאים הם מהכלל דוחי בהם שהרי גם מלחמת רשות מותרת היא ואיך מצינו היתר להכניס נפשות רבות בסכנה בשביל הרוחה אלא דמלחמה והלכות ציבור שאני וכו' ואי אפשר ללמוד מזה למקום אחר עיין שם, "יוצא לנו מדבריהם של הגאונים האמורים, כי לפנינו שתי הגדרות והסברות על הדינים המיוחדים שישנם בזה במלחמה, והמה (א) מפני שכך ועל יסוד זה נוסד העולם. (ב) מפני דהלכות צבור והנהגת המדינה שאני זאת אומרת שזהו משום תקנת והבטחת העם והמדינה", וכע"ז בשו"ת חת"ס (חו"מ מ"ד) דזה תיקון המדינה וצורך הנהגתה, ועוד כתב הצ"ח ד"מסתבר לומר שגם הכלל של נחי אחיך עמד שדורשים חייך קודמים ג"כ לא חל במלחמה", עיי"ש, וראה באהלה של תורה (ד,יט) שהביא דעת הרב ישראלי בזה בעמוד הימיני (י"ד) שבמלחמה נהפך כלל ישראל לגוף אחד, ואין אנו מסתכלים על כל אחד ואחד באופן פרטי, לכן איננו מתחשבים בחיי הפרט, בשעת מלחמה המצוה "וחי בהם" מתיחסת לחיי הכלל, והשיקול היחיד העומד בפנינו הוא טובת הכלל, ובאינצקלופדיה רפואית הלכתית (ערך 'סיכון עצמי') למד ממקורות הנ"ל שחייל פצוע המוטל בשדה הקרב בעת מלחמה חייב החובש להכניס עצמו לספק סכנה כדי להצילו שזהו טבעו של עולם וזה ממשפטי המלך, ובשיעורי תורה לרופאים (ב,קיג) שכתב בנידון הנזכר הביא תשובת הנו"ב שהתיר לעני לעסוק בציד למחייתו "כמו שמותר לסוחרים לעבור אורחות ימים בגלל הפרנסה", והיוצא מהנו"ב שלמען תועלת מותר להסתכן קצת, "ולא מבעיא בחבלן הבא לפרק מטען חבלה שעלול להזיק לרבים דודאי שמצוה עליו להסתכן למענם, אלא אפילו להציל רכוש ייתכן שמותר, משום שבעת מלחמה גם בבאים על עסקי תבן וקש' הוי כסכנת נפשות".

< כתב הפת"ש (א) בשם תשובת הצמח צדק דיש לכוף לקרובו של הנרצח שיהא רודף אחר הרוצח להעמידו בדין כי מצוה מוטלת על גואל הדם להמית הרוצח, ואם אין הוא עצמו יכול להמיתו אם לא ע"י אחר ע"י הוצאת ממון, צריך להוציא ממנו על זה ככל מצות עשה שבתורה, ועד היכן מיקרי גואל וקרוב, נראה דאין שיעור לדבר, אלא כל שאין קרוב יותר ממנו והוא ממשפחת אביו שראוי לירשו, מיקרי גואל ומוטל עליו מצוה זו להנקם מן הרוצח, אך נראה דאין לחייבו שיוציא יותר מהרגילות והיינו מה שהוא חוק קבוע ליתן לשופטים ושוטרים ולסרדיוט הדין אותו צריך הוא ליתן, אבל אם יצטרך להוציא שכר מליצים ושאר ענינים וכיוצא אין לחייבו, והנכון שאותן הוצאות היתרים יתנו מן הקהל כדי לגדור הפרצה, שאם ח"ו לא יהיו נוקמין מן הרוצח יהיה דמן של בני ברית ח"ו כהפקר.

סימן תכז - מצות עשה להסיר כל מכשול שיש בו סכנת נפשות ועשיית מעקה לגגו

סעיף א

[האם מקומות שאינם בית דירה חייבים במעקה? מה קשה בפסיקת השו"ע בזה וכיצד

מיישבים דבריו?]

כלשון הרמב"ם בהלכות רוצח ושמירת נפש (יא,א) (אין טור ובי"ב בסימן זה והמחבר הביא מהרמב"ם) פסק בשו"ע "מצות עשה לעשות אדם מעקה לגגו שנאמר ועשית מעקה לגגך, והוא שיהיה בית דירה אבל בית האוצרות ובית הבקר וכיוצא בהן, אינו זקוק לו".

עמשי"כ הרמב"ם דצריך שיהיה בית דירה, כתב הסמ"ע (ב) דכתב הכס"מ דאע"ג דבספרי מרבינן להני מקרא דחייבים במעקה וכ"כ הסמ"ג, מ"מ תלוי במחלוקת תנאים לענין אם מחויבים המה במזוזה ביומא י"א ופסק הרמב"ם בהל' מזוזה כמ"ד דפטורים ממזוזה, וס"ל דה"ה לענין מעקה דלא מיקרי ביתך, וס"ל דבספרי דמחייבי אתיא כתנא דס"ל דגם במזוזה חייב, אך כתב הסמ"ע דא"כ תימה על המחבר שבהלכות מזוזה יו"ד (רפ"ו) סתם וכתב דרפת בקר ולולין ובית אוצרות שמן ויין חייבים במזוזה וכדעת הר"י והרא"ש ודלא כרמב"ם וכאן במעקה סתם המחבר וכתב דאין חייב במעקה,

וכתב די"ל דהמחבר הכריע וסי"ל דלענין מעקה כיון דאין דרך בני אדם להיות להן בית תשמיש ע"ג דבית הבקר ובית האוצר ובית העצים משו"ה אף אם לפעמים יקרה דידור שם אדם, מ"מ אין יוצאים ונכנסים כ"כ שם למיחש שיפול משם להצטרך מעקה, משא"כ במזוזה דחייבה התורה בשביל הדר להיות מצות ה' נגד עיניו בביאתו וביציאתו בזה פסק דהדר שם צריך לקבוע מזוזה באותו פתח.

כתב **הפת"ש** (ב) דמבואר בסימן שיד/ב דמי ששכר בית מחבירו השוכר חייב לעשות מעקה, ובספר **ארעא דרבנן** הביא דהכנה"ג כתב דשוכר אינו חייב במעקה אלא מדרבנן, וחלק עליו וכתב דחייב אף מדאורי.

[האם מברכים ברכת המצוות ושהחיינו בעשיית מעקה? ומה הדין במקרה שפועל גוי עושה את המעקה?]

כתב **הפת"ש** (א) דפסק **הרמב"ם** בה"ל ברכות פ"א דצריך לברך אשר קדשנו במצוותיו וציונו לעשות מעקה ומברך ג"כ שהחיינו, אך **בנשמת אדם** כתב דהרמב"ם לשיטתו דכתב דגם על ציצית ותפילין מברכין שהחיינו אבל קיי"ל באו"ח סי' כ"ב גבי ציצית דאין מברכין וה"ה במעקה אין מברכין שהחיינו. עוד כתב (בחיי אדם) דדוקא בעושה מעקה לגגו מברך אבל בעושה חוליא או כיסוי לבורו דלקמן סעי' ז' אינו מברך (דהוא מצד 'לא תשים' ואינו משום 'מעקה', ובמעשה רב לגר"א ועוד כתבו שגם בזה יש לברך, פסקי המשפט אות יד).

עוד כתב ב**פת"ש** (שם) דכתב **המחנה אפרים** (וכן שלח לדבריו **רע"א** בהגהות) במי שרוצה לעשות מעקה ע"י אומן גוי (ומקיים בזה מצוה לדעתו דלא בעינן בר שליחות וכ"ד תשובות והנהגות ברפב, ודלא כמנחת חינוך ועוד שסוברים שלא מקיים בזה המצוה, פסקי המשפט) דיכול לברך כיון דיד פועל כיד בעה"ב אלא דיש חילוק - אם עשהו ע"י אומן דקבלנות אפילו ע"י אומן ישראל לא יברך הבעה"ב ולדעת הכנסת הגדולה בשם רבותיו יברך האומן המתקן אותו, אבל אם עשהו ע"י אומן פועל יום - אפילו האומן נכרי שפיר מצי הבעל הבית לברך עליו דחשיב כאילו הוא עצמו עשהו.

סעיף ב

ע"פ ברייתא **סוכה ג**. פסק **בשו"ע** "כל בית שאין בו ד' אמות על ד' אמות פטור ממעקה", וביאר **הסמ"ע** (ג) שאז אינו בית תשמיש ואינו ראוי לדירה.

סעיף ג

ע"פ מימרא דרבא **בחולין קלו**. פסק **בשו"ע** כלשון **הרמב"ם** "בית של שני שותפים חייבים במעקה שנאמר כי יפול הנופל ממנו, לא תלה אלא בנופל, אם כן למה נאמר גגך, למעט בתי כנסיות ובתי מדרשות, לפי שאינם עשויים לדירה", וביאר **הכס"מ** (ובבאה"ג בקצרה) דאע"ג דאמר ר' חנינא מסורא דליתנהו להני כללי ופירש"י להני כללי דאמר רבא, הרמב"ם מפרשו דלא קאי אלא לקצת דברים שאמר רבא ואין מעקה בכללן, וביאר **הסמ"ע** (ה) הפטור בסיפא דבבתי כנסיות דאפילו המחייבים בית בקר ובית אוצרות דסעי' א' מ"מ מודים בזה מפני שבית הכנסת "אין שום גגך שייך בו כלל" דאף של הבאים מעבר לים הוא וכן פירש רש"י שם.

כתב **הש"ך** (א) דבשותף עכו"ם פסק ביש"ש דחייב, אמנם לפמש"כ הרמ"א ביו"ד רפ"א דבמזוזה פטור אפשר דהוא הדין במעקה, ולפי המרדכי יש להסתפק.

[כתב **בשבט הלוי** (ה,רכא) **שבבתיים משותפים** כיום שיש הרבה בעה"ב וכמה קומות פשיטא דכולם משתתפים בעשיית המעקה כיון דגם לתחתונים יש חלק בגג, עיי"ש].

[**בפסקי המשפט** (ו) כתב להאריך בשיטת החזו"א **בחייב מעקה בגגות שבזמנינו** ע"פ הגר"ז שכתב בטעם הפטור בגגות בתי כנסיות שאין רגילות להשתמש בהן ובסעי' ב' מבואר דצריך שיהיה הבית תחתיו ראוי לדירה, ולפי"ז במקומות שאין רגילות להשתמש בגג פטורים ממעקה, והגר"ש"א פטר גג ממעקה אפילו שעולים אליו פעם בשבוע, ונתמעטו ג"כ מ"לא תשים דמים בביתך" כיוון שהעולה לגג יודע שעליו להזהר, ובשו"ת להורות נתן חלק על כל זה וישנה חובה לשים מעקה, עיי"ש, ובכעין זה נחלקו החזו"א

ושבט הלוי (ז, רכט) גם בחיוב מעקה במרפסת, עיי"ש באות ז', אך מודה הגריש"א שבמקום סכנה וחשש טיפוס של ילדים כגון על חלונות הבית ישנו חיוב בלאו ד'לא תשים דמים' לשים סורגים, אך לא מצות מעקה ולכן אין לברך בזה (וראה מש"כ בסוף סעי' א').

סעיף ד

ע"פ ברייתא ב"ק נא. פסק בשו"ע "היתה רשות הרבים גבוה מגגו אינו זקוק למעקה, שנאמר כי יפול ממנו (ולא לתוכו)", וביאר הסמ"ע (ז) דלא תימא שיעשה מעקה ע"ג גגו מלמטה למעלה עד שיהא י' טפחים גבוה מרה"ר דכיון דבני רה"ר קדירא דבי שותפי ניהו פשיטא דאין עליהן לעשות מעקה לרה"ר, והקשה הסמ"ע (ח) דלמה לי מיעוטא דממנו ולא לתוכו, הא בלאו הכי נמי יכול הבעה"ב לומר אי לא היה ביתי מכ"ש שהיה נחבט וניזק או מת מנפילתו מגבהות רה"ר לארץ, ובדוחק י"ל דהו"א דהיו צריכין למלאת במקום ביתו בעפר כדי להשוותו ממטה לרה"ר.

סעיף ה

ע"פ הספרי כתב הרמב"ם וכ"פ בשו"ע "גובה המעקה אין פחות מ' טפחים, כדי שלא יפול ממנו הנופל, (רמב"ם -) וצריך להיות המחיצה חזקה כדי שישען אדם עליה ולא תפול (פשוט, כס"מ)", ודלא כראב"ד דבעינן י' דוקא ממקום דרסו והוא מקום הנמוך שבו אבל שאר צדדין ג' טפחים, דס"ל דמאחר שמצד אחד הוא גבוה עשרה טפחים ע"י כך הוא נוהר משאר צדדין שאין גבהם אלא ג' טפחים, כס"מ.

סעיף ו

ע"פ הספרי כתב הרמב"ם וכ"פ בשו"ע "כל המניח גגו בלא מעקה ביטל מצות עשה ועבר על לא תעשה שנאמר ולא תשים דמים בביתך".

סעיף ז

עוד ע"פ הספרי כתב הרמב"ם וכ"פ בשו"ע "אחד הגג ואחד כל דבר שיש בו סכנה וראוי שיכשול בה אדם וימות, כגון שהיתה לו באר [או בור] בחצירו, בין שיש בו מים בין שאין בו מים, חייב לעשות חוליא גבוה י' טפחים, או לעשות לה כיסוי, כדי שלא יפול בה אדם וימות" ובספרי למד וריבה כל הני מדכתבי' ולא תשים דמים בביתך' (סמ"ע).

סעיפים ח - י

ב"ק טו: (צוין בכס"מ) "תניא רבי נתן אומר מניין שלא יגדל אדם כלב רע בתוך ביתו ואל יעמיד סולם רעוע בתוך ביתו ת"ל לא תשים דמים בביתך".

ברכות לב: (צוין בבאה"ג והגר"א) "תנו רבנן מעשה בחסיד אחד שהיה מתפלל בדרך בא הגמון אחד ונתן לו שלום ולא החזיר לו שלום המתין לו עד שסיים תפלתו לאחר שסיים תפלתו אמר לו ריקא והלא כתוב בתורתכם רק השמר לך ושמור נפשך וכתוב ונשמרתם מאד לנפשתיכם כשנתתי לך שלום למה לא החזרת לי שלום...".

וכתב הרמב"ם (שם פי"א ה"ה) וכ"פ בשו"ע "ח) וכן כל מכשול שיש בו סכנת נפשות, מצות עשה להסירו ולהשמר ממנו ולהזהר בדבר יפה, שנאמר השמר לך ושמור נפשך, ואם לא הסיר והניח המכשולות המביאים לידי סכנה ביטל מצות עשה ועבר בלא תשים דמים. (ט) הרבה דברים אסרו חכמים מפני שיש בהם סכנת נפשות, וקצתם נתבארו בטור יו"ד סי' קט"ז, ועוד יש דברים אחרים ואלו הם (ע"ז יב -) לא יניח פיו על הסילון המקלח וישתה, ולא ישתה בלילה מהבארות ומהאגמים, שמא יבלע עלוקה והוא אינו רואה { וכבר כתבתי דברים אלו סימן קט"ז ביורה דעה וע"ש } (ו) (רמב"ם -) כל העובר על דברים אלו וכיוצא בהם ואמר הריני מסכן בעצמי ומה לאחרים עלי בכך או איני מקפיד בכך, מכין אותו מכת מרדות, והנההר מהם עליו תבא ברכת טוב".

גבי המכת מרדות כתב באה"ג בשם הב"י (יו"ד קט"ז) דמכין אותו מכת מרדות כמו על שאר מצות דרבנן, ואפשר דהנך מיילי אסורים מן התורה אלא דקים להו לרבנן דאין לוקין עליהם כדאשכחן בחולין

צ"ח ויומא ע"ג בחצי שיעור דאסור מן התורה ואין לוקין עליו [במעשה רקח (שם הלכה ה')] כתב דלא מצינו מבואר שחייב על זה מכת מרדות ואדרבא בגמ' אמרו ואם עשה דמו בראשו, דמשמע דאין נזקקין לו, ואפשר שהרמב"ם "חייבו מכת מרדות בשביל האמירה, דנמצא דהפקיר עצמו לעבור על דברי חז"ל".

עוד כתב באה"ג בסיום הסימן "נלע"ד הטעם שהזהירה התורה על שמירת הנפש הוא מטעם שהקב"ה ברא את העולם בחסדו להטיב להנבראים שיכירו גדולתו ולעבוד עבודתו בקיום מצותיו ותורתו כמו שאמר הכתוב כל הנקרא בשמי לכבודי בראתיו וכו' וליתן להם שכר טוב בעמלם והמסכן את עצמו כאלו מואס ברצון בוראו ואינו רוצה לא בעבודתו ולא במתן שכרו ואין לך זלזול אפקירותא יותר מזה ולשומעים יונעם".

כתב במשנה הלכות (יז, קפג) לדייק בשו"ע שכתב "ואם לא הסיר והניח המכשולות המביאים לידי סכנה" כלומר לא מיבעיא שאין להניח בביתו דבר המכשול שיכול לבא לידי סכנה, אלא אפילו יש כבר שם והניחו ולא הוציאו ביטל מ"ע ועבר בל"ת. [כתב בפסקי המשפט (טז) ע"פ שו"ת דבר אברהם ועוד דמשמע ממש"כ הרמב"ם והמחבר 'וכן כל מכשול שיש בו סכנת נפשות' דרק דברים המביאים לידי סכנת נפשות עובר בלאו, אולם בחינוך במצוה דלא תשים דמים בביתך (תקמ"ז) מבואר דאסור אף להניח מוקשים שלא יזוקו בהם ולא דווקא סכנת מיתה].

< כתב הסמ"ע (יא) בשם הדרכ"מ (תכ"ו) דכתב הרמב"ם בהלכות אבל פי"ד דמצות עשה מדבריהם ללוות אורחים ואמרו בסוטה מ"ו כל מי שאינו מלווה כאילו שופך דמים וכופין ללויה כדרך שכופין לצדקה כו' עד אפילו המלווה לחבירו ד' אמות יש לו שכר הרבה, וכמה שיעור לויה שחייב אדם בה, הרב לתלמיד עד עיבורה של עיר, ואדם לחבירו עד תחום שבת, ותלמיד לרבו עד פרסה ואם היה רבו מובהק עד ג' פרסאות, עכ"ל הרמב"ם, ובילקוט מהר"ש כתב דהאידינא אין נוהגין ללוות תלמיד לרבו עד פרסה משום דבזמן הזה מוחלים על כבודם, ויש לילך עמו או עם חבירו עד השער או לכל הפחות ד' אמות, ועוד הביא שכתב הרמב"ם שם "גמילות חסדים שבגופו שאין להן שיעור כגון ביקור חולים וניחום אבלים והוצאת המת והכנסת כלה והלוית אורחים אע"פ שכל מצות אלו מדבריהם הרי הם בכלל ואהבת לרעך כמוך, כל הדברים שאתה רוצה שיעשו אותן לך אחרים, עשה אתה לאחיד בתורה ובמצות, ושכר הלוית אורחים מרובה מן הכל, והוא החוק שחקק אברהם אבינו ודרך החסד שנהג בהם, מאכיל עובדי דרכים ומשקה אותן ומלווה אותן, וגדולה הכנסת אורחים מקבלת פני השכינה שנאמר וירא והנה שלשה אנשים וירץ לקראתם, ולויתן יותר מהכנסתם".

[וז"ל הבאר שבע (סוטה מו): באופן כללי לדיני לוייה "כל דיני לוייה כתבן הרמב"ם.. וכן כתבן הסמ"ג.. והסמ"ק.. אבל הטור ושאר המחברים האחרונים השמיטו, ולא ידענו למה, ואפשר משום דבזמן הזה אין נוהגין דיני לוייה, מפני שכל הדרכים הם בחזקת סכנה טפי ממה שהיו בימי חכמי הגמרא כמו שכתבו התוס' בפרק בתרא דכתובות (קי): גבי הוא אמר לעלות לארץ ישראל כו' שאינו נוהג בזמן הזה, שאיכא סכנת דרכים שאין אדם חייב למסור עצמו לסכנה בעבור לוייה משום דחיך קודמין, כן נ"ל, ומשמע מדבריו שבימינו שהדרכים אינן מסוכנות יש מקום לחייב ליווי, אך מצינו בערוה"ש (בסימן תכ"ו) שהביא מצות לוייה (לכל אדם, ורק בהמשך שם התייחס לליווי תלמיד לרבו) וז"ל "מצות עשה מדבריהם ללוות אורחים ואמרו חכמים כל מי שאינו מלווה כאלו שופך דמים.. ועכשיו לא נהגו בזה מפני שאין הולכין ברגל אלא נוסעים בקרון ואינו נוסע לבדו [נ"ל]", וניתן להסיק מדבריו הפוך מדברי הבאר שבע, שלא נהגו כן כיום כיוון שהדרכים יותר בטוחות ואין אדם לבדו בדרכו, "וליישב הש"ס" (במרכאות) עם גדולים הנ"ל והשמטת הפוסקים, נראה די"ל שבזמן הש"ס והרמב"ם הדרכים היו 'קצת' סכנה ולכן היה מקום לחובת ליווי, דאם הדרכים מרובות סכנה פטור המארח משום דחיו קודמין, ואם הדרכים ללא סכנה אזי אין צורך וכנ"ל, ועדיין צריך תלמוד, ואידך זיל גמור, בעזרת ה'].



