

עושר ולא כמשפט

נחום רקובר

עושר ולא במשפט

הנהגה מנכסי חברו בזכות ושלא בזכות

ספרית המשפט העברי

ספרית המשפט העברי

משרד המשפטים
מורשת המשפט בישראל
הקרן לקידום המשפט העברי

©

כל הזכויות שמורות

מורשת המשפט בישראל
ת"ד 7483 ירושלים 91074
תשמ"ח — 1987

סדר: אוריחא, ירושלים

לנחיה

רבות בנות עשו חיל
ואת עלית על כולנה

תוכן כללי

הקדמה 11

שער ראשון: "זה נהנה וזה לא חסר"

- פרק ראשון: מבוא 17
- פרק שני: "זה נהנה וזה לא חסר" – בעיה תלמורית 19
- פרק שלישי: "זה נהנה וזה לא חסר" ו"מידת סרום" 20
- פרק רביעי: היסוד המשפטי לפטור 21
- פרק חמישי: מהנה המוחה בנהנה 22
- פרק שישי: נהנה שגילה את דעתו שהוא מוכן לשלם שכר 24
- פרק שביעי: מניעת רווח צפוי 27
- פרק שמיני: חסרון שקדם להנאת הנהנה 28
- פרק תשיעי: הגאה הכרוכה בחסרון מועט של המהנה 30
- פרק עשירי: הגאה הכרוכה בחסרונו של המהנה בנכס אחר 32
- פרק אחד-עשר: הגבלת הפטור למקום שהנהנה מהנה 34
- פרק שנים-עשר: גורם ההנאה: הנהנה, המהנה או גורם שלישי 35
- פרק שלושה-עשר: סיכום 37

שער שני: העושה סחורה בנכס חברו

- פרק ראשון: מבוא 43
- פרק שני: היסוד המשפטי לזכותו של בעל הנכס ברווחים 44
1. יצירת יריבות ישירה | 2. מעין שליחות | 3. מניעת התעשרות על חשבון הזולת

[7]

תוכן כללי

פרק שלישי: השתתפות בסיכון כעילה לשיתוף ברווחים 102

פרק רביעי: ביטוח נכס הזולת 105

פרק חמישי: נספח: זכייה במקח שהוא בגדר "מציאה" 108

פרק שישי: סיכום 110

שער רביעי: הצלת רכוש – שיפוי על הוצאות המציל

פרק ראשון: מבוא 117

פרק שני: החיוב להציל ממון 120

פרק שלישי: דין ו"תנאי בית דין" 121

שיטות הראשונים | ההלכה בשולחן ערוך

פרק רביעי: עידוד פעולת הצלה כיסוד לפיצוי המציל 132

פרק חמישי: האם הצלה היא התנדבות שאין לשלם בעדה? 135

פרק שישי: הגדרת "שכר" המציל 141

פרק שביעי: נכס שבעליו לא היה יכול להצילו 142

זכות המציל בנכס הניצול כזוכה מן ההפקר
סייגים להחלת דין הפקר בנכס הניצול

פרק שמיני: הצלה מנזק ודאי 149

פרק תשיעי: התנאה בדבר שיפוי – אימת התנאי הכרחי? 150

פרק עשירי: ירד להציל ולא הציל 155

פרק אחד-עשר: ירד להציל וניצל מאליו 156

פרק שנים-עשר: הציל את שלו ואת של חברו 159

פרק שלושה-עשר: התנגדות בעל הנכס להצלה 165

פרק ארבעה-עשר: סיכום 169

תוכן כללי

שער חמישי: הצלת נפש – שיפוי על הוצאות המציל

פרק ראשון: מבוא 175

פרק שני: החיוב להציל 178

פרק שלישי: החיוב להוציא ממון לשם הצלה 179

פרק רביעי: חסינות המציל בנוזקין 180

פרק חמישי: זכותו של המציל לשיפוי מן הניצול 181

פרק שישי: זכותו של המציל לשיפוי ממי שחייב כלפי הניצול 184

פרק שביעי: התנגדותו של הניצול 188

פרק שמיני: הציל את עצמו ואת חברו 190

פרק תשיעי: הוציא הוצאות ולא הציל 191

פרק עשירי: הליכים מזורזים להשבת הוצאות 193

פרק אחד-עשר: סיכום 194

נספחים

נספח ראשון: סוגיית ב"ק כ ע"א – כא ע"ב, לשלביה 197

נספח שני: חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט–1979 199

מפתח העניינים 203

מפתח המקורות 213

תמצית באנגלית ix

הקדמה

הנושא "עשיית עושר ולא במשפט" כולל את כל המקרים שנהנה בהם אדם מחברו הנאה שיש לה ערך כספי ללא שתהיה לו זכות משפטית לקבל הנאה זאת. השאלה המרכזית היא האם זכאי המהנה לקבל מן הנהנה תמורה בעד הנאתו ובאיו מידה הוא זכאי לכך. מאחד שלא הוסכם בדבר תשלום בעד ההנאה, אין אפשרות לתביעה על יסוד הסכם. כן אין אפשרות לתביעה על פי עילת נזיקין, כשהמהנה אינו ניזוק בהנאתו של הנהנה. כלום היעדרן של עילות תביעה אלו שולל את זכות המהנה לתמורה, או שמא אף על פי כן יש למהנה זכות כלפי הנהנה?

אופני השגת ההנאה רבים ומגוונים: אדם המחנה את מכוניתו כמגרשו של שכנו, האם עליו לשלם לשכן בעד החנייה כמגרשו? כאן יש לברר קודם, האם בחנייה זו חסך בעל המכונית את דמי החנייה שהיה משלם לולי השתמש במגרשו של השכן? שכן, אם בלאו הכי יכול היה להשיג מקום חנייה בלא תשלום, לא באה לידו שום הנאה כספית. זאת ועוד, אף אם היה משלם דמי חנייה, יש לברר אם מגרשו של השכן מיועד לחנייה בשכר, שכן אם המגרש אינו מיועד לחנייה בשכר, לא הפסיד השכן דבר. השאלה היא אפוא האם העובדה כי נהנה הלה מרכושו של הזולת מחייבת אותו לשלם למהנה את דמי ההנאה, או שמא יוכל לטעון: "מה חיסרתיך"?

ושוב, בדוגמא שהבאנו לעיל נגרמה ההנאה על ידי מעשי הנהנה. ברם, ייתכן שיהנה אדם מן הזולת בפעולותיו של המהנה. דרך משל, אדם משביח את נכסי הזולת מתוך טעות, או אף בידעין. יש שהמשביח פועל מתוך כוונה לזכות את הנהנה בהשבחתו חנם, ואז ודאי שאינו זכאי לתשלום. ברם, אם התכוון המשביח לקבל תמורה, היש בהשבחה שנעשתה שלא על דעתו של הנהנה, כדי לזכות את המשביח בתשלום?

ויש שהנסיבות להוצאת הכספים לטובת הזולת הן בעלות משמעות לענייננו. כך, למשל, אדם מוציא כספים להצלת חייו של פלוני שנפגע, או להצלת רכושו של פלוני. היש הצדקה לזכות את המהנה לקבל את הכספים שהוציא? כאן קיים גורם של מתן עידוד לאדם כדי שייחליץ לפעולת הצלה, ואף יוציא כספים למטרה זו. השאלה היא האם יש ביטוי לעידוד המציל גם בזכויותיו להשבחת הכספים שהוציא? יתר על כן, כשמדובר בהצלה גופנית, מה דינו של המציל, לעניין השבת הוצאותיו? אם מחה הניצול כנגד המציל וביקשו שלא יוציא כספים להצלתו, והודיע שלא ישיב להמציל הוצאותיו, כלום נחשב האדם לבעלים של גופו, שיהא רשאי לצוות על הימנעות אחרים מהצלתו, ובכך אף להיפטר מתשלום הוצאות שהוצאו על ידי אחרים להצלתו?

פרקיו של המחקר המתפרסם בזה נתפרסמו תחילה, בשנת תשל"ז, במסגרת "סדרת מחקרים וסקירות במשפט העברי", היוצאת לאור על ידי משרד המשפטים, חוברות מד, מה, מו, נ, נא. מחקרים אלה נערכו לקראת חקיקתו של חוק ישראלי חדש בנושאנו. ואמנם

הקדמה

החוק החדש, שחקקה הכנסת בשנת תשל"ט¹, זנח את עקרונות המשפט האנגלי ואימץ את גישת המשפט העברי. במבוא להצעת החוק² נאמר: "החוק המוצע מאמץ את גישת המשפט העברי בנקודות אחרות: הוא מזכה בהשבה את המשכיח נכסי חברו; הוא מאמץ את העקרון של 'זה נהנה וזה לא חסר' כשיקול לפטור את הנהנה מהשבה; והוא מזכה את המציל רכושו של חברו בשיפוי על הוצאותיו, במטרה לעודד פעולות הצלה".

מעתה יש לפרש את האמור בחוק לאור המשפט העברי, וזאת מן הטעם שיש לפרש את החוק לאור מקורותיו, ואת החסר בחוק יש למלא תוכן מן המשפט העברי לאור חוק יסודות המשפט, התש"ם – 1980³.

מחקר מפורט על סעיפי חוק עשיית עושר ולא במשפט לאור מקורות המשפט העברי, נערך עתה על ידי ר"י בלס, והוא יפורסם בקרוב במסגרת הקומנטארים לחוקים לאור המשפט העברי.

בשער הראשון של הספר נדון בדבר "זה נהנה וזה לא חסר", ובעקרונות המתלויים לכך, ואילו בשערים האחרים נכרך את החיובים הספציפיים, כגון: במי שעושה סחודה בנכסי חברו, ובמציל את חברו ואת נכסי חברו. בדבר חיובו של מי שעיכב בידו את כספי הזולת ונהנה מהם לפצות את חברו, אנו דנים במקום אחר⁴.

תודתי נתונה לד"ר יחיאל קארה על הערותיו הלשוניות ולד"ר אליאב שוחטמן על עריכת המפתחות.

נחום רקובר

בס"ד, ירושלים, תמוז תשמ"ז

¹ חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט – 1979. ס"ח, התשל"ט, עמ' 42. ראה נספח שני.

² הצעת חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ח – 1978. ה"ח, התשל"ח, עמ' 266.

³ ס"ח, התש"ם, עמ' 163.

וראה מה שכחב השופט מ' זילברג, עוד לפני תיקת חוק יסודות המשפט, בע"א 461/62, צים נ' מזיאר, פד"י יז, עמ' 1333: "כאשר השאלה המכרעת לגבי המסקנה-המשפטית היא שאלה של השקפת עולם... מותר לנו וחייבים אנו לשאוב דוקא את המקורות הקדומים הנ"ל, כי רק אלה משקפים נאמנה את השקפות-היסוד של כלל האומה היהודית"; וראה פסקי הדין של השופטים ח' כהן וי' קיסטר, בע"א 682/74, יקותיאל נ' ברגמן, פד"י כט(2), עמ' 764, 769.

⁴ ראה נ' רקובר, המסחר במשפט העברי, ירושלים תשמ"ח, שער חמישי: "פיצויים על עיכוב כספים (ריכית פיגורים)", ובמיוחד בפרק "הנאה מרכושו של הזולת", שם.

שער ראשון

"זה נהנה וזה לא חסר"

התוכן

17	פרק ראשון: מבוא
19	פרק שני: "זה נהנה וזה לא חסר" – בעיה תלמורית
20	פרק שלישי: "זה נהנה וזה לא חסר" ו"מירת סרום"
21	פרק רביעי: היסוד המשפטי לפטור
22	פרק חמישי: מהנה המוחה בנהנה
24	פרק שישי: נהנה שגילה את רעתו שהוא מוכן לשלם שכר
27	פרק שביעי: מניעת רווח צפוי
28	פרק שמיני: חסרון שקרם להנאת הנהנה
30	פרק תשיעי: הנאה הכרוכה בחסרון מועט של המהנה
32	פרק עשירי: הנאה הכרוכה בחסרונו של המהנה בנכס אחר
34	פרק אחד-עשר: הגבלת הפטור למקום שהנהנה מהנה
35	פרק שנים-עשר: גורם ההנאה: הנהנה, המהנה או גורם שלישי
37	פרק שלשה-עשר: סיכום

פרק ראשון

מבוא

המשפטנים מצאו את הנושא שלפנינו, עניין הראוי לענות בו. חכמי המשפט האנגלי, שנהגו למיין את ריני החיובים לשתי קבוצות בלבד – דיני חוזים ודיני נזיקין – נאלצו לתור אחר יסוד משפטי לחיוב הנהנה מרכוש הזולת, ויצרו עילות תביעה מסוג "מעין חוזה" (quasi contract) או "חוזה מכללא" (implied contract). כרם יש הרבה מן המלאכותיות בתלותם של מושגים אלה בדיני החוזים, ועל כן יש שהציעו לכנות מקצוע זה בשם unjust enrichment, היינו "התעשרות שלא כרין" או "עשיית עושר ולא במשפט"².

סוגיית "עשיית עושר ולא במשפט" לא הייתה מוסדרת במשפט הישראלי עד לחקיקת חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט – 1979.³ אמנם היו הוראות חוק בתחומים אחרים, ובהן תשובות לשאלות המתעוררות באותו תחום, כגון, ההוראות המצויות בסעיף 10 לחוק השליחות, התשכ"ה – 1965; סעיף 9 לחוק הערכות, התשכ"ז – 1967; וסעיף 21 לחוק המקרקעין, התשכ"ט – 1969.

כל עוד לא היו הוראות חוק מקומיות בנושאנו, שאבה הפסיקה בארץ את דיניה בעיקר משיטת המשפט האנגלי, וזאת על יסוד סימן 46 לדבר המלך כמועצתו. במשפט האנגלי אין קדיטיוניזם ברורים למקרים שייראה בהם הנחבע כמי שהתעשר על חשבון התובע שלא כדין, באופן שיהא בכך כרי לזכות את התובע בתביעתו. לורד מנספילד, אבי התורה המעין-חוזית במשפט האנגלית, אמר כי יסוד התביעה הוא שהנתבע חייב להחזיר את הכסף מכוח הלכות היושר והצדק הטבעי.⁴

בינתיים חוקקה הכנסה את חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט – 1979, שאימץ את עיקריו של המשפט העבדי כפי שבאו לידי ביטוי בשער זה של מחקרנו. עיקרים אלה הם, מצד אחד, ההכרה בחיובו של מי שנהנה מן הזולת להשיב למהנה את מה שנהנה, תוך זניחת התיאוריה המלאכותית של "המתנדב". ומצד שני, הכיר החוק במצבו המיוחד של מי שנהנה כשהמהנה לא חסר.

¹ לאמור להלן, ראה ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט, ת"א תשמ"ב (להלן – פרידמן), בשער הראשון; לנושא סקירתנו – "זה נהנה וזה לא חסר" – ראה שם, במיוחד בשער שלישי; וראה גם Goff and Jones, Law of Restitution (3rd. ed., 1987); J.P. Dawson, Unjust Enrichment (1951), ch. 1.

² השם "עשיית עושר ולא במשפט" הוא מטבע לשוני, שטבע השופט ש"ז חשין המנוח, על יסוד הפסוק "קורא דגר ולא ילד עושה עושר ולא במשפט בחצי ימיו יעזבונו ובאחריתו יהיה נבל" (ירמיה יז, יא). כרם, משמעות הביטוי בירמיה שונה מן המשמעות שיש לו בחוק.

³ ס"ח, החשל"ט, עמ' 42. נוסח החוק הובא בנספח לספר.

⁴ ראה: פרידמן, שם, עמ' 3.

“זה נהנה וזה לא חסר”

עיקרים אלה אומצו על ידי המחוקק בסעיפים 1 ו-2 לחוק, וזה לשונם:

1. (א) מי שקיבל שלא על פי זכות שברין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן – הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן – המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה – לשלם לו את שוויה.
- (ב) אחת היא אם באה הזכיה מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה או בדרך אחרת.
2. בית המשפט רשאי לפטור את הזוכה מחובת ההשבה לפי סעיף 1, כולה או מקצתה, אם ראה שהזכיה לא היתה כרוכה בחסרון המזכה או שראה נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת.

ארבע קטיגוריות עיקריות יש בנושא שלפנינו: (1) זה לא נהנה וזה לא חסר; (2) זה נהנה וזה חסר; (3) זה נהנה וזה לא חסר; (4) זה לא נהנה וזה חסר. על שתי הקטיגוריות הראשונות אומרת הגמרא, במסכת ב"ק כ ע"א – שהיא הסוגיה הבסיסית בנידוננו⁵ – שהדין פשוט: בראשונה לפטור, ובשנייה – לחיוב. על הקטיגוריה השלישית אומרת הגמרא שזו בעיה, שהתלכטו בה חכמים, ודנה בה בהרחבה. הקטיגוריה הרביעית אינה נידונית בגמרא במפורש, ונחלקו בה ה"ראשונים"⁶. מתוך הסוגיה הנזכרת, שבמסכת בכא"קמא, נלמד לדעת כי אם אמנם נקבעו עקרונות בדבר "זה נהנה וזה לא חסר", יש ליישם מתוך התחשבות בהגדרות שנקבעו בדבר המיון לעניין "נהנה", מהנה ש"אינו חסר", ומהנה ש"הוא חסר". הסוגיה הנזכרת מתרכזת בנושא של "זה נהנה וזה לא חסר", וממנה נובעים עקרונות המיון; ואילו בנוגע לחיובי התשלום, כשהמהנה חסר, ובנוגע לשיעורי התשלום, נודקק לסוגיות שעניינן בנושאים ספציפיים, כגון משביח נכסי חברו, מציל נכסי חברו וכדומה. מתוכן נלמד אימתי יש לשלם לאדם שהסב הנאה כספית לנהנה, אם במעשיו, ואם מרכושו – וכמה יש לשלם לו⁷.

⁵ בנספח, הובא חקציר הסוגיה לשלביה. כשנפנה להלן אל שלבי הסוגיה, כוונתנו לשלבים כפי שצוינו בנספח.

⁶ הנושא הנדון אינו, כמובן, מי שהזיק ממש, אלא מי שגר בחצר חבדו שלא מדעתו, כשהחצר עשויה להשכרה, אבל הדייר היה זוכה באותה הנאה ללא תשלום. לפי התוספות (ב"ק כ ע"א ד"ה זה) אין לחייב את הדייר, ואילו לדעת הר"ף (ב"ק פרק ב; ט ע"א בדפוס וילנא) חייב, מן הטעם שחסרו ממון. הרא"ש מסביר, שאפשר לבסס את החיוב "משום שאכל חסרונו של זה", ואינו דומה למי שנזעל ביהו של חברו ולא דר בו, שהוא פטור (פסקי הרא"ש לב"ק, פרק ב, סימן ו); וראה הגהות הגר"א לב"ק, שם, ונחלת יוד לב"ק, שם.

⁷ לביבליוגרפיה בנושא זה ראה: אוצר המשפט – מפתח ביבליוגרפי למשפט העברי, בערכים: "יורד לנכסי חבירו", "מעין חחה" ו"זה נהנה וזה לא חסר" (עמ' 436); וראה גם ספרו של הרב י"א הרצוג Rabbi I. Herzog, The Main Institutions of Jewish Law, עמ' 49-59; וראה גם: George J. Webber, Observations on Some Cases of Unjust Enrichment, דיני ישראל ב (תשל"א-1970), מדור אנגלי, עמ' 25-42; וכן ראה: אנציקלופדיה ידאיקה, בערך: Unjust Enrichment, עמ' 1683-1687 (ע"י חזקאל רוטנברג). וראה עתה: א' ורהפטיג, "עשיית עושר ולא במשפט" במשפט העברי, שנחון המשפט העברי ט-י (חשמ"ב-תשמ"ג), עמ' 187.

"זה נהנה וזה לא חסר" – בעיה תלמודית

דינו של מי שנהנה מחברו, והנאתו כרוכה כחסרונו של חברו, נראה פשוט לחכמי התלמוד, היינו שהוא חייב, כמו שנראה להלן. לעומת זאת, דינו של מי שנהנה מחברו, ואין הנאתו כרוכה כחסרונו של המהנה – האם חייב הנהנה לשלם למהנה, אם לאו – היא שאלה שהתלבטו בה חכמי התלמוד.

ר' יוחנן מייחס לתנא ר' יהודה את הדעה המחייבת את מי שנהנה מחברו בתשלום אף שחברו לא חסר, וכך מובא במסכת בבא מציעא⁸: "אמר ר' יוחנן: בשלושה מקומות שנה לנו ר' יהודה אסור⁹ לארם שיהנה מממון חבירו". היינו, אסור לארם ליהנות מממון חברו בלי לשלם לו בעד הנאה זו. מהו היסוד לחיוב זה? רעת בעלי התוספות¹⁰ היא, שהלכה זאת יסודה בתקנה: "אף על פי שמן הדין היה נראה לומר שיהנה, חדא דאע"ג דזה נהנה זה לא חסר, אפילו הכי תקנו חכמים שיהא חייב, דאין לו ליהנות מממון חבירו שלא מדעתו". נראה שכוונתם להסביר את הדעה המחייבת בכך, שמן הראוי שלא לעורר שימוש בנכסי הזולת, שלא מדעתו, גם כשכעל הרכוש אינו חסר; ויש לחייב את הנהנה בתשלום לא משום שעל פי אמות המידה של דיני הממונות יש לחייבו, אלא כדי לבטל את כדאיות השימוש בנכסי הזולת שלא מדעתו.

אמנם הגמרא דוחה שם את דברי ר' יוחנן, ואומרת שאפשר לבסס את דעת ר' יהודה, המחייב בתשלום – בכל אחת משלוש המשניות, שעליהן מסתמך ר' יוחנן – על יסוד אחר, ושאינו לנו ראייה, שר' יהודה סבור שאסור לו לאדם ליהנות מממון חברו.

וכבר נשאל הרמב"ם¹¹ על הסתירה בין הלכת ר' יהודה ובין הלכה הקובעת ש"הדר בחצר חברו שלא מרעתו אין צריך להעלות לו שכר"¹², והשיב שמימרא זו בעניין הדר בחצר חברו אינה מתאימה לדעת ר' יהודה¹³.

הסוגיה היסודית שבה הוצגה הבעיה, ונבחנה מכמה צדדים, היא הסוגיה במסכת בבא קמא

⁸ ב"מ ק"ז ע"ב. והשווה דברי התלמוד הידשלמי, ב"ק פ"ט ה"ה, המובאים בשער השלישי, ליד ציון הערה 25.

⁹ וראה: שו"ת הרמב"ם, מהדורת בלאו, סימן תמד, שנשאל: "מה עניין אסורא אצל ממונא"; וראה: שו"ת בני אהרן (לר' אהרן לפא), סימן טז, דף יט, סוף טור ד: "והיותר נכון אצלי להוצרכו טוביות טעמים אלו להתיר הדבר לכתחילה, דהנה אמת דס"ל [=דסבירא ליה] זה נהנה וזה אינו חסר פטור אבל אסור ודאי לכתחילה שיהנה מממון חבירו שלא מדעתו לדעת הכל. אבל מכח טעמים אלו אפילו לכתחילה מותר כיון דמהנה לו".

¹⁰ תוספות, ב"מ, שם, ד"ה בשלושה.

¹¹ שו"ת הרמב"ם, מהדורת בלאו, סימן תמד.

¹² ראה להלן, בפרק זה.

¹³ וראה: שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן עט, ד"ה ונ"ל משום (דף לג, סוף טור א): "ונ"ל משום דלא קי"ל [=קיימא לן] כר' יהודה אליבא דר' יוחנן, ב"מ ק"ז ע"ב, ומותר להנות בממון חברו, אפילו לכתחילה, אפילו היכי שחברו המציא לו אותו הדבר כגון צמר לצבע, שזה המציא לו הצמר והביאו לכיחו... דבכולהו מותר לכתחילה ליהנות בטרחתו של חברו היכי דלית ליה פסידא כגון שחרוריתא דכחלא..."; אבל עיין גם: שו"ת הרי בשמים, מהדורא חניינא, סימן רמה, בסופו.

“זה נהנה וזה לא חסר”

כ ע"א – כא ע"א. מסוגיה זו מחברר שהחלכטו החכמים כשאלה זו, ושהיא שימשה נושא לדיון בבית מדרשם. הגמרא מספרת על רב חסדא שאמר לדמי כר חמא: לא היית אמש אצלנו כבית המדרש שהוצרכנו ל"דברים גדולים". שאל אותו: מהם "דברים גדולים"? השיב לו: הדר בחצר חברו שלא מדעתו – צריך להעלות לו שכר או אין צריך¹⁴. הגמרא מנתחת את האפשרויות השונות, ומסיקה שהשאלה היא בחצר שאינה עשויה להשכרה ובאדם שעשוי לשכור חצר אחרת¹⁵, שהרי כחצר שאינה עומדת להשכרה ואדם שאינו עשוי לשכור, זה לא נהנה וזה לא חסר – ופטור¹⁶, ובחצר העומדת להשכרה ואדם העשוי לשכור, זה נהנה וזה חסר – וחייב¹⁷.

בהמשך הסוגיה מובאות דעות שונות של האמוראים בשאלה הנידונה. הגמרא מנסה לעמוד ממשניות שונות על דעתם של התנאים, אך דוחה את כל הדאיות. כך נותרת השאלה "פתוחה" מבחינת המקורות התנאיים. הגמרא מוסיפה ומביאה מסודות שונות בשם אמוראים, כשרוב הדעות מצדדות בדעה שדינו של הדר בחצר חברו שלא מדעתו – כשזה נהנה וזה לא חסר – פטור.

הרמב"ם והשולחן ערוך לא פסקו במפורש הלכה תיאוריטית דחכה, שזה נהנה וזה לא חסר – פטור, אלא פסקו מתוך זיקה לשאלה המעשית, שעמדה לדיון בגמרא, בעניין מי שדר בחצר חברו. וזה לשון הרמב"ם¹⁸: "הדר בחצר חבירו שלא מדעתו, אם אותה חצר אינה עשויה לשכור אינו צריך להעלות לו שכר, אע"פ שדרך זה הדר לשכוד מקום לעצמו, שזה נהנה וזה אינו חסר"¹⁹.

פרק שלישי

“זה נהנה וזה לא חסר” ו"מידת סדום"

הביטויים "זה נהנה וזה לא חסר" ו"כופין על מידת סדום", באים לעתים במקורות בשכנות, ומן הראוי להקדים ולהעיר כאן הערות אחדות. במקומות אחדים בתלמוד מוזכר המושג: "כופין על מידת סדום"²⁰. עניינן של הסוגיות בדבר "כופין על מידת סדום" הוא בהטלת חובה, מלכתחילה, כשיש בדבר משום "מידת

¹⁴ שלב 1 בנספח.

¹⁵ שלב 4 בנספח.

¹⁶ שלב 2 בנספח.

¹⁷ שלב 3 בנספח.

¹⁸ רמב"ם, הלכות גולה ואכדה ג, ט.

¹⁹ וכן ראה: שו"ע חו"מ, סימן שסג, סעיף ו.

²⁰ עירובין מט ע"א; כתובות קג ע"א; כ"ב יב ע"ב, נט ע"א, קסח ע"א; וראה מאמרו המאלף של ר"א ליכטנשטיין: "לכירור 'כופין על מידת סדום'", הגות עכריית באמריקה, כרך א, תל-אביב תשל"כ, עמ' 362; וראה להלן, הערה 26.

”זה נהנה וזה לא חסר” ו”מידת סדום”

סדום, ואילו סוגיית ”זה נהנה וזה לא חסר” עניינה בדיעבד, כשהשתמש אדם ברכושו של הזולת – בנסיבות בהן ”זה נהנה וזה לא חסר” – האם הנהנה חייב לשלם, אם לאו? ואמנם הפרדה זו באה לידי ביטוי בתלמוד. הסוגיה בדבר ”זה נהנה וזה לא חסר” אינה מזכירה את הכלל ”כופין על מידת סדום”, ואף הסוגיות בדבר ”כופין על מידת סדום” אינן מזכירות את הביטוי ”זה נהנה וזה לא חסר”.
ברם, אנו מוצאים אצל הראשונים שהטעימו, שסיבת הכפייה ב”כופין על מידת סדום” היא משום ”זה נהנה וזה לא חסר”. הרמב”ם, למשל²¹, כתב: ”... שזו מידת סדום. וכן כל דבר שזה נהנה בו ואין חבירו מפסיד ואין חסר כלום – כופין עליו”²².
כלום אפשר להסיק מכאן שדעת הראשונים היא שישוד הפטור ב”זה נהנה וזה לא חסר” הוא משום ”כופין על מידת סדום”? נדון כשאלה זו להלן.

פרק רביעי

היסוד המשפטי לפטור

יש המבססים את הפטור ב”זה נהנה וזה לא חסר” על הכלל שכופין על מידת סדום²³. לכאורה, אפשר להביא ראיה לכך מן הראשונים²⁴, שהסמיכו את הכלל ”כופין על מידת סדום” לכלל ”זה נהנה וכו’”. ברם, כל שאמרו הראשונים הוא, שכופין על מידת סדום משום ש”זה נהנה וזה לא חסר”, אבל אין מכאן הוכחה שהכפייה על מידת סדום היא סיבת הפטור ב”זה נהנה וזה לא חסר”²⁵. אפשר שהפטור ב”זה נהנה וזה לא חסר” אינו מכוח הכלל האומר ש”כופין על מידת סדום”, אלא מאחר שהמהנה לא חסר – אין עילה המחייבת את הנהנה לשלם, ואם כן אין צורך בסיבה נוספת לפטור את הנהנה מן החיוב. ייתכן שלעניין הטלת חובה מלכתחילה על בעל הנכס, הוצרכו לכלל ”כופין על מידת

²¹ רמב”ם, הלכות שכנים פרק ז סוף הלכה ח.

²² וראה רש”י לכתובות קג ע”א, ד”ה מדת סדום: ”זה נהנה וזה לא חסר, לא היו עושין טובה”. וכן רש”י לב”ב יב, ע”ב, ד”ה על מדת סדום; וראה גם בפירוש המיוחס לרבנו גרשום, אור זרוע (סימן כד), וחיידושי הרשב”א לב”ב שם; רשב”ם לב”ב נט ע”א, ד”ה מדת סדום; יד רמה לב”ב קסח ע”א.

²³ ראה: פני יהושע, ב”ק כ ע”א, תוספות ד”ה זה אינו, שאומר כן לדעת התוספות; וראה: חידושי רבי חיים מטלז לב”ק עמ’ לט, ולב”ב עמ’ קצ; לבוש מרדכי, ב”ק סימן טו.

²⁴ ראה לעיל, הערה 22.

²⁵ אמנם מן התוספות לב”ב יב ע”ב, ד”ה כגון, משמע לכאורה, שהם סוברים שהפטור מתשלום ב”זה נהנה וזה לא חסר” הוא משום ש”כופין על מידת סדום”; וראה: חידושי רבי חיים מטלז לב”ב, עמ’ קצב. באנציקלופדיה התלמודית, ערך ”זה נהנה”, הערה 8, ציינו גם לדברי הרמב”ם (לעיל, הערה 21), אבל נראה שאין מן הרמב”ם ראיה, כאמור לעיל. מדברי התוספות שם משמע שיש שני סוגים של ”כופין על מידת סדום”: יש שכופין מצד הדין ויש שכופין על פי תקנת חכמים.

“זה נהנה וזה לא חסר”

סדום²⁶, מה שאין כן ב”זה נהנה וזה לא חסר”, לעניין פטור מתשלום, אף בלא “מידת סדום” – פטור.

ואמנם אפשר לבסס את הפטור מתשלום בכמה דרכים – אף ללא הכלל שכופין על מידת סדום. מצד אחד, אפשר לומר שכיוון שהמהנה לא חסר, לא נוצר חיוב של תשלום מצד הנהנה כלל²⁷. מצד שני, אפשר לומר שאף אם יש חובת תשלום, מצד הדין²⁸, בכל זאת הנהנה פטור משום שמניחים שהמהנה מוחל לנהנה²⁹, כיוון שאינו מחסרו³⁰.

פרק המישי

מהנה המוחה בנהנה

סייג חשוב יש בהלכת “זה נהנה וזה לא חסר פטור” והוא שבשעה שהמהנה מוחה שלא ייהנו מנכסיו, אין הלכה זו תופסת.

²⁶ אמנם לעניין כפיית הבעלים שידור הלה בחצרו, כש”זה נהנה וזה לא חסר” – אין כופין לכתחילה שידור בחצרו חנם. ראה: תוספות, ב”ק כ ע”ב, ד”ה הא, ופסקו של הרמ”א בשו”ע חו”מ, סימן שסג, סעיף ו, (שלא כדעת הראב”ה המובאת במרדכי לב”ק, פרק ב, רמז טז). אולם ראה בטעמו של הרמ”א שם, שאין כופין מפני שיכול להשכירו אם ירצה; וראה: שו”ת דברי מלכיאל, חלק ג, סימן קנז (דף קיח, טור א, ד”ה והנה), שדן בטעם זה ואומר שהוא נגד הסברא. ושם הוא מבחין בין מקום שיכול בעל הנכס להפסיק את השימוש בכל עת בלי שייצטרך להמתין לפעולה מצד המשתמש, לבין מקום שעלול בעל הנכס להינזק מכך שייצטרך להמתין עד שיצא הלה מביתו, וכדומה. במקרה זה אין כופין.

²⁷ כפי המשתמע לכאורה מהנמקתו של רבי אמי לסברה, שיש לפטור את הנהנה: “וכי מה עשה לו ומה חסרו ומה הזיקו?” (שלב 17 בנספח); וראה: חידושי ר”ש שקאפ, ב”ק, סימן יט, אות ג; וראה: לכוש מרדכי, שם.

²⁸ משום שממונו של המהנה נמצא ביד הנהנה, אף שלא הוסכם כיניהם על התשלום. וראה: ברכת שמואל, ב”ק, סימן יד, אות ב-ג, וב”ב, סימן ז.

²⁹ ראה: מתנה אפרים, הלכות גולה, סוף סימן י: “דכל מידי דעביד להשכירם ולהרויח בהם אין הבעלים מוחלין למי שנהנה בהם”. מכאן יוצא שהטעם, לדעתו, הוא משום מחילה; וראה: שו”ת עמודי א”ש, דף סז.

בנימוקי יוסף לב”ק, פרק ב (ט ע”ב בדפוס וילנא), מביא בשם רמ”ה, שמתוך שדין “זה נהנה וזה לא חסר” אמור אף ביחומים, אין לבסס את הפטור על מחילתו של המהנה, שהדי קטנים אינם בני מחילה. ברם, ראה תוספות, לב”ב קמג ע”ב, ד”ה ואם אמר: “והא דאמר בריש אלו מציאיות גבי תמרי דזיקא דיתמי לאו בני מחילה נינהו, הכא דאין מפסידין ולא בא בידם הרויח מחלי שפיר”; וראה גם: שו”ת הרשב”א, חלק ד, סימן קנב (דף כ. טור ב, בדפוס צילום ניו-יורק, חשי”ח), ד”ה ולפע”ד: “ואין להשיב דקטנים לאו בני מחילה נינהו דהיינו דבר שהוא בעולם וחסרים בו, אבל לגבי דבר זה אמרינן שפיר דלא סמכי עליה כלל, ובקל מסתלק”.

³⁰ וראה מאמרו של ש’ אלבק: “העושה טובה לחבירו שלא מדעתו”, סיני עא (תשל”ב), עמ’ צח-קיא [ועצה בספרו: דיני הממונות בחלמור, ת”א חשל”ו, פרק ד], המבקש לתלות את החיוב והפטור במהנה את חכרו, כקיומה או בהיעדרה של גמירת דעתם של הצדדים לשלם בעד ההנאה.

דין זה למדו מדברי הגמרא בבבא קמא, המנמקת את תיוב הנהנה מן ההקדש בתשלום מטעם: "הקדש שלא מדעת כהדיוט מדעת"³¹. התוספות³² מפרשים דברים אלה: "כלומר, דעת שכינה איכא שלא יהנה אדם בלא מעילה", ולכן מחייב הנהנה בחשלוט. יש מן הדאשונים שפירשו, שבהקדש בלא מחאה הדין ככהדיוט במחאה³³, ולפיכך: אם המהנה מוחה – חייב הנהנה לשלם אף כשהמהנה אינו חסר. ברם, יש המפרשים ש"כהדיוט מדעת" – משמעו כאילו הותנה עם הנהנה שישלם³⁴, ולפי זה אם אין הנחה בדבר הסכמתו של הנהנה לשלם – אינו חייב לשלם.

להלכה פסק הטור³⁵: "שאם אמד לו 'צא' ולא יצא – ודאי חייב ליתן לו כל שכרו", ור"י קארו, ב"בית יוסף", כתב על דברים אלה: "פשוט הוא". וכן פסק בשולחן ערוך³⁶: "הדר בחצר חבירו שלא מדעתו, שאמר לו 'צא' ולא יצא – חייב ליתן לו כל שכרו"³⁷. וביאר הסמ"ע³⁸, שדין זה אמד בכל עניין, אפילו בחצר שאינה עשויה להשכרה³⁹ ואדם שאינו עומד לשכור, שצריך לשלם לו כל שכרו, כיוון שגילה דעתו שלא נוח לו בו⁴⁰.

31 שלב 22 כנספח.

32 חוספות ל"ב"ק כא ע"א, ד"ה כהדיוט. התוספות מקשים שם על רש"י, שפירש שדעת שכינה איכא, ואומרים: "דשלא מדעתו לאו דוקא... אלא ה"ה [=הוא הדין] מדעתו". מדברי רש"י משמע לכאורה – לפי קושיית התוספות – שהוא סובר, שרק הדר בחצר חבירו שלא מדעתו אינו צריך להעלות לו שכר, ואילו אם דר בחצר חבירו מדעתו – צריך להעלות לו שכר; וראה: שו"ת תרומת הדין, סימן שיז: "ואע"ג דבכחלהו היא שמעתא לא נקיט אלא הדר בחצר חבירו שלא מדעתו. משמע, הא מדעתו – פטור. והכי פרש"י אהקדש שלא מדעת כהדיוט מדעת דמי, התוס' התם כתבו בפשיטות אף בלא ראייה דלא כרש"י. וי"ל דרש"י נמי לא מחלק בין מדעת לשלא מדעת, אלא גבי זה נהנה וזה לא חסר, דעלה קאמר התם כיון דלא חסר והוי נמי מדעת – ודאי פטור הנהנה, אבל היכא דזה נהנה וזה חסר אפילו מדעת נמי אינו מוחל על חסרונו". דבריו צריכים עיון, שהרי לכאורה רש"י אומר את ההיפך; וראה רש"י לבבא מציעא צט ע"ב, ד"ה הדר ביה, וד"ה כהדיוט מדעת דמי. מדברי רש"י שם אפשר למצוא סינע ל"תרומת הרשן".

33 ראה דעתו של ר' ישעיהו בשיטה מקובצת ל"ב"ק, שם.

34 ראה דעת הרשב"א בשיטה מקובצת, שם, ובחידושי הרשב"א ל"ב"ק שם, בשם ר"ח.

35 טור חו"מ, סימן שסג, סעיף ו.

36 שו"ע חו"מ, סימן שסג, סעיף ו.

37 לעניין שיעור דמי השכירות סבור בעל ערך ש"י לשו"ע שם, שאם אמר לו: "אם לא תצא תשלם לי כך וכך", וזה שתק בו ואמר שלא ישלם, ש"אין צריך לשלם רק עפ"י שומא כמה שוה, כיון שלא נחרצה, הוי רק דר בגזילה, וכן בלקח חפץ מחבירו ואמר לו או החזיר החפץ או תשלם כו"כ [=כך וכך], וזה שתק בו, א"צ לשלם רק שו"י אם אינה בעין להחזירה".

38 סמ"ע לשו"ע, שם, ס"ק יד; וראה: ביאור הגר"א לשו"ע, שם, ס"ק יג.

39 במנחת פחים על חו"מ, סימן שסג, סעיף ו, מצביע על דברי הרמ"א לחו"מ, שם, בשם המרדכי, שאפילו הוציא את בעה"ב בעל כורחו – פטור, הסותרים לכאורה את דברי המחבר. והוא ממשיך: "עב"פ היכא שלא היה אפשר בשום אופן להשכירו לכו"ע אף באמר לו 'צא' – פטור, ובהכי אולי מיירי רמ"א, ולא פליג על המחבר". וראה גם הסכרו של בעל ערוך השולחן, חו"מ סימן שסג, סעיף טז.

40 אמנם כנחלת דוד ל"ב"ק כא ע"א, ד"ה כהדיוט, משיג על פסק זה, ומסתמך על פירושו של הרשב"א (ראה הערה 34), שרק אם התנה הבעלים עם הדייר שישלם, חייב לשלם, ואילו אם מתה בו גרידא, אין בכך כדי לחייב את הדייר לשלם; וכן היא דעתו של ר' חיים מולוויץ. ראה: חושן אהרן, סימן שסג, סעיף ו.

נהנה שגילה את רעתו שהוא מוכן לשלם שכר

1. סייג נוסף להלכה הפוטרת את הנהנה – בזה נהנה וזה לא חסר – יש אם גילה הנהנה דעתו שהוא מוכן לשלם בעד ההנאה שהוא מקבל מהנהנה.

התוספות⁴¹ מחדשים דין זה על יסוד רברי ר' יוסי בעניין אדם שהקיף את שדה חברו משלוש רוחותיה. ר' יוסי אומר בעניין זה: "אם עמד הניקף וגדר את הרביעית – מגלגלין עליו את הכל". הגמרא ביקשה להוכיח מכאן ש"זה נהנה וזה לא חסר" – פטור, שהרי בעניין מקיף וניקף אין מחייבים אלא אם עמד הניקף והקיף, אבל אם עמד המקיף והקיף – פטור⁴².

ושואלים התוספות, אם זה נהנה וזה לא חסר – פטור, מדוע אם עמד הניקף והקיף את הרביעית מחייבים אותו, הרי המהנה לא חסר? ומשייבים התוספות, שאם עמד הניקף והקיף, גילה הניקף את דעתו שנות לו בהוצאת כספים לגידוד, ואינו רומה לרר בחצר חברו שלא גילה את דעתו, שהוא מוכן לשלם תמורת המגורים בחצר, אלא כוונתו היא לגדור חינם⁴³.

על דעה זו חולק הרש"ל, ר' שלמה לוריא⁴⁴, הן לגבי הראיה, והן לגבי הסברא⁴⁵: "ותימה, איך נוכל להוציא דין חרוש מס"ר [= מסלקא דעתיה] דמקשינן... גם לא הבנתי סברתו כל עיקר, מאחר דעיקר טעמא לפי האמת דפטור הרר בחצר חברו משום דלא חסריה מידי, וכמו שפ"י, מאי חילוק בגילה דעתו". הרש"ל נותן טעם אחר לחיובו של הניקף שעמד והקיף גדר רביעית, לדעתו, דווקא כאן מועיל גילוי דעתו של הניקף, מפני שכאן הוצרך המקיף להקיף היקף רחב יותר בעטיו של הניקף⁴⁶.

ר' יואב יהושע וינגרטן, אב"ד קינצק⁴⁷, משיג⁴⁸ על ראיית התוספות, וסבור שהחיוב הוא מפני שניתוסף לו רווח ממון, שהרי קרקע גדורה שווה יותר, ו"משתרשי ליה", ואילו ההלכה ש"זה נהנה וזה לא חסר – פטור", אינה אמורה אלא בסתם הנאה כלבר, ולא כשניתוסף לו ממון⁴⁹.

⁴¹ תוספות לב"ק כ ע"כ, ד"ה טעמא.

⁴² ראה שלב 11 בנספח.

⁴³ על יסוד זה מסבירים אף את ההלכה שכמשנה ב"ב א ד (בבלי ה"א), בדבר כותל תצר המבדיל בין שני שותפים שנפל, ובנה האחר את הכותל יותר מארבע אמות, שאין מתייבים את השני לתת את חלקו רק עד ארבע אמות בלבד, שאם סמך לו השני כותל אחר כנגד כותל זה, כדי לסכך ולתת עליו תקרה, מגלגלים עליו את הכל. ראה תוספות לב"ב שם, ד"ה אע"פ, בתירוץ הראשון; וראה גם יש"ש, ב"ק, פרק ב, סימן טז, אף על פי שאינו מסכים להסבר זה, ראה להלן.

⁴⁴ מגדולי חכמי פולק במאה הטי"ז; ר"ע (1510) בערך – שלי"ד (1573).

⁴⁵ ים של שלמה לב"ק, פרק ב, סימן טז.

⁴⁶ וראה: אנציקלופדיה תלמודית, ערך "זה נהנה". הערה 67: וראה; קצות החושן, סימן קנח, ס"ק ו.

⁴⁷ תר"ה (1845) – תרפ"ב (1921). תלמידו המובהק של ר' אברהם כורנשטיין מסוכטשוב, בעל "אבני נזר".

⁴⁸ חלקת יואב, חו"מ, סימן ט.

⁴⁹ וראה דעתו של ר' חנוך אייגש, ולפיה לא נאמרה ההלכה שזה נהנה וזה לא חסר – פטור, אלא "בדבר שהנהנה איתו בעין... וכבר נאכלה... אבל בדבר שהוא בעין וכא ע"י שניהם, שהדין נותן שיתלקו בין

נהנה שגילה את דעתו שהוא מוכן לשלם שכר

2. כדורות האחרונים ניתנו הסכרים אחרים לרעה המחייבת את הנהנה כתשלום, אם גילה את דעתו שהוא מוכן לשלם שכר.

ד' מלכיאל צבי טננבוים⁵⁰ נשאל⁵¹ בעניין אדם שקיבל רשיון לייצר מים מתוקים ומריחים והדפיס תוויות להדבקה על המוצר. עמד אחר והתחיל לייצר אף הוא את המוצר ואף הדפיס תוויות רוגמת התוויות שהדפיס מקבל הרשיון. תבע מקבל הרשיון את מתחרהו בטענה שהוא אינו מסכים שייחנה הנחבע מן הזכות שניתנה לו לתובע – זכות שהייתה כרוכה בהוצאות מרובות, ועוד טען שהנחבע ממעיט את פרנסתו. בתחילת דבריו חייב המשיב את הנחבע לשלם לתובע מן הטעם שגילה רעתו שנזח לו בהוצאה, שהרי הוציא כספים להדפסת תוויות. הוא כוחן את סיבת החיוב, ומסיק שיסוד החיוב – בגילה דעתו – הוא שכל אימת "שיש איזה הוצאה ופעולה שמשותף בה טובת שני אנשים, הרי הם שותפים בדבר וכופין זה את זה ליתן חלק בהוצאה ההיא. וכמו שכופין זה את זה לבנות גדר וכדומה מהדברים המבוארים בפרק קמא רבבא בתרא". אלא שבהמשך דבריו הוסיף, שאין לחייב את הנחבע אלא בדבר שירוע שיש הכרח להוציא הוצאה זו וכשהמנהג כן. אבל כשאר דברים יוכל אחד מהם לומר שאין נזח לו להוציא הוצאה כלשהי בשביל טובה זו: "אכן אם גילה דעתו דניחא לו בהוצאה על זה, אם כן איגלי מילתא דמיקרי שותף לפעולה זאת, והיה יכול לכופו מתחילה להשתתף בהוצאה זו", ולכן מגלגלין עליו את כל ההוצאות⁵².

ומעילת החיוב בטובה משותפת, הוא בא לעילת החיוב במי שדר בחצר חברו. במקרה זה, הדר בחצר חברו אף שאינה עשויה להשכרה, אם גילה את דעתו שהוא מוכן לשלם דמי שכירות – חייב משום "רכיך שבשעת הנאתו מחצר חברו חשב ליתן שכר, אם כן השכר לבעליו וכדין כל זוכה בשל חכירו על מנת לשלם לו, והוי חיוב גמור". היינו, במקרה זה החיוב לשלם הוא על פי התחייבותו.

לפי זה הסיק בנידון שלפניו, שיש לחייב את הנחבע להשתתף בהוצאות, ששילם הראשון עבור הרשיון.

ר' שמעון שקאפ⁵³ מסביר את החיוב בניקף שגילה את דעתו שהוא מוכן להוציא הוצאות, שכיוון שיש מי שרוצה להשתתף בהוצאה, הרי נחסר המקיף שהוציא את כל ההוצאה למותר⁵⁴: "וכ"כ [= וכמו כן] נאמר בחצר דלא קיימא לאגרא שהוא רק משום חסרון שוכרים, וכאן דזה רוצה לשכור הרי קיימא לאגרא". ולהלן כדבריו⁵⁵, הוא מציע הסבר נוסף, שעל ירי שגילה את דעתו שנזח לו בהוצאה, וכך בדירה אם היה מגלה את דעתו,

שניהם – לא שייך לדון בזה דין זה נהנה וזה לא חסר, כיון שהדבר בעין" (מרחשת, חלק ב, סימן לה, ענף ב, אות ב); וראה גם: שערי יושר (ר' שמעון שקאפ), שער ג, פרק כה; אור שמח, הלכות נזקי ממון, פרק ג, הלכה ב.

⁵⁰ אב"ד לאמזא. נפטר בשנת תר"ע (1910).

⁵¹ שו"ת דברי מלכיאל, חלק ג, סימן קנז.

⁵² והשווה גם: נחלת דוד לב"ק, כ ע"ב, ומרומי שדה, לנצי"ב מוולוז'ין, ב"ק כ ע"ב.

⁵³ ראש ישיבת גורדנא. למד בישיבת וולוז'ין אצל הנצי"ב ור' חיים סולוביצ'יק. תר"ך (1860) – ת"ש (1940).

⁵⁴ חידושי ר"ש שקאפ, ב"ק, סימן יט, אות ה.

⁵⁵ חידושי ר"ש שקאפ, שם, אות ו. וראה לעיל, ליד ציון הערה 48.

“זה נהנה וזה לא חסר”

כשעה שדר, שהוא מוכן לשלם דמי שכירות, הרי משתרש ליה, וחייב ואף על פי שלא חיסר את חברו.

שני ההסברים של ר"ש שקאפ מבקשים להראות שאין מדובר כאן ב"זה נהנה וזה לא חסר". ההבדל ביניהם הוא שהראשון מטעים שכאן המהנה "חסר", ואילו השני מבוסס על ההבחנה בין "נהנה" גרידא, לבין "התעשר" בממון. בעניין מקיף וניקף כיוון שהיה בדעתו לשלם, התרכה ממנו בסכום שלא הוציא⁵⁶.

3. בשולחן ערוך נפסק להלכה כדעת בעלי התוספות⁵⁷: "ויש אומרים דהא דאמרינן דכשהחצר אינו עומד לשכר אינו צריך להעלות לו שכר, דווקא שלא גילה הדר בדעתו שהיה רצונו ליתן לו שכר אם לא יניחנו לדור בו בחנם. אבל אם גילה בדעתו כן⁵⁸ – צריך ליתן לו שכר"⁵⁹.

אמנם אין גילוי דעת מועיל אלא אם כן היה כלפי הבעלים. מה שאין כן אם שכר אדם דירה והתכוון לשלם שכר למי שהשכירה לו, והיה סבור שהרירה של המשכיר, ונמצא שאינה שלו ושאינה עומדת להשכרה – אין הדייר צריך לשלם שכר לבעל הדירה. הלכה זו נלמדה מן המובא בגמרא בשוכר בית מראובן ונמצא הבית של שמעון שמעלה שכר לשמעון⁶⁰, שהעמידה הגמרא דווקא באופן שהבית עומד להשכרה⁶¹. משמע שאם אין הבית עומד להשכרה – אינו חייב, אף שגילה הדייר את דעתו למשכיר – (שאינו הבעלים) – שהוא מוכן לשלם⁶². וכך נפסק בשולחן ערוך⁶³: "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 רעת ליתן לו שכר, ואפילו נתנה לזה ששכרו ממנו – צריך להחזירו, ואם נתן לו השכר, כיון שהוא ברור שבטעות יחב ליה, חייב להחזירו". והסביר הרשב"א בדבר מי ששכר בית ממי שאינו הבעלים⁶⁴: "ומכאן

⁵⁶ וראה גס: חידושי ר"ש שקאפ, שם, סימן כ, אות א, ד"ה בנידון, ואות ב.

⁵⁷ שו"ע ח"מ, סימן שסג, סעיף ח, וערוך השולחן, שם, סימן יט, מצמצם הלכה זו, שדווקא באדם העשוי לשכור מועיל גילוי דעת, שמן הסתם הייתה כוונתו לשלם כמו שעושה תמיד, אבל באדם שאינו עשוי לשכור אין מועיל גילוי דעת, אלא צריך להתנות בפיחש שישלם לו.

⁵⁸ אשר לעניין זמן גילוי הדעת מצד הנהנה, יש שכתבו, שאפילו אם גילה את דעתו אחר שדר בדירה כמה זמן, צריך להעלות לו שכר אף על הזמן שדר בה קודם גילוי הדעת (מחנה אפרים, הלכות גזלה, סימן ט), ויש סבורים, שאפילו אם גילה את דעתו לאחר שכבר יצא – חייב (פרישה לטור, ח"מ, סימן שסג, סעיף ו).

⁵⁹ ועיין בשו"ת נדע ביהודה, מהדורא תניינא, ח"מ סימן כד, המבחין בין אם גילה דעתו להוצאה כל שהיא, שבגלל כן מגלגלים עליו את הכל (כמו בניקף שהקיף רוח רביעית), לבין אם גילה את דעתו שהוא מוכן לשלם הכל (כמו בדר בחצר חברו שלא מדעתו וגילה את דעתו שמוכן לשלם שכר אם לא יניחנו לדור בחינם). במקרה הראשון, אין מחייבים את הנהנה אלא אם כן גרם למהנה הוצאה יחרה, מה שאין כן במקרה השני – אף אם לא גרם הנהנה למהנה הוצאה יחירה, יתחייב לשלם, שהרי אינו משלם יותר מאשר גילה דעתו.

⁶⁰ ראה שלב 24 בנספח.

⁶¹ ראה שלב 25 בנספח.

⁶² ראה: שיטה מקובצת, ב"ק כא ע"א, בשם גליון.

⁶³ שו"ע ח"מ, סימן שסג, סעיף ט.

⁶⁴ חידושי הרשב"א, ב"ק כא ע"א.

נהנה שגילה את דעתו שהוא מוכן לשלם שכר

שמענו שאע"פ שזה ידר לחוכה על דעת שכירות, כיון שלא שכרה מן הבעלים הרי חזר דינו לדין הדר בחצר חבירו שלא מדעתו, וזה נהנה וזה לא חסר הוא ופטור". דברים אלה טעונים כידור, וכבר כתב עליו ב"חלקת יואב"⁶⁵: "והסברא דחוקה מאד"⁶⁶.

פרק שביעי

מניעת רווח צפוי

האם כדי להוציא מקרה מסוים מכלל "זה נהנה וזה לא חסר" ולהכניסו לכלל "זה נהנה וזה חסר", יש צורך שיהיה החסרון בהפסד כסף בעין, או שמא רי בכך שעל ידי הנאתו של הנהנה נמנעת מן המהנה קבלת רווח צפוי מרכושו, ובזה ימצא "חסר"? לחכמי הגמרא היה הדבר פשוט שגם מניעת רווח צפוי היא "חסרון" לעניין זה. לכן, כשהציג רב חסדא את הכעיה בדבר הדר בחצר חברו שלא מדעתו, אם צריך להעלות לו שכר או אין צריך⁶⁷, שאלה הגמרא: כיצד? אם בחצר שעומדת להשכרה ואדם העשוי לשכור – זה נהנה וזה חסר⁶⁸.

ברם, קנה המידה לרווח צפוי לא נקבע לפי מבחן אובייקטיבי, ולכן אם אדם מסוים אינו נוהג להפיק רווח מרכושו, כגון שאינו נוהג להשכיר את רכושו, אז אינו חסר, אף שבני אדם נוהגים להשכיר רכוש מסוג זה. יתר על כן, גם אם נהג המהנה להשכיר את הנכס, ועתה אינו נוהג להשכירו, הולכים אחד שעת הנאתו של המהנה, ואינו חסר⁶⁹. הלכה המצמצמת אף היא את "חסרונו" של המהנה, ואומרת שמניעת רווח צפוי אפשרית רק כשיכלו הבעלים להפיק בפועל את הרווח הזה. אבל אם לא היו הבעלים או שלוחם אצל הרכוש, ולכן לא יכלו למעשה להשכיר את הרכוש ולהפיק ממנו רווחים, אז אין רואים בדבר רווח צפוי, אף שאילו היו הבעלים כאן היו משכירים את הרכוש ומפיקים ממנו רווח. הוא הדין גם אם הבעלים נמצאים אצל הרכוש ורוצים להשכירו אלא שאין מי שמשתדל לשכור – אין הנכס נקרא עשוי להשכרה⁷⁰.

⁶⁵ חלקת יואב, תר"מ, סימן ט.

⁶⁶ להסבר להלכה זו, ראה: אור שמח, הלכות גולה, פרק ג, הלכה ט, שהשוכר פטור מלשלם, משום שהיו הבעלים יכולים לסלקו בכל עת, כיוון שלא שכר מהם, והשוכר גילה את דעתו שהוא מוכן לשלם עבור זכות השכירות, וזכות לא הייתה לו. והשווה: ברכת שמואל, ב"ק, סימן יד, אות ב; חידושי ר"ש שקאפ, ב"ק, סימן יט, אות ה, ב"ב, סימן ד, אות ג; שערי יושר, שער ג, פרק כה; מרומי שדה, לנצי"ב מוולוז'ין, ב"ק כ ע"א.

⁶⁷ שלב 1 בנספח.

⁶⁸ שלב 3 בנספח.

⁶⁹ ראה: נימוקי יוסף, ב"ק פרק ב, בשם רמ"ה (ט ע"א בדפוס וילנא); והובא להלכה על ידי הרמ"א, בשו"ע חר"מ, סימן שסג, סעיף ו.

⁷⁰ וזה לשון הגהות אשרי, ב"ק, פרק ב, סימן ו: "ופסק ראבי"ה דאם איך משתדל לשוכרו או להשכירו,

“זה נהנה וזה לא חסר”

אמנם נקבעה הלכה חשובה בדרך של חזקה (פרוזומפציה), באופן המרחיב ביותר את מסגרת הנכסים העשויים להשכרה. הראב”ן⁷¹, ר’ אליעזר בר’ נתן, קבע ש”סתם בתים בזמן הזה חשובים כעומדים להשכרה, אף על פי שעדיין לא השכירום מעולם, שהרי הכל נוהגים שמי שיש לו בית שאינו צריך לו לדירה משכירו לאחרים”⁷². וכיוון שהלכה זו מבוססת על מציאות מסוימת, יש מקום לברר אם לא נוצרו נסיבות חדשות המחייבות את שינויה.

פרק שמיני

חסרון שקדם להנאת הנהנה

1. הנאה שנתאפשרה בגלל חסרון שקדם לה, אבל בשעת ההנאה לא נחסר המהנה דבר עקב הנאת הנהנה, האם יחשב המהנה כחסר?
במסכת כתובות ל ע”ב נאמר בעניין מי שתחב לו חברו אוכל בבית הבליעה, שהאוכל חייב לשלם. התוספות שואלים בב”ק⁷³, מרוע חייב הנהנה לשלם והרי זה נהנה וזה לא חסר “שאם היה מחזיר היתה נמאסת ואין שוה כלום”?
התוספות משיבים, שכיוון שהוא נהנה מחמת החסרון שהיה בתחילה, נחשב הדבר לזה נהנה וזה חסר: “וי”ל דלא דמי, הואיל ונהנה מחמת החסרון שהיה מתחילה, מידי דהוי אהא דתנן מתוך הרחבה משלם מה שנהנית, דאלעיסה לא מחייב דהוי שן ברשות הרבים, אלא אהנאת מעיו מחייב, אע”פ שאם מחזירו אין שוה כלום”.
אמנם התוספות בכתובות⁷⁴ מסבירים את החיוב באופן אחר: מאחר שהאוכל עדיין שווה משהו, יתחייב בכול בגלל החסרון המועט⁷⁵. הריצב”א מבסס את החיוב על כך ששתי הפעולות נחשבות כאילו הן כבת אחת, אף שאינן כבת אחת ממש.
2. מה משמעות דברי התוספות בכבא קמא? האם כל חסרון שיקדם להנאה גורם לחיובו

אע”ג דאילו הוּו בעלים הכא הוּו מוגרי ליה, כיון דליתנהו הכא לא הוא ולא שלוחו – הדר בו פטור, דהוי כמו דלא קיימא לאגרא. ויש משיבין עליו.”

להלכה פסק הרמ”א בשו”ע, שם, סעיף י, כדעת ראב”ה ולא כדעת המשיכים עליו. וראה: בית אהרן (וזאלקין), ב”ק כא ע”א, שהשיג על פסק הרמ”א; וראה מאמרו של הרב י’ פלקסר: “יישוב פסקי הרמ”א”, נעם יג (תשל”ג) עמ’ נה-סכ, הדוחה את השגתו של “בית אהרן”.

וראה: שו”ת תרומת הדשן, סימן שיו: “וכן ההיא דחצר דלא קיימא לאגרא, אינו ר”ל [= רוצה לומר] דאין הבעלים רגילים להשכיר חצירות מחמת עושרם, אלא איירי בכהאי גוונא שאין שוכרים מצויין כלל אבל מצד הבעלים היה נשכר”. וכן ראה שם כהמשך דבריו, ויש לעיין במשמעותם.

⁷¹ מבעלי התוספות הראשונים שבאשכנז, תח”ן (1090) – תתק”ל (1170) בערך.

⁷² ראה ראב”ן לב”ק כא ע”א. הובא להלכה על ידי הרמ”א בשו”ע, סימן שסג, סעיף ו.

⁷³ תוספות, כ”ק כ ע”ב, ד”ה הא איתנהית.

⁷⁴ תוספות, בתוכות ל ע”ב, ד”ה לא צריכא.

⁷⁵ ראה על כך, להלן בפרק ט.

של הנהנה לשלם בעד הנאתו? אם פירוש דברי התוספות כן הוא, תהיה סתירה לדעתם מפסק ההלכה המובא ב"מדרכי" לב"ק⁷⁶, שהביא הרמ"א להלכה בהגהותיו לשו"ע⁷⁷, וזה לשונו: "ומעשה ביהודי אחד שברח מעירו ולקח השר את ביתו והשאלו ליהודי אחר ואותו שברח שאל לו השכירות, ופסק ה"ר שמואל שלא יתן לו דהא ביתא לא קיימא לאגרא, שאם יצא היהודי מן הבית השר ישאלנו לעובד כוכבים ונמצא זה נהנה וזה אינו חסר".

לפי שיטת התוספות בבבא קמא, ראוי היה לכאורה לחייב את מי שגר בבית שגזל השר, שהרי קדמה להנאתו חסרונו של היהודי, שנגזל ביתו ממנו. ואמנם דעתו של ד' אפרים נכון⁷⁸ היא, שיש סתירה בין דברי ה"מררכי" לשיטת התוספות, לפי שמדברי התוספות משמע: "אע"פ שזה נהנה לא חיסרו כשנהנה, שכבר היה אבוד, אפילו הכי הואיל ומחמת שנחסד ע"י חברו תחילה נהנה – חייב לשלם"⁷⁹.

ברם ר' שלמה דרימר, אב"ד סקאלא⁸⁰, מפרש את דברי התוספות במשמעות קיצונית פחות. לדעתו, אף חיובם של התוספות אינו אלא משום שהם סוברים – במי שתחברו לו אוכל בבית הבליעה – שיש לראות את ההנאה ואת החסרון כאילו הם באים כאחד, מעין הסברו של הריצב"א⁸¹. אבל כשאין לראות את החסרון וההנאה כאילו הם באים כאחד, אף התוספות יודו שאין לחייב את הנהנה: "ואף דמדברי התוספות עצמם בכתובות דף ל ע"ב נראה דלא ס"ל כמ"ש בב"ק, דהא תירצו קושייתם בא"א [= באופן אחר] מ"מ [= מכל מקום] נראה דטעמם משום דס"ל שם דכיון דזה כבר נחסר קודם הנאתו הוי זה נהנה וזה לא חסר, וכן עלה ע"ר בב"ק בקושייתם, ובב"ק ס"ל דזה הוי ככת אחת כעין סברת הריצב"א שבתוספות כתובות הנ"ל, אבל אם בא חסרון של זה בשעת הנאתו של זה גם התוספות בכתובות מודים דהוי כזה נהנה וזה חסר אף שלא נחסר מחמת הנאתו של זה דבלא זה נמי היה נחסר".

בהמשך דבריו הוא מוכיח שיש לפרש כן את דברי התוספות, שאם לא כן תימצא סתירה בין דבריהם לדברי ה"מדרכי", והוסיף שאין לומר כדברי "מחנה אפרים" שיש סתירה מעין זו, ואלה דבריו: "דהא במדרכי עצמו רפ"ב דב"ק כתב כד' התוספות דב"ק, ואח"כ כ' כד' רמ"א סי' שס"ג הנ"ל. אלא ודאי דשאני ברין המדרכי שכבר נחסר כבר. ובזה גם התוספות מודים רק שסוברים בב"ק דזה הוי ככת אחת ותוספות כתובות פליגי".

3. לאור שיטת התוספות בוחן ר' שלמה דרימר את פסקו של מהר"ם⁸², המובא להלכה בשולחן ערוך⁸³, וזה לשון השולחן ערוך: "ראובן שהיה לו משכון ביד עכו"ם המלוה ברבית, ושמעון הוצרך למעות ובקש מראובן שירשהו ללוות ממנו על אותו משכון, ועשה כן, ונשרף המשכון ביד העכו"ם – פטור שמעון מלשלם לראובן דמי המשכון".

⁷⁶ מדרכי, ב"ק, פרק ב, רמז יז.

⁷⁷ שו"ע חו"מ, סימן שסג, סעיף ג בהגהה.

⁷⁸ קושטא, תל"ז (1677).

⁷⁹ מחנה אפרים, הלכות גולה, סימן יג.

⁸⁰ תק"ס (1800) בערך – תרל"ג (1873).

⁸¹ שו"ת ביח שלמה, חו"מ, סימן קכב.

⁸² המובא במדרכי, ב"מ, ראש פרק ח, סימן שעא.

⁸³ שו"ע חו"מ, סימן עב, סעיף מד.

”זה נהנה וזה לא חסר”

מאחר שהנאתו של שמעון (שנפטר מחובו) באה מחמת חסרונו של ראובן (שנשרף משכנו), יש לכאורה, לשיטת התוספות, לחייב את שמעון לשלם לראובן בעד הנאתו שנהנה. אם כן מדוע פטר מהר”ם את שמעון? על כך משיב ר’ שלמה: ”נראה טעמא דמהר”ם דכיון דחסרונו של זה לא בא מחמת הנאתו של זה, אף דבעלמא חייב ככה”ג [= בכהאי גוונא], מ”מ בנידון מהר”ם פטור כיון שהנאתו של זה בא בעת שאינו בעולם אלא כבר נשרף כמ”ש [= כמו שכתבו] התוספות בכתובות שם ברד”ה [= בראש דיבור המתחיל] ואי דלא מצי, עש”ה [= עיין שם היטב]”. מכאן פסק בנידון שבא לפניו, באדם שביטח את חלקו בבית משותף, ונרשם הביטוח בטעות על כל הבית, היינו גם על חלקו של השותף. לאחר זמן נשרף הבית, והשותף דורש את חלקו בדמי הביטוח שנתקבלו מן המבטח⁸⁴. בעל ”בית שלמה” מדמה את נידונו להלכת מהר”ם, שנפסקה בשולחן ערוך, הקובעת ששותף שקיבל את דמי הביטוח אינו חייב להשתתף עם שותפו בדמי הביטוח שקיבל⁸⁵.

פרק תשיעי

הנאה הכרוכה בחסרון מועט של המהנה

1. מה דינה של הנאה העולה בערכה על שיעור חסרונו של המהנה? האם יש בכך כדי להחשיב את ההנאה כולה ל”זה נהנה וזה חסר”, ולחייב את הנהנה על כל הנאתו, או שמא יתחייב הלה רק בשיעור החסרון? הגמרא, בסוגייתנו⁸⁶, דנה במשנה⁸⁷ שעניינה בית משותף, היינו, שהבית שייך לאחד והעלייה לאחר. נהרסו הבית והעלייה. ביקש בעל העלייה מבעל הבית לבנות את ביתו, כדי שיוכל לבנות עליו את העלייה, ובעל הבית אינו רוצה לבנות. רשאי בעל העלייה לבנות את הבית עד לתקרה התחתונה, ולדור בבית עד שיתן לו בעל הבית את הוצאות הבנייה. ר’ יהודה אינו מסכים לפסק זה, ואומר: ”אף זה דר כחצר חבירו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר”. כלומר, מדברי ר’ יהודה⁸⁸ אנו שומעים שבאופן זה חייב בעל העלייה לשלם דמי שכירות לבעל הבית, אף שבעל הבית אינו חסר, שהרי בלאו הכי לא רצה לבנות את הבית.

⁸⁴ ראה בשער שני, ליד ציון הערה 89.

⁸⁵ להיזקקות להלכה זו כראיה בדבר מי ששילם פרמיות ביטוח על נכס של אחר, ראה: שו”ת ארץ צבי (תאומים), חו”מ, סימן טו; שו”ת אבני צדק (טייטלבוים), חו”מ, סימן ז; וראה גם להלן, שער שני, הערות 96, 106.

⁸⁶ שלב 13 ואילך, כנספח.

⁸⁷ משנה ב”מ י, ג; בבלי קיז ע”א.

⁸⁸ ואף חכמים, שחלקו על ר’ יהודה, מורים שמשום חסרון שחוררית הכתלים (ראה להלן) היה חייב לשלם, אלא שהם פוטרם את בעל העלייה מטעם אחר – משום שהבית משועבר לעלייה (ראה שלב 14 כנספח).

הנאה הכרוכה בחסרון מועט של המהנה

מכאן מבקשת הגמרא להוכיח ש"זה נהנה וזה לא חסר – חייב"⁸⁹. ומשיבה הגמרא: "שאני התם משום שחורויתא דאשייתא"⁹⁰, ופירש רש"י: "שמשחיר לו הכתלים, הלכך 'חסר' הוא, אבל בית ישן – לא". כלומר, בשביל החסרון שבהשחרת הכתלים, על כעל העלייה לשלם לבעל הבית.

שאלה היא, כמה ישלם הנהנה למהנה, כשחיסרו מעט? דעת רוב הראשונים היא שמשלם לו כל מה שנהנה⁹¹, ולא רק את רמי החסרון⁹². וכך נפסק להלכה בשולחן ערוך⁹³: "יש אומרים דכשאין החצר עומד לשכר, ראמינן דאינו צריך להעלות לו שכר, אם חסרו אפילו דבר מועט, כגון שהיה הבית חדש וזה חסרו כמה שהשחירו, אף על פי שאין הפסד אותו שחורויתא אלא מועט, על ידו מגלגלין עליו כל השכר כפי מה שנהנה"⁹⁴.

על הלכה זו, שגם חסרון מועט יש בו לחייב את הנהנה, ביסס ר' יחזקאל לנדא⁹⁵ את פסקו, בתביעה שהגיש מתבר נגד מדפיס, כמוכא להלן, בפרק עשירי.

2. ר' יעקב פאלק, בעל "פני יהושע"⁹⁶, הסביר הלכה זו לשיטתו⁹⁷. הטעם לפטור בזה נהנה וזה לא חסר – הוא משום שלעניין התשלום "כופין על מידת סרום"⁹⁸. אבל כאן,

⁸⁹ ראה שלב 15 בנספח.

⁹⁰ ראה שלב 16 בנספח.

⁹¹ ראה חוספות לבי"ק כא ע"א, ד"ה ויהבי. וכך מסבירים החוספות גם בעניין מי שבנה על קרקע של יחומים, והיו יחומים מקבלים קדם לכן "דבר מועט" בעד השימוש בקרקע (ראה שלבים 32-33 בנספח), שמשלם ליחומים הכל, בשביל אותו דבר מועט שהפסיד להם; וכן ראה: חידושי הרשב"א לבי"ק, שם; נימוקי יוסף, ב"ק, פרק ב, בשם הריטב"א (ט ע"א בדפוס וילנא); פסקי הרא"ש, ב"ק, פרק ב, סוף סימן ו; וראה: שו"ת ישועות יעקב (אורנשטיין), חו"מ, סימן ד.

⁹² נדעת הרמ"ה, המוכחא בנימוקי יוסף, שם; וראה דברי "נדע ביהודה", המצוינים בהערה 95, שאף הרמב"ם סובר כן.

וראה: שו"ת עמודי א"ש, לרבי אברהם שמואל, אב"ד ראטיין, דף סו, טור ג, שייחן שאף הרמ"ה איתו אומר שמשלם רק את החסרון, אלא כשאין הבעלים מקפידים אם הנהנה משלם לו את מה שחיסרו, מה שאין כן במקום שהבעלים מקפידים, כמו בנידון שלפניו, שגנב אדם ספר כללי צביעה והעתיקם (ראה להלן: פרק עשירי, שאז יודה הרמ"ה שחייב לשלם בעד כל ההנאה: "ואחרי שהוא הקפד גדול וידוע, אכן סהדי דוודאי היה מוחתה, וכמו דהיה מוחתה לפנינו דמי, ומורו כ"ע [=כולי עלמא] דמתחייב לשלם בעד ההנאה, וכפשטיות לשון הגמרא דאומר 'מה עשה לו', דמשמע דאם עושה לו רעה מחייב לשלם בעד ההנאה"; וראה להלן, ליד ציון הערה 101.

⁹³ שו"ע חו"מ, סימן שסג, סעיף ז.

⁹⁴ וראה: גידולי שמואל, ב"ק, פרק ב (דף יט, טור ג), הדן בשאלה אם משלם ערך הנאתו, או מה שהיו הבעלים מקבלים אם היה עומד להשכרה.

ויש לציין שיש סייגים להלכה המחייבת תשלום כשההנאה כרוכה בחסרון מועט של המהנה. ראה למשל: שער המלך, הלכות גולה, פרק ג, הלכה ט; מרחשת, חלק ב. סימן לה, פרק ב, ס"ק ז, וס"ק ח; שם, פרק ד, ס"ק ט.

⁹⁵ שו"ת נדע ביהודה, מהדורא תניינא, חו"מ, סימן כד, ראה להלן, ליד ציון הערה 109; וכן ראה שו"ת דברי מלכאל, חלק ג, סימן קנז, להלן, ליד ציון הערה 112.

⁹⁶ קראקא תמ"א (1680) – תקט"ז (1755); מחשובי הרבנים בגרמניה.

⁹⁷ פני יהושע, ב"ק כ ע"ב; תוספות ב"ק כ ע"א, ד"ה זה אין נהנה.

⁹⁸ ראה לעיל, ליד ציון הערה 23.

“זה נהנה וזה לא חסר”

כיוון שמחסרו דבר מועט, אין מידת סדום מצד המהנה, ולכן הנהנה חייב לשלם בעד כל ההנאה.⁹⁹

הסבר אחר לחיובו של נהנה שגרם חסרון מועט, נותן ר' אברהם שמואל, אב"ד ראסיין¹⁰⁰. לדעתו¹⁰¹, הקפדתם של הבעלים על שימוש הנהנה בנכס היא הקובעת. כיוון שיש חסרון לבעלים כתוצאה מן השימוש, אף אם החסרון מועט, ברי שהיו הבעלים מוחים על השימוש אילו ידעו עליו, והרי זה כאילו מחו. כשם שהדין הוא שאם הבעלים מוחים חייב הנהנה לשלם לבעלים¹⁰², כך גם כשיש הנחה שהבעלים מקפידים, מתחייב הנהנה לשלם¹⁰³.

על פי הסברו, בדבר משמעות הקפדתם של הבעלים, הוא מעלה את האפשרות להרחיב את היקף חיובו של הנהנה, כפי שיבואר בפרק הבא.

פרק עשירי

הנאה הכרוכה בחסרונו של המהנה בנכס אחר

האם אין הנהנה מתחייב אלא כשיש חסרון בנכס שהשתמש בו, או שמא יתחייב אף כשאין חסרון בנכס זה, אלא שנגרם למהנה חסרון מצד אחר?

⁹⁹ לעניין התוקף מיטלטלין של חברו – שלא על מנת לגזלם – ועשה בהם מלאכה, וחסרם וקלקלם קצת, אם משלם רק את הפחת או שמשלם את הכל, ראה: אנציקלופדיה תלמודית, ערך “זה נהנה”, בהערות: 133, 135, 136.

אמנם אם גזל מיטלטלין והשתמש בהם והחזירם לבעלים כמות שהיו, אינו חייב לשלם לבעלים את דמי השימוש בהם, אף אם היו עשויים להשכרה, ואף שביטל הגזלן את הבעלים ממלאכתם במיטלטלין אלו: “הגזול בהמה ונשא עליה משא או רכב עליה או חרש או דש בה וביתא כזה, והחזירה לבעליה, אף על פי שעבר בלא תעשה אינו חייב לשלם כלום, שהרי לא הפסידה ולא הכחישה” (שו"ע חו"מ, סימן שסג, סעיף ג; וראה: סמ"ע, שם, ס"ק ז). בסמ"ע (שם, ס"ק ח) מסתפק אם חייב לשלם את דמי השימוש אם גרם להכתשת הבהמה, אף בהכחשה החוזרת (שאם נשתמש בה, אומר לו: הרי שלך לפניך). ואלה דבריו: “דבכהאי דעשה בה מלאכה ונהנה ממנה, ה"ל כמ"ש [= הנה ליה כמו שכתב] בסמוך בס"ז דאם דר בבית ולא עבד למיגר והשחירו דצריך לשלם לו הכל, אע"ג דאפשר לתזור ללבנו. מיהו זה קצת דוחק”, ובנתיבות המשפט, שו"ע שם, ס"ק ד, רחה את דברי הסמ"ע, ובחידושי ר"ש שקאפ, ב"ק, סימן כ, סעיף א, יישב את דבריו. וראה בשו"ע שם, סעיף ה, בדבר התוקף ספינתו של חברו ועשה בה מלאכה. וראה מאמרי: “בעיות יסודי בהלכות גניבה במשפט העברי”, סיני מט (תשכ"א), פרק ד: גנבה על מנת להחזיר, עמ' כז-כט; וראה: שו"ת עמודי א"ש, לר' אברהם שמואל, אב"ד ראסיין, סו ע"ב; וראה: שו"ת דברי מלכיאל, חלק ג, סימן קנז, עמ' קיח, טור א, ד"ה ולכאורה. וראה עתה: א' ורהפטיג, “דמי שימוש בנכס גזול”, תחומין ו (תשמ"ה), עמ' 235.

¹⁰⁰ נפטר בשנת תרכ"ט (1869).

¹⁰¹ ראה: שו"ת עמודי א"ש, וילנא תרל"ה, סו ע"א. ראה להלן, פרק עשירי.

¹⁰² ראה לעיל, פרק חמישי.

¹⁰³ וראה לעיל, הערה 92.

לריון בנושא זה נזקק ר' אברהם שמואל, אב"ר ראסיין¹⁰⁴, בשאלה שבאה לפניו, בארם שגנב ספר כללי צביעה, והעתיק לעצמו את הכתוב בספר.

לאחר שדן בשאלה אם יש בהעחקה משום גניבה – להכביל מגניבת הספר גופו¹⁰⁵ – הוא דן בשאלה אם יש לדאות כמעשה זה משום זה נהנה וזה חסר. לדבריו, אם גדם הגנב חסרון לספר, שהיה הספר חדש ונתבלה, שאלת חיובו של הגנב תהא תלויה בפסק ההלכה בעניין מי שגדם חסרון מועט, אם מחייבים את הנהנה ככול¹⁰⁶. כרם, אם לא גרם חסרון לספר שהעתיק ממנו, אלא שגדם לבעל הספר נזק ככך שמעתה יוכל המעתיק להתתרות כמלאכת הצביעה של בעל הספר, מסתפק המשיב אם יש לחייב את הנהנה, אם לאו. הוא מדמה עניין זה למשתמש בחנות חברו שלא מדעתו, כשהחנות אינה עומדת להשכרה ויש לבעל החנות גם חנות אחרת, ומאחר שהלה משתמש בחנות זו, הוא גורע מפרנסת בעל החנות בחנותו האחרת. גדר הספק הוא, האם ההלכה "זה נהנה וזה חסר – חייב" אמורה רק כשהנהנה והחסרון הם באותו חפץ, אבל כשהנהנה היא מחפץ שאין לבעלים חסרון בו – פטור, ואף שגדם חסרון במקום אחר, אינו אלא גרם כעלמא? או שמא, כיוון שוודאי יש הקפדה מצד הבעלים, בגלל הנזק הנגרם להם, תהא הקפדה זו משום עילה לחיובו של הנהנה?¹⁰⁷

המשיב נוטה לחייב את הנהנה, על פי לשון הגמרא: "וכי מה עשה לו, ומה חסרו ומה הזיקו?". מדברי הגמרא אנו למדים שאם נגרם חסרון או נזק כלשהו בעקבות הנאתו של הנהנה, יתחייב הנהנה לשלם תמורת הנאתו, אף אם החסרון הוא בנכס אחד.

למעשה, אנו מוצאים גם אצל חכמים אחדים, שחייבו את הנהנה אף כשהחסרון הוא בנכס אחד, כלי שנזקקו כלל לדון בשאלה זו, ונראה שהיה הדבר פשוט בעיניהם, שאין צורך שיהיה החסרון באותו נכס דווקא.

בפני ר' יחזקאל לנדא¹⁰⁸ באה תביעה של מחבר נגד מדפיס¹⁰⁹. תודף תביעתו הוא שלאחד שהדפיס הלה את פירושו על שני סדרים, על פי הזמנת המחבר, השתמש המדפיס בסדר של האותיות, להדפסת הגמרא עם דש"י ותוספות, כלי פירושו של המחבר. לאחר דין בשאלה מכמה בחינות, מחייב ד"י לנדא את המדפיס לשלם למחבר בעד הנאתו מן הסדר המוכן, משום שבהדפסתו גרם למחבר חסרון. סיכת החיוב היא, שאם לא היה המדפיס מדפיס אף הוא, היו קונים את ספרי המחבר, אבל עתה, שהדפיס ספרים אחרים, יהיו אלה מצויים בשוק, ויש שיעדיפו אותם, ולא ימצאו בנקל קונים שיקנו את ספריו של המחבר¹¹⁰.

¹⁰⁴ שו"ת עמודי א"ש, וילנא תרל"ה, סו ע"ב.

¹⁰⁵ ראה על כך נחום רקובר, מקורות לעקרונות זכות היוצרים, סדרת מחקרים וסקירות במשפט העברי, חוברת ג, ירושלים תש"ל.

¹⁰⁶ ראה על כך בפרק הקודם.

¹⁰⁷ וראה לעיל, ליד ציון הערה 101, שהוא מבקש לתלות את דינו של נהנה, שגרם חסרון מועט למהנה, בהקפתו של הבעלים.

¹⁰⁸ אפטא, תע"ד (1713) – פראג, תקנ"ג (1793); מגדולי הרבנים בדורו, אב"ד פראג.

¹⁰⁹ שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, חו"מ, סימן כד.

¹¹⁰ וראה פסק דינו של השופט י' קיסטר בת.א. 749/56, אגודת הכורמים נ' יקב הגליל, פסקים (מחייים) כב, עמ' 77.

“זה נהנה וזה לא חסר”

בדומה לזה, באה שאלה לפני ר' מלכיאל צבי טננבוים¹¹¹, בדבר מי שייצר מים מתוקים ומריחים, והדפיס תוויות רומות לתוויות של אחר, שקיבל רשיון לייצר מוצר זה¹¹². דעתו של המשיב היא שיש לחייב את הנתבע על פי העיקרון שאם גרם לחסרון מועט מחייבים אותו בכול. כאן גרם לו חסרון מועט, שאלמלי מכר את סחורתו היה חברו מוכר יותר. וכן הוא מחסרו גם משום שיחשבו בני אדם שהתוצרת שהנתבע משווק היא של התובע, ויעריכו את היקף מסחרו יותר מכפי שהוא באמת, וייגרם לו נזק. וכן עלול הוא לגרום נזק לחברו אם ייצר סחורה שאינה טובה כל כך וייפגעו המוניטין של החובע בגרמתו של הנתבע.

פרק אחד-עשר

הגבלת הפטור למקום שהנהנה מהנה

בסוגייתנו בכבא קמא, סמוך לסופה, יש התפתחות המצריכה עיון. בשם רב מובא טעם אחר לפטור את מי שדר בחצר חברו שלא מדעתו. לדעה זו, יסוד הפטור הוא שבית עוזב ניזוק בשיממונו, ולכן הדר בבית מציל את הבית מנזק זה. בשם רב יוסף נאמר טעם אחר לפטור, והוא שבית מיושב – יישוכו קיים, לפי שהדרים בתוכו רואים מה שהוא צריך ומתקנים אותו¹¹³.

לפי טעמים אלה, יסוד הפטור כמי שדר בחצר חברו שלא מדעתו, הוא משום שהנהנה אף מהנה, שהרי הוא מהנה את בעל הבית במגוריו בביתו. השאלה הנשאלת כזה היא, מה משמעותם של טעמים חדשים אלה? כלום יש לזנוח מעתה את טעם הפטור שהתבסס על “זה נהנה וזה לא חסר”, ושוב אין לפטור את מי שדר בחצר חברו אלא אם כן גרם הנאה לבעלים, ואם לא כן – יתחייב בתשלום? ! אם נאמר כך, הרי שיש כאן מהפכה בגדרה של ההלכה הפוסטת ב“זה נהנה וזה לא חסר”, ולפיכך ההלכה הפוסטת את הנהנה מלשלם מצטמצמת עד למאור! ואמנם יש הסבורים שמשמעות הטעמים הללו היא שבהיעדרם יתחייב הדר בחצר חברו לשלם לו תמורת המגורים¹¹⁴. ברם, אחרים הסבירו שאין להסיק מכאן שבטל הפטור המתבסס על הטעם שזה נהנה וזה לא חסר¹¹⁵.

¹¹¹ ראה לעיל, הערה 50.

¹¹² שו"ת דברי מלכיאל, חלק ג, סימן קנז. וראה גם לעיל, ליד ציון הערה 51.

¹¹³ ראה שלבים 29-30 בנספח.

ההבדל בין שני הטעמים קיים, כפי שהגמרא אומרת, כשבבעל הבית אמנם לא היה משתמש בבית למגורים, אבל היה משתמש בו לאיחסון עצים ותבן (ראה שלב 31 בנספח).

¹¹⁴ ראה: שיטה מקובצת, ב"ק כא ע"א, בשם רבנו ישעיה; עליות דרבנו יונה, ב"ב ד ע"ב; אור זרוע, ב"ק סימן קכ-קכא (אבל כתב שפוסקים כר' יוחנן, שפטר ככל ענין); ס' ראב"ן, ב"ב, מהדורת עהרנרייך, דף רח, ראש טור ג, ומובא בשו"ת מהר"ם בר' ברוך, דפוס פראג, סימן תרפה, וכמרדכי, ב"ב, פרק א, רמז תסו; תורת אמת, למהר"א ששון, סימן קכט, ד"ה ועוד קשה לי.

¹¹⁵ טעמים אחרים נאמרו בדבר. ראה: חידושי הרשב"א, ב"ק כא ע"א, ד"ה אמר ר"ה; פסקי הרא"ש, ב"ק, פרק ב, סימן ו; נימוקי יוסף ב"ק, פרק ב (ט ע"א בדפוס וילנא); ים של שלמה, ב"ק פרק ב, סימן טז.

הגבלת הפטור למקום שהנהנה מהנה

להלכה, הן ברמב"ם¹¹⁶ והן בשולחן ערוך¹¹⁷, לא הוזכר הטעם המבסס את הפטור על כך שהנהנה מהנה את הבעלים, ולפי זה לא נתמעט היקף ההלכה הפוסרת. אבל דברי הסמ"ע¹¹⁸ צריכים עיון: "אין צריך להעלות לו שכר – אע"פ דכאן לא שייך טעם הנ"ל בס"ד בעבד, דנוח לו לאדם שלא ילמוד עבדו דרכי הבטלה, מ"מ שייך טעמא אחרינא והוא דאמרינן ביתא מיתבא יתיב ושאייה יוכת שער, ומה"ט [=ומהאי טעמא] ג"כ נח לו מסתמא, שידורו בו. גמרא ועפ"ר [=ועיין פרישה]". לכאורה, נזקק הסמ"ע לטעם שהנהנה מהנה. בעקבות דבריו תצטמצם ביותר ההלכה הפוסרת ב"זה נהנה וזה לא חסר".

פרק שנים-עשר

גורם ההנאה: הנהנה, המהנה או גורם שלישי

לבסוף, האם נודעת חשיבות לכך מיהו שגרם את ההנאה – הנהנה עצמו, המהנה, או שההנאה באה בפעולתו של גורם שלישי.

מן הדוגמאות המובאות בסוגיית בבא קמא מתברר, כי הפטור ב"זה נהנה וזה לא חסר" אמור אף כשנגרמה ההנאה בפעולתו של הנהנה, וכי החיוב ב"זה נהנה וזה חסר" אמור אף כשבאה ההנאה על ידי המהנה, שהרי הביאה הסוגיה את ההלכה בדבר מקיף חברו מארבע רוחות, שבה חייב הניקף, וביקשה להוכיח מכאן שזה נהנה וזה לא חסר – חייב¹¹⁹, אף שההנאה באה מפעולתו של המהנה¹²⁰. אלא שהגמרא דחתה נסיון הוכחה זה בכך שהמקיף "חסר"¹²¹. לעניין הפטור ב"זה נהנה וזה לא חסר", הדוגמא הקלאסית היא כמי שדר בחצר חברו שלא מדעתו¹²², שהנאתו של הנהנה באה לו בפעולת הנהנה.

אמנם אין ההלכות אמורות דווקא בפעולותיהם של הנהנה והמהנה. הוא הדין בהנאה שבאה לאדם מהתערבותו של גורם שלישי שגרם לנהנה שייהנה מן המהנה. דוגמה לעניין זה מצינו במסכת כתובות, כמי שתחב לו חברו משקין של אחר לתוך בית הבליעה¹²³. אלא שבהנאה הבאה על ידי אחר יש דעה האומרת שאין הנהנה מתחייב אם אין גופו נהנה אלא ממונו. יסוד שיטה זאת בתוספות לבבא קמא קא ע"א. הגמרא דנה שם בשאלה אם

¹¹⁶ רמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, ג, ט (הובאה לעיל, ליר ציון הערה 18).

¹¹⁷ שו"ע חו"מ, סימן סג, סעיף ו; וראה: ביאורי הגר"א לשו"ע, שם, ס"ק טז; נתלת דוד, כ"ק בא ע"ב.

¹¹⁸ סמ"ע לשו"ע, שם, ס"ק טו.

¹¹⁹ ראה שלב 9 בנספח.

¹²⁰ ואף שנאמר בדר בחצר חברו "שלא מדעתו", אין הכחנה דווקא שלא מדעתו, אלא הוא הדין אף

מדעתו, ראה: תוספות, כ"ק כא ע"א, ד"ה כהדיוט מדעת; ים של שלמה, ב"ק, פרק ב, סימן טז; תרומת

הדין, סימן שיז.

¹²¹ ראה שלב 10 בנספח.

¹²² ראה שלב 1 בנספח.

¹²³ ראה כתובות ל ע"ב, ותוספות, שם, ד"ה ואי דלא מצי.

“זה נהנה וזה לא חסר”

“יש¹²⁴ שבח סמנין על הצמר, או אין שבח סמנין על הצמר”. בהמשך הסוגיה מעמיד רבינא את השאלה בכגון שהצמר שייך לאחד והצבע לאחר, ובא קוף וצבע את הצמר בצבע זה. על זה מוסבת השאלה האם יש שבח סמנין על גבי הצמר, ויכול בעל הסימנין לומר לבעל הצמר “תן לי את הצבע שלי שהוא אצלך”, או שמא “אין שבח סמנין” על גבי הצמר ויכול בעל הצמר לומר לבעל הצבע “אין לך אצלי כלום”?

על דברים אלה שואלים התוספות¹²⁵, כיצד ייתכן שאין שבח סמנין על גבי הצמר, ופטור בעל הצמר מלשלם לבעל הצבע? הרי צמרו מעולה עתה ברמים יותר עקב הצביעה, וישלם מה שנהנה, כמו שמצינו בכמה סוגיות בתלמוד¹²⁶, שהנהנה משלם מה שנהנה. על כך משייבים התוספות ואומרים שאצלנו, בצמר שנשתבח, לא באה ההנאה לא כמעשו ולא כמעשי בהמתו. אבל בתחב לו חברו משקין בבית הכליעה, אף על פי שאין ההנאה נגרמת כמעשו, מכל מקום גופו נהנה. התוספות מתרצים תירוץ אחר והוא, שההנאה בצמד שנצבע אינה נחשבת הנאה, שאין כאן אלא נוי בעלמא.

לפיכך, דין הנאה שכאה על ידי אחר, חלוי בשני התירוצים שכתוספות. לפי התירוץ השני – חייב, אך לפי התירוץ הראשון הוא פטור, אלא אם כן נהנה גופו. בהבחנה שמחרישים התוספות נוקט גם הרא“ש בפסקיו¹²⁷. ברם, יצאו עוררין על הבחנה זאת והגבילו את היקפה. הש“ך¹²⁸ מצמצם את דברי התוספות, שאין הנהנה פטור, כשנהנה על ידי אחר, אלא אם כן באה ההנאה על ידי צד שלישי, שהנהנה מממון שאינו שלו. אבל אם הנהנה המהנה מממונו, חייב הנהנה לשלם למהנה “דלא גרע מיורד שלא ברשות, וטעמא ביורד שלא ברשות כיון שמתכוין להשביח – חייב לשלם לו יציאותיו”¹²⁹. ברם הש“ך משיג על עיקר הבחנת התוספות, ברבר הנאה הנגרמת על ידי אחר, והוא מעדיף את תירוצם השני של התוספות, כי “מנין לנו לחלק בחילוקים שלא נזכרו בש”ס”. מסקנתו היא שיש ספק בדין בשאלה זו: “ועל כל פנים נראה לי דדין זה, כשממונו נהנה מממונו של אחר שלא ע”י מעשה ממנו, הוה ליה ספיקא דדינא, אי פטור או לא”¹³⁰.

¹²⁴ ב”ק קא ע”א.

¹²⁵ תוספות, ב”ק, שם, ד”ה או דלמא.

¹²⁶ ב”ק יט ע”ב, בבהמה שאכלה מחוץ הרחבה; ב”ק נה ע”ב, בבהמה שנפלה לגינה; כחובו ל ע”ב, במי שתחב לו חברו משקין של אחרים בבית הכליעה.

¹²⁷ פסקי הרא”ש, ב”ק, פרק ט, סימן יז.

¹²⁸ ש”ך, שו”ע חו”מ, סימן שצא, ס”ק ב.

¹²⁹ מחנה אפרים, הלכות נזקי ממון, סימן ב בסופו, אומר על הבחנת הש”ך: “הא לאו מלחא פסיקתא, דזה שייך היכא דפיטמה הבהמה, דהשבח בעין”; וכן ראה שם, בסוף סימן ד. וראה: חלקת יואב, חו”מ, סימן ט, ד”ה אך באמח, השואל על דברי התוספות ממקיף שדהו של חברו. “חלקת יואב” סובר שלא כתבו התוספות כן אלא בהנאה שאינה בעין, אבל בהנאה בעין אין נפקא מינה אם באה ההנאה על ידי אחר או על ידי עצמו. וראה: מרחשת, חלק ב, סימן לה, ענף ג; ובן ראה הסברו של ר”ש שקאפ, בחידושו לב”ק, סימן יט, אות ז.

¹³⁰ בשו”ח ביח שלמה, חו”מ, סימן קכב, מסיק שאין להוציא ממון, בניגוד לדעת התוספות, אף שאינו מסכים עם דבריהם: “ואף שבתשו” תמהתי הרבה ע”ד התוספות והרא”ש אלו, מ”מ ודאי שאין להוציא ממון נגד דבריהם”. ולכן פסק בנידון שלפניו – בשותף שביטח את חלקו בבית משותף, וטעה סוכן הביטוח וביטח את כל הבית – שאין השותף צריך להחלק עם שותפו בדמי הביטוח: “ומשום הכי אף שיש לומר דכאן מקרי נהנה ע”י חסרונו של זה, דכיון דע”י עשה זה אס”ק [= אסיקוראציה = ביטוח]

סיכום

השאלה האם כש"זה נהנה וזה לא חסר" – חייב או פטור? העסיקה הרבה את חכמי התלמוד. יש שרצו לתלות שאלה זו במחלוקתם של תנאים, אלא שהגמרא דחתה נסיון זה וניתקה את הבעיה מן מקורות התנאיים, והיא נידונה רק אצל האמוראים, ונאמרו בה דעות שונות.

כשנפסקה ההלכה כדעה הסוברת ש"זה נהנה וזה לא חסר" – פטור, לא נפסק הדבר ככלל, אלא בנימוק לשאלה קונקריטית, שעמדה במרכז הדיונים בנושא זה בתלמוד: הדר בחצר חברו שלא מדעתו – האם צריך להעלות לו שכר, אם לאו? ואמנם דומה שגדרו בהלכה זו גדרים, וסייגיה בסייגים, כך שקביעת הלכה סתמית ש"זה נהנה וזה לא חסר – פטור", תוך התעלמות מגדרי ההלכה, תביא לתוצאות שונות לחלוטין מכפי שהתגבשה הלכה זאת בתלמוד ובפוסקים.

אשד ליסוד המשפטי של הפטור ב"זה נהנה וזה לא חסר", ייתכנו גישות שונות. אפשר לגרוס כי אין כל עילה לחביעתו של המהנה. לעומת זאת, אפשר לומר כי אמנם לפי שורת הדין יש ביד המהנה עילת תביעה, אבל אף על פי כן ייפטר הנהנה משום ש"כופין על מידת סדום".

כשאנו מדברים על "זה נהנה וזה לא חסר", יש להגדיר אימתי נחשב המהנה כמי ש"לא חסר". כאן נקבעו כללים חשובים. די בעובדה שנמנע מן המהנה רווח צפוי מהנכס שלו, כדי שייחשב הלה "חסר" בשל כך, ואין צורך בהפסד בעין דווקא. מאידך גיסא, אם אין המהנה נוהג להפיק רווח מן הנכס, לא ייראה כ"חסר", אף שאפשר להפיק רווח מן הנכס, ויש המפיקים רווח בכגון זה. הוא הדין כשהיה הבעלים רוצה להפיק רווח מן הנכס, אלא שמבחינה מעשית אין אפשרות לכך, כגון שהבעלים אינו נמצא אצל הנכס, או שאין מי שמסכים לשכור את הנכס.

הרחבת סוגי הנכסים שיש לראות בהם נכסים העשויים להביא רווחים, נעשתה על ידי קביעת חזקה (פרוזומפציה) בבתיים, ונקבע שסתם בתים בזמן הזה עשויים להשכרה. ממילא, כל מי שירוד בביתו של אחר יתחייב בתשלום דמי שכירות בלי שיהא מוטל על הבעלים להוכיח שעמד הבית להשכרה.

הלכה אחרת הנוגעת לחסרונו של המהנה, היא ההלכה הקובעת שכדי שייחשב המהנה כ"חסר", אין צורך שיהא החסרון חופף למידת הנאתו של הנהנה; ואף שהבעלים חסר במשהו, הוא ייחשב כחסר ויהא זכאי לתשלום כעד כל ההנאה.

על כל הבית לא קיבלו אס"ק שלו על חלקו, וע' בחשו' נו"ב מהדו"ת חזו"מ [=נדע ביהודה, מהרורא תניינא, חלק חו"מ] סי' כ"ד ובס' שעה"מ [=שער המלך] פ"ג מה' גזלה ובחשו' הארכתי, מ"מ בנ"ד [=בנידון דידן] אין לשמעון טענה על ראוּבן עפ"י ד' התוספות והרא"ש הנ"ל, כיון שנעשה ע"י טעות המאסף, ולא ע"י ראוּבן עצמו". אמנם מסקנתו היא שראובן לא נהנה כאן מחסרון שותפו אלא מחסרון עצמו, כיון שביטת את חלקו בסכום שווי חלקו בבית: "שככל משהו שנשרף יש בו לראובן היוק כל כך כמו שמקבל אח"כ מעות אס"ק, ומרויח ע"י חסרונו של עצמו". וראה: שער שני, ליר ציון הערה 89; וראה: ערך השולחן, חו"מ, סימן שצא, סעיף ח.

“זה נהנה וזה לא חסר”

ועוד שתי קביעות חשובות יש בדבר, הנובעות מיחסם של הצדדים לקבלת ההנאה כחינם: האחת – עניינה המהנה, והשנייה – הנהנה. אשר למהנה, נקבע שאם המהנה מוחה בנהנה שלא ייהנה מרכושו, מתחייב הנהנה כתשלום. ואשר לנהנה – אם גילה הנהנה את דעתו שהיה רצונו לשלם בעד ההנאה, אם לא יניחוהו הבעלים ליהנות כחינם – יתחייב כתשלום.

על ידי גדרים אלה הוצאו מכלל הפטור, כל המקרים שבהם מן הדין הוא שישלם הנהנה למהנה בעד הנאתו, כלא שיוכל לחסות בצילה של קורת הגג הפוטרת את מי שנהנה בלא שזה חסד¹³¹. מאידך גיסא, נתאששה ההלכה בתבניתה המצומצמת, כביסוסה המשפטי והמוסרי, כשהיא משאירה במסגרתה רק את הזכאים להיכלל בקטיגורית “זה נהנה וזה לא חסד”.

בשער זה עסקנו במי שנהנה מרכושו של הזולת וחסך מעצמו הוצאות שהיה צריך להוציאן אלמלי נשתמש ברכושו של המהנה. לא עסקנו כאן במי שהפיק רווחים ממשיים, כשרכושו של הזולת סייע בהפקת הרווחים¹³². על כך, ועל הכלל “כיצד הלה עושה סחורה בפרדתו של חברו”, נדון בנפרד¹³³.

¹³¹ הדעה שאין הנהנה פטור אלא אם כן גם הוא מהנה את הבעלים בשימוש שהוא עושה בנכס, עשויה הייתה לבטל כמעט כליל את תחולת הכלל “זה נהנה” וכו’; ברם, נראה שלא נתקבלה דעה זו להלכה.

¹³² ראה לעיל, ליד ציון הערה 48.

¹³³ ראה לעיל, במבוא לספר.

שער שני

העושה סחורה בנכס חברו

התוכן

43	פרק ראשון: מבוא
	פרק שני: היסוד המשפטי לזכותו של בעל הנכס ברווחים
46	1. יצירת יריבות ישירה
48	2. מעין שליחות
49	3. מניעת התעשרות על חשבון הזולת
49	פרק שלישי: רווח מעבודתו של הזולת
50	פרק רביעי: משכיר נכס גזול
52	פרק חמישי: משכיר נכס שאינו שלו
	פרק שישי: שוכר המשכיר בהשכרת משנה
54	1. רשות להשכיר בהשכרת משנה והזכות לדמי השכירות
57	2. רשות להשכרת משנה מצד הדין ורשות מטעם המשכיר
58	3. רווח מנכס של הבעלים ורווח מזכות השכירות השייכת לשוכר
59	4. רווח שהוא תמורת שוויו של המושכר ורווח העולה על שוויו
60	5. הפסד שנגרם לבעלים וחוצאותיו
	פרק שביעי: ביטוח נכס הזולת
60	א. מבוא
62	ב. הבחנות בין רווחים מהשאלה לרווחים מביטוח
62	1. השאלה שלא ברשות
62	2. השואל משתמש בפרה
63	3. נכס הבעלים נמצא ביד השואל
63	4. התחייבות השואל היא לטובת הבעלים
65	5. יסוד חיובו של השואל בדיני שומרים
66	6. יסוד חיובו של השוכר בדיני שומרים
67	7. הרווח אינו מטרת ההשאלה
68	8. התשלום בהשאלה כתמורה לנכס של הבעלים
69	ג. השוואות בין דין שואל לביטוח
72	פרק שמיני: סיכום

פרק ראשון

מבוא

בשער על "עשיית עושר ולא במשפט"¹, נוכחנו לרעת שקיימת הבחנה עקרונית בין הנהגה מנכס הזולת ובעל הנכס חסר, ובין הנהגה והלה לא חסר. אבל יש אופנים שבהם בעל הנכס אינו חסר, ואף על פי כן מן הדין הוא שישלם הנהגה מנכס חברו את ההנאה לבעל הנכס. כך, למשל, כשאדם מפיק רווחים מדרכו הזולת, כגון: המשכיר נכס שאינו שלו ומקבל דמי שכירות מן הדייר, אף על פי שבעל הנכס אינו חסר דבר, ולכן אם היה הלה משתמש בו בעצמו היה פטור מלשלם לו שכר – כיוון שמקבל דמי שכירות מאחר, מן הדין שלא יפיק רווחים מרכושו של הזולת, אלא עליו לתת את הרווחים לבעל הנכס.

אף לפני שנחקק חוק עשיית עושר ולא במשפט, הייתה בחקיקה הישראלית רוגמה לזכותו של בעל נכס לרווח שהפיק אחר מרכושו. בחוק השומרים, התשכ"ז—1967², סעיף 7, נידון עניין שומר שמסר לשונה, ונקבע בס"ק (א): "שומר שמסר את הנכס לשומר משנה, דואים את מעשיו ומחליו של שומר המשנה כמעשיו ומחליו של השומר, ושומר המשנה אחראי גם כלפי בעל הנכס באותה מידה שהוא אחראי כלפי השומר". מן האמור בסעיף זה נובע, שאם נתחייב שומר משנה כלפי השומר בדבר שהלה עצמו פטור ממנו, יהיה בעל הנכס זכאי לקבל משומר המשנה את מה שנתחייב הלה כלפי השומר³.

מקורה של הוראה זו במקורות העבריים, במשנה, במסכת בבא מציעא⁴, בעניין שוכר פרה מחברו והשאילה לאחר, כמובא להלן בפרק שני, שבעניין זה אמר ר' יוסי: "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו, אלא תחזור פרה לבעלים".

בתי המשפט בארץ נתלבטו בשאלת האפשרות לחייב אדם לשלם לבעל הנכס את הרווחים שהפיק מדרכושו. המג'לה, בסעיף 472, קבעה: "מי שהשתמש בנכסי אחר שלא לפי קשר ושלא ברשות, הרי אם היה זה דבר העושה פירות, חייב הוא בשכר ראוי, ואם לא – פטור". לכאורה, אפשר היה להסתמך על סעיף זה כדינו של אדם "העושה סחורה בפרתו

¹ ראה לעיל, שער ראשון.

² ס"ח, התשכ"ז, עמ' 52.

³ וראה סעיף 5(ב) לחוק השומרים, ולפיו זכאי בעל נכס לקבל מן השומר את נזק מתוך הפיצוי או השיפוי המגיע לשומר.

⁴ משנה ב"מ ג, ב; וראה נ' רקובר: "מקורות המשפט העברי לחוק השומרים, תשכ"ז—1967", הפרקליט כד (תשכ"ח), עמ' 108, ושם עמ' 222, הערה 84; וראה מ' קורנילדי: "שומר שמסר לשומר במשפט העברי ובחוק השומרים, התשכ"ז—1967", שנחון המשפט העברי ב (תשל"ה), עמ' 452.

העושה סחורה בנכס חברו

של חברו", אבל התנאי שבסעיף זה, ולפיו אין חיוב כתשלום אלא כשהיה הנכס "דבר העושה פירות", צמצם את היקף תחולתו של סעיף זה. מעשה⁵ באדם שהשתמש כגג ביתו של אחר לקיום הצגות בתשלום לקהל. בתחילה עשה זאת ברשות בעל הבית, ולאחר מכן המשיך להציג בלי רשותו של הלה. בעל הבית הגיש תביעה לתשלום דמי שימוש ברכושו, אולם תביעתו נדחתה מן הטעם שלא הועיד את הגג להשכרה, ומשום כך הבית אינו בגדר נכס "העושה פירות".⁶

עם חקיקת חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט—1979, שוב אין צורך להסתמך על מקורות זרים, ומן הדין לדלות את פתרון של השאלות העולות בנושאנו לאור המקורות של המשפט העברי.⁷

בשער זה נבחן את המקורות בשאלת הפקת רווחים מנכס הזולת.⁸ תחילה נדון בהלכת ר' יוסי: "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו", וביסודה המשפטי. לאחר מכן נראה כיצד, ובאילו מידה, החילו את הלכת ר' יוסי באופנים שונים של הפקת רווחים מרכוש הזולת. לבסוף נדון בעניין מי שביטח את רכושו של אחר, וקיבל דמי ביטוח, ובשאלה כלום חייב הוא לשלם את דמי הביטוח לבעל הנכס על יסוד הלכת ר' יוסי?

פרק שני

היסוד המשפטי לזכותו של בעל הנכס ברווחים

דיון בנושא התעשרות על חשבון הזולת, מצינו במשנה, מסכת בבא מציעא, פרק שלישי, במחלוקתם של ר' יוסי וחכמים. המשנה⁹ מדברת באדם ששכר פרה מחברו, והשאלה לאחר, ומתה כדרכה. מאחר שהדין הוא ששוכר פטור מאונסין, ואילו שואל חייב באונסין,

⁵ ע"א 59/52, בן מנחם נ' מהלה, פד"י ח, 917. ראה: פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט, ח"א תשמ"ב, עמ' 273.

⁶ אמנם פרידמן, שם, סבור כי סעיף 472 במגילה חל – לפי לשונו – במקרה שהשתמש אדם בנכס חברו בעצמו, ואינו חל כשהפיק הלה רווח על ידי השכרת הנכס לאחר. לדעתו, במקרה של הפקת רווחים על ידי השכרה, יש לחייב את העושה סחורה בנכס חברו – על יסוד עקרונות מעין חזיים כלליים שמקורם בדין האנגלי – להחזיר לבעלים את דמי השכירות שהפיק מנכסי הבעלים, בין בנכס העושה פירות, בין בנכס שאינו עושה פירות. כיוצא בזה, אפשר היה, לדעתו, לחייב אותו אדם על יסוד פקודת הנויקין המקומית, בהתחשב בפסיקה האנגלית, שהעניקה סעד מעין חזי במסגרת דיני הנויקין, וחייבה להשיב לבעלי רווח שהופק מנכס של הזולת.

⁷ ראה לעיל, במבוא לספר ובמבוא לשער הראשון.

⁸ בנושא עשיית רווח על ידי עיכוב כספי הזולת, דגנו במקום אחר. ראה נ' רקובר, המסחר במשפט העברי, ירושלים תשמ"ח, שער המישי: "פיצויים על עיכוב כספים (ריבית פיגורים)".

⁹ משנה ב"מ ג, ב; בבלי, שם לה ע"ב.

היסוד המשפטי לזכותו של בעל הנכס ברווחים

הרי שהשואל חייב ברמי הפרה, והשוכר פטור. נמצא שהשוכר, שהשאל את הפרה, מרוויח כיוון שהוא מקבל את דמי הפרה מן השואל, וכך אמנם סוברים חכמים: "ישבע השוכר שמתה כדרכה והשואל ישלם לשוכר". ד' יוסי חולק על כך, ואומר: "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו, אלא תחזור פרה לבעלים". היינו, שיקבלו הבעלים את דמי הפרה, ולא השוכר.

להלכה נפסק כדעת ר' יוסי¹⁰, ומשום שפסק הלכה זה הוא בעניין שיש בו התעשרות על חשבון הזולת¹¹, יכולים אנו להסיק, שאין נותנים לאדם לעשות סחורה בפרתו של חברו. כיוון שכך, שומה עלינו להגדיר הלכה זאת, לברר מהו היקפה, ובאילו נסיבות אפשר להחילה^{12, 13}.

¹⁰ ראה: הרמב"ם, הלכות שביעות א, ו: "שומר שמסר לשומר אתר והוסיף בשמירתו ומתה – ההגאה לבעלים. כיצד? השוכר פרה מחבירו והשאלה לאחר ומתה כדרכה ביד השואל, הואיל והשואל חייב בכל – יחזירו דמי הפרה לבעלים, שאין זה השוכר עושה סחורה בפרתו של חבירו וכן כל כיוצא בזה"; וראה: שו"ע חו"מ, סימן שז, סעיף ה: "השוכר פרה מחבירו והשאלה לאחר ומתה כדרכה או נאנסה, כיון שהשני חייב – תחזור לבעלים הראשונים, שאין הלה עושה סחורה בפרתו של זה. ואם אמר לשוכר 'אם תרצה תשאלנה ויהיה דינך עם השואל ויהיה דיני עמך', אז ישלם השואל לשוכר"; וראה גם: שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שעא.

¹¹ אף את דעת חכמים אפשר להסביר ולומר, שאינם חולקים בעצם הדין שאין אדם עושה סחורה בפרתו של חברו, אלא שהם סוברים שכאן אין השוכר נחשב עושה סחורה בפרתו של חברו אלא הוא כעושה סחורה בפרת עצמו, בגלל הזכות שיש לו בפרה זו. ראה, למשל, חידושי הרי"ם לב"מ לה ע"ב, המסביר את מחלוקת ר' יוסי וחכמים בשאלת היסוד לחיובו של שואל באונסין: לדעת חכמים מתחייב הוא לשלם דמי שביעות בעד הזכות שיש לו להשתמש בנכס חנם, ודמי השכירות הללו, שמשלם השואל, שייכים לשוכר, ולכן אינו נחשב עושה סחורה בפרתו של חברו; ואילו לדעת ר' יוסי מתחייב השואל באונסין משום שהוא חייב להשיב את הנכס, שאין האונס פוטרו מתשלום. הסיבה לכך היא, משום שרואים את הבעלים כאילו סילקו את בעלותם בנכס בתקופת ההשאלה, והשואל – שהוא הבעלים בתקופה זו – מפסיד באונסין, ולכן שייכים דמי הפרה לבעלים. ואם כן דעתו היא שדינו של ר' יוסי אמור בשוכר שמסר לשואל דווקא ולא בשומר חנם שמסר לשומר שכר (ראה על כך בהערה 12). ושם (בעמ' קז בדפוס תל-אביב תשי"ט), הביע את דעתו שבעניין שומר חנם שמסר לשומר שכר, יש לומר שגם לדעת חכמים יהיו התשלומים לבעלים, משום שאין לשומר קניין בגוף הפיקדון.

¹² האם הלכת ר' יוסי אמורה דווקא בשוכר שמסר לשואל, או גם בשומר חנם שמסר לשומר שכר? מדברי הרמב"ם, שהובאו לעיל בהערה 10, אפשר לשמוע שאין לצמצם את ההלכה דווקא לשוכר שמסר לשואל, שהרי בפתח דבריו קבע עיקרון כללי, ולאחר שהביא את הדוגמה שכמשנתנו, הוסיף: "וכן כל כיוצא בזה". מאידך גיסא, מדברי השולחן ערוך, שהובאו לעיל בהערה 10, אין להסיק זאת, שהרי השמיט גם את העיקרון, בראש דבריו, וגם את ההרחבה, בסוף דבריו.

לדעת התוספות, ב"ק ע"ב, ד"ה לא מבעיא, הוא הדין גם בשומר חנם שמסר לשומר שכר, וראה: פתחי תשובה, חו"מ סימן שז, ס"ק א, וערוך השולחן, חו"מ סימן רצא, סעיף מז; אבל בשו"ת שבות יעקב מסביר: "שבהאי הגאה שהוא היה רק שומר חנם, הוא נותן מכיסו שכר לשומר שכר לשמור שמירה מעולה יותר, כדק ש"ש דאלים שמירתו, גם ר' יוסי מודה, וזה מקרי [=נקרא] עושה סחורה בממון של עצמו בזה בודאי מקנה לו הפרה והוא שלו" (שבות יעקב, חלק ג, סימן קמח). לדעתו, זכות השומר חנם אינה נובעת מתשלום השכר לשומר שכר גרידא, אלא שמאחר ששילם שכר, לצורך שמירה מעולה יותר "בוודאי מקנה לו [הבעלים] את הפרה", כתמורה לתשלום. כחלקת יואב" לא עמד על ענין זה משום שסבר כנראה, שנימוקו של בעל "שבות יעקב" הוא, שיש

1. יצירת יריבות ישירה

קורם שנגריר את הלכת ר' יוסי, עלינו להבהיר נקורת יסוד והיא, שיש מן הראשונים שניתקו לכאורה את הלכת ר' יוסי מסוגיית התעשרות על חשבון הזולת. התוספות על המשנה בכבא מציעא¹⁴, מסבירים שאין לומר, שטעמו של ר' יוסי הוא, משום שהבעלים יכולים לומר לשוכר: "פרתי אצלך", כיוון ששילם השואל את דמיה לשוכר, משום שמצינו, להלן במסכת בכא מציעא¹⁵, לרעת ר' יוסי, שאף כשהשואל פטור מלשלם לשוכר (משום שאילה בבעלים) – חייב הוא לשלם לבעלים. לכן אומרים התוספות, שטעמו של ר' יוסי, שתחזור פרה לבעלים, הוא משום שר' יוסי סובר, שהשוכר אינו קונה את הפרה אלא רק על ידי השבועה – הפוטרתו מן הבעלים¹⁶ – והמשכיר אומר לו: "רל אנת ורל שבועתך" היינו, הסתלק אתה וסלק שבועתך, ואני אתדיין עם השואל. אבל חכמים, החולקים על ר' יוסי, סוברים שהשוכר קונה את הפרה במיתתה, ולכן הוא זכאי לקבל את רמי הפרה מן השואל.

הסברה של המחלוקת לפי התוספות חורג, לכאורה, מריני התעשרות על חשבון הזולת; שהרי לרבריהם, טעמו של ר' יוסי לשלילת זכותו של השוכר ברמי פרת השואל, אינו משום שהוא "עושה סחורה בפרתו של חברו"¹⁷, אלא משום שלפי שורת הדין אין לו כל זכות לקבל את רמי הפרה מן השואל.

כרם, אפשר שאין התוספות מרחיקים לכת עד כרי כך, ואף הסברתם את רעת ר' יוסי מעוגנת בטעם, שאין לו לאדם להתעשר על חשבון הזולת. לפי זה, יש בכוחו, של הטעם: "כיצר הלה עושה סחורה בפרתו של חברו", ליצור יריבות ישירה בין הבעלים לבין השואל: כיוון שהשואל השוכר את הפרה לשואל, יצר הוא בכך יתרונות, העשויים לצמוח מן ההשאלה, ויש לבעלים זכות ליריבות ישירה כלפי השואל¹⁸, כדי לקבל לעצמם יתרונות

בתשלום ששילם השומר חתם בעד השמירה, כדי להחשיבו כעושה סחורה בפרתו שלו, ולא בפרת הבעלים, ואלה רבריו: "מה שהקשה הפני יהושע ושאר מפרשים, דלמה נקט במתניחין (ב"מ, דף לה ע"ב) בשוכר ושואל דוקא... וכתבו דכשומר חתם שמסר לשומר שכר מודה ר' יוסי, מטעם דעשה הש"ח סחורה בממונו דעצמו שנתן שכר לשמור, וכן הוא בשכות יעקב, חלק ג, ס" קמח. וסברתם איתו מוכן, דהרי גם השוכר עשה סחורה בממונו שלו, ששאל לאחר בחנם והוא משלם להבעלים שכר" (חלקת יואב, מהדורת תניינא, סימן טו). נראה שבנגזע ל"שכות יעקב", אין מקום לקושייתו של "חלקת יואב", שהרי במסירת הפרה לשואל בחתם, לא עשה השוכר טובה כלשהי לבעלים, שבגללה יקנה הבעלים את הפרה לשוכר. וראה להלן, הערה 106.

¹³ כך יש להסביר אף את הזיקה בין הלכה זו להלכה ש"זה נהנה וזה לא חסר – פטור" וראה על כך לעיל, שער ראשון. וראה חירושי הר"ם, ב"מ לה ע"ב (עמ' קכא בדפוס תל-אביב חשי"ט). ושם ביקש להבחין בין השאל השוכר ברשות לבין השאל שלא ברשות. עיין שם.

¹⁴ תוספות, ב"מ לה ע"ב, ד"ה תחזור.

¹⁵ ב"מ צו ע"ב.

¹⁶ והוא הדין כשיש עדים ואין צורך כשבועת השוכר, מכל מקום אינו קונה את הפרה אלא בהבאת עדים, ואומר לו הבעלים לשוכר: "אני פוטרך מהבאת עדים".

¹⁷ וראה: עין יהוסף, לר' יוסף חזן, לב"מ לה ע"ב; רברי גב"א, לר' נחמיה בר' פיבל רושניז, לב"מ שם; מצא חן, לר' צבי אליעזר סלוצקין, לב"מ, שם: "מי לא יראה גדול הדוחק שבוה" וכו'.

¹⁸ על עקרון יריבות ישירה במשנתנו, ועל דינים מקבילים לזה, שבהם "רצה מזה גובה רצה מזה גובה", ראה, למשל, רש"י לב"מ מב ע"ב, ד"ה ומשלם בקרא, שמבסס את דין הספסירא עם הרועה על הלכת ר'

היסוד המשפטי לזכותו של בעל הנכס כרווחים

אלה. על פי הסבר זה אין התוספות מתעלמים מנוסח הנמקתו של ד' יוסי, "וכי כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו", אלא שהם נותנים לדבריו ביסוס והגדרה. אמת, לדברי התוספות יש סייג לזכותו של הבעלים: "ונראה אם המשכיר עצמו היה שם בשעה שמתה ביד שואל [וממילא אין השוכר זקוק לא לעדים ולא לשבועה כדי להיפטר מן הבעלים], שר' יוסי יודה לדברי רבנן, דהתם ודאי קני לה במיתה גרידא, דהשתא אין השוכר צריך לעשות כלום".

דברים אלה אינם מתיישבים לכאורה עם דברי ר' יוסי "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו"¹⁹, אבל אפשר לומר שהבעלים זכאי ליריבות ישירה כלפי השואל, רק כשיש יריבות כלשהי. כלומר, אם קיימת תביעה מצד הבעלים כלפי השוכר, רשאים הבעלים להתריץ ישירות עם השואל. בדס, כשאין יריבות כלפי השוכר, משום שראו הבעלים שיש בנסיבות אובדן הנכס, כדי לפטור את השוכר, בלא שיהא צורך בשבועה או בעדות, ממילא ניתק הקשר שבין הבעלים לבין השוכר, ושוב אין להם עילת תביעה גם לא כלפי השואל. למעשה, דעת התוספות בזה אינה מוסכמת על הראשונים, ורובם מחזיקים בדעה שאף אם הבעלים יודעים על נסיבות אובדן הנכס, כך שאין צורך בשבועה ועדות, דעת ר' יוסי היא שדמי הפרה הם של הבעלים, ולא יהא הלה עושה סחורה בפרתו של חברו²⁰. ולהלכה לא נפסק כדעת התוספות²¹.

יוסי; וכן ראה: ריטב"א לכ"מ לה ע"ב, ד"ה תחזור; מרדכי, ב"ק, ראש פרק הגזול בתרא, רמז קמא-קמב, מספר התכמה ופסקו של ר"א ממין; רש"ל, ים של שלמה, ב"ק, פרק י, סימן א; בי"ח לטור חר"מ, סימן סג, סעיף ה; ש"ך, שר"ע חר"מ, סימן רצא, ס"ק מא; מתנה אפרים, הלכות שומרים, סימן לג; אבל ראה נתיבות המשפט לחר"מ, סימן רצא, ביאורים, ס"ק כז.

¹⁹ השווה שאלת ר' אברהם בן עזון ז' בורגיל, בספרו "לחם אבירים", על ב"מ, שם: "כתבו בסוף הדבור ונראה וכו', וקשה דהא מטעמא דירידה דקאמר כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו, אין נראה כן, וצ"ע".

²⁰ הרשב"א מטעים, שלפי ר' יוסי השואל הוא שומר של הבעלים, ולא שומר של השוכר. וכן כתב בעל ה"נתיבות", כפי שציינו לעיל, בהערה 18.

²¹ וזה לשון הש"ך, שר"ע חר"מ, סימן שז, ס"ק ג: "ובטור מסיים וכתב וז"ל: ואפילו אם המשכיר ידע שמתה כדרכה; ומביאו בסמ"ע ס"ק ו', וכ"פ הנ"י [=הנימוקי יוסף] ות"ר והמ"מ [=והמגיד משנה] ספ"א [=סוף פרק א] מהלכות שכירות, והכי מיכת דעת הר"ף והרמב"ם שהשמיטו הך דפעמים שהבעלים משלמין כמה פרות לשוכר, ומסתמא כי מתה ברשותו ידע שמתה כדרכה, וגם הרא"ש לא כתב דני"מ אלא כשאמר יהא דינך עם השואל וכו' ע"ש. וכ"כ ר"י נ"ל ח"ג [=רבנו ירוחם, נתיב ל, תלק ג], וכן עיקר. ודלא כהתוס' וכ"פ [=וכן פסק] הב"ח".

וראה גם: שו"ת בית יצחק, חר"מ, סימן נה, סוף אות ג, שנשאל על שותף שהפיק רווח צדדי מכספי השותפות, וביקש המשיב להסתמך על דברי התוספות, שבנידון שלפניו, שאין בו צורך בשבועה, לא שייכת הסברה "אין אדם עושה סחורה בפרתו של חברו", אלא שדחה דעה זו, משום שאין הלכה כדעת התוספות.

ר' יעקב לנדא, שו"ת חיי יעקב, חר"מ, סימן א, הסיק מסקנה הפוכה. הוא נשאל כמי שביטח את ביתו של חברו – מי זכאי בדמי הביטוח? תחילה הוא דן בדברי הגמרא כנורים לו ע"כ, בדבר טובת הנאה, ולאחר מכן נזקק לסוגייתנו. לדעתו אין להחיל כאן את דינו של ר' יוסי, שהרי דעת התוספות היא, שר' יוסי סובר שהשוכר אינו קונה אלא בשבועה, ויכול לומר: "דל אנת ודל שבועתך", אבל כשהבעלים יודעים שמתה כדרכה – מודה ר' יוסי לחכמים. אף שהר"ף והרמב"ם חולקים על התוספות, "ה"ט דס"ל

2. מעין שליחות

לשלב נוסף בהסברת היריבות הישירה שיש לבעלים עם השואל, אנו מגיעים בעקבות דבריו של הריטב"א, ר' יום טוב ן' אשכילי²². בדבריו על הלכת ר' יוסי²³, הוא מסביר את היריבות שיש לבעלים עם השואל, בכך שהשוכר, כשהשאל את הפרה, כאילו פעל בשליחותם של הבעלים²⁴: "וכל שכן כפקדון שיוכל לדון עם השני אם השאילה השוכר הרי כאלו השאילה בשליחות הבעלים לכל דבר שהוא זכות של בעלה"²⁵. דברים דומים אלה מצאנו בפסקי הרא"ש²⁶: "טעמא דר' יוסי משום דחשיב שוכר כאילו השאילו בשליחות המשכיר, הלכך דין המשכיר עם השואל"²⁷.

[=היינו טעמא דסבירא להו] דהשואל נכנס תחת השוכר, וכי שומר של בעלים דמי, כמכואר כר"ן ב"מ (דף לה) שם, אבל גבי סטראחאווקע [=ביטוח], דלא שייך האי טעמא – כולי עלמא מודו" (וראה גם תשובת יד רמ"ה, סימן פ, אות ג, הבאה להלן, ליד ציון הערה 109). אמנם להלכה, דעת ר' יעקב לנדא היא, שאם כתבה חברת הביטוח את הפוליסה על שם בעל הכית שייכים דמי הכיטות לבעל הכית, משום שכתיבת הפוליסה על שם בעל הכית התכונה לכטת אותו ולא את המשלם. כלומר, חשוכ בעיניו למי מזכה חברת הביטוח, וכיוון שזיכתה החברה לבעלים – דמי הכיטות שייכים להם. להלן הוא מנתח את היסוד המשפטי להסכם ביטוח, והביא לו שני נימוקים: אם משום שבעלי הכתים מתאחדים לפצות את מי מהם שיינוק (ע"פ: "רשאין בני העיר" וכו' – כ"ק קטו ע"ב): "בכה"ג [=ככהאי גוונא] פשיטא דראובן לא זכי, דהא אין לו בית ולא נכנס כלל בתוך בני החבורה דתשיכי כמו בני העיר"; ואם משום תנאי: "לזה התנו ולזה לא התנו". אמנם הוא מנסה לבחון את השאלה גם על פי הירושלמי במסכת דמאי, פ"ו ה"ח, כה ע"ד, בעניין הוסיפו לו אחת יחידה, ש"משום שע" מעותיו של זה ורגליו של זה שניהם חולקים". ואולם, הוא דוחה דרך זו משום שרש"י ותוספות פירשו את הבבלי שלא כפירוש הירושלמי, ואומר: "ע"כ [=על כרחך] דאנן לא קיי"ל [=קיימא לן] כהך ירושלמי". ולא הביא הנוגע לעניין זה (ראה שער שלישי אדם שקיבל טובת הנאה עקב שליחותו).

²² מגדולי חכמי ספרד ה' אלפים " – ה' אלפים פ' (1250 – 1320) בערך.

²³ חידושי הריטב"א, ב"מ לה ע"ב, ד"ה אלא תחזור.

²⁴ וראה להלן, בדברי הרשב"א, המובאים בהערה 25.

²⁵ והשווה חידושי הרשב"א לב"מ, שם במשנה: "וטעמיה דרבי יוסי משום דשואל שומר רכעל הפרה חשבינן ליה לגמרי, ולא מצי אמר ליה לאו בעל דברים דידי את..."; והשווה תשובת הרשב"א, חלק ב, סימן שסט (ראה נ' רקובר, המסחר במשפט העברי, ירושלים תשמ"ח, שער חמישי, פיצויים על עיכוב כספים, כשדן במי שעשה רווחים מכספי חברו, עמ' 139, ותשובת הרשב"א בעמ' 143, 167, 224), הרשב"א העלה את השאלה: "ואם נפשך לומר עוד: אפילו בששלת בהן יד לקנות לעצמו, היאך הלה עושה סחורה במעותיו של זה?". אבל הוא אינו מסתמך על הלכת ר' יוסי, אלא על שתי הלכות אחרות, שמהן משתמע בכיכול, שאין אדם עושה סחורה במעותיו של אחר (והן: סוגיית ב"מ עד ע"א, הדנה בשלושה שנחנו כסף לקנות להם סחורה והלך וקנה לאחד מהם; ותוספתא ב"מ, פרק ד, יא, בעניין מי שנתן מעות לחברו ליקח לו פירות, שאם יש עדים שלקח ומכר, מוציאין מידו בעל כרחו), אלא שאחר כך דחה הרשב"א את האפשרות להביא ראיה משתי סוגיות אלו. וכן ראה לשון תוספות רבנו פרץ לב"מ, שם: "וי"ל היינו טעמא דר' יוסי משום דשוכר כשלוחו של משכיר וא"כ הוי כמו השאילה המשכיר עצמו לאותו אחר".

²⁷ וראה שיטה מקובצת לב"מ שם, ד"ה והשואל, בשם תוספות שאנץ: "רשמא היינו טעמא דר' יוסי דתשוב שוכר כשלוחו של משכיר".

היסוד המשפטי לזכותו של בעל הנכס ברווחים

3. מניעת התעשרות על חשבון הזולת
על יסוד מניעת התעשרות על חשבון הזולת, מבסס הרמ"ך את דינו של ר' יוסי. וכך מובא ב"שיטה מקובצת"²⁸: "ולענין פסק הלכה כתב הרמ"ך, וזה לשונו: 'השוכר פרה והשאילה השוכר ומתה כדרכה, משלם השואל לבעל הפרה ולא לשוכר, שאינו בדין שיהא זה עושה סחורה בפרתו של חברו, ויהא זה נשכר בשל משכיר, והמשכיר מפסידו'²⁹.

פרק שלישי

רווח מעבודתו של הזולת

הלכת ר' יוסי שימשה יסוד להלכות חדשות, שהוחל בהן העיקרון שבדבריו. דומה שאנאלוגיה מרחיקה לכת להלכת ר' יוסי, נקבעה על ידי הרמ"ה, ר' מאיר הלוי אבולעפיה³⁰. חידושו הוא בתחום דיני העבודה. מדובר בבעל הבית שאמר לאחר לשכור לו פועלים, ונקב בגובה שכר העבודה שהוא מוכן לשלם להם, והלך הלה ושכר פועלים בשכר גבוה יותר. הדין במקרה זה הוא, שאם אמר בעל הבית: "שכור לי בשלושה", והלך הלה ושכר בארבעה, אם אמר השליח: "שכרכם עלי" נותן להם ארבעה, וחוזר ונוטל מבעל הבית מה שההנהו. כלומר, אם ההנה את בעל הבית ביותר משלושה – יטול יותר משלושה, ובכך יקטן הפסדו של השליח, או אפילו יימצא מרוויח³¹. הרמ"ה מחדש בדין זה, שאין השליח זכאי לקבל מבעל הבית את מה שההנהו, אלא רק עד כדי גובה השכר, ששילם השליח לפועלים, היינו עד ארבעה, ולא יותר. נימוקו להלכה זאת הוא, שלא יעשה הלה סחורה בפרתו של חברו.
וזה לשון הטור³²: "וכתב הרמ"ה דווקא עד ארבע, אבל יותר אינו נוטל מבעל הבית, ואפילו שהמלאכה שוה יותר, שלא היא עושה סחורה בפרתו של זה"³³.
נשאלת השאלה, מהי כוונת הרמ"ה בביטוי "פרתו של חברו", שכביכול עושה בה השליח "סחורה", אם יקבל מבעל הבית יותר ממה ששילם לפועלים? מדברי הרמ"ה, ב"דרכי משה", משמע, לכאורה, שהכוונה היא לעבודתם של הפועלים, שהרי בשעה שהסביר את דברי הרמ"ה אומר: "דכיצד הוא ישתכר בפרתו של חברו, ר"ל בפעולת הפועלים, ואע"ג

²⁸ שיטה מקובצת לב"מ, שם, ד"ה ולענין פסק.

²⁹ ומינים: "מיהו אי ליכא לאשתלומי מיניה רשואל, שהוא עני, השוכר נמי פטור".

³⁰ מגדולי חכמי התורה בספרד ד"א חתקכ"ה (1165) בערך – ה"א ד' (1244).

³¹ ראה: ב"מ עו ע"א; טור, ושר"ע ח"מ, סימן שלב, סעיף א.

³² טור ח"מ, שם; וראה להלן, ליד ציון הערה 121, שהסתמכו על דינו של הרמ"ה, במבטח רכושו של אחר.

³³ הלכה זאת של הרמ"ה לא הובאה בשולחן ערוך לא על ידי המחבר ר"י קארו, ולא על ידי הרמ"ה, אבל הובאה על ידי נושאי הכלים של השולחן ערוך. ראה: סמ"ע לשו"ע, סימן שלב, ס"ק ב; ש"ך, שו"ע, שם ס"ק ג, ועיין שם בדבריהם.

העושה סחורה כנכס חברו

דשליח יכול להפסיד, לא יוכל להרויח³⁴. אם אמנם זהו הפירוש לדברי הרמ"א, הרי שאנו למדים מכאן דין חשוב והוא שהטענה: "כיצד הלה עושה סחורה" וכו', אינה רק טענתו של מי שעושים סחורה בפרתו, אלא יכולה היא להיות גם טענה שיוכל לטעון אף צד שלישי, שלא נעשתה הסחורה בפרתו, כטענת הגנה כנגד מי שתוכע ממנו תשלום. ובמקרה שלפנינו, יוכל בעל הבית לטעון טענת הגנה זו, ולא יצטרך בעל הבית לשלם לשליח את כל מה שההנו אותו הפועלים כשליחות השליח, אף שהפועלים עצמם אינם זכאים לקבל שכר עבודה גבוה מן השכר שהוסכם.

פרק רביעי

משכיר נכס גזול

הרמ"ה מחדש חידוש נוסף. הוא דן כמי שגזל נכס חברו והשפירו לאחר, וקיבל דמי שכירות, וקובע שהגזול צריך להעביר את דמי השכירות לבעלים. ואלה דבריו על הגמרא בבבא קמא צו ע"א, בדבר התוקף ספינתו של חברו ועשה בה מלאכה³⁵: "והני מילי היכא דעשה ביה מלאכה, אבל היכא דאוגרה לאחרינא ושקיל אגרא, אף על גב רנחית לה בתורת גזלנותא נמי, כיון דהוה קיימא לאגרא גבי מרה קמא והוא דנחית לה בתורת אגרא מרעת הגזולן – מחייב לשלומי אגרא לבעליה, דאכתי לא קניה גזלן קנין גמור אלא לחיובי עלה באונסין. אשתכח, דהאי אגרא דשקיל גזלן מיניה דשוכר ממונא דנגזל קא שקיל, ומחייב לאהדורינהו לנגזל...".

בטור, חושן המשפט³⁶, הובאו דברי הרמ"ה בשינוי לשון קצת. דבר זה פתח פתח להסכרת דברי הרמ"ה בדרך מצמצמת. המלים: "ושקיל אגרא", שבדברי הרמ"ה ב"שיטה מקובצת", אינן באות בלשון הרמ"ה שבטור. לכן, יש שביקשו להגביל את דברי הרמ"ה למקרה שעדיין לא קיבל הגזולן את דמי השכירות מן השוכר, ואילו אם כבר קיבל את דמי השכירות הרי הם שלו³⁷. אמנם גם בלשון הטור נאמר: "נמצא כשנטל הגזולן השכר מן השוכר – ממונן הגזול הוא נוטל וצריך להחזירו לו". אבל נראה שנתפרשו מלים אלה על ידי המצמצמים, שהם בחינת נימוק לכך שהגזולן אינו זכאי לכתחילה לקבל את דמי השכירות משום שהם שייכים לנגזל.

מכל מקום, דרך זו של פירוש דברי הרמ"ה נסתרת מכוח לשונו של הרמ"ה, המובאת

³⁴ דרכי משה לטור, שם.

³⁵ שיטה מקובצת, ב"ק צו ע"א, ד"ה ולענין פסק.

³⁶ סימן שסג, סעיף ה.

³⁷ ראה: שלטי הגבורים לר"ף, ב"מ פרק ה (לו ע"א בדפוס וילנא); וראה להלן, בהערה 40. אמנם משתמע מדבריו שאם נטל הגזולן את דמי השכירות לאחר שהוציא הנגזל את הגולה מתחת ידו, אין נפקא מינה לכך שדמי השכירות כבר הגיעו לידיהו.

ב"שיטה מקובצת", שממנה משתמע, שדבריו אמורים גם במי שכבר קיבל את דמי השכירות³⁸.

ר' יוסף קארו השיג על הלכת הרמ"ה³⁹. ר' יוסף קארו מביא את דברי מי שהסביר שפסק הרמ"ה כן מטעם שאם לא כן לקחה מידת הדין, אלא שהוסיף, שהוא עצמו אינו מסכים לא עם הפסק ולא עם הטעם: "ומ"ש [=ומה שכתב] בשם הרמ"ה... כתב החכם המרשים שהטעם משום דאל"כ [=דאם לא כן] נמצא לפעמים הגולן משתכר ולקחה מדת הדין, עכ"ל. ובעיניי יפלא פסק דינו של הרמ"ה, דכיון דקיי"ל [=דקיימא לן] כל הגולנים משלמים כשעת הגזילה, מה לי עשה בה מלאכה בעצמו מה לי השכירה לאחר⁴⁰...; ומ"ש החכם המרשים דלקחה מדת הדין אינה טענה דהא עדיפא מינה אשכחן שבח גזילה גולן הוי".

אבל הרמ"א, ב"דרכי משה", מאשש את פסק הרמ"ה, ודוחה את השגותיו של ר"י קארו, בין היתר מתוך הסתמכות על הלכת ד' יוסי⁴¹: "ואין ברבריו שכתב טענה כלל, דמה שטען 'מה לי עשה מלאכה בעצמו' כו', השוכר פרה והשאלה לאחר ומתה או נאנסה יוכיח, דאילו עשה מלאכה בעצמו ומתה – פטור, ואילו השאלה לאחר ומתה – התשלומין חוזרים לבעלים הראשונים, משום דהו"ל [=רהוה ליה] הלה עושה סחורה בפרתו של

³⁸ וראה: שו"ת שואל ומשיב, מהדורא הליחאה, חלק ב, סימן קמו, דף מג, טור ג, שאף הוא מבאר את דברי הרמ"ה בדרך דומה לפירושו של בעל "שלטי הגבורים".

³⁹ בית יוסף לטור, שם.

⁴⁰ וראה: שלטי הגבורים, שם, שחמה על דברי הרמ"ה, מתקנת השכים: "הא כל שבח דגזילה דגולן הוי, וכך שיך תקנת השכים כשבח דאתי ליה בגזילה ע"י עצמו". ומכאן בא לצמצם את דברי הרמ"ה רק למקום שעדיין לא הגיע השבח ליד הגולן (ראה לעיל, ליד ציון הערה 37), שאז איך מתקיים הטעם שקשה גזל הנאכל, ודומה הדבר לשכת של יוקר שאין אומרים שיהנה הגולן מן היוקר על יסוד תקנת השכים, כיוון שעדיין לא הגיע השבח ליד הגולן, אבל אם באו דמי השכירות ליד הגולן, הרי הם שלו.

בעניין תקנת השכים, ראה ר"י מלוניל, לכ"ק צו ע"ב, ד"ה סוף סוף (מובא גם ב"שיטה מקובצת" לכ"ק, שם): "סוף סוף גזלה היא והא הדרא בעינה וכיון דבעינה הדרה אם נהנה ממנה אין לחוש על זה, דהא לא הקפירה תורה על שכת דבהמה, כמו שהקפידה בשבת גופן, דכתיב יק שבחו יתן' [לכאודה משמע מדבריו שאם הייתה התורה מחייבת בשכת בבהמה היה חייב לשלם, על אף ש"בעינה הדרה", בתורת מוזיק. וראה: קצות החושן, לסימן שסג, ס"ק ב, שקנייני גזילה אינם פוטרים מתשלומי נזק], ומשני פשיטא ודאי דלאו דינא דלישלם כלל משבח', אלא דגולן ליהוי כוליה שבח משום תקנת השכים, אלא האי גולן מפורסם הוא ורגיל, ורצה רב נחמן לקנסו". ולא בדרה התוספת "משום תקנת השכים", שהרי הפטור אינו מצד התקנה אלא משום שלא חייבה התורה בשכת בהמה. וראה גם: שלטי הגבורים לכ"ק פרק ט, אות א (לד ע"א בדפוס וילנא). וראה להלן, הערה 44, ברברי הסמ"ע, על תקנת השכים. וכן ראה טודי זהב, לשו"ע חו"מ, סימן שסג, סעיף ה; וראה: חבצלת השרון, חלק ב, חו"מ סימן כט, דף כג, טור ד, "שלא מציתו חולק על השטמ"ק והסמ"ע והשי"ג והט"ז [=ה"שיטה מקובצת" והסמ"ע וה"שלטי הגבורים" וה"טורי זהב"], דעיקר הפטור כאן משום תקנה"ש [=תקנת השכים]. וראה: מחנה אפרים, הלכות גזלה, סימן ט; שו"ת חכם סופר, חו"מ, סימן קסה, בסופו. להסכרת דעתו של הרמ"ה, ראה גם: בית אפרים, חו"מ, סימן כח; דף נו, טור ג, ואל"ך. וראה עתה: א' ורהפטיג (המצויין לעיל. שער ראשון, הערה 99), עמ' 239.

⁴¹ דרכי משה, טור, שם ס"ק ב.

העושה סחורה בנכס חברו

חבירו, כמבואר לעיל סימן ש"ז, וה"ה [= והוא הדין] כאן, אע"ג דאין הגזלן צריך לשלם מביתו רק כשעת הגזילה, מ"מ מה שקבל עליו שכר לא יעשה סחורה בפרתו של חבירו. ומה שטען יעוד דעדיף טפי כו', גם זה אינו כלום, דהא השוכר לא שכרה מתחילה אלא ליתן השכר ולכן השכר שנותן מגיע לבעלים וזכו בהן כאילו הם השכירוהו לו⁴². בעקבות דבריו אלה פסק הרמ"א להלכה, בשולחן ערוך, כדברי הרמ"ה⁴³: "ואם שכרה הגזלן לאחר – צריך להחזיר השכר לבעלים, הואיל ועומדת להשכר"⁴⁴. דעת הרמ"א היא אפוא שבסתירה בין ריני גזלן (לפיהם שבח הגזלה לגזלן) לדינו של ר' יוסי, העדיפות נתונה לדינו של ר' יוסי. לכן יש לתת את דמי השכירות בנידונו לבעלים, ולא למשכיר. אשר לשאלתו של ר"י קארו מה לי עשה מלאכה בעצמו ומה לי אם השכירה לאחר, אומד הרמ"א שמצינו דוגמה לכך בדיני שומרים, ששוכר שעשה מלאכה בפרה בעצמו, ומתה הפרה, אינו משלם רמיה לבעלים, ואילו אם השאילה לאחר – חוזרים דמיה לבעלים מן הטעם: "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו". ואשר לשאלת ר"י קארו שבדיני גזלה מצינו ששבח גזלה לגזלן (ואין אומרים: "כיצד הלה עושה סחורה וכו'), משיב הרמ"א, שכיוון שכאן ישנו שוכר החייב לשלם דמי שכירות, והשאלה היא למי ישלם את דמי השכירות, אין אומרים: שבח גזלה לגזלן, אלא אומרים: דמי השכירות לבעלים⁴⁵.

פרק חמישי

משכיר נכס שאינו שלו

הדין אצל הרמ"ה עניינו השכרת נכס מיטלטל, שאפשר לגזול, ואילו אצל הרשב"א⁴⁶ נידונה שאלת השכרת מקרקעין, שאי אפשר לגזול. הרשב"א דן באדם שהשכיר בית לדייר, ולאחר מכן התברר שהבית שייך לאחר. הגמרא בבבא קמא קובעת, שאם הבית אינו עומד להשכרה, אין הדייר חייב בתשלום דמי שכירות לבעלים⁴⁷. הרשב"א דן בשאלה: מה הדין אם כבר שילם הדייר דמי שכירות למי שהשכיר לו, אף שאינו הבעלים? על כך הוא

⁴² וראה להלן, הערה 49.

⁴³ שו"ע חו"מ, סימן שסג, סעיף ה, בהגהה.

⁴⁴ ראה: סמ"ע לשו"ע, שם, ס"ק יג, שלא חלה כאן תקנת השבים, וראה לעיל, הערה 40; וראה: ביאורי הגר"א לשו"ע, שם, ס"ק יב; וראה: טבעת חתושן, סימן שסג, על דברי "נתיבות המשפט", שם, ס"ק ט, ששואל עליו שלכאורה אם אין לו רשות ייעשה גזלן וממילא יהיה השכר שייך לו דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזלה. וכן עיין שם להלן בדבריו, ואינו מזכיר מן הרבנים שלמעלה. וראה להלן, הערה 63, דברי "נתיבות המשפט".

⁴⁵ דומה שבוה סרה תמיהתו של ר"י שנתזון על הרמ"א. ראה כש"ת "שואל ומשיב", מהדורא תליתאה, חלק ב, סימן קמו ודף מג, סוף טור ב; וראה עוד: אמרי בינה, חלק א, שו"ת, סימן א, אות ו-ז.

⁴⁶ ר' שלמה בן אברהם בן אדרת. גדול חכמי ישראל בספרד כדור שלאחר הרמב"ן, ברצלונה, ד"א התקצ"ה (1235) – ה"א ע' (1310).

⁴⁷ ראה: בכלי ב"ק כא ע"א; וראה לעיל, שער ראשון.

משכיר נכס שאינו שלו

אומר שנוטלים מן המשכיר את דמי השכירות ששילם הלה, והוא מסתפק אם יש לתתם לבעל הבית כדי שלא יהא הלה עושה סחורה בפרתו של חברו, או שמא יש להשיבם לדייר, שכיוון שאין הבית עומד להשכרה, יאמר הדייר לבעל הבית: מה חיסרתך. וזה לשון הרשב"א⁴⁸: "והיכא שנתן כבר שכירות לראובן לעולם מוציאין אותו ממנו, שהרי השכיר מה שאינו שלו, ואפשר דנוחנה לשמעון דהיאך עושה סחורה בביתו של זה, ואף על פי שאינו עומד לשכר, כיון שיורד לה בתורת שכירות ופרע, כבר זכה בו ראובן לשמעון⁴⁹. ואפשר שמוציאין מראובן ומחזירין לשוכר ולא לשמעון, שיכול לומר מאי חיסרתך".

המיוחד בדברי הרשב"א הוא, שאף שאין למשכיר את הבית זיקה כל שהיא לבית, לא זיקה פיוזית ולא זיקה משפטית, ולא נוצרו יחסים משפטיים כלשהם בינו לבין בעל הבית, אף על פי כן עשוי בעל הבית להיות זכאי כלפיו בקבלת דמי השכירות. ספקו של הרשב"א אינו אם אומרים: "כיצד הלה עושה סחורה" וכו'. לדידו ברור, כנראה⁵⁰, שאם הכסף אינו חוזר ליד השוכר, יכולים הבעלים לתבוע את הכסף מיד המשכיר⁵¹, אלא שהוא מסופק (בדייר ששילם כבר דמי שכירות), אם הדייר זכאי לקבל חזרה את דמי השכירות⁵².

⁴⁸ חידושי הרשב"א לבי"ק שם, ד"ה הכי קאמר נמצא. דבריו מובאים בכ"ח יוסף, שר"ע חו"מ, סימן שסג, סעיף ז.

⁴⁹ באן משתמש רשב"א, לצורך זכיית הבעלים בדמי השכירות, במוסד השליחות, שהמשכיר זכה לבעלים, אף שהתכוון המשכיר לקבל את דמי השכירות לעצמו. וראה לעיל, בדברי הריטב"א והרא"ש. ליד ציון הערות 23, 26, וכן בדברי הרמ"א, ליד ציון הערה 42, ולהלן, בהערה 51.

⁵⁰ אבל לא בוודאי, משום שיתכן שלדעת הרשב"א, אין וודאי אלא שמוציאים את דמי השכירות מן המשכיר, ואילו זבח הבעלים אינה אלא בגדר "אפשר".

⁵¹ בשו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן קלח, מובא שאין לבעלים עילת תביעה כלפי המשכיר: "ואין לשמעון על ראובן שום תביעה, אלא על לוי. ואע"פ שלוי טוען שנתן הכל לראובן, שאין ראובן בעל דינו אלא לוי ואפי' טען לוי שלא שכר ממנו אלא מראובן כמו שכתבת, חייב לוי ליתן לשמעון שכר תלקו שדין שמעון עם לוי כדין ראובן עם לוי".

ואף בנימוקי יוסף, לבבא מציעא, פרק ח (נח ע"א בדפוס וילנא), מובאים דברים סותרים בשם הרשב"א: "ובדלא קיימא לאגרא נמי דאין צריך להעלות שכר לבעלים, אי יהבי למשכיר – מפיק מיניה, דהא ארעא לאו דיריה הוא, ומיהו אפילו למארי ארעא לא מיחייב, הלכך כה"ג [=כי האי גוונא] דעיקרא דמילתא מחילה בטעות הוא לא היא מחילה. מיסוד הרשב"א ז"ל. עכ"ל הרנב"ר [=רב נסים בר ראובן] ז"ל". אבל שם בהמשך מובאים דברים הפוכים: "עוד כתב הרשב"א ז"ל בחדושו, ומיהו מסתברא דאפילו לא היתה החורבה עשויה לשכר ולא היו מעלין ממנה שכר מעיקרא כלל, אם עמד זה וכנאה והשכירה אצל אחרים מתשבין לו כל מה שקבל בשכירות הבתים, מדרכי יוסי דאמר כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו, ואנו רואים הדר בו בשכר באילו הוא שוכר של בעל התצר". דברי "נימוקי יוסף" הובאו בכ"ח יוסף, לטור חו"מ, סימן שעה, סעיף ז (על התפישה המשפטית שהמשכיר הוא שלוחו של הבעלים, ראה לעיל, הערה 49); וראה: בני אהרן (לפפא), סימן א (דף ב, טור ג), שעמד על סתירה זו, וכיצד ניסה ליישבה. בתשובת רכי מדרכי קלעי, שם, סימן ב (דף ה, טור א), ניסה ליישב סתירה זו ולומר: שדבריו הראשונים של הרשב"א הם מצד הדין, בעוד שדבריו השניים הם כשהשוכר מבקש לשלם, והשאלה היא: למי ישלם?

⁵² ובשו"ע חו"מ, סימן שסג, סעיף ט, נפסק, שמחזיר את השכר לדייר: "י"א דהא דאמרינן דבתצר שאינו עומד לשכר אינו צריך להעלות לו שכר, אפי' אם שכרו מאתו, שהיה סבור שהוא שלו ונמצא שאינו

העושה סחורה בנכס חברו

ביחסים שבין בעלים למשכיר סבור הרשב"א שיש לפעול לפי העיקרון "כיצד הלה עושה סחורה" וכו', ואילו ביחסים שבין הדייר לבעל הבית מסופק הרשב"א שמא יש לפעול לפי העיקרון "זה נהנה וזה לא חסר".
ויש להעיר, שחכמים משתמשים לפעמים בכיטוי: "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו", על דרך השאלה, כלי שתשמש הלכה זו יסוד לדבריהם.
כך כתובתו של מהר"ם בר' ברוך⁵³, בעניין אדם שביקש מחברו לקנות לו בגדים מנכרי, ונתן לו מעות לשם כך, וקנה הלה את הבגדים, אך לא שילם את דמיהם, ושכח הנכרי את המגיע לו, ולאחר מכן נעלם הנכרי⁵⁴. מהר"ם פסק שהמעות שייכים לקונה ואין השליח זוכה בהן: "וא"כ כל זמן שהמעות ביד שמעון הם ברשות ראובן, ואם שכחם העובד כוכבים ולא נמצא העובד כוכבים אח"כ, כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו, אלא יחזור המעות ליד בעלים הראשונים...". כתובתו מבסס מהר"ם את פסקו על כך שהכספים הם של המשלח, וממילא יש להשיבם לו. הכיטוי "כיצד הלה עושה סחורה" וכו', אינו בא אלא להמחיש את זכותו של המשלח ברווח הנובע מהעובדה שלא נפרע החוב.

פרק שישי

שוכר המשכיר בהשכרת משנה

1. רשות להשכיר בהשכרת משנה, והזכות לדמי השכירות
היקש מדינו של ר' יוסי לדינו של שוכר שמרוויח על ידי השכרת משנה, מקיש ר' יוסף חביבא⁵⁵, ב"נימוקי יוסף"⁵⁶. הוא דן במי ששכר בית והשכירו לאחר בדמי שכירות גבוהים

שלו, אין צריך ליתן לו שכר, אף על פי שנכנס על דעת ליתן לו שכר. ואפילו אם נתנו לזה ששכרו ממנו – צריך להחזירו".

אמנם דברי השר"ע כהמשך מגומגמים: "ואם נתן לו השכר, כיון שהוא ברור שבטעות יהב ליה – תייב להחזירו". למי נתן את השכר? אם למי שהשכיר לו, הרי כבר נאמר למעלה שחייב להחזירו. הסמ"ע, בס"ק כג, מפרש: "ר"ל אף אם נתן לו השכר, כיון כו'"; בנתיבות המשפט, שם, ביאורים, ס"ק ז, הבין: "כוונתו [של הסמ"ע] שזה קאי על שנתן השכר לגולן, ונתינת טעם הוא על מה שכתב למעלה יאפי' אם נתנו; דכשנתן השכר להנגזל ודאי דאין תייב להחזיר, כמו בסעיף י' שכתב יומיהו אם בא ליד שמעון". לדברי "נתיבות המשפט" אם שילם הדייר לבעל הבית, אין בעל הבית תייב להחזיר. אבל הדימוי לנאמר בסעיף י' אינו ברור כלל, שהרי מדובר שם בתצר העשויה לשכר, ואילו בסעיף ט' מדובר בתצר שאינה עשויה לשכר.

⁵³ מאחרוני בעלי התוספות. נולד בורמייזא בשנת ר"א תתקע"ה (1215), ונפטר ככלא אנויסהים שבאלזס בשנת ה"א נ"ג (1293).

⁵⁴ תשובת מהר"ם בר' ברוך מובאת במרדכי לכתובות, רמז נח, והובאה גם במרדכי לב"ק, רמז קסח-קסט; וראה: שו"ת בית יצחק, חו"מ, סימן נה, אות ג, שהבין כנראה את דברי מהר"ם מעבו למשמעותם המקורית.

⁵⁵ מחכמי ספרד בסוף המאה השניה לאלף השישי (תחילת המאה ה"ט").

⁵⁶ נימוקי יוסף לב"ק, פרק ב (ט ע"א ברפוס וילנא).

מאלה שהוא משלם, והוא מבחין בין רייר שהיה רשאי להשכיר את הבית לאחר לבין דייר שלא היה רשאי להשכירו: אם היה רשאי להשכירו – הרווח לעצמו, לא היה רשאי להשכירו – הרווח לבעל הבית. כראיה לכך הוא מביא את הלכת ר' יוסי, ואלה דבריו: "עוד אני אומר, היכא שהמשכיר שכרה מבעלה בזול, והוא שכרה לאחר כיוקר, נחזי אנן: אם לא היה רשאי לשוכרה לאחר, כגון שהיו מרוכין בני ביתו של זה האחר, שורת הדין נותנת שיתן מותר השכירות שהרויח לבעל הבית, דאיך יעשה זה סחורה בביתו של חברו, כדאמרינן פרק המפקיד (דף לה ע"ב) דקיימא לן כרבי יוסי דאמר, גבי השוכר פרתו של חברו והשאלה לאחר ומתה, תחזור לבעלים הראשונים, כלומר שהבעלים הראשונים מקבלים דמיה, ולא השוכר, דכיצד השוכר יעשה סחורה בפרתו של חברו. והוא הדין הכא. ומיהו אם היה רשאי לשוכרה – כגון שהתנה עמו הוא, או שלא היו בני ביתו של זה האחר אשר שכרה לו מרוכים ממנו – נראה שהריוח למשכיר זה, שהרי בשעה ששכרה לו הבעל הבית בסך זה ולא התנה עמו כלום יכול להשכיר, וכיון שהדין נותן שיכול להשכירה כדאמרינן, מה נשאר עליו שיערער, אי משום שקשה עליו מה שמרויח זה, וכי מי לא עסקינן שאפילו היה מרויח מן המשכיר עצמו, שלא היה מוצא כל כך בזול מאחר, אפילו הכי שכרה לו בכך, ומה לי ריוח זה, מה לי זה. ועוד דזה נהנה וזה אינו חסר. ולא דמי לפרה דרבי יוסי, שאין השוכר רשאי להשכיר וכל שכן להשאל. כך נראה לי".

כשם שביסס "נימוקי יוסף" את דעתו בדבר שוכר שלא היה רשאי להשכיר לאחר, שהרווח הוא לבעל הבית, על הלכת ר' יוסי, כך הוא עמל להוכיח שכאשר היה השוכר רשאי להשכיר לאחר, הרווח הוא לעצמו ולא לבעל הבית. לדעתו, אין בעוכרה שהשוכר מרויח מהשכרת המשנה כדי לזכות את בעל הבית ברווח, שהרי השוכר פעל במסגרת הרשות הנחונה לו להשכיר, ולכן אין בעל הבית יכול לערער על ההשכרה עצמה. ואשר לעניין הרווח שמרויח השוכר – אין כאן עילה לתביעה, שהרי דומה הדבר למי ששכר בית בדמי שכירות זולים מדמי השכירות הראויים להשתלם בעדו – וכי תהא לבעל הבית עילה לחבוע את יתרת דמי השכירות, מעבר לדמי השכירות המוסכמים? ועוד מסתייע "נימוקי יוסף" בהלכה "זה נהנה וזה לא חסר – פטור".

אמנם דבריו, שהלכת ר' יוסי, המזכה את בעל הבית ברווחים, אמורה בשוכר שלא היה רשאי להשאל את הפרה לאחר, מצריכים כירור, שהרי העמידה הגמרא⁵⁷ את משנתנו "בשנתנו לו הבעלים רשות להשאל"⁵⁸.

⁵⁷ ב"מ לו ע"א.

⁵⁸ קושיה זו הקשו רבים. ראה: בני אהרן (לפפא), סימן א (דף ב, טור ב); מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן יט. על הסמ"ע לשר"ע סימן שז, ס"ק ה, שכתב על הלכת ר' יוסי, שם, סעיף ה: "פי' אם עבר על צווי חכמים, והשאלה לאחר", השיג הש"ך שם, בס"ק ב: "ולחנם דחק, אלא מיירי בשנתן לו רשות להשאל כשירצה, והכי איחא בש"ס"; קצות החושן, סימן שסג, ס"ק ח; ביאורי הגר"א לשר"ע חו"מ, סימן שסג, ס"ק ל; וראה: מנחת פחים (אריק) לשר"ע חו"מ, סימן שז, סעיף ה, שלדעתו לא עלה על דעת סמ"ע מעולם לומר דדוקא בשעבר על צווי חכמים הדין כן, אלא שלרכוחא נקט שלא ברשות, שהרי אם השאל ברשות גם רבנן יהיו לר' יוסי שדמי הפרה שייכים לבעלים, על פי הגמרא בדף לו ע"א, לא מפני שהלה עושה סחורה בפרתו של חברו, אלא משום שהשאל השוכר בשמו של הבעלים. ואם אמר לו שהוא רשאי להשאל לרצונו, מודה הסמ"ע שלדעת ר' יוסי דמי הפרה לבעלים, ואין מחלוקת בינו לבין הש"ך. ועוד, מדברי המחבר משמע, שאין דמי הפרה שייכים לשוכר אלא אם כן התנה בפירוש שיהא

העושה סחורה בנכס חברו

ונראה ש"נימוקי יוסף" סבור, שדברים אלה לא נאמרו אלא לרעת אביי⁵⁹, שהקפדה בשומר שמסר את הפיקדון לשומר אחר היא משום "אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר". אבל לפי מסקנת הגמרא, היינו לפי רעתו של רבא⁶⁰, שהטעם להקפדה הוא משום "את מהימנת לי בשבועה האין לא מהימנ לי בשבועה", אין להעמיד את המשנה בנתנו לו הבעלים דשות להשאילה לאחר⁶¹, אלא כפשוטה – כשלא נתנו לו הבעלים דשות. את הלכת "נימוקי יוסף", הביא הרמ"א להלכה, כהגהותיו לשולחן ערוך⁶²: "השוכר בית מחבירו וחזר והשכירו לאחרים ביותר ממה ששכרו, אם היה לו דשות להשכירו לאחרים, בענין שנתבאר לעיל סי' שיו המותר הוא שלו, ואם לא היה לו דשות להשכירו המותר לבעלים"⁶³.

דינו עם השואל (ראה הערה 62), ועל הלכה זו לא חלק הסמ"ע. אמנם ה"נימוקי יוסף" בוודאי סובר, שאם השאל ברשות – דמי הפרה לשוכר, אלא שעל כך הוא אומר, שכבר כתב ב"מחנה אפרים", שדברי "נימוקי יוסף" חמוהים. עיין שם.

⁵⁹ ב"מ שם.

⁶⁰ ב"מ לו ע"ב.

⁶¹ ראה דברי הריטב"א לב"מ, שם, מהדורת האלפערן, המובאים בשיטה מקובצת לב"מ שם: "אבל אליבא דהלכתא מתני' כפשוטה, וטעמא דאין רצוני וכו' ליתא אלא בלכחחילה ולעשות קפידא... אבל בדיעבד לא דינינן ליה כפושע לחיבו..."; וראה: בית המלך (חסון), חו"מ, סימן ז, (דף מז, טור ד); שו"ח פנים מאירוח, חלק א, סימן עב; חלקת יואב, מהדו"ת [=מהדורא תניינא], סימן טו, בסופו; הגהות אמרי ברוך לשר"ע, סימן שז, סעיף ב; שו"ת מהרי"א הלוי, חלק ב, סימן עז, ראה להלן, ליד ציון הערה 81 ואילך; ב"בית המלך", שם, מעיר שלא מצינו שפוסקים כן, שאם נתן בעל הבית דשות לשוכר להשכיר – הרווח לשוכר. לכן הוא מפרש את הגמרא כך שלרבא מדובר בין נתן בעל הבית דשות לשוכר להשכיר ובין לא נתן לו דשות להשכיר. וכן מפרש גם הגר"א בביאורו לשר"ע חו"מ, סימן שסג, ס"ק ל: "ואף דבא שם ב' ל"ק [=לא קאמר] אלא שא"צ [=שאין צריך] לחירוף זה". ובן ב"חלקת יואב", שם, אומר שדברי הש"ך, המפרש שדינו של ר' יוסי אמור בנתנו הבעלים דשות (ראה הערה 58), מוכרחים מדברי הגמרא בב"מ צו, אלא שאפשר ש"נימוקי יוסף" סובר שהסוגיה בב"מ צו מדברת לרעת הסוכר ש"אין רצוני" וכו' היא פשיעה; וראה: הר צבי, לטור חו"מ, סימן שסג, המסביר את דעת "נימוקי יוסף" בכך שאף חיובו של השואל באונסין אינו בעד גוף הבהמה, משום שהוא לא גרם למיתתה, אלא גזרת הכחוב היא משום ההנאה שיש לו לשואל. לכן התשלומים הם תמורת הנאת השאלה שקיבל השואל מהשוכר, ואם כן הרווח הוא מצד השוכר ולא מצד הבעלים.

⁶² הגהות הרמ"א לשר"ע חו"מ, סימן שסג, סעיף י; וראה: בית המלך (חסון), סימן ז (דף מז, טור ג), שתמה מדוע לא הביאו המחבר, אף שהביא את לשון ה"נימוקי יוסף" ב"בית יוסף".

בשר"ע חו"מ, סימן שז, סעיף ה, לענין דינו של ר' יוסי בתשלומי הפרה, נפסק: "השוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר ומתה כדרכה או נאנסה, כיון שהשני חייב, תחזור לבעלים הראשונים, שאין הלה עושה סחורה בפרתו של זה. ואם אמר לשוכר: אם תרצה תשאילנה ויהיה דינך עם השואל ויהיה דיני עמך אז ישלם השואל לשוכר". הרי שהאפשרות שיהיו דמי הפרה לשוכר – ולא לבעלים – קיימת כשאמר לו: "ואם תרצה... ויהיה דינך" וכו', אבל לא נאמר כאן שדי בנתנת דשות להשכיר לאחר, כדי שיהיו התשלומים לשוכר. משמע שהמחבר אינו פוסק כדעת ה"נימוקי יוסף". ובבית המלך, שם, טור ד, דן בפירוש דברי "נימוקי יוסף", וביקש להוכיח שאינם כפשוטם, שהרי "לא מצאתי בשום א' מהפוסקים דיאמר דין זה, ואדרבא מדברי הרא"ש והטור ורי"ו [=ורבנו ירחם] נר' [=נראה] דלא ס"ל [=סבירא להו] הכי...".

⁶³ וראה: נתיבות המשפט, חו"מ, סימן שנו, ביאורים, ס"ק ד: "ואם מכר [הגב] ביותר משויו, והבעלים

2. רשות להשכרת משנה מצד הדין ורשות מטעם המשכיר מתוך הבחנה בין רשות להשכיר השכרת משנה מטעם הדין, לבין רשות להשכרת משנה מטעם המשכיר, מבקש ר' אהרן לפפא, מגדולי חכמי ההלכה בטורקיה⁶⁴, לצמצם את תחולת הלכת ר' יוסי.

לאחר שהקשה על "נימוקי יוסף", מה בין משכיר שיש לו רשות להשכיר בשכירות משנה, לבין דינו של ר' יוסי – שהרי ר' יוסי מדבר גם כן ביש לו רשות להשכיר⁶⁵ – הוא אומר⁶⁶: "ואם כן יש אפוא חלוק גדול ביניהם. דבשלמא התם [בדינו של ר' יוסף] אינו יכול להשכירה לאחר אם לא נתנו לו הבעלים רשות, וכיון שכן נמצא שאינה שלו, אמנם בנ"ד [= בנידון דידן], שיכול להשכירה בלא רשות המשכיר, הוי שלו, וק"ל [= וקל להבין]. לדעתו, היכולת להשכיר מצד הדין, יש בה לקבוע את קניינו של השוכר בנכס, שאם מצד הדין יש לו רשות להשכירו לאחר, הרי הוא שלו. מה שאין כן כשהרשות אינה מצד הדין אלא מטעם הבעלים⁶⁷. מוכן שדבריו אלה צריכים עדיין בירור, במיוחד לאור העובדה שהוא מייחסם ל"נימוקי יוסף", ואילו "נימוקי יוסף" מדבר בפירוש גם ברשות להשכרת משנה שניתנה על ידי המשכיר⁶⁸.

ר' אפרים נבון⁶⁹ דן⁷⁰ בהשכרת משנה של מיטלטלין ונוקט בהבחנה שהכחין ר' אהרן לפפא, אבל אינו מייחס אותה ל"נימוקי יוסף", מן הטעם שאמרנו⁷¹. ר' אפרים נבון אף

רוצה בהמקח שמכר הגנב, ותובע הדמים שקיבל בעד החפץ, אין הגנב יכול לומר אתן לך דמי שויו, כדן כל הגולנין משלמין כשעת הגזילה, דזה אינו, דכיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו? כמבואר בסימן שס"ג סעיף י' בהגה"ה.

⁶⁴ בראשית המאה החמישית לאלף השישי (במאה ה"ז); שו"ת בני אהרן, סימן א, אות ג.

⁶⁵ דאה לעיל, ליד ציון הערה 58.

⁶⁶ שו"ת בני אהרן, שם, דף ב, טור ג.

⁶⁷ בהמשך הוא עומד על הקושי שבדבריו מצד הגמרא בפרק השואל, ב"מ צו, כבעל בנכסי אשתו. ולהלן שם בדבריו (כדף ב, טור ד), הוא מביא שנחלקו חכמים בשאלת יתרת דמי השכירות. וראה דין בדבריו, שם, סימן ב, בחשובת רבי מדדכי קלעי (דף ה, טור א); ודבריו של ר"א לפפא, סימן ג (דף ז, טור א). כנגד סברא זו טוען ר' מאיר שמחה מדווינסק, שדין המשנה אמור בוודאי גם כשהתנה השוכר את השכירות בזכותו להשאיל לאחר, ומאחר ששילם בעד שכירות זו, כולל בעד הרשות להשאיל, הרי כשהשאיל השאיל את קניינו: "ואין לדחות דתמן שאני שאין השוכר רשאי להשאיל רק משום שנתנו הבעלים רשות להשאיל, כדמוקי בהמפקיד, לכן שייך התשלומין לבעלים, דזה אינו, דאם לא היה רוצה השוכר ליתן הדמים כפי מה שנתן אם לא שיהיה בידו להשאיל, אילו בכה"ג [= בכהאי גוונא] לא אמריתן שתחזור פרה לבעלים, זה ודאי אינו, דמשנתנו סתמא תני, אפילו שכר מאתו במפורש שיהיה בידו להשאיל למי שירצה ועל מנת כן נתן דמי שכירותו, דנמצא דמדידה קא משאיל, ואפ"ה הרמים להבעלים".

⁶⁸ ראה לעיל, שער ראשון, הערה 78.

⁶⁹ מחנה אפרים, הלכות שבירות, סימן יט.

⁷¹ וכן משיג על "בני אהרן", בבית המלך (חסון), חו"מ, סימן ז (דף מז, טור ג). הוא מנסה ליישב את דבריו כך. בפרה, שאינו רשאי להשכירה אלא אם כן קיבל רשות מן הבעלים, נחשב השוכר כשלוחו של הבעלים, אבל בשוכר בית "שיש לו רשות להשכיר למי שבני ביתו כמותו, אף שהשכירו למי שבני ביתו יחד, ברשות הבעלים, לא חשבינן ליה כשליח ויהיה הריוח של משכיר, כיון שהיה לו רשות להשכיר למי שבני ביתו כמותו יכול הוא לומר אם לא היית נותן לי רשות להשכיר לזה הייתי משכירה למי שבני

העושה סחורה בנכס חברו

אינו מטעים את זכותו של השוכר, כשיש לו זכות להשכיר מצד הדין, בכך שהנכס כאילו הוא שלו.⁷²

3. רווח מנכס הבעלים ורווח מזכות השכירות השייכת לשוכר ר' אפרים נבון מחדש בעניין זה. הוא מבחין בין דינו של ר' יוסי לבין רין רווח מדמי שכירות. ר' יוסי עוסק בשאלה מי יזכה בדמי הפרה המשולמים על ידי השואל, כשמתה הפרה, ואילו נידונו הוא דמי שכירות. בפרה, כיוון שגוף הפרה אינו של השוכר, אומר ר' יוסי: "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו", מה שאין כן בשוכר, שיש לו במושכר קניין פירות, להשתמש במושכר כל ימי השכירות. במקרה זה בין הוא עצמו משתמש במושכר בין אחר משתמש בו, אין השוכר משתכר אלא בזכות השייכת לו.⁷³

ביתו כמוני. אבל גבי פרה אינו כן, דאינו יכול להשכיר בשום אופן כי אם ברשות הבעלים, לפיכך הרווח לבעלים".

בהמשך דבריו, שם, טור ד, הוא אומר: "זה הדין כתבו הרב שלטי הגבורים בפ' השואל בשם הר"ן את באות כמ"ש הרב הנ"י [=הנימוקי יוסף], אלא בסוף כתב וז"ל [=זה לשונן] כך העלה הר"ן ומדברי מימו' פ"ה מהלכות שכירות אין לשמוע כלל מדין זה דבהא לא מיירי וגם לא מיירי שהיה שם תנאי ועיין שם דין שוכר בית מראובן ונמצא שהוא של שמעון, עכ"ד [=עד כאן דבריו]."

⁷² במנחת פתים (אריק) לחו"מ, סימן שז, סעיף ה, ביקש להטעים את דברי "מחנה אפרים" בכך שבדבר שצריך הסכמתם של הבעלים או אומרים שהסכמתם הייתה רק להשאל, וזאת באופן שתהא השאלה זו לטובת הבעלים. ובטבעת החושן, על קצות החושן, סימן שסג, סעיף ח, קושר את ההסכמה בהיקף הקניין שנמסר לשוכר בשכירות. הוא הבין כנראה את דברי "מחנה אפרים", שאם אמנם הרשה לו להשכיר מכל מקום לא הרשה לו שיהא מותר להשכיר לו גוף קניין השכירות, שיהא הרווח שלו; וראה דברי ערך ש"י, המוכאים להלן, בהערה 74.

⁷³ וכדברים האלה מצינו בקצות החושן, סימן שסג, ס"ק ח: "אלא דקושיא מעיקרא נראה לענ"ד ליישב [הינו הקושיא מהלכת ר' יוסי על דברי ה"נימוקי יוסף", שדמי השכירות היתרים שייכים לשוכר (ראה לעיל, הערה 58)], הלא דמי לפרה דר' יוסי, דהתם השואל משלם עבור גוף הפרה, וכיון דפרה גופה דמשכיר הוא ואינו עושה בפרתו של תבירו, אבל הכא כיון דכבר קנה הבית לדיחה, דשכירות קניא, ויש לו רשות להשכירו ושכירות שנוטל דידיה הוא וה"ל [=הוה ליה] סחורה דידיה. וזה ברור". ויש לעיין מדוע לא נקט "נימוקי יוסף" הבחנה זו, בין גוף הפרה – שהיא למשכיר, לבין זכות השכירות – שהיא לשוכר. בטבעת החושן, על קצות החושן שם, מבקש להסביר את דברי "נימוקי יוסף", שאם אמנם "תשלומי השואל הוא בעבור גוף הפרה, מ"מ המחייב הוא הקניין שאלה שיש לו בהפרה, דמשום דכל הנאה שלו חייב לשלם בעבור גוף הפרה... וזהו שהכריח להנ"י [=הנימוקי יוסף] לחלק דהיכא דיש לו רשות להשאל או להשכיר הקניין השתמשות שיש לו בהדבר אין זה סחורה אלא דידיה הוא, ואין חילוק אם משלם כעבוד השכירות או גוף הפרה, והיכא דאין לו רשות חשיבא זה עושה סחורה דאין לו רשות ע"ז השכירות או השאלה".

ולפי זה סבור "מחנה אפרים", שאף שגרם המשכיר לתיוכו של השואל, אין הדבר מקנה לו זכויות בתשלומים אלה, "כיון שהתשלומין חיוב חזרה לבעלים, מה ענין שיזכה השוכר בו, אף שהוא נתן זה שיהי' כל הנאה שלו, הוא רק גורם שיהיה חייב שלא יהי' האונס פוטר, אבל החיוב בעד החפץ לא בעד השכירות" (לשון חידושי הרי"ם בהסבר מחלקותם של ר' יוסי וחכמים. ראה: חידושי הרי"ם לבי"מ לה ע"ב; ע"ב, קו, טור א, בדפוס ח"א תשי"ט); וראה חידושי הרי"ם, שם, סוף ע"ב; קכב; וראה לעיל, הערה 11.

וראה: שו"ת בית יצחק, חו"מ, סימן נה, אות ג; אור שמת, הלכות שכירות ה, ו, בסוף דבריו. אמנם בבית

שוכר המשכיר בהשכרת משנה

בעור שלעניין שוכר שהשכיר בהשכרת משנה ברשות הבעלים, גם "נימוקי יוסף" וגם "מחנה אפרים" מסכימים שרמי השכירות הם של השוכר, הרי כשהשכרה אינה ברשות הבעלים, מחרש "מחנה אפרים" שהרווח מרמי השכירות הוא של השוכר, שלא כדברי "נימוקי יוסף", שאמר שהוא של בעל הבית, ואלה דבריו: "ולא מבעיא כי נירון רידן, שיש לו רשות להשכירה לאחרים, ורדאי הרווח לשוכר, אלא אפילו אם לא היה לו רשות להשכירה לאחרים ועבר זה והשכירה לאחרים, כיון דהשכירות קיים, וכמש"ל [= וכמו שכתבתי לעיל] לרעת מקצת מרבוותא [היינו שאין השכירות בטלה בשל כך], נראה לע"ד [= לעניות דעתך] ראין אנו יכולים להוציא מירו של שוכר אם כבר בא השכירות לירו". כלומר, כיוון שהרווח הוא מן השכירות, וזכות השכירות היא לשוכר, הרווחים שייכים לשוכר אף אם השכיר לאחר שלא ברשות.

"מחנה אפרים" נרחק ליישב את חידושו זה גם על פי דברי "נימוקי יוסף". לרעתו, לא אמר "נימוקי יוסף" שאם ההשכרה אינה ברשות, רמי השכירות לבעל הבית, אלא בהשכרת בית שבעל הבית ניוזק מהשכרת המשנה, כגון שריידי שוכר המשנה מרובים מן הריידיים המקוריים. בזה בוודאי שייך לומר "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו". אבל כשאין בעל הבית ניוזק מהשכרת המשנה, אינו זכאי לקבל את הרווח מרמי השכירות. צמצום דבריו של "נימוקי יוסף" יש בו קושי, שהרי תלה "נימוקי יוסף" את זכות השוכר, כשיש לו רשות להשכיר, ב"מה נשאר עליו שיערער", ואם ההשכרה היא שלא ברשות, בוודאי יש לו מה לערער על ההשכרה. ואם אמנם הביא "נימוקי יוסף" כרוגמה לשוכר שאין לו רשות להשכיר, את המקרה שבו בני הבית של רייר המשנה מרובים מבני הבית של הריידי המקורי, אין זאת אלא רוגמה, ולא בא להוציא מכלל זה אופנים אחרים שבהם אין השוכר רשאי להשכיר את הבית השכרת משנה, כגון שהוסכם שהשוכר לא יעשה כן, שגם אז יהיו דמי השכירות של המשכיר, ובעל הבית לא יהיה חייב להוכיח שהוא ניוזק בממונו בגלל השכרה זאת.

4. רווח שהוא תמורת שוויו של המושכר ורווח העולה על שוויו "מחנה אפרים" מבקש גם לצמצם את תחולת דברי "נימוקי יוסף", ולומר שהם נאמרו רק במי ששכר בית ברמי שכירות זולים – בפחות מרמי השכירות הראויים לבית זה – והשכירו לאחר ביותר, שאז זכאי הבעלים ליתרת רמי השכירות, משום שדמי השכירות הגבוהים שקיבל השוכר הם תמורת שוויו של המושכר. אבל אם שכר השוכר ברמי השכירות הראויים לנכס המושכר, והשכיר ביותר מכך, הרווח הנותן אינו שוויו של המושכר, שהרי הבית אינו שווה דמי שכירות גבוהים כל כך, ואז הרווח שייך לשוכר ולא לבעלים, משום "זה נהנה וזה אינו חסר".

יצחק, שם, אות ד, מבקש להסביר את דברי רבי יוסי: "כיצד הלה עושה סחורה" וכו', כך שרבנן סוברים "קניין פירות כקניין הגוף", ולכן הריהו עושה סחורה בפרתו שלו, ואילו ר' יוסי מטופק בכך (ראה ב"ק צ ע"א). כיוון שפסק ההלכה הוא ש"קניין פירות לאו כקניין הגוף", הרי הוא כדעת ר' יוסי. ברם, הוא מסיים: "ומ"מ בגוף הענין יש לדבר הרבה". עיין שם בדבריו: וראה: חידושי הר"ם, לב"מ לה ע"ב (עמ' קז ברפוס ת"א תשי"ט).

להבחנה בין השכרת משנה לבין מסירת הפרה לשואל, בהסברו של רמ"ש מדווינסק, ראה להלן, הערה 107.

העושה סחורה בנכס חברו

כרם, דומה שדבריו נסתרים מלשון "נימוקי יוסף". הרי הוכיח "נימוקי יוסף", שכשהייתה לשוכר רשות להשכיר, הוא פטור, כשם שהוא פטור אילו היה שוכר מן המשכיר עצמו בפחות משווי הבית, ומרוויח בכך, ומה לי רווח זה ומה לי זה. אם כן, "נימוקי יוסף" אינו מדבר דווקא כמי ששכר בדמי שכירות הזולים משווי הבית.⁷⁴

5. הפסד שנגרם לבעלים ותוצאותיו

ר' יוסף נ' חסון נשאל⁷⁵ בעניין ראובן ששכר את ביתו של שמעון והשכירו לאחר ביותר. הוא דן בדברי "נימוקי יוסף", ולאחר מכן מבחין בין מקום שהבעלים מפסיד למקום שאין הבעלים מפסיד, ומסתמך על דברי רמ"ך המובאים ב"שיטה מקובצת"⁷⁶, האומר: "שאינו בדין שיהא זה עושה סחורה בפרתו של חברו ויהא זה נשכר בשל משכיר והמשכיר מפסיד". בנידונו, כיוון שאין לבעל הבית הפסד, יש לומר שאין השוכר צריך לשלם את יתרת דמי השכירות לבעלים. טעמו דומה במקצת להבחנת "מחנה אפרים", שהובאה לעיל. ואולם, ההבחנה הקודמת מדגישה את עובדת עשיית הסחורה בדבר השייך לבעלים, ואילו כאן הדגש הוא על השאלה האם הכעלים מפסיד, אם לאו?

פרק שביעי

ביטוח נכס הזולת

א. מבוא

הלכת ר' יוסי נבחנה מכל צדדיה, בנושא שנידון הרבה, בעיקר במאת השנים האחרונות, והוא הביטוח. שאלות רבות נשאלו בדבר אדם ששילם פרמיות ביטוח על ביתו של אחר. בדרך כלל מדובר בשוכר⁷⁷ שביטח בית שהושכר לו⁷⁸.

⁷⁴ וראה: ערך ש"י, על חו"מ, סימן שטז, סעיף א, ש"מסתימת נ"י [=נימוקי יוסף] ורמ"א ל"ג [=לא נראה] כן, אלא כיוון דאינו רשאי להשכיר לשני ל"ל [=ליכא למימר] בזה שכירות ממכר, דלאו אדעת כן השכירה, ועוד דאין אונאה לקרקע".

⁷⁵ בית המלך (חסון), חו"מ, סימן ז.

⁷⁶ שיטה מקובצת לב"מ לה ע"ב, ד"ה ולענין פסק, ראה לעיל, ליד ציון הערה 28.

⁷⁷ אשר לבעל משכנתא בנכס, המבטח את הנכס הממושכן, סבור ר' יצחק שמלקיש, שאין להחיל עליו את הלכת ר' יוסי (ואילו בשוכר הוא מסופק בדבר), ואלה דבריו: "ומ"מ בגוף הדבר, אי שייך בזה לומר א"א [=אין אומרים] עושה סחורה בשל חברו בדבר שהוא זכות מבחר, יש לעיין, ואכ"מ [=ואין כאן מקומן]. גם נראה דאם היה משכנתא והוא עושה סיקיראציע, ויש לו קנין יותר, ולא שייך א"א [=אין אדם] עושה סחורה בשל חברו, ודו"ק". ראה: שו"ת בית יצחק, חו"מ, סימן נה, אות ה; וראה גם להלן, ליד ציון הערה 123.

⁷⁸ יש להבחין בין שוכר המכטח את ביתו של המשכיר, לבין שוכר המבטח את רכושו הוא. בשו"ת דברי

ביטוח נכס הזולת

יש להרגיש, שלפעמים תשלום הפרמיות על ידי מי שאינו בעל הנכס, מחייב את בעל הנכס להשיב את הפרמיות למי ששילמן. דרך משל, כשביטח שותף נכס השייך לשותפות, או כשביטח השוכר את הבית על סמך הבטחתו של בעל הבית להשיב לו את הפרמיות. במקרים אלה יש להניח שהמבטח פועל כשלוחו של בעל הבית, וממילא הזכויות הנובעות מן הביטוח שייכות לבעל הבית.⁷⁹ אבל כשהשוכר אינו זכאי להשבת הוצאותיו, עולה השאלה, האם העובדה שהוא שילם את הפרמיות מזכה אותו ברווחים שיבואו מכך? או שמא ייראה השוכר כמי שעושה סחורה בפרתו של חברו, ולכן יהיו הרווחים לבעל הבית, ואילו השוכר יקבל רק את הפרמיות ששילם?

כפי שניווכח, בחנו החכמים את השאלה לאור הטעמים שנתנו הראשונים להלכת ר' יוסי. היינו, האם יפה כוחם של טעמים אלה גם בעניין דמי ביטוח? אולם הם חידשו גם הבחנות נוספות בין השאלת פרה לביטוח בית, בכך שהדגישו יסודות מסוימים המאפיינים השאלת פרה, יסודות שאינם קיימים בכיטוח בית בחברת ביטוח.

דומה שאח קווי הדמיון בין השאלת נכס לבין ביטוח נכס הזולת הטיב להעלות ר' יצחק אהרן איטינגא.⁸⁰

מהר"א איטינגא נשאל⁸¹ בדבר שוכר בית שביטח את הבית שהושכר לו, ונשרף הבית. כנגד תביעתו של בעל הבית לקבל את דמי הביטוח, טוען השוכר, שמאחר שהוא שילם את הפרמיות, אלמלי נשרף הבית היה השוכר מפסיד את מה ששילם, אבל עתה שנשרף הבית, והביאו התשלומים רווח, מגיע לו הרווח הנובע מתשלום הפרמיות.

בתשובתו מדגיש מהר"א איטינגא, שהדמיון לשוכר פרה והשאלה לאחר, אינו רק בתוצאה – שבפרה נבע הרווח מהשאלת השוכר, וכאן מן הביטוח על ידי השוכר – אלא גם בכך שבשני המקרים הרווח נובע מהפסד כספי של השוכר. בשוכד פרה הפסיד השוכר את דמי השכירות ששילם לבעלים, כיוון שהשאלה לאחר, ואילו בכיטוח שילם השוכר את הפרמיות, שהביאו לתשלום דמי הביטוח: "והרי גם התם מסר השוכר הפרה להשואל להתחייב באונסין, והשוכר מפסיד בזה דהוא משלם להמשכיר דמי שכירותה והשואל משתמש בה בחנם. ודמי ממש לנ"ד [=לנידון דידן], דמה לי אם השואל מקבל אחריות

מלכיאל, חלק ה, סימן קכח, נשאלה שאלה בעניין שוכר שהסכים עם בעל הבית להעלות את סכום ביטוח הבית, כך שיכסה הכיטוח גם את רכוש שוכר הבית, והלה ישלם לבעל הבית את תוספת הפרמיה. לאחר שנעשה הביטוח כמוסכם, עזב השוכר את הדירה, ולאחר מכן נשרף הבית, והשוכר מבקש את חלקו בדמי הביטוח. המשיב פסק שהשוכר זכאי לדמי הביטוח כפי חלקו. לפי זה יקבל את דמי הביטוח כפי שווי הנכסים שביטח על פי ההסכם כינו לבין בעל הבית, אף שכלפי החברה נרשם הביטוח כולו על הבית ולא על תכולתו.

נאפשר להסיק מדבריו, שהיה מזכה את השוכר גם לו כיטח השוכר את כיחו של בעל הבית, משום שלאחר שכחן את הבסיס המשפטי להסכם הביטוח, קבע: "העיקר נראה דכ"ד [=דכנידון דידן] הוי קנין, משום שכן מנהג המדינה, והוי כסטומתא", והוא מסיק: "עכ"פ הקנין הוא בנ"ד [=בנידון דידן] לבעל המעות מי שנחתן התשלום".

⁷⁹ ראה, למשל, שו"ת בית שלמה, חו"מ, סימן מח.

⁸⁰ בנו של ר' מרדכי זאב איטינגא. אב"ד פרמישלא ולבוב, תקפ"ז (1827) – תרנ"א (1891).

⁸¹ שו"ת מהר"א הלוי, חלק ב, סימן עז.

העושה סחורה בנכס חברו

אונסין או הסעקאראציע [= הכיטוח] מקבלת אחריות שריפת הבית, דהוא ג"כ אונס". אם כן, לפי ההקבלה להלכת ד' יוסי, מגיעים דמי הכיטוח לכאורה לבעל הבית, אלא שהמהד"א הלוי דוחה את ההקבלה, כפי שיבואר להלן.

להלן נביא תחילה את דעות החכמים, שלא החילו את הלכת ר' יוסי בעניין המבטח נכס של אחר, מתוך שהבחינו בין זה לזה, ולאחד מכך נביא את דעותיהם של אלה הסבורים שיש בהלכת ד' יוסי כדי לקבוע את דינו של המבטח.⁸²

ב. הבחנות בין רווחים מהשאלה לרווחים מביטוח

1. השאלה שלא ברשות

2. השואל משתמש בפרה

מהר"א איטינגא תולה אח שאלתנו במחלוקתם של הסמ"ע והש"ך, אם דינו של ר' יוסי אמור כשהשאלת הפרה הייתה לאחר קבלת דשות מן הבעלים, אם לאו.⁸³ לדעת הסמ"ע דינו של ר' יוסי אמור כשנעשתה השאלת הפרה על דעת הבעלים, ומאחר שהוא נוטה להכריע כדעת הסמ"ע⁸⁴, הדי שיש להבחין בין השאלת פרה – שנעשתה שלא ברשות הבעלים – לבין ביטוח בית על ידי השוכר, שכיוון שאין בכך משום פשיעה כלפי הבעלים, משום שלא גרם להם כל הפסד, יודה ר' יוסי שדמי הכיטוח מגיעים לשוכר ולא לבעל הבית.⁸⁵

אלא שלבסוף הוא מראה שבנידונו יודה אפילו הש"ך שדמי הביטוח שייכים לשוכר, וזאת משום שיש להבחין בין מסירת פרה, שהשואל משתמש בה⁸⁶, לבין ביטוח בית, שאין חברת הביטוח משתמשת בבית, אלא דק מקבלת על עצמה את האחריות לחשלומים, ואלה דבריו: "דדווקא אם השאיל פרתו של חברו לאחר, או השכיר בית המושכר בידו לאחר,

⁸² כשער שלישי, פרק רביעי, אנו מביאים את תשובותיהם של חכמים הדנים באפשרות של חלוקת דמי הכיטוח בין המבטח לבין בעל הנכס, על פי העקרון שכאשר הרווח בא בגרמחם של שניים – מחלקים ביניהם את הרווח.

⁸³ ראה לעיל, הערה 58.

⁸⁴ הוא מסתייע בדברי "נימוקי יוסף" שהוכחו להלכה בשו"ע (ראה לעיל, ליד ציון הערה 56), וכן בדברי השטמ"ק בשם ריטב"א (ראה לעיל, הערה 61), ומדברי רמ"ך שהביא כשיטה מקובצת, שמשמע מהם, שאם נתנו לו הבעלים רשות להשאיל מודה ר' יוסי שהשואל משלם לשוכר.

⁸⁵ וכן ראה תשובתו של מהר"א הלוי, בתשובה כסימן קכו, הדין גם שם בשוכר שביטח את ביתו של המשכיר, וחרר על עיקר דבריו שבסימן עז. הוא תמה על הש"ך שלא הביא דברי הרמ"א, שפסק בדברי "נימוקי יוסף", בשו"ע, סימן שסג, סעיף י, שמשמע מהם כדברי הסמ"ע, ודוחה את ראיית השואל שביקש להסתייע בהלכה שבסימן רסד, שאם שפך את מינו כדי להציל דבשו, אין לו אלא שכרו, ואינו יכול לטעון כנגד בעל הדבש, הרי דבשך היה נפסד ממילא ולכן הצלתי את הדבש לעצמי. הוא מבחין שם בין הדבש שהוא בעין, ואין למציל כל זכות וקניין בו, כיוון שלא היה הפקר, לבין דמי הכיטוח שקיבל.

⁸⁶ על דברים אלה משיג במנחם פתים (אריק), על חו"מ, סימן שז, סעיף ה, מדברי התוספות לבי"ק יא ע"ב, ד"ה לא מבעיא, שמבואר שם, שדינו של ר' יוסי אמור גם במסר לשומר שכר לשומר. ראה: פתחי תשובה, סימן שז, ס"ק א.

ביטוח נכס הזולת

זה מיקרי עשיית סחורה כדבר של חברו, והשומר השני משתמש בגוף הרבר של חברו, משא"כ כאן דהסעקאראציע לא נשתמשו מעולם בגוף הבית, רק קיבלו על עצמם אחריות שריפת הבית – זה לא מיקרי עשיית סחורה. ומודה ר' יוסי דהמענות מגיע לראובן".

3. נכס הבעלים נמצא ביר השואל

4. התחייבות השואל היא לטובת הבעלים

ההבחנה שהתבסס עליה מהרי"א איטינגא, נגעה לשימוש בנכס הבעלים, ואילו היסוד שמדגיש ר' שלמה דרימר⁸⁷, אינו השימוש בנכס, אלא הימצאותו של הנכס ביד אחר. ר' שלמה דרימר נשאל⁸⁸ בדבר ראובן ושמעון שהיה להם בית בשותפות. ראובן שילם לסוכן הביטוח בעד ביטוח חלקו בבית כלבר, אלא שפקידי חברת הביטוח טעו, ורשמו את הביטוח על כל הבית כלי ידיעתו של ראובן ובלי ידיעתו של סוכן הביטוח. לאחר מכן הלך שמעון לבטח את חלקו בבית, והשיכו לו שכבר אינו יכול לבטח את חלקו. שמעון לא הבין את טעם הסיורוב, משום שלא ידע שכחברת הביטוח נרשם הביטוח על הבית כולו. בין כך ובין כך נשרף הבית. עתה ראובן טוען שכל דמי הביטוח שייכים לו, ואילו שמעון טוען שיש לחלק את דמי הביטוח בין שניהם משום שהם כשותפים בבית. המשכב אומר⁸⁹, שאם כי לכאורה יש לחרוץ את הדין על פי הלכתו של ר' יוסי, יש לדחות

⁸⁷ ראה לעיל, שער ראשון, הערה 80.

⁸⁸ שו"ת בית שלמה, חלק חר"מ, סימן קכב (התשובה משנת תרכ"ה).

⁸⁹ תחילה הוא דוחה את ראיית השואל מנדרים לו ע"ב, כמי שתורם משלו על של חברו – טובת הנאה למי? ומסיקה הגמרא שלומדים מן החורה שטובת הנאה לתורם. מתוך שצריכה הגמרא ללמוד דין זה מן המקרא, משמע שלולי כן היינו אומרים שטובת הנאה לבעל הכרי, אף שמגיעה לו לתורם הנאה משום שחרם משלו על כרו של חברו, וכל שכן בנידון דידן שהפסיד. אלא שהמשיב דוחה כאמור את הראיה, משום שלדבריו אין לדמות טובת הנאה לעלמא, שהרי קיימא לן שטובת הנאה אינה ממון, ועוד שיש כמה דברים שאין בהם טובת הנאה לבעלים כלל, לכן מסופק התלמוד במקום שיש טובת הנאה – של מי היא? בתשובת ארץ צבי, חר"מ, סימן טו (ראה להלן, ליד ציון הערה 95), נידונה סוגייה זו שנית, ומשמע מדבריו, שיש ללמוד לכאורה שכשם שטובת הנאה לתורם, כך בנידונו יהיו דמי הביטוח לשותף האחר. ואולם, הוא דוחה אפשרות זו, וסובר שאין ללמוד מטובת הנאה, משום ששם נכתב בתורה פסוק מיוחד. ועוד הוא מוסיף שם שיש להבחין בהכרת בין נידונו לנידון תורם משלו על של חברו, שהרי ההלכה בשו"ע חר"מ, סימן רסד, סעיף ג, כהניח שלו והציל את של חברו, וכן באחד שנחפס ופדאו חברו, היא שצריך לשלם לו מה שהנהנו. ואם כן כיצד המדובר בתורם משלו על של חברו? אם משלם לו בעל הבית בעד התרומה – פשיטא שכיוון שמשלם לו, טובת הנאה לבעל הבית. ואם אינו משלם לו, טובת הנאה שלו, כיוון שצריך לשלם לו מה שהנהנו, כמו שכתב הרמ"א שם, שכל אדם שעושה פעולה או טובה לחברו לא יוכל הלה לומר לו: חנינא עשית עמדי הואיל ולא ציויתיך. אלא, על כרחך צריך לחלק ולומר, שדין התורם משלו על של חברו שונה בכך שלא ידע בעל הכרי מזה, וגם הוא לא עשה זאת על מנת לקבל תשלום, ומשום כך אינו צריך לשלם לו, מה שאין כן בירד להציל או עשה עמו טובה, שבסתם אומרים שעשה כן תמורת תשלום. מכאן הוא מסיק לנידונו בדבר הביטוח, שכיוון שהשותף השני לא ידע כלל על הביטוח בשעה שביטח הראשון, והראשון ביטח לטובת עצמו, ומה שטעה סוכן הביטוח לא היה מדעת הראשון כלל, משום כך אינו צריך לתת לשותפו חלק מדמי הביטוח. להיזקקות לסוגייה בנדרים לו ע"ב – בתורם משלו על של חברו – לענין דינו של מי ששילם פרמיות לביטוח נכסי אחר, ראה גם: שו"ת אבני צדק (טיטלברגים), חר"מ, סימן ז, ראה להלן, הערה 106; שו"ת

העושה סחורה בנכס חברו

את אפשרות תחולתה של הלכה זו על הגידון שלפניו⁹⁰. הטעמים שנתן לדחיית ההסתמכות על הלכת ר' יוסי הם שהנימוקים שנתנו הראשונים בהסכרת הלכת ר' יוסי, אינם יפים לגידון שלפניו: "אלא דלא דמי, דלא מבעיא לשיטת התוספות שם ד"ה תחזור, דלא דמי, אלא אף לשיטת רוב הפוסקים, מכל מקום לא מבעיא לטעם הריטב"א דטעמא דרבי יוסי משום דהבעלים הם בעל דין של השני, דאף בגזל כו' ובא אחר ואכלו דדצה גובה מהשני ע"ש, ולא שייך בגידון דידן. אלא אף לטעם הרא"ש דהשוכר הוי כשלוחו של המשכיר, מכל מקום הא כתב הריטב"א משום דמעכשיו הוא זכות להמשכיר, וזה לא שייך בגידון דידן, דכיון שנטל האס"ק [= האסקרציה = הכיטוח] על שמו לא מצי זכי לחברו. וע' בש"כ חו"מ סי' קפ"ג סק"ב ובאחרונים שם".

טעמו הראשון נוגע לכיטוח בכלל, ואילו טעמו השני מיוחד למקרה שלפניו, שבו נמנעה מן השני האפשרות לכטוח את חלקו כיוון שביטח הראשון את הבית כולו. בתשובתו הוא מסביר, שלא רק לפי ההסבר שנותנים התוספות אין להחיל כאן את הלכת ר' יוסי⁹¹, אלא אפילו לטעמו של הריטב"א⁹², שהבעלים הם בעלי דין של השומר השני, משום שהנכס שלהם נמצא בידו של השני, אין להחילה בעניין הכיטוח משום שלא נמסר הבית לרשותה של חברת הכיטוח⁹³.

הטעם השני הוא שמשום שביטח ראובן את הבית, נבצר משמעון מלבטח את הבית. לכאורה אפשר היה לחשוב שעובדה זו יהיה כה כדי לחייב את ראובן לשלם לשמעון את דמי הכיטוח, כיוון שהפסיד שמעון בגלל פעולתו של ראובן, אבל דעת המש"כ אינה כן. הוא מסביר שכיוון שלא הייתה כפעולתו של ראובן משום זכות לשמעון, לכן אין להחיל כאן את תפיסת השליחות, שנוקט בה הריטב"א. למסקנה זאת הוא מגיע כיוון שהוא מבין שדברי הריטב"א אמורים "משום דמעכשיו היא זכות להמשכיר". כרם, הריטב"א לא אמר שעכשיו היא זכות למשכיר, אלא: "כאילו השאילה בשליחות הבעלים לכל דבר שהוא זכות של בעלים". זכות זאת יכולה להתברר עתה כשעת קבלת דמי הכיטוח, שהיא זכות לבעלים שנעשה הכיטוח בשליחותם⁹⁴.

ר' אברהם מרדכי לנדא, מק' מקיליניץ, שהוא השואל בפני ר' שלמה אב"ד סקאלא, הציע את שאלתו גם בפני ר' צבי הירש תאומים, אב"ד חראסקוב⁹⁵, ר' צבי הירש תאומים לא

אוד"ן תליתאי, סימן קנו, ראה להלן. ליד ציון הערה 124: שו"ת חיי יעקב (לנדא), חו"מ, סימן א, ראה לעיל, הערה 21; שו"ת יד רמ"ה, סימן פ, אות ג, ראה להלן, ליד ציון הערה 109.

⁹⁰ ובתשובתו, שכחבה כעשרים שנה לאחר מכן, לא דן כלל בדניו של ר' יוסי, דעתו היא שאם התכוון המבטח שלא לגבות את הפרמיות מבעל הבית, אלא לבטח לטובת עצמו – אין לבעל הבית זכות בדמי הכיטוח שנתקבלו. אולם הוא מטיל ספק אם יש להאמין לדברי המבטח, שאמנם נתכוון שלא לתבוע מבעל הבית את הפרמיות ששילם. ראה: שו"ת בית שלמה, חו"מ, סימן מח (משנת חרמ"ג).

⁹¹ שהרי אין לומר כאן "הסתלק אתה וסלק שבועתך". ראה לעיל, ליד ציון הערה 14.

⁹² ראה לעיל, ליד ציון הערה 23.

⁹³ וראה: מנתח פתים (אריק), שו"ע תר"מ, סימן שז, סעיף ה, תשובתו של ר' שלום יוסף, אב"ד לאקאטש ברוסיה, שמסכים לדברים אלה, אלא שמוסיף, שאם דינא דמלכותא הוא שרמי הכיטוח שייכים לבעל הבית, בוודאי הולכים בזה אחר דינא דמלכותא.

⁹⁴ וראה דבריו המובאים בשער ראשון, ליד ציון הערה 83.

⁹⁵ שו"ת ארץ צבי, חו"מ, סימן טו.

נוקק כלל להלכת ר' יוסי, ופסק לטובת השותף שביטח את הבית, על יסוד טעמים אחרים⁹⁶. אמנם, שלא ככתשובת ר' שלמה אב"ד סקאלא, הוא דן בשאלה אם אין לחייב את המבטח לשלם לשותפו משום שעל ידי הביטוח שנעשה על ידו, נמנעה משותפו האפשרות לכטח את חלקו, אלא שהוא דוחה טענה זאת מן הטעם, שאין בכך אלא גרמא בנוזיקין שנגדם על ידי המבטח שלא כמתכוון. אכל כיוון שלא דן בדינו של ר' יוסי, ממילא לא הסתייע כעובדה של גרימת הנזק להחלת הלכת ר' יוסי בנידונו.

5. יסוד חיובו של השואל כדיני שומרים

עד עתה דובר על האלמנטים המיוחדים בהשאלת פרה, שהם שימושו של השואל כפרה או הימצאותה של הפרה ביד השואל. להלן נבחין בנקודה חדשה המדגישה את מקור חיובו של השואל, ושוללת את ההיזקקות להלכת ר' יוסי בסוגיית הביטוח. בפני ד' שלמה יהודה טאבאק⁹⁷, כא מעשה כאדם שביטח את ביתו ולאחר מכן מכר אותו, ונשדף הבית ביד הלוקח⁹⁸. השאלה שעמדה להכרעה היא, האם דמי הביטוח שייכים למוכר ששילם את הפדמיות לביטוח, או שמא לקונה, שביתו הוא שנשדף? דעת המשיב היא, שדמי הביטוח שייכים לבעל הבית, מן הטעם שלא מכר לקונה את הזכות לדמי הביטוח⁹⁹. כיוון שכן, הוא נוקק לשאלה אם אין כהלכת ר' יוסי כדי להעביר את הזכות בדמי הביטוח לקונה. על כך הוא משיב בשלילה. וטעמו, שאף לדעת האומר שהשוכר הוא מעין שלוחו של הבעלים, יש להבחין בין נידון השוכר, שהשאל ללאחר את גוף הפרה השייכת לבעליה, לבין נידון הביטוח, שהמבטח לא עשה דבר בבית המבטח,

⁹⁶ בין היחר הוא מביא ראיה לפטור את השותף, מן ההלכה בחו"מ, סימן עב, סעיף מר, במי שלחה על סמך משכנו של חברו (ראה לעיל, שער ראשון, הערה 83, וכן להלן, הערה 106).
 כן הוא מסתייע בדינו של פודה פטר חמור של חברו, שפטר חמור לבעלים (בכחיות יא ע"א. ראה גם להלן, שער שלישי), וכן מן ההלכה בדבר נפקד שהשתמש בכספי הפיקדון, שאינו צריך לשלם אה הרווח למפקיד (שו"ע חו"מ, סימן רצו, סעיף ז – ראה: נ' רקובר, המסחר במשפט העברי, ירושלים תשמ"ח, שער חמישי: "פיצויים על עיכוב כספים (ריבית פיגורים)"; וכן ראה לעיל, הערה 89; וראה להלן, שער שלישי.

⁹⁷ אב"ד סיגאט משנת חר"ח (1858) ועד לפטירתו בשנת חרס"ח (1908).

⁹⁸ שו"ת חשודת שי, סימן קז.

⁹⁹ וראיתו מתשובת הרמב"ן, המובאת בשו"ע חו"מ, סימן רמא, סעיף יב, בהגהה, שהקונה קרקע מחברו באחריות ונתנה אחר כך לאחר, וטרפיה מן המקבל – אין הנוחן צריך ליתן לו מה שנוטל מן המוכר אלא אם כן הקנה לו את כל שעבודיו שיש לו על הקרקע.

וראה: שו"ת ארץ צבי (תאומים), חו"מ, סימן טו, ושו"ת מהרש"ם, חלק ב, סימן ריא, שהביאו ראיה זו; וכן השוה שו"ת שואל ומשיב, מהדורא תליחאה, חלק א, סימן שה: "אך מ"ש לענין סקראציע [=ביטוח], הנה פשיטא שמה שלא דיבר עמו אינו בכלל, ולא זכה הלוקח".

ובהלכת הרמ"א הנ"ל, דן ר' צ"פ פראנק בשאלה שבאה לפניו במי שהזיק בשריפה, אלא שהבית שנשדף היה מבוטח – אם המזיק חייב, אם לאו (שאלה כזו ראה גם: שו"ת הרי בשמים, מהדורא תניינא, סימן רמא; שו"ת מהרש"ם, חלק ד, סימן ז; אור שמח, הלכות שכירות, פרק ז, א; שו"ת מנחת יצחק (ווייס), חלק ב, סימן פח). לרבריו, אנו שומעים לכאורה מן ההלכה הזאת, שהקונה זכאי לקבל מן המוכר, על פי האחריות שקיבל המוכר על שרפת הממכר, ואין המוכר יכול לטעון כלפי הקונה: "מה הפסדת, הרי נתת את הקרקע במתנה לאחר". ראה: הפרדס לג, חוברת ד (טבת תשי"ט), עמ' 6-7.

העושה סחורה בנכס חברו

אלא שהפרמיה ששילם גורמת לקבלת דמי הביטוח: "וראיה לזה עוד מתוספות ורא"ש והג"א [= והגהות אשרי] בפרק המפקיד דף לה ע"ב בהא דאר"י [= דאמר ר' יוסי] כיצד... דמ"ש טעמו של ר' יוסי לא שייך כאן, דאפילו טעמו של הרא"ש דשוכר כשליחו של בעל הפרה להשאיל לא שייך כאן, דהתם השאיל גוף פרה של משכיר, והשואל ע"י שמשך גופה להשתמש בה נתחייב באונסין, אבל בסיקראציא [= בביטוח] לא עשו שום דבר בגוף הבית, ומחזיקי הסיקראציא מתחייבין באחריות הבית במחיר דמי הסיקראציא שמשלמין להם והדמים גורמין החיוב, ואם כן שייך לבעל הדמים". כלומר, חיובו של השואל נובע מדיני שומרים, אולם, בעניין הביטוח, אין להחיל דיני שומרים על חברת הביטוח, וממילא אין חיוב כלפי הבעלים.

6. יסוד חיובו של השוכר בדיני שומרים באותה מגמה, ובהדגשת דיני שומרים ביסוד הלכת ר' יוסי, נוקט גם ר' שמואל ענגיל¹⁰⁰. ברם, אין הוא מדבר בחיובו של השואל אלא בחיובו של השוכר כלפי הבעלים, והוא מחדש ואומר, שלפי השיטה המסבירה שחיובם של השומרים חל משעת משיכת הפיקדון, נתחייבו השומרים כלפי הבעלים להשיב להם את הפיקדון כבר בשעת המשיכה, אלא שבאונסין הם פטורים מחיוב זה. ואולם אין הם פטורים אלא אם כן התשלום כרוך בהפסד מצדם, אך כשאין להם הפסד בדבר, חיובם במקומו עומד. לכן כשהשאיל השוכר לשואל, השואל משלם את דמי הפרה, והשוכר אינו מפסיד, ולפיכך אין השוכר נפטר מחיובו כלפי הבעלים. וכיוון שהוא מבסס את דינו של ר' יוסי על חיובי שומרים, ממילא הוציא מכלול את עניין הביטוח, שהרי בביטוח אין לדבר על חיובי שומרים מצד המבטח. ואלה דבריו של ר' שמואל ענגיל¹⁰¹: "דהתם השוכר נתחייב בשמירת החפץ להחזירו לבעלים, ולשיטת הרמב"ם ז"ל נכסי שומר נשתעבדו משעת משיכה... ובאמת כתבו המפרשים די"ל דהשומר יש לו קנין בהחפץ ע"י שמירתו, ואם כן מוטל עליו להחזירו. ונהי דהתורה פטרה אותו מאונסין, מכל מקום עיקר הפטור בשעה שנאנס, דאז הוי כחורה... וא"כ יש לומר דהתורה לא פטרה אותו בנאנס, כי אם שאין צריך לשלם מכיסו, אבל כשלא יפסיד מכיסו, והיינו בלקח מעות מן השואל, שפיר חייב לשלם להבעלים, דהא נשתעבד באמת להחזיר לו פרתו"¹⁰².

להלן הוא מבסס את הבחנתו גם לשיטת האומר, שחיובו של השומר אינו משעת המשיכה, אלא משעת הפשיעה, שר' יוסי מזכה את הבעלים בדמי הפרה משום שהשואל הוא שומר של הבעלים, ואילו בביטוח אין על חברת הביטוח כל חיוב שמירה: "וכן להסוברים דנכסי שומר נשתעבדו משעת פשיעה, והטעם דכ"ז שהחפץ הוא בעין עומדת ברשותא דמרא קמא, וליכא על השומר שום חיוב, אם כן ממילא אם השוכר (שאל) [השאיל] החפץ לאחר – נשתעבד השואל להחזירו למרא קמא, כיון דכל זמן שהחפץ הוא בעינא עומדת ברשות מרא קמא, וממילא חייבה רחמנא את השואל בשמירת החפץ עבור בעלים הראשונים, ושפיר קאמר רבי יוסי היאך הלה עושה סחורה בפרתו של חברו, אבל הכא הסעקראציא

¹⁰⁰ טארנוב (מערב גליציה), תר"ג (1853) – קאסוי (צ'כוסלובקיה), תרצ"ה (1935). רב בבילגוריי (פולין), דוקלא (גליציה) וראדומישלא.

¹⁰¹ שו"ת מהר"ש, חלק ו, סימן קג.

¹⁰² השו"ת ההסבר שבחידושי ר' מאיר שמחה, לב"מ לה ע"ב.

אין לה שום חיוב לשמור הבית, ורק שהשחעבדה את עצמה לבעל המעוץ ששילם להם שאם ישרף הבית שתשלם לו, אם כן איזה זכות יש להמשכיר בזה?".

7. הרווח אינו מטרת ההשאלה

השקפה חדשה להבחנה בין שוכר שהשאל את הפרה, לבין שוכר שביטח את ביתו של בעל הבית, מביא ר' מאיר שמחה הכהן מדווינסק¹⁰³. יסוד דבריו הוא במטרת תשלום הפרמיות לחברת הביטוח¹⁰⁴ – מטרתו של המשלם היא לקבל את הרווחים שתשלום זה יגרוור אחריו; ואילו שוכר שהשאל את הפרה, אין מטרתו לקבל את הרווחים הנובעים מחיוביו של השואל, אם מתה הפרה, אלא רצונו הוא שהפרה תחזור בעין¹⁰⁵, והאונס שאירע לפרה "הוא על צד הבלתי מכוון". מאחר שמטרת תשלום הפרמיות היא קבלת דמי ביטוח, אם נשרף הבית, משום כך: "אין מן הסברא לומר שלבעל הבית יהיה שייך הדמים. זה יהיב דמי וזה שקיל¹⁰⁶, אטו על זה קא יהיב דמי הבטחון?¹⁰⁷ ניתן אפוא לומר, שאם בנידון שוכר שהשאל את הפרה, לא יעשה הלה סחורה בפרתו של חברו, הרי בנידון המבטח יש מקום לשיקול נגדי, והוא שלא יעלה על הדעת שישלם המבטח את הפרמיות, ואילו הבעלים יקבלו את דמי הביטוח¹⁰⁸.

¹⁰³ תר"ג (1843) – תרפ"ו (1926).

¹⁰⁴ אור שמח, על הרמב"ם, משנה תורה, הלכות שכירות ה, ו.

¹⁰⁵ ודמי השכירות ששילם השוכר לבעלים – אף בשעה ששכר מן הבעלים כתנאי שיהיה מותר לו להשאל – אף הם אינם לשם זכייה בדמי הפרה, אם מחה, אלא תמורת עצם הרשות להשאל את הפרה.

¹⁰⁶ וראה: פ"ת, לשו"ע חו"מ, סימן שז, ס"ק א, בענין שומר חנינם שמסר לשומר שכו, לדעת הסוכרים שגם בכגון זה משלם שומר שכר לבעלים (ראה למעלה, הערה 12), האם הבעלים צריכים להחזיר לשומר חנינם את השכר ששילם לשומר שכר? ראה להלן, שער שלישי.

ר' יקותיאל יהודה טייטלבוים (שו"ת אבני צדק, חו"מ, סימן ז), נקט בטיעון זה, המסתמך על כך ששילם השוכר את דמי הפרמיות, ואף על פי שהוא הולך בדרך שונה במקצת מדרכו של רמ"ש מדווינסק, הוא מגיע לאותה מסקנה. הוא נשאל בשוכר שביטח את ביתו של המשכיר. כתשובתו הוא מסכים לראיותו של השואל (מנדרים לו ע"ב, בדבר טובת הנאה [השווה לעיל, הערה 89], ומהלכת מהר"ם, שנפסקה בשו"ע חו"מ, סימן עב, סעיף מד [ראה לעיל, שער ראשון, ליד ציון הערה 80]), שדמי הביטוח שייכים לשוכר. לאחר מכן הוא ממשיך: "הדין עמו, וכן השכל גזור. כי מה להם לנחננים סיקראציאן [=ביטוח] עם המשכיר, שהוא לא שילם להם כלל, והם לא נחחיבו לשלם אלא למי שנכנס לשלם להם על הספק, והוא השוכר".

ושם מבחין בין נידונו לבין הנידון בתשובת ר' יוסף שאול נחנזון (שו"ת שואל ומשיב, מהדורא תניינא, חלק ג, סימן קכח – ראה להלן, שער שלישי, הערה 147), ומסיק שאם לא אמר המשכיר מעולם לשוכר שיחזיר לו את הפרמיות ששילם, איך ספק שחשלומי הביטוח הם של מי ששילם את הפרמיות. ובכך הוא מבסס גם את הודאחם של חכמי בראד, במי שביטח את ביתו של אחר, שדן בה ר' יוסף שאול נחנזון, בחשובתו הנזכרת בהערה הקודמת, וכן את דינו של מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן יט (ראה לעיל, ליד ציון הערה 70), במי ששכר בהמה והשכירה לאחר ביותר, שגם שם המטרה העיקרית של השכרת המשנה היא להרוויח את דמי השכירות היתרים.

¹⁰⁸ מהי עמדתו של רמ"ש מדווינסק לטעמים שנידונו קודם לכן, אשר מבססים אח זכוהו של הבעלים על התחייבותו של השוכר או השואל? נראה כי רמ"ש מדווינסק סבור שאין טעמים אלה מספיקים אם יש כנגדם שיקול של יושר לטובת השוכר. דרך משל, שהוציא הלה כספים למטרת רווח, שאז אין זה מן

8. התשלום בהשאלה כתמורה לנכס של הבעלים על דרך מעניינת, המבססת את ההבחנה בין משאיל למכסח על הטענה "פרתי אצלך", מצביע ר' רפאל מרדכי הלוי סאלאוויי¹⁰⁹. הוא מסביר שטענה כזאת תיתכן כשהיו הבעלים בעליה של הפרה, מה שאין כן בכיטוח, שרמי הביטוח לא היו מעולם של בעלי הכית: "רהתם ה"ט [=היינו טעמא] דאין אדם עושה סחורה 'כפרתו של חברו', והיינו דפרתו של חברו המשכיר נשאר אצלו, דהשואל הרי משלם לו דמי הפרה, וסבר ר' יוסי דמצי המשכיר לומד לשוכר 'פרתי גכך', וכמו שכתבו התוספות (שם בר"ה תחזור, בריש דבריהם), וכן הוא שיטת הטור (כס"י שז) ושיטת הרמב"ם והרי"ף והרא"ש ועור פוסקים, וכמכואר שם בפרישה ובב"ח ובסמ"ע וש"ך. משא"כ הכא בני"ד [=בנידון דידן], לאו 'פרתו של חברו' הוא כלל, דלא מצי לומר לו מעותי גכך הם, דהרי לא היו מעותיו מעולם, אלא שהם מעלמא, שכאו לו עי"ז [=על ידי זה] שהרוויח הוא שהוציא הוצאותיו ע"ז [=על זה]¹¹⁰. אמנם במסקנתו הוא מוכיח שיש להרחיב את הלכת ר' יוסי מעבר למקרה של עושה סחורה כפרתו של חברו¹¹¹. כרם, מן הראוי לבחון את דכדיו הנזכרים, משום שהטענה "פרתי אצלך", שהוא מסתמך עליה, נרחתה על ידי התוספות¹¹². נראה שהוא מסתמך על שיטת הפוסקים החולקים על התוספות בנקודה אחרת. התוספות אמרו, כהמשך דבריהם, שאם היו הבעלים שם כשעה שמתה הפרה ביד שואל, מורה ר' יוסי לחכמים שדמי הפרה הם של השוכר, ולא של הבעלים. על כך חלקו הפוסקים על שיטת התוספות, וכיוון שכן מייחס ר' רפאל מרדכי הלוי סאלאוויי לפוסקים אלה את הדעה כאילו הם סוכרים שיסוד התביעה של הבעלים הוא טענת "פרתי אצלך", כעוד שלמעשה טעמם של החולקים על

הצדק שזה ישלם, וזה יזכה ברווחים. לפיכך, אף בשוכר שהשאל, גם כשעה שמסירת השוכר את המושכר הייתה למטרת רווחים, והשקיע השוכר כספים בכך, לא תחול הלכת ר' יוסי. וראה דין בדברי רמ"ש מדווינסק במאמרו של הרב י' יגל, "גדרי חיובי שומרים", בספרו "נתיבות יהושע" (תשד"ס), עמ' ר-רד.

¹⁰⁹ שו"ת יד רמ"ה, חו"מ, סימן פ, אות ג.

¹¹⁰ והוא ממשך ואומר, שלשיטת התוספות בוודאי אין להחיל כאן את דינו של ר' יוסי: "ולשיטת התוספות (שם בס"ד), דה"ט [=דהיינו טעמא] דר"י דסבר דכיון שמתוייב השוכר לישבע או להביא עדים... הרי בוודאי אין שום מקום לזה הכא בני"ד [=בנידון דידן], וא"כ פשוט בתכלית שאין זהו ענין כלל לכאן".

ולהלן הוא בוחן את השאלה האם אפשר להחיל כאן את הכלל: "זה נהנה וזה לא חסר"? הוא דוחה אפשרות זאת, ואומר: "והנה פשוט שאין זהו ענין כלל לזה נהנה וזה לא חסר דעלמא, דהתם איירינן לענין אם צריך לשלם עבור ההנאה, דבזה קיי"ל [=קיימא לן] דפטור מלשלם, אבל בנוגע לענין לבא לכחילה להנות משל חברו, כבר כתבו התוס' (כ"ק ב ע"ב, ב"ב יב ע"ב), וכן הוא ברמ"א (בס"י שסג, סעיף ו), דבוודאי יכול למחות בידו שלא להנות ממנו, דאין לכופו ע"ז שניח את חברו להנות מנכסיו, וכן הסכמת כל הפוסקים, וכבר הארכנו בזה (לעיל בדברינו בס"י עו), וא"כ הכא בני"ד [=בנידון דידן] דמדינא דמלכותא אין יכול להבטיח באחריות בית חברו והבעל הכית הרי עומד וצווח מראש שאינו רוצה שהוא יהנה ממנו, והרי אין לכופו ע"ז שניחחו להנות ממנו, אלא שעלינו לדון בזה שאינו נוגע כלל להבעל הכית, דכיון שהוא כעצמו לא עשה כלום בזה..."

¹¹¹ ראה להלן, ליד ציון הערה 119.

¹¹² ראה לעיל, ליד ציון הערה 14.

התוספות הוא – כפי שראינו אצל הריטב"א והרא"ש¹¹⁸ – שהשוכר הוא כשלוחם של הבעלים.

ג. השוואת בין דין שואל לביטוח לצד הסכורים שאין להחיל את דינו של ר' יוסי על מי שמבטח נכס הזולת, יש אחרים שלדעתם יש בהלכת ר' יוסי כדי לחתוך את הדין בזה. ר' שלמה קלוגר¹¹⁴ נשאל¹¹⁵ בעניין שותף של בית ששילם פרמיית ביטוח עבור הבית המשותף, וקיבל דמי ביטוח, והוא מסרב להתחלק עם שותפו בדמי הביטוח¹¹⁶. תחילה הוא קובע, שביטוח הבית אינו פעולה מפעולות השותפות, אלא "זה הוי רק כשאר מו"מ כמו אם קבל אחריות על ביתו של חברו, כיון שלא היו שותפין רק בבית ולא בשאר מו"מ". כיוון שהסיק, שהביטוח אינו תלק מפעולות השותפות, הוא בא להכריע בשאלה למי שייכים דמי הביטוח?
ר"ש קלוגר מביע את דעתו שיש לברר מהו החוק בדבר הביטוח¹¹⁷: אם החוק הוא שיכול אחד השותפים לבטח את רכושו של האחר, דמי הביטוח שייכים כולם לשותף ששילם את הפרמיות; ואילו אם התוק הוא שאין רשות לאחד לבטח את רכושו של האחר, אזי הביטוח שייך לשני – שאין אדם עושה סחורה בפרתו של חברו¹¹⁸.

על פסקו של ר"ש קלוגר מערער ר' דפאל מרדכי הלוי סאלאוויי¹¹⁹, ואף על פי כן הוא מוצא ראייה לכך, שאין המבטח יכול לעשות סחורה מן הביטוח¹²⁰.

¹¹⁸ ראה לעיל, ליד ציוני הערות 23, 26.

¹¹⁴ תקמ"ו (1786) – תרכ"ט (1869), מגדולי הרבנים בדורו. שימש ברכנות בעיירות שונות בגליציה, ולאחר מכן מגירמישורים בברודי.

¹¹⁵ חכמת שלמה, לחו"מ, סימן קצו, סעיף מא.

¹¹⁶ בראש תשובתו דן ר"ש קלוגר בראיית השואל ממצייל שאמר: "לעצמי אני מציל", שאינו יכול לומר כן, אלא שהוא דוחה ראייה זאת: "ובאמת לא דמי כעוכלא לדנא, דהתם הוי גוף הסתירה או הממון חוב של שותפין, משא"כ בזה הוי רק ריוח דאתי מעלמא. ואם היה כפי דעתו 'לעצמי אני מציל' לא היה צריך להאריך בזה, כי הדין 'לעצמי אני מציל' הוי רק לענין אם גבה רק חלקו ולא יותר...": וראה: יד רמ"ה (לר' רפאל מרדכי הלוי סאלאוויי), חו"מ, סימן פ, אות א, התמה על דבריו של ר"ש קלוגר. לענין שותף שביטח נכס משותף ראה גם: הכרי השמא, לר' יקותיאל זאב גראוס, ניו-יורק, אתרי תשל"ז, סימן ח. "ולכן נראה לי הדין כך: דישאלו את הדינא דמלכותא, אם יכול אדם לעשות סיקראציע (= ביטוח) על בית אחר ולהגיע לו תשלומי השרפה, אז אין להשותף השני כלום בזה. אבל אם דת המלך יר"ה דאין יכול לעשות סיקראציע על בית אחר – אם כן מה שזה נוטלהו הוי רק מכת השותפות, בזה אינו יכול לעשות סחורה בפרתו כו'. בזה שפיר י"ל דין יורד ברשות כמ"ש השואל. כן נלפענ"ד [= נראה לפי עניות דעתן נכון לדינא".

¹¹⁸ את ההבחנה בין אפשר לבטח רכושו של אחר לכין אי אפשר לבטח רכושו של אחר מצאנו גם בשו"ת שואל ומשיב, מהדר"ת, חלק ג, סימן קכט (ראה שער שלישי, ליד ציון הערה 147). ברם, לדעתו של ר"ש קלוגר הכול שייך לבעל הבית, ואילו לדעת "שואל ומשיב" יש לחלק את דמי הביטוח בין המבטח ובין בעל הבית. עיין שם.

¹¹⁹ שו"ת יד רמ"ה, חו"מ, סימן פ, אות ג. ראה דבריו לעיל, ליד ציון הערה 109.

¹²⁰ שו"ת יד רמ"ה, שם, אות ד.

העושה סחורה כנכס חברו

ראייתו היא מהלכת הרמ"ה, שהרחיב את הלכת ר' יוסי, והחיל אותה גם בעניין מי ששכר פועלים בשכיל כעל הכית, שאינו מקבל מבעל הכית יותר ממה שהוא משלם לפועלים, מן הטעם "שלא יהא עושה סחורה כפרתו של חברו"¹²¹, אף שההנהגה את כעל הכית כיותר מכך. מכאן הוא מסיק: "בנידון דידן נמי לא מצי לטעון, מי שהבטיח את הבית, הרי אני עשיתי את העסק הזה על דעת עצמי וחשובני, דהנחתי מעותי ששילמתי עבור זה על הספק, דהרי אם לא היה גשרף הבית הפסדתי ההוצאות מכיסי, עכשיו נמי לעצמי הרווחתי. והיינו טעמא, דאמרינן ליה: אי לאו בית דהדין מנין לך רווחים בזה? ואין אדם עושה מסחר בדבר שהוא של חברו, ולכן הרווחים הם של הבעל הכית. וזו ראייה ניצחת ומכרעת לני"ד [= לנידון דידן]¹²².

ואף כמי שהייתה לו משכנתא על הכית, שהיה מקום לומר שאין הוא עושה סחורה כנכס של אחר, בגלל הזיקה שיש לו בכנס¹²³, נראה לר' משה תאומים¹²⁴, שיש להחיל את הלכת ר' יוסי¹²⁵.

השאלה שבאה לפניו הייתה בעניין "מי שישב בבית חכירו כשכירות, דהיינו שהלוהו מעות על ביתו ודר כו במשכנתא וכנכייטא, וביקש מאת בעה"ב המשכיר שיקח סיקראציע [= כיטוח] על הבית, ודחהו מזמן לזמן והלך השוכר הדר ושילם מעות סיקראציע מכיסו בעד הבית ולבסוף היה שריפה בעיר ונשרף גם הבית הלז". בפסק דינו¹²⁶ הוא קובע: "על כיוצא בזה אמרו רז"ל בב"מ דל"ה כיצד הלה עושה סחורה...". אף על פי כן דעתו היא שיש לתת לשוכר ששילם את הפרמיות חלק מדמי הביטוח, על פי ההלכה בשליח שהוסיפו לו, שהדין קובע שהשליח מתחלק עם המשלח, כיוון שבאה ההנאה לשליח על ידי מעותיו של המשלח^{127, 128}.

¹²¹ ראה לעיל, ליד ציון הערה 32.

¹²² וראה בשער שלישי, ליד ציון הערה 154, את הסברו מדוע אין חולקים המבטח ובעל הבית, על פי ההלכה שבש"ע חו"מ, סימן קפג.

¹²³ וראה דברי ר' יצחק שמלקיש, שו"ת בית יצחק, חו"מ, סימן נה, אות ה, שהובאו לעיל, בהערה 77.

¹²⁴ אב"ד הורדנקה, תקע"ט (1819) – תרמ"ח (1887).

¹²⁵ שו"ת אוריין תליתאי, סימן קנו.

¹²⁶ תחילה הוא מדמה את נידונו למציל מן הרליקה – שהציל לעצמו, אלא שהוא דוחה זאת, משום ששם הוא זוכה מן הפקר: "וכמכורא ברמ"א סי' רס"ד סעי"ה, משא"כ בנ"ד [= בנידון דידן] דההצלה היה מקדם שנשרף". לאחר מכן הוא מבקש להסתמך על הגמרא בנדרים לו ע"ב, בתורם משלו על של חברו, שנפסק שם שטובת הנאה שלו היא, אלא שהוא דוחה סברא זו, משום ששם אין בעל הכרי מפסיד, מה שאין כן אצלנו שהבעלים מפסיד, ואומר: "ועל כיו"ב ארז"ל בב"מ דל"ה [דף לה] כיצד הלה עושה סחורה...".

¹²⁷ להשגתו על דבריו של ר"ש נתנוון, ראה להלן, שער שלישי, הערה 147.

¹²⁸ והשווה חירושי הר"ם, לב"מ לה ע"ב, (עמ' קח, בדפוס ת"א תשי"ט), השואל על עצם דינו של ר' יוסי, מדוע הכל לבעלים ואין חולקים, שהרי התשלומים באו גם על ידי השוכר? לאחר שהוא דוחה את ראייתו משותפין שחולקים, הוא מבחין בין רווח לבין תשלומים בעד הפסד הבעלים: "אך זה היה שייך בשוכר שאינו רשאי להשאל, וכמו דלא מצי אמר: לעצמי קניתי, ביש איסור. אבל כיון דמתני' בנתנו לו רשות להשאל, ואם כן למה לא יהא בשביל עצמו וכאלו פירש. וגם אפילו בפירש לעצמו משאל משמע דלא מהני. ולמה לא יהיו חולקין. וצריך לחלק בין רווח ובין הפסד, כיון דחייבו חורה רק בשביל

ביטוח נכס הזולת

תשובה שיש לעיין במשמעותה, היא תשובת ר' יקותיאל אשר זלמן צוזמיר¹²⁹. מרובר כראובן שכיטח את ביתו ואת בית אחיו, הרשומים תחת מספר אחר, ונשרף הכית, ושמעון תוכע את רמי הביטוח על חלקו. ריא"ז צוזמיר פוסק¹³⁰, שראובן חייב לתת לשמעון את חלקו ברמי הביטוח.

לכאורה, אפשר להסיק מכאן, שדעתו אינה כרעת הפוסקים הסוכרים, שרמי הביטוח שייכים למי ששילם את הפרמיות (ולא לבעל הרכוש)¹³¹. ברם, נראה שאין להסיק מסקנה זאת. ריא"ז צוזמיר מביא בפסקו את תשובת רש"ך¹³², שפסק ברכר ראובן ושמעון ששלחו סחורה ללוי שיעמיס אותה על אוניית סוחר, וציוה ראובן ללוי לבטח את סחורתו, ושמעון לא ציוה כן, וטעה לוי וכיטח את סחורתו של שמעון ולא את סחורתו של ראובן. ופסק רש"ך, שכיוון שלא נתחייב שמעון כלפי לוי בתשלום פרמיות הביטוח – כיוון שלא ציוהו לבטח את סחורתו – ממילא אינו זכאי לתועלת כל שהיא מביטוח זה. ואילו ראובן חייב היה להחזיר ללוי את הפרמיות, מאחר שציוה לבטח, ולוי היה מתחייב באחריותו במה שפשע, ממילא יש לראובן גם התועלת הנמשכת מן הביטוח. ומכאן מסיק ריא"ז צוזמיר: "מי שנתחייב ברמי ההכטחה, אע"ג דעדיין לא נתן הדמים, מכל מקום זכה באותו תועלת. והכא נמי הרי שמעון נתחייב בדמי האסעקר' [= הביטוח] וזכה כתועלת". הרי שאין לומר בהכללה, שהוא סובר שדמי הביטוח שייכים לבעל הרכוש המבוטח ולא למי ששילם את הפרמיות¹³³.

הפסד הפרה, א"כ הכל לבעל הפרה, ואין לשוכר זכות בו רק גרם כנ"ל". ועיין גם בהמשך דבריו שם, והם צריכים עדיין כיוור.

¹²⁹ אבי"ד פרעמישלא וסטרי; חלמיר בעל "קצוח התושן"; נפטר בשנת תרי"ח.

¹³⁰ שו"ת מהריא"ז ענזיל, סימן עב (התשובה משנת תר"ז).

¹³¹ וכך הסיק ב"צ אליאש במאמרו: "על דיני הביטוח כמשפט העברי", עיוני משפט א, עמ' 359 (בעמ' 367).

¹³² מגדולי החכמים בטורקיה בסוף המאה הט"ז; נפטר בשנת שס"ב (1602). שו"ת מהרש"ך. חלק ב, סימן קנט. לדיון בתשובת הרש"ך וזיקתה לנושא שלפנינו, ראה גם: שו"ת חשן האפור, לר' דוד פיפאנו, חלק א (שלונקי – סופיאה, תרע"ה), סימן לו, ושם הוא דן גם בתשובת "שואל ומשיב", הנוכרת לעיל, הערה 106.

¹³³ ולפי זה יש לפרש גם את תחילת דבריו של ריא"ז צוזמיר, באופן שלא יסתרו גישה זו. וראה: שו"ת מהרש"ם, חלק ב, סימן ריא, השואל על דבריו של ריא"ז צוזמיר: "וצ"ע, דהתינת אם ציוהו שמעון לעשותו, אבל בלא ציוהו כלל אמאי יזכה? ואדרבא נשמע משם שזכה ראובן בהיזק חלק שמעון. אבל י"ל דשאני התם [בנידון רש"ך] שנעשה בטעות, משא"כ היכי שעשה כן בכוונה. ומ"מ צ"ע דמסברא אין חילוק ביניהם". וצריכים אנו לומר שריא"ז צוזמיר מדבר כאשר היה המבטח זכאי לקבל מבעל הבית אח הפרמיות ששילם, ומשום כך זכאי בעל הבית לדמי הביטוח. נידונו של מהרש"ם, שם, היה מי שביטח נכס שהיה רשום על שמו, אבל היה שייך בחלקו לאחר. מהרש"ם מסתמך בדבריו על תשובות כמה מן האחרונים בנושא זה (שואל ומשיב, בית שלמה, מהרי"א הלוי), ומסיק, שמי שביטח אינו חייב להשתתף עם השני בדמי הביטוח שקיבל.

סיכום

הביטוח של השוכר עם חברת הביטוח, היא עיסקה אישית, נפרדת לחלוטין משכירות הבית, ולכן אין השוכר עושה סחורה ב"פרתו" של הבעלים, וממילא אין לבעלים זיקה לדמי הביטוח. או, כפי שאפשר להסיק מדבריו של אחד החכמים, שאם בנידון שוכר שהשאיל את הפרה, לא יעשה הלה סחורה בפרתו של חברו, בנידון ביטוח ביתו של אחר, יש שיקול נגדי שלא יעלה על הדעת שישלם המבטח את הפרמיות והבעלים יזכו בדמי הביטוח.

כדיונים ברבר החלת הלכת ר' יוסי במציאות החדשה, נאמרו הבחנות שונות, הן הבחנות שיש להן זיקה לנושא התעשרות על חשבון הזולת והן הבחנות העלולות להיראות הבחנות פורמאליות גרידא. ברם, עלינו לתת את הדעת לכך שכאשר תביעתו של הבעלים היא לקבלת רווחים שהופקו מרכושו, שומה עליו להראות שאכן הופקו הרווחים מרכושו. על ידי בדיקת הלכת ר' יוסי בכלים משפטיים, קרמו דבריו עור וגידים, ולא נשאר בגדר רעיון של צדק מופשט. בכך נמנעה הרחבת יתר של הלכת ר' יוסי, כך שהחתימה לעשיית צדק עם הבעלים לא תגרור אחריה עשיית עוול לאחרים.

שער שלישי

אדם שקיבל טובת הנאה
עקב שליחותו

התוכן

פרק ראשון: מבוא

- 79 1. דיני שליחות
79 2. דיני "עשיית עושר ולא במשפט"
80 3. דיני נאמנות

פרק שני: שליח שקיבל טובת הנאה

- א. יסודות ההלכה בתלמוד
81 1. צד שלישי שנתן תמורה עודפת ("הוסיפו לשליח")
81 (א) מחלוקת תנאים
81 (ב) הבחנה בין דבר שיש לו קצבה לדבר שאין לו קצבה
81 השוואת דין תוספת לשליח לדין טעות במכירת נכס
81 (ג) ירושלמי: חלוקה משום חלקו של השליח
82 2. שליח ששינה מהוראות המשלח
83 (א) מחלוקת תנאים
83 (ב) הסחמכות על דיני שליחות
83 (ג) ירושלמי: חלוקה משום חלקו של השליח
84 חלוקה משום חלקו של בעל המעות
84 ב. ניתוח השיטות ופסק ההלכה
85 1. צד שלישי שנתן תמורה עודפת ("הוסיפו לשליח")
85 (א) שיטה המסבירה את החלוקה מספק
שיטות רב האי ורש"י
85 כשנתן כפירוש לשליח
(ב) שיטה המסבירה את החלוקה משום חלקו של מי שגרם
ליתרון כשנתן כפירוש לשליח
87 (ג) טעות בעיסקה שנגרמה על ידי השליח
88 טעות בשווי העיסקה – הכול לבעל המעות
89 טעות בחשבון – השליח ובעל המעות חולקים
90 הכול לבעל המעות
92 הכול לשליח
92 (ד) ההלכה בשולחן ערוך
הסתמכות על השיטה המסבירה את החלוקה משום חלקו
של מי שגרם ליתרון
94 כיסוס חלקו של מי שגרם ליתרון על תקנת חכמים
96

99	2. שליח ששינה מהוראות המשלה
99	(א) שיטה הנוחנת הכול לבעל המעות
100	(ב) שיטה המחייבת חלוקה משום חלק של מי שגרם ליתרון
100	(ג) שיטת השולחן ערוך: הכול לבעל המעות
	(ד) נושאי הכלים של השו"ע מאששים את השיטה המסבירה
101	את החלוקה משום חלקו של מי שגרם ליתרון
102	פרק שלישי: השתתפות בסיכון כעילה לשיתוף ברווחים
105	פרק רביעי: ביטוח נכס הזולת
108	פרק חמישי: גספח: זכייה במקח שהוא בגודל "מציאה"
110	פרק שישי: סיכום

1. דיני שליחות

השאלה הניצבת לפנינו היא. מה דין טובת הנאה הנובעת מפעולתו של אדם המייצג את זולתו – למי שייכת טובת הנאה? יש לעיין בשאלה זו מבחינות אחדות. הבחינה האחת היא דיני השליחות. יש לברוק האם הורחבה תחולתה של השליחות גם על קבלת היתרונות הללו, ומשום כך יראו את קבלת השליח כקבלתו של המשלח, וזאת אף שמתחילה לא הוגדרה השליחות במפורש באופן שתקיף גם פעולה זאת? האם יש לראות את השליח כמי שפועל כנציגו של המשלח, לעניין היתרונות הנובעים מן השליחות, או שמא יש לראות את פעולת השליח כפעולה עצמאית משלו, ללא זיקה לשליחות? בוודאי ישנן פעולות שאין לראותן כשייכות לתחום פעולתו של השליח כשליח, כגון שאגב עשיית השליחות, גנב השליח מאחר. כאן אין לראות את גנבת השליח כפעולה הנעשית מטעם משלחו, וזאת אף שהשליחות היא שאיפשרה לשליח לבצע את פעולת הגנבה!¹ ברם, יש פעולות אחרות שקשה לקבוע בפסקנות אם הן שייכות לגדר השליחות אם לאו, כגון שהצד השלישי, שהשליח בא אתו בקשרי השליחות, נתן מתנה לשליח. ושמא יש להבחין כאן בין פירש הצד השלישי שהוא נותן את המתנה לשליח או למשלח, לבין לא פירש?

2. דיני "עשיית עושר ולא במשפט"

בחגינה אחרת של השאלה היא, האם יש בעובדה שהיתרונות נבעו מפעולתו של שליח, בין הפעולה שייכת לעצם השליחות, מבחינת דיני השליחות, בין לאו, כדי לקבוע את זכויות הצדדים ביתרונות אלה? שכן, אף אם מצד דיני השליחות אין פעולתו של השליח מוכה את המשלח, שמא יש לזכות את המשלח ביתרונות או לשתפו בהם, משום שהמשלח הוא שגרם להיווצרות היתרונות? וכך גם לאידך גיסא: אף כשהמשלח זוכה ביתרונות, שמא יש לזכות גם את השליח, משום שאלמלי פעולתו לא היה המשלח זוכה ביתרונות אלה, שלא היוו חלק מן השליחות? אם נכיר בזכותו של האחד ביתרונות שקיבל האחר, אז יש לקבוע את הגדרים אימתי יש לראות את הצד האחד כגורם לזכיותו של השני באופן המזכה אותו להשתתף ביתרונות.

¹ אין ענייננו כאן בתיעוהו של אדם ליהנות מגנבתו של חברו, משום שהשתתף עמו בכיצוע הגנבה, או שנכנס עמו לעסק שותפות כולל, המזכה את האחד בכל הרווחים שיוויח השני ככל דרך שהיא. על תביעה לזכות בנכס גנוב, על יסוד השתתפות כסיכון הכרוך בגנבה, ראה להלן, בפרק שלישי. וראה מחקר, הנוכח להלן, בהערה 175.

אדם שקיבל טובת הנאה עקב שליחותו

שאלה זאת שייכת מבחינה עניינית לתחום "עשיית עושר ולא במשפט"², היינו, התחום המשפטי הבא לקבוע כללים בדבר התעשרותו של האחד מנכסיו או מפעולתו של אחר, כשלא הייתה לו זכות לתבוע התעשרות זו על פי דין. יש לבחון שאלה זו לאור העקרונות המנחים בתחום זה.³

3. דיני נאמנות

היבט נוסף לשאלתנו הוא כשהשליח מקבל טובת הנאה מאחד, בלא ידיעת המשלח. יש כאן חשש שימעל השליח בנאמנותו כלפי משלחו. החשש הוא שמא תהיינה לשליח פניות אישיות בביצוע השליחות.⁴ טובת ההנאה עשויה אפוא להיות כחינת שוחד המעווור את עיני השליח, בשעה שעליו להכריע בדבר טובתו של משלחו. זאת בין יש כוונה כזאת מצד הנותן או מצד המקבל,⁵ בין לאו. זאת ועוד: טובת ההנאה עשויה להיות למעשה חלק מן העיסקה, שהופרד מן העיסקה אך למראית עין, כדי להלכיש את המעשה לכוש כשר, כגון שהיה המצרך נמכר למשלח כמחיר זול יותר, אלמלי "דמי התיווך" שהמוכר מעניק לשליח. השאלה היא האם יש גם בשיקולים אלה – בנוסף על הטלת איסור לקבלת טובת הנאה – כדי לקבוע את זכות הצדדים ביתרונות המתקבלים כתוצאה מן השליחות? או שמא יש להשאיר את הסאנקציה הזאת לתחומים אחרים, כגון דיני העונשין?

אשר למסגרת השליחות, נקבעו בחוק השליחות, התשכ"ה-1965,⁶ הוראות אחדות הנוגעות לענייננו. סעיף 8(4) לחוק קובע: "לא יקבל [השלוח] מכל אדם טובת הנאה בקשר לנושא השליחות שלא בהסכמתו של השולח". וסעיף 10(ב) קובע: "השולח זכאי לכל רווח או טובת הנאה שבאו לשלוח בקשר לנושא השליחות".⁷

בדומה להוראות אלו, נקבע גם בטובת הנאה שמפיק נאמן מפעולותיו במסגרת הנאמנות. בחוק הנאמנות, התשל"ט-1979,⁸ בסעיף 13(א), נאמר: "נאמן... לא יפיק לעצמו או לקרובו טובת הנאה אחרת מנכסי הנאמנות או מפעולותיה". ולצד האיסור, נשללו הרווחים מן הנאמן והוענקו לנכסי הנאמנות: "דיווח שהפיק נאמן שלא כדין עקב הנאמנות, דינו כחלק מנכסי הנאמנות" (סעיף 15).

אשר לעובד ציבור, נקבע שהמדינה זכאית למחנה שקיבל עובד ציבור כאשר הוא עובד

² ראה: ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט, ת"א תשמ"ב, עמ' 32; א' ברק, חוק השליחות, התשכ"ה-1965, ירושלים תשל"ה, עמ' 14.

³ וראה להלן, בסוף המבוא.

⁴ ראה: ברק, שם, עמ' 399-400.

⁵ על אפוטרופוס שהשכיר בית בדמי שכירות נמוכים, בגלל שוחד שקיבל מן השוכר, ראה: שו"ת דברי חיים, לר' חיים מצאנז, חלק ב, סימן מו, שפסק שאם היה בעל הבית חובע את האפוטרופוס לדין, היה זכאי לקבל את דמי השוחד "כי שלהם הוא, כי הרי הבית היה שוה יותר מכפי שהשכיר להם ע"י זה השוחד, ולכן בודאי צריך להחזיר למי שהבית שלו".

⁶ ס"ח, התשב"ה, עמ' 220.

⁷ וראה: ברק, שם, עמ' 427-429; ש' שילה: "רווחים בלחי צפויים מראש בשליחות במשפט העברי ובחוק השליחות, התשכ"ה-1965", שנתון המשפט העברי, ג-ד (תשל"ו-תשל"ז), עמ' 341-375. מאמר זה יצא לאור לאחר שפירסמתי את מחקרי ב"סדרת מחקרים וסקירות במשפט העברי", חוברת מו.

⁸ ס"ח, התשל"ט, עמ' 128.

מבוא

ציבור. וזה לשון סעיף 2(א) לחוק שירות הציבור (מתנות), התש"ם-1979⁹: "ניתנה לעובד הציבור באשר הוא עובד הציבור מתנה... תקום המתנה לקנין המדינה".

בשערים קודמים עסקנו כהיכטים אחדים של "עשיית עושר ולא במשפט". ראינו שב"זה נהנה וזה לא חסר", פטור הנהנה מלשלם למהנה תמורת הנאתו¹⁰, ואילו בעושה סחורה בנכס חברו, קיימת לבעל הנכס הזכות לקבל את הרווחים שהופקו מרכושו¹¹. בשער זה נדון בשאלה, מה דינו של אדם שקיבל מאחר טובת הנאה עקב שליחותו?

פרק שני

שליח שקיבל טובת הנאה

א. יסודות ההלכה בתלמוד

1. צד שלישי שנתן תמורה עודפת ("הוסיפו לשליח")

(א) מחלוקת תנאים

בתוספתא¹² מובאות דעותיהם של תנאים בדבר שליח שנשלח לקנות דבר מה למשלוחו והוסיפו המוכרים לשליח, למי שייכת התוספת? בשאלה זו נחלקו ר' יהודה ור' יוסי: "נתנו לו אחת יתירה, ר' יהודה אומר: לשליח. ר' יוסי אומר: לאמצע".

(ב) הבחנה בק דבר שיש לו קצבה לדבר שאין לו קצבה

תוספתא זו הובאה בבבלי כתובות¹³, על המשנה הרגה באלמנה שמכרה נכסי יתומים לשם פירעון כתובתה, ומכרה אותם ביותר משוויים: "אלמנה¹⁴ שהיתה כתובתה מאתים ומכרה שוה מנה במאתים או שוה מאתים במנה – נתקבלה כתובתה". על משנה זו שואלת הגמרא מדוע אין הרווח מן המכירה שייך לאלמנה? שהרי כשם שאלמנה שמכרה שוה מאתים במנה אומרים לה: "את הפסדת", אף כמכרה שוה מנה במאתיים, תאמר האלמנה ליתומים: "אני הרווחתי". על כך משיבה הגמרא ואומרת, שבמשנתנו, שנה רבי הלכה כדברי הסוכר, שאם הוסיפו לשליח, היתרון הוא למשלח: "כאן שנה רבי: הכל לבעל המעות". לחיזוק דבריה מביאה הגמרא את דברי החוספתא דלעיל: "כדתניא: הוסיפו לו אחת יתרה – הכל לשליח, דברי רבי יהודה. רבי יוסי אומר: חולקין". ולהלן שואלת

⁹ ס"ח, התש"ם, עמ' 2.

¹⁰ ראה לעיל, שער ראשון.

¹¹ ראה לעיל, שער שני.

¹² תוספתא, דמאי ח ג.

¹³ כתובות צח ע"ב.

¹⁴ משנה, כתובות יא ד; בבלי, כתובות צח ע"א.

אדם שקיבל טובת הנאה עקב שליחותו

הגמרא, הרי שנינו במקור אחר, שדעת ר' יוסי היא שהכל שייך לבעל המעות, והיא מבחינה בין דבר שיש לו קצבה לדבר שאין לו קצבה. היינו, לא אמר ר' יוסי שחולקים אלא בדבר שיש לו קצבה, כלומר יש לו מחיר קבוע, ואין לומר שהוזיל המוכר, אלא נתן לו מתנה. לעומת זאת, בדבר שאין לו קצבה, אפשר לומר כיוון שאין לסחורה מחיר קבוע יש כאן הוזלת המקח, ועל כן ר' יוסי סובר שהכול לבעל המעות. להלכה פוסק רב פפא כדעת ר' יוסי, תוך הבחנה בין דבר שיש לו קצבה לדבר שאין לו קצבה: "אמר רב פפא: הלכתא רבר שאין לו קצבה – הכל לבעל המעות". לפיכך ישנן שלוש תשובות אפשריות לשאלה למי שייכת התוספת שהוסיפו לשליח: (א) הכל לשליח – דעתו של ר' יהודה. (ב) חולקין השליח והמשלח – דעתו של ר' יוסי בדבר שיש לו קצבה. (ג) הכול לבעל המעות (המשלח) – דעת ר' יוסי בדבר שאין לו קצבה.

השוואת דין תוספת לשליח לדין טעות במכירת נכס מתוך שהגמרא מסמיכה את דין התוספתא – האמור בתוספת שהוסיפו לשליח – לדין המשנה – העוסק ברווח הגובע ממכירת נכס המשלח במחיר גבוה מערכו – אנו שומעים לכאורה שאין כוונת הגמרא להבחין ביניהם, ושדין רווח הגובע ממכירת נכס במחיר גבוה מערכו, כדין תוספת הניחנת לשליח. אם כן כשם שלדעת ר' יהודה התוספת שייכת לשליח, אף הרווח מן המכירה שייך לשליח. מה גרם לקבלת מחיר גבוה משווי של הנכס, כאמור במשנה? אצלנו בגמרא לא נתפרש הדבר, אבל בתלמוד הירושלמי¹⁵ מתבאר שהתוספת באה מתוך טעות בהערכת המקח, שהדי שאלו בתלמוד הירושלמי: "כשוה מנה במאתים אין סופו לחזור משם מקח טעות?" כיוון שמדובר בטעות, עולה מאליה השאלה מה דינה של טעות אחרת, שאינה במקח, כגון שנפלה טעות במניין בדבר הנמכר, או טעות בכסף ששולם תמורתה סחורה, או טעות בחשבון? אמנם כשהטועה מקבל חזרה את המגיע לו אין מקום לשאלה זו, אבל השאלה עולה כשאי אפשר להשיב את הטעות, כגון שאי אפשר למצוא את מי שטעה – למי תהיה התוספת הנובעת מן הטעות? להלן¹⁶ נראה כי שאלה זו שימשה נושא לחילוקי דעות מפליגים אצל הראשונים.

(ג) ירושלמי: חלוקה משום חלקו של השליח
מה הטעם, לדעת ר' יוסי, שחולקים בדבר שיש לו קצבה? בתלמוד הבבלי לא נתפרש הרבר. אבל בתלמוד ירושלמי, במסכת דמאי¹⁷, ניתן טעם לדבר: "ר' יהודה אומר לא נתכוון המוכר לזכות אלא ללוקח. ר' יוסי אומר לא נתכוון המוכר לזכות אלא לבעל המעות. לפיכך אם נתן אחת יתירה – ר' יהודה אומר של לוקח, ר' יוסי אומר של שניהן. מחלפא שיטתיה דר' יוסי. תמן הוא אומר לא נתכוון המוכר לזכות אלא לבעל המעות וכא את אמר הכין? כאן – ע"י מעותיו של זה וע"י רגליו של זה¹⁸ – שניהן חולקין". כלומר,

¹⁵ ירושלמי, כתובות פ"א ה"ד.

¹⁶ ראה להלן. ליד ציון הערה 54.

¹⁷ ירושלמי, דמאי פ"ו ה"ח.

¹⁸ השווה: מדרש איכה, פרשה א, סימן ז: "את כפרותך ונאנא ברגליו".

שליח שקיבל טובת הנאה

אף שנתכוון המוכר לזכות את בעל המעות, זוכה השליח במחצית היתרון, משום שהיתרון נובע משני גורמים: ממעותיו של המשלח ומטרחת השליח¹⁹.

2. שליח ששינה מהוראות המשלח

(א) מחלוקת תנאים

הטעם שניתן לחלוקה בירושלמי, במכירת הנכס למעלה משוויו, הוא שיש לשליח זכות להשתתף ביתרון, משום שגם הוא גרם ליתרון, ולכן אף שהמוכר מתכוון לזכות את המשלח, זכאי השליח למחצית היתרון. אף בסוגייה אחרת בירושלמי אנו מוצאים שמתחלקים ברווחים, אלא שנקודת המוצא שם הפוכה, היינו שבעל המעות זכאי להשתתף ביתרון שהגיע לידי השליח. היינו, שגם במקום שהדבר מגיע לשליח, יקבל בעל המעות את חלקו משום שגם הוא גרם לתוספת (ואף חידוש זה אנו שומעים אך ורק מן התלמוד הירושלמי, ואילו התלמוד הבבלי אינו מלמד על כך דבר).

יסודה של הלכה זו בכרייתא, הקשורה לכאורה רק לדיני שליחות, ולא לזכותו של המשלח כגורם ליתרון שבא לשליח. הכרייתא, במסכת בבא קמא²⁰, עוסקת בשליח שחרג משליחותו, והרוויח בפעולתו. השאלה היא מי יזכה ביתרונות שבאו מפעולת השליח? "תנו רבנן, הנותן מעות לשלוחו ליקח לו חטיף ולקח מהם שעורין, שעורין ולקח מהם חטיף, תניא חדא: אם פחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לו, ותני חדא: אם פחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לאמצע²¹".

(ב) הסתמכות על דיני שליחות

הגמרא כבבא קמא²² מנסה לזהות את שני הלשונות עם מחלוקת ר' מאיר ור' יהודה, כשאלה האם שינויו של השליח, שאינו פועל בשם משלחו, קונה לו. לאחר מכן מסיקה הגמרא ששני הלשונות הם כדעתו של ר' מאיר, תוך הבחנה בין קנייה לצורך אכילה, שהמשלח מקפיד על כך שלא ישנה השליח משליחותו, לבין קנייה לצורך סחורה, שאין המשלח מקפיד בה: "אמר רבי יוחנן לא קשיא. הא ר"מ והא רבי יהודה. הא ר' מאיר ואמר שינוי קונה והא ר' יהודה דאמר שינוי אינו קונה. מתקיף לה ר' אלעזר ממאי דלמא ער כאן לא קאמר ר"מ אלא במידי דחזי ליה לגופיה אבל לסחורה לא אמר. אלא אמר ר' אלעזר הא והא ר' מאיר ולא קשיא כאן לאכילה כאן לסחורה". כלומר, לר' יהודה, הסובר ששינוי אינו קונה, אם שינה השליח ובאו רווחים מפעולתו – הרווח מתחלק לאמצע, בין השליח והמשלח. והוא הדין לר' מאיר, כששלח אותו לעשות דבר שאינו מקפיד על שינויו.

¹⁹ בירושלמי אין הבחנה בין דבר שיש לו קצבה לדבר שאין לו קצבה, וגם לא נחפרש אימתי סוכר ר' יוסי שהכל לבעל המעות.

²⁰ בבלי, ב"ק קב ע"א-ע"ב.

²¹ מן הלשון "לשלוחו", המובא בתלמוד, מסיק בעל "העיסור" שההלכה אינה נובעת מריני שותפות: "ולא נהירא לן, מדקתני 'לשלוחו' – שליחות הוא ולא שותפות" (העיסור, שלישות ממון, דף מג, טור ג, במהדרות רמ"א), אבל בחוספתא הלשון הוא "לחברו": "הנותן מעות לחבירו ליקח בהן חטיף ולקח בהן שעורין, שעורין ולקח בהן חטיף – ידו על התחנות: אם פחתו פחתו לו ואם הוסיפו הוסיפו לאמצע" ב"מ חוספתא ד, יא. וכן מצינו אף בירושלמי: "הנותן מעות לחברו" (ב"ק פ"ט ה"ה).

²² ב"ק קב ע"ב.

אדם שקיבל טובת הנאה עקב שליחותו

כאן עולה השאלה: מהו טעמה של חלוקת הרווחים? הרי לכאורה יש כאן שתי אפשרויות; המשלח הוא הזוכה ביתרון, ואם הותירו – הותירו למשלח; או השליח הוא הזוכה ביתרון, ואם הותירו – הותירו לשליח. אם כן מהו יסוד חלוקת הרווחים ביניהם? בתלמוד הבבלי לא נתפרש הדבר, ויש מן הראשונים שנחקקו לפרש שמדובר כאן בעיסקה שהותנה בה במפורש על חלוקת הרווחים²³, אבל התלמוד הירושלמי קושר את חלוקת הרווחים לעיקרון לפיו מי שגרם יתרון זכאי ליהנות מן היתרון שנגרם על ידו.

(ג) ירושלמי: חלוקה משום חלקו של השליח

התלמוד הירושלמי²⁴ מציב אף הוא את שני המקורות – הנותנים לכאורה תשובות סותרות לשאלה האם כשהותירו היתרון הוא לשליח או שהוא מתחלק בין המשלח והשליח – זה לעומת זה²⁵: "מן דמר אם פחתו פחתו לו – ר' מאיר, מ"ט דר"מ שלא נתכוון המוכר לזכות אלא ללוקח. (רמ"ד) [מן דמר]²⁶ אם פחתו פחתו לו אם הותירו הותירו לאמצע – ד"ר יהודה. מאי טעמא ר' ירון שלא נתכוון המוכר לזכות אלא לבעל המעות, ולמה²⁶ חולק עמו שאסור ליהנות מחבירו". כלומר, לדעת ר' יהודה אף שנתכוון המוכר לזכות את בעל המעות²⁷, עליו להתחלק עם השליח, כיון שאסור לבעל המעות ליהנות מן השליח.

חלוקה משום חלקו של בעל המעות

אף שלפי דברי הירושלמי, האמורים לעיל, התוספת שייכת לבעל המעות, אלא שבעל המעות חייב להתחלק עם השליח, הירושלמי מביא בהמשך את דברי ר' נסא, הגורס שהתוספת שייכת ללוקח אלא שהלה מתחלק עם בעל המעות משום שבאה לו הנאה על ידי בעל המעות: "א"ר נסא: בשעה שקיים שליחותו לא נתכוון המוכר לזכות לבעל המעות²⁸, לא קיים שליחותו נתכוון לזכות ללוקח²⁹, ולמה חולק עמו? אמר: הואיל ובאת הנייה לו מתחת ידו אף הוא חולק עמו".

²³ ראה להלן, ליד ציון הערה 108.

²⁴ ירושלמי, ב"ק פ"ט ה"ה.

²⁵ החיקון על פי אור זרוע, ב"ק סימן תיג.

²⁶ ראה: ש' ליברמן, תלמודה של קיסרין, עמ' 39, הערה 43; והשווה דעת ר' יהודה, בשער ראשון, ליד ציון הערה 108.

²⁷ וראה לעיל, ליד ציון הערה 17, דברי הירושלמי במסכת דמאי, שר' יהודה סובר שהמוכר מתכוון לזכות את הלוקח. ב"נועם ירושלמי" מבקש להגיה את הנוסח. ואף ליברמן, שם, אומר: "בדרך שגירסת הירושלמי דמאי... אינה יכולה להתאים עם שיטת הירושלמי כאן"; וראה: משכנות הרועים, אות ש, סימן קיד, בסוף התשובה.

²⁸ נראה שיש להבין מלים אלה בתמיהה. אפשרות אחרת היא להגיה את הטקסט על ידי מחיקת המלה "לא", או הוספת "אלא" לבעל המעות. והשווה מקבילות, וכן תשובת ר' יואל הלוי, בספר ראבי"ה, חלק ד, הוצאת מכון הרי פישל, סימן חקטז, והערה 74 שם.

²⁹ וראה דבריו של חזון איש, ב"ק, סימן כב, ה, המסביר את דעת בעל העיטור – ההולך בעקבות הירושלמי – כך: "באמת לקח [השליח] לעצמו כיון דשינה, ולא דמי לצבעו בשינוי, דהתם הצמר של בעל הבית, וכיון דלא הוי שינוי גמור הרי נשאר הצמר שלו כמו שהיה, אבל בלקח שעורים בשינוי כיון דלא ניחא ליה לא קני, אלא זוקף את המעות במלחה על השליח, ומ"מ שקיל פלגא רווחא משום שבאה הנאה על ידו... מיהו צריך לחלק בק"מ לר", דלפי טעם זה הדין נוחן אף לר"מ דחשיב משנה בגולן מ"מ לישקל

שליח שקיבל טובת הנאה

החלוקה ברווחי העיסקה היא אפוא לא משום תנאי בשותפות, כדעת מי שביקשו לפרש כך את הבבלי³⁰, אלא משום שיש להתחלק ברווחים עם מי שמעותיו גרמו לרווחים.

ב. ניתוח השיטות ופסק ההלכה

1. צר שלישי שנתן תמורה עודפת ("הוסיפו לשליח") לאחר שסקרנו את מקורות התנאים והתלמודים, שומה עלינו לבחון את שיטות הפוסקים, ראשונים ואחרונים. שהרי, שיטת הכבלי לעניין זכותו של מי שגרם להנאה להשתתף בהנאה, אינה בהכרח שיטת הירושלמי. והשאלה היא, באיזו דרך הולכים מפרשי התלמוד הכבלי והפוסקים? כפי שניזכר אין אחדות דעים בנושא זה, ואפשר להבחין כשתי שיטות עיקריות.

(א) שיטה המסבירה את החלוקה מספק

סטייה מן הדרך שהלך בה התלמוד הירושלמי בהסברת החלוקה, כשהוסיפו לשליח אחת יתרה, אנו מוצאים כבר אצל הגאונים. רב האי גאון, ב"ספר המקח והממכר", אינו מסביר שהחלוקה היא משום שהנאה באה לשליח על ידי בעל המעות, אלא משום שיש ספק למי התכוון המוכר לתת את היתרון.

שיטות רב האי ורש"י

רב האי גאון כותב³¹: "ובטעם הדבר שיש לו קצבה, לפי שכל חפץ שדמיו קצובים, כשמוסיף עליו הלוקח, יש לומר מרצון נפשו הוסיף וכאילו נתנו בפני עצמו לשליח, או יש לומר שלא הוסיפו אלא מחמת שנלקח [= שנקנה] ממנו זה החפץ ונמצא של בעל המעות הוא, ומשום הכי חולקים". כלומר, הספק הוא אם נתן הקונה את התוספת לשליח עצמו או שמא הוסיף לשליח מחמת מי שנקנה החפץ ממנו, היינו בעליו של החפץ, וממילא התוספת היא של בעל המעות ולא של השליח³².

דש"י הולך בשיטה זו כשינוי קל בנוסח הדברים³³: "אם הוסיפו אחת יתירה חולקין, דמתנה הוא, יש לומר לשליח נתנה ויש לומר לבעל מעות נתנה". אצל רש"י, בצידו השני של הספק, אין השלב האמצעי, המסביר שהתוספת היא "מחמת שנלקח ממנו זה החפץ", אלא כמישרין – "לבעל המעות נתנה".

כשנותן בפירוש לשליח

ייתכן שנודעת משמעות לשינוי לשון זה. לשיטת רש"י אם יאמר המוכר בפירוש שהוא

בעה"כ פלגא רווחא, משום שבאת הנאה על ידו, וצ"ל דכיון דחשיב כגולן לא מקרי על ידו, ומיהו דעת רי"ף וש"פ (= ושאר פוסקים) נראה דמפרשים דההיא דירו' אפי' לר"מ, וא"כ גמ' דידן פליגא ולית לה ההיא דירו'. והאי הנאה על ידו דאמרי' בירו' נראה דאינה הנאת ההלואה של המעות, שהרי זו רבית שאסרה תורה, אלא שהוא גרם לו כל המקח. ועיקרו נראה תקנת חכמים דלא ליתו לאינצויי דכגרום כזה לא זכי חלק ברווחא מן הדין; וראה להלן, ליד ציון הערה 90, בדברי הסמ"ע.

³⁰ ראה להלן, ליד ציון הערה 108.

³¹ ספר המקח והממכר, שער ו.

³² כאן מתפרש "הוסיפו לו" כמעות שהלוקח מוסיף, ולא שהוסיף לו המוכר בסחורה.

³³ רש"י לכתובות צח ע"ב, ד"ה שיש.

נותן את התוספת לשליח, יהיה הכל לשליח, שהרי אין מקום לספק.³⁴ לרעת רב האי גאון, אף אם פירש הקונה שהוא נותן לשליח, ייתכן שצריכים לחלוק, משום שיש ספק אם אפשר לראות בתוספת מתנה נפרדת מן העיסקה, או שמא יש לומר שלא הוסיף הקונה לשליח אלא מחמת מי שנקנה ממנו זה החפץ, ואם כן התוספת היא חלק מן העיסקה, ונמצא שהיא שייכת לבעל המעות. כלומר, לרעת רב האי, לפי ההצעה שהעלינו, הספק הוא אובייקטיבי, ולא סובייקטיבי, ולכן אין משמעות לרעת המוכר.

ואפשר שאף הרשב"א סבור שיש הכרל בין שיטת רב האי ושיטת רש"י, כפי שהסברנו לעיל. הרשב"א³⁵ נשאל ברכר שליח הקהל שנתמנה לגבות את המס ולמסרו לשר, וקיבל השליח טובת הנאה מן השר, והוא טוען שקיבל את טובת הנאה מן השר בלי קשר לגביית המס³⁶: "אם הקהל מינו שליח את ראובן בגביית המס ולפרוע להשר מכל מקום שיגבה, והשר קיבל הפרעון וההנהו משלו במעות, והקהל אומר לראובן: 'מה שנתן לך השר קנינו אותה מתנה'. וראובן טוען: 'המתנה לא באה לידי בסכתכם, אלא לפי שהגניתו אותו ושהייתי מלווה לו משלי כשלא היה בירי ממון מגבית המס'. הדין עם מי?". הרשב"א פוסק לטובת השליח, ומוכיח שאין הקהל יכול להסתמך על ההלכה ברבר "הוסיפו לו אחת יתירה". הרשב"א מביא את לשון רב האי גאון, ומוסיף: "ומכאן שכל רבר שנותן ללוקח שלא מחמת מקח וממכר, ושאינו בו הטעם הזה שכתב הגאון – הכל לשליח". לאחר מכן מביא את לשון רש"י, ומוסיף: "ולפי פירוש זה בנידון שלפנינו מי שנותן בפירוש לשליח – הכל לשליח". מתוך שהרשב"א אומר שמי שנותן בפירוש לשליח – הכול לשליח, רק אחרי שהביא את לשון רש"י, אפשר שהוא סבור שאין להסיק מסקנה זו מתוך דברי רב האי גאון.³⁷

לאחר מכן מבסס הרשב"א את פסקו אף לפי השיטה המסבירה את ההלכה שחולקין משום שההנאה באה לשליח על ידי בעל המעות. הוא מביא שיטה זו כשם "כעל העיטור", המסתמך על התלמוד הירושלמי³⁸, וקובע שבנידון שלפניו זכה השליח בהנאה גם לפי שיטה זו: "כיון שהוא טוען שהוא ההנה את השר להלוות לו ושהוא נתן לו בפירוש ולא לציבור".

לגופה של מחלוקת, מעדיף הרשב"א את שיטת רב האי ורש"י על פני שיטת "העיטור", המסתמך על התלמוד הירושלמי, משום שהתלמוד הבבלי חולק בזה על התלמוד הירושלמי:

³⁴ וכך הבין הר"ן את דברי רש"י. ראה להלן, הערה 48.

וראה: משכנות הרועים, לר' עזריאל אלחאיך, אות ש, סימן קיד, דף שמו, טור א, המעורר שתי שאלות כשיטתו של רש"י: (א) האם יועיל גילוי דעתו של המוכר רק בשעה שנתן את התוספת, או גם לאחר שנתן את התוספת? (ב) האם הספק למי נתכחזן המוכר לזכות קיים דווקא אם ידע המוכר שהקונה שלפניו הוא שלוחו של אחר, או גם כשלא ידע שהקונה הוא שליחו של אחר?

³⁵ ראה עליו לעיל, שער שני, הערה 46.

³⁶ שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן ס.

³⁷ ברם, ראה: דרכי משה, חו"מ, סימן קפג, ס"ק ד: "אבל הרמב"ן [=הרשב"א] בתשובות המיוחסות לרמב"ן] כתב, שדעת רש"י הוא נכון, וכ"כ רב האי". וכן ראה: ביאור הגר"א, לשו"ע חו"מ, סימן קפג, סעיף ו, ס"ק כב: "לפי פירוש... וכן פ"י רב האי".

³⁸ ראה להלן, הערה 45.

שליח שקיבל טובת הנאה

"דהא דהותידו הותירו לאמצע, אין הירושלמי (חולק) [הולך]³⁹ לפי שיטת הגמרא פרק הגחל קמא, דבגמרא כשנתנו לסחורה היא ולפיכך השכר לאמצע⁴⁰ כראיתא התם"⁴¹.

(ב) שיטה המסבירה את החלוקה משום חלקו של מי שגרם ליתרון כנגד השיטה המסבירה את החלוקה משום הספק למי התכוון המוכר לזכות, ישנה שיטה אחרת ההולכת בעקבות התלמוד הירושלמי.

דבנו חננאל, כשבא להסביר את הדין שחולקים, אינו מזכיר במפורש את הירושלמי, אבל משתמש בלשון המצוי בתלמוד הירושלמי: "פר"ח [= פירש דבנו חננאל]⁴²... וזה שאמר חולקין בשער בדבר שהשער שלו קצוב וידוע כך וכך בכסף, וא"כ מה יש לבעל המעות, כי כבר נטל שעד הידוע שלו? ואמרינן הואיל ובא לו הנייה לשליח שלו על ידו של בעל המעות – חולק עמו". בעקבות רבנו חננאל הולך הדין⁴³: "ולמה חולקין השליח עם בעל הבית⁴⁴? הואיל ובאתה לו לשליח הנאה ע"י בעל הבית – חולק עמו"⁴⁵.

³⁹ כך נראה להגיה. וראה: שמרו משפט, על חוקות הדינים, סימן רצא, עמ' קלו, שנתלכט בפירוש דברי הרשב"א, ואומר: "ואי גרסי בדברי הרשב"א הנו"ל דהירושלמי חולק... א"ש [= אתי שפיר]".

⁴⁰ ראה להלן, ליד ציון הערה 108.

⁴¹ אבל ראה התשובה המובאת בשו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תרעא [= חלק ג, סימן כה; שו"ת הרשב"א, דפוס ראשון (רומא ר"ל), סימן ריב, וכן ראה שם סימן רלז], שמשמע מדבריו שמפרש את החלוקה משום גרם היתרון: "ואינו דומה לאותה ששנינו בברייתא... הוסיפו לו אחת יתירה הכל לשליח, ואסיקנא אמר רב פפא הילכתא דבר שיש לו קצבה תולקין, כלומר הואיל ובאת לו הנאה [על ידי מעות של] בעל המעות... שהיה מן הדין שיהיה הכל לשליח שהוסיף לו מרעתו, אלא מפני שבאת לו הנאה על ידי בעל המעות חולק עמו"; וראה: שו"ת בעי חיי, תר"מ, סימן קלג (דף קסג, טור ד); כנסת הגדולה, תר"מ, מהדורא כתר, סימן קפג, הגהות בית יוסף, אות טו.

⁴² אה זורע, ב"ק, סימן תיג. הובא באוצר הגאונים לכתובות, ליקוטי פירוש ר"ח, עמ' 78.

⁴³ רי"ף, כתובות, פרק יא (נז ע"ב בדפוס וילנא).

⁴⁴ וראה: משכנות הרועים, אות ש, סימן קיד (דף שמו, טור ב), הדין בניסוח דבריו של הרי"ף.

⁴⁵ ובאותה דרך נוקט בעל "העיטור". הוא מביא את לשון הרי"ף בדבר "הוסיפו לו אחת יתירה", וכן את דברי הירושלמי בעניין שליח ששינה, שהחלוקה היא משום שבאה הנאה על ידי האתר. וראה: העיטור, שלישות ממון, מג ע"ב במהדורת רמ"י.

יש לעיין בדברי ר' יואל בתשובתו המובאת בספר הראב"י, סימן תתקטז (חלק ד, בהוצאת מכון הרי פישל, עמ' רמד. והשווה גם מרדכי, על כתובות, רמו רנט, והגהות אשרי, לכתובות, פרק יא, סימן טו). ר' יואל מביא את סוגיית הבבלי – ב"ק קב ע"א – בדבר שליח ששינה, וסוגיית הירושלמי בעניין זה – ב"ק פ"ט ה"ה, ז ע"א – וכן את סוגיית הירושלמי – דמאי פ"ו ה"ח, כה ע"ד – ואומר: "השתא יש לנו להשוות הירושלמי והבבלי בפ' אלמנה ניוזנית [צח ע"ב], דאייתיה התם בדבר שיש לו קצבה חולקין ובשאיין לו קצבה הכל לבעל המעות...". היינו, הוא משווה בפירוש את שיטת הבבלי לשיטת הירושלמי, שדין החלוקה בהוסיפו לשליח, הוא משום ששיניהם גרמו לתוספת.

אלא שר' יואל מכניס נימה נוספת בכך שהוא מדבר על "מזלם" של המשלת והשליח בגרימת היתרון. כשהוא מביא את דברי הירושלמי "הואיל ובאת לו הנייה מתחת ידו", הוא מוסיף: "פי' שעל ידי מעותיו הרויח". ואילו שעה שהוא מבקש להשוות את סוגיית הבבלי לכתובות, בדבר "הוסיפו לו אחת יתירה", לטוגיית הירושלמי, הוא מדבר על הוספה הנגרמת בטעות (בעקבות העמדת הירושלמי את המשנה שם שהיא מדברת בטעות): "ובדבר שיש לו קצבה ומעצמו טעה והוסיף מזל דתרוייהו, ועוד כדמפ'

אדם שקיבל טובת הנאה עקב שליחותו

אף שלרעת ר"ח והרי"ף שונה שיטה הכבלי משיטת הירושלמי, ככך שעל פי הבבלי – לפי שורת הדין – היתרון שייך לשליח, בעוד שעל פי הירושלמי היתרון שייך למשלח⁴⁶, הם משתמשים כרעיון החלוקה המצוי בירושלמי, ומחילים אותו על שיטת הבבלי. היינו, כשם שאם היתרון שייך למשלח הוא משתף את השליח, כך כשהיתרון שייך לשליח צריך הוא לשותף את המשלח, שהרי כסוגיית שליח ששינה משליחותו שיטת הירושלמי היא – לפי דברי ר' נסא – שהשליח מתחלק עם המשלח משום שההנאה באה לו על ידי המשלח. אם כן, גם לעניין "הוסיפו לו אחת יתרה" אפשר לומר כן⁴⁷.

כשנותן בפירוש שליח

האם נודעת משמעות לעובדה שהצר השלישי הנותן את היתרון מפרש שהיתרון מיועד לשליח ולא לבעל המעות? לשיטה שביססה את החלוקה משום הספק למי מתכוון הנותן לתת, יש משמעות להודעת הנותן. כרם, לשיטה המסבירה את החלוקה משום חלקו של בעל המעות ביצירת היתרון – אין חשיבות להודעת הנותן. וכך מסביר הר"ן את שיטת הרי"ף⁴⁸: "אבל מלשון הרי"ף נראה שרבר שיש לו קצבה אפי' נתן המוכר לשליח בפירוש, כיון שבאת הנאה לשליח ע"י בעל הכית – חולק עמו"⁴⁹.

(ג) טעות בעיסקה שנגרמה על ידי השליח

מקור המצריך ציון, הוא תשובה המובאת בספר הראב"ן⁵⁰, שיש המייחסים אותה לרב צמח גאון⁵¹. כתשובה זו נידונה השאלה כרבר אדם שסייע לחברו בעיסקה, והטעה

בירושלמי מעות של זה ורגליים של זה, וכדבר שאין לו קצבה מה שטעה וזלזל זה בא מתמת המקח שלא הי' בקי בשווי ולכך הוסיף בשווי ומזל דבעל המקח גרם". אפשר שהוא מדבר על "מזל" הצדדים כדי לכלול מקרים שבהם אין לומר שגרמו המעות ליתרון. וראה: כנסת הגדולה, חו"מ, מהדורא בתרא, סימן קפג, הגהות בית יוסף, מב-מג.

⁴⁶ ראה: ירושלמי, דמאי פ"ו ה"ח, בה ע"ד, לעיל, ליד ציון הערה 17.

⁴⁷ וזאת אף שהרי"ף אינו הולך בשיטת הירושלמי בפירוש סוגיית שליח ששינה. ראה להלן, ליד ציון הערה 110, ולעיל, ליד ציון הערה 38, בדברי הרשב"א שהשיג מטעם זה.

⁴⁸ ר"ן על הרי"ף, שם; בחלקת יואב, חו"מ, סימן ט, מייחס דברים אלו לרי"ף עצמו, ונראה שנמשך אחר דברי ר"י קארו בכסף משנה, הלכות שלוחין, פרק א, הלכה ה. אבל, כאמור, הרי"ף לא פירש כן בהדיא.

⁴⁹ הליכה עקיבה בדרך זו הייתה צריכה לבאורה לקבוע אותה הלכה גם במקרה ההפוך: כשהנותן מודיע שהוא נותן אך ורק לבעל המעות ולא לשליח, שהרי החלוקה אינה משום ספק אלא משום חלקם של בעל המעות ושל השליח ביצירת היתרון. אף על פי כן מבהירים כמה מן האחרונים שבאופן זה יהיה הכול לבעל המעות, והשליח לא ישתתף כלל ביתרון (ראה: כנסת הגדולה, חו"מ, מהדורא בתרא, סימן קפג, הגהות בית יוסף, מג). בעל "קצות החושן" (סימן קפג, ס"ק ז) מכריח תוצאה זו אף לשיטת הרי"ף, מתוך שהוא שואל: "דאטו מי שנותן מחנה לחבירו ע"י שליח, יהיה לשליח חלק בו?!" וכן דעת מהרש"ם, בחיבורו "משפט שלום" (סימן קפג, סעיף ז, ד"ה והנה יש לבאר), אלא שמצריך ציון במוכר נכרי, שהרי אין זכיה לנכרי. ושיטות אלו אינן מתיישבות אף עם פירוש הרידב"ז על ירושלמי בבא קמא, פ"ט ה"ה, ו ע"ד (המציע הסבר לכך שביירושלמי דמאי אין אומרים יחלוקו אלא לשיטת ר' יהודה).

⁵⁰ ספר הראב"ן, סימן ג. והובא בשו"ת מהר"ם בר"ך, כרך, דפוס פראג, סימן תחב. וראה גם בהערה הבאה.

⁵¹ כך הוא במרדכי, לכתובות, רמז רנו. ובתשובות מיימוניו לספר קניין, סימן כב: "לשון רבנו כס' החכמה... בתשובת רב צמח גאון מצאתי...".

שליח שקיבל טובת הנאה

המסייע את המוכר וגרם בהטעייתו ליתרון – למי יהא היתרון? התשובה הייתה ששניהם חולקין ביתרון, משום שהיתרון נגרם על ידי שניהם: מקחו של זה, ופעולת ההטעייה של זה, וזה נוסחה: "ששאלתם על תרי גברי דהוו כפונדק דתגרי ואזל חד מינייהו וזבן עיסקא מידי דכייל או דמימני או דמדיד ואמר לחבריה תא סייעי בין בחנם בין באגרא ואזל חבריה וסייעיה והוה חריפותא כההוא והטעה לגוי או במדה או במשקל או במניין. כבר הוה עובדא ואתו לקמיה דהלל הזקן⁵² ואמר להון: זילו מדדו תקלו ומנו ומאי דפייש פלגו בעקב⁵³, דאי לא זכינא דחברך לא הוית מטעי לגוי ואי (כמי) [לא] הוית מטעי לא הוי פייש. והודו לו חכמים להלל הזקן".

כאן אין נזכרת המחלוקת בדבר הוסיפו לשליח אחת יתרה, אבל ההנמקה הניתנת כאן היא ששניהם גרמו ליתרון.

מהו היסוד לחלוקה? האם מצד הדין שייכת התוספת לשליח אלא שחולק עם בעל המעות, או להיפך? מלשון ראב"ן קשה להסיק מסקנה חד משמעית. עמדות ברורות יותר אנו מוצאים בריונים בשאלת רבנו תם, בדבר יתרון הנובע מטעות, כפי שיבואר להלן.

טעות בשווי העיסקה – הכל לבעל המעות

למעלה אמרנו⁵⁴ שמתוך שהגמרא בכתובות מסמיכה את דין המשנה בדבר טעות בשווי העיסקה לדין יתרון כשהוסיפו לשליח, משמע שלדעת הגמרא שווים שני העניינים הללו, וכך אמנם פירש רש"י את סוגיית הגמרא⁵⁵.

בדס, שיטת רבנו תם אינה כן. לדעתו⁵⁶, בדין המשנה, כשהייתה טעות בשווי העיסקה, יודה גם ר' יהודה – הסובר בהוסיפו לו אחת יתרה שהכל לשליח – שהכל לבעל המעות. אשר לטעמו של רבנו תם להבחנה בין טעות בשווי העיסקה לבין הוסיפו לשליח אחת יתרה, יש לרקדק בדבריו. בתחילה אומר ר"ת: "דבדבר שאין לו קצבה נמי לא איפלגו... אלא ככה"ג [= ככהאי גוונא] שנותן לו מחמת תוספת, דקא"ל [= דקאמר ליה] 'קח את זה עבור מקחך ועוד אני מוסיף לך זה משלי".

ולפי זה בכל מקום שנופלת טעות, כיוון שאין לומר שניתן מה שניתן מחמת תוספת, לא יהיה הדבר שנוי במחלוקת ר' יהודה ור' יוסי. אבל בהמשך טעמו של רבנו תם נאמר: "אבל אם מכר לו בזול מחמת מעות, כעין משנתנו שוה מנה כמאתים, אפי' ר' יהודה מודה דהכל לבעל המעות". לפי דברי הסיום, מצטמצמים אפוא דברי רבנו תם רק לטעות כעין זו שבמשנתנו, היינו טעות מכירה בזול, שהיא מחמת מעותיו של בעל המעות. אבל בטעות שאינה טעות מכירה בזול, אלא טעות בחשבון, תתול מחלוקת ר' יהודה ור' יוסי. שאלה זו, כשיש טעות בשווי העיסקה, היא בעיקרה תיאודיטית, שהרי להלכה נפסק כדעת

⁵² ראה הערותיהם של ר"ש אלבעק ושל רש"י עהרענרייך במהדורותיהם.

⁵³ "פי' באחרונה" – הערת ר"ש אלבעק שם.

⁵⁴ ראה לעיל, ליד ציון הערה 16.

⁵⁵ ראה רש"י, כתובות צח ע"ב, ד"ה כאן שנה רבי, וד"ה כדתניא. ההשוואה בין טעות בשווי העיסקה לבין תוספת במקת, הניתנת מדעתו של הנותן, היא קשה, שהרי בטעות בשווי אין מקום להבחנה בין דבר שיש לו קצבה לבין דבר שאין לו קצבה. וראה קצות החושן, על שו"ע ח"מ, סימן קפג, ס"ק ח; קרני ראם על מהרש"א, על כתובות צח ע"ב.

⁵⁶ תוספות, כתובות צח ע"ב, ד"ה כאן שנה רבי.

אדם שקיבל טובת הנאה עקב שליחותו

ר' יוסי שבעל המעות והשליח מחלקין ביניהם את הרווח. אף על פי כן יש חשיבות לדיון בשאלה זו לבחינת דין יתרון הנובע מטעות בכלל, כשהטעות אינה בשווי העיסקה, אלא טעות אחרת, כפי שיבואר להלן.

טעות כחשבון – השליח ובעל המעות חולקים בפני רבנו תם⁵⁷ הובאה שאלה בדבר יתרון שנבע מטעות שאינה בשווי המקח, אלא מטעות בחשבון. כפי שנראה להלן, הוצעו כחשוכה לשאלה זו כל הפתרונות האפשריים: (א) הכל לבעל המעות; (ב) הכל לשליח; (ג) חולקים בעל המעות והשליח. וזה לשון השאלה, ששאל ר' יעקב ישראל⁵⁸ את רבנו תם⁵⁹: "ראובן שלח לשמעון לקבל מעות מתבואה שמכר לעכו"ם ובא שמעון והטעה את העכו"ם או טעה מעצמו⁶⁰ עד ה' דינרין, טעות זה למי? מי אמרין לבעל המעות הוא כדאשכחן הוסיפו לו אחת יתירה, ומצי אמר ליה ראובן: על ידי קבלת מעותי רוצה אתה להשתכר והלא לתקוני שדרתיך, או דלמא מצי טעין שמעון: אין בזה תיקון ועוות שהרי קבלת כולן, ואם באה מציאה לידי מה לך אצלה?"⁶¹

ר' יעקב ישראל העלה אפוא שני פתרונות: (א) הכל לבעל המעות – כמו בהוסיפו לו אחת יתרה בדבר שאין לו קצבה, שיבקש המשלח לאמץ את פעולת השליח, בקבלת התוספת,

⁵⁷ ר' יעקב בר' מאיר תם. ד"א תת"ס (1100) בערך – ד"א תתקל"א (1171). הגדול שכבעלי התוספות. כן כתו של רש"י.

⁵⁸ נמנה עם חוג התלמידים – חברים של רבנו תם. ראה: א"א אורבך, בעלי התוספות, מהדורה ד', ירושלים תש"ם, עמ' 116-118.

⁵⁹ ספר הישר לרבנו תם, חלק התשובות, סימן נג, ב, והתשובה בסימן נד, כ; וראה גם: תוספות, כתובות צת ע"ב, ד"ה אמר רב פפא; שו"ת מהר"ם בר' ברוך, דפוס פראג, סימן רנכ, תתג; שו"ת מהר"ם בר' ברוך, דפוס קרימונה, סימן נ; מרדכי, כתובות, רמז רנה; תשובת מהר"ם בר' ברוך, המוכאח כמרדכי, כ"ק, רמז קסח, קסט; תשובות מיימוניות לספר קניין, סימן ט, כ; פסקי הרא"ש, על כתובות, פרק יא, סימן טו. השאלה אם באה הטעות מאליה או שהיא תוצאת פעולתו של השליח, עשויה להיות כעלת משמעות. ראה להלן, הערה 102.

⁶⁰ דימוי התוספת, הנובעת מטעות, למציאה הצריך את השואל לכירור נוסף: מה דינו של השליח אם היה שכיר? שמה ככגון זה זכאי המשלח כ"מציאה" זו כמעבירו של השליח? ויגם יורני, אם היה שמעון שכיר ראובן, ולא שכיר ליקוט מציאות, מי אמרין מציאת פועל לעצמו. כמה דברים אמורים בזמן שאמר לו: נכש עמי היום. עדר עמי היום, א"כ הטעות לשמעון, שהרי כששכרו כירד מלאכתו שהטיל עליו לעשות, אם ליקט שלא נחבטל ממלאכתו, כגון שלא היה מונה המעות, זכה בה. או דלמא לא עביר איניש דמהימן ליה גוי דלא למנינהו, ואם מנה שאר המעות ואלו לא היה מונה היה שם על לב ויבין, א"כ נחבטל ממלאכתו הוי ולא זכה במעות.

⁶¹ בתשובתו נזקק ר"ת גם לשאלה זו, והשיב, שכיוון שהשכירים שלנו אינם שכירי יום אין המעביד מקפיד על הגבחת המציאה ע"י השכיר: "ואפילו אם היה שכיר שלו, כיון ששכירים שלנו אינם שכירי יום – אין הבעלים מקפידין על הגבחת מציאה עם מלאכתם, והוי מציאה עם מלאכתו; תדע דאילו מצא ארנקי כשוק לא זכה בו משכיר."

ובהמשך דבריו אומר ר"ת, שאפילו אם מציאתו של הפועל היא לבעל הבית, הרי אם תזור בו הפועל – מציאתו לעצמו. ואם כן, כאן חזר בו הפועל: "ועוד דמהדר קא הדר כיה, שהרי אמר 'אני זכיתי', מכלל הדר, ופועל יכול לחזור". וראה להלן, הערה 89.

שליח שקיבל טובת הנאה

כחלק מן השליחות ("לתקוני שדרתיך"). (ב) הכל לשליח – שיטען השליח שאין בין קבלת התוספת לבין השליחות ולא כלום, שמאחר שקיבל המשלח את המגיע לו אין לו זיקה לתוספת זו, ואין תוספת זו אלא כמציאה שבאה ליד השליח שאין לו למשלח חלק בה.

רבנו תם אינו נוקט בתשובתו אף לא באחת מן הדרכים שהציע השואל, אלא קובע שיחלוקו השליח והמשלח בטעות. אמנם רבנו תם מדמה את הטעות להוסיפו לו אחת יתרה, ברם בעוד השואל דימה לדבר שאין לו קצבה, מדמה רבנו תם את הטעות לדבר שיש לו קצבה.

וכך השיב רבנו תם: "ואשר שאלת על ראובן ששלח לשמעון לקבל מעותיו מן הגר וטעה הגר בד' דינרין⁶², נראה לי שחולקים בין שניהם, דהוה המעות כרבר שיש לו קצבה, דאמרינן: הוסיפו לו אחת יתירה – ר' יוסי אומר: חולקין. ומוקמינן בדבר שיש לו קצבה, אבל שאין לו קצבה הכל לבעל המעות. וטעמא דחולקין לפי שבעל המעות כיון שקיבל קצבתו מה לו בטעותו או בתוספתו של שליח. אלא אמרינן הואיל שע"י מעותיו נשתכר יהיב ליה פלגיה. והכי נמי גבי טעות חשבון. דהא אלמנה שמכרה שוה מנה במאתים טעות הוא. ומוקי לה תלמוד ירושלמי כגון שקיבל עליו הלוקח. וטעמא דהכל לבעל המעות משום דאין לו קצבה דזוזי דאיניש עבדי ליה זולא. הא בדבר שיש לו קצבה חולקין אפילו בטעות חשבון".

מדברי ר"ת אנו למדים, שהוא מאמץ את השיטה הסוברת שהחלוקה היא משום חלקו של בעל המעות ביתרון. הוא אף משתמש כמעט בלשון רבנו חננאל, שאמר⁶³: "וא"כ מה יש לו לבעל המעות כי כבר נטל שער הירוע שלו? ואמרינן הואיל ובא לו הגייה לשליח שלו על ידו של בעל המעות – חולק עמו".

אמנם רבנו תם רומז, בהמשך דבריו, גם לשיטה אחרת בהסכרת הטעם שחולקים, ברם הטעם הראשון נראה לו עיקר⁶⁴: "אע"ג דאיכא למימר טעמא אחרינא גבי חולקין⁶⁵, האי טעמא דפרישית הוא עיקר דהמוחזק⁶⁶ ידו על העליונה וחולקין".

⁶² בתוספות, כתובות צח ע"ב, ד"ה אמר רב פפא, הוסף בדפוסים המאוחרים של ש"ס וילנא: "ולא נמצא העכרים אחר כך". וראה: א"א אורבך, בעלי התוספות, מהדורה ד, ירושלים חש"ס, עמ' 64, הערה 38.

⁶³ ראה לעיל, ליד ציון הערה 42.

⁶⁴ אמנם לפי המובא בפסקי הרא"ש (לעיל הערה 59), אין ר"ת מעדיף טעם זה על הטעם האחר: "אע"ג דאיכא טעמא אחרינא גבי חולקין, כמו שפירש רש"י ד"ל [=דיש לומר] לשליח נתנם, ו"ל לבעל המעות נתנם, והאי טעמא לא שייך גבי טעות, מכ"מ [=מכל מקום] גם האי טעמא עיקר, וכיון דמוחזק ידו על העליונה וחולקין". וראה להלן, הערה 66.

⁶⁵ וראה: שו"ת לחם רב, סימן קכד, אם כוונת ר"ת לשיטת רש"י (ונפקא מינה לכך שלאחר חזרת רבנו תם אפשר לצרף את רש"י ור"ת לשיטה אחת ולטעון "קים ל"י כשיטה זו, שלא כדברי מהר"י ל"ב, חלק א, סימן צב, כלל טז). ושם הקשה ואמר שאם דעת רש"י שהכול לבעל המעות, הרי דבריו אלה עומדים בניגוד למובא במדרכי, לכתובות, רמז רנה (ראה להלן, הערה 78), שם מצינו, שפסק רשב"ם לפני רש"י זקנו, לגבי טעות, שהכל לשליח. ובשו"ת תורת חסד, סימן ריא, מתרץ, שמה שכתב ר"ת לפי פירוש רש"י הוא כפי סברת ר"ת, שמדמה טעות חשבון לטעות זלות המקח, ואילו רש"י "רוח אחרת עמו, וס"ל כסברת ר"י דטעות חשבון לא דמי לטעות זלות המקח, אלא לגולה ונגבה ואין עסק לבעל המעות בזה".

⁶⁶ גירסת הב"ח: "וכיון דמוחזק". ומובן יותר לפי הדברים המובאים ברא"ש (לעיל, בהערה 64), שלפיהם ר"ת אינו מעדיף פירוש אחד על משנהו. וראה: שו"ת זקן אהרן (וואלקין), מהדורת, חו"מ, סימן קלט.

הכל לבעל המעות

ברם, רבנו תם חזר בו מפסקו זה, שחולקים השליח ובעל המעות את התוספת, ופסק שכשנפלה טעות – הכל לבעל המעות: "ושוב⁶⁷ חזר בו, דכל טעות בין ע"י מקח בין שהטעה במנין הכל לבעל המעות". ר"ת אינו חוזר מיסוד הטעם שבחלוקה, שהוא משום ההנאה שבאה לשליח על ידי בעל המעות⁶⁸, אלא שתחילה היה סבור שמצד הדין שייכת התוספת שבאה מן הטעות לשליח (אלא שהוא חולק עם בעל המעות משום שההנאה באה על ידו), ואחר כך חזר בו והוא סובר שמצד הדין שייכת תוספת זו לבעל המעות⁶⁹. מהו היסוד לחזרתו של ר"ת? בתחילה דימה ר"ת את הטעות בחשבון, להבדיל מטעות בשווי המקח, לתוספת בדבר שיש לו קצבה, ולכן חולקין, אלא שאחר כך חזר בו וסבר שכיוון שמדובר בתוספת⁷⁰ הנובעת מטעות, שאינה ניתנת מרעתו של הנותן, אין לדמות את התוספת לדבר שיש בו קצבה, שאין לומר כן אלא "בכהאי גוונא שניתן לו מחמת תוספת, דקאמר ליה 'קח זה עבור מקחך ועוד אני מוסיף לך זה משלי'", כפי שביסס ר"ת את שיטתו שבטעות בשווי הסחורה הכל מודים שהכול לבעל המעות⁷¹.

הכל לשליח

שיטה קיצונית לאירך גיסא, הסוברת שהכול לשליח, היא שיטת ר"ת⁷². שיטת ר"ת קדובה

ואפשר ליישב את הלשון "דהמוחזק ידו על העליונה" כנתינת טעם לדחיית השיטה הסוברת שחולקים מספק, שהרי המוציא מחברו עליו הראיה והמוחזק ידו על העליונה, ואם כן מדוע לשיטת רש"י חולקין? וראה: שו"ת לחם רב, סימן קכד; חידושי מהרי"ט, לכתובות צח ע"ב, ד"ה תו כתב; נתיבות המשפט, סימן קפג, ביאורים ט; וראה להלן, הערה 88.

⁶⁷ תוספות, כתובות צח ע"ב, ד"ה אמר רב פפא.

⁶⁸ שלא כדברי ר"א אשכנזי, בפירושו שמרו משפט, על חוקות הדיינים, סימן רצא, עמ' קלט.

⁶⁹ השווה: שו"ע חו"מ, סימן קצד, סעיף ב; נתיבות המשפט, ביאורים, ס"ק ה, לפי שיטת הרמב"ן, שביסס את זכות הקונה על דין "משתרשי ליה".

⁷⁰ דברי ר"ת נתפרשו רק כשיש למשלח זיקה לעיקר, שאז התוספת מתוספת לעיקר, מה שאין כן כשנסתיימה זיקת המשלח כלפי הצד השלישי, שאז אין למשלח חלק בתוספת. בשו"ת תורת חסד, לר' חסדאי הכהן, נידונה שאלה בדבר סרסור של נכרי שלאחר שפרע לראובן את המגיע לו, מה הנכרי, וגבה שוב מאחיו בערמה. ר' יצחק דאבלה, שם, בתשובה סימן רי, פוסק: "בנידון [דין] שכבר נפרע המשלח מה שהיה חייב לו הגוי... מה לו לראובן כמה שהטעה אותו שמעון, בוודאי שמודה ר"ת שהכל לשליח, כיון שכבר נסתלק ראובן מזה העסק... דע"כ לא קאמר ר"ת דהכל לבעל הבית אלא דבשעה שהיה מתעסק הסרסור לגבות חובו של בעה"ב טעה הגוי מעצמו ונתן לו יותר שיתגם לבעה"ב, לכך י"ל שמזלו של בעה"ב גרם והכל שלו, אבל בנידון [דין] שכבר נסתלק בעה"ב, שנפרע מהגוי הא' ע"י שמעון ואח"כ שמעון הסרסור את הגוי הב' הטעה בחריפותו, הוי כמו אם גנב וגזל דלכרע [=דלכולי עלמא] הכל לשליח...".

וכן פוסק שם ר' חסדאי הכהן, כתשובה ריא: "דבשלמא כשיש למשלח עסק בממון, הוא דאמר ר"ח דהכל לבעל המעות ולא יעשה השליח סחורה במעות של משלח, דזווי דאיניש עברי ליה זולא, כמ"ש ר"ת, אבל כשאין לבעל הבית מעות ביד הגוי – מעות אין כאן, תוספת על העיקר אין כאן...".

⁷¹ ראה לעיל, ליד ציון הערה 56.

⁷² מה דעת הרי"ף כשנפלה טעות בחשבון? על כך חלוקות הדעות. ר"י קארו, בכסף משנה, על הלכות שלוחין ושותפין א, ה אומר: "לרעת הרב אלפסי ורבינו [הרמב"ם], שהטעם משום דכיון שבאח לשליח

שליח שקיבל טובת הנאה

כמידת מה לשיטת ר"ת לפני חזרתו. ד"ת סבר לומר שהכול לשליח, אלא שחולקים משום חלקו של כעל המעות כיצירת היחרון, ואילו ר"י נוקט אותה דרך, אלא שהוא סבור שאין חולקים משום שאין לבעל המעות זיקה ליתרון זה.

וכך מובא בתוספות⁷³: "ולרבי [ולר"י]⁷⁴ נראה שהכל לשליח, שאם גנב וגזל⁷⁵ והטעה [את הנכרי] מה טיבו של כעל הבית, ואפילו חולקין אין שייך לומר, משום דע"י מעותיו נשתכר, ולא דמי לשאר טעות שנותן הכל כשכיל המעות שסבור שהמעות שוות כל מה שנתן לו⁷⁶, אבל הכא טעות בעלמא הוא, ודבר כפני עצמו הוא⁷⁷. תדע דהא סברא היא

הנאה ע"י בעל הבית חולקין, הוא הדין דה"נ [=דהכי נמי] חולקים; בבית יוסף, סימן קפג, סעיף ח, הוא אומר שאפשר שאף הרי"ף ידה לדברי ר"י, שהיתרון דבר בפני עצמו הוא. וכך סוברים גם ר' אברהם די בוטון (שו"ת לחם רב, סימן קכד, וכן בחיבורו לחם משנה על הרמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, א, ה) והש"ך (חו"מ סימן קפג, ס"ק יג), שאף הרי"ף יסכים שאם נפלה טעות בחשבון – הכול לשליח; וראה: משפט שלום, למהרש"ם, סימן קפג, סעיף ו. בשמרו משפט, על חוקות הדיינים, סימן רצא (עמ' קמג), הביא סיעה גדולה של חכמים הסוברים שיהיה הרי"ף לדברי ר"י: וראה: שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תרעא (= חלק ג, סימן כה), הסובר אף הוא שהכול לשליח. וראה לעיל, הערה 41.

⁷³ תוספות, כחובות צח ע"ב, ד"ה אמר רב פפא.

⁷⁴ הגהת רש"ל, שם. וכן הוא במרדכי, כתובות, רמז רנה.

⁷⁵ מדבריו אלה של ר"י הסיק מהרשד"ם שאם גזל הכול מודים שהוא לשליח: "משמע דהיכא דגזל פשיטא לכולי עלמא דהכל לשליח" (שו"ת מהרשד"ם, תו"מ, סימן כז). וכן הבין גם ר' יצחק ראכלה בחשובתו, המובאת בשו"ת תורת חסד, סימן רי. ועדיין דבריהם צ"ע. וראה שמרו משפט, על חוקות הדיינים, סימן רצא, עמ' קמ ואילך.

⁷⁶ בפסקי הרא"ש, לכתובות, פרק יא, סימן טו, נאמר: "הוא סבור שהמקח שיה יותר מן המעות שקבל, ואין זה כרוך. ובטור חו"מ, סימן קפג, סעיף י: "שאין המקח שיה יותר מן המעות שקבל".

⁷⁷ בטור חו"מ, סימן קפג, סעיף י, הביא בשם ר' יונה שיש להבחין בין טעות במקח לטעות בחשבון. בטעות במקח – בדבר שאין לו קצבה הכול לבעל המעות; ובדבר שיש לו קצבה חולקין. ואילו בטעות בחשבון – הכול לשליח: "ורכיני יונה כתב דגכי מקח אין חילוק בין שהוסיף לו מדעתו בין שטעה, אלא שחילק בין טעות שכמקח ובין היכא שטעה בחשבון. דגכי מקח היה סבור שאין המקח שיה יותר מן המעות שקיבל ונתן הכל לבעל המעות, לפיכך אם אין לו קצבה הכל לבעל המעות, וחולקין כשיש לו קצבה. אבל בטעות שבהשבון טעות בעלמא הוא שידע הסוחר בסך שהוא חייב לו, והיתרון דבר בפני עצמו הוא כאילו מחל לו. תדע שאילו היה רוצה היה אומר לעובר כוככים 'טעית בחשבון' והיה מתזיר לו המותר, ותימה הוא לומר שלא היה יכול להחזיר לו. ולזה הסכים א"א הרא"ש ז"ל" (על הגירסא "ר' יונה" ראה: דרישה, שם).

האמור בעניין טעות בחשבון מתאים למה שמוכא בתוספות בשם ר"י, אבל יש חידוש האמור בעניין טעות במקח: התוספות אמרו שבטעות במקח לא נחלקו ר' יהודה ור' יוסי ושניהם מודים שהכול לבעל המעות, ואילו בדברי הטור יש הבחנה בין דבר שיש לו קצבה לדבר שאין לו קצבה. בדבר שיש לו קצבה – חולקין אפילו כשנפלה טעות בחשבון.

ראה: קצות החושן, ס"ק ח, השואל על דברי רבנו יונה, הפוסק בעניין טעות בשווי של דבר שיש בו קצבה שחולקים. דברי ר' יונה אינם לא כשיטת רש"י, כיוון שאין כאן מתנה כלל, ואף לא כשיטת הרי"ף, הנוגעת רק למתנה, אבל כשטועה ונותן על המקח ודאי שהוא נותן הכול לבעל המעות. על כן הוא מסכיב ששיטת ר' יונה היא כמובא בהגהת "אשרי": בדבר שיש לו קצבה חולקין משום שלא בא מחמת המקח, אלא מחמת מזל שניהם, ואילו בדבר שאין לו קצבה הזלזול בא מחמת המקח.

ותמה הדבר שבשו"ת קרני רא"ם (לר' רפאל אנקווא), סימן קעז, מוכיח שיש לפסוק כדברי ר' יונה

אדם שקיבל טובת הנאה עקב שליחותו

שאם היה רוצה היה מחזיר לנכרי כל מה שהטעהו, דזהו תימה למימר שלא היה יכול להודיעו ולהחזיר לו". ובשיטה זו הולכים עוד כמה מן הראשונים⁷⁸.

סיכום השיטות הוא אפוא כדלקמן:

מקור התוספת	לבעל המעות	חולקים	לשליח
הוסיפו לשליח: יש קצבה אין קצבה	ר' יוסי	ר' יוסי	ר' יהודה ר' יהודה
טעות בשווי	ר' יוסי ר' יהודה (ר"ת)	ר' יוסי (ר' יונה)	ר' יהודה (רש"י)
טעות בחשבון	ר' יוסי (ר"ת – לאחר חזרתו)	ר' יוסי (ר"ת – לפני חזרתו)	ר' יוסי (ר"י)

(ד) ההלכה בשולחן ערוך

הסתמכות על השיטה המסבירה את החלוקה משום חלקו של מי שגרם ליתרון מחלוקתם של הראשונים בדבר הטעם לחלוקה, בהוסיפו לו אחת יתרה, היא כנראה גם מחלוקתם של ר"י קארו והרמ"א.

ר' יוסף קארו, כ"בית יוסף" על ה"טור"⁷⁹, מביא את טעמו של הרי"ף: "הואיל וכאה הנאה לשליח ע"י בעל הבית – חולק עמו", ואת דברי הרי"ן שיש נפקא מינה בין שיטת הרי"ף לשיטת רש"י – כשנתן המוכר בפירוש לשליח, ושכתב הרא"ש כלשון הרי"ף, ושכך כתב

המובאים בטור (על פי הכנתו את דברי הטור), על סמך דברי ה"בית יוסף", בעוד שהב"י הולך בשיטת ר"י (שבתוספות), ולא בעקבות המובא בטור בשם ר' יונה.

⁷⁸ במרדכי, לכתובות, רמז רנה, לאחר שהביא את דברי ר"י, אומר: "וכן פירש הרשב"ם לפני רש"י וצ"ל" (וראה לעיל, הערה 65). וכן נשאל הרשב"א בעניין טעות, והשיב שהכול לשליח, מהוך שהוא מבחין בין טעות לבין הוספה מדעת. ראה: שו"ח הרשב"א, חלק א, סימן תרעא (= חלק ג, סימן כה). וראה: שו"ת מהרי"ל החדשות, סימן קנו, שנשאל בעניין מוכר ששכח לחשב קצת מן המקח. הוא מכיא תחילה את דעת ר' אפרים שהרווח לשליח, ולאחר מכן מביא את דעת מהר"ם, שפסק שהרווח לבעל המעות: "דלא (תני) [דמין] לההיא דטעה במעות דפסק ר"י דהכל לשליח, דהני זוזי קיימי ברשות מרייהו עד אשר יבואו לידי הגוי". לכסף פסק כרעת מהר"ם כיוון ש"כתראה הוא", אלא שסייג את דבריו: "אמנם יבטיח [נראה שבתנאי] היא שיתן לו בטחונות] בעל המעות לשליח שאם יחזור עליו החנחוני המוכר, שלא יניחנו כהזיק".

⁷⁹ בית יוסף, לטור חו"מ, סימן קפג, סעיף ח.

שליח שקיבל טובת הנאה

גם בעל "העיטור". על דברים אלה מוסיף הרמ"א כ"דרכי משה"⁸⁰: "אבל הרמב"ן [היינו, הרשב"א כש"ת המיוחסות לרמב"ן] כתב כתשובה שדעת רש"י הוא נכון וכ"כ רב האי". חילוקי דעות אלה משתקפים בפסק ההלכה שבשולחן ערוך, וזה לשון המחבר⁸¹: "היה השער קצוב וידוע והוסיפו לשליח במנין או במשקל או כמדה, כל שהוסיפו לו המוכרים הרי הוא של שניהם וחולק התוספת השליח עם כעל המעות. ואם היה דבר שאין לו קצבה – הכל לכעל המעות". אמנם אין המחבר מפרש את טעמה של ההלכה, אבל אפשר לעמוד על דעתו מתוך שהעתיק את דברי הרמב"ם⁸², שכתוב עליהם כ"כסף משנה" שהם כדעת הרי"ף, היינו שאפילו נתן המוכר לשליח בפירוש – חולק עמו, והוסיף: "ולזה נוטים דברי רבינו". נראה שמצא לכך רמז בלשון הרמב"ם: "כל שהוסיפו לו המוכרים" כלומר, ככל עניין – חולקים⁸³.

הרמ"א מוסיף על הלכה זאת בהגהתו⁸⁴: "מיהו אם אמר המוכר בפירוש שנותן לשליח הכל של שליח". מכאן יוצא שהרמ"א מסתמך על שיטת רש"י ופוסק כמותה. ברם, אף שפסק הרמ"א כרש"י, מבקשים נושאי כלי השולחן ערוך להסתמך גם על השיטה החולקת. ה"סמ"ע"⁸⁵, לאחר שהבהיר את מחלוקת הראשונים בדבר הטעם לחלוקה, ולאחר שביסס את דברי הרמ"א על שיטת רש"י, אומר: "ומכל מקום כתבתי טעם הרי"ף והרא"ש והעיטור, דלפעמים, לפי ראות עיני הדיין, יש לסמוך עלייהו". היינו, הסמ"ע מאפשר לדיין לפסוק לחלק את הרווחים בין השליח והמשלח גם אם אמר המוכר בפירוש שהוא נותן לשליח.

הש"ך⁸⁶ תמה אף הוא על הרמ"א שפסק בפשיטות תוך התעלמות משיטת הרי"ף, ואילו ה"ט"ז⁸⁷ מרחיק לכת וממליץ בעד שיטת הרי"ף. על הסמ"ע שכתב, שלפעמים, לפי ראות עיני הדיין, אפשר לפסוק כרי"ף, הוא אומר: "יפה כתב", והוסיף: "כן עיקר מצד הדיין", היינו כשיטת הרי"ף. הוא מביא כמה וכמה פוסקים הרוגלים בשיטה זאת, ומסיק: "נמצא הוה ליה רש"י יחיד לגבייהו". זאת ועוד, ה"ט"ז סבור, שאף רש"י סובר "בקצת" כסברת הרי"ף, שאם לא כן, מדוע חולקין – לשיטת רש"י – והרי מספק היה צריך לומר: "המוציא מחברו עליו הראיה"^{88,89}.

80 דרכי משה, לטור, שם, סעיף ד.

81 שו"ע חר"מ, סימן קפג, סעיף ו.

82 רמב"ם, משנה תורה, הלכות שלוחין ושוחטין א ה.

83 ראה: משכנות הרועים, אות ש, סימן קיד (שמו טור ג); וראה ב"ח על טור חר"מ, סימן קפג, סעיף ת, שהדייק הוא מן המלה "לר".

84 הגהת הרמ"א לשו"ע, סימן קפג, סעיף ו.

85 סמ"ע לשו"ע, שם, ס"ק יח.

86 ש"ך לשו"ע, שם, ס"ק יח; וראה: קצות החושן, שו"ע, שם, ס"ק ז, המבסס את פסק הרמ"א.

87 ט"ז, לשו"ע, שם. וראה גם: משכנות הרועים, אות ש, סימן קיר (דף שמו, טור ד), שהכריע כדעת הרי"ף, כפי שמשמע מלשון המחבר בשו"ע.

88 נראה שלבעיה זו נזקק המאירי כשכתב, בבית הבחירה, לכתובות צח ע"ב (עמ' 452, במהדורת ר"א סופר): "וגדולי הרבנים פירשו הטעם... והוה ליה ממון המוטל בספק, במקום שאין חזקה לאחד מהם, וחולקין". וראה לעיל, בהערה 66, על דברי ר"ת.

בשורת מהר"א הלוי, סימן קכג, מבקש להסביר את שיטת רש"י על פי התוספות, לכ"מ ב ע"א, ד"ה

אדם שקיבל טובת הנאה עקב שליחותו

ביסוס חלקו של מי שגרם ליתרון על תקנת חכמים עניין חשוב נוסף שאנו למדים מדברי ה"סמ"ע הוא היסוד המשפטי לחלוקה. כשמביא ה"סמ"ע את שיטת הדין וסייעתו, הוא אומר⁹⁰: "וכשנתן המוכר להשליח טפי ממדה אח' בדינר מן הדין היה הכל להשליח, אלא כיון דבאתה הנאה להשליח ע"י מעותיו של המשלח אמרו חז"ל שיתלקו בהדדי המותר". הרי שלדעתו דין החלוקה אינו אלא מתקנת חכמים.

בעל ה"חזון אי"ש⁹¹ הסביר את הדבר כך: "ועיקרו נראה תקנת חכמים דלא לייתי לאינצויי דבגרם כזה לא זכי חלק ברווחא מן הדין". כלומר, אף שבעיקרון יש לזכות את מי שגרם לרווח אין לומר כן בגרם רחוק. לעניין ההלכה⁹² בדבר תוספת שבאה על ידי טעות, נפסק בשולחן ערוך כדעת ר"י, כמובא

ויתלוקו: "היכא דהשליש תופס בתזקת שניהם וחשוב כאילו שניהם מוחזקין קי"ל [= קיימא לן] דיחלוקו, היכא דהחלוקה יכולה להיות אמת. דאין לומר בזה הממעה"ה [= המוציא מתכוד עליו הראיה] כיון דעל זה גופא אנו מסופקין דאם המנה שלישי של ראובן א"כ השליש תופס כשביל ראובן והוא נקרא מוחזק, וכן להיפך"; וראה: שמרו משפט, על חוקות הדיינים, סימן רצא (עמ' קלו, במהדורת ירושלים תשל"ד); וראה: טבעת החושן, סימן קפג בסופו: "ובעיקר קשית הט"ו י"ל כמ"ש חוס', בכ"כ דף סב ע"ב ד"ה איתמר, ריש מקומות שנראה לחכמים שיתלוקו אף שמה"ד [= שמן הדין] הי' צריך להיות המע"ה [= המוציא מחברו עליו הראיה] ע"ש. וא"כ י"ל דהכא נמי היה נראה לחכמים שיתלוקו".⁸⁹

בש"ת זקן אהרן (לר' אהרן וואלקין). מהדורא תניינא, תר"מ, סימן קלט, הוכיח תחילה, כעקבות הלכת הרמ"א, באתר שקיבל הנחה על סמך קנייתו של אחר – כשהאחר לא היה זכאי לקבל את ההנחה – ונדרש להעביר את ההנחה לקונה, שאינו צריך לתת לקונה את מה שקיבל, שהרי ההנחה ניתנה בפירוש לזה ולא לקונה האחר. בסופו של דבר הסיק, על סמך דברי הט"ז, שיתלוקו. ר' אהרן זליג ציוני דן בדבר "דמי שתייה" הניתנים לפועל (שו"ת ציוני, חלק ב, סימן כז): "ומ"ש מקודם שהציע ספקותי לפני הגאון אב"ד מד"ב [מדענבורג] וחי' והתחיל לדין ולחקור נידן הנערים העוסקים כתנות הסותרים ומדרך העולם שעבור שמתעסקים במשקל הסחורה וש"ד [= ושאר דברים] עבור הקונים מעניקים להם שקורין 'ביר געלט'. הוא סותר את דעת אב"ד מדנבורג, שביקש לחלות את הדבר כהלכה שיד פועל כיד בעל הכית, כיוון שלהלכה אין בעל הכית זוכה כמציאת הפועל אלא בשכרו ללקוט מציאות (ראה: שו"ע, סימן רע, סעיף ג). לכן, אם המלאכה, שעבורה מקבל הפועל את התוספת, אינה ממלאכת בעל הבית, אז אפילו אם הפועל שכיר יום שייכת התוספת לפועל. אבל אם המלאכה, שעבורה מקבל הפועל את התוספת, היא ממלאכת בעל הבית: "כגון שמהוייב החנווני להעמיד הסחורה בבית הקונים ולקושרם כהוגן בעד קצבת המקח שנותנים הקונים, והקונה שנותן להפועל הביד געלט" הוא רק מתנה – אם כן הוי ליה כמו הוסיפו לו אחת יתירה". לפי זה – לשיטת רש"י, אם נותן בפירוש לשליח – הכול לשליח, ואילו לשיטת הרי"ף, אפילו נתן בפירוש לשליח – חולקים, ואין לחלק בדבר זה בין פועל לקבלן. וראה לעיל, הערה 61.

⁹⁰ סמ"ע, לשו"ע תר"מ, סימן קפג, ס"ק ית.

⁹¹ חזון איש, על ב"ק כב, ה.

⁹² דעת ר' יונה, שבטעות כמקת כדבר שיש לו קצבה – חולקין, לא הובאה להלכה בשולחן ערוך. ותמה הסמ"ע (על שו"ע תר"מ, סימן קפג ס"ק כא) ואמר שהיה על השו"ע להזכיר דין טעות במקח, ולפרש שאין להבחין בין טעות שבמקח לבין הוספה מדעתו (שלא כדעת ר' חס שסבור שגם בטעות במקח הכול לבעל המעות). וראה: שו"ת תורת חסד, לרבי חסדאי הכהן, סימן ריא; שו"ת בעי חיי, תר"מ, סימן קלג; נכסות הגדולה, תר"מ, מהדורא בתרא, סימן קפג, הגהות בית יוסף, אות ס.

שליח שקיבל טובת הנאה

בתוספות⁹³: "שלח שלווחו לקבל⁹⁴ מעות מהעכו"ם וטעה העכו"ם ונתן לו יותר – הכל לשליח"^{95, 96}.

בדבר שליח שסייע למשלחו בהטעייה, ראינו לעיל⁹⁷, שנפסק בתשובה שהובאה בראב"ן, שחולקים השליח והמשלח. הרמ"א מביא פסק זה בהגהותיו לשו"ע⁹⁸: "ומי שהיה עושה

⁹³ שו"ע חר"מ, סימן קפג, סעיף ז.

⁹⁴ אבל בשליח שנשלח לשלם לנכרי, והטעה את הנכרי – הכול למשלח. כך פסק הרמ"א בשו"ע, סימן קפג, סעיף ט: "וכן אם נתן לו מאתים לשלם לעכו"ם והשליח הטעה לעכו"ם ונתן לו רק מאה, והעכו"ם סבור שנתן לו מאתים דהכל למשלח, דהוה ליה כאילו מחל העכו"ם חצי החוב דהוה של משלח". ובסמ"ע שם, ס"ק כו, מסביר: "היינו משום דהמעות הן של המשלח, לכן מה שנשאר מהמעות ברשותא דמר"י קיימא, משא"כ לעיל [בסעיף ז] בשליח שהטעה לעכו"ם דמקבל מעות מאחרי" ע"כ זכה בו, וכן בסיעו והטעה את העכו"ם זכו שניהם, וק"ל [=וקל להבין]".

וראה: שו"ת לחם רב, סימן קכה, שקל וחומר כשלא נשאר ביד השליח ממעות המשלח, שאין השליח זכאי לחלוק בטעות; וראה גם: שו"ת בעי חיי, חר"מ, סימן קלג; אבל ראה להלן הערות 96, 99. וראה: שו"ת קרני רא"ם, סימן קעז.

⁹⁵ הרמ"א הוסיף בהגהתו: "הדוקא שידע השליח בטעות קורם שבאו ליד המשלח אבל אם לא ידע בטעות ההוא ונתנו ליד המשלח – הכל של המשלח (מרדכי פ' אלמנה ניוזנית)", וראה עוד: ש"ך, על שו"ע חר"מ, סימן קפג, ס"ק יד; קצות החושן, על שו"ע, שם, ס"ק ט; נחיצות המשפט, על שו"ע, שם, ביאורים, ס"ק יב.

על סמך דעת הרמ"א פסק רשד"ם בנידונו ש"כיון שמעולם לא זכה בהם שמעון ולא נתחנן לזכות, לכ"ע [=לכולי עלמא] הכל לבעל המעות". וראה: שו"ת מהרשד"ם, חר"מ סימן כו; שו"ת יד ימין, לר' מיכאל יעקב ישראל, חר"מ סימן לד (דף קלה, טור ג); וכן ראה: שו"ת שואל ומשיב, מהדורא תליתאה, חלק ג, סימן לו: "הנהגה זה דווקא כשהשליח קבל המעות ועדיין לא זכה המשלח והוה כאילו גנב הוא. אבל כאן דהאזון הביא להוואג הצמר ושם הטעוהו בחשבון א"כ מה לו להסרסור בזה...".

⁹⁶ וראה: שו"ת דברי ריבנות, לר' יצחק אדרבי, סימן קיא: שו"ת רש"ך, חלק ב, סימן ג (=סימן צא), שנשאלו בעניין שליח שהסתיר סתורה מהמכס, ופסקו לפי שיטת ר"י שהכול שייך לשליח. אבל ראה לעיל, הערה 94, דברי הרמ"א והסברו של הסמ"ע; וראה שו"ת מהרשד"ם, חר"מ סימן כו-כז; וכן ראה: שו"ת נפת צופים (לד' פתחיה מרדכי בירדוגו), חר"מ סימן קלד, שפסק, על סמך הכרעת המחבר כשיטת ר"י, בשליח שהטעה וקיבל כספים מן הנכרי – שהכול של השליח.

וראה: שו"ת רש"ך, חלק א, סימן צא, ושו"ת דברי ריבנות, סימן קפט, שפסקו כדעת ר"י. אבל ר"י אדרבי פסק להיפך בתשובה אחרת, והלך אחר שיטת ר"ת שלאחר חזרה, וגימק שסברת ר"י דתוקה. ראה: שו"ת דברי ריבנות, סימן שפג.

ובשו"ת לחם רב, לר' אברהם די בוטון, סימן קכד, שואל שאלות אחדות על פסקו של ר"י אדרבי בסימן שפג, שפסק כדעת ר"ת שלאחר חזרה, אפילו להוציא מיד המוחזק, ושלא תספיק דעת ר"י אפילו להחזיק (וכן שר"י אדרבי סותר את הפסק שהביא בסימן קיא). מסקנתו של ר' אברהם די בוטון היא: "הכל הולך אחר המוחזק" שיכול לטעון קים לי כדעה שחולקים או כדעה שהכול לשליח, אבל אינו יכול לטעון קים לי כדעת ר"ת. שהכול לבעל המעות, מאחר שדעת יחיד הוא (משום שלא ברור לו שדעת רש"י כדעת ר"ת, ראה לעיל, הערה 65). וראה מה שכתב באריכות בשו"ת בעי חיי, לר"ח בנבנשתי, חר"מ, חלק א, סימן קלג-קלד; וראה להלן, הערה 99.

⁹⁷ ראה לעיל, ליד ציון הערה 50.

⁹⁸ שו"ע חר"מ, סימן קפג, סעיף יז בהגהה.

סתודה עם העכו"ם ובא חבירו וסייעו והטעה העכו"ם במדה או במשקל או במנין חולקין הרינות, בין שעשה עמו בשכר או בחנם"⁹⁹.
ואף שנתכססה הלכה זו על העיקרון שמי שגורם ליתרון זכאי להשתתף ברווח¹⁰⁰, ואילו הרמ"א מצמצם שיטה זו¹⁰¹, אף על פי כן הביא תשובה זו להלכה. נראה שטעמו של הרמ"א הוא ששני האנשים סייעו זה לזה בפעולה שגוררה אחריה את היתרון, ולכן יש לראות בהם שותפים שני זכויות בתוספת¹⁰².
מתשובת ר' שלמה קלוגר¹⁰³ אנו למדים שפסקו של ראב"ן אינו תלוי במחלוקת בדבר הוספה שהוסיפו לשלח¹⁰⁴. הוא מדגיש שכיוון שמדובר בטעות, אין מקום לחילוקי הדעות בין הפוסקים בדבר מוכר שהוסיף בסחורה. אמנם גם ר"ש קלוגר מסייג את ההלכה וקובע שהיא חלה רק כשהיו שם שניהם, ומשום כך זכו שניהם כדין זכייה משותפת במציאה, ואלה דבריו: "וע"ר אשר שאל בחו"מ סי' קפג ס"ז במי שמכר סחורה לעכו"ם ובא חברו וסייעו והטעה את הנכרי שיחלקו. וע"ז שאל אם יש איזה חילוקים בדבר. הנה ידע ר"מ [= רום מעלתו] דאין חילוק בזה בין נתן הנכרי המעות לבעל הסחורה או להשני,

⁹⁹ וראה: ש"ך לשו"ע, שם, ס"ק טו, בדבר "מי ששולח סחורה לחבירו ממקום למקום אחר והיו מחוייבים במכס, והשליח בערמותו ובחכמתו הבריח מהמכס אין זה מבריח ארי כו' כיון דהפסד המכס היה ברור וצריך לשלם לשליח שכר הנאה שההנאו...". וראה: שו"ת בית יצחק, חו"מ סימן נה, אות ו, בשאלה אם פסקו של הש"ך אינו עומד בסתירה להלכת הרמ"א (שהובאה בהערה 94); וראה: משפט שלום, למהרש"ם, סימן קפג, סעיף ז, דף ל, טור ג; וראה לעיל, הערה 96.

¹⁰⁰ ראה לעיל, בסוף תשובת ראב"ן; וראה ביאור הגר"א, שם, ס"ק כה, שכתב שהלכה זו היא כפירוש הרי"ף ובעל "העיטור" בדבר שיש לו קצבה. (ראה לעיל, ליד ציון הערות 43, 45).

¹⁰¹ ראה להלן, ליד ציון הערה 84.

¹⁰² ראה: סמ"ע, לשו"ע, שם, ס"ק כד, שהביא את דברי הרמ"א ב"דרכי משה": "הטעם כיון דעסקו תרוייהו בסחורה לכך חולקין, אע"ג דהאחד לכד הטעהו".

ובש"ך, שם, ס"ק טו, הביא את "דרכי משה" שכתב: "דגם ר"י והרא"ש מודים כאן כיון דעסקי תרוייהו", וכתב על דברי הרמ"א: "שדבריו צ"ע". וראה לעיל, ליד ציון הערה 87, שגם החולקים על הרמ"א סוברים שבגורם רחוק אין הזכות נובעת מעצם הדין אלא מתקנת חכמים.

וראה: שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן כז, המבקש לחלק בין נידונו לבין התשובה המובאת בראב"ן: "דהתם שניהם היו ביחד ושניהם לקחו וברשות שניהם הוי ההוא עיסקא, ולכן מכיון שהעיסקא ברשות הלוקח ויותר ברשות מברשות המשלח הוי דינא שיחלוקו ולא זכה המטעה לתגר בכל מפני שלזה מספיק טעמא דאלמלא זוזי כו'. אמנם בני"ד [= בנידון דידן] שהכל ברשות זה הערב והוא קבל המשכונות... והוא גזל ליורשי התוגר ודאי הכל לערב", וכן מן הטעם שהוא לכדו עשוי להיות נתבע, אם תתגלה הטעות; בשו"ת תורת חסד (פרחייא), סימן ריא (קמה, ד), מבחין בין טעה מאליו לבין הטעה השליח. וראה בעניין זה: שו"ת חכם צבי, סימן קמז-קמח; משפט שלום, סימן קפג, סעיף ז, כסופו. וראה: שו"ת יד ימין, לר' מיכאל יעקב ישראל, חו"מ סימן לד (דף קלה, טור ד), המכחין בין הסיוע שבנידון ראב"ן, לסיוע שבשאלה שבאה לפנינו.

וראה: שו"ת שואל ומשיב, מהדורא תליחאה, חלק ג, סימן לד: "ולענין שיהיה לו חלק בהטעות זה פשיטא דאין לו זכייה דלא עשה שום פעולה בזה. ואם גם הוא סייע להטעות כבר כתבתי דמביא בשו"ע שם בהג"ה ס"ז דחולקין הרינוח"; וראה עוד: שו"ת בית הישנות, סימן יב.

¹⁰³ קונטרס יוסיף דעת, בסוף ספר נדרי זריזין, תשובה יג, כסופה.

¹⁰⁴ ראה עליו לעיל, שער שני, הערה 114.

שליח שקיבל טובת הנאה

וכן בין אם הווי משלם מיד או בהקפה, וכן אם יש להשני המסייע חלק בסחורה, והן אם יש לו רבע או מחצה – תמיד יחלקו בשוה חלק כחלק. כי אין זה תלוי בהסחורה כלל, רק זה הווי ענין אחר בפני עצמו, והווי כב' שהגביהו מציאה דחולקין בשוה, כן ה"ג [= הכי נמין] בזה, ואין זה ענין לדין אם הוסיפו לשליח, דפליגי בזה הפוסקים, דהתם מירי דיודע הנותן מה מוסיף¹⁰⁶, אז הווי כוונתו עבור הסחורה, בזה פליגי למי שייד. וגם יש סברא להיפוך כיון דהשליח לברו היה אצל הקניה י"ל דשייך לו. אבל בנדרון זה, דשניהם היו שם והנכרי לא כיון ליתן יותר רק בטעות שהטעהו בתשבון – הווי ענין אחר בפ"ע [= בפני עצמו] ואינו תלוי בהסחורה כלל, והווי כמציאה דעלמא, ותמיד חולקין בשוה ואין שום חלוק בדבר.

ר"ש קלוגר מבסס את דבריו על שני טעמים: ראשית, הוא מנתק את התוספת מגוף העיסקה, כיוון שניתנה התוספת בטעות. ושנית – הוא מסביר שחלוקת התוספת בין שניהם היא משום ששניהם זכו בה יחד, כיוון שהיו שניהם שם. על פי דבריו של ר"ש קלוגר, אין אפוא מקום לספק שעליו מבסס רש"י את ההלכה בדבר הוסיפו לו אחת יתרה (שהספק הוא למי נתכוון המוכר להוסיף). אולם כלום כוונתו של ר"ש קלוגר, שאף לשיטת ד"ף – חלוקת התוספת בהוסיפו לו היא משום שבעל הממון גרם להוספה, ואין קשר בין הוסיפו לו לבין טעות? ייתכן לומר שאף מי שאינו סובר כר"ף – שבעל הממון זכאי לחלק כלשהו של ההוספה משום שגרם להוספה – יורה שבמקום שנפלה טעות יזכה בעל הממון, שנכח בעת נתינת התוספת, משום שזכותו בתוספת אינה רק משום שגרם להיווצרות התוספת, אלא משום שהיה שותף לזכייה.

2. שליח ששינה מהוראות המשלח

דאינו למעלה¹⁰⁶ שהתלמוד הידושלמי קושר את ההלכה בדבר שליח ששינה משליחותו וגרם ליתרון, לעיקרון הקובע שיש לזכות את מי שגרם ליתרון, להשתתף ביתרון. ברם, בתלמוד הבבלי לא נאמר דבר בעניין זה¹⁰⁷.

(א) שיטה הנוחנת הכול לבעל המעות

אצל הראשונים אנו מוצאים חילוקי דעות כיצד יש לפדש את דברי התלמוד הבבלי. דש"י¹⁰⁸ ותוספות¹⁰⁹ מפרשים שמדובר בהשתתפות בעיסקה למחצית שכו, היינו שתנאי ההשתתפות ביניהם היה שיתחלקו ברווחים, ומשום כך הם מתחלקים ברווחים אף אם שינה השליח. הר"ף¹¹⁰ מפרש אף הוא כן, ומבחיין בין נתן לו בתורת שותפות, שאז הכול לבעל המעות: "וכיון דקיי"ל [= דקיימא לן] כרבי יהודה, חזינן אם לסחורה נתן לו בתורת

¹⁰⁶ ויש לברר דבריו לאור שיטות הראשונים המדמים דין טעות לדין הוסיפו לשליח. ראה לעיל, בדברי ר' יעקב ישראל ורבנו תם.

¹⁰⁷ ראה לעיל, ליד ציון הערה 24.

¹⁰⁸ ראה לעיל, ליד ציון הערה 23.

¹⁰⁹ רש"י לב"ק קב ע"כ, ד"ה ליקח.

¹¹⁰ תוספות, ב"ק קב ע"א, ד"ה נותן.

¹¹¹ ר"ף, ב"ק, פרק ט (לו ע"א בדפוס וילנא); וראה: שמרו משפט, על חוקות הדינים, סימן רצא (עמ' קלו, במהדורת ירושלים תשל"ד).

אדם שקיבל טובת הנאה עקב שליחתו

שותפות אם פחתו פחתו לשליח מפני שהוא משנה, ואם הותירו הותירו לאמצע, דאפילו לר"מ כיון דלסחורה יחבינהו ניהליה לא קני לה בשינוי. ואם לא נתן לו בתורת שותפות אלא לקנות בהן חטין לסחורה, לא יטול ממנה כלום – אם פחתו פחתו לשליח מפני שהוא משנה, ואם הותירו הותירו לבעל המעות. וכן אם נתן לו מעות לקנות לו בהן חטין לאכילה וקנה לו שעורים, אם פחתו פחתו לשליח ואם הותירו הותירו לבעל המעות, דלא אמרינן הותירו לאמצע אלא כשנתן לו מעות בתורת שותפות ליקח כהן חטין ולקח בהן שעורים...".

(ב) שיטה המחייבת חלוקה משום חלקו של מי שגרם ליתרון אמנם יש מן הראשונים שהלכו בדרך התלמוד הירושלמי. כך, למשל, מפרש בעל "העיטור"¹¹¹ את סוגייתנו בשליח – ולא בשותפות למחצית שכר – וקובע שהשליח מתחלק עם המשלח כיתרונות אם שינה בשליחתו וגרם השינוי דווחים: "ומסתברא למחצה שכר לא איירי תנא כלל, ובשליחות ממש איירי, ובשליחות לסחורה לא פליגי ראי יחבינהו ניהליה (לחצאין) [לחטין] ולא אשכח חטין וזבן שעורים, כיון דאילו אהדר ליה זוזי לא הוה ביה רווחא, השתא דאפקינהו בשעורין וארווח ביה, הוה ליה כרבר שיש לו קצבה וחולקין. כי פליגי לאכילה... וקיימא לן כר' יהודה דאפילו בשליחות לאכילה הותירו לאמצע, ולא אמרי' הותירו לבעל המעות אלא היכא דלא שינה כגון חטין בחטין ושעורים בשעורין ובהוסיפו לו אחת יתירה בדבר שאין לו קצבה"¹¹². ולהלן מביא "העיטור" שבעל מתיבות אף הוא סובר כן: "ובעל מתיבות משמע רסכירא ליה כהאי סברא".

יש עניין כמה שאירע לסברת הרא"ה. הרא"ה מביא את דברי הירושלמי, אבל בהמשך מביא את רברי הרי"ף ומסיים: "וכן הלכתא". ברם, מאחר ש"נימוקי יוסף" הוא שהביא את דברי הרא"ה, הבינו כנראה, שהמשך הדברים אינם של הרא"ה, ומתוך כך הסיקו שדעתו כשיטת הירושלמי, וכך מובא ב"נימוקי יוסף"¹¹³: "והרא"ה ז"ל כתב דמן הירושלמי נראה דאפי' בשלוחו גרידא, שאין לו שותפות בשכר כלל, אמרינן לר' יהודה דהלכתא כוותיה דהותירו לאמצע, ואתיא כהיא דאמרינן בכתובות: הוסיפו לו אחת יתירה חולקין, רמשום גרמא שלו הוסיפו לו, שהרי אין ררך לתת כן לאחרים, והכא נמי אילו עשה שליחותו הכל לבעל המעות, שידו כידו, אבל עכשיו ששינה הרי הוא גרם אותו ריוח וכן המעות גרמו לפיכך חולקין". בהמשך מובאים רברי הרי"ף, ולבסוף: "וכן הלכתא, ע"כ".

(ג) שיטת השולחן ערוך – הכול לבעל המעות הרמב"ם והשולחן ערוך פסקו כשיטת הרי"ף, וזה לשון הרמב"ם¹¹⁴: "נתן לו מעות ליקח בהן חטים, בין לאכילה בין לסחורה, והלך ולקח בהן שעורים, אם פחתו רמי זה שלקח – פחתו לשליח, מפני שהוא משנה. ואם הוסיפו דמיהן – הוסיפו לבעל המעות". וכאותו

¹¹¹ העיטור, שליחות ממון, דף מג, טור ד, במהרות רמ"א.

¹¹² וראה המשך דברי העיטור, שם.

¹¹³ נימוקי יוסף, ב"ק פרק ט (לו ע"א בדפוס וילנא).

¹¹⁴ הלכות שלוחין ושותפין א ה.

שליח שקיבל טובת הנאה

עניין פסק גם בשולחן ערוך¹¹⁵. ועל כך הוסיף הרמ"א¹¹⁶: "והוא הדין אם נתן לו מעות במחצית שכר נמי דינא הכי". כלומר, אם נתן במחצית שכר יחלקו השליח והמשלח את התוספת¹¹⁷.

מהר"י בן לב¹¹⁸ רן במחלוקתם של הראשונים, ומסיק שאין להסתמך על דעת הרא"ה, הסובר – כך הבין – שחולקים אף בשליחות ולא רווקא בשותפות, ואפילו לא יוכל המוחזק לומר "קים לי" כדעתו של הרא"ה¹¹⁹: "והרב בעל הטורים לא כתב סברת הרא"ה, גם התוספות סבירא להו כסברת האלפסי ומשום הכי אפילו שהשליח יהא מוחזק במעות מוציאין מידו, ראין לומר קים לי כפלוגי הפוסק כשכל גרולי עולם חולקים עליו וכמו שכתב מהר"י קולון ז"ל, ותו לא מירי בהא מילתא, רמילתא רפשיטא היא"¹²⁰.

(ר) נושאי הכלים של השו"ע מאששים את השיטה המסבירה את החלוקה משום חלקו של מי שגרם ליתרון

השו"ע¹²¹ משיג על הלכת השולחן ערוך. הוא מביא את דעותיהם של בעל "מתיבות" ובעל "העיטור" הסוברים שחולקים אפילו בדבר שאין לו קצבה, כיוון ששינה, ואומר שכן כתב גם ב"נימוקי יוסף" בשם הרא"ה¹²², ומוסיף: "וכן נראה לי עיקר בש"ס; ואע"ג דקיי"ל [= דקיימא לן] כר' יהודה דשנוי אינו קונה, מ"מ כיון שבגזמת השליח ששינה הרויח – חולקים". לפי מסקנתו, אף שרבו הפוסקים שפסקו כמחבר, מכל מקום יכול המוחזק לומר "קים לי" כפוסקים הסוברים שחולקים¹²³.

115 תו"מ, סימן קפג, סעיף ה. הטעם לכך הוא שהסחורה שנקנתה שייכת למשלח, ועל כן ראוי שיהנה מן השינויים בשווי המקח. אפשר שאם נבע השינוי מידיעה מקצועית של השליח, וכתוצאה מכך נוצר רווח, יהיה השליח זכאי לשכר פעולתו, אף שפעולתו נגרה את הוראות המשלח.

116 רמ"א, על שו"ע, שם.

117 ראה המשך דברי הרמ"א, שם.

118 ר"ס (1500) בערך – ש"ס (1580). מגדולי חכמי ההלכה בטורקיה.

119 שו"ת מהר"י בן לב, חלק א, סימן קיד.

120 בשו"ת רש"ך, חלק ב, סימן קטז, ד"ה ויש דעת (דף פ, טור ג), בתשובת ר' יוסף בן עזרא, אמר שמהר"י בן לב "חשב שסברת הרא"ה היא יחידאה ולכך כתב שמוציאין הממון אפילו מיד המוחזק, ואילו היה רואה סברת העיטור לא היה מוציא הממון מחזקתו". ראה: כנסת הגדולה, תו"מ, מהרדא בתרא, סימן קפג; הגהות בית יוסף, אות לא.

121 שו"ע, על שו"ע, שם, ס"ק י.

122 השו"ע הבין שדעת הרא"ה היא כדעת היהודשמי, אבל כבר השיג עליו מראה הפניס, על הירושלמי ב"ק פ"ט ה"ה, ז ע"א; וראה: לעיל, ליד ציון הערה 113.

123 ובמראה הפניס, שם (לעיל הערה 122) השיג על השו"ע, וכתב שאין לומר "קים לי" נגד כולו הני "דברכתא ואריותא" שהוא מונה שם.

השתתפות בסיכון כעילה לשיתוף ברווחים

הרחבה מעניינת בדבר זכותו של אדם להשתתף ברווחי הזולת, נעשתה על ידי שהכירו בסיכון שנטל האחד עקב פעולתו של השני, כמזכה אותו להשתתף ברווחים, שנתאפשרו עקב סיכון זה.

יסודו של חידוש זה בתלמוד הירושלמי, האומר¹²⁴: "חד בר נש נפק לשליתותא, בעא אחוי מיפלוג עימיה. אתא עובדא קומי ר' אמי, אמר: כך אנו אומדים: אדם שיצא לליסטיא אחיו חולקין עמו"¹²⁵. ותרגומו: אדם אחד יצא לשליחות, רצה אחיו לחלוק עמו. בא המעשה לפני ר' אמי, אמר: כך אנו אומרים: אדם שיצא לליסטות אחיו חולקין עמו. וכבר נחלקו הראשונים בפירוש דברי הירושלמי. לדעת בעל "העיטור"¹²⁶ נאמרו דברי הירושלמי בלשון תמיהה, ומכאן – שאין השותף זכאי להתחלק בגנבה עם חברו. לעומת זאת, בהגהות "מרדכי"¹²⁷ מתפרשים דברי הירושלמי שלא בלשון תמיהה, ומכאן הסיקו שהשותף זכאי להתחלק בגנבה, וזה לשון הגהות "מרדכי": "ירושלמי דב"ב איתא, ור"ח הביאו בפירושו: האחין שיצא אחד מהם לליסטות או לגנוב בלא דעת חבירו – חולקין. מכאן יש לפסוק על ב' אנשים שיצאו לשוק וראה אחד מהם ארנקי מונח בבית העובד כוכבים וגנבו שיש לו לחלוק עם חבירו". ואם אמנם כך הוא פירוש דברי הירושלמי, הרי יש לפנינו סברא, שאף לדעת הירושלמי זכותו של מי שגרם ליתרון, להשתתף ביתרון¹²⁸. חילוקי הדעות בפירוש דברי הירושלמי כאים לידי ביטוי גם כפסק ההלכה בשולחן ערוך. הרמ"א¹²⁹, בהגותו לשולחן ערוך, הולך בעקבות הגהות "מרדכי", ופוסק: "וכן אם גנב או גזל השותף צריך לחלוק עם חבירו". אבל הש"ך¹³⁰ והט"ו¹³¹ חולקים על הלכת הרמ"א, ולדעתם נאמרו דברי הירושלמי בלשון תמיהה¹³².

¹²⁴ ירושלמי ב"ק פ"ט ה"ג, יז ע"א.

¹²⁵ וראה השערותיו של ג' אלון, מחקרים בתולדות ישראל, כרך ב, עמ' 91-92.

¹²⁶ העיטור, שיתוף, כו, א, בדפוס ויניציא. מובא בהגהות מרדכי לב"ב, רמז חרס בסופו, ואילך.

¹²⁷ הגהות מרדכי, ב"ב, רמז חרס בסופו. מובא בהגהות מיימוניות, הלכות שלוחין, פרק ה, אות ד.

¹²⁸ ראה לעיל, ליד ציון הערה 17.

¹²⁹ הגהות הרמ"א, שר"ע חר"מ, סימן קעו, סעיף יב.

¹³⁰ ש"ך לשר"ע, שם, ס"ק כו; וראה: שו"ת ציוני, חלק ב, סימן כו, שמסיק מכאן שאף בטעות אין השותף צריך לחלוק עם חברו (כנגד דעת אב"ד מדענבורג). לעניין שותף שהטעה, ראה: שו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן רמט; לדין בדברי הש"ך, ראה: שו"ת בית יצחק, חר"מ, סימן נה.

¹³¹ ט"ז על שר"ע, שם. לדבריו, אפילו אם כתב בפרוש שישתתפו גם במציאה, אין נכללת בזה גנבה: "דהא איסור יש בגניבת העכ"ם, א"כ ודאי לא ניחא ליה בזה הרינוח מסתמא...". לדין בדברי הט"ו, ראה: שמרו משפט, על חוקות הדיינים, סימן רצא (עמ' קנ, במהדורת ירושלים תשל"ד); וראה: שו"ת יד ימין, לר' מיכאל יעקב ישראל, חר"מ, סימן לד.

¹³² וראה: שו"ת רש"ך, חלק ב, סימן ג (=סימן צא), המביא את הדעות השונות, ומבקש לחדש שהמחלוקת אינה אלא בגנבה וגולה שאינה מעסק השותפות, ואילו "בגנבה וגולה הבאה על עסק השותפות, כהך גוונא דמכריח מן המכס, יראה דחולקין [השותפים], כיון שאותה ההנאה דגולת הברחת המכס היא על ידי עסק השותפות". ולהלן, שם, מבחין רש"ך בין שותף לשלית. שותף זוכה לשותפות, אפילו אם

מה טעמה של ההלכה שהסיק הגהות "מרדכי" בדבר שני אנשים שיצאו לשוק? מהי הזיקה בין אנשים אלה המזכה את זה בגנבתו של זה? דיון מאלף בשאלה זאת אנו מוצאים אצל ר' יוסף כ"ץ, מגדולי חכמי התורה כפולין במאה ה"ט"¹³³.

ר' יוסף כ"ץ נשאל¹³⁴ "על אחד שבא לידו קנייה מגוי בזול, וקרוב לודאי שהיתה גניבה, והלך הקונה עם הגוי המוכר לבית יהודי אחר וקנהו שם הרבה בזול. וכשעת שנשא ונתן עם הגוי, קודם שפסק המכר וגמדו, אמדה אשת בעל הבית 'מה אתה עושה, אני רוצה לקנות הואיל והוא בכיתי הוא שלי'. ואז השיב לה הקונה, 'אל תדאג אנכי אשוה ואפשר עם בעלך'. ובא השואל לשאול אם קנתה לו חצירו לגמרי או החצי או לא קנה הבעל בית כלום".

ר' יוסף כ"ץ דן תחילה במחלוקת הראשונים בדבר זכותו של בעל הבית בסחורה וזלה שהגיעה לביתו¹³⁵, ופוסק שבנידון שלפניו הכול מורים שזכה בעל הבית, משום שהקונה אמר לאשת בעל הבית שיפשו עם בעלה, והרי זה כאילו אמר לבעל הבית: "זכה לך החצי", וכזה הכול מורים שקנה.

לאחר מכן מגיע ר' יוסף כ"ץ לעיקר חידושו: "ועוד שבכאן הבעל הבית הוא בסכנה גדולה, מפני חשש היודעות הגנב והקונה הכניסו בסכנה זו הוה כשותפו קצת". הוא מביא ראיה לדבר זה מן המוכא בהגהות "מרדכי". לדעתו, בהגהות "מרדכי" אין מדובר בשותפים, שאם כן הדין זה הוא דין הירושלמי, ולא היה צריך לומר: "מכאן יש לפסוק" וכו'¹³⁶. ומכאן כשאין השניים שותפים זכאי האחד להתחלק עם חברו, אם סיכן עצמו בגנבתו של חברו, וזה לשונו: "לכן נ"ל שמדבר בשנים שהלכו יחד ואינם שותפים, ואף על פי כן חייב ליתן. ומנא ליה למרדכי ללמוד מן הירושלמי, הלא הירושלמי מדבר בשותפים, שהרי אומר אחין דמסתמא שותפין? אלא ודאי המרדכי סבירא ליה שותפות לא מעלה ולא מוריד לעניין גניבה. ואם כן מה שמחייב הירושלמי ליתן היינו מחמת שכשאח אחד גונב ולא חלקו, אף כי אינם לשם אצלו בשעת גניבה, הם וממונם בסכנה. והואיל והוא הכניסו עמו בסכנה — חייב ליתן גם כן הדיוח. ולומר מכאן שהוא הדין שנים שאינם שותפים רק שהולכים יחד וגנב אחד השני ג"כ בסכנה כמו הגנב, כמו שפירש רש"י על פסוק 'אף עתה

שליח זוכה לעצמו משום ששותף אינו יכול לחזור בו באמצע השותפות, מה שאין כן פועל שיכול לחזור בו. זאת ועוד, אף דרך השליח לטרוח בשביל מי ששלחו יותר מראי. לדין בדברי רש"י, ראה: שמרו משפט, על תוקות הדינים, סימן רצא, מהדורת ירושלים תשל"ד, עמ' קמא ואילך; וכן ראה: שו"ת רש"י, חלק א, סימן צא; וראה תשובת הרשב"א, חלק ד, סימן ב, בעניין שותף שגנב חפץ וגרם נזק והשותף שגנב תובע משותפו שישתחף עמו בנזק. הרשב"א פוטר את השותף מלהשתחף בנזק; וראה: שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קנו, בדבר השתתפות בנזקים; וראה עוד: באר היטב לשו"ע חו"מ, סימן קכב, ס"ק יז; דברי גאונים, כלל צח, סעיפים יג-טו.

¹³³ ר"ע (1510) בערך — שנ"א (1591). גיסו של הרמ"א. ראש ישיבה בקראקא.

¹³⁴ שו"ת שארית יוסף, סימן ז.

¹³⁵ ראה מחלוקתם של ראב"ן וראב"ה, המוכבא בתוספת.

¹³⁶ "ויק"ק מה רוצה לומר אם שני היהודים חבירים ג"כ א"כ הוא עניין ירושלמי ממש ומה הוא מחדש באומרו 'מכאן'. אם לאפוקי מבעל העיטור שמפרש הירושלמי שהוא אינו אלא מתמיה, כמו שכתב בפ"י, מ"מ היה לו למרדכי רק לפרש הירושלמי שאין פ"י מתמיה וממילא יהיה דינו בפירוש. וק"ל [=וקל להבין]."

כדבריכם כן הוא' – עשרה שגנב אחד מהם כולם נתפשים. לכן חייב ג"כ ליתן לחבירו שהלך עמו".

מכאן הסיק ר' יוסף כ"ץ, בנידון שלפניו, שאדם שהסתכן בגלל סחורה שהובאה לביתו, זכאי גם הוא להשתתף ברכישתה.

באותה דרך הולך גם בעל הב"ח ר' יואל סירקש¹³⁷. השאלה שבאה בפני ר' יואל סירקש¹³⁸ עניינה: "שני יהודים עמדו כשוק וכאו עכו"ם ושאלו אותם אם רוצים לקנות מהם כסף, והלכו היהודים עם העכו"ם לבית יהודי אחר, ולשם ראו את הכסף ונשארו ונתנו עם העכו"ם וגם היהודי בעל הבית סייע להם, ובשעת גמר המקח הוציא בעל הבית המעות מכיסו ונתן לעכו"ם ולקח הכסף לרשותו, ומעתה רוצה לזכות בכסף בלבד וטוען דזכותה לו חצרו וגם מעותיו קונין לו".

ר' יואל סירקש, כר' יוסף כ"ץ, דן תחילה במחלוקת בדבר זכיית בעל הבית בסחורה שהגיעה לחצרו¹³⁹, ולבסוף קובע הלכה בדבר זכות ההשתתפות בגנבה: "ועוד נראה לומר דהבעל הבית יקח בריוח אפילו לא נתן מעותיו. דכיון דרוב קניות כאלו הם גנבות, ויש לחוש שיעלילו על הבעל הבית. והוא עומד יותר בסכנה מאלו השנים שאין דרים בבית שקנאו הגניבה".

כראיה לדבריו מביא בעל הב"ח את דברי הירושלמי ואת מה שהסיקו בהגהות "מרדכי", על יסוד דברי הירושלמי. אמנם בהגהות הב"ח ל"מרדכי"¹⁴⁰ נרשם על ההלכה המוכתרת שם: "נ"ב: שהיו שותפים". היינו, הם מתחלקים בגנבה משום שהם שותפים. כרם בתשובת הב"ח מובאים דברים אחרים. הוא מוכיח מלשון הגהות "מרדכי" שאין הכוונה רק לשני שותפים, אלא אף אם אינם שותפים – יחלוקו: "משמע מלשונו דכתב ב' אנשים שיצאו לשוק, דאפילו בסתם ב' אנשים שנצטרפו להלוך יחד, אף על פי שלא עשו שותפות יחד ולא היו שותפים מעולם יש לחלוק ביחד, והיינו טעמא, דמאחר שאף דכיון האחין שהם שותפים ומסתמא לא עשו שותפות על הגניבה ועל הלסטיות, ואפילו הכי צריכים לחלוק עם האחים, משום דכיון דכולהון הן בסכנה אם יהיה נתפס אחד מהן על הגניבה, א"כ הוא הדין נמי בשני אנשים שיצאו לשוק, דגם השני הוא ג"כ בסכנה כמו הגנב, כיון שהיו ביחד בשעה שגנב האחד". משום כך הסיק בנידון שלפניו: "והשתא לפי זה כיון רידוע דעיקר הסכנה¹⁴¹ היא על בעל הבית שקנאו הגניבה בביתו ובידיעתו ונשארו ונתנו הם הגנבים, וא"כ יש לו גם כן חלק בריוח"¹⁴².

¹³⁷ נולד בליובלין באמצע המאה ה"ז. נפטר בשנת ת' (1640).

¹³⁸ שו"ת הב"ח הישנות, סימן יב.

¹³⁹ ראה להלן בנספח, ליד ציון הערה 165.

¹⁴⁰ הגהות הב"ח למרדכי, ב"ב, רמז תרס בסופו.

¹⁴¹ וכן ראה ש"ך, לשו"ע חו"מ, סימן קעו, ס"ק כו, שאף שהוא חולק על פסק הרמ"א (ראה לעיל, ליד ציון הערה 130), הכי דעה "גדול אחד" שהאמור בהגהות "מרדכי" אינו אלא "כשהגנבה היתה באופן שהיה חשש סכנה".

¹⁴² וראה: משפט שלום, למהרש"ם, סימן קעו, סעיף יב, הכותב על דברי "שארית יוסף": "שהמעין ימצא שאין ברקדוקו הכרח כלל, ונראה דגם הוא כתב כן רק על דרך סניף לשאר טעמים, ולכן אם אינם שותפים כלל שאין צריך ליתן חלק לחבירו, ומה שהיה מגיע סכנה והיזק לחבירו, הרי קי"ל דאין אדם נתפס כו". וראה עוד דברי גאוני, שם.

ביטוח נכס הזולת

שאלת זכותו של מי שביטח נכס של הזולת, לקבל את דמי הביטוח בעד הנכס שביטח, נידונה הרבה בחקופה האחרונה, וכבר ייחדנו דברים לשאלה זו בדיוננו על העושה סחודה בנכס חברו¹⁴³.

מסקירת החשובות בנושא עולה, כי דעת רוב החכמים היא שדמי הביטוח שייכים למי ששילם את הפרמיות ולא לבעל הנכס שניזוק. אבל יש מן החכמים הסוברים שבנסיבות מסוימות שייכים דמי הביטוח לבעל הנכס. והנה גם מאלה וגם מאלה יש הנזקקים בעניין זה להלכה בדבר חלוקת הרווחים שבאו בגרמה משותפת של שניים.

בשו"ת "שואל ומשיב", נשאל ד' יוסף שאול נתנזון¹⁴⁴, אודות דייר ששילם פרמיה לביטוח הבית שגר בו, ונשרף הבית – למי שייכים דמי הביטוח, לדייר או לבעל הבית¹⁴⁵? ר' יוסף שאול נתנזון מביא את מה שכתב לו בנידון ד' יוסף יהודה שטראסבודג, מו"ץ דק"ק קאסיב, ונראה שהוא מסכים לדבריו¹⁴⁶ שיש להבחין אם על פי החוק המקומי רשאי אדם לבטח את ביתו של אחר, אם לאו¹⁴⁷. אם היה דשאי – פשיטא שדמי הביטוח מגיעים

¹⁴³ ראה לעיל, שער שני.

¹⁴⁴ אב"ד לבוב; תקס"ח (1808) – תרל"ה (1875).

¹⁴⁵ שו"ת שואל ומשיב, מהדו"ת, חלק ג, סימן קכט.

¹⁴⁶ לאחר שהביא את תוכן מכתבו הנ"ל, מסיים רי"ש נתנזון: "ולפענ"ד [=ולפי עניות דעת] כיון שהושלש לו שטר מכו, אם כן אפשר דהיה לו רשות גם כן לעשות סקראציע [=ביטוח] כדי שיהיה בטוח על מעותיו, כדאי חולקין".

¹⁴⁷ בחשובתו, המובאת בשו"ת שואל ומשיב, מהדורא תליתאה, תלק א, סימן רכג, הוא מזכיר גם הכחנה זאת, אבל בלא הרחבת דברים: "ולענין שאלתו כבר הארכתי בזה ונשאלתי מק"ק בראד באדם שהשכיר ביתו לאחד, וזה השובר עשה סקראציע [=ביטוח] ובעל הבית אמר שיתן לו בעד הסיקראציע ולא נתן לו, ובתוך כך נשרף הבית, והארכתי הרבה, הלא המה בכתובים אצלי ולא נפניתי להעתיק. אמנם העליתי שם דהלוי אם אחד יכול להת שיעשה סקראציע על בית חברו או שאינו רשאי לעשות רק אותו שהבית שלו".

וראה תשובת ר"ש קלוגר, המובאת לעיל, שער שני, ליד ציון הערה 113.

בתשובה אחרת דן רי"ש נתנזון בפסקם של חכמי בראד, בדבר שוכר שביקש מבעל הבית לבטח את הבית, וסירב הלה, והלך השוכר וכיטח את הבית, והבטיח בעל הבית להשיב לו את הפרמיות ששילם אבל דחהו בלך ושוכ, ונשרף הבית ובינתיים פסקו חכמי בראד שבעל הבית מקבל שני שלישים מדמי הביטוח והשוכר מקבל שלישי אחד (שו"ת שואל ומשיב, מהדורא תניינא, חלק ג, סימן קכח).

רי"ש נתנזון אומר תחילה שהכל שייך לכאורה לבעל הבית, משום שיש להניח שהתכוון השוכר להקנות לבעל הבית את הזכות הנובעת מן הביטוח, אלא שהוא מסופק בדבר, ולכן לדעתו יש לפשר בין הצדדים.

בהמשך דבריו מביא רי"ש נתנזון סמך למה שפסקו חכמי בראד, ששני שלישים מדמי הביטוח יהיו לבעל הבית, ושליש לשוכר, מן הגמרא בכתובות סה ע"ב. שם נאמר, לגבי כושט שבסתר, שהמבייש נתן לאשה שני תלקים, ולבעל חלק אחד, וזאת משום שרוב הכושט הוא שלה. ומכאן: "ולפי זה כיון שהנאה מגיע לשוכר ע"י ביתו של זה, וזה נחסר לו הבית הזה, א"כ רוב ההנאה מגיע לו ע"י ביתו של זה, וניהו שזה נתן המעות סקראציע, יש לפשר שיגיע לבעה"ב שני תלקים ולהשוכר חלק אחד".

אדם שקיבל טובת הנאה עקב שליחותו

לדייר ששילם את הפרמיות, אבל אם אינו רשאי, דומה הדבר להלכה המבוארת בחור"מ, סימן קפג, דכל שבאה ההנאה על ידי מעותיו של זה – חולקין שניהם. כלומר, כיוון שהזכות לקבלת דמי הביטוח עומדת דווקא לבעל הבית, וזכה בעל הבית בדמי הביטוח על ידי תשלום הפרמיה על ידי הדייר, משום כך יחולקו הדייר ובעל הבית את דמי הביטוח¹⁴⁸. דעה הפוכה היא דעת ר' צבי הירש תאומים¹⁴⁹. הוא נשאל בעניין שותף שביטח את חלקו בנכס המשותף, ונרשם הביטוח בטעות על כל הנכס. רעתו היא שאין להחיל כאן את ההלכה שחולקין, וכל דמי הביטוח שייכים למי ששילם את הפרמיות. הוא מגיע למסקנה זאת מתוך שהוא מבסס את ההלכה שחולקין, על דעת השליח והמשלח. השליח עשה את העיסקה על דעת כך, כיוון שקנה את המקח למשלח במעותיו של הלה, והמשלח כיוון שידע זאת קנה את חלקו בתוספת. מה שאין כן בנידונו. שמעון לא ידע על הביטוח שעשה ראובן, ועוד שראובן שילם את הפרמיות מכיסו, והתכוון לבטח רק את חלקו, ושמעון לא היה מעוניין בביטוח שביטח ראובן, שהרי רצה הוא עצמו להבטיח את חלקו בחברת הביטוח. משום כך אין לשמעון חלק בדמי הביטוח שקיבל ראובן^{150, 151}.

אמנם אם דמי הביטוח עולים על שווי נזק הבית, נראה לו שחולקים בעל הבית והשוכר, והוא מסתמך בעניין זה על ההלכה בסימן רפג [קפג], סעיף 1 ואילך.

ויש לעיין בראייתו מדמי כושת של האשה. לכאורה בשלב זה של תשובתו אין הוא מסתמך עדיין על ההלכה בחור"מ, סימן קפג, האומרת שכשבאה הנאה לאדם על ידי אחר, שניהם מתחלקין בהנאה – כפי שהוא אומר בסוף תשובתו – בשעה שדן בשאלת חלוקת דמי הכיטוח כשדמי הביטוח יתרים על הנזק. הדבר היחיד שעליו לבסס הוא שעל אף הספק למי שייכים דמי הביטוח, אין בעל הבית והשוכר נוטלים מחצה ומחצה, אלא שני שלישים ושליש. ייתכן שהוא מבסס את פסק חכמי בראד בלי קשר לפסק שנראה לו לפסוק בעניין זה. ומה שאמר בשעה שהסכיר את פסק חכמי בראד: "ונייהו זוה נתן המעות סקראציע יש לפשר שיגיע להבעה"ב שני חלקים ולהשוכר חלק אחד", אין כוונתו לפשרה משום ספק, אלא לפשרה כמובן של חלוקת דמי הביטוח בין שני הצדדים.

בשו"ת אוריין תליתאי, סימן קנו (ראה לעיל, שער שני, ליד ציון הערה 124), משיג על דברי רי"ש נחנזון כהסבר הפסק של חכמי בראד: "ובכל דבריו שם במחכתה" (= במחלת כבוד תורתו הקדושה) לא מצאתי טעם לשבח". לדעתו יסוד הפסק בדבר החלוקה היה משום שהייתה ההלכה רופפת בידם, ונראה היה להם יותר לזכות את בעל הבית בדניו, ולזאת מצאו לפשר שקרוב לדון ביניהם. ודאה שער שני, ליד ציון הערה 107, הסכרו של רמ"ש מדווינסק, את פסק חכמי בראד.

¹⁴⁸ בשו"ת בית יצחק, חור"מ, סימן נה, אות ה, כותב על "שואל ומשיב", שפסק שחולקין במעות: "ויפה פסק, דכיון דאין אחד יכול ליטול המעות בלא חבירו שניהם שותפים".

ובשו"ת וישכ משה (לר' יוחנן פרעשיל), סימן כב, אות י, דן בפסקו של אוריין תליתאי, סימן קנו (ראה לעיל, שער שני, ליד ציון הערה 124). ומבתיין כין אם החוק מאפשר לבטח את ביתו של אחר, אם לאו. אם אין החוק מאפשר זאת, יחולקו. אסמכתא לכך הוא מביא ממסכת כ"ק מז ע"א: "והלכתא חולקין". והוא מבקש להסתמך אף על דין הטרפה שנחערבה בכשרים: "וכן יש ללמד ממה שנחלקו הפמ"ג [= פרי מגדים] והב"ט [= ברוך טעם] במי שנחערב לו טריפה כשני כשרים של חבירו ונתכשר, למי שיך הרווח? ועיי' בחי' הרשב"א, גטין נח ע"ב ד"ה הא דקאמר בר' ור' בתשור' ב"צ [= בית יצחק] ח"ב יו"ד סי' קה אות ויו מהירושלמי דחולקין".

¹⁴⁹ אב"ד חראסקוב; שו"ת ארץ צבי, חור"מ סימן טו, ראה לעיל, שער שני, ליד ציון הערה 95.
¹⁵⁰ ועוד הוא מוסיף שם, שנידונו דומה למי שהטעה את הנכרי, שנאמר בו (שם בחור"מ סימן קפג, סעיף ז) שהבול לשליח, כי מה לו לבעל הבית בזה, ואילו היה רוצה היה אומר לנכרי: טעית. הוא הדין אף בנידונו, אילו רצה השותף שכיטח, היה מוחל לחברת הביטוח על דמי הביטוח, ויכול לומר המבטח

ביטוח נכס הזולת

בעיקרון החלוקה דן ר' רפאל מדרכי הלוי סאלאוויי¹⁵², אבל דוחה את האפשרות להחילו בעניין מי שביטח נכס של אחר. תחילה הוכיח, שעל פי ההלכה הקובעת שאין אדם עושה סחורה בפרתו של חברו, שייכים דמי הביטוח לבעל הבית¹⁵³. אחר כך הוא מסביר שאין לתת למי ששילם את הפרמיות חלק מדמי הביטוח, משום שדמי הביטוח שולמו על ביתו של בעל הבית, ומשום כך יש לשלם לו את כל דמי הביטוח. הסיבה לכך היא שלא אמרו, כסימן קפג, שחולקין אלא משום שהוסיפו לשליח ולא לבעל הבית (וואף על פי כן חולקין). אבל כאן "מכיון שאין כוונת החברת אחריות ליתן לו במסויים עבור התשלומים שנתן להם, שהרי אם היה רוצה להבטיח בית של איש אחר דעלמא, באופן זה אינו יכול מדינא דמלכותא, ורק מכיון שהבית כתוב על שמו סוברים שהבית שלו הוא, וא"כ כל המעות שנותנים הם נותנים רק על דעת אותו שהבית שלו, וכיון שכך נמצא שהוא משתכר כל המעות על ידי ביתו של חברו, וא"כ אין הוא שותף כלל לזה. וצריך ליתן הכל למי שהבית שלו"¹⁵⁴.

לשפתו: "אי שחקת – שחקת, ואי לא, מהדינא שטרא למריה". אף שהשני יכול לומר: "לכי תהדר", מכל מקום אינו יכול לזכות בטענה זו בדבר שלא נשתעבר אליו כלל.

¹⁵¹ ר' שמואל ענגיל מסתפק שמא שייכים דמי הביטוח כולם למי שביטח, אלא שישוד ספקו אינו באי ידיעתו של השותף השני שביטח הלה את הרכוש אלא באי ידיעתה של חברת הביטוח. ראה: שר"ת מהר"ש, חלק ו', סימן קג.

הוא נשאל בדבר שוכר שביטח את ביחו של המשכיר, ומסתמך בתחילה על שיטת הר"ף שאפילו אם נתנו בפירוש לשליח – חולקים: "ואם כן בנ"ד [= בנידון דין] דלולי זאת שהמשכיר היה לו בית לא היה השוכר יכול להרויח אף במעות ששילם, ורק על ידי ביחו של המשכיר בא לו הנאה" לפיכך, חייב לחלוק את דמי הביטוח עם בעל הבית.

אלא שהוא מבקש לומר, שאף למי שסובר שכנותן לשליח בפירוש צריך לחלוק. שמא כאן לא היה עליו לחלוק, משום שבהוסיפו לו אחת יתרה ידע המוסיף שהוא שליח, ולכן סובר הר"ף שגם כשפירש הנותן שהוא מוסיף עבור השליח, מכל מקום כיוון ש"הנאה זו נצמח לו ע"י מעותיו של המשלח – צריך לחלוק, אבל הכא דהא סעיקוראציע אין להם שום עסק עם המשכיר רק עם זה ששילם להם והם אינם ידעים כלל אם זהו שוכר או בעל הבית, אם כן בוודאי ד"ל דשייך להשוכר". מאידך גיסא הוא אומר: "באמת י"ל להיפוך: דהם סוברים באמת שזהו הבעה"ב, דלא שכיח שזר יבטיח בית שאינו שלו; וא"כ אדרבה יש לדמות הדבר ללא פירוש כלל שמוסיף עבור השליח, דלכ"ע [= דלכולי עלמא] תולקין". בהמשך דבריו הוא אומר: "מצאתי בשו"ת שו"מ מהד"ב [= שואל ומשיב מהרורא בן ח"ב סי' קכח וסי' קכט שהעלה גם כן כעין דבריו", זאת אף שה"שואל ומשיב" תלה את הדבר בהבחנה אם על פי החוק מותר לאדם לבטח רכושו של אחר, אם לאו. אבל ר"ש ענגיל אינו נוקק כלל להבחנה זאת. אדרבא, בסיום תשובתו הוא אומר: "אבל הכא האסעקוראציע הוי דבר מבחוח, שחוק הממשלה הוא שמי שמשלם להם נותנים לו המעות, ככה"ג [= ככהאי גוונא] אכתי י"ל דליכא שום זכות להבעה"ב". ושמה כוונתו היא רק לראייה האחרונה שהובאה שם מבעיית הגמרא בבכורות "א כפורה פטר חמור של חברו (ראה על כך גם לעיל, שער שני, הערה 96).

ר"ש ענגיל, בסיום תשובתו, אינו מכריע בשאלה זו, ומסקנתו היא שצריכים לפשר בין הצדדים. שו"ת יד רמ"ה, חו"מ סימן פ.

¹⁵³ ראה לעיל, שער שני, ליד ציון הערה 120.

¹⁵⁴ אלא שלרעתו צריך בעל הבית להחזיר את הפרמיות ששילם הלה (שם, אות ה). ולאחר שהוכיח את דבריו, הוא מוסיף: "וכן מורה השכל הישר מצד עצמו בזה, דאיך נאמר דהבעלים שמרויחים מזה לא יצטרכו עוד להחזיר אף הוצאות למי שהוציא ע"ז". הוא משיג שם על דברי ה"פתחי תשובה" (חור"מ

נספח: זכייה במקח שהוא בגדר "מציאה"

שאלת הזכייה במקח שיש בו רוח, שהוא כעין "מציאה", נידונה אצל הראשונים. יש שביקשו להחיל על מקח זה דיני מציאה ממש, ויש שרחו החלת דינים אלה, מן הטעם שמקח זה אינו הפקר, ואי אפשר לזכות בו כפי שזוכים במציאה. בספר דאב"ן¹⁵⁶ מובא הפסק הבא¹⁵⁶: "ראובן נחאכסנו אצלו סוחרים והיה שמעון מחזר אחריהם לקנות מהם סחורתם, אמר לו ראובן אני רוצה לזכות בסחורה זו לעצמי כי ביתי זכה לי, ולא שמע אליו שמעון והלך וקנה בשעה שלא היה ראובן בבית. ותובעו ראובן להחזיר לו הסחורה. (והוא¹⁵⁷ אם דמי הסחורה פסוקין, דסמכה דעתיה). דין זה פסוק ממתניתין [ב"מ יא ע"א] ראה אותן רצין אחר מציאה ואמר: זכתה לי שרי – זכתה לו, שהרי ביתו משומר הוא וגם עומד בו הכא נמי זכה ראובן בסחורה שבביתו¹⁵⁷. וגם משום 'ועשית הישר והטוב' חייב להחזיר לו לראובן את הסחורה, כדאמרין לגבי בר מצרא". כלומר, ראב"ן מבסס את הלכתו, בדבר זכייתו של בעל הבית במקח, על שני יסודות: (א) דיני זכייה במציאה; (ב) משום "ועשית הישר והטוב", כעין דין "בר מצרא", שניתקן על יסוד זה.

אבל נכדו, דאב"ה¹⁵⁸, אינו מסכים להחיל את הלכת זכייה במציאה מעבר למוכנה המקורי: "ומורי¹⁵⁹ רבינו אבי העזרי בן בתו זצ"ל פליג עליה, דשאני מציאה דאין בה חסרון קניה ומעות, אבל הכא דילמא לא מיתרמי ליה זוזי לקנות...". בהמשך דבריו הוא מוכיח, שאין הקונה זוכה עד שיסכים המוכר למכירה. לפי דעת ראב"ה יש לקבוע את הזכייה במקח לפי אמות המידה הרגילות של רכישת נכס ממוכר. הרא"ש¹⁶⁰ נזקק אף הוא לשאלת זכייה במקח, ומבחיין בין מקח למציאה: "אבל¹⁶¹ הקונה מציאה מגנב אחר, אין זה דבר הפקר, דשייך ביה למימר חצדם קנתה להם, דאם נתייאשו הבעלים... הרי קנאה הגנב, ואי כר"ש, דאמר סתם גניבה לאו יאוש בעלים, הרי היא של בעלים. ממה נפשך אינה הפקר ואין החצר זוכה בו. ואף אם היתה הפקר כל זמן שהיא ביד הגנב לא קנה החצר עד שתונח על גבי קרקע...".

סימן שו, ס"ק א, שכתב שם, שלדעת ר"י כץ (המובאת בשיטה מקובצת, כ"מ לה ע"ב) אפילו נגנב הדבר או נאבד, והבעלים מקבלים את הדמים שמשלם השומר שכר, אין צריך להחזיר לשומר חנם את השכר שנתן לשומר שכר (ראה לעיל, שער שני, הערה 106).

¹⁵⁶ ר' אליעזר בר' נתן (ראה לעיל, שער ראשון, הערה 71).

¹⁵⁷ ספר ראב"ן, ב"מ פרק א. מובא גם באור זרוע, ב"מ פרק ב, סימן סט, ובמרדכי לב"מ, פרק א, רמז רלח.

¹⁵⁸ המלים "והוא אם דמי הסחורה פסוקין דסמכה דעתיה", אתן באות כ"אור זרוע" וב"מרדכי" שם. ורש"ז עהרענרייך מציע להגיה ולהעביר מלים אלה לאחר המלים: "הכא נמי זכה ראובן בסחורה שבביתו".

¹⁵⁹ רבי אליעזר בר' יואל הלוי; מגדולי חכמי החורה באשכנז. מגנצא, סמוך לשנת ד"א תת"ק (1140) – וירצבורג, סמוך לשנת תתקפ"ה (1225).

¹⁶⁰ אור זרוע, שם; מרדכי, שם.

¹⁶¹ רבנו אשר בר' יחיאל; מגדולי הפוסקים הראשונים. אשכנז, סמוך לשנת ה"א י" (1250) – ספרד, ה"א פ"ח (1327).

¹⁶² שו"ת הרא"ש, כלל א, סימן א.

נספח: זכייה במקח שהוא בגדר "מציאה"

לאור חילוקי הדעות בין ראב"ן וראב"ה, פוסק מהר"י איסרליין¹⁶², שאין להוציא מספק¹⁶³: "דכיון דפלוגתא דרבוותא היא – לא מפקינן מיניה". ד' יוסף כ"ץ¹⁶⁴ נוטה לפסוק כדעת ראב"ן. בתשובתו¹⁶⁵ הוא מסתמך תחילה על פסקיהם של מהרא"י והרא"ש, שאין החצר זוכה במקח. אחר כך, לגופו של עניין, הוא פוסק בנידונו שיש לבעל הבית זכות במקח מכמה טעמים. לבסוף הוא מבקש להכריע כדעת ראב"ן, מן הטעם שראב"ן אמר את דבריו הלכה למעשה, מה שאין כן ראב"ה: "ועוד אי לא מסתפינא מפני פסק מהרא"י הנ"ל, הייתי פוסק כראב"ן נגד ר' אבי העזרי אף להוציא. כי הראב"ן פסק הלכה למעשה, ומעשה רב, כדאמרינן בהרבה מקומות בתלמוד מר דיינא הוא ונחית לעומקא דדינא, אבל ר' אבי העזרי לא פסק רק 'לא נראה לוי'¹⁶⁶. תשובה דומה מכמה מבחינות לתשובתו של ר' יוסף כ"ץ, היא תשובתו של ר' יואל סירקש¹⁶⁷. אף הוא מביא את תשובת הרא"ש בעניין קניית מציאה מגנב, ומציין¹⁶⁸: "זה הולך לשיטת ראב"ה במרדכי". והוא מוסיף: "אפשר דאף ראב"ן לא חשיב ליה כמציאה והפקר אלא באורחים שהביאו סחורה והניחו בביתו של בעל הבית על גבי קרקע, אבל כמציאה כיר הגנב אף ראב"ן מודה דלא מציא למימר קנתה לי ביתי". המחבר, בשולחן ערוך, מביא את תשובת הרא"ש להלכה: "ראובן¹⁶⁹ הדר עם שמעון בביתו ומעלה לו שכר... אם קנה א' מהם מציאה מגנב אין לחבירו זכות בה". ולעניין המחלוקת בין ראב"ן וראב"ה בדבר בעל הבית שביקש לזכות בסחורה זולה, מביא הרמ"א, בהגהותיו לשולחן ערוך, את שתי הדעות, בלי להכריע ביניהן: "ואם¹⁷⁰ סוחר א' הביא סחורה בזול לחצירו של שמעון ובא שמעון ואמר תקנה לי הצירי, ובא ראובן אחר כך ולוקחה, י"א דזכה ראובן, דמאחר שאינו מציאה גמורה כי בעל החצר צריך לקנותה (במעות) לא זכתה לו חצירו. וי"א דזכה בעל החצר"¹⁷¹.

¹⁶² מגדולי הפוסקים וגדול הרור באשכנז במאה ה"ט. סמוך לשנת ה"א ק"ן (1390) – ה"א ר"ך (1460).

¹⁶³ תרומת הרשן, שו"ת, סימן שי.

¹⁶⁴ ראה לעיל, הערה 133.

¹⁶⁵ שו"ת שארית יוסף, סימן ז. ראה לעיל, ליד ציון הערה 134.

¹⁶⁶ ומעניין היסוד הנוסף שבדבריו, לפיו הוא מבסס את זכיית בעל הבית על פי הרגיל אצל בני אדם, שכיוון

שכך מקובל – בוודאי התכוונו לזכות באופן זה: "ועוד שהוא מרגלא בפומיה דאנשי שהריוח לאמצע,

ויש לומר שאדעתא דהכי קנאה והוה כזכיה".

¹⁶⁷ בעל הב"ח – ראה לעיל, הערה 137.

¹⁶⁸ שו"ת ב"ח הישנות, סימן יב. ראה לעיל, ליד ציון הערה 138.

¹⁶⁹ שו"ע חר"מ, סימן רס, סעיף ג.

¹⁷⁰ שו"ע חר"מ, סימן רסח, סעיף ג, בהגהה.

¹⁷¹ והשוה פסקי הרמ"א בהגהותיו לסימן רסט, סעיף ו, ולסימן קפג, סעיף ד. ועיין בנושאי כליו של

השו"ע על ההלכות הללו, בשאלה אם אין סתירה בין פסקים אלה. וכן ראה שו"ת ב"ח הישנות, סימן

יט.

הדינים בדבר חלקם של השליח ושל בעל המעות כיתרון שנבע במסגרת השליחות, נכחנו משתי נקודות מבט. לצד כחינת דיני השליחות, נבחנו השאלה מה מידת זכותו של אדם להשחתת כיתרון, שהוא גרם להיווצרותו. נוכחנו לדעת כי גם כשאין כדיני השליחות כדי לזכות את המשלח כיתרון, נקבע העיקרון שמי שגרם ליתרון זכאי ליהנות ממנו. עיקרון זה נתחדש בתלמוד הירושלמי, ויש מן הראשונים שאימצו אותו.

מאלף הדבר כיצר השתלשלה ההלכה בשולחן ערוך ובנושאי כליו. השיטה המזכה את מי שגרם לתוספת, לא זכתה להכרה מפורשת בשולחן ערוך, אלא שבאו נושאי כליו של השולחן ערוך והחזירו את עטרת ההלכה לראש הסבורים כן. ואף שהלכה זאת לא הוכרה כמושלת בכיפה באופן בלערי, נקבע לפחות שראוי לו לדיין להתחשב בה בנסיבות שייראו לו מתאימות. תופעה זו חזרה ונשנתה הן בהלכה בדבר הוספה לשליח, והן בהלכה בעניין שליח ששינה משליחותו וגרם ליתרון.

הדיונים בנושא זה הביאו להכנות בין מקרים שונים, לפי מידת הזיקה שיש בין היתרון שניתוסף לבין פעולת השליחות. כך נבחנו האפשרות להחיל עיקרון זה כיתרון שנגרם כתוצאה מטעות בעיסקה.

מאלפת השקפתם של חכמים מאחרים הסבורים כי זכותו של המהנה, אין יסודה כדין אלא בתקנת חכמים.

הפיתרון שלפיו מתחלק היתרון בין הגורמים ליתרון, לא הוצע כעניין "זה נהנה וזה לא חסר"¹⁷², שנאמר בו, שהנהנה פטור לגמרי, ולא כעניין "העושה סחורה בפרתו של חברו"¹⁷³, שנאמר בו, שבעל הפרה זכאי ליתרון כולו.

בנידוננו לא רק ש"נהנה" השליח, אלא אף הרוויח עקב שליחותו¹⁷⁴. לכן מידת חיובו עולה על חיובו של מי שנהנה בלבד. אבל, מאידך גיסא, הפיק השליח את הרווחים שלא על חשבון חסרונו של בעל הנכס, ולכן לא נאמר כאן שהרווחים כולם של בעל הנכס. כיוון שכך, נקבע שזכויות השליח והמשלח שוות, משום ששניהם גרמו ליצירת הרווחים – זה ברכושו וזה בפעילותו.

אילו הורחבה תחולתה של הלכה זאת, באופן שיש להכיר בזכותו של כל מי שגורם ליתרון, ליהנות מן היתרון, היינו מגיעים לתוצאות מרחיקות לכת ביותר. ברם, כפי שנוכחנו לדעת, לא הוחלה הלכה זאת בגורם רחוק.

דין שליח שקיבל טובת הנאה עקב שליחותו נבחן לאור דיני השליחות ולאור הדינים בדבר

¹⁷² ראה לעיל, שער ראשון ("זה נהנה וזה לא חסר").

¹⁷³ ראה לעיל, שער שני.

¹⁷⁴ וראה: חלק יואב, ח"מ, סימן ט, האומר: "זה נהנה ומשתרשי ליה וזה לא חסר – חיב, ולהרי"ף חולקין" (כדעת הרי"ף בהוסיפו לשליח).

סיכום

מי שנהנה מרכושו של אחר. כרם, פעולתו של שליח, המקבל טובת הנאה, עשויה לחרוג, בנסיבות מסוימות, מחובת הנאמנות, ואף להגיע לכדי עברה פלילית. במקרים אלה יש מקום להתערבות הדין הפלילי. ובחוסר הענישה ניתן גם לשלול את היתרונות המופקים על ידי השליח, כשיש בפעולתו משום עבדה¹⁷⁵.

¹⁷⁵ ראה נ' רקובר: "ענישה במעשה הבא בעבירה", סדרת מחקרים וסקירות במשפט העברי, חוברת ב, ירושלים תש"ל.

שער רביעי

הצלת רכוש
שיפוי על הוצאות המציל

התוכן

117	פרק ראשון: מבוא
120	פרק שני: החיוב להציל ממון
	פרק שלישי: דין ר"תנאי בית דין"
124	שיטות הראשונים
130	ההלכה בשולחן ערוך
132	פרק רביעי: עידוד פעולת הצלה כיסוד לפיצוי המציל
135	פרק חמישי: האם הצלה היא התנדבות שאין לשלם בעדה?
141	פרק שישי: הגדרת שכר המציל
	פרק שביעי: נכס שבעליו לא היה יכול להצילו
145	זכות המציל בנכס הניצול כזוכה מן הפקר
146	סייגים לתחולת דין הפקר בנכס הניצול
149	פרק שמיני: הצלה מנזק וראי
150	פרק תשיעי: התנאה ברבר שיפוי – אימתי התנאי הכרחי?
155	פרק עשירי: ירד להציל ולא הציל
156	פרק אחד-עשר: ירד להציל וניצל מאליו
159	פרק שנים-עשר: הציל את שלו ואת של חברו
165	פרק שלשה-עשר: התנגרות בעל הנכס להצלה
169	פרק ארבעה-עשר: סיכום

פרק ראשון

מבוא

מה הן זכויותיו של מי שהציל את נכסי חברו, והוציא הוצאות לשם כך? – האם בעל הנכס תייב לשפותו בגין הוצאותיו? האם יש משמעות לעובדה שמדובר בהיתלצותו של אדם לפעולת הצלה? ואם כן, כיצד משפיעה עובדה זו – על הוספה על זכויותיו או על הפחתת זכויותיו?

מצד אחר, המציל פועל להצלת נכסי הזולת לשם מצוה, ולא כאדם המתערב סתם בנכסי הזולת ומשביחם בלי שנתבקש לעשות כן. כיוון שכך, אפשר שזכויותיו עדיפות מאלה של מתערב סתם. יתר על כן, יש לעודד פעולות הצלה, ואם כללי הדין הרגיל אינם נותנים פיצוי נאות למציל, שמא יש לתקן תקנות מיוחדות לטובת המציל?

מצד שני, אפשר לטעון שדוקא משום שמדובר בעשיית מצוה של הצלה, יהא שכר המצוה – מצוה, ולא גמול כספי. מהו אפוא היחס בין המצוה לבין זכויותיו הממוניות של המציל? זאת ועוד, שמא תהיינה זכויות המציל פחותות מזכויותיו של המשביח נכסי אחר בלא שנתבקש לכך, שלא זו בלבד שאין לתקן תקנות לפצות את המציל, אלא אפשר שלא יהיה זכאי אף לתשלום שזכאי לו מתערב סתם; משום שבהברל ממתערב סתם, שיש להניח שהוא עושה את פעולתו כדי לקבל שכר, המציל, כיוון שהוא עושה מצווה, אפשר שבכך הוא מוותר על קבלת שכר.

לצד השאלות הללו יש לבחון את השאלות: האם נודעת חשיבות לעובדה שהניצול נכח בשעת ההצלה? היש תשיבות לשאלה אם התנה המציל עם הניצול או לא התנה עמו? מה דינו של מי שירד להציל את נכסי חברו, ולבסוף לא הציל, משום שלא הצליח במשימתו, או משום שהנכס ניצול מאליו בלא תרומתו של המציל? מהן זכויותיו של מי שירד להציל את נכסי עצמו ואת נכסי חברו, האם יהיה זכאי לקבל מן הניצול תשלום מלא, או לפחות תשלום חלקי?

עניין נוסף שיש לבחון אותו הוא, האם יש להכדיל בין זכותו של המציל לקבל את שכר פעולתו, לבין זכותו לקבל את הוצאותיו או את הפסדיו?

במדינות אחדות מכיר החוק בזכותו של המציל לפיצוי. בארצות־הברית יש מדינות שיש בהן חוקים מיוחדים הידועים כ־Good Samaritan Statutes¹. במדינת־ישראל, עד לקבלת חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט – 1979, נהגו דיני השיפוי על הצלת

¹ לנושא זה בכללו, ראה: James M. Ratcliffe (ed.), The Good Samaritan and the Law (1966). וכן ראה: א' ירין: "על דיני פיקוח נפש", משפטים ב (1970), עמ' 252; וראה: ע' פרוש: "חוק, מוסר והשומרונים הטוב", בתוך: לשון, מחשבה, חברה, לזכרו של יהושע בר הלל, ירושלים תשל"ח, עמ' 295.

רכוש, על פי הדין האנגלי, בכפוף לחריגים הנובעים מהוראות חקוקות. מהו איפוא הדין האנגלי? הכלל הוא שמי שהציל נכס של הזולת, לא יהיה זכאי לתשלום מבעל הנכס. צרות העין שיש במשפט האנגלי כלפי המשביח נכסי הזולת ומיטיב עמו, שאינו זכאי לתשלום על ההשכחה, קיימת גם כלפי מי שנחלץ להצלת דכושו של אחד; כזה כן זה אינו זכאי לא לשכר בעד עבודתו, ולא להשבת ההוצאות שהוציא. כמו כן שולל הדין האנגלי את זכותו של משיב אבדה לקבל את ההוצאות שהוציא לשמידתה.² בפסק הדין הידוע ניקולסון נ' צ'פמן³, שניתן בשנת 1793, אמר זקן השופטים, אייר (Eyre), כדברים הללו: "יהא זה, אולי, יותר לטובת הציבור, אם מעשים טובים כאלה בין אדם לחבירו, מעשים שהם בגדר גמילות חסדים וחובה מוסרית, יהא מתן שכרם תלוי כליל בחובה המוסרית של הכרת תודה".

אמנם נקבעו סייגים אחדים לדין שהיה קיים בארץ בהוראות חקוקות. על פי חוק השומרים, זכאי שומר לשיפוי על הוצאות שהוציא עקב פעולה דחופה ובלתי צפויה מראש, הדרושה להצלת הנכס.⁵ כמו כן זכאי שליח, על פי חוק השליחות, לשיפוי על הוצאות שהוציא לשם פעולה דחופה ובלתי צפויה מראש הדרושה לשמירה על ענייני השולח.⁶ אלה הם מקרים בהם היה קשר קודם בין מי שהוציא הוצאות לבין מי שהוציא עבורו הוצאות אלה, אבל כשלא היה קשר כזה – כמו בשומר ובשליח – לא הוכרה זכותו של מי שהוציא הוצאות בשביל הזולת לשיפוי על הוצאותיו, אף שהוציא את ההוצאות לטובת הזולת ולשם הצלת נכסיו.

זכות אחרת, שנקבעה בחוק הישראלי, היא הזכות לפיצוי על פגיעה שנגרמה תוך כדי פעולת התנדבות להצלת רכוש. זכות זו נקבעה בתיקון לחוק הביטוח הלאומי, שנחקק בשנת תשל"ו.⁷

כאן נקבעה הזכות, בין היתר, ל"מי שעשה בהתנדבות, שלא בשכר, פעולה להצלת חייו או

² ראה: ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט, ח"א תשמ"ב, עמ' 82.

³ Nicolson v. Chapman (1793) 126 E.R. 536.

⁴ לפי חרגומו של השופט זילברג, בפסק דינו בע"א 46/53, שפירא נ' פוננסקי, פד"י י, עמ' 468, ושם הצביע כבר השופט זילברג על השוני המכריע בין המשפט האנגלי לבין המשפט העברי, בדבר השבת הוצאותיו של משיב אבדה. ראה שם, עמ' 472-473.

⁵ על פי צירופם של סעיפים 6 ו-8 (ב) לחוק השומרים, התשכ"ז-1967. סעיף 6 קובע ש"שומר רשאי לעשות כל פעולה דחופה ובלתי צפויה מראש, הדרושה באופן סביר למניעת נזק העלול להיגרם לנכס, כאילו נתן לו בעל הנכס הרשאה לעשות כן". וסעיף 8 (ב) קובע: "כל שומר זכאי לשיפוי כאמור בסעיף קטן (א) עקב פעולה שעשה לפי סעיף 6".

על פי הוראה זו יהיה זכאי גם משיב אבדה, כשומר אבדה, להשבת ההוצאות שהוציא משעת נטילת החזקה, אבל לא יהא זכאי לשכר. ראה: פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט, עמ' 124; וראה להלן, פרק ה, ליד ציון הערה 108.

⁶ על פי צירופים של סעיפים 5 (ב) ו-11 לחוק השליחות, התשכ"ה-1965. סעיף 5 (ב) מתיר לשליח "לעשות כל פעולה דחופה ובלתי צפויה מראש הדרושה באופן סביר לשמירה על ענייני השולח". וסעיף 11 מחייב את השולח לשפות את השליח על ההוצאות שהוציא עקב השליחות. וראה: א' ברק, חוק השליחות, תשכ"ה-1965 (ירושלים תשל"ה), עמ' 214, בדבר היחס בין סעיף 5 (ב) והדינים בדבר שליחות מחמת הכרח.

⁷ חוק הביטוח הלאומי (תיקון מס' 21), התשל"ו-1976; ס"ח התשל"ו, עמ' 167.

מבוא

רכושו של הזולת, לפי כללים שנקבעו בתקנות, באישור וערת העבודה של הכנסת, והמוסר הכיר בפעולתו לאחר מעשה, וכן ל"חבר מתנדב שלא בשכר של ארגון לעזרה ראשונה או למניעת נזקים לגוף או לרכוש". החוק אינו קובע פיצויים למתנדב שנפגע ממי שהצילו את רכושו, אלא קובע שיקבל המציל פיצוי מקופת הציבור. ואולם, אם המזיק חייב בפיצוי המציל⁸, מקנה חוק הביטוח הלאומי למציל זכות לתבוע את המזיק⁹.

הוראה חריגה, למצב המשפטי שהיה קיים בארץ, המזכה את המציל בפיצוי, קיימת בהצלה ימית. פקודת הסחורות הנטרפות ודמי הצלה¹⁰, קובעת: "מי¹¹ שמילא שירות בהצלת נפשות מכל ספינה, או בהושטת עזרה לספינה שנטרפה... או בהצלת מטענה... חייב בעל הספינה או המטען... או בעל הסחורה הטרופה לשלם לו למציל סכום הוגן בתור דמי הצלה". דמי הצלה, לפי הגדרתם באותו חוק¹², כוללים הוצאות, אבל אינם כוללים שכר בעד ההצלה.

יצוין כי אמנת בריסל משנת 1910, ברבר הצלת כלי-שיט בים, קובעת¹³:

Every act of assistance or salvage which has had a useful result gives a right to equitable remuneration. No remuneration is due if the services rendered have no beneficial result.

כלומר, האמנה מתנה את התשלום בהצלחתה של פעולת ההצלה.

עתה, עם קבלת חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט – 1979, נזנחה שיטת המשפט האנגלי, ובמקומה אימץ המחוקק את גישת המשפט העברי בנושאנו. וזה לשון סעיף 5(א) לחוק:

5. (א) מי שעשה בתום לב ובסבירות פעולה לשמירה על חייו, שלמות גופו, בריאותו, כבודו או רכושו של אדם אחר, בלי שהיה חייב לכך כלפיו, והוציא או התחייב להוציא הוצאות כקשר לכך, חייב הזוכה לשפותו על הוצאותיו הסבירות, כולל חיוביו כלפי צד שלישי, ואם נגרמו למזכה עקב הפעולה נזקי רכוש, רשאי בית המשפט לחייב את הזוכה בתשלום פיצויים למזכה, אם ראה שמן הצדק לעשות כן בנסיבות הענין.

דין הפועל
לשמירת
ענין הזולת

כריון שלפנינו ננסה ללבן את עמדת המשפט העברי בדבר שיפוי המציל בהצלת רכוש. ראוי להדגיש שגם דברינו במבוא נגעו להצלת רכוש בלבד. בנושא שיפוי בהצלת נפשות נדון בשער החמישי.

⁸ בתי המשפט בארץ פסקו בכמה מקרים שהמציל זכאי לפיצויים ממי שגרם לסכנה. ראה: ג' טדסקי (עורך), י' אנגלרד, א' ברק, מ' חשין, דיני הנוזיקין, מהדורה כ, יחדשלים תשל"ז, עמ' 232.

⁹ סעיף 150 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], החשכ"ח – 1968; ספה"ח התשכ"ח, עמ' 108.

¹⁰ פקודת הסחורות הנטרפות ודמי הצלה, משנת 1926; חוקי א"י, פרק קנה.

¹¹ שם, סעיף 19.

¹² שם, סעיף 2.

¹³ סעיף 2 לאמנה.

החיוב להציל ממון

מצוה על האדם להציל את רכוש חברו מן ההפסד, וכך שונה התוספתא בעניין סכנת שיטפון לקרקע¹⁴: "ראה מים שהן שוטפין והולכין – חייב לגוררן. זה הכלל: כל דבר שיש בו משום חיסרון כיס יש בו משום השב אבדה"¹⁵, ופסק הרמב"ם¹⁶: "הרואה מים שוטפין ובאין להשחית בנין חבירו או שרהו, חייב לגדור בפניהם ולמנעם, שנאמר: 'לכל אבדת אחיד' – לרבות אבדת קרקעו"¹⁷.

אף הציווי שבמקרא¹⁸ "לא תעמוד על דם רעך"¹⁹, נתפרש לא רק בעניין הצלת נפשות אלא גם בנושא הצלת ממון. מקרא זה נדרש בספרא²⁰: "ומנין שאם אתה יודע לו עדות אין אתה רשאי לשתוק (עליה)? ת"ל: 'לא תעמוד על דם רעך'; ומנין אם ראית טובע בנהר או ליסטים באים עליו או היה רעה באה עליו [ש]חייב אתה להצילו (בנפשו)? ת"ל: 'לא תעמוד על דם רעך'".

הרמב"ם, בספר המצוות, פירש דברים אלה כמוסכים על הצלת ממון²¹: "שהוזהרנו מלהמנע מהצלת נפש מישאל אם ראינוהו בסכנת מות ואכרח והיתה לנו יכולת להצילו... באמר יתעלה: 'לא תעמד על דם רעך'. וכבר אמרו כי הכופר את העדות כוללת גם אותו אזהרה זו, לפי שהוא רואה ממון אחיו אוכד והוא יכול להחזירו לו באמרת אמת שיאמר... ולשון ספרא: מנין אם יודע את לו עדות אין אתה רשאי לשתוק עליה, תלמוד לומר: 'לא תעמד על דם רעך'..."²².

נושא דיוננו בסקירה זאת, אינו חיובו של אדם להציל, אלא זכותו של המציל לשיפוי על הוצאות שהוציא לשם הצלת רכוש חברו, אלא שאגב הדין נזקק גם לשאלת חיובו של אדם להציל, כשבעל הרכוש מבטיח לשפותו על הוצאותיו.

¹⁴ תוספתא ב"מ, מהרורח צוקרמנדל, כ כח; בבלי, ב"מ לא ע"א.

¹⁵ ושם בגמ' ב"מ: "אמר רבא: 'לכל אבדת אחיד' – לרבות אבדת קרקע".

¹⁶ רמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, יא כ; וראה: שו"ע חו"מ, סימן רנט, סעיף ט.

¹⁷ וראה: רשב"ם, כ"ב נג ע"א, ד"ה האי מבריה: "דכל ישראל מצווין להציל ממון חבריהם מן ההיזק".

¹⁸ ויקרא יט טז.

¹⁹ ראה על כך להלן, שער חמישי, ליד ציון הערה 19.

²⁰ ספרא, קדושים, פרשה ב, פרק ד, הלכה ח (התיקונים על פי הגהות הגר"א).

²¹ ספר המצוות להרמב"ם, לא תעשה, רצו (על פי תרגומו של ר"י קאפח).

²² וראה גם: שו"ת בנימין זאב, סימן שצ; שער משפט לחו"מ, סימן כח, ס"ק ב. ועיין בספר חפץ חיים, חלק

ב, כלל ט, סעיף א, שהביא להלכה את דעת הרמב"ם בספר המצוות. אבל, מאידך גיסא, ראה: חמדת

ישראל, לד' מאיר דן פלאצקי, על ספר המצוות להרמב"ם, שם, סימן עז, עמ' 78, שהוא סבור שמתוך

שהשמיט הרמב"ם דין זה מספרו משנה תורה, נראה שחזר בו, ואין הלאו הזה אמור אלא בעסקי נפשות.

ובחידושי רמ"ש מדווינסק לספרא, שם, כתב שכוונת הספרא היא רווקא לעדות נפשות, "ובספר

המצוות, סימן רצו, באו כאן דברים אינן מדויקים (אולי מסיבת ההעקרה)".

דין ו"תנאי בית דין"

שתי משניות, במסכת בבא קמא, דנות בהצלת רכוש הכרוכה בגרימת נזק. האחת דנה בפעולת הצלה הנעשית על ידי בעל הרכוש הניצול, והאחרת מדברת בפעולת הצלה הנעשית על ידי המציל. המשנה הדנה בפעולת הצלה הנעשית על ידי בעל הרכוש הניצול, מבחינה בין גרימת נזק מועט לגרימת נזק מרובה, אבל מכל מקום היא מחייבת את בעל הרכוש הניצול לפצות את הניזוק על נזקיו. המשנה האחרת, הדנה בפעולת הצלה הנעשית על ידי המציל, מבחינה בין התנה המציל שיקבל את הפסדו, לבין לא התנה. אם לא התנה – לא יקבל אלא את שכרו.

וזה לשון המשנה, הדנה בפעולת הצלה הנעשית על ידי הניצול עצמו: "ומהלך²³ בתוך שדה חברו להציל את נתילו, ואם הזיק משלם מה שהזיק. אבל לא יקוץ את סוכו [= ענף אילנו של חברו] על מנת ליתן את הדמים (ורש"י מפרש: "נתיישבו רבורים על סוכת חבירו וירא ליטלן אחת אחת שלא יברחו, לא יקוץ את הסוכה להוליכן כולן ביחד ואפילו על מנת ליתן דמים"). ר' ישמעאל בנו של ר' יוחנן בן ברוקה²⁴ אומר: אף קוצץ ונותן את הדמים". את ההכרל בין כניסה לשדה חברו, לבין קציצת סוכו של חברו מסביר רבנו יהונתן מלוניל²⁵: "לפי שזהו הפסד מרובה לזמן מרובה, מה שאין כאן בירקות שדה וגינה, שהוא רבר מועט ולזמן מועט".

משנה אחרת באותו הפרק עוסקת, כאמור, בפעולת הצלה הנעשית לא על ידי הניצול עצמו אלא על ידי המציל: "זה²⁶ בא בחביתו של יין וזה בא בכדו של דבש, נסדקה חבית של דבש ושפך זה את יינו והציל את הדבש לתוכה – אין לו אלא שכרו; ואם אמר 'אציל את שלך ואתה נותן לי דמי שלי', חייב ליתן לו. שטף נהר חמורו וחמורו חברו, שלו יפה מנה ושל חברו מאתים, הניח זה את שלו והציל את של חברו – אין לו אלא שכרו. ואם אמר לו 'אני אציל את שלך ואתה נותן לי את שלי', חייב ליתן לו".

המשנה מבחינה אפוא בין שכרו של המציל לבין דמי יינו. מה משמעותה של הבחנה זו? האם אפשר לזהות את דמי יינו עם הוצאותיו, ולומר שהמציל אינו זכאי לקבל את הוצאותיו, אלא אם כן התנה שיקבלם? אם נאמר כן, הטעם לכך הוא שיש לשלם את שכרו (וכדברי רש"י שם²⁷: "שכר כלי ושכר פעולה"), משום שהפעולה והכלי הצילו את הדבש, מה שאין כן היין עצמו, ששפיכתו רק יצרה את האפשרות להציל. אבל אז נשאלת השאלה: אם שפיכת היין הייתה הכרחית להצלה, ולא היה אפשר להציל את הדבש בלי פעולה זאת, הרי שפיכת היין "הצילה" באותה מידה שפעולתו וכליו של המציל הצילו, ואם כן מדוע לא ישלם הניצול את דמי היין? אם שפיכת היין לא הייתה הכרחית לשם ההצלה, משום שהיה אפשר להציל באופן אחר, או על ידי אחרים שיש להם כדים ריקים,

²³ משנה, ב"ק י ב; בבלי, שם קיד ע"א.

²⁴ תנא ברור הרביעי (אמצע המאה השנייה).

²⁵ פירוש רבנו יהונתן מלוניל על המשנה, שם, מהדורת ר"ש פרידמן, עמ' 337.

²⁶ משנה, ב"ק י ד; בבלי, שם קטו ע"א.

²⁷ רש"י למשנה, שם, ד"ה אין לו.

אז הפטור מתשלום נובע מכך שההוצאות שהוציא המציל לא היו הכרחיות באותן נסיבות, ואם כן, ההבחנה אינה בין שכר להוצאות, אלא בין הוצאות הכרחיות לשאינן הכרחיות; אם היו ההוצאות הכרחיות, יהא דין ההוצאות כדין שכרו של המציל, ואילו אם ההוצאות אינן הכרחיות ישא המציל עצמו בהפסד, אלא אם כן התנה עם הניצול²⁸ שיקבל ממנו הוצאות אלו.

בין שני המצבים הנזכרים למעלה – הצלה על ידי הניצול עצמו, והצלה מיוזמתו של המציל – יש מצב ביניים והוא של הצלה הנעשית על ידי המציל מכוח חיוב שהוטל עליו להציל. מה דינו של מציל זה לעניין שיפוי על הוצאותיו? על כך ניתן ללמוד מכמה הלכות, שנאמרו מפי ר' ישמעאל בנו של ר' יוחנן בן ברוקה.

הלכות אחדות בעניין זה מובאות בתוספתא²⁹, ומשם בברייתא, בבא קמא, פרק עשירי³⁰, וזה לשון הברייתא: "תניא: ר' ישמעאל בנו של ר' יוחנן בן ברוקה אומר: (1) תנאי ב"ד הוא שיהא יורד לתוך שדה של חברו וקוצץ סוכו של חברו להציל את נחילו ונוטל דמי סוכו מתוך נחילו של חברו; (2) ותנאי ב"ד הוא שיהא שופץ יינו ומציל את דובשנו של חברו ונוטל דמי יינו מתוך דובשנו של חברו; (3) ותנאי ב"ד הוא שיהא מפרק את עציו וטוען פשתנו של חברו ונוטל דמי עציו מתוך פשתנו של חברו, שעל מנת כן הנחיל יהושע לישראל את הארץ".

ההלכה הראשונה מתירה לאדם להציל את נחילו בקציצת סוכו של חברו ומחייבת אותו להשיב לחברו את הפסדו של זה. בעניין זה ראינו שנחלקו חכמים במשנה על כך, ואף שהתירו לו להיכנס לשדה חברו, לא התירו לו לקרץ את סוכו. שתי ההלכות האחרות מדברות בהצלה על ידי המציל, כשההצלה כרוכה בהפסדו של המציל, והן מזכות את המציל בשיפוי מתוך הרכוש הניצול.

יסודן של ההלכות בדבר הצלת הדבש והצלת הפשתן, הוא בתקנה – "תנאי בית דין" או "תנאי" יהושע³¹ – והשאלה היא מה באה התקנה לחדש? האם באה התקנה לחייב את המציל להציל אף כשהדבר כרוך בהפסד רכושו של המציל (כמו בעניין "קוצץ סוכו של חברו", שהתירו לניצול להזיק את רכושו של המציל), וכיוון שחייבוהו להציל, זיכוהו

²⁸ במשנה לא נאמר שהסכים הניצול לתנאו של המציל, אלא מדובר שם בהודעה חד צדדית של המציל לניצול בלבד: "אציל את שלך ואתה נותן לי דמי שלי". אף על פי כן יש שפירשו את המשנה כאילו משתמע ממנה שיש צורך בהסכמת הניצול לתנאי, אלא שנחלקו בשאלה אם יש צורך בהסכמה מפורשת, או שמא די בשתיקתו של הניצול, בעת שהמציל מתנה את תנאו. ראה: שיטה מקובצת, ב"ק קטו ע"א, בשם ר"מ מסרקסטה, שדעתו נוטה לכך שיש צורך בהסכמה מפורשת; וראה שם, קטו ע"ב, גם כן בשם ר"מ מסרקסטה, ונראה שצריך לתקן שם "מציי" במקום "לא מציי", וכבר עמד על כך ר"ח פאלאג'י, בספרו ראה תיים, חלק ב, פרשת חקת ובלק, דף סב טור ד; וכן ראה שם, בשיטה מקובצת, בשם הרא"ש; וראה עוד להלן בפרק יג, על התנגדותו של הניצול. וראה גם הערות 128, 203.

²⁹ תוספתא, ב"ק, מהדרות צוקרמנדל, י כו-כו.

³⁰ ב"ק קיר ע"ב.

³¹ ראה: פרישה, טור חו"מ, סימן רעד, סעיף א. שמדייק מן הלשון: "תנאי בית דין" בנוסף ל"על-מנת כן הנחיל יהושע לישראל את הארץ". שאין אלו תקנות יהושע, "אלא ודאי ה"ק [= הכי קאמר]: מתנאים של יהושע למדו הב"ד לתקן ג"כ האי".

דין ו"תנאי בית דין"

בשיפוי על הפסדו (משום שלא ייתכן שיחייבוהו להציל רכוש הזולת על חשבוננו; או שהוא חייב משום שהניצול אינו יכול לומר למציל: מי ביקש זאת ממך)? או אפשר שהתקנה לא באה לחייב את המציל להציל, ואף על פי שהציל מיהמתו, התקנה מחדשת שהמציל זכאי ליטול לא שכרו בלבד, כאמור במשנה, אלא אף את הפסדו, וזאת אף שלא התנה על כך עם הניצול?

בין אם נלך בדרך האחת, בפירוש הברייתא, ובין אם נלך בדרך האחרת, מכל מקום, מאחר שביססה הברייתא את ההלכות בדרך של תקנה, אין בהכרח הכדל בתפיסה המשפטית בין הלכות הברייתא לבין הלכת המשנה. היינו, במשנה באה לידי ביטוי שורת הדין – להכריע מן התקנה – אלא שהברייתא קובעת, מפי ר' ישמעאל בנו של ר' יוחנן בן ברוקה, שיש תקנה המשנה את הדין.

מה דעת המשנה על התקנה האמורה בברייתא? לכאורה, משום שהמשנה "מתעלמת" מן התקנה ומן הדין שנקבע בה, יש לומר שלפי המשנה אין לשנות את הדין מכוח התקנה, אבל אין הכרח בדבר. אפשר שלא ביטאה המשנה אלא את שורת הדין, ולצד שורת הדין יש חובה המוטלת מכוח התקנה. בין כך ובין כך, יש לרונ בשאלה האם יש לפסוק כאמור בברייתא? ואולם, לפני שנדון בפסק ההלכה יש לנו לעמוד על עניינים אחרים בברייתא הזאת.

בסיומה של הברייתא נאמר: "שעל מנת כן הנחיל יהושע לישראל את הארץ". מעיין בעשרת התנאים שהתנה יהושע, המובאים בכבא קמא, פרק שביעי³², עולה שכולם עניינם בשימוש בקרקע, ומתאים בהם הלשון "שעל מנת כן הנחיל יהושע לישראל את הארץ", אבל חובת הצלת הדבש והפשתן של חברו, או קביעת זכותו של המציל לקבל פיצוי על הפסדו, אינם שייכים כלל לקטיגורית עשרת התנאים³³, אלא שבתוספתא לכבא קמא מובא הסיום: "שעל מנת כן הנחיל יהושע לישראל את הארץ" בסמוך להלכה בדבר קוצץ את סוכו ומציל את נחילו³⁴. עניין זה משתלב יפה בין שאר תנאי יהושע, משום שתנאי זה

³² ב"ק, ראש פא ע"א.

³³ אבל מאלף הדבר שבכית הבחירה לב"ק, מהדורת שלונגר, עמ' 87, מתפרשת הלכה זאת כדנה בזכרות המעבר בדרכים: "ואעפ"י שאמרו על זה שנים שהיו עוברים זה בדבשו וזה ביינו והם במקום שאי אפשר אלא בהפסד האחד, שופך זה את יינו ונוטל דמיו מתוך דבשו של חברו" וכו'. נושא זה יש לו זיקה לזכרות בקרקע, אבל בשאר מקומות שהמאירי דן בסוגיה זו, במסכת בבא קמא, אינו מוכיר פירוש זה. לזכות המעבר בדרכים, השווה סנהדרין לב ע"ב, על פי התוספתא ב"ק ב ח: "שתי ספינות עוברות בנהר ופגעו זה בזה, אם עוברות שתיהן – שתיהן טובעות, בזה אחר זה – שתיהן עוברות; וכן שני גמלים שהיו עולים במעלות בית חורון ופגעו זה בזה, אם עלו שניהן – שניהן נופלין, בזה אחר זה – שניהן עולין, הא כיצד? טעונה ושאינה טעונה – תידחה שאינה טעונה מפני טעונה; קרובה ושאינה קרובה – תידחה קרובה מפני שאינה קרובה; היו שתיהן קרובות שתיהן רחוקות – הטל פשרה ביניהן ומעלות שכר זו לזו". וראה: רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת נפש, יג, יב; שו"ע חו"מ, סימן רעב, "הלכות פריקה וטעינה דין הולכי דרכים", סעיף יד; והשווה: ספר חסידים, מהדורת מרגליות, סימן תקנא (= סימן תתנג, כמהדורת מיקיצי נרדמים).

³⁴ ראה: תוספתא, מהדורת צוקרמנדל, ב"ק י כז; והשווה: ירושלמי ב"ק, פ"י ה"ב, שם הובאה רק ההלכה בדבר קוצץ את סוכו, כתנאי יהושע, ואין מובאות שם ההלכות בעניין שופך יינו ומפרק עציו.

עוסק בזכותו של הניצול להזיק את קרקע המציל. אפשר שהסיום שייך רק להלכה זאת, ולא להלכות ברבר הצלת הרכש והפשתן, זאת משום שכתוספתא באה ההלכה ברבר קוצץ את סוכו כהלכה האחרונה, מבין שלוש ההלכות שהוכחו שם, ואילו בכרייתא הוכחה ההלכה ברבר קוצץ את סוכו כהלכה ראשונה³⁵, ואפשר שכשהועברה הלכה זאת לראש, הושאר הסיום בסוף קבוצת ההלכות במקומו, אף שאינו שייך אלא להלכה הראשונה³⁶.

עניין נוסף, שיש לעיין בו, הוא הכיטוי החוזר ונשנה: "נוטל דמי... מתוך...". מה משמעות ההדגשה שהמציל נוטל את הפסדו מן הדבר הניצול?
לכאורה, היה אפשר להבין שזכותו של המציל לתשלום היא רק מן הנכס הניצול, ולא מכלל נכסי הניצול, ומכאן נוכעות הגבלות אחדות על זכותו של המציל לשיפוי על הוצאותיו, וכיניהן שאם ירד להציל ולא הציל אין לו זכות לשיפוי על הוצאותיו. כלומר, מרומזת בכרייתא תשובת ר' יהודה הנשיא על השאלה: "ירד להציל ולא הציל – מהו?"³⁷.

ואולם, אפשר היה אולי להלום פירוש זה בהלכה השנייה והשלישית, שאפשר להעמירן במציל שהציל ברכושו את רכוש חברו מיוזמתו, שאז קובעת הכרייתא את זכותו (המוגבלת) של המציל לשיפוי, אבל אי אפשר לפרש כן את ההלכה הראשונה העוסקת במי שהשתמש ברכושו של המציל להציל את רכוש עצמו, כי לא ייתכן שהכרייתא באה להגביל את זכותו של בעל הרכוש המציל!

לכן יש לפרש שיש למציל זכות ליטול את הוצאות ההצלה מתוך הרכוש הניצול. כך, יש למציל, כלפי הניצול, לא רק זכות אישית להשבת דמי ההצלה, אלא אף זכות קניינית כנכס הניצול עצמו, ליטול מתוכו את דמי ההצלה³⁸. כך מוענקת זכות חשובה למציל להשבה בטוחה ומהירה של ההוצאות שהוציא, ויש בזה משום תמריץ לפעולת הצלה.

שיטות הראשונים

עלינו לבחון עתה את הדרך שהלכו בה הראשונים בפירוש המקורות שראינו, וכיצד פסקו הם להלכה.

ר' יצחק בר' אבא מארי³⁹, מביא בשם הגאונים, שהבחינו בין שורת הדין לבין התקנה. וכך

³⁵ ואף לפני התוספות, ב"ק פא ע"ב, ד"ה ונוטל, היה, כנראה, סדר התוספתא שונה. ראה מה שכתב הגר"ש ליברמן, תוספתא ראשונים לתוספתא, שם, חלק ב, עמ' 102: "וקרוב. בעיני שלפני בעלי התוספות היה הסדר בתוספתא הכ"ז ואח"כ הכ"ח ואח"כ הכ"ו, ושניו סדר בהלכות רגיל מאד בכ"י וראשונים, עיין מבוא".

³⁶ וראה: נ' עמינח: "תקנות יהושע בן נון", שנתון המשפט העברי, ט-י (תשמ"ב-תשמ"ג), עמ' 323, ונראה שלא ראה את דברינו.

³⁷ ראה להלן, פרק עשירי.

³⁸ והשווה פירוש רבנו יהונתן מלוניל, ב"ק קטז ע"א, עמ' 367 במהדורת פרידמן: "... משום דלא דמי, דבאבדה בעל האבדה הוא עמו, ותכף שמצאה זוכה בה בעלה, אין חזקה ראויה לזה הנשכר בה אלא הוי הוא המוציא מחבירו... אבל הכא ברבש, שהוא מוחזק, שהרי בחביתו עומד וקנה לו כליו, נאמן הוא על שכרו".

³⁹ בעל העיטור, ד"א תתפ"ב (1122) – ד"א תתקנ"ג (1193).

מובא בספרו "מאה שערים"⁴⁰: "וחזינא דשדרי ממתכתא דמתני רקתני אין לו אלא שכרו" – דינא, ור' יוחנן דאמר 'תנאי ב'ד' תקנה הוא, כדי שלא יפסד ממון חברו". מאחד שהועמדו כאן דברי ר' ישמעאל בר' יוחנן בן ברוקה כנגד ההלכה שבמשנה: "אין לו אלא שכרו", אנו שומעים שר' ישמעאל מדבר באותו עניין שבמשנה, היינו כשהציל המציל מעצמו, שאז זכאי המציל, מכוח תקנה, לקבל לא רק את שכרו אלא גם את דמי יינו. מאחר שהדברים הללו מובאים לאחר הדיון בשאלת פסק ההלכה⁴¹, ניתן להסיק שבעל "העיטור" הבין, שכוונת הדברים היא שיש לפסוק כן להלכה, אם כי בעל "העיטור" עצמו אינו סובר כן⁴².

הרי"ף לב"ק⁴³ מביא דעה ולפיה: "הני כולהו = הלכות ר' ישמעאל בנו של ר' יוחנן ברוקה] הלכתא ניהו"⁴⁴. מה משמעות הביטוי "הלכתא ניהו"? הרי"ף הבין שמשמעות הדברים היא שיש להעניק למציל פיצוי גם על יינו שהפסיד, שהרי כשהרי"ף סותר דעה זו, הוא סותרה מכוח המשנה: "אין לו אלא שכרו". ואולם, הניגוד בין שני המקורות הללו איננו מוכרח, כפי שהראו אחדים מן הראשונים שהבחינו בזהותו של שופך היין בין המציל לניצול, ובמצבו של הדבש בין היה אפשר להציל את הדבש לבין לא היה אפשר להצילו, כפי שיבואר להלן⁴⁵. לעניין ההלכה, דעתו של הרי"ף היא שיש לפסוק שלא כאותן הלכות: "ואנן לא סבירא לן הכי", ויש לפסיקתו טעם כפול: חדא, משום שלפי משנתנו "אין לו אלא שכרו"; ועוד, משום שבפרק מדוכה⁴⁶ נאמר על הלכות אלו, שלא נימנו שם עם התנאים שהתנה יהושע, מן הטעם ש"ביחידאי לא קאמרינן"⁴⁷. אף אם אומרים אנו שאין הלכה כר' ישמעאל בנו של ר' יוחנן בן ברוקה, עדיין צריכים אנו לומר בפירושו באיזה עניין אין הלכה כמותו. מן הרי"ף משמע שר' ישמעאל מדבר בזכות המציל ליטול את יינו מתוך דובשנו של חברו, שהרי נימוקו לכך שאין הלכה כן, הוא מתוך המשנה: "אין לו אלא שכרו". אם כן, כשהרי"ף קובע שאין הלכה כן, כוונתו היא שאין המציל יכול ליטול את דמי יינו. אבל לדעת התוספות⁴⁸ הלכת ר' ישמעאל אמורה כשבעל הדבש בא לשפוך את יינו של בעל היין בעל כורחו של בעל היין, ובוה אין הלכה כמותו; שאין בעל הדבש רשאי לעשות כן בניגוד לרצונו של בעל היין.

⁴⁰ מאה שערים, על הרי"ף, ב"ק, סוף אות ט, (נו ע"א בדפוס וילנא), (= אוצר הגאונים לב"ק, התשובות, סימן ש.ת).

⁴¹ ראה בדברי בעל "העיטור", המובאים להלן, ליד ציון הערה 51.

⁴² שם.

⁴³ רי"ף, ב"ק פרק י (דף מא, טור ב, בדפוס וילנא).

⁴⁴ השווה אור זרוע, ב"ק, סימן תנא: "פר"ת זצ"ל כולן פשוטין הן ולא הוצרכנו לכותבן אלא מפני שהן הלכות; הרי סובר שהלכה כר' ישמעאל בנו של ר' יוחנן בן ברוקה".

⁴⁵ הבחנה זאת עושה רבנו גרשום מאור הגולה, כמובא להלן, ליד ציון הערה 155.

⁴⁶ ב"ק פא ע"ב.

⁴⁷ וראה: אור זרוע, ב"ק, סימן תנב, בשם ראב"ה, שדוהתה ראייה זו: "ומי רבי אבי העזרי זצ"ל כתב דאינה ראייה, דהא בסוף כל הגט קאמר שמואל כיתידאה לא מוקים, ואע"ג דאינה גופיה פסיק כדחיה בפ' שנים אוזוין דעשו את שאינו זוכה כזוכה".

יש מן הראשונים שדחו ראייה זו. ראה, למשל, דברי "העיטור" בספר מאה שערים, על הרי"ף, לב"ק אות ט, המובאים להלן, ליד ציון הערה 51, ובהמשך דברי בעל "העיטור", שם.

⁴⁸ תוספות, ב"ק פא ע"ב, ד"ה ונטל.

התוספות מעמידים תחילה זו מול זו את שתי ההלכות הנזכרות, והם סבורים שהן חולקות זו על זו. ואולם, הסבר זה אינו מספיק לדעתם, משום שעדיין נשאלת השאלה מדוע זכאי המציל ליטול דמי היין? ובלשונם: "דלמה יטול דמי יינו, הלא יכול לומר 'אני הייתי דוחק ומציל', כיון דאוקמה כשעקל בית הכר כרוך עליה, שיכול להציל ע"י הדחק?". לכן מבחינים התוספות בין הציל המציל מדעתו, לבין בא בעל הדבש לשפוך את יינו של חברו, שתנאי בית דין הוא שאין בעל היין יכול לעכב, אלא שופך את יינו של חברו בעל כרחו של חברו, ונותן לו דמי יינו מתוך דובשנו. לפי דבריהם, אף שהסבירו מדוע לדעת ר' ישמעאל בנו של ר' יוחנן בן ברוקה, זכאי המציל לדמי יינו, לא זנחו את דעתם שהלכת ר' ישמעאל בנו של ר' יוחנן בן ברוקה היא עדיין דעת יחיד, והם מסבירים שהגמרא מדמה את ההלכה בדבר נחיל של רבורים להלכה בדבר הצלת הדבש; כשם שבעניין נחיל של דבורים חכמים חולקים וסבורים שאין אדם רשאי להזיק את חברו כדי להציל את שלו, כן מסתמא הם יחלקו גם בעניין הצלת הדבש של האחד בינו של השני, משום שיש טעם אחד לשתי ההלכות.⁴⁹

בדרך זו, היינו, הבחנה בין הצלה על ידי המציל מדעת עצמו, שבזה מדברת המשנה, לבין הצלה על ידי הניצול, שבזה מדברת הברייתא, הולך גם ר' יצחק בר' אבא מארי, כעל "העיטור". אבל בעור התוספות סבורים שאין הלכה כברייתא, סבור בעל "העיטור" שהלכה כמותה, משום שאין המשנה חולקת עליה.⁵⁰ בעל "העיטור" מסתייע בעובדה שהמשנה בדבר מציל את נחילו והמשנה בדבר אין לו אלא שכרו, לא באו זו ליד זו, אלא יש ביניהן משנה אחרת העוסקת בנושא "המכיר כליר". אילו היו שתי המשניות הללו עוסקות בעניין אחד, לא היו מפסיקים ביניהם. אף את ראייתו של הר"ף מדברי הגמרא ש"ביחידאי לא קאמדינן", דוחה בעל "העיטור", ודעתו היא שאין להסיק מכך שאין הלכה כן, וזה לשונו של בעל "העיטור"⁵¹: "תנא דברייתא אית ליה דינא דמתני' ואין לו שכרו אלא כפועל בטל⁵² וכדקתני בתוספתא⁵³ אין לו דמי השב אבדה⁵⁴ כשכר משיב אבדה

⁴⁹ אבל ראה: פסקי תוספות, ב"ק, פרק מרובה, סימן קפו (סימן קפה בדפוס ויניציאה רפ"א): "רשאי לשפוך יין חברו להציל דובשנו, אך נותן לו דמי יינו, אבל שופך לו מדעתו אין לו אלא שכרו", ושם בהגהה על פסקי התוספות, העיר: "בתוס' כ"כ אליבא דר"י [=ר' ישמעאל] בנו של ריב"ב [=ר' יוחנן בן ברוקה] והש"ס קרי ליה יחידאה"; וראה גם: מרדכי לב"ק, סוף פרק מרובה, רמז עט, בשם ר"י, ומסיים: "מפסקי הר"ד חזקיהו"; ספר האגודה, ב"ק פרק ז, סימן קא, בשם ר"י, וראה: שו"ת "נשמת כל חי", לר"ח פאלאג'י, חלק ב, חר"מ, סימן לח, דף עג, טור ב. וראה: שם הגדולים, מערכת ספרים, ערך פסקי תוספות; ועיין גם: א"א אורבך, בעלי התוספות, מהדורה ד, עמ' 734 ואילך, על פסקי התוספות.

⁵⁰ הוכחתו מתבססת כנראה על כך שבדין הראשון, בעניין סוכו של חברו, נקטה הברייתא לשון: "שיהא יורד לתוך שדה חברו וקוצץ" וכו', אף שנקט את המשך הדברים: "ונותן דמי סוכה". כשם שהדין הראשון מדבר בניצול, כך הדין השני והשלישי מדברים בניצול, שהרי גם בהם נקטו אותה לשון: "שיהא שופך", ו"שיהא מפרק", אף על פי שאת שני הלשונות האחרונים אפשר היה לפרש, לולי זהותם ללשון הראשון, שאם שפך המציל, זכאי הוא ליטול דמי יינו.

⁵¹ "מאה שערים", על הר"ף לב"ק, אות ט (נו ע"א בדפוס וילנא). כ"י ואטיקן 143 (תצלום במכון לתצלומי כתבי יד, ס' 8697, להלן: כ"י).

⁵² כ"י: "ואין לו אלא שכרו כפועל בטל".

⁵³ תוספתא, מהדורת צוקרמנדל, ב"ק י כה.

⁵⁴ שם: "נותן לו שכרו דמי השב אבדה".

כדתנן: היה בטל מסלע... והני מילי דעביד איהו מנפשיה בלא דעתיה⁵⁵ דחבריה, וכיון דעקל בית הכר כרוך עליה דלמא לא מפסיד ואין לו אלא שכרו. אבל כרייתא בעלים גופייהו קא עבדי כדקתני: ונותן דמי סוכה של חברו מתוך נחיל שלו וה"ג בין ועצים כדגרסינן בסוכה [!] תנאי ב"ד הוא שיהא שופך... דאי ס"ד דמתני' פליג ודא ודא אחת היא היכי פסיק לה מתני' דמכיר⁵⁶ כליו וספריו ביני וביני, ליתני מתני' דזה כא בחביתו של יין בהדי מתני' דר' יוחנן בן ברוקה⁵⁷, אלא לאו ש"מ דלא דמו. והא דאמר במרובה ביחידאה לא קא מיירי לאו משום דלאו הלכ' נינהו, דא"כ הו"ל [= הוה ליה] למימר ההוא יחידאה הוא...".

הראב"ד, שלא כתוספות, סבור שיכול בעל הדבש לכופף את בעל היין לשפוך את יינו כדי להציל את דובשנו. אמנם דעה זו היא לכאורה דעתו של ר' ישמעאל, וכבר ראינו שבעל "העיטור" אמנם פוסק כדבריו, אלא שהראב"ד מגיע לאותה מסקנה, אף שהוא פוסק שלא כר' ישמעאל. הוא מגיע לכך מחוץ שהוא מפרש שר' ישמעאל הרחיק לכת בסברו שבעל הדבש רשאי לשפוך את יינו של חברו אף שלא בנוכחות חברו, ושבוזה אין הלכה כמותו. הראיה לכך היא מן המשנה: "אבל לא יקרן סוכו" וכו'. אם כן, למי שמפרש את הברייתא בזכותו של המציל לשיפוי, הסתירה לברייתא היא מן המשנה "אין לו אלא שכרו", ואילו לדעת הראב"ד, המפרש את הברייתא בכפיה, סתירתה של הברייתא היא, כאמור, מן המשנה "לא יקרן את שוכו".

טעמו של הראב"ד לכך שאין אדם רשאי להציל את ממונו בממונו של אחר שלא בנוכחותו של המציל, הוא משום שאדם מצווה על השבת אבדה, אבל אין ממונו מצווה על כך. וזה לשון הראב"ד, כמובא בחידושי לב"ק: "ואיכא⁵⁸ למימר מה שאדם חייב להציל חברו בממונו הני מילי בפניו, כדכתיב 'והשבותו לו' אפילו אבדת גופו, אבל שלא בפניו לא נתחייב ממונו בכך, ואפילו בפניו נמי לא שיפסיד זה ממונו אלא רמשלם ליה פסידא כדאמר' בפרק הכונס: נפלה לגנה ונהנה...; הנה⁵⁹ מן הכללות הללו, אדם יכול להציל עצמו בממון חברו בין בפניו בין שלא בפניו, והוא שישלם פסידתו. אבל להציל ממונו מרובה בממון מועט של חברו שלא מדעת חברו אסור, רתנן אבל לא יקרן את הסוכה על מנת ליתן לו דמים. והני מילי שלא בפני חברו, אבל בפני חברו אם יתנה עמו לשלם פסדתו חייב להציל ממון חברו, כיון דלא מטי ליה פסידא מחייב בהשבת אבדתו... הלכך הני תנאי רקתני כברייתא דר' ישמעאל בן ברוקה שיהא זה שופך את יינו ומציל דובשנו של חברו וכו' נהי דשלא כתנאי בעלים אינו חייב, דליתא לר' ישמעאל, דעשרה תנאים התנה יהושע ותו לא, אבל כתנאי בעלים חיובי מחייב לשפך יינו ולהציל דבש חברו...". לדעתו, לא רק שהמציל חייב להציל, אלא שהניצול יכול לכופף על המציל את ההצלה: "וקרוב אני לאמר אם בפניו הוא ויתנה לו שיתן לו פסדתו אע"פ שלא קבל עליו הלה יכול לפרק ולהציל לפי שזה רשע הוא ומחויב ברבר וזה שהוא עושה, פדין עושה"⁶⁰.

55 ככ"ו: "בלא דעתא דחבריה".

56 ככ"ו: "דהמכיר".

57 ככ"ו: "בזקא".

58 חידושי הראב"ד לב"ק, מהדורת אטלס, מילואים, עמ' שנח; והשווה: שיטה מקובצת, ב"ק ק"ז ע"ב.

59 חידושי הראב"ד שם, עמ' שנט.

60 והשווה דברי הראב"ד, המובאים בספר ההשלמה לב"ק, פרק י, סימן ז, ושם מייחסים לראב"ד, שסובר

כדרכו של הראב"ד הולך כנראה ר' מנחם המאירי. לדעתו⁶¹, אם הציל מעצמו אינו זכאי ליטול אלא שכרו, אבל אם דרש הניצול מן המציל להציל, הוא חייב להציל, ויטול את דמי יינו מבעל הדבש, וזה לשון המאירי: "ועיקר הדברים שכל שחברו תובעו בכך חייב לעשות מכח התקנה⁶², אלא שאם לא רצה לעשות אינו חייב⁶³, הא אם עשה מעצמו אין לו אלא שכרו".

מדבריו אלה אפשר היה להסיק שאמנם המציל חייב להציל, אבל אי אפשר לכופו לכך, אבל מדבריו של המאירי בבבא קמא, פרק שלישי⁶⁴, מתברר, שאפשר אף לכופו להציל, שכן הוא אומר שם: "ואעפ"י שאמרו על זה שנים שהיו עוברים זה בדבשו זה ביינו... ונוטל דמיו מתוך דבשו של חברו, טעם הדבר שהרי זה כופהו לעשות כן מכח התקנה⁶⁵, כמו שיתבאר, אבל בזה הוא עשה מרצונו ואין התקנה מתפשטת בה".

זאת ועוד, בדבריו האחרונים, בפרק שלישי, נזקק המאירי גם לשאלה מדוע כשהציל מעצמו אין לו אלא שכרו? באמרו: "אין התקנה מתפשטת בה". אולם הוא אינו מסתפק בכך, אלא ממשיך ומטעים את דבריו, מדוע לא תיקנו כן: "וטעם⁶⁶ הדבר לדעת⁶⁷ הוא

בוודאי שבעל הדבש יכול לכופו את בעל היין: "והרב ראב"ד תירץ דהא דלא קיימא לן כר' נישמעאל בנו של ר' יוחנן הני מילי שאין בעל הבית שם, ואין לו לבעל הדבש לשפוך יינו של חברו להציל את דבשו, אבל לעולם אם היה בעל היין שם יש לו להציל דבשנו של חברו ומתנה בפני בעל הדבש או בפני בית דין אם הם שם ליטול את יינו מתוך דבש חברו. וגם בעל הדבש יכול לכופו את בעל היין, אם הוא שם, שישפוך את יינו ויטול את יינו מהוך הדבש. וטעמא דמילתא שחייב להחזיר אבדת חברו, אבל ממונו אין חייב בחזרת אבדה, שהאיש מצווה על השבת אבדה ואין ממונו מצווה".

⁶¹ בית הבחירה לב"ק, פרק י, עמ' 335 במהדורת שלזינגר.

⁶² בהבדל משיטת הראב"ד, שלא הזכיר את התקנה, לדעת המאירי חיובו הוא משום התקנה, אבל ראה דברי המאירי בהמשך דבריו: "וגדולי המפרשים (= הראב"ד) פרשו שכל שאין בעל הממון לשם אסור, הא אם הוא לשם תובעו מכח תנאי בית דין ומותר". וראה להלן, הערה 63.

⁶³ כלומר, אם לא הציל, לא יתחייב לפצות את חברו על הפסדו. השווה בית הבחירה לב"מ, עמ' 140 במהדורת שלזינגר, משם יוצא שזו שיטתו בשומר שהיה עליו למכור את פירות הפיקדון שהלכו לאיבוד, ולא מכרם, שאינו חייב בפיצוי על כך. דברי המהדיר לב"ק, עמ' 335, הערה 101, אינם מכוונים. אמנם ישנן דעות ולפיהן אם נמנע השומר מלמכור את הנכס בנסיבות שבהן נאמר שיש למכור, הריהו פושע בשמירה. ראה נ' רקובר: "מקורות המשפט העברי לחוק השומרים, התשב"ז-1967", הפרקליט כד (תשכ"ח), עמ' 217, הערה 55.

⁶⁴ בית הבחירה לב"ק, פרק ג, עמ' 87-88.

⁶⁵ ראה הערה 60, והשווה דבריו לבבא קמא, פרק שביעי, עמ' 236, בשם "יש מכריעין": "ויש מכריעין בה שהוא חייב ובלבד שיחבטנו חברו על כך מכח התקנה...". ובהמשך דבריו שם אומר המאירי: "ויש מפרשים שאם לא היה שם בעל הדבש ועשה זה מעצמו, נוטל דמי יינו מתוך הדבש, הא אם היה בעל הדבר לשם ועשה זה כן מעצמו הפסיד ואין לו אלא שכרו". בשיטה מקובצת, לב"ק פא ע"ב, הובאו דברים הפוכים בשם המאירי, וכבר תמה על כך ר"ח פאלאג'י. ראה: שר"ת נשמח כל תי, חו"מ סימן לת, דף עג, טור ד.

⁶⁶ בית הבחירה, שם, עמ' 88.

⁶⁷ הטעמת הדברים היא של המאירי, ולכן אין מקום להערת המהדיר בהערה 32 שם, שכתב: "למטה צד 236 ד"ה היה זה בא, מביא רבנו תירוצו זה בשם ויש מכריעין, ובצד 334 ד"ה מה, בשם עצמו כמו כאן", שהרי לא הביא שם את הטעם האמור כאן.

שהתקנה היתה שכל זמן שיתבענו בעל הדבש בכך יהא רשאי לכופו על מנת שיטול זה דמי יינו מתוך דבשו של זה, שכל שהוא תובעו בכך אינו תובעו אלא אם כן הוא רואה בה תועלת גדולה לעצמו, אבל כל שהוא עושה כן מעצמו היאך הוא נפרע מכל דמי יינו, ושמא אף הוא ממהר כך אעפ"י שאין בה תועלת גדולה לזה, כגון שאין הדמים מרובים כל כך מזה לזה כדי שמכל מקום יציל את יינו⁶⁸, אלא ודאי אין התקנה אלא בזמן שהלה תובע בכך⁶⁹.

ראינו לעיל, ש"שדרו ממתיבתא", שיש להבחין בין הרין לבין התקנה. אף הרא"ש⁷⁰ מבחין כן, אבל כמובן שונה. הרא"ש אינו מדבד בזכותו של המציל לשיפוי, ואינו אומר שעל פי התקנה יהא הלה זכאי לקבל את דמי יינו, אלא הוא מבחין בין הדין לתקנה בדבר זכותו של הניצול לכוף את ההצלה על המציל. בהבחנה זאת אין הוא בא לתרץ את הסתירה מהמשנה: "אין לו אלא שכרו" (סתירה זו הוא מתרץ באופן אחר), אלא הוא מנסה לתרץ את הסתירה מן המשנה: "אבל לא יקוץ את סוכו". לפי התקנה ייתכן שאפשר לכוף את בעל היין לשפוף את יינו של חברו כדי להציל את דובשנו של הלה.

לאחר שהרא"ש דוחה את ראיותיו של הר"ף, הסובר שאין הלכה כר' ישמעאל, הוא מראה שמן המשנה האומרת: "אבל לא יקוץ את סוכו" משמע, שאין הלכה כן, שהרי חכמים חולקים על ר' ישמעאל. אלא שעל ראייה זו הוא אומר שאפשר לדחותה, אם נאמר שיש מחלוקת תנאים בשאלת דעתו של ר' ישמעאל, אם הוא מחייב מכוח הרין או מכוח התקנה; ואף שהחיוב מצד הדין נדחה, הרי שאין דחייה לחיוב מצד התקנה: "אבל ממתניתין דהכא משמע רלית הלכתא כרבי ישמעאל דרבנן פליגי עליה. אם לא שנאמר תרי תנאי אליבא דרבי ישמעאל: תנא דמתניתין אליבא דרבי ישמעאל סבר דדינא הוי משום דזה נהנה וזה אינו חסר משום דנותן רמי סוכו להציל נחילו שדמיו מרובים, וכופין אותו על מדת סדום, ולא בעי תנאי, ותנא דברייתא אליבא דרבי ישמעאל, היינו רבנן דמתניתין, וסבדי: לא דינא הוא אלא תנאי ב"ד".

אף שהרא"ש מציע רק דרך, לתירוצו הסתירה לדעת ר' ישמעאל, ואין מכאן הוכחה שהוא סובר כר' ישמעאל, הוא מביא בפרק מדובה⁷¹ את הלכת ר' ישמעאל כלי הסתייגות, ולכן הטור⁷² כותב: "וכתב דב אלפס שאין הלכה לא כרבי יהודה ולא כרבי ישמעאל, וכ"כ הרמ"ה, וא"א הרא"ש ז"ל פסק כדבריהם". ואף שלשון הטור יכולה להתפרש כאילו פסק כדבריהם של הדיי"ף והרא"ש, הרא"ש פסק שלא כדעת הר"ף והרמ"ה⁷³, ובבית יוסף⁷⁴

⁶⁸ והשווה דבריו על המשנה, שם עמ' 338: "ודוקא בשעשה כן מעצמו, שהרי הוא אומר לו לפני משורת הדין עשית ואין לך אצלי כלום".

⁶⁹ וראה שם בעמ' 335, שדן בשאלה כיצד מתיישבים הדברים עם הגמרא בבא מציעא, פרק אלו מציאוח, שמשמע משם שכאשר יש הפסד מועט חייב להשיב, ובחודאי זכאי ליטול את מה שהפסיד. וראה מה שתירץ שם, והשווה דברי הראב"ד לב"ק, עמ' שנט-שס, וכן מה שתירץ בספר ההשלמה לב"ק, פרק י, מז ע"א, במהירות לובצעקי.

⁷⁰ פסקי הרא"ש לב"ק, פרק י, סימן טז.

⁷¹ פסקי הרא"ש לב"ק, פרק ז, סימן יח.

⁷² טור חר"מ, סימן רעד, סעיף יב.

⁷³ וכן ראה: קיצור פסקי הרא"ש לב"ק, פרק ז, סימן יח; שם, פרק י, סימן טז.

⁷⁴ בית יוסף, לטור חר"מ, שם.

כתב: "והרא"ש דחה ראיותיו וכתב דאפשר דהלכתא גינהו", אבל ה"בית יוסף" אינו מזכיר, שבפרק מרובה פסק כרעת ר' ישמעאל⁷⁵.

ההלכה כשולחן ערוך נוכחנו לרעת לעיל, שרבו הפירושים ברבר היחס בין הלכת המשנה להלכת הברייתא. ראינו שנחלקו המפרשים גם בשאלה כמה מדבר כל אחר מן המקורות הללו, ואף כיצד יש לפסוק להלכה. ננסה לסכם בזה את עיקרי הדברים.

הגאונים, רבנו חננאל ובעל "העיטור" פסקו כברייתא ר' ישמעאל, ואילו הרי"ף, התוספות והראב"ד פסקו שאין הלכה כאותה ברייתא. אבל, כאמור, אין בתשובה זו כרי ללמדנו כיצד פסקו להלכה, משום שאין אחרות דעים ביניהם בשאלת סכרתו של ר' ישמעאל. רומה שהשיטה הקיצונית היא שיטת הגאונים, ולפיה יש למציל דמי יינו מכוח תקנה, שלא כפי דין המשנה, ואולי זו גם רעת רבנו חננאל. אחרים אינם הולכים בשיטה זו, אלא סוברים שאם הציל מרעתו אין לו אלא שכרו. בשיטה זו הולכים לא רק אלה הרוחים את הלכת ר' ישמעאל מן ההלכה, אלא אף בעל "העיטור", שאינו רוחה שיטה זאת, אלא מפרש אותה ווקא כשהציל הנצול.

גם בשאלה האם אפשר לכפות את המציל להציל, וכתוצאה מכך אם ניזוק חייבים להשיב את הפסדו, מוצאים אנו רעות לכאן ולכאן: לרעת התוספות אינו רשאי לכופו, לא מכוח הדין ולא מכוח התקנה; לרעת הרא"ש אפשר לכופו מכוח התקנה; ולרעת הראב"ד אין להציל בממון חברו שלא בפניו של המציל, אבל בפני המציל אפשר לכפות עליו את ההצלה.

כיצד משתקפות הדעות השונות בפסק ההלכה שבשולחן ערוך? בשולחן ערוך לא באה כלל לירי ביטוי הרעה שראינו בשם הגאונים, שיש למציל הזכות ליטול את רמי יינו, אף שלא התנה עם הבעלים, וזה לשון המחבר⁷⁶: "הניח אבירתו והחזיר אבירת חבירו, אין לו אלא שכר הראוי לו. כיצד? שטף נהר חמורו וחמורו חבירו, שלו שוה מנה ושל חבירו ק"ק [= מאתיים]. הניח שלו והציל של חבירו, אין לו אלא שכר הראוי לו, ואם אמר לו 'אציל את שלך ואתה נותן לי רמי שלי', או שהתנה כן בפני בית דין, חייב ליתן לו רמי שלו...". בזאת קבע המחבר את דין המשנה להלכה, אבל רבדים אלה אינם מרויקים. ראוי להוסיף כאן, שסריגה הלכה זאת בסייגים חשובים, כך שלמעשה תחולתה של הלכה זאת צרה היא עד למאד, וברוב המקרים יהיה המציל זכאי לקבל את דמי יינו שהפסיד, ועל כך נדבר להלן.

⁷⁵ ובכאר הגולה, לשו"ע חר"מ, סימן רעד, אות ב, על המקור המצוין בדברי הרמ"א: "טור (ס"ב) [ס"ב] כשם אביו הרא"ש", הפנה לפסקי הרא"ש בפרק הגזול, שדחה את ראיות הרי"ף, אבל לא הביא את עיקר פסקו של הרא"ש בפרק מרובה הנ"ל (ואחריו הלכו כנראה באנציקלופדיה תלמודית, ערך "השבת אבדה", ברוך יא, עמ' פט, הערה 515); וראה: יש"ש לב"ק, פרק י, סימן כט, ושם דחה רש"ל את ראיות הרא"ש, ואף סובר, שחזר הרא"ש בו בפרק הגזול ממה שכתב בפרק מרובה; וראה: שלטי הגבורים לרי"ף ב"ק, דף כט ע"ב; וראה: שו"ח נשמח כל חי, ל"ח פאלאגיי. חלק ב, חר"מ, סימן לח, הדוחה את פרכתיו של רש"ל; וראה שם, שמראה שהלשון "אפשר" מהווה יסוד לפסק הלכה; וראה: שו"ת בנימין זאב, סימן שפד, שפסק כרעת הרי"ף.

⁷⁶ שו"ע חר"מ, סימן רסד, סעיף ג.

אשר לחובתו של המציל להציל, כשהניצול מסכים לשלם לו את הפסדו, המחבר בשולחן ערוך לא הביא עניין זה להלכה כלל, אבל הרמ"א בהגהתו הביא את שתי הרעות. בהלכת המחבר⁷⁷ נאמר: "וכן שנים שהיו כאים בדרך זה בחכית של יין וזה בכד של דבש" וכו', והגיה הרמ"א⁷⁸: "ובעל היין חייב לשפוך יינו כרי להציל רבש חבירו הואיל והבעלים אומרים לשלם לו (טור, סימן רעד, סעיף (ב) [יב], כשם הרא"ש), ויש חולקין (שם, בשם הרי"ף והרמ"ה)".

אף בעניין הצלת הנחיל על ירי הניצול, בקציצת סוכו של המציל, מביא הרמ"א שתי רעות, ואף רן בשאלה מרוע השמיט המחבר את ההלכות ברבר תנאי יהושע מחיבורו: "עשדה⁷⁹ תנאים התנה יהושע בארץ וכולן נוהגות אף בחוץ לארץ, וכתבן הרמב"ם פ"ה דהלכות נזקי ממון והטור סימן רע"ד ולא ירעתי למה השמיטן המחבר הוזה; ואולי משום שאינן שכיחין שרובן אינן רק במקום שיש לישראל שדות וכרמים, וזה אינו שכיח בזמן הזה. והרוצה לעמוד על דיניהן יעיין בפנים. מי שהיה לו נחיל של רבורים ויצאו וישבו על אילן של חבירו, יש אומרים דיכול לקרן ענף כדי להציל נחילו ונותן דמי ענף לבעל האילן (טור, סעיף (ב) [יב], בשם אביו הרא"ש), ויש חולקין (שם, בשם הרי"ף⁸⁰ והרמ"ה⁸¹)".

אמנם בעניין השבת אברה, פסק הרמ"א, שאם הבעלים רוצים לשלם למשיב את הפסדו, שיפסיד בגלל ביטול מלאכתו, חייב הלה להשיב את האברה. בהלכת המחבר⁸² נאמר: "ואם התנה עם הבעלים או בפני ב"ד שיטול מה שיפסיד והרשוהו, הרי זה נוטל", והגיה הרמ"א⁸³: "וצריך להשיב מאחר שרוצין לשלם דמי הפסדו", ולא הזכיר הרמ"א שיש חולקים בדבר, מכאן יוצא שהרמ"א מבחין בין פיצוי על הפסד שכרו לבין פיצוי על הפסד רכושו.

ואכן נראה גם לה"סמ"ע" להבחין להלכה בין שני האופנים⁸⁴: "טעם פלוגתתן כתבתי בסיומן רע"ד ושם [= בפרישה] כתבתי דנראה דאפילו לדעת החולקין בזה, מכל מקום בפועל העוסק במלאכתו ויש לפניו השבת אבדה ואומר לו בעל האבדה 'אשלם לך כל שכר פעולתך, השב אבדתך', דצריך להשיבו, ולוקח ממנו שכר בטילתו, ושאני הכא דיכול להתנצל ולומר ניחא לי בייך שלי"⁸⁵.

⁷⁷ שר"ע, שם, סעיף ה.

⁷⁸ הגהת הרמ"א, שם. בדפוס למכר, תרנ"ת, הובאה הדעה המחייבת, כאילו היא של המחבר (ולא של הרמ"א).

⁷⁹ הגהת הרמ"א לשר"ע חר"מ, סימן רעד, סעיף א.

⁸⁰ וכן פסק הרמב"ם, הלכות גזלה ואברה, ו יד.

⁸¹ וראה: ש"ך לשר"ע, שם, ס"ק א, שמציין בעניין הדעה האוסרת לקרן ענף חבירו, שכן פסק רש"ל (יש"ש, כ"ק, פרק י, סימן כט).

⁸² שר"ע חר"מ, סימן רסה, סעיף א.

⁸³ הגהת הרמ"א לשר"ע, שם.

⁸⁴ סמ"ע לשר"ע חר"מ, סימן רסד, ס"ק יח.

⁸⁵ וראה גם: פרישה לטור, סימן רעד, סעיף יב, ולטור סימן רסה, סעיף א. וראה גם: שר"ע חר"מ, סימן שח, סעיף ז; ברמ"א וכסמ"ע שם, ס"ק יד, שלדעת ה"סמ"ע" לכולי עלמא אפשר לאדם להציל את ממונו בממון חבירו אם לא התנגד חבירו להצלה בפועל, אבל ראה: מחנה אפרים, הלכות גזלה, סימן יז, שחולק על המקור שהסתמך עליו ה"סמ"ע".

עידוד פעולת הצלה כיסוד לפיצוי המציל

למעלה ראינו, שנדחתה הדעה שיש "תנאי בית דין" ולפיו על הניצול לשלם למציל את הפסדו של זה – להבדיל מתשלום שכרו, אלא שאין להסיק מכך שתשלום שכרו הוא לפי שורת הדין. הראשונים נתלבטו הרבה בשאלת חובת השבת הוצאותיו של המציל, וכיצד מתיישבת חובה זו עם הכלל הקובע: "מברוח ארי מנכסי חברו" אינו זכאי לתשלום על כך⁸⁶. אחרים מן הראשונים הסבירו את חובת התשלום למציל כתקנה שמטרתה עידוד המציל, שאם לא נפצה אותו, לא יצילו בני אדם את רכוש זולתם. על פי עיקרון זה קבעו, שיש שכר למציל גם בעניינים שאין הדבר מפורש בחלמוד.

כך פסק רבנו גרשום מאור הגולה⁸⁷ בעניין מי שקנה רכושו של הזולת מיד הנכרי, שכשהוא משיב את הרכוש לבעלים, יהא זכאי לקבל מן הבעלים את הוצאותיו, ששילם לנכרי כדי להוציא מידו את הרכוש.

התוספות, במסכת כתובות⁸⁸, דנים בשאלת זכותו של המציל לתשלום הוצאותיו. לאחר שהם מסבירים את יסוד התקנה לעידוד המציל, הם מביאים גם את תשובת רבנו גרשום, הנוקט באותו רעיון, וזה לשונם: "ואם תאמר, הא אמרינן בהשוכר את הפועלים (ב"מ צג ע"ב): 'שומר חנם שהיה לו לקדם ברועים ובמקלות...' משמע דשומר חנם נמי אם קדם ברועים ובמקלות בשכר חוזר ונוטל מבעל הבית, ואמאי? אברוחי אריא בעלמא הוא. וכן הא דתנן בפרק אלו מציאות (שם לא ע"ב): 'היה בטל מסלע לא יאמר לו תן לי סלע אלא נותן לו שכרו כפועל בטל...' ואמאי? אברוחי אריא בעלמא הוא...; ואומר רבי כי מן הדין היה ודאי פטור, כדמשמע הכא, אלא תקנת חכמים התם שישלמו לו כדי שישביב אבידתו של חבירו, וכן בקדם ברועים ובמקלות בשכר רחוזר ונוטל שכר מבעל הבית כדי שיעסוק להבריא את הארי... אבל פורע חובו, ועמד אחד ופרנס את אשתו, למה לנו לעשות תקנה על זה? ומהאי טעמא נמי הא ראמר בהנוקין (ב"ק נח ע"ב): 'הבא מחמת חוב ומחמת אנפרות...' נראה לרבי דלא כחנם מחזיר, אלא משלם לו מה שמוציא להוציאה מיד הנכרי. ורבי גרשום פירש בתשובותיו כמו כן, דאע"ג דלא הויא אלא כמברוח ארי בעלמא יש לו לשלם, מידי דהוה אקדם ברועים ובמקלות בשכר לגבי משיב אבירה, דאל"כ [= דאם לא כן] אין לך אדם מציל של חבירו מיד הנכרים, ולא כפירוש הקונטרס שפירש בגיטין שמחזיר לו בחנם"⁸⁹.

⁸⁶ וראה בחוספות לב"מ לא ע"ב, ד"ה אם יש, המכחינים בין נזק ודאי לנזק שאינו ודאי. דבריהם יובאו להלן, ליד ציון הערה 186; וראה להלן, בדברי הרמב"ן, ליד ציון הערות 132, 136; וראה עוד ריונים בדבר ההכחנה בין השכת הוצאות הצלה לבין פורע חובו של חברו, בספר הראב"ה, סימן חתקנט, ב"י אוקספורד 637; שו"ת ר"י בן לב, חלק א, כלל יח, סימן קה (קד); שם, חלק ב, סימן כז; שם, חלק ג, סימן יא; שו"ת מהרשד"ם, תו"מ, סימן צט; שו"ת דברי ריבון, סימן רצב; שו"ת פרח מטה אהרן, חלק ב, סימן ח; שו"ת בני אהרן (לפפא), סימן טז, דף יז, טור ד, וסימנים מג-מה; שו"ת יד אליהו, סימן עד, דף עב, טור ג.

⁸⁷ ד"א תשכ"ה (965) – ד"א תשפ"ח (1028). מגדולי חכמי צרפת ואשכנז.

⁸⁸ תוספות לכתובות קז, ע"ב, ד"ה חנן. וכן השווה תוספות לב"מ לא ע"ב, ד"ה אם יש.

⁸⁹ השווה תוספות לב"ק נח ע"א, ר"ה אי"ג מברוח ארי, שם הם מנסים להסביר את השכת הוצאות הצלה

עידוד פעולת הצלה כיסוד לפיצוי המציל

במרוצת הדורות נעשה שימוש ברעיון השבת הוצאות המציל מכוח התקנה, בעניינים שונים שעלו על הפרק, כגון: הוצאת כספים לפדיון שבויים, להקלה על המס, וכדומה. יש חכמים המזכירים את התקנה, שמדברים בה התוספות, בפירוש, ויש שאינם תולים את דבריהם בתוספות ומדגישים נימוקים אחרים, כגון: "שאם לא כן נמצא מידת הדין לוקה", ויש שמתבטאים שמ"סברא" יש לשלם למציל את הוצאותיו, שאם לא כן מי יוציא הוצאות להצלת ממון חברו?

את הנימוק "שאם לא כן נמצא מידת הדין לוקה", בקשר לזכותו של המציל לשיפוי, אנו מוצאים אצל הרמ"א⁹⁰: "וכן שומר שכר שהציל ברועים ובמקלות דנוטל ההוצאה מבעלים, כמו שפסק הרא"ש במציעא⁹¹, אע"ג דהציל את שלו, דאל"כ נלקה מידת הדין, שהוא יתן ההוצאה ויציל את של חברו". אם כן, הנימוק "דאל"כ נלקה מידת הדין" מסיר את השיקול הנגדי, שאפשר לטעון נגד המציל – שהציל את שלו.

בסוגיית השבת אבדה אומר הרא"ש⁹²: "...ואם הבעלים שם ולא התנה עמהן והניח מלאכתו מעצמו והשיב אבדה, לא יטול אלא כפועל בטל לגמרי ... דחכמים תקנו ליטול שכר על השבת אבדה כדי שיניח אדם מלאכתו וישיב אבדה"⁹³...

בדבר השבת הוצאות שהוצאו לפדיון שבוי, דן ר' יוסף בן לב⁹⁴, ומחיל על נידונו את דברי התוספות בדבר התקנה⁹⁵: "וגם למאי דפירשו התוספות בפרק שני דיני גזרות, דמן הדין הוא פטור, אלא תקנת חכמים הוא שישלמו לו כדי שישב אבדתו של חברו, וכן קדם ברועים ובמקלות בשכר... בנדון דידן נמי שייך תקנת חכמים, דאם לא כן ממנעי ולא פרקי"⁹⁶.

כפני הרשד"ם, ר' שמואל די מדינא⁹⁷, באה שאלה בעניין "הסכמה" שהסכימו הסוחרים בקהילת ליואנטיניש, שאדם בשם ר' חיים ן' סרוק ישתדל אצל השלטונות להפחית את המכס, ואם יצליח, יקבל מחצית ממה שעלה בידו להפחית, במשך עשר שנים⁹⁸. לאחר

כתקנה, אלא שהם רוחים זאת, משום שמן הגמרא אנו שומעים, שאם נחבטה הבהמה בגינת חברו, אף שהוא מציל את חברו מהפסד הוא פטור אם עשה זאת מדעתו. אבל ראה שם בסוף התוספות: "דכיון דבעל חמור עומד שם מה לנו לעשות לו תקנה שלא מדעתו", ולכאורה, לשון זו מתאימה לשיטה המכירה בחיוב מטעם תקנה. ואולי כוונתם לתקנה בדבר תשלום מעבר לשכר כפועל בטל, כמבואר בדברי הרא"ש, המוכיח להלן, ליד ציון הערה 194, המבסס תשלום כזה על תקנה.

⁹⁰ שו"ת הרמ"א, סימן פו, דף עה, טור א, ברפוס ניוירודק תשי"ד.

⁹¹ פסקי הרא"ש לב"מ, פרק ז, סימן טו.

⁹² פסקי הרא"ש לב"מ, פרק ב, סימן כח, יובאו להלן, ליד ציון הערה 194.

⁹³ וכן ראה: תפארת ישראל, לנדריים פרק ד, משנה ב, על דברי המשנה: "מקום שנוטלין עליה [על השבת אבדה] שכר", שהוא שואל: "וא"ת איך יהיה תקנה לתת שכר למשיב אבדה לעבור על דברי תורה, והרי מתחייב להשיב בחנם, יש לומר דכמו בפרוכול... הכי נמי כשראו בית דין שרוב בני אדם היו מתעצלים מלהטריח מאד בהשבת אבדה... וודאי יש כת ביר תכמים לתקן שיתנו להמשיב שכר טרחתו בהשבה" וכו'.

⁹⁴ מגדולי חכמי התורה בטורקיה; ר"ס (1500) – ש"ס (1580) בערך.

⁹⁵ שו"ת מהריב"ל, חלק ג, סימן יא, סימן ז ברפוס ראשון.

⁹⁶ וראה: שו"ת פרח מטה אהרן, חלק ב, סימן ת, המביא את דברי מהריב"ל.

⁹⁷ מגדולי חכמי ישראל בטורקיה במאה ה"ז; ר"ס (1506) בערך – ש"ן (1589).

⁹⁸ שו"ת מהרשד"ם, חר"מ סימן צט. וכן השווה תשובתו, שם, סימן שעא.

מכן ערערו כמה מן הסוחרים על תוקפן של ההסכם. הרשר"ם בוחן את השאלה ומביא ראיות אחדות לחייב את הסוחרים לשלם כפי שהותנה מראש, והוא מוסיף ומאשש את החיוב אף מצד הסברא: "ואין ספק לע"ד [=לענין דעתין] דדל מהכא הראיות שהבאתי, אלא מכח הסברא יש לי לחייב לסוחרים שיפרעו מה שנדרו, שאם לא כן מי הוא שירצה להטפל להציל ממון, אחר שיש כח לבטל נדרו ושכרו שחייב עצמו ליחין"⁹⁹.

אף יש להזכיר כאן את נימוקו של ר' אליהו מלובלין¹⁰⁰ לחובה להשיב למציל חברו את הוצאותיו¹⁰¹: "וא"כ איך נאמר שלא יחזיר לו הוצאותיו, ומי ירצה להציל את חברו ולהוציא עליו משלו? ומטעם זה י"ל ג"כ דמחוייב לשלם לו שכר טרחו אפילו כשלא הוציא עליו כלום, כדי שיהא כל אחד בטוח לעשות טובה לחברו כשיבא לידו להטיב עמו (אם אין בו חיוב השבת אבידה בחנם). ומוזה הטעם י"ל אפי' היכי שידענו שכל השתדלותו היה לצורך עצמו"¹⁰². ומן הטעם שמדובר כאן בתקנה, סבור ר' אליהו שאין לטעון "קים לי", כפוסק מסוים: "דהא משום תקנת חכמים נגעו בו כמש"ל, וא"כ י"ל דלפי זה מאי אהני תקנתן דרבנן ומאי כח ב"ד יפה? וכבר כתבתי משום דהפקר ב"ד הפקר שייך כזה אף אם אינו מגיע ע"פ הדין".

חידוש מעניין מחדש ר' יהושע ולק כ"ץ, בעל ה"סמ"ע". הוא מטעים את דעת הסוברים שהפרע חובו של חברו חייב, ואומר שיסוד החיוב הוא תקנת חכמים שלא לנעול דלת בפני גומלי חסדים. הוא בא להסביר את ההלכה בשולחן ערוך¹⁰³: "מי שנתפס על חברו ולקח עכ"ם ממונו בגלל חברו – אין חברו חייב לשלם", ואלה רבירי¹⁰⁴: "נראה דאפילו להחולקים הנ"ל, רסבירא להו דבכל חוב, זולת מזונות אשתו, חייב לחזור ולפרוע לו, מודים בזה, דדוקא שם, דמיירי רפרע לו מדעתו וגומל עמו חסד, חייבוהו חז"ל לחזור ולפרוע כדי שיונעל דלת בפני גומלי חסדים, משא"כ זה שלא פרעו מדעתו, אלא הוצרך לפרעו בע"כ מחמת שנתפס עליו"¹⁰⁵...

⁹⁹ לחשובת ר"י אדרבי, ראה: דברי רבנות, סימן רצב, ואלה דבריו: "ואם לא היה היורש משלם לשמעון מה שהוציא, נמצא משלם רעה תחת טובה".

¹⁰⁰ נולד בפולין בשנת ת' (1640) בערך. כיהן כרב בביאלי, בריסק ובאייכשיץ (מוראביה), נפטר בחברון בשנת ת"ף (1720).

¹⁰¹ שו"ת יד אליהו, סימן עד, דף עב, טור ג.

¹⁰² מאלפים הם דבריו של מהרש"ך בעניין הסכם שנעשה בין מועצת העיר לבין רופא, שירפא חניס את כל מי שוקוק לרפואה, ותמורת זאת יקבל שחרור מתשלום המסים העירוניים. לאחר זמן, ביקשה הקהילה לחזור בה מן ההסכם. לאחר כידור הנושא, מוכיח מהרש"ך שאין לבטל את השחרור ממסים, שניתן לרופא, והוא ממשיך: "ומלבד מה שיש לתפוס על הרוצים לחייבו ולהתחרט ממה שהבטיחו על פי התורה מדינא דתלמודא וסברת הפוסקים, עוד יש לתפוס עליהם ממידת אנושית, ממש בשאלה שהערה למות נפשו להשתדל ברפואת המוכים במגפה, וכמו שקרה לו כשהלך לכפר לבקר למאוסר המנוח נבון ונעלה הר' יונה ׳ ריי נ"ע, שחלה אז מהתולי הנז' והגיע עד דכדוכה של נפש... והוכרחו לפזר מה שפזרו... ונוסף על זה דברים לא נפלאו ממני בהשתדלותו כתועלת הק"ק יע"א [=יכנה עיר אמון] תלאה ידי לכתבם. ולכן באתי באותותי... ואומר למנהיגי הק"ק יע"א כי לא יאוח להם לשנות את דבורם ממה שהתנו... (שו"ת מהרש"ך, חלק ד, סימן סב).

¹⁰³ שו"ע חר"מ, סימן קכח, סעיף ב.

¹⁰⁴ סמ"ע לשו"ע, שם, ס"ק ו.

¹⁰⁵ סברה הפוכה, לפיה יש לחייב כמשלם בעל כורחו יותר מאשר כמשלם מרצונו, מצינו בתשובתו של ר'

האם הצלה היא התנדבות שאין לשלם בעדה?

ראינו בפרק הקודם¹⁰⁶, שהתוספות¹⁰⁷ מניחים שיש חובה לפצות את המציל גם כאשר פעל המציל אף שלא היה חייב לפעול, והם בוחנים את היסוד לחיוב זה. עתה נראה אם אמנם דעה זאת מוסכמת, ואם אין מקום לטעון שמאחר שפעל המציל מרצונו, תוך התנדבות, ויתר הוא בכך על פיצוי בעד פעולתו.

תחילה נחזור לדברי התוספות והשתלשלות דבריהם אצל הפוסקים, ולאחר מכן נדון בשאלת הויתור הנובע מן ההתנדבות.

התוספות, במסכת כתובות¹⁰⁷, דנים בשומר חינום שהוציא הוצאות להצלת עדר שהופקד אצלו, שהוא זכאי להשבת הוצאות ההצלה, אף שלא היה חייב להוציאן¹⁰⁸, ואילו דעת התוספות לבבא קמא¹⁰⁹ היא שלא רק שומר שנתחייב לשמור, אלא אפילו אדם אחר שאינו שומר, יהיה זכאי לקבלת הוצאות שהוציא: "ומסתברא דהוא הדין איניש דעלמא, שאינו שומר, וגם שכר עצמו נוטל, ואין סברא לחלק בין רועה עצמו שמוטל עליו להתעסק ולשמור, לאיניש דעלמא..."¹¹⁰.

דעה זו של התוספות הובאה גם בפסקי הרא"ש¹¹¹, ואף הובאה להלכה בש"ך לשולחן

דוד בן נחמיהש (הרכי"ץ תורה בשאלוניקי במאה ה"ט), המובאת בשו"ת "תורת אמת", לגיסו ר' אהרן ששון, סימן עה: "... ואין לומר שיש חילוק בין פורע חובו של חברו מרצונו לפורע בעל כרחו, דכפורע מרצונו הוא דס"ל לר"ת דחייב לשלם, אבל כשנתפש בשביל חברו בע"כ הוא פטור, ראדרכה איפכא מסתברא: שהפורע מרצונו לא יפרע חברו, שאפשר שפרע לשם מחילה וע"מ שלא יתבענו (ראה דברי תוספות רי"ד, להלן בהערה 135), והפורע בע"כ, דליכא למימר הכי יהיה חברו מחוייב לשלם לו מה שפרע בעדו". נקודת המוצא שלו שונה אפוא לחלוטין מזו של הסמ"ע: לדעת הסמ"ע לפי שורת הדין הוא פטור, אלא שחייבהו חכמים; ואילו לדעתו שורת הדין מחייבת אותו, אלא אם כן יש סיבה להניח שהתכוון הפורע לתת מתנה. וראה: שו"ת פרת מטה אהרן, חלק ב, סימן ח, דף יז, טור א, הדין באדם שנחטף כבן ערוכה לתשלום דמי כופר, ושם הוא מעדיף את טעם הסמ"ע: "מ"מ טעמו של הר"ב מ"ע [= מאירת עיניים] יראה נכון וגימקו עמו".

וראה במשנת דרבי אליעזר, על שו"ע חו"מ (לר"א לאזי), שהוא תמה על דברי הסמ"ע הנ"ל, משני טעמים: הטעם האחד הוא, לפי דבריו: "כמדומה לי שזהו נגד התוספות בפ' הכתס ובפרק שני דיני גזרות דכתבו להדיא כהיפך, דבב"מ פ"ב ופ"ז עבדי תקנתא זו דנע"ד [= דנעילת דלת], אבל כפורע חוב וכמפרנס למה לנו לעשות תקנה על זה עכ"ל, ור"ל דקאי אדיני' דמקרי 'מברית ארי' ופטור". אבל נראה שאף שהתוספות כתבו סברה זו, אין זו השגה על הסמ"ע, שמאחר שהתוספות לא כתבו דכריהם לדעת ר"ח ור"ת, מפרש הסמ"ע שר"ח ור"ת חולקים על סברה זו. הטעם השני לתמיהתו של רבי אליעזר לאזי על דברי הסמ"ע הוא, שהמעייין בדברי ר"ח ור"ת, יראה שטעמם הוא שפורע חוב הוא היזק ודאי ("כרי היזקא"), שדינו שנוטל מה שהוציא.

¹⁰⁶ ראה לעיל, ליד ציון הערה 88.

¹⁰⁷ התוספות לכתובות קח ע"א, ד"ה חנן.

¹⁰⁸ והשווה סעיף 8(ב) לחוק השומרים, התשכ"ו-1967. וראה לעיל במבוא, ליד ציון הערה 5.

¹⁰⁹ התוספות לכ"ק נח ע"א, ד"ה אי נמי.

¹¹⁰ אבל ראה שיטת הריטב"א, המכתיב בין שומר לסתם אדם, להלן, ליד ציון הערה 142.

¹¹¹ פסקי הרא"ש לכ"ק, פרק ו, סימן ו; והשווה שו"ת הרא"ש, כלל צד, סימן ו.

הצלה רכוש – שיפוי על הוצאות המציל

ערוך¹¹²: "ומיהו אף שומר חנם אם קדם להציל בשכר – צדיך להחזיר לו מה שהוציא... וכתוספות והרא"ש שם איתא דהוא הדין באיניש דעלמא שאינו שומר והציל – חוזר וגובה מבעל הבית. ע"ש..."¹¹³.

ראיה חדשה מביא ר' בנימין זאב¹¹⁴, בשעה שדן בעניין אדם, שהוציא הוצאות לפייס את השר כדי שלא יעמיד אותו ואת אחרים לדין¹¹⁵. דעתו היא שכולם חייבים להשתתף בהוצאות אף אם הוציא הלה שלא מדעתם, וראיתו היא מן התוספתא המובאת במסכת בבא קמא¹¹⁶: "ספינה שהיתה מהלכת בים עמר עליה נחשול לטובעה והקילו ממשאה, מחשבין לפי משאוי ואין מחשבין לפי ממון, ולא ישנו ממנהג הספנים"¹¹⁷. על חוספתא זו הוא אומר: "ומשמע דאפי' השליך אחד מהם שלא מדעת כולן, הרי מחשבין לפרוע לבעל הדבר שזרקו כפי המשאוי, הואיל ומציל להו מסכנה; והכי משמע ממה שכתב הראב"ד ז"ל, והכי משמע מהרב בעל המגיד משנה"¹¹⁸.

ועוד מסתמך ר' בנימין זאב על דברי הטור¹¹⁹ בעניין שיפוי על הוצאות הצלה. הוא מוכיח שהאיסור "לא תעמוד על דם רעך" אמור לאו רווקא בהצלה מסכנת נפשות, אלא גם בעת חשש גזק בעלמא, והוא מסיק מכך שהמציל זכאי לחזור ולגבות את דמי ההצלה מן הניצול, גם בהצלה מנזק כספי.

טעם מוסרי להשבת הוצאות המציל, נותן ר' יצחק אדרבי¹²⁰, כשהוא מבסס קודם את זכותו של מי שהוציא הוצאות בלא שהיה חייב לעשות כן, ואחר כך מסתמך על דברי הרא"ש¹²¹: "מכל מקום עכשיו שהוציא מעות וקדם בשכר, לא הפסיד זכותו בשביל שעשה עמו טובה לפנים מן השורה, ואם לא היה היורש משלם לשמעון מה שהוציא, נמצא משלם רעה תחת טובה, כל שכן שבפירוש כתוב הגהה אשרית...".

נעבור לדון בעניין ההנחה, שכיוון שפעל המציל בהתנדבות, ויתר הוא בכך על זכותו לקבל תשלום.

¹¹² ש"ך לשו"ע ח"מ, סימן שג, ס"ק ח.

¹¹³ וראה: שו"ת מהריב"ל, חלק ב, סימן כו.

¹¹⁴ מחכמי ישראל ביוון במאה ה"ז. רבה של ארטה.

¹¹⁵ שו"ת בנימין זאב, סימן שצ.

¹¹⁶ ב"ק קטז ע"ב; ראה תוספתא, מהדורת צוקרמנרל, ב"מ ז יד.

¹¹⁷ השו"ה סעיף 258 לחוק הסחר הימי העותומני, הקובע כי, יחלקו המומתים את ההפסדים והנזקים. החלוקה תיעשה בין החפצים שהוטלו לים, או ניטשו או ניצלו, לבין מחצית האניה ודמי המטען, באופן יתסי לשוויים במקום הפריקה. בסעיף 265 לחוק זה נקבע כי אם לא ניצלה האניה, למרות ההטלה לים, אין השתתפות, והסחורות, או חפצים אחרים שניצלו, אינם אחראים לתשלום כל שהוא או להשתתפות בהיזק של הסחורות שהושלכו או ניזוקו.

¹¹⁸ ולא נתבררו ראיותיו. ומכאן הוא מסיק גם כן שאף כשהציל המציל גם את שלו, הוא זכאי להשתתפותם של הניצולים האחרים בהוצאותיו. ראה להלן, הערה 256; וראה: שו"ת יד אליהו, סימן עד, דף עב, טור ג, שציין שמתשובה זו אנו שומעים שמחויבים השותפים לשלם את חלקם, אפילו אם פייס את השר שלא מדעתם.

¹¹⁹ טור ח"מ, סימן תכו; ראה להלן שער חמישי, ליד ציון הערה 41; וראה לעיל, ליד ציון הערה 22.

¹²⁰ נפטר בשנת של"ז (1577). מגדולי תכמי שאלוניקי.

¹²¹ שו"ת דברי ריבות, סימן רצב.

האם הצלה היא התנדבות שאין לשלם בעדה?

דעת ר' יהונתן מלוניל¹²² היא, שפעולה לפנים משורת הדין יש בה כדי לשלול את זכותו של המציל לקבל את הוצאותיו מן הניצול. הוא מסביר את דין המשנה "זה בא בחביתו וכו', אין לו אלא שכרו", בדברים אלה¹²³: "דמצי למימר בעל הדבש, אתה משום מצוה נתכוונת ולפנים משורת הדין עשית¹²⁴, שהרי שנינו אבידתו ואבירת חבירו, שלו קודמת¹²⁵, אלא ודאי לפנים משורת הדין עשית, ושכר מצות בהאי עלמא ליכא. אבל אם הודיעו שלא רצה לעשות לפנים משורת הדין אלא יקוב הדין את ההר ואבירתו קודמת, ואם יתן לו דמי יינו ישפוך יינו ואם לאו לא ישפוך – רשאי, וחייב ליתן לו רמי יינו". ר"י מלוניל מדגיש שפעל המציל לפנים משורת הדין, ואין להסיק מכאן לעניין דינו של מי שקיים מצוה, שהוא חייב לקיימה ממילא, ולא שפעל לפנים משורת הדין¹²⁶. לכאורה אפשר להבין מדבריו, שכיוון שעשה המציל מעבר למה שהיה חייב¹²⁷ לעשות, הרי שפעל מתוך התנדבות, ומשום כך אין לשלם לו הוצאותיו, לכן כשהוא מסביר את הסיפא של המשנה, בה חייב הניצול לתת למציל הפסדו, הוא מדגיש שהמציל מודיע¹²⁸ שאינו מתכוון לעשות לפנים משורת הדין.

ואולם, מדכדי דבנו נסים אנו שומעים בפירוש, שכשאדם פועל בהתנדבות, לשם קיום מצוה, אין לו שכר. ב"נימוקי יוסף"¹²⁹ מובא הסברו של רבנו נסים לתשלום שכר משיב אבדה "כשער הזול", והוא: "דכיון דמדעתא דנפשיה עבד, שהרי כיון שלא היה שם ב"ד לא היה מחוייב להתבטל מן הסלע, שהרי שלו קודם, כדתנן במתני", אלא מצוה בעי

¹²² מגרולי חכמי התורה בפרובינציה, בסוף המאה ה"ב. נפטר בשנת ד"א תחקס"ה (1205).

¹²³ פירוש רבנו יהונתן לב"ק, מהדורת ר"ש פרידמן, קטו ע"א, עמ' 339.

¹²⁴ ר"ש פרידמן מציין שם, בהערה 123, לדברי רש"י לב"מ לג ע"א, ד"ה כל המקיים: "יש לאדם להכנס לפנים משורת הדין ולא לדקדק שלו קודם".

¹²⁵ אבל ראה בדבריו שם, קטו ע"א, עמ' 366, על קושיית הגמרא שיאמר "משטה אני כך": "ואף על פי שהתנה לו לתת דמי חמורו כולו, לא יתן לו אלא שכר, דהא מצוה היא להציל בהמת חברו בשכר. משמע שמצוה היא אף אם מפסיד יינו!

¹²⁶ וראה: נתיבות המשפט, סימן קכח, הביאורים, ס"ק ג.

¹²⁷ ר"י מלוניל אומר כאן: "ושכר מצוה בהאי עלמא ליכא", אבל בהמשך דבריו הוא מוכיח שיש שכר בעולם הזה על עשייה לפנים משורת הדין, ועל ידי זה הוא מסביר מה תיחדש יש בסיפא של המשנה שאם התנה – חייב לתת לו דמי יינו. לפי זה אפשר שאין כחנחו שאין כלל שכר בהאי עלמא, אלא שאין זכות לקבל שכר מהניצול, וזה לשונו בהמשך דבריו: "ואם תאמר אם התנה עמו פשיטא, צריכא למימר דתנאי ממון הוא וקיים, יש לומר הא קמ"ל [=קא משמע לן] דאבירתו ואבירת חבירו דשלו קודמת, אי נמי דמצוה על בני ברית לעשות לפנים משורת הדין... אפילו הכי אין להכריח כל אדם לעשות לפנים משורת הדין, משום דדמי להא דאמרינן בעלמא דכל מצוה שמתן שכרה בצידה אין ב"ד מצווין להכריח אדם עליה, כמו כן במצוה שהיא לפנים משורת הדין מתן שכרה בצידה היא, כדאמרי' בהידור מצוה עד שלישי במצוה, עד שלישי משלו, מכאן ואילך משל הב"ה, כלומר שמשלם לו שכר בעולם הזה, אבל משליש לחודיה עליו נאמר: 'היום לעשותם' ולא היום ליטול שכרם"; וראה עוד להלן, הערה 139; וראה: שו"ת רמ"ע מפאנו, סימן פט, בתשובתו של ר' עוכדיה ספורנו, עמ' קסא, במהדורת ירושלים תשכ"ג: "יעוד בר מן דין, בת שעשתה נחת רוח לאביה מצוה קא עבדא ולא ניתנו מצות ליהנות בהן".

¹²⁸ אפשר לפי זה, שדי בהודעה חד צדדית מצר המציל, ואין צורך בהסכמה מפורשת מצד הניצול. ראה לעיל, הערה 28.

¹²⁹ נימוקי יוסף על הרי"ף לב"מ, פרק ב, יז ע"ב ברפוס וילנא.

למעבד, לפיכך הטילו חכמים פשרה זו¹³⁰. מדבריו משתמע בבירור, ושלא כדברי ר' יהונתן מלוניל, שכשארם פועל בהתנדבות, בלי שהיה חייב לעשות כן, מניחים שפעל לקיום מצוה בעלמא, ולא התכוון ליטול שכר. לכן כשמשלמים לו את שכרו משלמים לו כשיעור נמוך ובחורת "פשרה".

דברי הרמב"ן בענייננו טעונים בירור. אצל ר' יהונתן מלוניל, פעולתו של המציל ששפך את יינו, היא פעולה לפני משורת הדין, ומשום כך אינו זכאי לתשלום הוצאותיו, ואילו הרמב"ן מסביר, לאידך גיסא, את זכותו של המציל לשכרו, מן הטעם שהוא היה חייב להציל אם היה לו כלי ריק.

הרמב"ן, בחידושו¹³¹, דן בשאלה מדוע משלמים למשיב אבדה את שכרו, ואין אומרים שהוא פטור מתמת שהוא בחינת "מברית ארי" בעלמא¹³², שאינו זכאי לתשלום. הרמב"ן מציע הבחנה בין מי שהציל בלא שהיה חייב להציל, שיש להניח שמחל על החשלו, לבין מי שהיה חייב להציל, שאז אין להניח כן: "ואיכא למימר כל היכא דלאו עליה רמיא לאברותי ההוא ארי, אף על גב דאית ליה פסידא, פטור הלה, כיון דמדעתא דנפשיה עבד, אחולי אחיל גביה היאך, א"נ [=אי נמי] דחלינן לקולא כדאמרי' בגמרא בירושלמי מפייס הוינא ליה והוא מתיל לי; אבל היכא דעליה דידיה דמיא לאברותי ההוא אריא, אע"ג דמדעתיה עבד, כיון דאית ליה פסידא חייב לשלם, דלא רמו רבנן¹³³ עליה לאברותי אריא מנכסי חבריה כי היכי דליפסיד איהו"¹³⁴.

הרמב"ן אינו מסתפק אפוא בכך שאין להסיק ממעשיו של המציל על מחילתו על תשלום שכר, אלא מוסיף גם שלא ייחכן לחייבו להציל בחינם. נראה שלטעם הפוסט "מברית ארי" מחמת מחילה¹³⁵, אין כאן מחילה, ואילו לטעם מי שלדעתו "מברית ארי" אינו זכאי

¹³⁰ השווה שיטה מקובצת, לב"מ לא ע"ב, ד"ה ומורנו הרב.

¹³¹ חידושי הרמב"ן לב"מ, ל ע"ב, ד"ה היה בטל; והשווה גם דברי הרמב"ן, המובאים בבית יוסף, ח"מ, סימן קה, סעיף ח, מתוך "ספר התרומות".

¹³² ראה על כך לעיל, ליד ציון הערה 86, וכן להלן. בהערה 136.

¹³³ השווה חידושי הרשב"א לב"מ שם, ד"ה כפועל, שאינו מדבר על חובה שהטילו חכמים על המציל, אלא על חובה שהטילה התורה, שבודאי לא הטילה חובה להפסיד משל המציל: "אבל הכא דחייבתו התורה להחזיר, לא אמרה תורה אבד את שלך והשב אבידה לאחייך". ואין הכרח לומר שיש משמעות לחילוקי לשונות אלו.

¹³⁴ בזה דומה מצבו למצב מי שכפוהו להציל, שזכאי לקבל את שכרו. השווה התוספות לכתובות קח ע"א, ד"ה חנן, בסוף הדיבור: "ואם דוחקים את האדם על כרחו להבריח את הארי ממצרו של חברו, אע"ג דלית ליה פסידא חייב לשלם לו שכר טרחו". וראה לעיל, ליד ציון הערה 104, ולהלן, בהערות 139, 163.

¹³⁵ השווה תוספות ר"ד לכתובות קז ע"ב, בהסברת הלכת חנן, שמי שהלך למדינת הים ועמד אחד ופרנס את אשתו – איבד מעותיו: "שהוא אומר לו רצונך היה לכבד את אשתי או משום כבודה או משום בכודי ולא ע"מ שחטבע אותה עשיח". וכן ראה תוספות ר"ד לגדרים, פרק ד, סימנים ג, יח. ובפסקי ריא"ז, לכתובות שם: "מי שהלך למדינת הים ועמד אחר ופרנס את אשתו הניח מעותיו על קרן הצבי, שאינו אלא כנותן מתנה לחבירו. נתן לה בחורת הלואה הרי זו גובה מבעלה..." (והשווה ר"י מלוניל, לכתובות שם, שאומר ג"כ שהבעל פטור משום שהתכוון המפרנס לכבוד חברו, כדברי הר"ד, ואף על פי כן הוא אינו אומר שנתן המפרנס במתנה, אלא התכוון להיפרע: "ועמד אחד מאליו שלא לותה אשתו הימנו, אלא הוא חשש לכבוד חברו ופרנס את אשתו וסמך עליו שיפרענו לכשיחזור כל מה שהוציא...").

האם הצלה היא התנדבות שאין לשלם בעדה?

לתשלום, משום שהחייב יכול לטעון שהיה הנושה מותר לו על חובו, כאן כיוון שחייבוהו להציל, אין לחייבו להציל מכספו.

לפי הצעה זו מסביר הרמב"ן הלכות שונות בדבר מציל הנוטל הוצאותיו – בשומר חינוס ששכר פועלים, במשיב אבדה, וכן במי ששפך את יינו כדי להציל את דבשו של חברו: "וכן נמי נשברה כד של דבש ושפך זה את היין והציל את הדבש לתוכה, שנוטל שכרו משום האי טעמא הוא דעליה דידיה רמיא לאהדורי ההיא אבידתא למרה אם היה לו כלי ריקן. ומיהו כיון דלא הוה ליה למשפך חמורא אלא א"כ התנה – אינו נוטל אלא שכרו"¹³⁶. אף שאין הכלי שלו ריקן, והדריה פטור מלשפוך את יינו ולהציל את הרבש¹³⁷, מכל מקום אין לומר שעשה כן מדעת עצמו, אלא המציל קיים בזה מצוות השבת אבדה¹³⁸. לפי זה יש להבחין בין פעולת הצלה הנעשית לפני משורת הדין, שאינה כלולה בגדר מצוות השבת אבדה, לבין פעולת הצלה הנעשית בגדר מצוות השבת אבדה. במקרה הראשון יש מקום לטענה בדבר פטור הניצול מהשבת הפסדו של המציל, אבל לא כן כשהיה המציל חייב בהשבה, אלא אדרבא, הטלת החיוב להציל כרוכה בזכותו לשיפוי על הפסדו¹³⁹.

את ההסבר שהפורע תובו של חברו פטור משום שהתכוון לתת במתנה, אנו מוצאים אצל הש"ך. הש"ך מסביר את הלכת מהרי"ו, המובאת בהגהת הרמ"א לשר"ע, סימן קכח, האומרת שאם היה כיד הפורע משל חברו, מה שעשה עשה, וזה לשון הש"ך, לתור"מ, סימן קכח, ס"ק ת: "ולפענ"ד נ= ולפי עניות דעתן דדינו של מהרי"ו אמת, וכדמשמע בתו' [=כתוספות] פ' הכונס ופוסקים דעיקר טעמא דהפסיד מעותיו משום דהוי כמכריח ארי מנכסי חברו אע"ג דאית ליה פסידא, דכיון דמכריח מדעתו אמדוהו רבנן דעתיה דמסתמא לשם מצוה קעביד כמו שפירש"י ודעתו לפוטרו, ואם כן כיון דשל חברו בידו מסתמא אין דעתו לפוטרו ולא הוי מכריח ארי ולא הוי מצי למימר מפייסיג' הויג' ליה ומחיל לי כיון דאית ליה פסידא".

על הסברו של הש"ך חמה רבי אליעזר לאזי, כמשנת דרבי אליעזר, על חר"מ, ש"ך שם. הוא טוען, שמרבית הש"ך יצא לנו דין מחודש, שאם התנה הפורע בפני עדים שהוא פורע על מנת שיפרע החייב לו – יהא חייב לפרוע לו; והוא מביא ראיות כנגד דעת הש"ך, ולדעתו דברי הש"ך אינם מבוססים. וראה: שר"ת חוות יאיר, סימן קלד; גידולי תרומה, שער סח, חלק ב, סעיף ב, ד"ה ומיהו.

136 אמנם, נתן הרמב"ן כמסקנתו טעם אחר לזכותו של המציל להשבת שכרו, והוא שהשביח המציל את רכושו של הניצול מממונו, היינו בשכר פעולתו, ומשום כך הוא זכאי לקבל הנאה זו מן הניצול. לעומת זאת, בפורע חובו של חברו, שלא הגיע לידי בעל הבית אלא מחילת חובו וטילוק נזקו ואין זה אלא מכריח ארי מנכסי חברו, פטור הניצול מלשלם למציל. על כך אומר הרמב"ן: "ולשון זה עיקר ברור הוא". והשווה התוספות לכחוכוח קז ע"ב, ד"ה חנו, המבחינים בין משביח נכסי חברו למכריח ארי. 137 ושם סבור הרמב"ן שחיוב ההצלה עומד בעינו, אלא שהוא מנוע מלקיימו משום הפסד ממון הכרוך בו?

138 ראה: נחיצות המשפט, סימן קכח, ס"ק ג, בסוף דבריו; טבעת החושן, שם, על דברי נחיצות המשפט. 139 אבל מדברי רבנו יהונתן מלוגיל משמע לכאורה, שאפילו במקום שהיו כופין את המציל להציל, לא היה זכאי לתשלום, שהרי כרב"ר, שהובאו לעיל בהערה 127. הוא מסביר, שעל כן צריכה המשנה להשמיענו שמועיל התנאי של המציל משום שאין כופין על לפני משורת הדין. משמע שאם היו כופין – לא היה מועיל תנאו! והסבר הדבר הוא שכאשר כופים לקיים את המצוה, זהו חלק מן המצוה, ולכן אינו זכאי לקבל שכר מצוה; וראה תשובת מהרשד"ם, חלק י"ד, סימן רד, המובאת בשער החמישי, ליד ציון הערות 76, 78; ראה גם לעיל, הערה 134.

דירוג זכויותיו של המציל, כהתאם למידת החיוב שהיה נוטל עליו, אנו מוצאים אצל הריטב"א, וכך נקבע הכלל: "תירצו¹⁴⁰ בחוספות דכללא דמילתא: כל שהוא מחוייב לעשות יותר ממה שעשה, מפני מצות השבחה או מידי אחרינא, הוא משתלם יותר". כאן הוכנסו לקטיגוריה אחת מי שחייב לעשות כדי לקיים מצוות השבת אבדה, ומי שמחוייב לעשות משום שהיה שומר בדבר. מדבריו אנו שומעים, שמי שקידם ברועים ובמקלות כדי להציל את העדר, נוטל מבעל הבית את הוצאותיו, אלא שאין זה אמור אלא במי שהיה שומר בדבר, מה שאין כן אדם כעלמא, שאינו שומר, שנראה שלא יהיה זכאי לקבל את כל הוצאותיו, וזה לשונו: "הלכך התם גבי כד של דבש לא היה מחוייב לשפוך יינו בידיים כדי להציל ממון חברו, וכיון דגזים ועבד הכי, והיו שם בעלים דאבדה¹⁴¹, הוה ליה להתנות, וכיון שלא התנה אין לנו להתנות בשבילו, ולפיכך אין לו אלא שכר טרחו כפועל דעלמא. אבל הכא שאינו אלא ביטול מלאכה וריוח שהיה לו לעשות, אע"פ שהיה פטור מלטפל כאבדה משום 'אפס כי לא יהיה בך אביון', שלא חייבו הכתוב אלא כשהוא יושב ובטל, מכל מקום לא ויתר אלא שכר מלאכה שהיה לו להרויח, וכיון שהבעלים לא היו שם, ולא היה יכול להתנות עמהן, ליכא למימר דמחל לגמרי, ומיהו כיון דפטור היה, יש לו להפסיד קצת, ונימא דמצוה בעי למעבד לפנים משורת הדין, ומחל קצת שכרו, הילכך נוטל שכרו כפועל בטל של אותה מלאכה. וההיא דרועים ומקלות אינו דומה לאלו, דהתם לא עשה מדין השבת אבדה, ולא כעושה ברצון נפשו משום השבת אבדה, אלא מפני שמירה שקבל עליו, שנעשה שלותו של בעל הבית, וכדין שליח הוא עושה שיש לו להשתלם כל מה שהוציא. וההוא דפורע חובו של חברו לא היה שליח כלל, וגם לא היה עליו שום חיוב מצות השבת אבדה, וכיון שכך הרי חברו פטור לגמרי ואפילו שכר טרחו בעלמא לא יהיב ליה. וזו היא שיטה נכונה".

בשני הקצוות עומדים אפוא הרועה המציל את העדר, מצד אחד, והפורע חובו של תכרו, מצד שני: הראשון – מקבל את כל הוצאותיו, והשני אינו מקבל אפילו את שכרו, השניים האחרים, העומדים בתווך, מקבלים לפחות את שכרם, אבל בשיעורים שונים; השופך את יינו, מקבל שכר בשיעור מופחת, כפועל דעלמא, אף ששכרו מרובה; והמשיב אבדה, מקבל שכר בשיעור גבוה יותר, כפועל בטל של אותה מלאכה.

מתוך שביסס הריטב"א את זכות הרועה לקבל את הוצאותיו, על כך שלא עשה ברצון נפשו משום השבת אבדה, אלא מפני שמירה שקיבל עליו, שנעשה שלוחו של בעל הבית, אנו למדים שמי שאינו שומר אינו זכאי להוצאות אלו, ושלא כשיטת התוספות, שראינו לעיל. ואולם, כאמור, פסק ההלכה הוא כשיטת התוספות, שגם מי שאינו שומר, והוציא הוצאות להצלת העדר, זכאי הוא להשבת הוצאותיו¹⁴².

יתר על כן, קבע הרמ"א, בהגותו לשולחן ערוך¹⁴³, בסמיכות להלכות בדבר זכויות

¹⁴⁰ תיחדשי הריטב"א, מהדורת האלפערן, ב"מ לא ע"ב, ד"ה היה בטל; שיטה מקובצת, ב"מ שם, ד"ה וזה לשון הריטב"א.

¹⁴¹ כאן מודגשת העובדה שבעל הנכס היה שם, מה שאין כן בדברי רבנו יהונתן, שלא הדגיש עניין זה.

¹⁴² ראה לעיל, ליד ציון הערה 112.

¹⁴³ הגהת הרמ"א לשו"ע תו"מ, סימן רסד, סעיף ד, על יסוד דברי הר"ן על הרי"ף לכתובות פרק יג, סג ע"א ברפוס וילנא, שהובאו ב"דרכי משה" לטור חו"מ, סימן רסד, ס"ק ב.

האם הצלה היא התנדבות שאין לשלם בעדה?

המציל להשכת הוצאותיו, כלל רחב: "וכן כל אדם שעושה עם חבירו פעולה או טובה לא יוכל לומר: 'בחנם עשית עמדי, הואיל ולא צויתך', אלא צריך ליתן לו שכרו"^{144, 145}.

פרק שישי

הגדרת "שכר" המציל

ההסבר שהמציל זכאי לקבל את שכרו מכוח תקנה¹⁴⁶, אף שמצד הדין אינו זכאי לכך, מעלה את השאלה: אם כן, מדוע לא יקבל המציל גם את הפסדו מכוח תקנה? ולמה אמרה המשנה שאם לא היתנה עם הניצול – כשיכול היה להתנות¹⁴⁷ – אינו זכאי אלא לשכרו? התוספות לכתובות¹⁴⁸ מנסים בתחילה לומר, שלא תיקנו לשלם למציל, כשההצלה נעשית בפני הניצול. אחר כך הם מקשים ואומרים, שאם כן אף שכרו לא יינתן לו. בסופו של דבר הם מסיקים, שלא תיקנו להשיב למציל אלא את מה שההנהגה את הניצול, היינו תשלום שכר עבודה, שהיה הניצול משלם, אילו היה שוכר אחרים, אבל אין הניצול חייב להשיב למציל את הוצאותיו, משום שזה לא ההנהגה בהוצאות אלה, משום שהיה יכול הניצול לשכור אחרים בשכר בלבד, וכלא הוצאות נוספות: "על כן נראה לרבי דהיינו טעמא דאינו משלם דמי חמורו, שלא תיקנו חכמים שיהא חייב לשלם אלא מה שהוא מהנהגה אותו, ואינו מהנהגה אלא כדי שכרו, שהרי גם הוא היה מוצא להציל בכדי שכרו, דעל כרחך מיירי שיכול להציל שלא יזכה אותו מן ההפקר".

רעיון חדש, המסביר מדוע זכאי המציל לשכרו ואינו זכאי להפסדו, מצינו בתוספות לכבא קמא¹⁴⁹: "ואין להקשות בשטף נהר חמור חבירו למה אין לו אלא שכרו? למה אין לו כל הפסדו? רכיון דבעל החמור עומד שם מה לנו לעשות לו תקנה שלא מדעתו, אם ירצה יתנה המציל לשלם חמורו, ועוד דע"כ [= דעל כרחך] מיירי כיכול להציל על ידי הרחק, דאם לא כן לימא ליה מהפקר קזכינא, כדאמרינן התם על חכית של דכש. ומכל מקום

¹⁴⁴ אמנם, ראה ט"ו לשר"ע שם: "הך פעולה או טובה שזכר רמ"א אינו ר"ל שהצילו מהפסד, דא"כ ה"ל [= הוה ליה] מבריה ארי מנכסי חבירו, אלא שעושה לו טובה (בהשגחת) [בהשכת] נכסיו, וכיוצא בה כתבו התוס' בפי' הכתס דף נ"ח דאין זה בכלל מבריה ארי, וכ"ה בר"ן פ' שני דיני גזרות שמשם מקור דין זה וקאי אמי שעמד ופרנס חבירו סתם דלא אמרינן למתנה נתכרין". וראה גם: נתיבות המשפט, שם, ביאורים, אות ז.

¹⁴⁵ וכן ראה: הגהת רמ"א לשו"ע ח"מ, סימן רמו, סעיף יז, תושאי כלים, שם; וראה: שרית רד"ם (פדר), חלק ב, ח"מ, סימן ד; וראה גם: ראה חיים, לרי"ח פאלאג'י, חלק ב, פרשת חקת ובלק, דף סב, טור ד.

¹⁴⁶ ראה לעיל, ליד ציון הערה 88.

¹⁴⁷ ראה להלן.

¹⁴⁸ תוספות לכתובות ק"ח ע"א, ד"ה חנון.

¹⁴⁹ תוספות לכ"ק נח ע"א, ד"ה אינו מבריה ארי.

שכרו ניתן לו, דמסתמא ניחא ליה שכל מי שיציל יטול שכר כל זמן שלא ימחה בידו, כיון שאין יכול להציל אלא ע"י הרחק"150. על פי הטעמים להבחנה בין שכרו לרמי יינו, שמצאנו כתוספות, יכולים אנו להגיע למסקנה חשובה, והיא שההבחנה אינה בין שכרו של המציל לבין הוצאותיו, אלא בין הוצאות שבוודאי היה הניצול מוכן להוציא כדי להציל את רכושו, לבין הוצאות שאין ודאות לגביהן: הוצאות מן הסוג הראשון ייכנסו לגדר "שכרו" של המציל; ואילו הוצאות מן הסוג השני ייכנסו לגדר "רמי יינו"151. אם נכונה היא הבחנה זו, אז כל אימת שידובר להלן במונחים "שכרו" ו"רמי יינו" יש לפרשם לדעת התוספות, בכפוף להגדרות אלו.

פרק שביעי

נכס שבעליו לא היה יכול להצילו

לעומת המשנה התולה את זכותו של המציל לשיפוי על יינו ששפך, בהתנתות עם הניצול שיקבל את רמי יינו, מעמידה הגמרא את המשנה באופן המרחיב בהרבה את זכותו של המציל: גם אם לא התנה המציל עם הניצול לקבל את רמי יינו, אבל הניצול לא היה יכול להציל את רכושו בלא שפיכת היין, זכאי המציל לשיפוי על רמי יינו. על המשנה האומרת שאם לא התנה, אין למציל אלא שכרו, שואלת הגמרא152: "ואמאי? לימא ליה מהפקידא קא זכינא"153; היינו, שיאמר המציל לבעל הנכס: "זכיתי מן ההפקד"154. על כך משיכה הגמרא, שכוונת המשנה למקרה "שעקל בית הכר כרוך עליה".

150 והשווה פסקי הרא"ש לב"מ, פרק ב, סימן כח. ושם הוכיח, מן הדין בשטף נהר חמורו, שאינו נוטל כל הפסדו, שבפני הבעלים אינו נוטל אלא שכרו כפועל בטל לגמרי, "שכיון שבפני הבעלים הוא היה לו להתנות, ומרלא התנה הפסיד, ולא יטול אלא שכר טרחו, ומינה שמעינן דאם אין הבעלים שם צריך ליתן לו דמי חמורו".

151 וראה: ש"ת הרדב"ז, חלק ד, סימן רד; "וא"ת היה לו להתנות בפני בית דין, וכיון שלא התנה אין לו אלא שכרו, הא לא קשיא, חדא, שהרי גם הבעלים לא היו יכולים להציל אלא על ידי הוצאה זו ויותר", אלא שאין הרדב"ז מביא סימוכין לדבריו אלה. וראה: ראה חיים, לרי"ח פאלאג'י, חלק ב, פרשת חקת ובלק, דף סב, טור ד.

152 כ"ק קטו ע"ב.

153 רש"י מסביר את שאלת הגמרא על מציל הדבש, ולא על מציל החמור, שם ר"ה ולימא: "וגבי חמור ליכא למימר הכי, דיכול להצילה הוא". כנראה שפירש כן משום שבהצלת הדבש היה צורך בכד ריק להצלה, ואילו בחמור לא היה צריך בכגון זה להצלת החמור; והשווה פירוש רבנו יהונתן מלונל לב"ק, מהרוות פרידמן, קטו ע"ב, עמ' 366: "אבל גבי חמור לא פריך הכי, דהא ביכול להצילו מיורי אם היה רוצה לטרוח ולשוט בנהר, דהא ת"ל שהרי חבירו יודד שם להצילו".

154 ראה: שיטה מקובצת, כ"ק קטו ע"ב, בשם הרא"ש, שהמציל טוען: "שאינך מתרצה שאשפוך את ייני ואטול דמו מתוך דובשנך, אם כן איני מחוייב להציל דובשנך כדי להשיב אכידה, דשלי קודם, ונמצא

נכס שבעליו לא היה יכול להצילו

מה משמעות "שעקל בית הבר כרוך עליה"? רבנו גרשם מאור הגולה¹⁵⁵ מסביר את הדברים כך: "אם לא היה עקל בית הבר כרוך עליה, שהיתה נשברת הכל, ונפסד כל הרבש, אם עמד חברו ושפך יינו והציל הרבש, נוטל רמי יינו מתוך הרבש. ודוקא בשאין יכול להציל כלל כי אם על ידי שפיכת יינו של זה, אבל אם יכול להציל אין לו אלא שכרו, וכדתניא: הרי שהיה בא בדרך ומעות בידו ואנס כנגדו וכו', ואוקימנא כשיכול להציל, אלמא, שני בין היכא דיכול להציל לשאינו יכול להציל, וכי יכול להציל אפילו על ידי הרחק אין לו אלא שכרו. ואם ספק הרבד אם יכול ואם אינו יכול – יטילו פשרה ביניהם ויחלוקו".

כלומר, עקל בית הבר מסמל את האפשרות להציל את הרבש. לכן, אם עקל בית הבר כרוך עליה, היינו, שאפשר להציל את הרבש, אין למציל אלא שכרו, אבל אם אין עקל בית הבר כרוך עליה – מה יקבל המציל? לכאורה, מתוך מהלך הסוגיה, אפשר היה לחשוב שאז הרבש הוא בגדר הפקר, והמציל יוכל לזכות בכל הרבש¹⁵⁶, אלא שאין דעת רבנו גרשם כן, אלא אין למציל אלא דמי יינו. אפשר ששיטת רבנו גרשם מכוססת על העובדה שתוסר האפשרות להציל את הרבש אין בה כדי להפקיע את הבעלות על הרבש¹⁵⁷, אלא שאם הדבר כן, מדוע יש למציל יותר משכרו, הרי אם הרבש אינו הפקר וחלים עליו דיני השבת אבדה ודיני התשלום המגיע למשיב אבדה? לכך יש לרבנו גרשם שתי תשובות: האחת היא, שיש להבחין בין מציל שאין לו הוצאות בהשבת האבדה, לבין מציל שיש לו הוצאות בהשבתה; והשנייה היא, שתיקנו חכמים להשיב לו את רמי יינו כתנאי בית דין, היינו בהשבת אבדה יש צורך בהתנאה מפורשת כדי שיקבל את הוצאותיו, ואילו כאן התנו בית דין על כך, ואין צורך בהתנאה מפורשת.

זה לשונו של רבנו גרשם: "ואי איכא דקשיא ליה הא דתנן גבי השבת אבירה אם היה בטל מסלע לא יאמר: תן לי סלע, אלא נותן שכרו כפועל בטל, משמע דאין משלם לו דמי יינו אלא שכרו בלבד; לאו קושיא היא דלא דמיין להדדי (1) דהתם לא קא חסר מידי אבל בטל ממלאכתו, וכיון דלא חסר מידי לא יהיב ליה אלא שכרו, אבל הכא הרי חסר יינו ששפך להציל. (2) ועוד, התם נמי גבי השבת אבירה גופה תנן: אם יש שם ב"ד מתנה בפני ב"ד ונוטל כל ביטולו, ה"נ גבי חבית יין תנאי ב"ד הוא, ואין צריך להתנות בפני ב"ד"¹⁵⁸.

שכל הרבש הפקר, כיון שאין לו הצלה". כלומר, טענת הפקר אינה טענה אלא כשהלה איתו מתרצה לשלם למציל את דמי יינו.

¹⁵⁵ שיטה מקובצת, כ"ק קטו ע"ב, ד"ה וכתב ה"ר גרשם ז"ל [=תשובות רבנו גרשם מאור הגולה, מהרורות אירלברג, סימן עד].

¹⁵⁶ ראה: שו"ת נשמת כל חי, לר"ח פאלאג'י, תלק כ, חו"מ סימן לח, שחמה על רבנו גרשם מכוח דברי הגמרא.

¹⁵⁷ וכן ראה: רמב"ם, הלכות גזלה ואבדה יב ה: "ואם נשפך הרבש לארץ, הרי זה הפקר, וכל המציל לעצמו מציל"; וראה: מגיד משנה, שם: "ונראה לפי זה שאע"פ שלא יוכל להציל אמרינן הכי, כיון שעדיין לא נשפך אע"פ שעזיר להשפך... אבל רש"י ז"ל פירש...".

¹⁵⁸ השווה תשובתו של רבנו גרשם בעניין הצלת ביתו של שמעון בינו של ראובן (סימן עה – מוכא להלן, ליד ציון הערה 161) ושם התבסס רבנו גרשם על הטעם השני, בדבר תנאי בית דין, ואינו מזכיר את ההתנה בין נחסר המציל לכך לא נחסר המציל.

וראה ספר הראבי"ה, סימן תתקנט, כ"י אוקספורד 637, המביא את שני הטעמים לכך שבשופך יינו אין

הוכחתו של רבנו גרשום, שבעניין הצלה יש תנאי בית דין, היא מדינו של ר' ישמעאל בנו של ר' יוחנן בן ברוקא, המובא בברייתא. אמנם חלקו עליו חכמים לענין זכותו של הניצול לקרן את סוכו כדי להציל את הנחיל, אבל בעניינים אחרים הם סוברים כמותו: "דתניא ר' ישמעאל בנו של ר' יוחנן בן ברוקא אומר: תנאי ב"ד הוא שיהא זה שופך את יינו, ומציל דובשנו של חברו וכו'. וכי תימא פליגי רבנן עליה דרבי ישמעאל, לא פליגי אלא בלקרן את סוכו של חברו, דקא מוזיק ליה, אבל בלשפוך יינו להציל דובשנו לא פליגי דהא תנן סתמא: זה בא כחבית של יין וזה בא בכרו של דבש וכו' אין לו אלא שכרו, ואוקימנא כגון שהיה עקל בית הבד כרוך עליה, הא לאו הכי משלם לו דמי יינו, והא סתמא דברי הכל הוא. ומהא מתניתין דהיה בטל מן הסלע ליכא קושיא כלל, אלא סיעתא איכא כדאמרינן". כלומר, הסתירה כביכול בין דין המשנה, שאין לו אלא שכרו, לבין דין הברייתא, שנוטל דמי יינו, אינה סתירה, משום שהמשנה מבררת ביכול להציל, והברייתא מבררת באינו יכול להציל.

לפי שיטה זו יש בדבר שאינו הפקר ולא התנה המציל עם הניצול, שתי קטיגוריות: כשאפשר להציל, ואפילו על ידי הרחק, אין למציל אלא שכרו¹⁵⁹; ואילו כשאין אפשרות להציל, יקבל המציל את דמי יינו שהפסיד, מכוח תנאי בית דין.

ועדיין אנו צריכים להסביר מדוע נזקק רבנו גרשום לתנאי בית דין כדי לחייב את הניצול לשלם את דמי היין, והרי רובשנו עמד להיפסד לגמרי לולי הצלתו של בעל היין, ובוודאי הוא מעוניין בהצלתו? אפשר שרבנו גרשום סובר, שכיוון שהייתה ההצלה בנוכחות בעל הרבש, צריך היה בעל היין להתנות עמו להשיב את דמי היין, שאם לא כן יראה בעל היין כמוחל על דמי יינו¹⁶⁰.

על יסוד שיטתו, חייב רבנו גרשום, במעשה שבא לפניו, לשלם למציל את הוצאותיו¹⁶¹. מעשה בגרים שהשתמשו ביינו של ראובן לשם הצלת ביחו של שמעון מן הדלקה¹⁶². רבנו גרשום פסק שהגרים חייבים לפצות את ראובן, אלא שראובן לא היה יכול להיפרע מן הגרים. על כן נתחייב שמעון לפרוע לו על פי דינו של ר' נתן, האומד, שאם אדם נושה

צריך להתנות, ומסיים: "וכן פי' רבינו גרשום מאור הגולה בתשובתו". אבל, ראו להוסיף, שלפני שהביא טעמים אלה דוחה את הראיה שביקשו להכיא משופך יינו, שאין אומרים: "מכריח ארי", אלא בפרנסת אשתו, ולא בכל חוב: "וראייתו משופך יינו ומציל דובשנו של חבירו היכא דאין עקל בית הבד כרוך עליה דחייב, כדאית' בפי' הגזל. ולא דמי דהתם מהפק' זכי והמהנהו ממון גמור שהיא בעין" (ולהלן: "ואין צריך התם להתנות בפני ב"ד" וכו'). אין ברור כיצד משתלב ההסבר שכאן הדבש הוא הפקר, עם הטעמים שהוא מביא לכך שאין צריך להתנות בפני בית דין, שהרי אם הוא הפקר, ממילא אין חלים כאן דיני השבת אבדה.

¹⁵⁹ וראה דברי הש"ך, להלן בהערה 170.

¹⁶⁰ ראה על כך להלן, ליד ציון הערה 208.

¹⁶¹ שר' מר' יצחק בן משה אור זרוע ומאיר בן ברוך, מהדורת כהנא, ירושלים תש"ג, סימן שצז [=תשוכות רבנו גרשום מאור הגולה, מהדורת אידלברג, סימן עה], כ"י אוקספורד בדלי 1, 844 (תצלום במכון לחלומי כ"י עבריים, ס' 21605).

¹⁶² השווה סעיף 25 לחוק שירותי הכבאות, התשי"ט-1959, לפיו חייבת רשות הכבאות לפצות את מי שנצטווה להעמיד לרשות הכבאים ציוד וחומרים לכיבוי דליקות בעד תומרים שלא הוחזרו לו ובעד כל נזק שנגרם לציוד.

נכס שבעליו לא היה יכול להצילו

בחברו מנה וחברו כחברו, מוציאים מזה ונותנים לזה¹⁶³. ואולם, כדי לפעול על פי דינו של ד' נתן יש לבסס קודם את חיובו של שמעון, ועל כך אומד דבנו גרשום: "ומנלן דחייב שמעון לשלם דמי אותו היין, היכא דאין יכול להוציא מצד אחר, דתנן: זה בא בחבית של יין וזה בא בכרו של דבש ונסדקה חבית של דבש ושפך זה את יינו והציל את הדבש לחוכה אין לו אלא שכרו. ואוקימנא בעקל בית הבר כרוך עליה, הא לאו הכי משלם, וה"ה הכא שישלם לו דמי היין מתוך ביתו של חבירו". לסיכום, דבנו גרשום סובר, שדבר שאי אפשר להצילו אין בו משום הפקר. אבל, אף על פי כן אין המציל מפסיד את הוצאותיו משום שרכנו גרשום סובר, שפועל כאן תנאי בית דין והניצול חייב בשיפוי המציל.

זכות המציל בנכס הניצול כזוכה מן ההפקר בעוד לשיטת רבנו גרשום אין בעובדה שאי אפשר להציל את הנכס כדי לעשותו הפקר, יש בזה שיטה אחרת של רש"י. לדעת רש"י, אם עקל בית הבר כרוך על החבית, "לא¹⁶⁴ ישפך הכל אלא מנטף מעט מעט, וליכא הפקר". משמע מדבריו, שאם אין עקל בית הבר כרוך על החבית, כיוון שממילא יישפך הכל, הרי כולו הפקר כבר עכשיו, אף שטרם נשפך כולו.

¹⁶³ "כך דעתי נוטה שאם אין יכול שמעון להציל כיחו מן הדליקה לא על ידו ולא על ידי אחרים אלא על ידי יין זה, אע"פ שהגויים נטלוהו מדעתו [גם ככ"י אוקספורד: "מדעתו"; ולכאורה צ"ל: "מדעתן". ראה לעיל: "נטלוהו מצעמן"] וכיכו האש, נתחייבו הגויים לשלם דמי היין לראובן, אחרי שלא יכול להציל אלא על ידי אותו יין [כך הוא גם בכ"י אוקספורד, ולא ברור כיצד דברים אלה הם הנמקה לתיוכם של הגויים. ולכאורה יש שיבוש בנוסח]. ועכשיו שאין לראובן להשתלם מן הגויים שאין להם במה לפרוע, או שאינן מצויים, או שאינו יודע מי הם, יש לו לראובן להשתלם משמעון מדר' נתן, דתניא ר"ג אומר מניין לנושה בחבירו מנה וחבירו בחבירו, שמוציאין מזה ונותנים לזה, שנאמר 'ונתן לאשר אשם לוי'. יש לעיין במסקנות הנובעות, כביכול, מתשובה זו, ולפיהן אם השתמשו ברכושו של אדם להציל רכושו של אחר, אין לבעל הרכוש המציל תביעה ישירה כלפי בעל הרכוש הניצול, אלא עליו לתבוע תחילה את מי השתמש ברכושו לשם ההצלה והלה חייב לפצותו על הנוק שגרם לרכושו, ואחר כך תהיה למזיק עילה לתביעת שיפוי כנגד הניצול. זכות זו תהיה לו, אף שטרם פיצה את הניזוק, משום ההתחייבות שנתחייב כלפי בעל הרכוש. ואולם, עדיין יש לברר מדוע אין תביעה ישירה מבעל הרכוש המציל כלפי הניצול, שהרי השתמשו ברכושו בעל כורחו, ואם כן, אין לטעון שהוא אינו אלא מכריח ארי בעלמא (השווה שיטת התוספות, לעיל הערה 134), ומדוע אם כן לא יוכל בעל הרכוש לתבוע את מי שנהנה מרכושו? אפשר היה לומר שאין זכות תביעה כלפי "נהנה", אלא רק בשעה שאי אפשר לתבוע אחר, כגון גויים שהזיקו את רכושו, כדברי רבנו גרשום: "ומנלן דחייב שמעון לשלם דמי אותו היין היכא דאין יכול להוציא מצד אחר", אבל הרי ראינו, שביסס רבנו גרשום את זכותו של ראובן כלפי שמעון על דינו של רבי נתן, היינו שיש כאן שתי תביעות: האחת, תביעת נזיקין כלפי הגויים, והשנייה, תביעת "נהנה" מן הגויים כלפי שמעון, ואין ראובן זכאי לתבוע את שמעון ישירות מדין נהנה, אף כשאינו יכול להיפרע מן הגויים. אם כן, עלינו לומר, שרבנו גרשום סובר, שלא כדעת התוספות, שאף המכרית ארי בעל כורחו אינו זכאי לשיפוי.

ועוד יש לברר כיצד מתיל רבנו גרשום את דיני השיפוי על נוכרים. אם התביעה היא של "נהנה" גרידא, משום: "ממוני גבך", הרי שאין להבחין בין יהודי לנוכרי, אבל אם התביעה היא על יסוד התקנה, כפי משתמע מסוף תשובתו של רבנו גרשום, המבסס את החיוב על "תנאי בית דין", כיצד אם כן חלה התקנה על נוכרים?

¹⁶⁴ רש"י לב"ק קטו ע"ב, ד"ה בעקל.

לשיטת רש"י אין קטיגוריה של דברים שאי אפשר להצילם ושאינם הפקר, כפי שסובר רבנו גרשום, שחייב את הניצול לשלם את דמי היין למציל. לדעת רש"י, בכגון זה יהא הדבש הפקר, וממילא יוכל המציל לזכות לא רק בדמי היין, אלא בדמי הדבש כולו, כמו שהסביר בשאלת הגמרא: "ולמא ליה מהפקירא זכינא", שפירש: "דבש שלך היה הולך כולו לאיבוד והריני כמציל מן ההפקד, ואמאי אין אלא שכרו, כוליה דבש לישקול". כיוון שכך, זקוק רש"י לתנאי בית דין, כדי לזכות את המציל בשיפוי על הפסדו. בשיטת רש"י הולך מהר"ם בר' ברוך¹⁶⁵, בתשובה שהשיב בדבר שריפה שנפלה בעיר¹⁶⁶: "וששאלת על דליקה בעירכם והאש היתה קופצת לכאן וכאן, וברחו בני אדם מן העיר מיוחד הדליקה, ועמד יהודי אחד והציל ספר אחד, ובעליו ברח מן העיר, אינו חייב להחזיר לבעלים, דהא מצי אמר: אנא מהפקירא קא זכינא כו', כדאמרינן בהגחל בתדא: ולימא מהפקדא זכינא כו' משמע אי לא עקל בית הכר כרוך עליה היה זוכה"¹⁶⁷. חילוקי הדעות בשאלה מאימתי יחשב הדבש כהפקד, באו לידי ביטוי בשולחן ערוך: המחבר אומר¹⁶⁸: "ואם נשפך הדבש לארץ הרי זה הפקר, וכל המציל לעצמו מציל", אבל הרמ"א מגיה¹⁶⁹: "ויש אומרים אפילו לא נשפך הדבש עדיין רק שנשבר הכד כל כך שהיה נשפך אם לא הציל זה, הוי הפקר". לפי שיטה זו, שדבר העומד להיאבד הריהו כהפקד, מביא הרמ"א את פסקו של מהר"ם בר' ברוך להלכה¹⁷⁰: "וה"ה בכיוצא בזה, כגון שהיה שריפה בעיר וכדחו היהודים מן העיר מיוחד הדליקה, והציל אחד, מה שהציל הוא שלו, דהוי כזוכה מן ההפקד".

סייגים לתחולת דין הפקר בנכס הניצול
ההלכה האומרת, שדבר שאי אפשר להצילו, הרי הוא הפקר, מטיבה עם המציל שאינו נזקק כלל לניצול לשם שיפוי על הוצאות ההצלה, אבל תוצאותיה של הלכה זאת הן חמורות מאוד כלפי בעל הנכס הניצול, אלא שדין זכייה מן ההפקד בנכס הניצול, צומצם בכמה מקומות.

סייג מעניין להלכה שכשאין עקל בית הכר כרוך עליה, הדבש הפקר, מחדש ר' מנחם המאירי. לדבריו, יש בכוחו של הבעלים לומר שהוא זוכה בדבש לעצמו, וממילא לא יוכל המציל לזכות בזה¹⁷¹: "ומכל מקום יראה לי שאם אמרו הבעלים הריני זוכה בה זכה ואין האחר קונה בהצלתו".

ואולם, ההגבלות העיקריות על דין הפקר בנכס ניצול, באו מכוח תקנות חיצוניות ופנימיות: תקנות שנתקנו על ידי השלטון הנכרי וקיבלו תוקף של דין מחייב בהלכה העברית, ותקנות פנימיות של מוסדות הקהילה היהודית.

¹⁶⁵ ראה עליו לעיל, שער שני, הערה 53.

¹⁶⁶ מרדכי לב"ק, פרק הגזול בתרא, רמז קעא.

¹⁶⁷ וראה לעיל, הערה 157.

¹⁶⁸ שו"ע חר"מ, סימן רסד, סעיף ה.

¹⁶⁹ הגהת הרמ"א לשו"ע, שס.

¹⁷⁰ רמ"א, שס. ועל כך כותב הש"ך לשו"ע חר"מ, סימן רסד, ס"ק ח: "ואם יכול להציל ע"י הדחק, אין לו

אלא שכרו, וה"ה בכל הדברים הנ"ל". וראה לעיל, ליר ציון הערה 159.

¹⁷¹ בית הבחירה לב"ק, פרק י, עמ' 338 במהרורת שלזינגר.

דברי המתבר: "המציל מהארי והדוב וזוטו של ים ושלוליתו של נהר הרי אלו שלו אפילו הבעל עומד וצווח", והוסיף הרמ"א¹⁷⁵: "מ"מ טוב וישר להחזיר, כמו שנתבאר סעיף ה'. ואע"ג דמדינא אין חייבין להחזיר באבירות אלו, אם גזר המלך או כ"ד חייב להחזיר מכת דינא רמלכותא או הפקר כ"ד הפקר, ולכן פסקו ז"ל כספינה שטבעה בים שגזר המושל גם הקהלות שכל מי שקונה מן העכו"ם שהצילו מן האבידה ההיא שיחזיר לבעליו, שצריכין להשיב, ואין לו מן הבעלים אלא מה שנתן".

על יסוד הלכתו של הרמ"א, קובע ר' צבי הירש בר' עזריאל¹⁷⁶, שההלכה האומרת, שהמציל מן הדלקה הריהו כזוכה מן ההפקר¹⁷⁷, משתנה כגלגל גזרת המושל¹⁷⁸: "ולוי נראה גבי שריפה שצריך להחזיר, דהא כתב מור"ם כסי' רנ"ט (ס"ד) [ס"ז] אם גזר המלך או כ"ד תייב להחזיר, ובזמנינו הוא גזירת המושל בכ"מ [= בכל מקום] שמה שחוטפין בשעת שריפה, הן שהבעלים שם הן שאין הבעלים שם, שמחויבין להחזיר".

ר' אפרים זלמן מרגליות¹⁷⁹ מעיד, שכן נהגו¹⁸⁰: "וגם כעטרת צכי שם כתב דמחויבים להחזיר מצד התקנה¹⁸¹, וכן הוא כאמת מעשים ככל יום".

ר' חיים פאלאג'י¹⁸² מעיד על תקנה, שנתקנה באיזמיר שבטורקיה, שחייבה להשיב נכסים, שניצולו מדליקה¹⁸³: "וכן נהגו בעירנו אזמיר יע"א [= יבנה עירו אמין] דבכל דליקה שאירע בעיר וכאים אחרים להציל, אפילו במקום דהוי יאוש והפקר גמור, שלא היה יכול להציל, דזכה המציל לעצמו מדינא, על כל זה יש תקנה שהרבנים ובית דין מכריזים שכל מי שלקח דבר מהשריפה ישיבנה לבעלים".

בעל "ערוך השולחן" מסיק להלכה, שיש להתחשב כדין המלכות לעניין זה, ושכן נוהגים למעשה¹⁸⁴: "ונ"ל דבמדינתנו שהמלכות מענשת למי שלוקח של אחרים בעת השריפה ככל ענין אינו של המציל, והבעלים אינם מתייאשים מזה, ומשלמים להמציל רק שכר טרחו, וכן פסקו מגדולי האחרונים, ומעשים בכל יום שדנים ככ"ד להחזיר להבעלים כל מה שהצילו מן הדליקה".

¹⁷⁵ שר"ע שם, בהגהה.

¹⁷⁶ אב"ד לובלין במאה הי"ח.

¹⁷⁷ עטרת צבי, על סימן רסד, סעיף ה'.

¹⁷⁸ עטרת צבי, חו"מ, סימן רסד, סעיף ה, אות יא; והוכא גם בספר מאמר קדישין, לרבי קים קדיש בר' קים

קדיש, חו"מ, סימן רסד, סעיף ה, אות יב.

¹⁷⁹ חקב"א (1760) – תקפ"ח (1828). מגדולי החכמים בדורו.

¹⁸⁰ שר"ת בית אפרים, חו"מ, סימן נח, בסופו.

¹⁸¹ כלומר, דינא רמלכותא.

¹⁸² תקמ"ח (1788) – חרכ"ח (1868).

¹⁸³ רות חיים, חו"מ, סימן רנט, אות ג.

¹⁸⁴ ערוך השולחן, חו"מ, סימן רסד, סעיף טו.

הצלה מנזק ודאי

כשדנים בכרזת זכותו של המציל לקבל תשלום מן הניצול, יש לתת את הדעת לדעה האומרת, שמי שאינו מציל מנזק ודאי הדיהו בחינת "מבריה ארי" בעלמא¹⁸⁵, ואינו זכאי לתשלום.

כך פירשו התוספות¹⁸⁶ את דין המשנה המזכה את המציל לקבל את שכרו, שאין אומרים כאן שהוא "מבריה ארי" בעלמא, משום שהצילו המציל מנזק ודאי: "ואומר ר"י דמבריה ארי פטור היינו רוקא שמצילו מפחד הארי, שירא שיבוא, וקידם ברועים והבריחו, ולא ברי הזיקא, דבלא הצלתו יכול להיות שלא היה בא. אבל מציל מפי הארי ושטף נהר חמורו ומחזיר אברה, דברי הזיקא, ובא זה והציל – נוטל שכרו".

נושאי כלי השולחן ערוך¹⁸⁷ הביאו את דברי התוספות, וכך פסק להלכה בעל ערוך השולחן¹⁸⁸: "וכן רוקא שבאם לא היה מצילו היה ההיזק ברי, אבל אם אין ההיזק ברי – אין משלם לו כלל, דהוי מבריה ארי מנכסי חבירו, דאין צריך לשלם (תוספות ב"ק נח)¹⁸⁹. אמנם, נתנו הראשונים הסברים אחרים להבחנה בין "מבריה ארי" שאינו זכאי לתשלום, לבין מציל רכוש שזכאי לתשלום¹⁹⁰, אך ספק הוא אם היו פוסקים על פי הבחנת התוספות.

זאת ועוד, לפי השיטה האומרת, שהמציל זכאי לקבל את הוצאותיו משום "דמסתמא¹⁹¹ ניחא ליה שכל מי שיציל יטול שכר כל זמן שלא ימחה בידו", אפשר לומר שאף כשהנזק אינו ודאי, כשבוודאי ניחא לבעלים לשלם שיצילו אותם מספק הנזק, ועד כדי אותו סכום יהיו חייבים לשלם למציל.

¹⁸⁵ ראה לעיל, ליד ציון הערה 86.

¹⁸⁶ חוספות לב"מ לא ע"ב, ד"ה אם יש; וכן השווה תוספות לב"ק נח ע"א, ד"ה א"נ מבריה ארי.

¹⁸⁷ ראה: ט"ז, שו"ע חו"מ, סימן רסד, סעיף ד; נתיבות המשפט, חו"מ, סימן רסד, הביאורים, ס"ק א.

¹⁸⁸ ערוך השולחן, חו"מ, סימן רסד, סעיף ד.

¹⁸⁹ וראה בתשובת רבנו גרשום, סימן עד, לעיל, ליד ציון הערה 155, שאם הבעלים יכולים להציל אין לו דמי היין, אבל יש לו שכר. היש סתירה בין הבחנתו של רבנו גרשום (בין יכול להציל לאינו יכול להציל), לבין הבחנתם של התוספות (בין ברי הזיקא ללא ברי הזיקא)? לכאורה, כיוון שהבעלים יכולים להציל, לא ברי הזיקא, אבל למעשה אין סתירה בין שתי ההבחנות הללו. התוספות מדברים על היזק שאולי יבוא, ואילו רבנו גרשום מדבר כהיזק שבא כבר, והשאלה היא האם אפשר להציל ממנו? מסיבה זו סבור רבנו גרשום ש"אם ספק הדבר, אם יכול [=להציל] ואם אינו יכול, יטילו פשרה ביניהם ויחלוקו", ואין הספק מבטל כלל את זכותו של המציל. עתה, כשברי הזיקא, יש להבחין בין יניצל הדבר מאליו, שאז לא יקבל המציל דבר, לבין אם אפשר להציל על ידי הבעלים, שאז יקבל המציל את שכרו.

¹⁹⁰ ראה לעיל, הערה 86.

¹⁹¹ חוספות לב"ק נח ע"א, ד"ה א"נ מבריה ארי, ראה לעיל, ליד ציון הערה 149.

התנאה ברבר שיפוי – אימתי התנאי הכרחי?

דאינו, על פי פירוש המשנה, שהמציל זכאי לדמי יינו, רק אם התנה עם הבעלים שיתן לו את דמי יינו שמפסיד בהצלתו, אבל אם לא התנה, אינו זכאי אלא לשכרו. הלכה זו קשה להולמה. שאלה היא מדוע הבחינו בין שכרו להפסד יינו? יתרה מכך, היא קשה למציל, גם משום שהיא מגבילה את זכותו לשיפוי על הפסד יינו, אם התנה על כך עם הניצול.

אבל, כפי שנראה להלן, צומצמה הלכת המשנה והיא תקפה רק כשנעשתה ההצלה בנוכחותו של הניצול, וגם אז רק כשהמציל לא התנה עמו. על פי פירוש מהפכני זה של המשנה, הדין האמור במשנה אינו הכלל – כפי שעשוי להשתמע מלשון המשנה – אלא הוא דווקא היוצא מן הכלל. הכלל הוא אפוא שהמציל זכאי לא רק לשכרו, אלא גם לשיפוי על הפסדו, בעוד שדין המשנה, שאינו מזכה בתשלום על הפסדו, אלא אם כן התנה עם הבעלים, אינו אמור אלא במקרה מיוחד, היינו, כשהבעלים נוכחים בשעת ההצלה, וכשהמציל לא התנה עמהם.

ההבחנה, להלכה, בין מקרה שנעשתה בו ההצלה בפני הניצול, לבין מקרה שנעשתה בו ההצלה שלא בפניו, מצויה בתוספות לבבא קמא¹⁹², וכך נאמר שם: "אין להקשות בשטף נהר חמור חבירו למה אין לו אלא שכרו, למה אין לו כל הפסדו; דכיון דבעל החמור עומד שם מה לנו לעשות לו תקנה שלא מדעתו, אם ירצה יתנה המציל לשלם חמורו. ועוד דע"כ [=דעל כרחך] מיירי ביכול להציל על ידי הדחק, דאל"כ [=דאם לא כן] לימא ליה מהפקר קזכינא, כדאמרינן התם על חבית של דבש. ומ"מ שכדו נותן לו, דמסתמא ניחא ליה שכל מי שיציל יטול שכר, כל זמן שלא ימחה בידו, כיון שאין יכול להציל אלא ע"י הדחק". כלומר, התוספות יוצאים מתוך הנחה שיש תקנה להשיב למציל את הוצאותיו¹⁹³, והם רק מצמצמים את התקנה כך שהיא תקפה רק כשנעשתה ההצלה בנוכחות הניצול.

דברים דומים אומר הרא"ש בפסקיו לבבא מציעא¹⁹⁴: "... ואם הבעלים שם ולא התנה עמהן והניח מלאכתו מעצמו והשיב אבידה, לא יטול אלא כפועל בטל לגמרי... דחכמים תקנו ליטול שכר על השבת אבידה כדי שיניח אדם מלאכתו וישיב אבידה, אבל אם הבעלים עומדים שם לא הוצרכו לתקן, כיון שיכול להתנות, ואם לא התנה הפסיד ולא יטול שכר על השבתה. אבל כפועל בטל לגמרי יטול, דאנן סהדי דניחא להו לבעלים בהכי. ודבר זה אנו למידין מההוא דתנן בפרק הגזול בתרא (דף קט"ו): שטף נהר חמורו וחמור חבירו והניח שלו והציל של חבירו, אין לו אלא שכרו, ולא אמרינן שיטול כל מה שהפסיד בהשבתו כי היכי דאמרינן הכא היה בטל מסלע שאין מפסיד כלום בהשבתה, אלא נוטל כמו ששמין שאדם היה נוטל על מלאכה קלה כזו. אלא היינו טעמא כיון שבפני בעלים הוא היה לו להתנות, ומדלא התנה הפסיד ולא יטול אלא שכר טורחו. ומינה שמעינן דאם אין הבעלים שם צריך ליתן לו דמי חמורו".

¹⁹² תוספות לב"ק, שם.

¹⁹³ ראה על כך לעיל, ראש פרק רביעי.

¹⁹⁴ פסקי הרא"ש לב"מ, פרק ב, סימן כח.

אמנם, חירוש זה, שאם ההצלה היא שלא בפני הבעלים, יטול המציל את מה שהפסיד בהצלה, טעון בירור לאור המשנה בכבא מציעא, פרק שני¹⁹⁵: "היה בטל מסלע לא יאמר: תן לי סלע, אלא נוטל לו שכרו כפועל. אם יש שם בית דין מתנה בפני כ"ד. אם אין שם ב"ד בפני מי מתנה? שלו קודם". משמע מכאן, שאם אין שם בית דין, אין המציל זכאי לקבל את מלוא השכר שהפסיד, אף שההצלה היא שלא בפני הבעלים¹⁹⁶.

כך משתמע גם מן התוספות לכבא מציעא¹⁹⁷, היינו, שאף שלא בפני הבעלים לא יקבל משיב אבדה את מלוא שכרו, שהפסיד בעקבות ההשבה, אלא אם כן התנה בפני בית דין, וזה לשונם: "אם אין שם ב"ד לא ישיב, כיון שאם ישיב לא יהא לו אלא כפועל בטל, אבל אם אינו עושה מלאכה ישיב בחינם". אחד כך הם מבררים את הדין האומר, שאם הייתה שלו מדוכה משל חברו פטור, ושואלים: "היכי דמי: אי ליכא ב"ד אפילו מועטת נמי מן האכידה לא ישיב, ואי בפני ב"ד כי נמי אין מרובה אלא שוה לאכידה למה יתנו ב"ד ליתן לו כל שכרו, א"כ מה ירויחו הבעלים?". כלומר, אם אין שם בית דין לא יקבל המשיב את הפסד שכרו המלא, מעבר לשכרו של פועל בטל, ואין אומרים, שכיוון שהייתה ההשבה שלא בפני הבעלים, אין צורך להתנות על כך.

אמנם מהמשך דברי התוספות נראה שהם מבחינים בין הפסדו של המשיב לבין הפסדו שכרו, מעבד לשכרו של פועל בטל, מתוך שהם מדמים את הפסדו לשכרו של פועל בטל, ולכן הם שואלים מדוע כששטף נהר חמורו אין משיבים למציל את דמי חמורו? וזה לשונם: "וא"ת [= ואם תאמר] דהכא משלם לכל הפחות השכירות כפועל בטל, וכן משני לקמך... ומסתמא שומר חנם נמי שקדם בשכר חוזר ונוטל מבעל הבית, ואילו בפרק הגוזל בתרא (ב"ק דף קטו ע"ב) תנן: שטף נהר... אין לו אלא שכרו, ואין משלם לו דמי חמורו שטבע" ותירצו ששם מרוכר בשיכול להציל על ידי הדחק, וכו'. יש להבחין אפוא בין הפסד שכרו המלא לבין שכרו כפועל בטל, שהוא זה להפסדו.

אף הדין האומר שאם שלו מרובה משל חברו לא ישיב, ושלפי פירוש התוספות, כאמור, לא יהיה זכאי להשבה מן הבעלים, אינו אמור אלא בשכרו שהפסיד כשהכוונה היא לשכר העודף על שכר הבטלה דווקא; אבל בהפסד ממש, כגון שאבדה גם לו אבדה, והפסיד אכדתו כדי להשיב אכדת חברו, אם עשה כן בהיעדר בעל האבדה, יהיה זכאי לקבל את הפסדו¹⁹⁸.

¹⁹⁵ משנה כ"מ ב ט; בכלי שם ל ע"ב.

¹⁹⁶ אמנם, גירסת הר"ף היא: "אם יש שם בית דין מתנה עמו בפני בית דין", ומשתמע ממנה שמדובר בהצלה בפני הבעלים, וראה "נימוקי יוסף" שם, בשם הר"ן, ששואל על גירסה זו, שאם הבעלים שם, מדוע הוא צריך להתנות בפני בית דין ואין די בהתנאה עם הבעלים? והשווה גם פירוש רבנו יהונתן מלוניל לב"ק קטז ע"א, מהדורת ר"ש פרידמן, עמ' 367, שאמר: "והכא לא צריך ב"ד כדבעי באכידה... משום דלא דמי, דכאכידה בעל האכידה הוא עמו".

¹⁹⁷ תוספות לכ"מ לא ע"ב, ד"ה אם יש.

¹⁹⁸ אם לא נאמר כן, נאלץ אולי להבחין, לשיטת התוספות, בין השבת אבדה לבין הצלה: בהשבת אבדה, אם הבעלים אינם שם, ולא התנה בפני בית דין, אין למשיב זכות לתבוע מן הבעלים את הפסדו, משום שהבעלים יכולים לטעון שאילו הייתה אבדתם מושבת על ידי אחרים שאין שכרם מרובה, לא היו מפסידים. לעומת זאת, בכד הדבש שנסדק, אם לא היה המציל מציל את הרבש, היו הבעלים מפסידים את רבשם לגמרי.

יסוד להבחנה בין שכרו כפועל בטל לבין מלוא שכרו שהפסיד בגלל כיטול עבודתו, הוא שהרי ממילא לא עבד¹⁹⁹. וכלשונו של הסמ"ע²⁰⁰: "שמסתמא ניחא ליה לאדם במנוחה ממלאכתו הכבדה, ולעסוק בהשבה זו ולקבל פחות מדמי מלאכתו". דברים מפורשים יותר לקיום החירוש האומר, שאם ההצלה היא שלא בפני הבעלים, זכאי המציל להשבת הפסדו, בלא שיהא מקום לקושיה מן המשנה, בבכא מציעא פרק שני, אנו מוצאים בדברי רבנו נסים המוכאים ב"נימוקי יוסף"²⁰¹: "שלו קודם, ודוקא כגון שהיה בטל מן הסלע, ולא מצי למשקל מחבריה בלא תנאי כדאמרן, א"נ היכא דשלו מרובה, והיה מפסיד, דודאי לא יטול מבעל אבדה טפי ממה שהחזיר לו. אבל כל היכא דשלו מועטת [וליתנהו לבעלים], כיון רמן הדין שלו קודם אפילו היכא רליכא כ"ד מניח את שלו כדי להחזיר את של חכרו, ונוטל ממנו שיעור זה שהפסיד בודאי, דה"ל [= רהוה ליה] כשכרו של פועל בטל ודבר ברור הוא". לאחר מכן הקשה מן המשנה, העוסקת בהציל את הרבש, שאין לו אלא שכרו, והשיב, שכיוון שהיה בפני חברו ולא התנה – הפסיד.

הרמב"ם אינו מקיים את החירוש המאפשר למציל לקבל את הפסדו אם לא היה הניצול שם. לפי הרמב"ם יקבל המציל את מה שהפסיד רק אם אמר לבעלים, או שהתנה בפני בית דין, ברומה למה שפסק להלן בעניין שיעור שכרו של משיב אבדה, וזה לשונו²⁰²: "הניח אבדתו והחזיר אבדת חבירו אין לו אלא שכר הראוי לו, כיצד...; ואם אמר לו: אציל את שלך ואתה נותן לי דמי שלי, או שהתנה בפני בית דין – חייב ליתן לו דמי שלו"²⁰³. הטור²⁰⁴ פסק כדברי הרא"ש, אבל המחבר בשולחן ערוך²⁰⁵ לא הביא את דינו של הרא"ש, אלא הלך בעקבות הלכת הרמב"ם, והביא את לשונו²⁰⁶, אלא שהרמ"א²⁰⁷ מוסיף את

¹⁹⁹ ראה רש"י לב"מ ל ע"ב, ד"ה לא יאמר; וראה: בית יוסף לטור תו"מ, סימן רסה, סעיף א.
²⁰⁰ סמ"ע לשר"ע חו"מ, סימן רסה, ס"ק ח; ורש"י ב"מ ל ע"ב, ד"ה אם יש שם בית דין, שהסביר מדוע אם התנה, זכאי לקבל את מלוא שכרו שהפסיד: "שאם נזח לו לטרוח יותר כדי להרבות שכר, ואינו חפץ ליבטל ממלאכתו, מה יעשה?... יתנה בפניהם ויאמר: ואו שאני משתכר כך וכך ואי איפשי ליבטל ליטול שכר מועט, אני אשיב אם תאמרו שאטול שכר משלם".

²⁰¹ נימוקי יוסף לב"מ, פרק ב (טז ע"ב בדפוס וילנא).

²⁰² רמב"ם, הלכות גולה ואבדה יב ג.

²⁰³ ושם, בהלכה ד, בעניין שיעור שכרו של משיב אבדה נאמר: "ואם התנה עם הבעלים או בפני בית דין שיטול מה שיפסיד והרשוהו, הרי זה נוטל. ואם אין שם בעלים ולא בית דין – שלו קודם". יש לציין שהרמב"ם מוסיף כתנאי בית דין "והרשוהו", בניגוד להלכה ג, שאינו מוסיף שם כן (וראה לעיל, הערה 28); לעניין תנאי עם הבעלים, שלדעת הרמב"ם אינו צריך להיחזר בפני בית דין, ראה: הגהות מיימוניות לרמב"ם, שם, אות ד, שדעת רבנו ברוך ממגנצא שצריך תנאי בפני בית דין, משום שמן התורה חייב להשיב בחינם, מה שאין כן בשטף נהר שאין צריך תנאי בפני בית דין.

²⁰⁴ טור חו"מ, סימן רסד, סעיפים ב-ג.

²⁰⁵ שו"ע חו"מ, סימן רסד, סעיף ב.

²⁰⁶ ראה: מגיד משנה על הרמב"ם, שם, הלכה ג. אמנם "בית יוסף" שם, אינו משיג על הטור שהביא אח דברי הרא"ש, וכן הרמ"א לשר"ע שם, כשמביא אח דעת הרא"ש, אינו מביאה כלשון "יש אומרים". וכן נראה מ"נימוקי יוסף" לב"מ ע"א כדפי הר"ף, שאף לדעת הרמב"ם קיימת הבחנה בין היו הבעלים שם לבין לא היו הבעלים שם.

²⁰⁷ הגהת הרמ"א לשר"ע, שם.

חירושו של הרא"ש בהגהותיו, וזה לשון ה"טור": "הניח אבירתו והחזיר של חבירו אין לו אלא שכרו הראוי לו...; בד"א? שהיה בעל החמור שם וזה לא התנה, אבל אם לא היה שם, או שהיה שם וזה התנה עמו או שהתנה כך בפני ג' – חייב ליתן דמי חמור שלר". והוסיף הרמ"א בהגהתו לשולחן ערוך: "ואם אין הבעלים שם אף ע"פ שלא התנה, כאילו התנה דמי".

ראינו לעיל, שאם הייתה ההצלה בפני הבעלים, אין לו אלא שכרו, אבל לא הפסדו. ה"סמ"ע", כשבא להסביר את ההבדל בין שכרו של המציל לבין פיצוי על הפסדו, נותן שני טעמים לדבר²⁰⁸: הטעם האחד הוא שמתוך שלא התנה המציל הרי שמתל לו, כלומר, שבלא מחילה היה הניצול חייב לשלם; והטעם השני הוא שבעל הרכוש הניצול יכול לטעון כנגד המציל, שאילו לא הציל היה הניצול שוכר אדם אחר להציל. שני טעמים אלה אין להם מקום כשהניצול לא היה במקום, וזה לשון הסמ"ע: "אלא שכר הראוי לו... אבל אין צריך ליתן לו יותר בשביל הפסד חמורו, דהוה ליה להתנות עם חבירו ולומר 'אם תשלם לי דמי חמורי אציל את שלך'; ומדלא התנה שמע מינה מחל לו. אי נמי, משום דיכול חבירו לומר: אם לא היית מצילו הייתי מהדר אחר איש אחר (שהציל) [שיציל?] את שלי בשכירות זה²⁰⁹. משא"כ כשאינו שם דצריך לשלם לו דמי חמורו, כמ"ש מור"ם בהג"ה וכ"כ הטור, והאי טעמא דמסתמא ניחא לחבירו בזה".

בין שני הטעמים שהביא הסמ"ע יכולה להיות נפקא מינה, בעת שהניצול אינו יכול למצוא מי שיציל את רכושו בשכר בלבד, שאז אולי יעמור לו הטעם הראשון להיפטר, אבל לא יעמוד לו הטעם השני.

ועדיין צריך לברר מדוע הטעם הראשון, שיש כאן מחילה, יש בו לפטור את הניצול מלשלם את דמי היין, ואין בו לפטור אותו מלשלם גם את שכרו? אפשר שמשום כך נצרך הסמ"ע לטעם השני, שאפשר להסיק מחילה מאי ההתנאה על דמי היין, משום שהניצול יכול היה להציל את רכושו בלא הוצאות אלו, מה שאין כן לעניין שכרו של המציל, שאין להסיק מחילה מכך שלא התנה, שהרי בוודאי הניצול מסכים לשלם לו שכר כדי שיציל לו, שהרי אי אפשר לו להציל בלא זה. לפי זה, המחילה תהיה רק כשהמציל היה יכול להציל בלא הפסד היין.

ראוי לעמוד על עניין נוסף בדברי הסמ"ע והוא פירוש ההתנאה בפני בית דין, בעניין תשלום הפסד היין. לדעת הסמ"ע²¹⁰, ההתנאה בפני בית דין, כוחה יפה אף כשהיו הבעלים בשעת ההצלה. גם אז המציל אינו חייב להתנות עם הבעלים דווקא, אלא יכול הוא להתנות עם בית דין. ממילא תתפרש הגהת הרמ"א "ואם אין הבעלים שם אף ע"פ שלא התנה

²⁰⁸ סמ"ע, שר"ע חו"מ, סימן רסד, ס"ק ז.

²⁰⁹ ואם נעמיד גם את הטעם הראשון במקום שאפשר היה להציל בלא לשפוך את היין, נצטרך לומר, שלטעם הראשון, לולי המחילה היה בעל הרכוש חייב לפצותו על הפסד היין, אף שהיה יכול להציל על ידי אחר שאינו צריך לשפוך יין; שהרי סוף סוף ההצלה שנעשתה על ידי מציל זה נעשתה בשפיכת היין, וכיוון שניצול הלה על ידי יינו של זה, נמצא ממונו של המציל אצל הניצול, ברכוש שניצל.

²¹⁰ סמ"ע, שר"ע חו"מ, סימן רסד, ס"ק ח: "או שהתנה כן כר, פירוש אפילו אם היה שם חבירו ולא התנה עמו, כיון שהיו שם ג' שנקראין ב"ד והתנה עמהן – חייב".

כאילו התנה דמי" בלא סייג, ואף שיש שם אחרים, שאפשר להתנות בפניהם, אין צורך בהתנאה כלל.

אבל דעת הט"ז אינה כן. הוא אינו מסכים לכך, שאפשר להתנות בפני אחרים כשהבעלים נמצאים שם²¹¹. לכן הוא אומר שההתנאה בפני אחרים אמורה רק כשהבעלים אינם נוכחים במקום, שאם יש אחרים, חייב המציל להתנות בפניהם, ואם לא עשה כן, לא יהיה זכאי לקבל את רמי יינו²¹². לפי פירושו, זכותו של המציל מצטמצמת אפוא משתי בחינות: כשהבעלים נוכחים בעת ההצלה – אין אפשרות להתנות אלא עמהם; כשהבעלים אינם במקום ויש אחרים, יש להתנות עמהם. אבל מכל מקום, יש לציין, שהן הסמ"ע והן הט"ז מודים שכאשר אין אחרים אין צורך בהתנאה כלל, ויהיה המציל זכאי לתשלום תמורת יינו שהפסיד.

הלכתנו הוסברה וסוכמה ב"ערוך השולחן"²¹³: "הניח אבירתו והחזיר אבירת חבירו אין לו אלא שכר הראוי. כיצור? שטף נהר חמורו וחמורו חבירו, שלו שוה מנה ושל חבירו מאתים והניח שלו והציל של חבירו – אין לו אלא שכר הראוי כפי שאחר היה נוטל בעד טירחא כזו. ואע"ג דמחוייב להשיב אבירה בחנם, כמו שיתבאר בסי' רס"ה, מכל מקום הרי נתבאר שם ראם הוא עוסק במלאכה אינו צריך להפסיד בשביל האבירה, ובכאן הוא מפסיד חמורו על ידי זה. ואם תאמר: אם כן יטול כל שווי חמורו, דודאי אם בעל האבירה אינו בכאן צריך לשלם לו בעד החמור שלו בשלימות, כמ"ש הטור, וזה שאמרנו ראין לו אלא שכר הראוי, זהו כשהבעלים בכאן, דהוה לו להתנות עמו שישלם לו בעד חמורו, ומדלא התנה, איהו דאפסיד אנפשיה ואינו משלם לו רק כפי הטירחא שהיה משלם לאחר; ועוד דהבעלים יכולים לומר 'אילו אמרת לי כן הייתי שוכר אדם אחר להציל'; ולכן אם באמת אמר – 'אציל את שלך ואתה נותן דמי שלי', והבעלים הודו לדבריו – חייב ליתן לו דמי שלו, דאם לא היה רצונם בכך היה להם להגיד לו שלא יתנו לו כן, ומדשתק – סמך דעתו. וכן אם היו שם ג' אנשים והתנה כן בפניהם ג' כגובה כל דמי חמורו. ואפילו היו הבעלים שם והתנה עם הג' אנשים ג' כהדין כן [סמ"ע], דאם לא היה רצונו בכך היה לו למחות. ויש אומרים דאם הבעלים שם לא מהני תנאי רק עם הבעלים, וזה שמהני תנאי בפני ג' אנשים זהו כשאין הבעלים שם, ואע"ג דכשאין הבעלים שם נתבאר דאין צריך תנאי כלל, זהו כשאין שם ג' אנשים, אבל כשיש ג' בני אדם שדאויים להיות בית דין – אינו גובה בלא תנאי [ט"ז]. וכל אלו הדברים הוא מתקנת חכמים²¹⁴ [ע' ברי"ף לגירסתו, וב"נימוקי יוסף" סוף פרק ב דב"מ]."

²¹¹ ט"ז, שו"ע, שם, סעיף ג.

²¹² "ממה נפשך: אם יש שם בעל החמור, אמאי לא יתנה עמו דוקא, ואעפ"י שיש שם ב"ד היאך ירשהו בשל אחר כשהוא כאן ולא ישאלוהו אם ניתא ליה או לא? ואם שאלוהו ואינו מסכים, מה לב"ד בכך?"; וראה: נתיבות המשפט, שם, חידושים, ס"ק ד, שהכוונה כ"שהבעלים שם רק שעמרו מרחוק, או אין צריך לרוץ להבעלים, רק שכיון שגילה דעתו להב"ד – סגי, דאמרינן דמסתמא ניחא ג"כ להבעלים".

²¹³ ערוך השולחן, חו"מ, סימן רסד, סעיף ג.

²¹⁴ וראה: ערוך השולחן, חו"מ, סימן קכח, סעיף א, שהביא את הבתנת התוספות בב"ק נח ע"א, ד"ה אי"ג מברייא ארי.

ירד להציל ולא הציל

האם זכאי אדם, שירד להציל את רכוש חברו ולא עלתה כידו, לקבל את שכרו ואת הפסדו? אמנם הוציא המציל הוצאות על פעולת ההצלה, אבל הוצאותיו לא הניבו פירות, ובעל הנכס לא נהנה מן ההוצאות הללו.

מוכן, שאם התנה המציל במפורש שאף אם לא יצליח להציל יהיה זכאי להשבת הוצאותיו, זכאי הוא לקבל מבעל הנכס את הוצאותיו, אבל שאלה היא מה יהא דינו של מי שלא התנה במפורש על כך, ודינו של מי שירד להציל בלא להתנות כלל על השבת הוצאותיו? במקרה זה יש לבחון את זכויותיו של המציל לפי כללי פירוש ההסכם שעשה עם בעל הנכס²¹⁵ – אם נעשה ההסכם – וכן עלינו לשקול האם על ידי פעולת ההצלה, נחסכו מבעל הנכס הוצאות שהיה צריך להוציא, אילו הציל על ידי אחרים.

שאלה זו נשאל ר' יהודה הנשיא, והשיב, שאין למציל אלא שכרו²¹⁶: "בעא מיניה רב מרבי: ירד להציל ולא הציל, מהו? אמר לו: וזו שאלה! – אין לו אלא שכרו".

ויש שפירשו שדברים אלה תקפים רק כשהתנה על השבת הוצאותיו, אך לא התנה בפירוש מה יהא אם לא יצליח להציל²¹⁷, אלא שלכסוף לא הציל, ואילו אם לא התנה, וירד להציל מעצמו – אפילו שכרו אין לו²¹⁸.

וכך מוכח בשולחן ערוך²¹⁹: "ירד להציל ולא הציל – אין לו אלא שכרו הראוי לו"²²⁰, והגיה הרמ"א²²¹: "ורוקא שהתנה עם הבעלים, אבל לא התנה עם הבעלים וירד להציל ולא הציל – אפילו שכרו אין לו, דהא לא הועיל לו"²²².

²¹⁵ ראה הדיון בנוסחים שונים של הסכם הצלה, במחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן כג.

²¹⁶ ב"ק קטז ע"א.

²¹⁷ ראה: סמ"ע, שו"ע חר"מ, סימן רסד, ס"ק יא, ושלא כדעת בעל הלבוש, עיין שם.

²¹⁸ וראה: שו"ת יד אליהו, סימן עד, דף עג, טור ג, ד"ה ובהיותו, ואילך.

²¹⁹ שו"ע, חר"מ, סימן רסד, סעיף ד.

²²⁰ וראה: שו"ת חוות יאיר, סימן קנד, שנשאל על "ראובן שביקש משמעון שישחדל לו איזה השתדלות אצל השררה, ופסק עמו ליתן לו שכר... ולא עלתה כידו, ומקש מראובן שיחזיר לו הוצאות... והרי הרופא נוטל שכר פסיעותיו וכתיבתו אפילו מת התולה", והשיב שם שאין לנו להוציא ממון מאומדנא וסברת הכרס, וגם מפני חיקון העולם ליתה, שהרי השתדלן בן דעת ויש בידו להתנות ולעשות מה שירצה, ואינו דומה לרודף אחר הרודף ששיכר כלים, ואם שתק ולא התנה, הכניס את עצמו לספק היזק מפני רוח מעות הקצוב.

וראה: שושנת יעקב, לרמ"מ הורביץ, חו"מ, סימן רסד, סעיף ד, האומר שהמציל זכאי לקבל את שכרו, אף שתמורו עלה מאליו, כשם שאם הציל נוטל דמי שלו אף שעלה שלו מאליו; וראה גם: שו"ת חוות יאיר, שם; אבל ראה: ראה חיים, לר"ח פאלאג'י, פרשת חקת ובלק, חלק ב, דף סג, טור א, השואל על סברה זו משובת הרא"ש, ראש כלל קה, שמפרש שאיבד המציל חמורו, וכן שואל שם על פסקו של "באר עשק", סימן פה וסימן מת.

²²¹ הגהת הרמ"א, שו"ע, שם.

²²² וכך פסק הרמ"א בשובתו, שו"ת הרמ"א, סימן פו, דף עה, טור א, בדפוס ניויורק תשי"ד, שכן כתב: "דקא אותן הוצאות שהועיל לה בהן, שאם לא הוציאה היה המשפט נפסד, כגון ההוצאה שהוצרך להוציא בשנסע לויטנברג, וכן שהולך בעלה שהיה לו הכח למקום המשפט. אבל מה שנסע הוא

אמנם התנאי שמדבר בו הרמ"א, נתפרש באופן רחב: אם הבעלים לא היו שם, הרי אף אם לא התנה עמם הרי זה כאילו התנה, וצריך לתת למציל את שכרו²²³, בתנאי שהוצאותיו של המציל סבירות²²⁴. וכשם שאמרנו לעיל, ששכרו כולל את הוצאותיו ההכרחיות, אף כאן יקבל המציל הוצאות אלו.

שאלה היא מה טעמה של ההלכה השוללת את זכותו של המציל לשכרו, אם לא עלה בידו להציל, ואילו אם לא התנה והציל הוא מקבל את שכרו? ראוי לבחון שאלה זאת לאור הטעמים לפיהם מי שעלה בידו להציל מקבל את שכרו²²⁵. לפי הטעם שהתקנה היא בדבר השכיח דווקא, יוצא שבזה, שאינו שכיח שלא יציל, לא תיקנו; לפי הדעה שלא תיקנו לשלם למציל אלא מה שהתנה את הניצול, אף כאן, שלא התנהו, לא יטול²²⁶, לפי הטעם שמקבל שכרו משום שמן הסתם נוח להם לבעלים שיציל הלה עבורם, אפשר לומר שאף טעם זה יסודו בתקנה, ואם לא הציל – לא תיקנו שישלם לו²²⁷.

פרק אחד-עשר

ירד להציל וניצל מאליו

מה דינו של מציל שהוציא הוצאות לשם הצלה, אלא שבסופו של דבר ניצל הרכוש מאליו, בלא סיועו של המציל? האם יש לדמותו למי שירד להציל ולא הציל, שאין לו אלא שכרו? בתלמוד הירושלמי מובא²²⁸: "תני, הניח שלו להציל של חבירו ועלה של חבירו מאליו – אין נזקק לו כלום". בין אם כוונת הירושלמי שאין נזקק לו כלום, ולא יקבל אפילו את

בראשונה, והוצרך לחזור לאחוריו מזה – פטורה, דהו"ל [= דהוה ליה] כירד להציל ולא הציל, דאין לו רק שכרו הראוי לר".

²²³ ראה: סמ"ע לשו"ע, שם ס"ק יב, וכן משמע מתשובת הרמ"א, שם, שמדמה את נידונו לאדם שירד להציל ולא הציל, שאין לו אלא שכרו הראוי לו. אף שלא התנה שם עם הניצול, אלא שכיחן שלא היו הבעלים שם ולא היה יכול להתנות עמם, הרי זה כאילו התנה, כמו שמוכיח מדין שטף נהר חמורו. ²²⁴ כסף הקדשים, לרא"ד מבאטשאטש, על סמ"ע, שם: "מ"ש הסמ"ע... נראה שאין כן כשבשעה שירד להציל היה ע"פ אומדנא הצלה קרובה, עד שהיה מוטל מצד מצוות השבת אבדה לירד להציל ע"י הוצאות סך שהוציא".

²²⁵ לטעמים המובאים כאן, ראה לעיל, פרק שישי.

²²⁶ שו"ת מהר"ם פדואה, סימן סג: "הרי לפנינו דאף בדבר שראוי לתקן כדי להרגילם לעתיד ולא ימנעו מלהציל, לא תקנו לשלם מאחר שלא נהנה, כדמפורש בחוס' בפרק בתרא דכתובות".

²²⁷ וראה: נתיבות המשפט, סימן רסד, ביאורים, ס"ק ג, האומר, שכיוון שירד שלא ברשות, דנים אותו כ"ירוד שלא ברשות", ואין לו אלא כשיעור שכח; וראה עוד בנושא זה, בספר החפץ חיים, לר' חיים פאלאגי, סימן יב.

²²⁸ ירושלמי, ב"ק פ"י ה"ה, ז ע"ג.

שכרו, ובין אם כוונתו שיקבל את שכרו²²⁹, מכל מקום לא יקבל המציל את רמי חמורו שהפסיד²³⁰.

התלמוד הבבלי אינו עוסק בסוגייה זו, ושאלה היא האם אפשר להסמיק את הלכת הירושלמי גם על התלמוד הבבלי? רעת הרמב"ן היא שאפשר לומר כן. הרמב"ן רן, בפרק השוכר את האומנין, בשאלת סיכול הסכם בין בעל הבית ופועל, ובין בעל הבית וקבלן, והסתייע בסוגייתנו לפתרון שאלה זו²³¹: "וגבי שטף נהר חמורו אשכחן בירושלמי, בפרק הגחל בתרא, יתני הניח את שלו להציל את חבירו ועלה של חבירו מאליו אינו נזקק ל כלום", ואפשר נמי דהא דאמרי' בגמרא דילן יורד להציל ולא הציל אין לו אלא שכרו' – אפילו עלה מאליו בכלל זה, ואע"פ שזו קבלנות היא והתחיל בה, שהרי יורד להציל נומכל מקום רווחאן שבא בו לבעל הבית הוא".

אבל ר' יהונתן מלוניל סבור, שהמציל זכאי לקבל דמי חמורו שהפסיד: "אבל²³² לא קא מיבעיא ליה אם יורד להציל ועלה של חבירו שהיה יפה מאתים מאליו, מהו? מי אמרינן השתא מיהא לא טרח ולא משלם ליה כלום, או דילמא כיון שהפסיד את שלו שהניחו לטובע כדי להציל את חבירו אע"פ שזה עלה מאליו חייב לשלם? ונראה דמיחייב לשלם לו דמי חמורו הואיל ועל ידו הפסידו וזה הרויח את שלו, ואע"ג דעלה מאליו בלא טורח. מיהו מנכה לו כדי טורח שהיה לו לטרוח ולא טרח"²³³.

חילוקי הדעות באים לידי ביטוי גם בשיטה מקובצת לב"ק²³⁴. הדמ"ך מסרקסטה מביא שם את דעת ר' יהונתן ("כתב המפדש"²³⁵), ואחר כך אומר: "ומיחזי למימר איפכא, כיון דלא עבר שליחותיה, משמיא הוא דדחימו עליה דאירך ועלה מאליו, וכשם שאילו הלך לאיבוד

²²⁹ ראה על כך: מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן כג; וכן ראה חידושי רבנו מאיר שמתה, ב"ק קטז ע"א, ד"ה ואחרי.

²³⁰ וראה להלן, הערה 233, דברי המאירי על הירושלמי.

²³¹ חידושי הרמב"ן, ב"מ עז ע"א, ד"ה ואתא מיטרא.

²³² פידוש רבנו יהונתן מלוניל לב"ק, מהדורת ר"ש פרידמן, קטז ע"א, עמ' 368.

²³³ אמנם, בהמשך הדברים מובא: "בפידוש רבינו חננאל ז"ל. ירושלמי...". דבר תמוה הוא כיצד מתיישבים דברי ר' יהונתן עם דברי הירושלמי, ומדוע אינו מעיר כלל על דברי הירושלמי, שאינם כדבריו? משום חמיהה זאת סבור ר"ש פרידמן, שם, עמ' 369, הע' 619, שההבאה מן הירושלמי מפי ר"ח לא נכתבה על ידי ר' יהונתן מלוניל, אלא היא הגהת אדם אחר, שנתכוון לומר, שמן הירושלמי משמע הפך דברי ר' יהונתן מלוניל.

ועוד תמוהים דברי המאירי, שכתב בבית הבחירה לב"ק, מהדורת ר"ק שלזינגר, קטז ע"א, עמ' 340: "יורד להציל את של חבירו והניח את שלו ועלו שניהם מאליהם שלא בהצלחתו יראה שאין נזקקין לו. מת שלו ועלה של חבדו מאליו, יראה שמשלם מתוכו הואיל ומח שלו אלא שמנכה לו מן הטורח שהיה לו לטרוח יותר מזה, וכן יראה מתלמוד המערב". מדבריו אלה יוצא, שאף מן הידושלמי משמע, שחייב לשלם לו, וראה חמיהת המהדיר, שם בהערה 119. משום גרדל החמיהה ראה לומר, שפירש המאירי שהירושלמי מדבר בעלו שניהם מאליהם, ולא הפסיד המציל את חמורו, ולכן אין נזקקים לו, שהרי המאירי נוקט את לשון הירושלמי: "אין נזקקין לר' בעניין עלו שניהם מאליהם. ראה: שושנת יעקב (הורביץ), ח"מ, סימן רסד, סעיף ד; וראה גם: ראה חיים, לר"ח פאלאג'י, חלק ב, פרשת תחת וכלק, דף סג, עמ' ב, המעמיד את דברי הירושלמי בשלא התנה.

²³⁴ שיטה מקובצת, ב"ק קטז ע"א, ד"ה וכתב עליו.

²³⁵ ר"ש פרידמן, שם, מכוא עמ' א.

זה לא היה משלם לו כלום, השתא נמי לא שנה, וכי היכי דכשעלה שלו מאליו אמרינן דמשמיא רחימו עליה ונוטל דמי שלו מתוך של חברו, הכי נמי דמשמיא רחימו עליה דאיך"236.

מהד"ם מפדואה²³⁷ נשאל²³⁸ בעניין שניים שנאסרו, ובא אחד להצילם, והוציא כספים כדי לשחררם, והשיג עבורם כתב שחרור, אלא שלפני שהגיע כתב השחרור יצא אחד מהם מבית הסוהר. מהר"ם מפדואה פסק שכשם שבירד להציל ולא הציל, אין לו אלא שכרו, אפילו אם התנה, כך גם בירד להציל וניצול מאליו אין לו אלא שכרו²³⁹, והוסיף: "קל וחומר בנידון דידן דלא הותנה דבר". זאת ועוד, מדבריו משמע, שאפשר שגם שכרו לא ישלם לו משום שבמציל חביתו של חברו, המציל חסך ממנו הוצאות שכירת אדם אחר להציל, ואילו כאן משום שסמך הניצול על חכמתו לצאת מן השבי לא היה בכונתו לשכור אדם אחר להצילו, וזה לשונו: "הרי משפטנו יצא לאור היות ראובן, אשר יצא חפשי ממאסרו בלי סעד וסמך המציל, פטור מלשלם, ואפילו שכר אפשר דלא משלם, דהא לא נהנה, דאילו מתניתין שטף נהר נהנה מיהא כדי שכרו, דהא היה צריך לשכור אחר אם לא ירד זה, דלא ידע דיעלה ממילא"²⁴⁰.

מדבריו משתמע לכאורה, שדווקא כשבעל הנכס לא נהנה מן ההצלה, משום שלא היה צריך לשכור אדם אחר להציל, אפשר שלא יקבל שכרו, ואילו כשבעל הנכס נהנה מן

²³⁶ וראה: נתיבות המשפט, חו"מ, סימן רסד. הביאורים, ס"ק ג, שבאסיפת זקנים פסק כרמ"א, ראה דעת הרמ"א להלן; וב"שושנת יעקב" (הורביץ), חו"מ, סימן רסד, סעיף ד, תמה על "נתיבות המשפט", שהרי בשיטה מקובצת הובאו גם דעות המחייבים לשלם לו את דמי חמורו.

²³⁷ ר' מאיר קצנלנבוגן, רמ"ב (1482) – ש"כ"ה (1565). תלמידו של מהר"י מינץ באיטליה.

²³⁸ שו"ת מהר"ם פדואה, סימן סג.

²³⁹ כדעת הרמב"ן, ראה לעיל, ליד ציון הערה 231.

²⁴⁰ הרמ"א בדרכי משה, טור חו"מ, סימן רסד, ס"ק ה, הביא את תשובת מהר"ם מפדואה, ואמר: "וצ"ע בחשובת מהר"ם פ' הגוזל בתרא במדרכי... [סימן קסז], דלא משמע כדברי מהר"ם פדואה, ואפשר לחלק בין יצא ראובן מאליו בין לא יצא רק שהיה יכול לעלות ולצאת, דבתשו' מוהר"ם במדרכי לא יצא לגמרי רק שהיה אפשר לו לצאת, ולכן פסק שם דאית ליה שכר כנ"ל. וצ"ע שם". היינו, מהר"ם קובע שאין למציל אלא שכרו, כבסוגיית שטף נהר חמורו, אם לא התנה עם הבעלים ואם הבעלים היו יכולים להציל על ידי הדוחק. כלומר, שלא כדעת מהר"ם מפדואה, יש לו מכל מקום שכר. אמנם בהמשך דבריו פסק מהר"ם שאומדים: "כמה יהא אדם כמו שמעון שהיה דר תחת שר המונחזק רוצה ליתן חתילה במשכון זה להצילו מיד שר של ראובן בלא טורח, וכמו כן נוטל ראובן משמעון מה שהנהו, כמו שומר שכר או שומר חנם שקידם ברועים ובמקלות בשכר, שנוטל מבעל הבית מה שהנהו" ומכאן, שמהר"ם כולל בתשלום שכרו של המציל גם את ההוצאות ההכרחיות, שהניצול היה מוציא כדי להציל את רכשו.

בעקבות דברים אלה פוסק הרמ"א בהגהותיו לשו"ע, סימן רסד, סעיף ד: "אבל אם הציל – לא יוכל בעל החמור לומר 'חמורי היה עולה בלעדי הצלתך', אלא חייב ליתן לו שכרו. וכן שנים שנחפסו... [ראה דבריו להלן, ליד ציון הערה 243]; ואם לא יצא רק ע"י השתדלות האחר – לא יוכל לומר לא הייתי צריך להשתדלותך כי ידי תקיפה; אע"פ שהאמת אחר, מכל מקום חייב ליתן לו כפי מה שנהנה, לפי ראות בית דין, כן נראה לי".

וראה ט"ז, רמ"א שם, שאין חייב לשלם למציל אלא כשהצלתו הייתה יכולה להיות על ידי הדותק; שאם לא כן אין צריך לחת לו אפילו שכרו; וראה: ערוך השולחן, שו"ע, שם, סעיף י, וסעיף יב.

ירד להציל וניצל מאליו

ההצלה, משום שנחסך ממנו הצורך לשכור אדם אחר להציל, צריך לשלם שכר למי שירד להציל, אף אם לא עלה ביד הלה להציל.²⁴¹ חילוקי הדעות בשאלת זכויות מי שירד להציל וניצל מאליו, באים לידי ביטוי גם בפסק ההלכה בשולחן ערוך ובנושאי כליו. הרמ"א פוסק כדעה המשווה עניין זה לעניין ירד להציל ולא להציל²⁴²: "וכן אם עלה חמורו מאליו". להלן מביא הרמ"א את נידונו של מהר"ם מפדואה, ופוסק שאינו חייב לשלם כלום²⁴³: "וכן שנים שנתפסו, והוציא אחד הוצאות: אם השני יצא מן המאסר בלא השתדלות חברו – אין חייב ליתן לחבירו כלום, הואיל ולא התנה עמו". ואולם, הסמ"ע סובר, שהמציל נוטל לא רק את שכרו אלא גם את הפסדו²⁴⁴. לרעה זו מסכים הש"ך²⁴⁵, המציין שגם הרש"ל²⁴⁶ סובר כן. לעומתו, פוסק "נתיבות המשפט"²⁴⁷ כדעת הרמ"א, ובעקבותיו הולך גם אחד מן האחרונים²⁴⁸ האומר: "וודאי דאי אפשר להוציא מיד המוחזק במחלוקת הפוסקים כהאי, ובפרט דהנתיבות שהוא גדול האחרונים כתב דהעיקר כהרמ"א".

פרק שנים־עשר

הציל את שלו ואת של חברו

מה דינו של מי שהציל נכסי עצמו ונכסי חברו. האם חברו חייב להשתתף עמו בהוצאות ההצלה?²⁴⁹ ב"שלטי הגיבורים"²⁵⁰ מובא פסקו של ר' יחיאל מפריש²⁵¹, וזה לשונו: "אדם שהציל ספרי

²⁴¹ אבל נראה שלא הבין הסמ"ע כך את דברי מהר"ם מפדואה, שהרי כתב, כשכא להסביר את דעתו של הרמ"א: "אם לא התנה עם חברו או עם ב"ד חתלה, אפילו שכירות אין לו, אף דיש לו פסידא על ידו וכדין ירד להציל ולא הציל", והוסיף: "כ"כ מור"ם פד"ו בתשובותיו סי' סג".

²⁴² רמ"א לשו"ע חו"מ, סימן רסד, סעיף ד.

²⁴³ רמ"א, שם.

²⁴⁴ סמ"ע לשו"ע שם, ס"ק יב.

²⁴⁵ ש"ך לשו"ע שם, ס"ק ד.

²⁴⁶ ים של שלמה, ב"ק, פרק י, סימן מ.

²⁴⁷ נתיבות המשפט לשו"ע, שם, ביאורים, ס"ק ג.

²⁴⁸ שו"ת חבצלת השרון, חלק ב, חו"מ, סימן כד.

²⁴⁹ השוה: ר"ש פרידמן, עמ' 14-15, ושם לא מצאנו הבתנה בין הפועל לקידום עניינו, והציל גם את של חברו, שאינו זכאי לתשלום, לבין מי שפעולתו תביא בהכרח הצלה גם לשני (ראה להלן).

²⁵⁰ שלטי הגבורים, מרדכי, ב"ק פרק י, אות קסב.

²⁵¹ מגדולי בעלי החספות. נפטר בשנת ה"א כ"ח (1268).

הצלת רכוש – שיפוי על הוצאות המציל

חבירו עם ספריו וצריך ליתן מפני ההצלה, שמא²⁵² אין לו ליתן אפילו שכר טרחה, רהא רשפך זה יינו כו' אין לו אלא שכרו, התם דקא ידע רקטרה בשל חבירו, אבל הכא נתכוון בהצלת ספריו ואינו יודע אם מציל ספרי חבירו ומשמיא רחימו עליה. ער כאן לשון רבינו יחיאל מפריש".

הרמ"א, ב"דרכי משה", הביא את פסקו של ר"י מפריש, אבל הגביל את תחולתו מכמה בחינות²⁵³: "כתב בהגהת מרדכי החדשים, פרק הגזול דף נ ע"ב, אדם שהציל ספרי חבירו עם ספריו וצריך ליתן ממון מפני ההצלה, שמא א"צ ליתן לו אפילו שכר טרחה, דהא דאמרין שפך יינו יש לו שכר טרחה היינו דידוע דקא טרח בשביל חבירו, אבל הכא נתכוין לטרוח בהצלת ספריו ומשמיא הוא דרחימו על חברו, עכ"ל ר"י מפריש". ונראין דבריו בדלא הוצרך להרכות שכר בשביל חבירו, אבל בהוצרך להרכות – פשיטא שחייב, וכ"מ [=וכן מצאתי] בתשובת מהר"ם פרו"ו סימן סג בתשובותיו, וע"ש. ועוד נ"ל דוקא שירד תחילה להציל שלו אלא שהציל גם של חברו עמו, אבל אם ירד תחלה על דעת שניהם – חייב ליתן שכרו, דמאי חזית דאזיל כתר דידיה ולא כתר חבריה, ומאחר שהציל הוי כאילו הציל חמור חבירו, דחייב לתת לו שכרו, כנ"ל [=כן נראה לי]."

כלומר, אין לפטור את השני משלם את שכר המציל, אלא אם כן נתקיימו שני תנאים: (א) המציל לא הרבה בהוצאות בגין הצלת חברו. (ב) המציל ירד להציל את שלו, אלא שהציל גם את של חברו עם שלו; מה שאין כן אם מתחילה ירד המציל להציל את של שניהם, שאז חייב השני לשלם את ההוצאות.

בהגהותיו לשולחן ערוך, קבע הרמ"א תחילה את החיוב במוציא הוצאות להצלת עצמו ולהצלת חברו, ולאחר מכן סייג את החיוב, בעקבות דבריו ב"דרכי משה"²⁵⁴, וכן הוא אומר: "וכן שנים שנתפסו והוציא אחד הוצאות... חייב ליתן לו כפי מה שנהנה לפי ראות ב"ד. כן נראה לי. ואם נראה לבי"ד שלא הוצרך להרכות בהוצאות בשבילו, דאפילו בשבילו לכדו היה צריך לכל הוצאות אלו – אינו חייב ליתן לו כלום, דזה נהנה וזה אינו חסר. לכן יש מי שפסק מי שהציל ספריו וספרי חברו, אם לא הוצרך להרכות הוצאות בשביל חבירו – אין חבירו חייב לשלם לו כלום. ונ"ל דוקא שירד תחלה להציל שלו אלא שהציל גם כן של חברו עמו, אבל אם ירד על דעת שניהן – חייב ליתן לו מה שנהנה, מאחר שהציל של חברו. וכמו שנתבאר כן נ"ל".

דומה שאפשר למצוא תוספת חשובה להכנת דעתו של הרמ"א, בתשובה שהשיב²⁵⁵. לפי דבריו בתשובה זו, נראה שיש עוד תנאי אחד, לפטור את הניצול משלם למציל, ולפיו יתיישבו גם שני פסקי הנראים לכאורה סותרים זה את זה. הרמ"א קבע בתשובתו זו, שאין לומר שחברו פטור "אלא במקום דאיכא למימד משמיא הוא דרחימו עליה, דהיינו דלא נתכוין מעיקרא רק על שלו וניצל חברו עמו. אבל בנידון דידן דאי אפשר להציל זה בלא

²⁵² לביאור פסקו של ר' יחיאל מפריש, ראה: שו"ת בני אהרן סימן מג, וסימן מה, בדבריו של ר' אהרן ששון, ושם בסימן מד, בתשובתו של ר' יצחק ב"ר אליהו באדקי; וראה שם גם פסקו של ר' יחיאל מפריש.

²⁵³ דרכי משה, טור תו"מ, סימן רסד, ס"ק ב.

²⁵⁴ הגהת הרמ"א, שו"ע תו"מ, סימן רסד, סעיף ד.

²⁵⁵ שו"ת הרמ"א, סימן פו, דף עה, טור א, בדפוס ניוירוק תשי"ד.

הציל את שלו ואת של חברו

זה וראי ההוצאה לאמצע כראמרינן ב"ק רף (ק) [קטז ע"כ]: שיירא שהילכת במרבר ועמד עליה גייס והציל, הציל לאמצע²⁵⁶, וכוראי נוטל הוצאתו בראשונה²⁵⁷.

הר"י מפדיש השתמש בביטוי: "משמיה הוא ררחימו על חברו", הלקוח מרברי הגמרא²⁵⁸, כשעה שבא לפטור את השני מלשלם את הוצאות ההצלה, אבל בחשבות הרמ"א מורגש שאם אי אפשר לומר שמן השמים ריחמו על חברו, אין לפטור את חברו. ממילא מסיק הרמ"א שאם אי אפשר היה להציל את האחד כלא חברו, אין לפטור מלשלם את הוצאות הצלתו, כיוון שאין לומר שמן השמים ריחמו על חברו.

לאור תשובתו של הרמ"א אפשר אפוא לתת פירוש מצמצם להלכתו בשולחן ערוך. לפי הסבר זה אין הלכת הרמ"א בשולחן ערוך חופסת, אלא כשהצלתו של האחד אינה כרוכה בהכרח בהצלת השני; אבל אם הצלת שניהם כרוכה זו בזו, זכאי המציל לקבל את הוצאותיו מן האחר. במקרה זה אין הוא תולה את החיוב ככוונת המציל, היינו, אם התכוון להציל את עצמו או את חברו. כיוון שבמציאות כרוכה הצלת עצמו בהצלת חברו, משום כך הצלת עצמו מביאה בהכרח להצלת חברו, ולכן צריך לשלם. אימתי חשובה כוונת המציל? כשאין הצלת האחד כרוכה בהצלת השני. במקרה זה, אם התכוון להציל את חברו צריך הלה לשלם לו את הוצאותיו, ואילו אם התכוון לעצמו כלכר, השני ניצול מאליו, או כלשון הגמרא: "מן השמים דיחמו עליו", וזה נהנה וזה לא חסר, והלה פטור מלשלם לו את הוצאותיו.

שאלה היא כמה צריך הניצול לשלם למציל שהציל את עצמו ואת חברו? הרמ"א פסק שההוצאה לאמצע, אבל אפשר שאין דבריו אמורים אלא בנידונו, שאי אפשר להציל זה בלא זה, ולכן הצלתו של הראשון אינה אפשרית בלא הצלתו של השני, ואם כן הצלתו נסתייעה בהצלת חברו, ומשום כך על שניהם להתחלק בהוצאות. ואולם, בשאפשר להציל את השני בלי להציל את הראשון, אפשר שעל השני לשלם את כל ההוצאות, כפי שמסתבר מדברי הרמ"א ב"דרכי משה": "דמאי חזית דאזיל בתר ידיה ולא בתר חבריה" וכו', וכמשמע מהגהת הרמ"א לשולחן ערוך, שעל השני לשלם למציל כפי מה שנהנה.

לפי ההגבלה שהגבלנו את הלכת הרמ"א, מתוך תשובתו של הרמ"א, אפשר שאין סתירה בין שני פסקיו, כפי שדימה ר' יעקב רישור²⁵⁹, ר' יעקב רישור נשאל²⁶⁰ על דבר שרפה שאירעה כקהילתו, בשנת תמ"ט. בית בן שלוש קומות ניצל מן השריפה משום שהדייר

²⁵⁶ רבי בנימין זאב, מוכיח מן החוספתא, שהניצול חייב להשתתף בהוצאות הצלה גם כשהציל המציל גם את עצמו, ואינו מבחין כלל בין נתכוון המציל להציל רק את עצמו, וחברו ניצל מאליו, לבין נתכוון מעיקרא להציל את חברו. ראה: שו"ת בנימין זאב, סימן שצ; וראה גם לעיל, ליד ציון הערה 115.

²⁵⁷ מעניין הנימוק שנתן הרמ"א, בהמשך תשובתו, לחיובו של הניצול להשתתף בהוצאות ההצלה – משום ישר: "וכן שומר שכר שהציל ברועים ובמקלות רנוטל ההוצאה מבעלים, כמו שפסק הרא"ש במציעא (פרק הפועלים) [פרק ז, סימן טו], אע"ג דהציל את שלו, דאל"כ נלקה מדת הדין, שהוא יתן ההוצאה ויציל את של חברו".

²⁵⁸ ב"ק קטז ע"א.

²⁵⁹ נולד בפראג ונתמנה בה לדיין. לאחר מכן רב בריישא (גליציה), ונרמס ומיין, נפטר כמיין בשנת תצ"ד (1733).

²⁶⁰ שו"ת שכוח יעקב, חלק א, סימן קנח.

בקומה העליונה שכר את הגג כדי שלא תאחז בו האש. לאחר מכן כיקש הדייר מן הדיירים האחרים להשתתף עמו בהוצאות תיקון הגג.

תחילה הראה ר' יעקב רישר שלכאורה זכאי הדייר העליון לקבל מן הדיירים האחרים את חלקם, ואין לפטור אותם על יסוד ההלכה הפוטרת פורע חובו של חברו, משום שאין לפטור אלא כשאין הדבר ברור שיבוא לירי הפסד, אבל אם הדבר ברור וקרוב לוודאי שייגרם הפסד, ודאי נוטל מה שהוציא²⁶¹. וכן אף בעניין השרפה, שקרוב לוודאי שהיה הבית נשרף, וההצלה היא הצלה מצויה – משום שנהגו לסלק את הגגות, שלא תאחז בהן האש – יש לחייב את הניצול.

אחר כך דחה את האפשרות לפטור את השכנים מלשלם לדייר העליון מן הטעם שהלה צריך היה ממילא לשכור את הגג בשביל עצמו, ומשום כך הדיירים האחרים הם לכאורה בגדר "זה נהנה וזה לא חסר". לדעתו, אין מקום לטענה זו, משום שכבר פסק מהרי"ק²⁶², בעניין עלילה שבאה על קהילה אחת, שהדין נותן, שכל הקהילות שראוי לחשוב וקרוב לוודאי הוא ח"ו שגם עליהם הייתה עוברת כוס, צריכות לשאת גם הן בעול, כיוון שהצלתה היא גם כן הצלתן, והרגיש: "ואף שראיותיו של מהרי"ק שם אינם מוכרחים כל כך, מ"מ מי יחלוק על מהרי"ק בלי ראיה ברורה". והרמ"א גם הוא פסק כמותו בהגהתו לשולחן ערוך²⁶³: "ואם בא עלילה על עיר אחת, כל הקהילות אשר יש לחוש שגם עליהם יעבור חייבין ליתן לזה".

וכדי שלא ייסתרו שני פסקי הרמ"א – בעניין העלילה, ובעניין ההצלה מן התפיסה – מנסה ר' יעקב רישר להבחין בין עניין הנוגע לכלל הציבור לבין עניין הנוגע ליחידים²⁶⁴. רק בעניין הנוגע לכלל הציבור פסק מהרי"ק, שכל מי שהוא בכלל ההצלה חייב להשתתף בהצלה, כדי שלא יהיה "כקדירא רבי שותפי", ויבואו לידי סכנת ציבור. לעומת זאת, ביחיד המתדיין עם יחיד, כל זמן שזה נהנה וזה לא חסר אינו צריך להשתתף בהוצאות, כל זמן שלא ירד המציל מתחילה על דעת שניהם²⁶⁵.

²⁶¹ ראה לעיל, ליד ציון הערה 186.

²⁶² שו"ת מהרי"ק, שורש ד; וראה: שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן צט, שהביא את תשובת מהרי"ק, ושם בסימן שפט, דן בשאלה אם אין סתירה לפסק ההלכה שבמהרי"ק מתשובת מהרלב"ח סימן ה; וכן ראה: שו"ת יד אליהו, סימן עד, עב ע"ב, המציין שאף שבתשובת מהרי"ק "היה העלילה בסכנת נפשות, אין לחלק בזה כמ"ש משו"ת הרשד"ם, סי' צט ושפט".

²⁶³ שו"ע חר"מ, סימן קסג, סעיף ו, בהגהה.

²⁶⁴ ושם מאשש את פסק הרמ"א, ומסיק: "ביתיד המדיין אין לזוז מפסק רמ"א, דכל היכא דזה נהנה וזה לא חסר, כל שלא ירד מתחלה על דעת שניהם או שגילו דעתו דניחא ליה, א"צ [= אין צריך] ליתן לסיועה כלום", ואף השיג על תשובת בית יעקב, סימן קמח, ש"כתב בזה דברים מעורבכים ורוצה להשיג על רמ"א בדין זה".

²⁶⁵ וסייע ר' יעקב רישר לדבריו מתשובתו של מהר"ם בר' ברוך מרוטנבורג, שהבאנו להלן, שער חמישי, פרק שמיני. מהר"ם מסתמך בתשובתו על ההלכה האומרת שכופין בני העיר זה את זה לעשות חומה וכו', שאם לא כן היה הדבר נדחה והיו באים לידי סכנה, ואלה דבריו: "ואף דעיקר הראיה של תשובת מהר"ם שם נאמר על נדון דיחיד המדיין עם יחיד, מ"מ עיקר סברתו שכתב שאם לא היינו כופין וכו' זה קאי דוקא מעסקא דצבורא בני הק"ק (רק שמדמה לזה בענין סבת נפש ע"ש)". כלומר, בסכנת נפשות חל החיוב גם בהתדיינות בין יחידים. בתשובת בית יעקב, סימן קמח, ניסה להבחין בין עניין הנוגע לכל בני העיר, לבין עניין הנוגע לפרטים,

הציל את שלו ואת של חברו

וכבר צמצם ר' יעקב רישר את תחולת פסקו כתשובה אחרת שהשיב²⁶⁶. נידון התשובה הוא גם כן שרפה, ששברו בה גגות לשם הצלת בתים, אלא ששכירת הגגות נעשתה על ידי השלטונות: "כשנת תע"ג בחדש אדר, שהיה בפראג שריפה גדולה שנשרפו איזה בתים, וברוב רחמיו באו השררה בעצמם לרחוב היהודים וגמלו חסד אתנו להציל פליטת בית ישראל, ושברו איזה גגות מעל הבתים הסמוכים כדי להצילם, ונתכבה השריפה, וכאו התחתונים עם העליונים למשפט ליתן להוצאות סיוענת הגג".

ר' יעקב רישר מזכיר את תשובתו הקודמת, אלא שהוסיף: "מ"מ בנדון שלפנינו פסקתי דגם על התחתונים מוטל ליתן לסיוענת תיקון הגג, כיון שנשבר ע"י ציווי השררה, והם ירדו על דעת שניהם להצילם מהשריפה²⁶⁷, משא"כ התם העליון עשה להצלת עצמו והתחתון ניצל ממילא, ע"ש".

מעניינת גם קביעתו, שכיוון שעל הדייר העליון מוטלת כרגיל החובה לתקן את הגג כשהוא מתקלקל, הדי עתה הוא נהנה מבניית הגג החדש, משום שלא יצטרך לתקנו כשם שהיה צריך לעשות אילו נשאר הגג הישן, ולכן הוא פוסק שיש לנכות מדמי הגג: "לפי מה שנהנה העליון בעשייתם גג חדש, שאין צריך לתקן מהרה כל כך, והמותר יתנו שניהם כשוה"²⁶⁸.

אמנם, מצאנו גם שיטה הפוכה בשאלת חובת השתתפות בהוצאות הצלה כשהיה המציל צריך להציל את שלו והצלת עצמו כדוכה בהכרח בהצלת חברו.

ולישב סתירה, הקיימת לפי דעתו, בין תשובת מהר"ם לדין הרמ"א, שהרי מהר"ם מוכיח מ"כופין בני העיר" וכו', שאין אומרים: "זה נהנה וזה לא חסר" אף שלא הוצרך להרכות בהוצאות, ואילו הרמ"א אומר, שאם לא הוצרך להרכות בהוצאות – פטור מן הטעם: "זה נהנה וזה לא חסר". ואולם, דחה אחר כך הבחנה זאת, משום שתשובת מהר"ם נגעה לשניים שנתפסו, היינו, יחידים ולא ציבור.

ר' יעקב רישר, נתן דעתו לדבר זה, אלא שנראה שהוא סובר, שמהר"ם מקיש סכנת ציבור לסכנת נפש של יחידים, ואילו רמ"א אינו מדבר בסכנת נפשות, אלא בתפיסה שאין בה סכנת נפשות.

²⁶⁶ שו"ת שכות יעקב, חלק ב, סימן קנו.

²⁶⁷ השווה שו"ת חתם סופר, חלק י"ד, סימן רלט, בסופו. ושם מציוו, שציוו מנהיגי הקהילה להרוס את גג השכן של ביהכנ"ס, כדי להציל את ביהכנ"ס משרפה, וממילא לא התעוררה שאלת דינו של מי שהרס את גגו כדי להציל את שלו ואת של שכנו. ועיין שם, שפסק לשלם משום: "ועשית הישר והטוב"; וראה: פסקי דין רבניים, כרך ה, ראש עמ' 151.

²⁶⁸ בעקבות בעל "שכות יעקב" פסק גם ר' חיים פאלאג'י בשאלה שבאה לפניו, בספרו: נשמת כל חי, חו"מ, סימן לט. שרפה פרצה בשנת תקע"א, ונשרפו בה כמה בתים, "וכדי להציל מן השריפה השתדל אחד מבעלי בתים הסמוך לשריפה, ושכר פועלים שישתדלו לכבות את השריפה והוציא הוצאות ע"ז, וככלל ג"כ הוצרך לנתון להעביר ולהרוס גג אחד מן הבתים, ונתחייב זה הכעל הכית לבנותו, ועתה טוען שיסייעוהו גם בעלי בתים הסמוכים שהם ג"כ היו באוחה הצלה, ואם הוא אינו ניצול כולם היו לשריפת המאכלת אש ח"ו". ר"ח פאלאג'י, פסק שהשכנים פטורים מלהשתתף בהצלה, משום שהתכוון המציל להציל את רכושו, והדגיש שבנידונו אפילו אם יאמר המציל בפירוש שהוא ירד כדי להציל גם את של השכנים, יהיו השכנים פטורים "יען שבהצלתו אינו משתדל כ"א בעד ביתו לבד, וזה שאומר שירד להציל ע"ד כולם – שקר הוא". ושם הבחין בין נידונו לנידון שבהגת הרמ"א. בהגת הרמ"א מדובר בשניים הנמצאים במאסר, ששניהם ישנם בהצלה "באותו פרק, באותו מקום, בכת אחת", מה שאין כן בנידונו, שבינת המציל היה סמוך יותר למקום השרפה והוא ירד להציל את עצמו, אלא שכיוון שהציל את עצמו ממילא גם את בית חברו.

בשו"ת "בני אהרן"²⁶⁹, לר' אהרן לפפא, מובאת שאלה זו: "ראובן היה חייב לגוי סך מה, ונפגר הגוי, וראובן זה יעץ תחבולות וחשב מחשבות ושיחר ליושב על חשבון ממון יורש הגוי ולקח דף מפנקסי הגוי מקום אשר חובותיו כתובים ובתוך אותו דף נמצאו חובות קצת יהודים וניצולו בחמלת ה' עליהם לא בכונת ראובן כי הוא לא ידע כי היו חובותיהם כתובים שם ולא עלתה על לבו כי אם להציל חובותיו והוא שואל שיפרעו לו גם הם חלקם לפי שעל ידו ניצולו, והם אומרים מה שעשה וטרח בשלו עשה ואנחנו נקיים כי מה' היתה לנו".

בתשובתו הן ר' אהרן לפפא באריכות בסוגיית "זה נהנה וזה לא חסר", ובפסקו של ר' יחיאל מפריש²⁷⁰, והסיק שהאחרים אינם חייבים להשתתף בהוצאות המציל. מדבריו אנו שומעים, שכשהצלת האחד כרוכה בהכרח בהצלתו של האחר, ודאי הוא שהמציל מתכוון לטובת עצמו, ולכן יהא האחר פטור מלשלם למציל²⁷¹: "ועורר יש לומר דעד כאן לא נסתפק רבינו יחיאל ז"ל אלא בדבר שאינו נהנה המציל מהצלת ממון חברו, כההיא דספרים, דמה תועלת יש למציל בהצלת ספרי חברו, אבל בנידון דידן דיש תועלת למציל שחובותיו כתובות בדף חובות היאורים, ואם אין מציל לשאר החובות גם הוא לא ינצל ואע"פ שהוא הצילם מ"מ חשיב כמוכרח במעשיו להצילם, וכיון שכן נמצא רחשיב דלתועלת עצמו כיון אע"פ שהוא לא ידע".

אבל ר' אליהו מלובלין²⁷², מבקש לתת משמעות צרה לפסקו של ר' אהרן לפפא. הוא נשאל בעניין ראובן, שהוציא הוצאות כדי למנוע גזרה שנגזרה עליו ועל שניים משכניו, שלא ידורו "באמצע המקום ברחוב, רק שידורו במבואות, במקום שאין רגל אנשים מצוים שם". לאחר שהצליח במשימתו, מבקש ראובן משמעון ולר' שישתתפו עמו בהוצאותיו. ר' אליהו מלובלין מבקש להוכיח בתשובתו²⁷³ שחובה על האחרים להשתתף בהוצאות. הוא מסביר²⁷⁴ שאפילו כשאנו יודעים שכל השתדלותו היא לצורך עצמו, ובוודאי יעשה כל מה שאפשר להצלת עצמו, אפילו אם חברו לא ישתתף עמו בהוצאותיו, חייב חברו להשתתף בהוצאות, משום: "רלמה יהנה מממון חברו, הלא הוא עצמו אינו רשאי להציל עצמו בממון חברו. ומכל שכן זה שמכווין להציל שניהם דהיינו שמוציא על דעת שישלם לו חברו לפי ערך".

ואשר לשאלה מדוע אין לומר כאן: "זה נהנה וזה לא חסר – פטור", כשלא נתרבו הוצאות המציל בשל האחר, סבור ר' אליהו מלובלין, שהאחר חייב לשלם משום שאפשר גם לומר ההיפך, אם האחר היה משתדל בעד עצמו היה הוא צריך גם כן להוציא אותו סכום והיה יכול להציל את חברו ממילא, ומה בכך שחברו התעסק בזה ולא הוא. ואם כן, זה נהנה וזה חסר.

יתר על כן, אילו היו באים שניהם לפנינו מתחילה, לפני ההצלה, היינו אומדים, שהוצאות ההצלה מוטלות על שניהם בשווה, ואם כן כשאחד רוצה להשתדל ולהוציא על שניהם,

²⁶⁹ שו"ת בני אהרן, סימן טו. רמז לזה בחידושי רעק"א, חו"מ, סימן רסד, סעיף ד.

²⁷⁰ ראה לעיל, ליד ציון הערה 250.

²⁷¹ שו"ת בני אהרן, שם, דף יז, טור ד.

²⁷² שו"ת יד אליהו, סימן עג.

²⁷³ שם, סימן עד.

²⁷⁴ שם, סימן עד, דף עב, טור ג.

הציל את שלו ואת של חברו

ממילא הוא מוציא ברשות בית דין על הוצאות שניהם בלי ספק, ומה בכך שלא באו לבית דין, שהרי אם יתברר שהוציא בהכרח ופעל טוב, הריהו כיודד ברשות. זאת ועוד, אף אם יאמר האחר שאינו רוצה בהצלה ואין הוא מוכן להשתתף בהוצאות, כופין אותו לעשות כן.²⁷⁵

ברם, כשהוא דן בתשובתו של ר' אהרן לפפא, שפטר את הניצולים האחרים מלהשתתף בהוצאות, הוא אומר²⁷⁶: "אין הנדון דומה לראיה, דכאן יש כמה חילוקים, הן מצד שיודע בהצלת האחרים שניצולו עמו, והתעסק מתחילה גם בעבורם, הן מצד דהתם אי אפשר להציל את שלו אם לא שיקח כל הדף, ואם כן ממילא נצולו גם האחרים, אבל בכאן היו יכולים לפרש שלא ידורו כי אם אלו בפירוש ולא אחר".

לפי טעמו הראשון, פטר ר' אהרן לפפא את הניצולים מלשלם למציל משום שלא ידע הלה על האחרים, ולכן פטורים האחרים מלשלם. כלומר, כדי לייחס את המעשה לשני הניצולים ייתכן שאין צורך בכוונה להציל את שניהם, אבל צריכה לפחות להיות ידיעה על קיומו של הניצול השני. לפי טעמו השני, העובדה, שההצלה היא מוכרחת, פוטרת את האחרים מלהשתתף בהוצאות. זו גישה הפוכה מן המשתמע מדברי הרמ"א.

פרק שלושה-עשר

התנגדות בעל הנכס להצלה

היש משמעות להתנגדותו של בעל הנכס להצלת דכושו? ידוע שהמשבית נכסי חברו, זכאי ליטול את הוצאותיו, אף אם ירד לצורך זה לנכסי חברו שלא ברשות²⁷⁷. משום כך, עלינו לברר מה דינו של מי שהציל את נכסי חברו לא רק בלי נטילת רשות, אלא אף תוך התנגדותו של בעל הנכס.

אף אם תאמר, שהתנגדותו של בעל הנכס פוטרתו מלפצות את המציל על הוצאות ההצלה, מכל מקום, עדיין שאלה היא מה יהא הדין במקום שהצלתו של האחד כרוכה בהכרח בהצלתו של השני, וברור לבעל הנכס שירד השני להציל, משום שהצלת רכוש עצמו כרוכה בכך – האם גם אז תועיל התנגדות בעל הנכס לפוטרו מתשלום?

²⁷⁵ ראה להלן, ליד ציון הערה 291.

²⁷⁶ שם, דף עג, טור ב-ג.

²⁷⁷ בסוגיית משבית נכסי חברו שלא ברשות נדון במקום אחר א"ה; וראה: שו"ת תורת אמת, למהר"א ששון, סימן מה, הדין בשיפוי על הוצאות הצלה, ומדמהו לדין יורד ברשות, ולפתוח אינו גרוע מיורד שלא ברשות: "אמנם בשיעור הפרעון, הנה באמת היה נראה לדון אותו כיוורד ברשות, שאין ספק שאם היה הפקיד שואל מהם רשות ודאי שהיו נותנים רשות בעת ההיא, והיו מחלים פניו בזה עשר פעמים, ואומדנא דמוכח היא, ובפרט לאותם שנחפשו עמו, אבל אף שהם עתה יכתשו זה, עכ"ו [=עם כל זה] נראה ודאי דלא גרע מהיורד לתוך שדה חברו שלא ברשות, דאיפסקא הלכתא שאם היתה שדה העשויה ליטע אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנוטעה ונוטל מבעל השדה... והנה נדון דידן נראה ודאי דדמי לשדה העשויה ליטע".

במשביח נכסי חברו שלא ברשות, קבע הרשב"א²⁷⁸, שאם התנגד בעל הנכס להשבחה, והשביח הלה למרות התנגדותו, פטור בעל הנכס מלהשיב למשביח את הוצאותיו, אלא יכול הוא לומר לו: "טול עציך ואבניך". הרשב"א נתן טעם להלכה זאת והוא, שלא יהא כל אחד מכריח את חברו לנטוע ולבנות. הוא נשאל בעניין: "מי שהתרה בחבירו שלא ידר לתוך שדהו ושלא לעשות בה הוצאה בנטיעות וזולתן, ולא שמע והלך והוציא והשביח, מהו שיתחייב בשכד עמלו והוצאתו. מי הוי כדין היחיד לתוך שדה חבירו שלא בר"ח [=ברשות חברו], או לא", והשיב, שדעת מקצת הגאונים והרי"ף²⁷⁹, בעניין יורד שלא ברשות, שיכול בעל השדה לומר למשביח: "טול עציך ואבניך", "כדרך ששומעין לנטוע ולבונה לומד 'עצי ואבני אני נוטלי'". וכך דעתו נוטה, וכלשונו: "וכיון שכן, כל שכן כשהלך זה ונטעה אחר שהתרה בו בעל השדה, דככי הא ודאי משמע דכ"ע [=דכולי עלמא] מודו דיכול לומר טול עציך ואבניך, שלא יהא כל אחד מכריח לחבירו לנטוע ולבנות"²⁸⁰.

והובא גם בשם הרא"ש²⁸¹, לעניין הוצאות הצלה, שכשהניצול מתנגד לשפיכת היין כדי להצילו, אינו חייב לשלם לו, אף שהתנה המציל שיציל על מנת שיקבל דמי יינו. וכך פסק ב"ערוך השולחן"²⁸²: "וכל זה כשלא מיחה בו הבעה"ב מקודם, אבל אם מיחה בו ואמר שאינו רוצה שיבונה או יתקנה הפסיד בכל ענין זה היורד, דזה שאמרו חז"ל דיורד שלא ברשות שמין לו, זהו בסתמא, אבל לא כשמיחה בפירוש".

כרם, יש לעיין גם בתשובת ר' יעקב צויזמיר²⁸³. הוא דן בהשבחה הוצאות הצלה כשהניצול מוחה, ודעתו היא: "נראה דאם חבירו מוחה שלא להוציא הוצאות אין חבירו חייב לשלם, דדוקא בטובע בנהר דהוא סכנת נפשות הוא דלא מהני מה שמוחה, אבל בהצלת ממון אינו חייב באם מוחה".

²⁷⁸ שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן נד.

²⁷⁹ ראה: רי"ף, ב"מ, נה ע"ב בדפוס וילנא.

²⁸⁰ והשווה תשובת הרשב"א, המוכאת בבית יוסף, טור חו"מ, סימן שעה, סעיף ד: "כתב הרשב"א בתשובה על ראובן שהשאל ביתו לשמעון ושמעון השאלו ליהודה, ובנה יהודה בה בתים שלא ברצון ראובן, ועכשיו תובע יהודה מראובן השבח או ההוצאה כדין הבונה שלא ברשות שידו על התחתונה. כל שצווח ראובן וגילה בדעתו שאינו חפץ בו – אינו חייב לו. ומ"מ אם רצה יהודה לומר 'עצי ואבני אני נוטלי', הדין עמו"; וראה: חזון איש, ב"ב, סימן ב, אות ו, שהביא בשם הרמב"ן שכתב דאפשר דביוורד שלא ברשות ומוחה בו קודם שירד, אף בעשוי ליטע אינו נותן לו כלום; וראה בחידושי הרמב"ן לב"ב ד ע"ב, לשון קרובה לזו. החזון איש מעיר שצריך עיון, כיוון דהשתא ניחא ליה (= שאינו אומר: "טול עציך ואבניך"). למה לא ישלם; וראה עוד: חזון איש, ב"ק סימן כב, אות ו, בענין צבע שאי אפשר להסיר מן הבגד, אם אפשר לומר: "טול עציך ואבניך".

²⁸¹ שיטה מקובצת, ב"ק, קטו ע"ב, בשם הרא"ש. וכן משתמע מסוף דברי התוספות, ב"ק נח ע"א, ד"ה אי נמי; והשווה תשובתו של ר"י אדרכי, שו"ת רברי ריבות, סימן רצב, שאף שפסק להשיב את הוצאות ההצלה ציין, שהבעלים אינו חייב לשלם למציל את הסכום שציווה הבעלים שלא להוציא, אך לא פירש מהו טעמו.

²⁸² ערוך השולחן, חו"מ, סימן שעה, סעיף יב, כסופו.

²⁸³ שו"ת בית יעקב, דיהרנפורט תנ"י, סימן קמח.

התנגדות בעל הנכס להצלה

אמנם מהמשך תשובתו משתמע לכאורה, שהוא מוכיח מתשובת מהר"ם²⁸⁴, שאף בממון אין להתחשב בהתנגדות הניצול. ברם, רומה שאין זאת כוונתו של ר' יעקב צויזמיר, שהרי הוא אומר: "מיהו מאותו ראייה שהביא מהר"ם שם מהא דיש לו ואינו רוצה להתפרנס דנותנין לו לשם מתנה וחוזרין ונפרעין ממנו כו'. הרי מבואר ראפילו בממון נמי אם מוחה שלא להוציא הוצאה אפילו הכי חייב לשלם, וכ"ש היכא רישב בתפיסה...".

מאחר שראייתו היא מדין פרנסה, הסביר מהר"ם את דין הפרנסה בניגור לרצון המתפרנס כן: "כיון דבשביל מזונות כופין אותו, ואע"פ שאינו סכנה כל כך אלא שמסגף את הגוף וחיי צער בעלמא הוא, כ"ש להוציאו מידי גויים שלא יטמע ביניהם ושלא יהרגוהו אם ייסרוהו...". אם כן, הוא אינו מדבר בכל ממון, אלא דווקא בענייני ממון שיש לו צער בהם, אלא "שאינו סכנה כל כך". ואם כן, בוודאי גם ר' יעקב צויזמיר מתכוון לענייני ממון שיש לו בהם חיי צער, ולא דווקא סכנת נפשות, אבל לא לענייני ממון גרידא²⁸⁵.

ר' יהודה ליב מרגליות, אב"ד שעברשיץ²⁸⁶, בעל "פרי תבואה", לא התחשב בהתנגדות הנהנה וזאת משום שהנהנה הייתה ודאית²⁸⁷: "ומ"ש מעלתו דאף הרמ"א בסי' רס"ד בירר להציל של חבירו לא קאמר אלא בהציל סתמא, ולא בכה"ג [= בכהאי גוונא] דזה גילה דעתו שאינו רוצה לשלם לו שכר הצלה, וכ' שכן מורי' דברי הש"ך בסי' של"ה, דברי שגיא' הם, דהש"ך לא כ"כ [= כתב כן] אלא לענין למוד עם בן חבירו, דלא מקרי הנאה כלל, וכמו שהביאו הש"ך והרשב"א ראייה ע"ז ממודר הנאה דמותר ללמוד עם בנו, אבל היכא דהוי ודאי הנאה לא איכפת לן כמה שגילה הנהנה דעתו שאינו רוצה לשלם לו". בנידונו של בעל "פרי תבואה" שכר המציל פועלים להציל שתי חביות שלו מן הדלקה. בינתיים הצילה אשתו חבית אחת בעצמה, אך הפועלים סירבו לוותר על מחצית שכרם, ואז ציווה עליהם המציל להציל את של חבירו, אף שאמר חבירו, שלא ישלם לו. טענת הניצול הייתה שלא הפסיד המציל, אבל המשיב פסק שיש לראות בכך הפסד של המציל, משום שיכול היה להציל את של אחרים ולקבל מהם דמי הצלה²⁸⁸.

²⁸⁴ שו"ת מהר"ם בר' ברוך, דפוס פראג, סימן לט. ראה בדיון בשער תמישי, ליד ציון הערה 78. ²⁸⁵ אבל נראה שלא כך הוכחו דבריו, בשו"ת יד אליהו סימן עד, דף עג, סוף טור ד, שהרי נאמר שם: "אח"כ מצאתי בשו"ת בית יעקב סימן קמ"ח דנוטה דעתו דאפילו אם מוחה שלא להוציא עליו אפילו בדבר ממון ומכ"ש בדבר הנוגע בסכנות דמחוייב לשלם ע"ש, ואינו מחלק אם המציל שייך ג"כ בהצלה זו, או לא, כי לא נחית לסברא זו. ולענ"ד [= ולעניות דעתן] נראה סברא זו נכונה, דאם המציל שייך ג"כ בהצלה זו לא אכפת לן במאי דמותה זה, אבל אי לא שייך ביה מה לו ולצרתו של זה להצילו בממונו ע"כ של זה".

²⁸⁶ תלמיד הגר"א, בסוף ימיו אב"ד בפרנקפורט. נפטר בשנת תקע"א (1811).

²⁸⁷ שו"ת פרי תבואה, נאוי דוואהר תקמ"ו, סימן נח.

²⁸⁸ גם ראייתו של המתבר, לכך שאין להתחשב בהתנגדותו של הניצול, היא מהלכת הרמ"א, בסימן קסג, שהביא את פסקו של מהרי"ק בדבר חיוב השתתפות בהוצאות הצלה, ושם המצילים היו נאלצים להציל. תחילה הוא מצביע על הסתירה שיש, כביכול, בין שתי הגהותיו של הרמ"א (ראה לעיל, ליד ציון הערה 264), ולאחר מכן הוא מוכיח את דבריו: "דאל"כ קשה על גוף הדין שכ' הרמ"א בסי' רס"ד, דאם לא הרבה בהוצאות א"צ זה ליתן, שהרי בסי' קסג כ' הרמ"א בשם מהרי"ק אם בא עלילה על עיר א' אז כל הקהילות שיש לחוש שגם עליהן תעבור צריכין ליתן, וא"כ ק' [= קשה] למה בסי' רס"ד שהיה התפיסה ודאי חל גם עליו, למה לא יצטרך ליתן גם בלא ירד ע"ד [= על דעת] שניהם, אלא ודאי דבסי' קס"ג מייר שבתחילה אין בני העיר זו רוצים לעשות הוצאה משלהם אלא על אופן שגם אלו יתנו, והוי כיווד

עתה יש לברר, מה יהא הדין כששניים נקלעים למצב הדרוש הוצאת כספים להצלת רכושם, והאחד מתנגד להוצאת הוצאות להצלה משום שכרוך לו שיוציא השני הוצאות להצלת רכושו, וממילא יינצל גם רכושו שלו. האם יש להתחשב בהתנגדות הניצול להצלה ולהוצאת ההוצאות, אם לאו?²⁸⁹

כשאלה זאת דן ר' אליהו מלובלין, כתשובתו²⁹⁰, בעניין הצלה המשותפת לשניים, והביע דעתו שאין להתחשב בהתנגדות הניצול²⁹¹: "וגרולה מזו נ"ל [=נדאה לין] דאפילו היה אומר בפירוש (בחכירו) [לחכירן] שלא להוציא עבורו כלל, כי אינו רוצה בתקנה זו כלל, אך אנחנו בית דין ידענו בבירור שכל כוונתו היא משום שידע בחכירו שהוא צריך לזה, כי חבירו אי אפשר לו ולא סגי ליה בלא הכי, כי רכושו רב ולא יניח מלהשתדל הצלתו אף אם לא יתן לו חבירו כלום לזה, על כל זה אם ידענו שחכירו נהנה בזה והוא גם הוא בתוך הקלקלה זו אם לא ישתדלו להציל, על כל זה צריך ליתן לפי ערך, כי אין להציל עצמו בממון חבירו... אם לא שבאמת לא ניחא ליה ולא איכפת ליה בתקנה ובהשתדלות זו דאז ה"ל כאומר לדידי סגי לי בנטירא בר זווי דיכול לומר כן כתחילה".

מדבריו אלה אין להסיק, שאנו מתערבים ברצונו החופשי של הניצול, אלא שאין אנו מאמינים לניצול האומר שאינו רוצה בהצלה, ולפי דברי ר' אליהו מלובלין²⁹²: "לאו כל כמיניה של שמעון לפטור עצמו בטענת שקר לומר דלא אכפת ליה כלל".

אמנם משתמע מדבריו, שיש עוד טעם לכך שהתנגדותו של הניצול לא תבטל את זכותו של המציל. הטעם הוא, שאין לומר שזכותו בטלה אלא כשאין המציל מוכרח להציל. במקרה זה, אם הוא מציל בוודאי מחל על זכותו לשיפוי על ההוצאות, מה שאין כן כשהוא מוכרח להציל טעם זה אינו קיים, ולכן לא תפגע זכותו. אמנם בדבריו של בעל "יד אליהו" אין הבחנה ברורה בין שני טעמים אלו, שכן כתב שם²⁹³: "דאי אמר בפירוש שאינו רוצה בטובתו בשום שטר, דאז נראה פשוט דאין צריך לשלם לו כלום. דאל"כ מי הכריחו להטיב עמו בעל כורחך, ועל כורחך סבר וקיבל כן שלא ליקח ממנו מאומה... אבל בנדרון כזה שראובן הוכרח להשתדל בשבילו ג"כ ולא סגי ליה בלאו הכי לעיקר כוונת ראובן בעדו, אך מחמת שחבירו ג"כ בהאי קלקלה ובחרא ענינא תרווייהו, לא שייך למימר למה עשה כן, ולא כל כמיניה של שמעון לפטור עצמו בטענת שקר לומר דלא אכפת ליה כלל". יוצא מכאן, שבמשפט האחרון שבדבריו הוא מדבר על כך שאין השני נאמן בטענתו, בעוד שקודם לכן, בקטע כולו, מוסבר שגם אם התנגד הניצול, אין בהתנגדותו כדי ללמד שהסכים המציל להציל בחינם.

ע"ד שניהם, והרי דהתם מיירי שבני עיר האחרת לא רצו בתחילה, ואפ"ה משום דבני עיר זו יורדים תחילה ע"ד עיר האחרת צריכין בע"כ [=בעל כורחם] לסייע להם, ודו"ק." אבל מן ההמשך עולה, שאין משמע, שהוא מצמצם את דבריו רק למקרה שנאלץ המציל להציל; כיוון שהוא אומר, שמלשון הרמ"א, כריש סימן שלו, יש לכאורה מקום לטעות שבעושה טובה לחברו אין מחייבים את חברו לתת לו, אלא רק כשידע בשעת מעשה ושחק, מטעם שתיקה כהודאה. הוא דוחה ראיה זו בנימוק, שמדובר שם בנתינת כל שכרו, ולא הפתות שבשכירות, ולעניין זה הצריך הרמ"א שם שתיקה כהודאה.

²⁸⁹ ראה גם לעיל, הערה 280, במי שהתנגד להשבחה בדבר העשוי ליטע.

²⁹⁰ שו"ת יד אליהו, סימן עד. ראה לעיל, ליד ציון הערה 272.

²⁹¹ שם, דף עב, סוף טור ג ותחילת טור ד.

²⁹² שם, דף עג, טור א.

²⁹³ שם.

סיכום

מקורה של ההלכה בדבר זכותו של מי שהציל נכס, לשיפוי על הוצאותיו, הוא במשנה: "זה בא בחביתו של יין וזה בא בכדו של רבש, נסדקה חבית של רבש ושפך זה את יינו והציל את הרבש לתוכו – אין לו אלא שכרו; ואם אמר 'אציל את שלך ואתה נותן לי דמי שלי', חייב ליתן לו" (ב"ק י, ד).

ברם, אף על פי ששימשה משנה זו בסיס לכל דיון ברבר שיפוי של המציל, היא אינה מהווה את הכלל בדיני שיפוי. דומה שאפשר לומר את ההפך: רי"ן המשנה, הקובע שאם לא התנה המציל עם הניצול – אין לו אלא שכרו, כפוף לסייגים רבי משמעות, ההופכים את דין המשנה ליוצא מן הכלל, בעוד שהכלל הוא, שזכויותיו של המציל הן הרבה יותר רחבות.

כבר בתלמוד נתפרשה המשנה כך שאינה תופסת, כשברור שהנכס ייפסד בוודאי, בלי הצלתו של המציל. אם אי אפשר להציל את הנכס, זכותו של המציל בנכס הניצול, כדין זכיה מן ההפקר²⁹⁴, או שהוא זכאי לקבל לכל הפחות דמי יינו ששפך כדי להציל את הדבש, היינו מה שהפסיד במעשה ההצלה.

הגבלה נוספת לדין המשנה, חידשו הראשונים כשפירשוה שאינה חלה כשהבעלים אינם במקום ההצלה, שאז המציל זכאי לא רק לשכרו, אלא גם לדמי יינו ששפך. כמו כן מתרחבת זכותו של המציל כשלא הציל מיוזמתו, אלא השתמש הניצול בנכסי המציל לשם הצלת נכסיו. במקרה זה, ודאי שיהיה המציל זכאי לשיפוי מלא על כל הוצאותיו.

אף עצם ההבחנה בין שכרו לדמי יינו ששפך, טעונה הבהרה. הפטור מלשלם למציל את דמי יינו כשהבעלים נמצאים במקום, והמציל לא החנה עמו, הוסבר בכך שיכול הניצול לטעון כלפי המציל שהוא עצמו היה יכול להציל את הנכס בלא הוצאות הללו. לפי טעם זה, כל זמן שאי אפשר להעלות טענה כזאת, לא תישלל מן המציל זכותו לדמי היין. כלומר, המושג "שכרו" כולל את כל ההוצאות ההכרחיות שהוציא המציל, ואילו "דמי יינו" אינן אלא ההוצאות שיייתכן שהניצול אינו מוכן להוציאן, ושמשום כך מן הראוי שיתנה המציל על כך עם הניצול, ואם לא התנה – הפסיד.

כתוצאה מן הסייגים הללו, יחול דין המשנה המגביל במובן מה את זכותו של המציל, רק כשאפשר להציל את הנכס, וכשההצלה היא בפני הבעלים, והמציל היה יכול לשאול את פי הבעלים, ואף על פי כן לא עשה כן²⁹⁵, והציל מיחמתו, בלא שהוכרח לכך; וגם אז הוא זכאי רק לשכרו, היינו, להשבת ההוצאות ההכרחיות שאין מקום להתנות עליהן עם הבעלים.

²⁹⁴ אמנם נצטמצם דין הזכיה מן ההפקר בגלל תקנות הקובעות שיש להשיב נכסים שניצולו, וכן על ידי נתינת תוקף לדינים נוכריים שעל פיהם יש להשיב נכסים אלה.

²⁹⁵ אף מי שירד להציל ולא הציל, אם התנה עם הניצול אין לו אלא שכרו, היינו כל הוצאותיו ההכרחיות, אלא אם כן התנה בפירוש שזכויותיו תהיינה רחבות מאלה; אם לא התנה, אף שהיה יכול להתנות עם הבעלים, רק אז אין לו אפילו שכרו.

הצלת רכוש – שיפוי על הוצאות המציל

אמנם בעל הנכס הניצול עשוי להיפטר מלשלם למציל, אם הביע את התנגדותו להצלת רכושו. אולם, תנאי מגביל יש בזה: אם התנגדותו של בעל הנכס לא באה אלא משום שהוא יודע שיציל המציל בין כך ובין כך, משום שהצלת אחרים כרוכה בפעולת ההצלה, או משום סיבה אחרת, והתנגדותו לא באה משום שאינו מעוניין בהצלה, אלא כדי לנסות להיפטר מהשבת ההוצאות, אז לא נאמין לדבריו, ואין נודעת משמעות למלים הנאמרות מן הפה ולחוץ.

מהם היסודות המשפטיים לחיובו של בעל הנכס הניצול לשפות את המציל? סקירת החומר הראתה שנתחדשו הלכות רבות מכוח תקנה. אף את עצם החיוב לשפות, יש שפירשו כתקנה; שלאחר שהוכיחו שלפי שורת הדין אפשר לטעון כלפי המציל שאינו אלא "מבריה ארי" מנכסי חברו, שאין חובה לשלם לו על כך – קבעו שיסודו של החיוב הוא בתקנה, כדי לעודד מעשי הצלה.

בתוספתא אנו מוצאים "תנאי בית דין" ולפיו המציל זכאי לשיפוי על דמי יינו ששפך להצלת הרבש. יש שראו בו מקור לזכויותיו של המציל על פי התקנה, לעומת המשנה המייצגת את זכויותיו של המציל לפי שורת הדין. אבל גם מי שלא ביסס את זכויותיו של המציל על התוספתא, קבע שהמציל זכאי לשיפוי מכוח תקנה.

אף את ההבדל בין השבת אבדה, שעל המשיב להתנות בפני בית דין, כששכרו מרובה, לבין נידונו, שאין צורך בתנאי בית דין, פירשו כתקנה²⁹⁶.

זיקתם של דיני הצלת נכסים לדיני השבת אבדה, הביאה להזנה הדדית בין שתי המערכות: מחד גיסא, למדו חכמים מהשבת אבדה, שאפשר להתנות בה בפני שלושה אנשים על תשלום ההוצאות, שגם בהצלת נכסים אפשר להתנות כן, כתחליף להתנאה עם הבעלים; ומאידך גיסא, למדו שכשם שבהצלת נכסים יש משמעות לעובדה שהבעלים נוכחים בעת ההצלה, כך הוא הדבר אף בהשבת אבדה.

כבר עמדתי במקום אחר²⁹⁷ על כך שיש תקנות "סמויות", שאינן תקנות דשמיות, אלא הן הוראותיו של הפוסק, הקובע הלכות שמגמתן היא שלא תימצא שורת הדין לוקה. דומה שגם בענייננו יש דוגמאות ליישור השורה, כשמנעו חכמים את האפשרות שיהנה אדם מעזרת חברו המסייע לו בהצלת רכושו, ואילו הלה שהוציא הוצאות להצלת הרכוש – יפסיד. כך נקבעו כמה הלכות בתחום הצלת נכסים, הלכות החורגות מן ההלכות שנאמרו בעניין אדם היודד לנכסי חברו ומשביחן בלי לשאול את פיו.

כאן עסקנו בשיפוי בהצלת הרכוש²⁹⁸. על שיפוי המציל בהצלת נפשות – נדון בשער החמישי.

²⁹⁶ אמנם פעלה התקנה גם בכיוון נגדי, כשצמצמה את זכותו של המציל לזכות, מן ה"הפקר", בנכס שאי אפשר היה להצילו.

²⁹⁷ ראה נ' רקובר: "השליחות וההרשאה במשפט העברי", ירושלים תשל"ב, עמ' 360-361.

²⁹⁸ ויש שנקבעו הלכות מיוחדות על נכסים מסוג מסוים. כך, למשל, נקבעו כללים בדבר זכותו של מי שקנה ספרים שהגיעו ליד שר נוכרי, כשברח כעל הספרים, וזאת כדי למנוע בויון כתבי הקודש, העלול להיגרם אם יישארו הספרים ביד הנוכרי. ראה: ים של שלמה, ב"ק, פרק ו, סימן טו; ש"ך, שו"ע חו"מ, סימן רסד, ס"ק ה.

שער חמישי

הצלת נפש
שיפוי על הוצאות המציל

התוכן

175	פרק ראשון: מבוא
178	פרק שני: החיוב להציל
179	פרק שלישי: החיוב להוציא ממון לשם הצלה
180	פרק רביעי: חסינות המציל בנוזיקין
181	פרק חמישי: זכותו של המציל לשיפוי מן הניצול
184	פרק שישי: זכותו של המציל לשיפוי ממי שחייב כלפי הניצול
188	פרק שביעי: התנגדותו של הניצול
190	פרק שמיני: הציל את עצמו ואת חברו
191	פרק תשיעי: הוציא הוצאות ולא הציל
193	פרק עשירי: הליכים מזורזים להשבת הוצאות
194	פרק אחד-עשר: סיכום

פרק ראשון

מבוא

מעשים של הצלת נפש ראויים הם להערכה, ואף מביאים לידי התפעלות מאישיותו הנאצלה של המציל הנחלץ לעזרת הזולת. ברם, האם מעשה הגבורה של המציל שייך לתחום הרגשות בלבד? דומה שאף למשפט יש מה לומר בעניין זה. "אמרו עליו, על יונתן בן עוזיאל [גדול תלמידיו של הלל הזקן], בשעה שיושב ועוסק בתורה כל עוף שפורח עליו, מיד נשרף"¹. על תגובותיהם של "החסיד" וה"מתנגד", לשריפת העוף הפורח, מספרים, שהחסיד נתפש להתרגשות מרובה מעוצמת החום והשמחה ששרדו בבית מדרשו של ר' יונתן בן עוזיאל בעת לימודו, ואילו המתנגד מתלבט בשאלה האם מעשהו של יונתן בן עוזיאל עלול לחייבו כ"מזיק", שהרי גרם לשריפתו של העוף ההוא. אבל דומה שהביקורת על המתנגד אינה אלא על היעדר התרגשותו, בעוד שעצם ההשקפה על אירועים שונים, מנקודת מבטו של המשפט, גם אם הם מלהיבים, היא מעצם מהותה של ההלכה היהודית. מעשה הצלה כרוך לא אחת בהפסד כספי מצד המציל. אף יש שהמציל, אגב מעשה ההצלה, מזיק רכושו של אחר. נשאלות השאלות: מהן זכויותיו של המציל כלפי הניצול? ומהן ההגנות שהמשפט צריך לתת לו במעשה ההצלה?

בשער רביעי ביררנו את זכויותיו של מי שהציל את רכושו חברו, לשיפוי על הוצאותיו. כאן רוצים אנו לרוץ בזכויותיו של מי שהציל את נפש חברו. הצלת רכוש והצלת נפש שווים בעניין זה שבשניהם קיימת, בעיקרון, מצוה להציל; שכשם שאדם חייב בהצלת נפשות, כך חייב אדם בהצלת רכוש; ועוד, בשני המקרים אנו מדבדים בהצלה שמבחינת היחסים המשפטיים בין המציל ובין הניצול, נעשית בהתנדבות, היינו שאין חובה משפטית של האחד כלפי השני, ואף לא הוסכם בין הצדדים על הפיצוי שיקבל המציל.

ברם, יש גם הברלים בין השניים. מותר לו לאדם לוותר על ממונו ולהפקירו, ושוב אין חובה להשיבו למי שהיה בעליו, אבל אין אדם רשאי להפקיר את גופו. אם כן, האם יש השלכה לכך גם על זכויותיו של המציל לקבל שיפוי על הוצאותיו? כמו כן עשוי להיות הבדל בשאלת החובה להוציא הוצאות על ההצלה. בהצלת רכוש אנו מעמידים ערך רכושי מול ערך רכושי², ואילו בהצלת נפשות יש לשאול, מהי אמת המידה שנוכל למוד בה את שוויה של הצלה?

¹ סוכה כח ע"א.

² ראה: פירוש רבנו יהונתן מלוניל לרי"ף, ב"מ פרק ב, על המשנה "היה בטל מסלע": "לפי שמצות השבת אבדה בממון היא, ולא היה חביב בעיני המקום ממון זה מממון זה, ולא הטיל עליו חובה לטרונ בה".

הצלת נפש – שיפוי על הוצאות המציל

במבוא לשער הרביעי³, עמדנו על העיקרון של המשפט האנגלי, ששרר בארץ עד לקבלת החוק החדש, והשולל מן המציל את הזכות לשיפוי על הוצאות שהוציא בפעולת ההצלה.

אמנם במקרים נדירים, חרגו בתי המשפט באנגליה מן העיקרון הזה. אף שהמשפט האנגלי איננו מכיר בעיקרון כללי של הרשאה מחמת הכרח (agency of necessity), הוא מכיר בהרשאה מסוג זה במסגרת מצומצמת ובגדר קטיגוריות שהתפתחו במשפט האנגלי, ואשר תחולתן מוגבלת ביותר⁴. ולעניין ההצלה – גם כאשר נתמלאו התנאים להחלת העיקרון של הרשאה מחמת הכרח, הרי שבשעה שהמורשה מבקש החזרת הוצאות או תשלום שכר ראוי, מוטל עליו להוכיח שבעת שביצע את ההצלה או הוציא הוצאות כלשהן, התכוון לחייב את הניצול לשלם לו. בעת שניתן שירות מקצועי, כגון ריפוי, קיימת הנחה שהתכוון נותן השירות לקבל שכר, ואילו אם לא ניתן השירות על ידי אדם שמקצועו בכך קיימת הנחה שלא הייתה כוונה לקבל שכר. אבל גם בשעה שהמציל הוא רופא, אם ניתן היה לקבל את הסכמת החולה לקבלת טיפול רפואי, ושהטיפול ייעשה בשכר, מוטלת כנראה החובה לקבל את הסכמתו לדבר⁵. אם הניצול לא היה יכול להסכים, כגון שהיה מחוסר הכרה, אזי אם נתמלאו התנאים הדרושים להיווצרות הרשאה מחמת הכרח, והתכוון המציל לקבל תשלום, נראה שיהיה הניצול חייב בהשבת הוצאות ובתשלום שכר ראוי⁶. תמונה זאת, בדבר הדין האנגלי, לא הייתה המצב החוקי ששרר בארץ לאשורו, משום שהכנסת חוקקה חוקים אחדים ששינו את המצב המשפטי במקרים מסוימים.

על פי סעיף 2 לחוק לתיקון דיני נזיקין (הטבת נזקי גוף), התשכ"ד – 1964⁷, מי שהוציא הוצאות לתקן נזק גוף, או למנוע החמתו של זה, זכאי לשיפוי מן המזיק עד כדי הסכום שהמזיק היה חייב לניזוק אלמלא הוטב הנזק על ידי המטיב. כמו כן לפי סעיף 3 לאותו חוק היה המטיב זכאי להשבת הוצאותיו מן הניזוק, אבל זכות זאת לא עמדה לו אלא לפי מידת רשלנות הניזוק. הדין אומר, אם נפגע הניזוק שלא כתוצאה מחוסר זהירות או פשיעה מצידו, אלא שהנזק בא על ידי אונס בידי שמים, אז מי שהוציא הוצאות להצלתו, לא היה זכאי להשבת הוצאותיו על פי חוק זה, וכמו כן לא הייתה למטיב זכות, במקרה זה, להשבת הוצאות שהוצאו למניעת הפגיעה ולהצלתו של אדם שלא ייפגע (הוראה זו, על פי סעיף 3, בוטלה בחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט – 1979)⁸.

הוראות חוק אחרות, שנחקקו בשנת תשכ"ה, באות לפצות את מי שקיפח את חייו או הפך לנכה בשעת פעולה להצלת חייו של הזולת. אם המציל הוא חייל, רינו כדין נכה צה"ל או כדין חייל שנספה במערכה⁹, ואילו אם המציל אינו חייל, יחולו עליו הוראות חוק הביטוח הלאומי כאילו הוא מבוטח, שנפגע בפגיעה בעבודה¹⁰.

³ ראה שער רביעי, ליד ציון הערה 2.

⁴ ראה: ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט, ח"א תשמ"ב, עמ' 82.

⁵ פרידמן, שם, עמ' 85.

⁶ פרידמן, שם.

⁷ ס"ח התשכ"ד, עמ' 77.

⁸ סעיף 7 לחוק.

⁹ סעיף 2 לחוק תגמול לחייל הנפגע בהצלת חייו הזולת, התשכ"ה – 1965; ס"ח התשכ"ה, עמ' 288.

¹⁰ סעיף 2 לחוק התגמולים לנפגעים בהצלת נפש, התשכ"ה – 1965; ס"ח התשכ"ה, עמ' 288.

בינתיים נקבעה זכותו של המציל לפיצוי מן הכיטוח הלאומי כחוך מסגרת רחכה יותר של הוראות חוק המקנות זכויות למתנדבים, שנפגעו חוך כדי פעולת ההתנדבות (חוך ביטולו של חוק התגמולים משנת התשכ"ה)¹¹. בהוראות החוק נקבעו סוגי המתנדבים הזכאים לשיפוי, ואלו הם¹²: (1) מי שפעל בהתנדבות שלא בשכר למען זולתו על פי הפנייה מאת גוף ציבורי. (2) מי שממלא חובת אבטחה ללא שכר על פי חיקוק. (3) מי שהושיט עזרה לזולתו לפי חובתו על פי דין. (4) מי שעשה פעולה להצלת חייו או דכושו של הזולת בהתנדבות, שלא בשכר, לפי כללים שנקבעו בתקנות, והמוסד הכיר בפעולתו, לאחד מעשה, כפעולת התנדבות. (5) חבר מתנדב שלא בשכר של "מגן דוד אדום" בישראל. (6) חבר מתנדב שלא בשכר של ארגון לעזרה ראשונה, או של ארגון למניעת נזקים לגוף או לרכוש או לטיפול בחולים. (7) ככאי מתנדב¹³.

אבל יש לציין את מגבלותיהן של ההוראות האלה. אין הן כוללות פיצוי על נזקי רכוש, אלא על פגיעות גופניות בלבד. כמו כן מלשון התקנות המגדירות פעולת הצלה לצורך חוק זה עולה, שיש הגבלות מסוימות בזכויותיהם של המתנדבים¹⁴.

המצב המשפטי בארץ זכה לביקורת שלילית, הן משום מגבלותיה של הזכות המוענקת למציל על פי החוק להטבת נזקי גוף¹⁵, והן משום שהחוק בכללו אינו מעודד פעולות הצלה¹⁶.

¹¹ ראה פרק ט 2 לחוק הכיטוח הלאומי: "זכויות מתנדבים", ששולב כחוק הכיטוח הלאומי [נוסח משולב], התשכ"ח—1968, על פי חוק הכיטוח הלאומי (תיקון מס' 21), התשל"ו—1976; ס"ח התשל"ו, עמ' 167. סעיף 198 ה. לפרטם של דברים עיין בהוראות גופן.

¹² ראה גם סעיף 236 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], הקובע כי: "רואים תאונה כתאונת עבודה אף אם... אירעה חוך כדי עבודתו של המבוטח, במקום העבודה או בסביבתו הקרובה ביותר, כעשותו להצלת גוף או רכוש או למניעת נזק או סכנה לגוף או לרכוש", וראה גם סעיף 38 לחוק הביטוח הלאומי (תיקון מס' 21), התשל"ו—1976; ס"ח התשל"ו, עמ' 167, ולפיו שר האוצר יתקין תקנות בעניין תשלום פיצויים מאוצר המדינה למי שנפגע או ניוזק מעוולה שנעשתה בירי מתנדב חוך כדי פעולת התנדבות ועקב פעולה זו, כשאינן לו זכות לפיצויים מאדם אחר זולת המתנדב.

¹⁴ ראה אכרזת תגמולים לנפגעים בהצלת נפש, התשכ"ו—1966, שנתפרסמה בק"ת התשכ"ו, עמ' 1906. וראה גם חקנות חגמול לחייל הנפגע בהצלת חיי הזולת, התשכ"ח—1968, שנתפרסמו בק"ת התשכ"ח, עמ' 962.

¹⁵ ג' טרסקי: "המטיב נזקי גוף שבאו בגלל 'רשלנות' הניזוק", הפרקליט כא (תשכ"ה), עמ' 371; א' מאיר: "החוק לתיקון דיני נזיקין (הטבת נזקי גוף)", תשכ"ד—1964, הפרקליט כא (תשכ"ה), עמ' 502; פרידמן, שם, עמ' 105; ג' טרסקי (עורך), י' אנגלרד, א' ברק, מ' חשין, דיני הנזיקין, ירושלים תשל"ז, עמ' 660. וראה גם י' אנגלרד: "חצי יוכל לפקדת הניזוקין האזרחיים — בעיות ומגמות", משפטים ה (1973—1974), עמ' 564, עמ' 580—581; נ' זלצמן: "הטבת נזקי גוף" וכו', עיוני משפט ה (1974—1975), עמ' 621.

¹⁶ א' ידין: "על דיני פיקוח נפש", משפטים ב (1970), עמ' 252. וראה גם ע' פרוש: "חוק, מוסד והשומרונות הטוב", בחוך: לשון, מחשבה, חברה, לזכרו של יהושע בר הלל; ירושלים תשל"ח, עמ' 295. וראה דעתו של השופט ברק, בע"פ 186/80, יערי ואח' נ' מדינת ישראל, פד"י לה(1), 776, לפיה "קיימות שאלות נוספות, שטרם התעוררו, כגון: האם קיימת חובה לסייע לזולת ולמנוע ממנו נזק על ידי מעשה התנדבות?" (הובא ע"י השופט שיינבוים, בע"א 341/80, עלי נ' ששון ואח', פד"י לו(3), 288).

הצלת נפש – שיפוי על הוצאות המציל

חוק עשיית עושר ולא כמשפט, התשל"ט – 1979, העדיף את גישתו של המשפט העברי על פני השיטה האנגלית, ועל פיו נקבעה זכות לשיפוי של מי שעשה לשמירה על חייו, שלמות גופו ובריאותו של אדם אחר.¹⁷ וכן נקבע, בעקבות המשפט העברי, כי אם הפעולה הייתה לשמירה על חייו שלמות גופו או בריאותו של אחר, לא תהיה נודעת משמעות להתנגדות ניצול לפעולת ההצלה.¹⁸ את גררי זכותו של מי שעשה לשמירה על חייו של אחר, ננסה ללבן בשער שלפנינו.

פרק שני

החיוב להציל

על החיוב להציל נפשות למדו חכמינו מן המקרא "לא תעמוד על דם רעך" (ויקרא ט טז), ודרשו התנאים בספרא¹⁹: "ומניין אם ראית טובע בנהר או לסטים באים עליו או חיה רעה באה עליו [ש]חייב אתה להצילו (כנפשו), תלמוד לומר: 'ולא תעמוד על דם רעך'".²⁰ מקור נוסף לחיוב הצלת נפשות, הן המלים: "והשבותו לו" (דברים כב ב), האמורות בפרשת השבת אברה, ודרשו בספרי²¹: "והשבותו לו – אף את עצמו אתה משיב לו". ובלשון התלמוד הבבלי²²: "השבת גופו מניין? תלמוד לומר: 'והשבותו לו'".²³

¹⁷ ראה סעיף 5(א) לחוק.

¹⁸ ראה סעיף 5(ג) לחוק.

¹⁹ ספרא קדושים, פרשה ב, פרק ד, הלכה ח. התיקונים על פי הגהות הגר"א.

²⁰ וראה: פסקי דין רבנים ה, עמ' 152.

²¹ ספרי, מהדורת פינקלשטיין, כי חצא, פיסקא רכג.

²² ב"ק פא ע"ב.

²³ מתוך שלמדו הצלת גופו מן "השבותו לו", מבקש בעל "מנתח חינוך" לומר, שכשם שבהשבת אברה אין חיוב להשיב כשבעל האברה מאבד את אברתו מדעת, כן הוא בהצלת גופו, שאין תובה להציל את מי שמאבד את עצמו לדעת, ראה: "קומץ מנחה", מצוה רלו. אבל לא הסכימו לדבריו (ראה: "מרגליות הים" סנה' עג ע"א, אות יב; אנציקלופדיה תלמודית י, ערך "הצלת נפשות", עמ' שנ, הערה 90) ושם בהערה 89 צוין בטעות "קומץ מנחה", מצוה רצו וצ"ל: רלז; וראה מאמרו של הרב ברוך רקובר: "האם יש חיוב להציל מאבד עצמו לדעת?", קול תורה יא (תשי"ז), חוברת ח, עמ' יא-יב; שם, חוברת ט, עמ' יא-יב; שם, חוברת יא, עמ' ט-י).

החיוב להוציא ממון לשם הצלה

חיוב הצלת נפש כולל גם את החיוב להוציא ממון לשם כך. הגמרא²⁴ מביאה את הדברים שהזכרנו בפרק הקודם, שהחיוב להציל נפשות נלמד מן הפסוק: "לא תעמוד על דם דעך", והגמרא שואלת: וכי מכאן למדנו דבר זה, והרי למדנוהו מן הפסוק "והשבותו לו"? ובלשון הגמרא: "והא מהכא נפקא? מהתם נפקא: אכדת גופו מניין? תלמוד לומר: 'והשבותו לו'".²⁵ על כך משיבה הגמרא, שהייתי אומר שהחיוב אינו אלא להצילו בעצמו, אבל אינו חייב לשכור אחרים להצלתו, ולכן למדונו שחייב אדם אף לשכור פועלים בשכר, היינו, להוציא הוצאות לשם הצלה,²⁶ ובלשון הגמרא: "אי מהתם הוה אמינא הני מילי בדנפשיה, אבל מיטרח ומיגר אגורי אימא לא, קמ"ל".

החיוב המוטל על אדם להוציא הוצאות לשם הצלת נפש, מעלה את השאלה: מי יישא בהוצאות אלו? האם המציל זכאי לקבל מן הניצול שיפוי על הוצאותיו?²⁷ אבל קודם שנברר שאלה זו, נעמוד על זכות אחרת, שהוקנתה למציל, והיא פטירת המציל מתשלום דמי נזיקין על נזקים שגרם המציל בשעת ההצלה.

²⁴ סנהדרין עג ע"א.

²⁵ ראה לעיל, ליד ציון הערה 21.

²⁶ וראה: אנציקלופדיה תלמודית י, ערך "הצלת נפשות", עמ' שמד, לעניין הדעות השונות בדבר מקור הלימוד למסקנת הסוגיה, היינו אם הוא מ"לא תעמוד", או מ"והשבותו לו".

²⁷ אף אם המציל זכאי לקבל מן הניצול שיפוי על הוצאותיו, עדיין נשאלת השאלה מה יהא אם אין לניצול לשלם? האם גם במקרה זה מוטלת על המציל חובה להוציא ממנו לשם הצלה? ואם יש חובה כזו, האם יש לה שיעור? או שמא חייב אדם להוציא את כל ממנו לשם הצלת הוולח?

מדברי הרמ"ה, ראה להלן, ליד ציון הערה 36, משתמע לכאורה, שאין אדם חייב להציל בממונו. וראה: "כלי חמדה", לר' מאיר דן פלאצקי, ויצא, עמ' קצ ואילך, הדין בדברי הרמ"ה; וכן השווה: "חוות יאיר", סימן קמו, האומר ש"לולי שכל הפוסקים פה אחד שמחוייב לשכור ממנו להציל חבירו, רק שחבירו יחזיר לו כמ"ש [= כמו שכתב] הרא"ש... היה אפשר לומר שאינו מחוייב להשכיר משלו אם ידע שאין לחבירו להחזיר לו, ולא רבתה תורה רק לטרוח עבורו, ומ"מ ר"ל [= ומבל מקום רוצה לומר] משל חבירו, דוגמא לדבר דק"ל [= דקיימא לן] כיבוד אב משל אב"; וראה "בית הבחירה", סנהדרין עג ע"א (מהדורת רלב"ג), שלדעתו הניצול חייב להשיב למציל הוצאותיו, אבל הוא סבור שגם אם אין הניצול יכול להשיב למציל, חייב המציל להוציא ממנו להצלה: "והוא שישכור שכירים ופועלים ובקיאים באותן הדברים להצילו, וחברו פורע לו מן הדין. אם אין לו במה לפרוע אין לזה לימנע בכך, שאע"פ שאסור להציל עצמו בממון חברו דוקא שלא מדעת הבעלים, אבל בעלים עצמן חייבין להציל חבריהם, וכל שלא עשה כן עובר משום לא תעמוד על דם דעך".

וראה גם: שו"ת מהר"י ווייל, סימן קנז, שמחוייב להוציא ממון להציל את חברו; וכן כחכ בשו"ע הרב, הלכות נזקי גוף ונפש, סז; וראה גם: מרחשת, חלק א, סימן מג; וראה גליוני הש"ס, סנהדרין עג ע"א, ד"ה ומיגר; וכן ראה: שו"ת מהרש"ם, חלק ה, סימן נד.

חסינות המציל בנוזיקין

בתוספתא מובאת תקנה ולפיה מותר להזיק לצמחייה כדי להציל אדם שאברה לו הדרך: "חבירו שטעה תופסו בידו מפסגו בשדות ובכרמים עד שמגיע לעיר או לדרך; וכשם שמצוה על ידי חבירו כך מצוה על ידי עצמו. הוא עצמו שתעה מפסגו בשדות ובכרמים עד שמגיע לעיר או לדרך, שעל מנת כן הנחיל יהושע לישראל את הארץ"²⁸. תקנה זאת נמנית במסכת בבא קמא, עם התקנות שהתקין יהושע²⁹: "והתועה בין הכרמים מפסגו ועולה מפסגו ויורד", ומפרש רש"י: "מפסגו, מנתק זמורות הנושבות המעכבות אותו, ועולה ויורד עד שמוצא את הדרך"³⁰. לא זו אף זו: אם שבר אדם כליו של אחר אגב פעולת הצלתו של אדם הנרדף על ידי מישהו הרוצה להורגו, פטור המציל מלשלם את הנזק. וכך אומר רבה³¹: "... ורודף שהיה רודף אחר רודף להצילו, ושיבר את הכלים, בין של רודף בין של נרדף בין של כל אדם – פטור; ולא מן הדין, שאם אי אתה אומר כן נמצא אין לך כל אדם שמציל את חבירו מיד הרודף". כלומר, טעמו של הפטור הוא לעודד אנשים להיחלץ לפעולות הצלה³².

²⁸ ראה: תוספתא, מהדורת צוקרמנדל, ב"מ ב, כח; בבלי, ב"ק פא ע"ב.

²⁹ ב"ק, שם.

³⁰ שאלה היא האם המציל פטור מלשלם לבעל הכרם את נזקו, או שמא הוא חייב, אלא שהותר לו להזיק על מנת לשלם? בעניין ניצול שהזיק לכרם, יש מחלוקת ראשונים, אם הוא פטור מלשלם אם לאו. הראב"ד סבור שעל הניצול לשלם את ההפסד (בחידושי הראב"ד לב"ק, מהדורת אטלס, עמ' שנח); ואילו הרשב"א סבור, לולי דעת הראב"ד, "שכל תקנות אלו בלא נתנת דמי' הן, ואילו בנתנת דמים למה לי תקנת יהושע, בלא תקנה נמי הדין כן שמציל עצמו ונתן דמים" (חיידושי הרשב"א לב"ק פא ע"ב); וראה: ירושלמי, ב"ב פ"ה ה"ה, טו ע"א, בעניין מסתלקין לצדדים: "מה נתן דמים או לאו", ושם להלן. ויש עוד לרזן בשאלת הגמרא בב"ק, שם, על הדין שמפסג ועולה, שהרי מן החורה הוא מן הפסוק "והשבותו", שעל כך משיבה הגמרא: "דאורייתא הוא רקאי בי מיצרי, אתא הוא תקין דמפסג ועולה מפסגו ויורד", ומפרש רש"י: "דאורייתא בי מצרי: יקיף סביבות מצרי הכרמים ולא יעבור בתוכם ויפסידם", ולכאורה מדבר בהיתר להזיק אף כשיש דרך אחרת להצלה, ולא בדבר פטור מתשלום, שאם יש פטור מתשלום מצד התקנה – מה היא שאלת הגמרא "דאורייתא היא"?

הראב"ד, בהמשך דבריו בנתנת הטעם לכך שהניצול חייב לשלם לבעל הכרם את הפסדו, אומר: "ואע"פ שהוא מסוכן, לפי שאין האונס ההוא בא לו מחמת בעל הכלים. וכן התועה בין הכרמים הוא הטעם עצמו ולא בא לו האונס מבעל הכרם". ושומעים אנו מדבריו, שאם בא האונס מחמת בעל הכרם אזי הניצול פטור מלשלם לו הפסדו; כלומר, רואים בגורם האונס משום רודף! והשווה השגת הראב"ד על הרמב"ם, משנה תורה, הלכות חובל ומזיק ח, טו. ואין צריך לומר שהראב"ד סובר שיש דין רודף רק באדם הרודף בגופו, אלא הוא הדין אם רודף בממונו יש לו דין רודף.

³¹ סנהדרין עד ע"א.

³² אבל ראה דבריו של ר' חיים פאלאג'י בספרו: נשמת כל חי, חלק ב, חר"מ, סימן מח, הדין בשאלה אם הציל אדם אחר בממון חברו, ולניצול אין להשיב, אם המציל חייב לשפוח את בעל הממון על הפסדו. והוא מוכיח מדברי הרא"ש (ראה להלן, ליד ציון הערה 48) שהוא חייב: "ונראה מכל זה דאם אין ממון לניצול לשלם דאז פטור, המציל חייב לשלם לחברו, כיון שעליו המצוה מוטלת לבר, שחבירו בעל הממון, כל שלא היה שם לא נתחייב ממונו בהשבה, וכמ"ש [=וכמו שכתב] הרא"ש דממונו לא

זכותו של המציל לשיפוי מן הניצול

שאלה היא מהן זכויותיו של מציל שהוציא הוצאות לשם הצלתו של אחר? האם הוא זכאי לקבל את הוצאותיו מן הניצול? על כך אין תשובה מפורשת בתלמוד. בעוד הזכות לשיפוי של מי שמציל נכסי חברו, נירונה במשנה ובתלמוד, שאלת הזכות לשיפוי של מי שהציל את נפשו של חברו לא נידונה במקורות אלו.

כרם, הראשונים כבר דנו בנושא זה, והסיקו מתוך התלמוד על זכותו של המציל לשיפוי; ולא עוד אלא שהורחבה זכותו מכמה בחינות יותר מזכותו של מי שהציל את רכושו של חברו.

הרמ"ה, ר' מאיר הלוי אבולעפיה³³, מוכיח מן הסוגיה במסכת סנהדרין, האומרת שהמציל חייב לטרוח ולשכור פועלים להצלה³⁴, שהניצול חייב להשיב למציל את הוצאותיו, שהרי לא אמרה הגמרא שהמציל חייב להציל בממונו של המציל, אלא שהוא חייב לטרוח בשכירת פועלים: "ומסתברא³⁵ לן דהיכא דטרח ואגר אגורי ואצליה שקיל מיניה, דערך כאן לא חייביה רחמנא אלא למטרח בלהדורי בתר אגורי, אבל לאצוליה בממוניה לא³⁶, מדאמרינן 'אי מהתם הני מילי בנפשיה אבל מטרח ומיגר אגורי לא קמ"ל', ולא אמרינן 'אבל בממוניה לא קמ"ל'³⁷.

נתחייבה". ויש להשיב על דבריו משני טעמים: (א) אנו שומעים מדברי הרא"ש שאינו מכחין, לענין החיוב בהצלה, בין בעל הממון שם, או לא. (ב) הרא"ש לא אמר שממונו לא נתחייב, אלא שהניצול חייב לפרוע, ולכן הממון לא נתחייב.

וראה מסקנתו שם בסוף תשובתו: "מעשה נחבאר מחקירתנו דחייב אדם להציל את חברו בממון חברו מתנאי יהושע דמותר אפילו שלא בפני הבעלים [כלומר, הוא מרחיב את תחולת תנאי יהושע מעבר לרוגמאות בהן נאמרו, ומעבר לזכריות הניצול במקרקעין (ראה על כך כשער רביעי, ליד הציון להערה 33)]. היינו שהניצול ישלם. ואם לניצול [אין] לשלם חייב המציל, כל שהציל המציל שלא בפני בעל הממון...".

³³ ראה עליו לעיל, שער שני, הערה 30.

³⁴ סנהדרין עג ע"א. וראה גם לעיל, ליד ציון הערה 26.

³⁵ יד רמ"ה לסנהדרין, שם.

³⁶ ראה לעיל, הערה 27.

³⁷ השווה שו"ת מבי"ט, חלק א, סימן רלז בסופו, שנוקט אותה ראייה של הרמ"ה, אבל מסיים בהוכחה מדברי הרא"ש. תשובתו היא בעניין תקנת הקהילות, שהסוחרים יביאו סחורתם לפיזארו ולא לאנקונא, והוא קובע ש"אין כח ככלם להכריח את הסוחרים לבדם, דלאו עלייהו לחודיהו רמי לאו ד"לא תעמוד על דם רעך", אלא אכולהו ישראל דסמיכי להו רמיא, כיון דיכולים להצילם בשלוח שם סחורה מדמי כולם... ומצוה אכולהו רמיא לחזור על כל צדדים שלא יאבד דם רעך". ואשר להשבת ההוצאות חייבים בני פיזארו להשיב לסוחרים את הפסדם: "אבל שלומי מיהא בני פיזארו, אם יפסידו הסוחרים ההולכים כעבורם, כעו שלומי, כדמשמע לישנא דגמרא דאמרי' אבל מטרח ומיגר אגוריה וכו', דדוקא טירחא דמיגר הוא דרמי' עלייהו מממון הניצול אי איתיה בעין, ואי לא בעו לשלומי אי אית להו, כמו שכתב הרא"ש ז"ל שם... וכן כתב הר"י בנו בסוף ח"מ".

הרקע לתקנת הקהילות הוא מעשהו של האפיפיור פאולוס הרביעי, שהמשיך כרדיפת היהודים, ובשנת 1556 העמיד לדין קבוצת אנוסים שהייתה יושבת במל מלכותו אנקונא. ראה כ' רות, תולדות היהודים

הצלת נפש – שיפוי על הוצאות המציל

הדעה שהמציל זכאי לשיפוי מן הניצול היא גם דעתו של מהר"ם מרוטנבורג, בתשובתו שנרון בה להלן³⁸. כאן נציין את ראייתו של הרא"ש מן הגמרא בסנהדרין³⁹ שם נאמר, שנרדף ששיבר כלים של רודף – פטור, ואם שיבר כלים של כל אדם – חייב. מכאן לומד הרא"ש⁴⁰ ש"הניצול חייב לפרוע למציל מה שהוציא, ראין ארם מחוייב להציל נפש חברו בממונו היכא דאית ליה ממונא לניצול", שאם היה אדם מחוייב להציל את הנרדף בממונו, ייפטר משכירת הכלים, שהרי ממונו של המציל מחוייב להציל⁴¹, וברשות שבר אותם הנרדף⁴².

מצד שני, בתשובה המיוחסת לרמב"ם⁴³, נפסק שהפורה את השבוי אינו זכאי להשבת הוצאותיו. וכך מובא בשם הרמב"ם לענייננו: "רבינו המחבר נשאל על ראובן שפדה שבוייה שכאה עם שבאין... ועמר ראובן וקנה אותה מן השבאים בממונו ובסך ידוע זכר שהוא על ררך ההלוואה ושהוא אינו מוחל אותו לה... וז"ל התשובה, מועתק מלשון ערבי⁴⁴: ... ולזה זה שפדאה מצוה קעכיד, ואין לו אצלה כלום, ואין לו עליה ולא בה שום צר שעבוד כלל, וזה הקנין שקנו מירה עת נישואיה שיש לראובן עליה בתורת חוב כך וכך, וכן כל מי שקנו מידו בערבות זה הסך כולם פטורים, לפי שהוא קנין בטעות, לפי שכל מי שנתייב בזה הסך נתחייב בו בחושבו שחוייב לראובן לקיחת זה הסך ושיש לו שעבוד על השבוייה, והואיל ועיקר הממון אינו ולא יחוייב כשום אנופן]".

הרי שהנימוק מצוה קעביד שולל את זכותו של הפורה להשבת הכספים⁴⁵. אמנם פרטי כאיטליה, ת"א 1962, עמ' 178 - 179; ח"ה בן-ששון, תולדות ישראל בימי הביניים (תולדות עם ישראל, כרך ב, ת"א 1969), עמ' 267 - 269.

³⁸ ראה להלן, בפרק שביעי.

³⁹ סנהדרין עד ע"א.

⁴⁰ פסקי הרא"ש לסנהדרין, פרק ח, סימן ב; והשווה שו"ת הרא"ש, כלל פה, סימן ב, שחייב יתומים לפרוע לקרוביהם את מה ששילמו הקרובים לרופא כדי שירפא את אביהם, אף שאביהם לא ציווה להוציא הוצאות אלו: "כי מנהג ידוע כשאדם נופל למשכב ואינו יכול לסייע עצמו, שהקרובים משתדלים להמציא לו רפואה... ואפילו איניש דעלמא שהיה משתדל להמציא רפואה לחולה בלא צווי החולה נראה שלא יפסיד דפקוח נפש הוא, וכל הזריז הרי זה משוכח", ולכן אין צורך לשאול את החולה. תשובה זו הובאה להלכה בהגהת הרמ"א לשו"ע חו"מ, סימן קח, סעיף א, וראה: משך חכמה, לרמ"ש מדווינסק, פרשח ראה, דברים טו, יב-יג.

⁴¹ אבל השווה שיטת הראב"ד בחידושו ל"ב"ק, מהדורת אטלס, מילואים, עמ' שנח (הובאו דבריו בשער הרביעי, ליד ציון הערה 58): "מה שאדם חייב להציל חברו בממונו, הני מילי בפניו... אבל שלא בפניו לא נתחייב ממנו בכך". לפי שיטה זו אין ראייה מן הגמרא הזו, שיייתכן שאדם חייב להציל בממונו, ואף על פי כן כאן, כיוון שהיה שלא בפניו של בעל הממון, לא נתחייב בכך, ולכן חייב הניצול להשיב את ההפסדים.

⁴² באותה דרך הולך כנראה ר' חיים פאלאג'י בספרו: נשמת כל חי, חלק ב, חו"מ, סימן מח, כשמוכיח את חיובו של הניצול, מן הגמרא (ב"ק ס ע"ב), שם מסופר ששאל דוד המלך האם מותר להציל עצמו בממון חברו? והשיבו לו: "אסור להציל עצמו בממון חברו, אבל את מלך ישראל, ומלך פורץ לעשות לו דרך ואין מוחין בידו". ומפרשים שם החוספות, בד"ה מהו, שהשאלה הייתה אם חייב לשלם כשהציל עצמו מפני פיקוח נפש, אבל ראה לעיל, הערה 40.

⁴³ ראה: א' מונק, "תשובה חדשה לרמב"ם ז"ל", פרקים א (תשל"ד), עמ' 329.

⁴⁴ שם, עמ' 330 - 331.

⁴⁵ חשוכה זו של הרמב"ם לא הייתה ידועה עד שפורסמה לאחרונה, וחכמים דנו בדעתו של הרמב"ם בלא

זכותו של המציל לשיפוי מן הניצול

העובדות אינן ידועות לנו מתוך התשובה, ולכן קשה לגדור גודים בדבריו של הרמב"ם. והוא הדין בקשר לתשובתו של הדשב"א, שנשאל⁴⁶ על יהודים שנתפסו על ידי המלך מחמת עלילה, ושלחו הציבור למלך ופראום. ועל כך השיב הרשב"א: ש"אם נתנוה [=למלך] בפידוש מחמת הנתפשין – פטורין, משום דמצוה קא עבדי, והרי אלו כמבדיח ארי מנכסי חברו, וכו'. היינו, שפטר את הנתפסים להחזיר מה ששילמו בעדם כדי לפרותם⁴⁷. ויש לדון במשמעות דבריו.

הטור פסק להלכה, בעקבות דבריו של הרא"ש⁴⁸: "ומיהו אם יש לו ממון להציל עצמו חייב לשלם זה"⁴⁹. אבל המחבר בשולחן ערוך לא הביא, בסימן המקביל⁵⁰, הלכה זאת, וכבר תמהו על כך נושאי כליו⁵¹. הרמ"א, אף שלא הביא הלכה זאת כאן הגיה בשולחן ערוך, יורה דעה, הלכות פריון שבויים⁵²: "הפודה חבירו מן השביה⁵³ חייב לשלם לו אם אית ליה לשלם, ולא אמרינן רהוא מבריח ארי מנכסי חבירו"⁵⁴.

לדעת על מקור זה. ראה: שו"ת תורת אמת, למהר"א ששון, סימן מה, ש"דאי בדרו שלדעת הרמב"ם ז"ל ג"כ בכל אלו הניצול חייב לפרוע למציל מה שהוציא, וכמו שכתב הרא"ש ז"ל דליכא למימר דפליגי בהא, ומה גם שהרי הרא"ש ז"ל הביא ראייה לדבריו; אבל ראה מאמרו של הרב ז"ע גולדברג: "בחיובי גמילות חסד", יד רא"ם, לזכר א"מ ליפשיץ, ירושלים תשל"ה, עמ' 97, ושם ביקש לומר, שדעת הרמב"ם היא, שאינו חייב להשיב למציל הוצאות הצלתו, ומשום כך לא הביא המחבר בשולחן ערוך את דינו של הרא"ש, שם עמ' 102.

⁴⁶ שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן תכו.

⁴⁷ וראה: מחנה אפרים, הלכות עבדים, סימן ג, שאם היה השבוי עני בשעה שנפדה, אין חיוב להשיב לפדה את הוצאותיו, לאחר מכן, משום שעשה הפודה מצוה בפדיונו.

⁴⁸ טור, חו"מ, סימן תכו, סעיף א.

⁴⁹ וכן ראה: שו"ת מהר"י בן לב, חלק ג, סימן יא, המובאת בשער רביעי, ליד ציון הערה 94.

⁵⁰ שו"ע חו"מ, סימן תכו.

⁵¹ ראה: סמ"ע לשו"ע, שם, ס"ק א.

⁵² שו"ע יו"ד, סימן רנב, סעיף יב בהגהה. והעיר על כך הש"ך לשו"ע חו"מ, סימן תכו, ס"ק א.

⁵³ וראה: שו"ת בית יעקב, סימן קמח, שהצביע על הלכת הרמ"א בדבר הצלה מן "התפיסה": "וכן שנים שנתפסו והוציא אחד הוצאות... ואם לא יצא רק ע"י השתדלות האחר, לא יכול לומר לא הייתי צריך להשתדלותך... מ"מ חייב ליתן לו כפי מה שנהנה לפי ראות ב"ד" (שו"ע חו"מ, סימן רסד, סעיף ד). וכן מסתמך על הלכה זו של הרמ"א, ר' משה שמעון וסרמן, שו"ת שאילת משה (ת"א תשי"ז), חו"מ סימן ה. הוא נשאל במי ש"הציל בסכנת נפשות אח הצריך של שני הנתבעים... שפרצה דליקה אצלם וקפטן כיבה את האש בסכנת נפשות וניזוק בשתי רגליו וזקוק לטיפול הרופאים ולא יכול לעבוד ואין לו ממה לחיות ותובע מהני"ל שכרו".

וצריכה עיון תשובתו של ר' יוסף חיים, תורה לשמה, סימן שמז, שפסק שמי שנתן לשכאי טבעת לפדיון השבוי, עשה כן לשם מצוה כיוון שלא פירש אחרת. דיון בדבר תביעת שיפוי של הקהילה על הוצאות הצלתו של בעל השל"ה, ר' ישעיהו הלוי הורביץ [ש"ך (1560) – ש"ץ (1630)] מצוי בתשובתו של ר' אליעזר בן ארחא (שו"ת רבינו אליעזר בן ארחא, סימן ה) שם נידונה השאלה האם מחל להם השל"ה על חיוב שנתחייבו כלפיו "להצילו מכל צרה וצוקה, ולפדותו מכל נזק שיבוא אליו".

⁵⁴ מה דינו של ניצול שבשעצם ההצלה לא היה לו כדי להשיב את ההוצאות? האם שעת ההצלה היא הקובעת, וכבר נפטר מלשלם, או שמא רובין עליו חוב, ויהא עליו לשלם לאחר זמן? הרשוד"ם בתשובתו, בדבר הצלת הנער שנשחמד (שו"ת מהרשד"ם, חלק יו"ד, סימן רד; ראה להלן, ליד ציון הערה 98) סבור, ששעת ההצלה היא הקובעת. ראייתו היא מהלכות מתנות עניים, שכן שנינו: "בעל

זכותו של המציל לשיפוי ממי שחייב כלפי הניצול

מהי זכותו של המציל להיפרע ממי שהיה חייב להוציא הוצאות להצלה? האם כשם שהמציל זכאי להיפרע מן הניצול, כן יהיה זכאי להיפרע ממי שהיה חייב בהוצאות אלה? או שמא אפשר יהיה לטעון כלפי המציל שכיוון שהוא רק בחינת פורע חובו של אחר, אין לו זכות לקבל את מה שפרע, כדין הפורע חובו של חברו שלא מדעתו?⁵⁶ בעניין זה ראוי שנעיין בשני פסקים המובאים בשמו של מהר"ם מרוטנבורג⁵⁶. הפסק האחד הוא בעניין מי שפדה גר, ותבע מאחריים את הוצאותיו, כיוון שבעקבות פשיעתם נתפס הגר⁵⁷. מהר"ם פוסק שם שאפילו אם עמדו בדין ונתחייבו לפדות את הגר, והלך הוא ופדאו – הניח מעותיו על קרן הצבי, כמי שפורע חובו של חברו, שהוא "מבריה ארי מנכסי חברו", ופטור.

מצד שני פסק מהר"ם, בעניין מי שפדה את אשת חברו, שהבעל חייב לפרוע לפודה את הוצאותיו. וכך מובא בספר "המרדכי"⁵⁸: "אין לך נתפס על חבירו וחייב ליתן לו אלא בארנונה וגולגולת' כו'. יש מדקדקין מכאן דמי שפודה את חבירו מיד שבאים או אשת חבירו, אם זה לא בקש ממנו, דהניח מעותיו על קרן הצבי; והר"ב אומר דוקא עמד ופרנס... וכן פסק מהר"ם". מכאן יוצא, שמהר"ם מחייב לפרוע את ההוצאות שהוצאו על

הכית שהיה עובר ממקום למקום, וצריך ליטול לקט שכחה ופאה ומעשר עני – יטול, וכשיחזור לביתו ישלם; דברי רבי אליעזר. וחכמים אומרים: עני היה באותה שעה" (משנה פאה ה ד). כיוון שנפסקה הלכה כדעת חכמים (ראה טור, י"ד, סימן רנ"ג), סבור הרשב"ם שאף בענייננו כן, ואם היו תובעים את הנער היה פטור מלשלם. וראה: השמטות מהגהות אמרי ברוך, על שו"ע חו"מ, סימן תכ"ו, ס"מ, ס"ק א. ⁵⁶ בירושלמי נחלקו בעניין אדם שקבר את אשת חברו – האם הוא זכאי לקבל את דמי הקבורה מן הבעל? (ירושלמי כתובות פ"ד ה"ו, כח ד; שם פ"ג ה"ב, לה ד). הרמב"ם, הלכות אישות, יד כד, פוסק שהבעל חייב לשלם: "לא רצה הבעל לקבור את אשתו ועמד אחד מדעת עצמו וקברה, מוציאין מבעלה על כרחו ונותנין לה, כדי שלא תהיה זו מושלכת לכלבים", ואילו הרשב"א פוסק שפטור. ראה חידושי הרשב"א לכתובות מח ע"א; וראה: מגיד משנה לרמב"ם, שם; וכן השו"ת הרשב"א, חלק ז, סימן תטו; וכן השו"ת מהר"ם ב"ר ברוך, רפוס פראג, סימן קמט, ושו"ת הריטב"א, מהדורת ר"י קאפח, סימן נט. בשו"ע אבן העזר, סימן פט, סעיף ב, פסק המחבר כדעת הרמב"ם. אבל חלקת מתוקק, שם, ס"ק ב, והגר"א, בס"ק ה, הביאו את דעות החולקים. וראה הצעתו של ידידיה כהן בהסברת המחלוקת, ברשימתו: "מחקרים וסקירות במשפט העברי", הפרקליט לה (תשמ"ג–1983), עמ' 140. וראה שו"ת פני משה, לר' משה בנבנשתי, חלק ג, סימן כא, במי שמצא מת במקום שהנוכרים רגילים לשרוף את המתים הנמצאים בחחומם, ולהשליך את (עפרם) [אפרם] לים או זורים לרוח, והוציא הוצאות לקבורתו, האם זכאי לקבל בחזרה את הוצאותיו?

והשו"ת פרידמן, עמ' 86, המעמיד על כך שבמשפט האנגלי ישנו יוצא מן הכלל, לפיו אפשר לתבוע מן הבעל להשיב את הוצאות הקבורה של אשתו.

⁵⁶ ראה עליו לעיל, שער שני, הערה 53.

⁵⁷ שו"ת מהר"ם ב"ר ברוך, רפוס פראג, סימן תחקצב.

⁵⁸ מרדכי לכתובות, פרק שני דיני גזירות, רמז רעד. וראה: שו"ת מהר"י ברונא, סימן רלו, שדן בדברים אלה. וראה: ים של שלמה, לבי"ק פרק ז, סימן טו, המביא את פסק מהר"ם להלכה. וראה עוד לעניין זה בשו"ת פרח מטה אהרן, להלן, ליד ציון הערה 69.

זכותו של המציל לשיפוי ממי שחייב כלפי הניצול

הפדיון לא רק את השבוי עצמו אלא גם את בעלה של השבויה, בעוד שלמעלה הוא פטר מלפדוע את הוצאות הפדייה אפילו כשנתחייבו הנתבעים לפדות את הגד. ושמא יש להבחין בין מי שזיקתו לשבוי אינה אלא זיקה משפטית, היינו שהוא חייב לפדות את השבוי, לבין מי שזיקתו היא מעבר לחובה החוקית המוטלת עליו, כגון הזיקה שבין איש לאשתו ובין אב לבנו, ולומר, שאף שפטר מהר"ם את מי שחייב בפדיון השבוי, אין להסיק מכאן שהיה פוטר גם את קרובו של השבוי, כיוון שקיימת הנחה לגבי שבוודאי הוא מעוניין לפדות אותו, ועל כן הוא מעוניין גם שיפדוהו אחרים על חשבונו. ולפי זה לא תהיה סתירה בין הלכת מהר"ם בעניין הגר, להלכתו בדבר מי שפדה את אשת חברו.⁵⁹

שאלה זו עלתה לדיון אצל כמה חכמים, ואנו מוצאים בזה דעות המנוגדות זו לזו מן הקצה אל הקצה. יש שאינם מבחינים בין קרוב ובין אחר, ופוטרים מכול וכול מלפדוע למציל את מה ששילם המציל בגין ההצלה. ויש שאינם מבחינים בין קרוב לאחר, ומחייבים את מי שהיה חייב להציל להשיב למציל את הוצאות ההצלה.

ד' עובדיה ברי' ישדאל ספורנו⁶⁰, מבית מדרשו של דמ"ע מפאנו, דן בסוגיית השבת הוצאות ריפוייה של אשת הנחב על ידי בעלה, והשיב שהבעל אינו חייב לפרוע הוצאות אלה למי שהוציאן⁶¹. לאחר שהוא מדרמה את מי שהוציא הוצאות לריפוי האישה למי שהוציא הוצאות למזונות האישה, שבכגון זה הבעל פטור, הוא נזקק לתשובת הרא"ש שחייב את היתומים לשלם את הוצאות ריפוי אביהם⁶².

ר' עובדיה מבחין בין חיובו של הניצול עצמו ובין חיובו של מי שאינו הניצול עצמו אף שהוא קרובו, היינו אשתו של הנתבע, וזה לשונו: "וכ"ת [= וכי תימא] הרי כתב הרא"ש ז"ל בתשובה כלל פ"ה סי' ב' דקרובים שהוציאו הוצאות לצורך חולה לא הפסידו וחייבים היתומים לשלם אע"פ שלא ציום החולה על כך, והוסיף לומר דאפי' איניש דעלמא שהיה משתדל להביא רפואה לחולה אחד בלא צווי החולה נראה דלא הפסיד, דפקוח נפש הוא וכל הזריז הרי זה משובח – ג' תשובות בדבר: חדא, דע"כ לא קאמר אלא במוציא לצורך בעל הבית בעצמו, דעור בעד עור וכל אשר לאיש יתן בעד נפשו, משא"כ באשתו..."⁶³ הרש"ם⁶⁴ דן בפסקו של מהר"ם, הקובע שהאב חייב לפדות את הבן, ומעלה את

⁵⁹ וראה גם הצעתו של י' כהן, לעיל הערה 55.

⁶⁰ חי במחצית השנייה של המאה ה"ט, להבדיל מר' עובדיה ברי' יעקב ספורנו, מפרש המקרא, שחי בדור שלפניו.

⁶¹ שו"ת רמ"ע מפאנו, מהדורת ירושלים תשכ"ג, סימן פט.

⁶² ראה לעיל, הערה 40.

⁶³ שו"ת רמ"ע מפאנו, שם, עמ' קסב; ר' דוד מאיר פדר, שו"ת דר"ם, חלק ב, חו"מ, סימן ד (דאה להלן, ליד ציון הערה 76), משיג על דבריו, שהרי הביא רש"ל את דעת המרדכי, שמשווה דין פדיון אשתו לדין הצלת נכסי עצמו.

להלן מסייג רבי עובדיה את תשובת הרא"ש גם בכך שהרא"ש הולך לשיטתו שפסק כרבנו תם, שלא פטור כשפורע חובו של חברו אלא כמזונות האשה, אבל בפורע חוב אחר, חייב. ובשו"ת דר"ם, שם, השיג עליו, שמשלשון תשובתו של הרא"ש משמע, שטעמו לחייב הוא כטעם התוספות, אף לאלה החולקים על ר"ת; וראה השגת הבית יוסף על הטור, חו"מ סימן קכח, סעיף ד, שאמר שפסק הרא"ש כר"ת.

⁶⁴ ראה עליו לעיל, שער רביעי, הערה 97.

זכותו של המציל לשיפוי ממי שחייב כלפי הניצול

ואף דין פורע חובו של חברו שלא מדעתו אין כאן, ונימוקו: "דהתם י"ל מי שמך לאיש שתפרע בעבורו דלא היה לך לשלם כי הייחי מפייס את בע"ח [= בעל חוביך] משא"כ בפדיון שבוי" דאסור להתאחר והחייב מוטל על כל מי שבידו לפדות, גם עשה כל השתדלות, ומה שהיה אפשר לפייס עד שהתרצה שעשה השררה יר"ה ליקח פדיון נפשו, ומה הוי ליה לעשות יותר". משמע מדבריו, שהטענה הפוטרת כפורע חובו של חברו, מורכבת משני חלקים: חדא "לא היה לך לשלם", ועוד "כי הייתי מפייס את בעל חובי". וכאן מאחר שפעל הפודה מתוך שהיה חייב לפעול, שוב אי אפשר לטעון כלפיו לא היה לך לשלם, וממילא אין עומדת לחייב טענת הפטור, כיוון שאם הטענה להיפטר, כפורע חובו של חברו, מכוססת רק על כך שלא נהנה החייב מן התשלום כיוון שהיה מפייס את בעל חובו, אז העובדה שהפורע היה מחויב בדבר אין בה כשלעצמה להטיל על החייב חיוב כלשהו, שהרי נהנה מן התשלום.⁷⁵

בכיוון המרחיב את זכות המציל, הולך ר' דוד מאיר פדר, המחייב את הבעל לשלם כעד הוצאות, שהוצאו על ריפוייה של אשתו. אבל קשה לדעת אם כוונתו דווקא לאשתו, או שהיה פוסק כך בכל מי שהנתבע חייב בריפוי, משום שאחרים מנימוקיו, אפשר לפדושם רק בעניין אשתו.⁷⁶

בתשובתו הוא מסתמך על תשובת הרא"ש, בעניין תביעה שנתבעו היתומים לשלם את הוצאות הריפוי של אביהם, ועל הרש"ל בעניין הפודה את אשת חברו, ואומר: "ומובן מאליו דה"ה [= דהוא הדין] המוציא הוצאות דפא אשת חברו כמו בנ"ד, דדומה למרפא את חבירו בעצמו, וחייב בעל לשלם. דהרי שייך בזה טעם הרא"ש בתשו' דגדול פקוח נפש כמו בהצלה משכיה ועדיף מינה, דעבור חולי מחללין שבת ואילו לחלל שבת להציל משכיה עמעמו בש"ע אר"ח סס"י שו ס"ד וכמג"א שם". ולאחד מכן הוא דוחה פירוש מצמצם בתשובת הרא"ש, והוא סבור שהרא"ש מדבר לא רק בריפוי של הנתבע עצמו, שהרי זה "היפך מ"ש [= מה שכתב] רש"ל הנד' דהצלת ופדיון אשתו דומה להצלת בעל הנכסים בעצמו, ומסתבר כן, דהא עכ"פ לא גרע הצלת אשתו מהצלת ממונו דחייב לשלם כמש"ל כשם התוספות".

ואולם, הוא מבחין בין מחלה למחלה, ואומר: "כמיחוש בעלמא, שאינו מסוכן, יש לדמותו למציל חברו מפחד שמא יבא ארי, דהניח מעותיו על קרן הצבי, כמ"ש תוס' ב"ק שם... והכל לפי החולאת וההצלה".

עד כאן דיברנו בזכות לתבוע ממי שחייב חיוב משפטי להוציא הוצאות להצלה. אבל יש שהחייב אינו חיוב משפטי. כך, למשל, נשאל הדשב"ץ, ר' שמשון ב"ר צמח, בדבר⁷⁷ "זקן הקהל שכזבו ממון משלו כדי להציל בת ישראל מאורסת לפושע אחד, אם חייבין הציבור לפרוע לו אותו ממון, שהרי מצוה זו מוטלת על הצבור היתה, ואם הזקן קדם והוציא ממון זה – אם חייבין הציבור לפרועו". הדשב"ץ פטר את הציבור מלשלם לזקן הקהל, אלא אם כן יש מנהג לפיו זקן הקהל רשאי להוציא ממון למטרה כזו ולחייב את הקהל: "כאמת לא

⁷⁵ לבסוף מסתמך המשיב גם על תשובת מהר"ם בר"י ברוך, המוכחת בתשובות מיימוניות לספר נזיקין, סימן יו. אמנם גישתו של מהר"ם שונה, ועל כך הוא אומר: "אף דקצת טעמי לא שייך הכא, מ"מ רוב טעמי שייכא הכא".

⁷⁶ שו"ת רד"ם, חלק ב, חו"מ, סימן ד.

⁷⁷ שו"ת תשב"ץ, חלק ב, סימן רמא.

הצלת נפש – שיפוי על הוצאות המציל

מצינו חיוב כזה אל הציבור; ואם הזקן בזבו משלו – זכה משלו לשמים, וניחא ליה לאיניש לקיומי מצוה כין כגופיה כין בממוניה. ומכל מקום הדבר תלוי כמנהג המקום: אם מנהג המקום שהזקן הממונה פרנס יש לו רשות מהם להוציא ממון עליהם ככל כיוצא בזה, הם חייבים לפורעו, ואם אין בזה מנהג – המוציא מחברו עליו הראיה".

פרק שביעי

התנגדותו של הניצול

האם זכותו של המציל לשיפוי מהניצול על הוצאותיו, עומדת לו גם אם התנגד הלה להצלה? תשובה מקיפה בנושא זה היא תשובת ר' מאיר ב"ר כרוך מרוטנבורג⁷⁸. מהר"ם נשאל בעניין שניים שנשכו, והוציא אחד מהם הוצאות כדי לפרות את שניהם מן השבי. עתה, משנפרו מן השבי, הוא תובע את חברו שישלם לו את חלקו בהוצאות הפרייה. התובע אף טוען שהוא הוציא את ההוצאות לבקשת חברו, אלא שחברו כופר בכך. ועוד נשאל מהר"ם על מלמד שהיה לו פיקרון ביד בעל הבית שלו, ונתפס כעלילות, וצוה לבעל הבית שלא לפרותו, ועל כך הורה מהר"ם, שצריך לפדותו בעל כרחו. נסקור בזה את עיקרי דבריו של מהר"ם, וכן את ההלכות המיוחדות בדבר השבת הוצאות הכרוכות בהצלת נפש⁷⁹.

מהר"ם קובע בתשובתו שיש להציל את האדם בעל כרחו, אף אם הוא מצווה שלא להצילו, ואם ההצלה כרוכה בהוצאות – יתחייב הניצול בהוצאות, אף שההצלה נעשתה בניגוד לרצונו. לקביעתו זאת הוא מביא ראיות אחדות מן התלמוד, ואלו הן: (1) האומר אל תקברוהו מנכסיו – אין שומעין לו, לאו כל הימנו שיעשיר את בניו ויטיל את עצמו על הציבור⁸⁰. היינו, כיוון שיש חובה לקבור את האדם לאחר מותו, אין מתחשבים בציוויו שלא לקברו, ואף יגבו מן היורשים את הוצאות הקבורה, שאין ביכולתו להעשיר את בניו ולהטיל את עצמו על הציבור.

(2) פודין את הקטנה מעבדותה, בעל כרחו של האב, משום פגם משפחה⁸¹. ומכאן מסיק מהר"ם שכיוון שכופין את האב לפדות את בתו, כל שכן שכופין את האדם לפדות את עצמו, אפילו אם הוא עומד וצווח: "אל תפדוני", כיוון שמי שנתון בשבי נתון לכיזה ולמשיסה, ובוודאי פודין אותו בעל כרחו משל עצמו, משום פגם משפחה.

(3) יש לו ואינו רוצה להתפרנס – נותנים לו לשם מתנה וחוזרים ונפרעים ממנו לאחר מיתה⁸². היינו, לולי היה חשש שכיוון שנפרעים ממנו מחיים לא יטול – היו נפרעים ממנו

⁷⁸ שו"ת מהר"ם ב"ר כרוך, דפוס פראג, סימן לט.

⁷⁹ וראה פסקי מהר"ם, המובאים לעיל, בראש הפרק השישי.

⁸⁰ על פי: קידושין סח ע"א.

⁸¹ על פי: קידושין יח ע"א.

⁸² על פי: כתובות סז ע"ב.

התנגדותו של הניצול

אף מחיים. זאת ועוד, בפירוש משבי, כיוון שחשש זה אינו קיים, יש להיפרע ממנו מחיים. במזונות כופין אותו, אף על פי שאינו בסכנה כל כך, אלא שמסגף את הגוף וחי חיי צער בעלמא הוא, כל שכן שיש להוציאו מיר גויים, שלא ייטמע ביניהם ושלא יהרגוהו או ייסרוהו בהכאות שאין להן קצבה, ושמא מתוך היסורים יודה להם, היינו שמא ישתמד מחמת היסורים.

(4) המוכר את קברו – באין בני משפחה וקוברים אותו בעל כורחו דלוקח, משום פגם משפחה.⁸³

לאור דבריו נזקק מהר"ם⁸⁴ להבחין בין מציל רכוש למציל נפש, וזאת כיוון שהמשנה מבחינה במציל רכוש בין התנה עם הבעלים על השכת הוצאות ההצלה לבין לא התנה עם הבעלים, מהר"ם מבהיר, שאמנם במציל רכוש אם לא התנה, אין לו אלא שכרו, אבל כאן אין צורך בהתנייה עם הניצול, שהרי אפילו הוא עומר וצווח: "אל תפרוני", אין שומעין לו ופורים אותו בעל כורחו משלו; אם כן אין צורך בדעתו ובהסכמתו. יתר על כן, מהר"ם מוכיח משותף, שנחשב כיורד ברשות, שנוטל כשדה שאינה עשויה ליטע כשדה העשויה ליטע. ואם כן, כאן, שאפילו הוא מוחה פודים אותו בעל כורחו, כל שכן שבסתם, כשאינו מוחה, הרי הוא כיורד ברשות, ויתן חלקו.

וכן נדרש מהר"ם להבחנה בין דין פורע חובו של חברו, שאינו אלא "מבריה ארי" בעלמא, והוא פטור, לבין הנידון שלפניו. בפורע חובו של חברו אינו מצילו אלא מן הצער גרידא, ואינו מצילו מן ההפסד, משום שהוא חייב לשלם מצד הדין אין פירעון על ידי החייב נחשב להפסד לחייב. לעומת זאת, במציל את חברו מן ההפסד חייב זה לשלם למצילו. אף כאן, שהצילו מן ההפסד, כיוון שנתפס הלה כשבי שלא כדין, חייב הניצול לשלם למצילו. זאת ועוד, גם לשיטת ר"י הסוכר שסיבת הפטור בפורע חובו של חברו היא, שהחייב יכול לומר יש לי אוהבים שהיו פורעים את חובי בעבורי כדי להצילני מן הצער, אין הדברים אמורים אלא בחוב שהיה חייב מן הדין. אבל כגול – כמו תפיסת השבוי בשבי – לא. לבסוף מביא מהר"ם ראיה, ממסכת סנהדרין⁸⁵, שהחייב להציל נפש כולל גם שכירת פועלים בשכר לשם הצלה. היינו, שהמציל חייב להוציא הוצאות לשם הצלה: "ודבר פשוט אפילו צווח 'אל תצילני' – שמצילו וחזור ומוציא ממנו מה שהוציא"⁸⁶, והוא מסיים: "סוף דבר נ"ל פשוט כביעתא בכותחא שצדיך לתת חלקו"⁸⁷.

⁸³ על פי: ב"ב ק ע"ב.

⁸⁴ ראה דברי מהר"ם, המובאים במהדורת בלאך, שם, הערה ז.

⁸⁵ סנהדרין עג ע"א.

⁸⁶ וראה גם: שו"ת מהר"ם, דפוס פראג, סימן שלט, תשובתו של ר' חיים בר' יחיאל חפץ זהב: "אך מה שטוענת האשה שלא שאלו את פיה על הפשרה זו אינה טענה כי הדבר היה נחרץ ולא היה סבור שיצאו בחנם. ועוד אומר אני אפי' אם היתה צועקת ואפי' אם היתה תפוסה יחירה ואמרה אל תתנו שותד עבורי, אם היה לה מה לפרוע אין שומעין לה אחרי שנמשלה לתוא מכמר... ועוד שהיתה תפוסה עם אחרים ולא היו יכולים להניח פשרתם עבודה והיא נצולה עמהם, פשיטא שאין בדבריה ממש. ואין לפקפק", וראה עוד להלן, פרק שמיני.

⁸⁷ בענין חלוקת ההוצאות ביניהם הוא קובע: "ומחשבין לפי ממון ולא לפי נפשות, כי לא נתפסו אלא בשביל ממון"; ובן ראה בענין זה: שו"ת פרח מטה אהרן, חלק ב סימן ח, בראש התשובה; שו"ת בית יעקב, סוף סימן קמח.

הצלת נפש – שיפוי על הוצאות המציל

קביעה חשובה נוספת של מהר"ם בתשובה זו היא, שבספק נפשות "אין לומר שמא השבאין מוציאין אותו לבסוף בחנם", שאין תולים בספק נפשות⁸⁸, אלא פודים אותו בעל כורחו.

להלכה פוסק המחבר בשולחן ערוך שאין מתחשבים בהתנגדותו של הניצול⁸⁹: "מי שנשבה ויש לו נכסים ואינו רוצה לפרות עצמו פודים אותו בעל כורחו". ואשר לזכותו של הפודה לקבל הוצאותיו מפורש הדבר בהגהת הרמ"א בסעיף שלאחריו⁹⁰: "הפודה חבירו מן השביה חייב לשלם לו אם אית ליה לשלם, ולא אמרינן דהוא מברית ארי מנכסי חבירו"⁹¹.

פרק שמיני

הציל את עצמו ואת חברו

ראינו, שנשאל מהר"ם⁹² על מי שהוציא הוצאות להוציא את עצמו ואת חברו מבית השבי, ותובע את חברו להשתתף עמו בהוצאותיו⁹³. פסקו של מהר"ם היה שהמוציא הוצאות להצלתו ולהצלת חברו זכאי לקבל מחברו את חלקו בהוצאות. פסקו זה של מהר"ם מזיקו להבחנה בין דין הצלה לבין דין מוציא הוצאות שלא לצורך הצלה, שהרי במוציא הוצאות שלא לצורך הצלה יכול הנהנה לומר למהנה שכיוון שלא נתרבו ההוצאות בעטיו של הנהנה, ואף לצורך עצמו היה המהנה מוציא אותן הוצאות – אין הנהנה חייב להשתתף בהוצאות. והראיה לכך היא מהמקיף את שרה חברו בגדר, שלולי טענת המקיף שנתרבו הוצאותיו בשל הניקף – לא היה זכאי להשתתפות הניקף בהוצאות. אם כן, מרוע חייב השבוי להשתתף בהוצאות, אם לא נתרבו ההוצאות בגללו? מהר"ם מבחין בין דין השבוי לבין דין המקיף, בזה שאצל מקיף אם אמר הניקף שאינו רוצה בהקפה – אין כופין אותו

⁸⁸ ואמנם יש לדון באופיו של השבי, אם יש בו סכנת נפשות, אם לאו. וראה הגהת הרמ"א ל"ש"ע ח"מ, סימן רסד, סעיף ד.

⁸⁹ ש"ע י"ד סימן רנב, סעיף יא.

⁹⁰ ש"ע, שם, סעיף יב, בהגהה. וראה: ש"ך לש"ע ח"מ, סימן רסד, ס"ק ה.

⁹¹ בתשובה שהשיב הרשב"ש, הוא מסתמך על תשובת מהר"ם מרוטנבורג, אף שנראה שהוא אינו שלם עם תשובת מהר"ם. הרשב"ש נשאל בעניין אדם שנכנס בערכות כדי לשחרר מבית האסורים אדם, שהוכנס לשם עד שישלם קנס שהוטל עליו. לאחר שהרשב"ש מוכיח שהאסיר אינו חייב לפרוע לערב את מה שפרע הלה בשבילו, הוא אומר: "ואם היה בדבר סכנת נפשות, והוא לא רצה לפרות עצמו, והם נכנסו ערכנים למלך שלא ברצונו, בזה כתב הר"ם מרוטנבורג ז"ל בתשובה לבנו הרא"ש ז"ל [!] שחייב לשלם, והביא לזה הרבה ראיות, ואעפ"י שיש לדון עליהם, מ"מ כיון שיצא מפי הרב ז"ל מי ישיב את הארי אחרי מתור" (שו"ת רשב"ש, סימן תקט).

⁹² שו"ת מהר"ם ב"ר ברוך, דפוס פראג, סימן לט. ראה לעיל, ליד ציון הערה 78.

⁹³ והשווה לעיל, הערה 86, טעמו של ר' חיים ב"ר יחיאל הפץ זהב, שאין להתחשב בהתנגדות הניצול, בשהצלתו כדוכה בהצלת אחרים.

הציל את עצמו ואח חברו

להקיף, מה שאין כן בעניין השבוי שאף שהוא אומר: "איני רוצה שתפרוני" – פורים אותו בעל כורחו משלו, וכל שכן שבסתם הריהו כיוור ברשות. אין להסיק מדברי מהר"ם, שהוא מבקש לבסס את חיובו של הניצול על יסוד דיני חוזים, אלא שלכאורה זכותו של הפודה לתשלום נפגמת מחמת שזה – השבוי – נהנה, וזה – המציל – לא חסר. ועל כך משיב כנראה מהר"ם, שבמקיף המקיף מוציא הוצאות כשביל עצמו, כיוון שאם אמר הניקף שאינו רוצה בהקפה אין כופין אותו, מה שאין כן בפודה מן השבי שהוא נחשב כמי שהוציא הוצאות כשביל חברו, כיוון שאינו צריך להסכמתו של הניצול, לכן אפילו אם לא נגרמו למציל הוצאות יתרות כשביל לפדות את שניהם, יותר מן ההוצאות הכרוכות בפדיון אחד כלבר, ישתתף הניצול עם המציל בהוצאותיו. ולראיה מביא מהר"ם את ההלכה שכופים בני העיר זה את זה להשתתף בהוצאות שמירה, על פי הנאמר בבבא בתרא⁹⁴, שבופין בני העיר זה את זה לעשות חומה רלחים ובריה לפרשא ולטורזינא, ואפילו מיתומים. ואף על גב שנמנים שם דברים שלולי אותו אדם הנדרש להשתתף בהוצאות, היו מוציאים הוצאות כאותו שיעור, אף על פי כן גוכין גם ממנו להשתתף בהוצאות, ואין אומרים שכופין על מידת סדום ופטור, שאם לא היינו כופים לשלם "כל אחד היה אומר 'איני צריך' והיה מחשב חכירו 'עשה חוץ ממני, ומתוך כך ידחה הדבר ויבוא לידי סכנה, להכי אחמור רכנן על אלו וכיר"ב". מכאן, שבדברים הכרוכים בסכנה, חייב הניצול להשתתף אף בהוצאות שהיו מוצאות ממילא גם לולי היו צריכים להצילו⁹⁵.

פרק חשיעי

הוציא הוצאות ולא הציל

בדיון על שיפוי בהצלת רכוש, ראינו שמי שהוציא הוצאות על הצלת רכושו של אחר ולא הציל, אינו זכאי לקבל את דמי יינו ששפך כדי להציל את הדכש⁹⁶. נשאלת השאלה: מה הדין כשהוציא המציל הוצאות לא לשם הצלת רכוש אלא לשם הצלת נפש? האם העובדה שאדם מחויב להוציא הוצאות לשם הצלת נפש, יש בה כדי להבטיח למציל את השבת הוצאותיו, או שמא יש בעובדה זאת כרי להפחית מזכויותיו להשבת ההוצאות? הרשד"ם, ר' שמואל די מודינא⁹⁷ סבור שהמציל לא יהיה זכאי להשבת הוצאותיו מעבר לשכרו כפועל. המצוה להוציא הוצאות על הצלת נפש פוטרת את הניצול מתשלום מקל וחומר ממציל רכוש⁹⁸. הרשד"ם⁹⁹ נשאל בסוגיית בנו של פלוני שנשתמד, ונצטרף אל

⁹⁴ ב"ב ז ע"ב – ח ע"א.

⁹⁵ ועיין בחשובת מהר"א ששון, שו"ת תורת אמת, סימן מה.

⁹⁶ עיין לעיל, שער רביעי, פרק עשירי.

⁹⁷ ראה עליו לעיל, שער רביעי, הערה 97.

⁹⁸ השווה האמור בשער רביעי, פרק חמישי, ליד ציון הערה 139.

⁹⁹ שו"ת מהרשד"ם, חלק י"ד, סימן רד.

הוציא הוצאות ולא הציל

אמנם במסקנתו הוא חושש לדון דין תורה, ולכן הוא ממליץ לעשות פשרה, אבל מוסיף: "ומהישר היה לשלם הכל כת"ח כי כן לא יעשה, והוא נעילת דלת בפני עושה מצוה".

פרק עשירי

הליכים מזורזים להשבת הוצאות

חידוש מעניין, שמטרתו לעודד הוצאת כספים להצלת הזולת, מחדש ר' יעקב ווייל¹⁰⁵, בתשובתו¹⁰⁶.

ר' יעקב ווייל נזקק לתביעתו של מי שהוציא הוצאות להצלת אשתו של אדם בשם אברהם עזרא מן השבי. אברהם עזרא מסרב לשלם הוצאות אלה באמתלאות שונות. לאחר שמהרי"ו מוכיח שאברהם עזרא חייב לשלם¹⁰⁷, הוא קובע שכשהוציא אדם הוצאות על הצלה, הוא זכאי לקבל מיד את הוצאותיו. אם יש לניצול טענות כנגד המציל, ישלם תחילה למציל את הוצאותיו, ולאחר מכן יתבע אותו לדין, שאם לא כן אין לך אדם שמוציא הוצאות להצלת חברו. מהרי"ו מסתמך על דברי הגמרא, במי שהיה רודף אחר רודף להציל את הנרדף, שאם שיבר כלים בין של נרדף בין של כל אדם – פטור, ולא מן הדין, אלא שאם אי אתה אומר כן, אין לך אדם שמציל את חברו מיד הרודף¹⁰⁸. מהרי"ו מסתמך על הרעיון המוכע כאן, ומרחיבו לעניין השבת הוצאות המציל. מהרי"ו קובע שגם מי שהוציא הוצאות לפדות קטן מן השבי זכאי להשבת הוצאותיו מיד בלי שיצטרך להמתין עד שיגדל הקטן, וכן מי שהוציא הוצאות להצלה, אם זכותו להשבת ההוצאות בדורה, לא יצטרך להמתין עד לבירור תביעתו המשפטית, אלא הוא זכאי לקבל את הוצאותיו מיד: "ועוד סברא גדולה, שאם היינו דוחין אותו עד שיוציא לטעון עמו, ויצטרך למטרח טרחי מרוכים ויעמיד מעותיו על הספק, אם כן אין לך שמציל תבירו, ויוציא ולא ידע היכן ומתי יגבה מעותיו".

הלכתו של מהרי"ו הובאה להלכה על ידי הרמ"א בשולחן ערוך¹⁰⁹: "וצריך לשלם לו מיד, ולא יוכל למימר אני ציית לך דין, אם אית ליה אחר כך טענה עליו יתבענו לדין, דבלא זה אין אדם פודה את תבירו".

גם כן כיוודים ברשות בית דין, אין להם הזכות לקבל את הוצאותיהם אם לא השכיתו הנכסים, אבל הוא מבחין בין נידונו לבין המוציא הוצאות על נכסי אשתו, שירד לכתחילה על דעת שישביחו הנכסים, מה שאין כן המציל, שבוודאי אין לומר שהסכים לכך שלא יקבל את הוצאותיו אם לא יציל: "אבל בני"ד [= בנידון דידן] דעושה לשם מצוה ולא להרוויח, ואם לא יהא הרשות ב"ד רק אם יתרפא החולה וודאי לא היה איש משוגע בעולם שיכניס עצמו לכך להביא רופא לחבירו בהוצאה מרובה, ואם ימות התולה או יכריא מקודם יניח מעותיו על קרן הצבי".

¹⁰⁵ מגדולי רבני אשכנז במאה ה"ט, תלמיד מהרי"ל. שימש ברכנות "בנירנברג, אויגסבורג וערפורט.

¹⁰⁶ שו"ת מהרי"ו, סימן קמח, קמט.

¹⁰⁷ אח הוכחתו הוא מבסס כן היתר על תשובת מהר"ם מרוטנבורג, שהבאנו לעיל.

¹⁰⁸ סנהדרין עד ע"א.

¹⁰⁹ שו"ת י"ד, סימן רנב, סעיף יב, בהגהה.

סיכום

כשעוד זה ראינו שהשיקול של מתן עידוד להצלת אדם, קבע כמה וכמה הלכות בנושא זכויותיו של המציל.

כבר בתלמוד נקבעה התקנה שהמציל פטור מלפצות את מי שניזוק על ידי המציל בשעת ההצלה. זו הלכתו של רבה שאמר שרודף שהיה רודף אחר רודף להצילו, ושיבר את הכלים, בין של נרדף בין של כל אדם – פטור, וטעמו: "ולא מן הדין, שאם אי אתה אומר כן, נמצא אין לך כל אדם שמציל את חבירו מיד הרודף". היינו, יש לעודד פעולות הצלה. אשר לזכות השיפוי על ההוצאות של המציל, הדבר לא נקבע במפורש בתלמוד, אבל הראשונים הסיקו את הדבר מתוך כמה וכמה סוגיות.

על יסוד החשש של הימנעות ממעשה הצלה, קבעו הפוסקים שיש לשלם למציל את הוצאותיו מיד: "שאם היינו דוחין אותו עד שיוציא לטעון עמו... אם כן אין לך שמציל חבירו ויוציא ולא ידע היכן ומתי יגבה מעותיו".

העובדה שמדובר כאן בהצלת נפש, קובעת גם הלכות אחדות, הנבדלות מהלכות הנוגעות להצלת רכוש: בהצלת רכוש, אם התנגד הניצול, אינו חייב להשיב למציל את הוצאותיו; ואילו בהצלת נפש, אין שומעים בקולו, ומצילים אותו בעל כורחו, וגובים ממנו את דמי ההצלה.

קרוב לכך הוא הטעם שניתן לזכותו של מציל, שהוציא הוצאות להצלת עצמו ולהצלת חברו. בהצלת נפשות, בגלל הסיכון שבדבר, אין שומעים לאדם הטוען, שגם בלא הצלתו היו מוציאים אותן דמים, על הצלת האחרים, כיוון שאם נאמר כן, יאמר כל אחד: "איני צריך", מתוך כוונה שיפעל האחר להציל וממילא יינצל הוא, ובכך הוא עלול לבוא לידי סכנה. כיוון שכך, נקבע שבכל עניין הכרוך בסכנה משתתפים כולם, אף אם אין ההוצאות גדולות בשל ניצול מסוים, ואין אדם יכול לטעון שהוא נהנה והם אינם חסרים.

נספחים

נספח ראשון: סוגיית ב"ק כ ע"א—כ"א ע"א, לשלביה

נספח שני: חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט—1979

סוגיית ב"ק כ ע"א – כא ע"א, לשלביה

זה נהנה וזה חסר
זה נהנה וזה לא חסר
פעולת הנאה
פעולת הנאה

			1	הדר בתצר חברו שלא מדעתו – צריך להעלות לו שכר, או לא?	הצגת הכעיה
			2	(א) תצר שאינה עומדת להשכרה ואדם שאינו עשוי לשכור = "זה לא נהנה וזה לא חסר" – פטור.	3 קטגוריות
x			3	(ב) תצר העומדת להשכרה ואדם העשוי לשכור = זה נהנה וזה חסר – חייב	
			4	(ג) תצר שאינה עומדת להשכרה ואדם העשוי לשכור = זה נהנה וזה לא חסר – מה הדין?	
			5	הנהנה אומר למהנה: "מה חיסרתך?" המהנה אומר לנהנה: "הרי נהנית".	צדדי הכעיה
			6	רמי בר חמא	דעה מחייבת
			7	כהמה שאכלה פירות כרשות הרבים, אם נהנית – משלמת מה שנהנית	ראיה לחיוב
x			8	כמשנתנו – זה נהנה וזה חסר	דחיה
			9	המקיף חברו משלש ורוחיו, הקיף אח הרביעית – מחייבים אותו	ראיה לחיוב
			10	המהנה אומר לנהנה: אתה גרמת לי הקפה יתרה	דחיה
			11	לדעת ר' יוסי: אם הקיף הניקף – חייב; אם הקיף המקיף – פטור	ראיה לפטור
			12	הניקף אומר שדי לו בגדר בת וזו.	דחיה
			13	הבית העליונה שנפל, בעל העליונה בונה ויושב בבית ואין מנכים לו דמי-שכירות	ראיה לפטור
			14	הבית משועבד לעליונה	דחיה
			15	לדעת ר' יהודה: צריך בעל העליונה להעלות שכר לבעל הכית	ראיה לחיוב
			16	כאן יש חסרון בהשחרת הקירות	דחיה
			17	ר' אמי: וכי מה עשה לו ומה חיסרו ומה הזיקו?	דעה פוטרת
			18	ר' חייא בר אבא: נתיישב בדבר.	דעה מסופקת
			19	רב כהנא בשם ר' יוחנן: אינו צריך להעלות לו שכר.	דעה פוטרת
			20	רבי אבהו בשם ר' יוחנן: צריך להעלות לו שכר.	דעה מחייבת
			21	יש מעילה במגורים והנאה משל הקדש	ראיה לחיוב
			22	הקדש שלא מדעת כהדייט מרעת.	דחיה
			23	בשם רב: אין צריך להעלות לו שכר.	דעה פוטרת
			24	בשם רב: השוכר בית מראובן וגמצא הבית של שמעון – מעלה שכר לשמעון	ראיה לחיוב
			25	בבית העומד להשכרה	דחיה
			26	בשם רב (או רב הונא): אין צריך להעלות לו שכר.	דעה פוטרת
			27	בשם רב (או רב הונא): "השוכר בית מבני העיר" וכו' – מעלה שכר לבעלים	ראיה לחיוב
			28	בבית העומד להשכרה	דחיה
			29	רב סחורה בשם רב הונא בשם רב: משום שנאמר: "שאיך יוכת שער"	טעם לפטור
			30	רב יוסף: "ביתא מיתבא יתיב".	טעם לפטור
			31	כשבעל הבית משתמש בבית לעציו ותבנו.	ההבדל בין הטעמים
			32	רב נחמן חייב אדם שכנה על אשפת יתומים	ראיה לחיוב
			33	היתומים היו מקבלים מאחרים דבר מועט	דחיה

הסימן בחוף סוגיית מרובעים [א]. כסוד "זה נהנה וזה לא חסר", יתן כסיווג העניין כ"זה נהנה וזה לא חסר" נדחה במסקנת הגמרא.



חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט—1979

1. (א) מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן – הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן – המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכיה, ואם השכה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה – לשלם לו את שוויה.
(ב) אחת היא אם באה הזכיה מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה או בדרך אחרת.
2. בית המשפט רשאי לפטור את הזוכה מחובת ההשבה לפי סעיף 1, כולה או מקצתה, אם ראה שהזכיה לא היתה כרוכה בחסרון המזכה או שראה נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת.
3. הזוכה רשאי לנכות ממה שעליו להשיב את מה שהוציא או התחייב להוציא או השקיע באופן סביר להשגת הזכיה.
4. מי שפרע חובו של אדם אחר בלי שהיה חייב כלפיו, אינו זכאי להשבה אלא אם לא היתה לזוכה סיבה סבירה להתנגד לפרעון החוב, כולו או מקצתו, ואינו זכאי להשבה זו אלא כרי מה שנתן לפרעון החוב.
5. (א) מי שעשה בתום לב ובסבירות פעולה לשמירה על חייו, שלמות גופו, בריאותו, כבודו או רכושו של אדם אחר, בלי שהיה חייב לכך כלפיו, והוציא או התחייב להוציא הוצאות בקשר לכך, חייב הזוכה לשפותו על הוצאותיו הסבירות, כולל חיוביו כלפי צד שלישי, ואם נגדמו למזכה עקב הפעולה נזקי רכוש, רשאי בית המשפט לחייב את הזוכה בתשלום פיצויים למזכה, אם ראה שמן הצדק לעשות כן בנסיבות הענין.
(ב) לענין החיוב בפיצויים לפי סעיף קטן (א) דין מי שנכסיו שימשו לשמירת הערכים האמורים כדין מי שעשה פעולה לשמירתם.
(ג) אין חובת שיפוי או פיצוי לפי סעיף זה על זוכה שהתנגד לפעולה או לשימוש בנכסים או לשיעור ההוצאות או שהיתה לו סיבה סבירה להתנגד להם, זולת אם הפעולה או השימוש בנכסים היו לשמירה על חייו, שלמות גופו או בריאותו.
6. (א) הוראות חוק זה יחולו כשאין בחוק אחד הוראות מיוחדות לענין הנדון ואין הסכם אחר בין הצדדים.
(ב) חוק זה יחול גם על המדינה.
(ג) אין בחוק זה כדי לגדוע מתרופות אחרות.
7. סעיף 3 לחוק לתיקון דיני הנזיקין האזרחיים (הטבת נזקי גוף), תשכ"ד—1964 – בטל.

חובת ההשבה

פטור מהשבה

ניכוי הוצאות

דין הפרע
חוב הולח

דין הפועל
לשמירת ענין
הזולת

תחולה ושמירת
תרופות

ביטול

מפתחות

מפתח העניינים

מפתח המקורות

מפתח העניינים

הסכם ביטוח, היסוד המשפטי	48	אבדה	
חברת ביטוח, תחולת דיני שומרים	66	אבדה מדעת, חובת ההשבה	178 175
חיוב מזיק, כשהדבר הניזק היה מבוטח	65	אבדת גופו, חובת ההשבה	178
טעות ברישום	30 36 37 63 106	אבדתו ואבדת חברו – אבדתו קודמת	137
מכשח ביתו ומכר לאחר, למי דמי הביטוח	65	הוצאותיו של משיב אבדה	118
מנהג	61	הצלת רכוש, אימתי נחשבת להשבת אבדה	139
נכס מושכר, למי דמי הביטוח	61 70 105 107	השבה מבוח דינא דמלכותא דינא	147 148
נכס ממושכן, למי דמי הביטוח	70	השבה מבוח תקנה	132 147 148
נכס שאינו שלו, דין העושה סחורה בפרתו של חברו	61 73	השבה על ידי פועל במהלך עבודתו	131
נכס שאינו שלו, למי דמי הביטוח	30 47 48	זכייה במקת מדין מציאה	108 109
נכס שותפות, מחילה על ידי אחד השותפים	60 71 105 107	זכייה משותפת	98 99
נכס שותפות, מחילה על ידי אחד השותפים	106	יאוש בעלים	147
נכס שותפות, על ידי אחד השותפים	61 63 64	מנהג כהשבת אבדה	148
נכס שותפות, על ידי אחד השותפים	69	מצוה בגופו ולא כממונו	127
בית דין (ראה גם: תנאי בית דין)		מצוות השבת אבדה	120 133 139 175
התנאה בפני בית דין	152 154 170	רכישת מציאה מגנב	108 109
כפייה במצוות	137	שכר משיב אבדה	118 131 133 137 138 139
בית ועלייה		שכר משיב אבדה, כשהניח אבדתו והחזיר אבדת חברו	130 150
זה נהנה וזה לא חסר	30 31	שכר משיב אבדה כשהתנה על כך	143 170
בני העיר		שכר על שמירת האבדה	118
דין מבוטחים בבני העיר	48	אומדנה (ראה גם: אנן סהדי)	
סמכותיהם בענייני ביטחון	162 167 191	בהצלת רכוש	165
בני ערוכה		בכסיס להוצאת ממונו	155
פדיונם, שיפוי הוצאות הפודה	186	אונאה (ראה: הונאה)	
כעל ואישה		אחריות נכסים	
אשתו כגופו	186	במתנה	65
דמי כושת, באישה	105	איבוד לדעת (ראה: מאבד עצמו לדעת)	
מזונות האישה, זכות הזן לשיפוי מהבעל	185	איסורא וממונא	19
פדיון האישה, זכות הפודה לשיפוי מהבעל	184	אנן סהדי (ראה גם: אומדנה)	31
קבוצת האישה, זכות הפודה לשיפוי מהבעל	184	בהשבת אבדה	150
רפואת האישה, זכות המרפא לשיפוי מהבעל	185	אפוטרופוס	
בחיים משותפים		שוחד לאפוטרופוס, זכות בעל הבית	80
זה נהנה וזה לא חסר	30	ארץ ישראל	
גולה		תקנות יהושע בן נון	122 123 131 180 181
דין עושה סחורה בפרתו של חברו	52	דין המבוטחים בבני העיר	48
דין עושה סחורה בפרתו של חברו	52	דינא דמלכותא דינא	64 68 69 105 106 107

מפתח העניינים

שכר עבודה, כשלא הצליח השכיר לבצע את העבודה	32	דמי שימוש	32
תוספת שקיבל פועל עבור עבודתו	96	השכרת הנכס הגזול	50-52
דר בחצר חבדו שלא מדעתו (ראה גם: זה נהנה...)	57 52 51	כל הגזלנים משלמים כשעת גזלה	51 52 57
אדם העשוי ושאינו עשוי לשכוד חצר אחרת	20	נזק לחפץ הגזול	32 51
	37 27 26 23	קניין בגזלה	51
כשהבעלים נהנה בכך	35 34	קרקע אינה גזולה	52
דמי שכירות	37 30 26 23 19 18	שבח הגזלה לגזולן	52 51
הנאה הנהנה	35	חקנת השבים	51
חיוב על יסוד גילוי דעת הנהנה	38 26 25	גילוי דעת	38 27-24
חצר העשויה ושאינה עשויה להשכיר	23 20 18	זמנה	26
	54 53 33 31 29 28 27 26 25	במכר	86
מחאת הבעלים	23	סוגים שונים	26
שכירות מידי מי שאינו הבעלים	29 27 26	גמילות חסדים	
	43	עיווד גומלי חסדים	134
		גנבה	
הכרתה מן המכס		גנב מפורסם, החובה להצילו	186
על ידי שותף, השתחפות יתר השותפים	102	העתקת ספר	33
על ידי שליח, זכותו לשכר	98	השתחפות בסיכון כעילה לשיתוף ברווחים	104-102
על ידי שליח, הרווח למי	97	מכירת התפץ הגנוב, זכות הבעלים בדמי המכר	57 56
הודאה		מנכרי, איסורה	102
שתיקה כהודאה	168	סתם גנבה לאו ייאוש בעלים	108
הונאה		על ידי שותף, זכות האחרים לחלוק עמו	103 102
אין הונאה בקרקעות	60	תקנת השוק	147
הורים וילדים		גר	
כפיית האכ לפדות את חנו מעבדות	188	פדיונו, זכות השיפוי ממי שגרם לשבייתו	184
פדיון שבוים	186 185		
היקש	72	דין זר (ראה גם: דתא דמלכותא דינא)	
הלכה ומציאות	28	הוכחת האמת באמצעות מכחן אש	147
הסכם (ראה: תהה)		בהצלת רכוש	148 147
הסתכנות		בהשבת אבדה	147
כעילה לשיתוף ברווחים	104-102	דין פלילי	
הפקר		התערבותו בדיני שליחות	111
איסור לאדם להפקיר גופו	175	דינא דמלכותא דינא (ראה גם: דין זר)	
היתר לאדם להפקיר ממונו	175	בביטוח	64 68 69 105 106 107
זכייה מהפקר	108	בהצלת רכוש	148 147
חובה להשיב לבעלים לאחר שהפקיר	175	בהשבת אבדה	148 147
כל המציל לעצמו מציל	146 143	דיני עבודה	
מציאה ביד גנב	108	דמי שתייה הניתנים לפועל	96
רכוש שאי אפשר להצילו	148 146 145 143	השבת אבדה על ידי פועל במהלך עבודתו	131
הפקר בית רין הפקר		חזרת הפועל	103
כיסוד לתקנות חכמים	134	יד פועל כיד בעל הבית	96
כיסוד לתקנות קהל	148 147	מציאת פועל	96 90
הצלת נפש		עושה סחורה בפרתו של תבדו	70 50 49
באמצעות ממון הזולת, הצורך בהסכמת הבעלים	127	שכירת פועל על ידי שליח	50 49
באמצעות ממון הזולת, זכות הבעלים לשיפוי	181 180	שכר עבודה, הבטחה על ידי שליח כשיעור גבה	
הוציא הוצאות ולא הציל	193-191	מכפי שקבע בעל הבית	50 49

מפתח העניינים

הציל את שלו ואת של חברו, זכותו לשכר ולהוצאות	192 191 189 175	ההצלה רכוש, היחס כיניהן
165-159		194
הצלה ימית 136 119		השתתפות בהוצאות, הכתנה בין יחיד לציבור
והצלת נפש, היחס כיניהן 194 192 191 189 175		163
התנאה, כתנאי לזכות לשיפוי 144-141 137		השתתפות בהוצאות, על ידי כל העלולים להיפגע
189 169 154-150		162
התנגדות בעל הרכוש 194 168-165 131		זה נהנה וזה לא תסר 194 191 190
ועשית הישר והטוב 163		חיוב להוציא ממון לשם הצלה 189 179
זה נהנה זה לא חסר 129		חיוב להציל 179 178
חובת ההצלה, כשהותנה על שיפוי המציל 127		חסינות המציל בנויקן 180
131		לא תעמוד על דם רעך 181 179 178 136 120
חובת ההצלה, שיפוי המציל 139 138 123 122		מאבר עצמו לדעת, החובה להצילו 178
ידי להציל ולא הציל, זכותו לשכר ולהוצאות		מנהג 188 187
156 155		מצוות ההצלה 175 120
ידי להציל וניצול מאליו, זכותו לשכר ולהוצאות		במשפט האנגלי 176
192 159-156		במשפט הישראלי 178-176
כופין על מידת סדום 129		נוק שנגרם למציל, זכות לשיפוי מהניצול 183
כפייה להצלה 138 130 128 127		עידוד פעולות הצלה 194 193 180
לא תעמוד על דם רעך 136 120		פורע חובו של חברו שלא מדעתו 188-184
לפנים משורת הדין 138 137		שיפוי המציל 9 194-181 175 127 63
מבריא ארי מנכסי חברו 170 132		שיפוי המציל, כשהתנגד הניצול 170 166
מוסר וישר כיסוד לזכות השיפוי 161 138		190-188
מחילה על הוצאות 153		שיפוי המציל, הצורך בהתנאה 189
מניעת החפשטות אש על ידי גרימת נזק 163 162		שיפוי מידי של המציל 194 193
מצוות ההצלה 175 120 117		שכר המציל 192 191
מצוות השבת אבדה 139		תקנות הקהילות 181
מציל מן השרפה 148 146 145		הצלת רכוש
במשפט האנגלי 119 118		האומר: "לעצמי אני מציל" 69
במשפט הישראלי 119 118		אם דין המציל כמתנדב שוויתר על פיצוי
נוק שאינו וראי 149		141-135
נוק שנגרם למציל 130		באמצעות רכוש הזולת, זכות הבעלים כלפי הניצול
מנכרי, הזכות לשיפוי 132		145
ניסיון להציל 117		באמצעות רכוש הזולת, הצורך בהסכמת הבעלים
סברה כיסוד הזכות לשיפוי 133		127
עידוד פעולות הצלה 134-132 124 117		דין הרוכש כהפקר, חובת ההשבה 147 146 143
פעולה דחופה 118		148
רכוש שדינו כהפקר, חיוב השבה לבעלים 148		דין ותקנה 170 168 156 146 145 141 134-121
הרכוש הניצול, כאמצעי לשיפוי המציל 142 124		דין פורע חובו של חברו שלא מדעתו, היחס כיניהם
143		132
שופך יינו כדי להציל רבשו 63 62		הבחנה בין הבעלים נוכחים לבין אינם נוכחים
שיפוי המציל 169-117 63 9		169 154-150
שיפוי על נזק לצד שלישי 131 121 119		הבחנה בין הניצול יכול להציל לבין אינו יכול להציל
שכר טרחה למציל 148 140 134		148-142
שכר למציל 142 141 140 139 132 130 128 117		הבחנה בין הוצאות הכרחיות לאינן הכרחיות
169 156 153 151 150 149 146 145 144 143		122
170		הבחנה בין יש חובה לאין חובה להציל 138
הקדש 141 122 121		הבחנה בין שכר המציל להוצאותיו
הגאה מהקדש, חיוב הנהגה 23		169 142
השבת אבדה (ראה: אבדה)		הסכמת הניצול 131 122

מפתח העניינים

חוקה	התחייבות
37 28 סתם בתים בזמן הזה עומדים להשכרה	38 25 גילוי דעת כיסוד להתחייבות
86 80 79 חטיפת בני ערובה	
135 שיפוי הוצאות המציל	108 ועשיית הישר הטוב
	163 בהצלת רכוש
70 67 48 47 טובת הנאה	
63 אינה ממון	זה נהנה וזה חסר (ראה גם: דר בחצר חברו שלא מדעתו)
86 80 79 בשליחות	גנבת ספר והעתקתו 33
63 תורם משלו על של חברו טעות	הלוואה על משכון של חברו 65 30 29
מחילה בטעות אינה מחילה 53	הנאה בחפץ אחד וחסרון באחר 34-32
עסקה על ידי שליח 99-90	הנאה העולה על שיעור חסרונו של המהנה 32 30
קניין בטעות 182	37 33
רישום ביטוח 30 36 37 106	חיוב הנהנה 28 23 20 19 18
תשלום דמי שכירות 54	חסרון צפוי מחחרות מסחריח 34 33
טענות	חסרון של רווח צפוי 37 27
לאו בעל דברים דידי את 48	כשבשעח ההנאה לא נחסר המהנה 30 28
משטה אני כך 137	שחוריהא דאשייתא [=חסרון מועט] 32 31
	זה נהנה וזה לא חסר (ראה גם: דר בחצר חברו שלא מדעתו) 110
יורד לשדה חברו שלא ברשות	איסור הנאה בלא תשלום 19
התנגדות הבעלים להשבת הנכס 166	ביח ועלייה שנפלו 31 30
זכוחו ההוצאות על השבת הנכס 156 118 36	גילוי דעת הנהנה על נכונותו לשלם 38 24
170 166 165	גמירות דעת הצדדים 22
ירושיה	הבחנה בין הנאה בעין להנאה שאינה בעין 25 24
חיוב הירשים בפירעון הוצאות רפואה של מורישם	37 36
187 185 182	הצלת נפשות 194 191 190
יריבוח	הצלת רכוש 164 162 129
כשוכר שהשאל את הנכס לאחר 64	הקפדת המהנה 33 32 31
בשכירות נכס שאינו של המשכיר 53	השכרת משנה 59 55
יתומים (ראה: קטן)	חיוב הנהנה 68 38-18
	ביתומים 31 22
כופין על מידת סדום 21 20	כופין על מידת סדום 37 31 21 20
גדה של מידת סדום 32	כפיית המהנה 68 22
הצלת רכוש 129	מחאת המהנה 68 38 32 23 22
זה נהנה וזה לא חסר 37 31 21 20	מחילה 22
כפייה מן הדין ומן התקנה 21	מיהו גודם ההנאה 36 35
כללי פסיקה (ראה גם: קים לי)	בנכסי הקדש 23
אי אפשר להוציא מיד המוחזק, במחלוקת הפוסקים	ועושה סתודה בפרתו של חברו 46
159	שוכר נכס מידי מי שאינו הבעלים 54
אין להוציא ממון מספק 109	שניים שנתפסו והוציא אחד מהם הוצאות 160
אין להוציא ממון נגד דברי התוספות 36	163 161
הלכה למעשה 109	
הלכתא כבתיארי 94	
מחלוקת בבלי וירושלמי — הלכה כבבלי 86	חווה
ממון המוטל בספק חולקין 95	בין שוחרים, לתשלום עבור הפחתת מסים 133
מעשה רב 109	134
ספק בדין 36	בין רופא לקהילה על שחרור ממסים 134
כשרות משפטית	מכללא 17
קטן 22	מעין חוזה 17

מפתח העניינים

כהשכת אבדה 148	לכתחילה וכדיעבד 56 21 20
מנהג הספנים בהצלת ספינה 136	לפנים משורת הדין
סיטומחא 61	זכות לשיפוי על הוצאות 138 137
סמכותו של זקן הקהל 188 187	בפייה 137 137
מניעת רווח	המצווה 137
אם דינו כחסרון לעניין זה נהנה וזה חסר 27	מאבד עצמו לדעת
מסים	גררו 186
פעולות להקלת מסים, שיפוי על ההוצאות 133	חובת הצלתו 178
שחרור רופא ממסים, בתמורה לקבלת שידותיו	מברית ארי מנכסי חברו (ראה גם: נזיקין)
כחינם 134	היקף תחולת הדין 144
מעשה הבא כעברה	הצלת רכוש 149 132
ענישה 111	זכותו לשיפוי 149 145 138 135 132
מצוות	משביח נכסי חברו 141 139
הידוד מצווה – עד שליש 137	פדיון שבויים 183
שכר מצווה – מצווה 117	פורע חובו של חברו 139
שכר מצווה בהאי עלמא ליכא 137	שליח המברוח מהמבס 98
מציאה (ראה: אבדה)	המוציא מחברו עליו הראיה 188 96 95 92
מציל גופו של חברו (ראה: הצלת נפש)	מזונות
מציל ממון חברו (ראה: הצלת רכוש)	יש לו ואינו רוצה להתפרנס, נפרעים ממנו לאחר
מצרנות	מיתה 189 188
ועשית הישר והטוב 108	מזונות אישה
מקיף חברו מארבע רוחות	על ידי מתנדב, זכותו לשיפוי 138 135 134 132
חיוב הניקף 35	185 144
מקיף חברו משלוש רוחות	מחילה
חיוב הניקף בהוצאות כשגדר את הרכיעים	כזה נהנה וזה לא חסר 22
24	בטעות, אינה מחילה 53
מקרקעין	מכללא, במתנדב להציל רכוש הוולח 138 135
אין הונאה בקרקעות 60	153 144
זכויות מעבר 123	על דמי ביטוח, על ידי אחד מן השותפים 106
חקנות יהושע בן נון 124	107
משכון	קטן 22
הלואה על משכון של חברו 65 30 29	מכר
משכנתא	הטעיית המוכר על ידי צד שלישי, למי היתרון 88
ביטוח נכס ממושכן על ידי הממשכן 70	89
מתנה	הטעיית המוכר על ידי שליח, למי היתרון 92 90
אחריות נכסים 65	107 106 93
לעובר ציבור 80	הנחה על סמך קנייתו של אחר 96
בעל כדחתו של המקבל, כשאינו רוצה להתפרנס	ועשית הישר והטוב 108
189 188	זכייה במקח מדין מציאה 109 108
על ידי שליח, זכות השליח במתנה 88	טעות בחשבון 99-90 89 82
נאמנות	טעות במכר 96 93 89 82
כדיני שליחות 81 80	טעות בשווי העסקה 94 89 82
רווח וטובת הנאה 80	על ידי שליח, דין דמי המכר כשנעלם המוכר 54
נזיקין (ראה גם: מברית ארי מנכסי חברו)	מלך
אונס 180	הצלת עצמו בממון הזולת 182
גרמא 65	פורץ גדר ואין מוחזין בידו 182
דמי כושת, באישה 105	מנהג
דמי שקת, החיוב באדם ולא בבהמה 51	בביטוח 61

מפתח העניינים

כטענת הגנה של צד שלישי 50	היתר להזיק לצורך הצלת רכוש 124 122 121
משכיר נכס שאינו שלו 54-52	180 144 131
נימוקים להלכה 46-49 62-68 72	הצלת רכוש כאמצעות רכוש הזולת 145
עושה סתורה במעותיו של חברו 48	בהצלת רכוש, הבחנה בין בעל הרכוש ובין אדם אחר 121
"פרתי גִּפְךָ" 68	בהצלת רכוש, הבחנה בין נזק מועט לנוק מרובה 121
שוכר פרה שהשכירה לאחר ומתה 51 52	בהצלת רכוש, חובת השיפוי 131 121 119
שימוש פְּבִיטוּי על דרך ההשאלה 54	חסינות המציל נפש 180 193 194
עיכוב כספים	לחפץ גזול, חיוב הגזולן 32
תיוב פיצויים 44	מניעת נזק, זכות המונע לשיפוי 163 162
עיסקא (ראה: שותפות (עיסקא))	מציל עצמו כממון חברו 164 168 179 182
עלילה	בכס מבוטח 65
הוצאות לצורך הצלה, השתתפות כל העלולים להיפגע 168 167 162	על ידי שותף 103
ערכות	ורדף אחר ורדף שהזיק 194 193 180 155
לתשלום קנס, כדי לשחרר מבית סוהר 190	נטל ההוכחה
עשיית עושר ולא במשפט	המוציא מתברו עליו הראיה 188 96 95 92
גדרה 9	נכרי
השכתת נכסי הנהגה 9	גנבה מנכדי, איסורה 102
חוק עשיית עושר ולא במשפט וזיקתו למשפט העברי 10 17 18 44	הצלת ספרים שהגיעו לידינו 170
מקור הביטוי 17	הצלת רכוש מידינו, הזכות לשיפוי 132
במשפט האנגלי 17	תחולת תקנה על נכרי 145
כמשפט הישראלי 17 18 43 44	
כשליחות 80 79	
תשלום דמי הנאה 9	
	סברה
פגם משפחה	כיסוד לחובת שיפוי בהצלת רכוש 134 133
כפייה לפדות משבכי ועבודות 188	ספק בדין (ראה: כללי פסיקה)
קבורת מת בתלקת קבר שמכר הנפטר 189	ספרים
פדיון פטר חמור	הצלתם, כשהגיעו לידי נכרי 170
פורה פטר חמור של חברו 65	
פדיון שבויים	עבודה (ראה: דיני עבודה)
אין תולים בספק נפשוה 190	עדות
אישה נשואה, זכות השיפוי מהבעל 184 187	חובה להיעיד 120
גר, זכות השיפוי ממי שגרם לשבייתו 184	בשומרים 47 46
הורים וילדים 185 186	עובר ציבור
התנגדות השבוי, פדיונו בעל כורחו 188-190	מתנה לעובר ציבור 80
194	עושה סחורה בכנסי חברו (ראה: עושה סחורה כפרחו של חברו)
חובת הפדיון, על מי 187	עושה סחורה בפרחו של חברו 110
חיוב הקרובים, זכות השיפוי בקרוב שפרה 186	כביטוח נכסי הזולת 61-73 107
ירד להציל וניצול מאליו, זכותו לשכר ולהוצאות 158	דין רווח מדמי שכירות 58
כפיית שבוי לפדות את עצמו 188	ודיני גזלה 52
מברית ארי מנכסי חברו 183 184	בדיני עבודה 49 50 70
מצוות הפדיון 182	הבחנה בין השאלה ברשות והשאלה שלא ברשות 62
ערכות לתשלום קנס, כדי לשחרר מביח סוהר 190	הבחנה בין נכס העושה פירוח לנכס שאינו עושה פירות 44 43
פדיון קטן, זכות הפורה לשיפוי מירי 193	הפקת רווח מהשכרת משנה 54-60
פורע חובו של חברו שלא מדעתו 187 189	זה נהנה וזה לא חסר 46
	זכות הבעלים כרווח 43-73

מפתח העניינים

149 143	כספק במציאות	186 185 184 183 182 133	שיפוי הפורה
138	כחשלוס למתנדב		שניים שנשכו והוציא האחד הוצאות, זכותו לשיפוי
		191 190 189 188 183	
68 67	צדק ויזשר		פורע חובו של חברו שלא מדעתו
	ציבור		ברי היזקא ולא ברי היזקא 162
188 187	חיובו בהוצאת ממוץ להצלח נפש	139	דין הפורע כמכרית ארי מנכסי חברו
163 162	יחיד וציבור, הבחנה לעניין דיני הצלה	135-134	דין חקנה
		188-184	הצלח נפש
	קבורה	139	התנאה על הזכות לשיפוי
188	המצווה שלא יקבורוהו מנכסיו	140 139 135 134 132	זכותו לשיפוי
189	פגם משפחה	140	זכותו לשכר טרחה
	קהל (ראה: בני העיר; עובד ציבור; ציבור; שליח הקהל)	184 144 138 135 134 132	זן אשת חברו
	קים לי 101 97 91	189 187	טעם הפטור
	כדעת יחיד 101 97	132	ומציל ממונו של חברו, היחס ביניהם
	נגד חיוב מן התקנה 134	135 134	נחפס על חברו
	קטן	189 187	פדיון שבויים
31 22	זה נהנה חה לא חסר	135 134	פורע מרצונו ופורע בעל כורחו
22	מתילה	184	קובר אשת חברו
	קניין		פיקדון
182	בטעות	66 56	אחריות באונס
109 108 104 103	קניין תצר	118	הוצאות השומר, זכותו לשיפוי מהמפקיד
59	קניין פירות, אם הוא כקניין הגוף	161 140	הצלח הפיקדון, זכות השומר לשיפוי
101 85 84 83	שינוי קנהה	66 45	הזכות הקניינית בפיקדון
		66	חיוב השומרים משעת המשיכה
		43	חוק השומרים וזיקתו למשפט העברי
	רוהף	128	מכירת הפיקדון, כשעלול ללכח לאיבוד
	דין רוהף בגופו ובממונו 180	49 47	מחה כדרכה
194 193 180 155	רוהף אחר רוהף שהזיק	47 46	עדות וראיות
	רווח	128	פשיעה
111-79	זכותו של הגורם לרווח, ליהנות ממנו	65	רווחי הפיקדון למי
	ריבוי חייבים	46	שאילה בבעלים
46	רצה מזה גובה, רצה מזה גובה	47 46	שבועה
	רמב"ם	56 45 44	שואל, היקף אחריותו
120	השמטה של דין שכחכ בספר המצוות	45 44	שוכר, היקף אחריותו
	רפואה	139	שומר חנינם, זכותו לשיפוי כששכר פועלים
155	זכות רופא לשכר כשלא הצליח לרפא		שומר חנינם, זכותו לשיפוי על הוצאות הצלח
182	חיוב יורשים בהוצאות רפואה של מורישם	135 132	הפיקדון
187 185		132	שומר חנינם, חובתו להציל הפיקדון
182	הצורך לקבל הסכמת החולה		שומר שכר, זכותו לשיפוי על הוצאת הצלח
	שחרור רופא ממסים כתמורה לקבלת שירותיו	133	הפיקדון
	בחנינם 134	56 51 49 48 47 46 44 43	שומר שמסר לשומר
		67 66	
	שבועה		פיקוח נפש
	בפיקדון 47-46	185 182	זכות המציל לשיפוי
	בשותפות 47	185 182	כל הזריז הרי זה משוכח
	שותד		פרזבול
80	לאפוטרופוס, זכות בעל הבית בדמי השותד	133	חקנת חכמים
	בשליחות 80	106	פשרה
	שימרים (ראה: פיקדון)	107 106 105	כספק בדן

מפתח העניינים

חריגת שליח מהשליחות, כתוצאה מידיעה	שותפות
מקצועית 101	ביטוח על ידי אחד השותפים 61 63 64 69
טובת הנאה, למי 79 80 86	גנבה על ידי שותף, זכות האחרים לחלוק עמו
מכללא 48 53 57 61 64 65 69	102 103
כמכר, דין דמי המכר כשלא קיבלם המוכר ונעלם	הברחה מהמכס על ידי אחד השותפים 102
54	טעות שותף 102
כמכר, טעות בחשבון 90-99	נזק שנגרם על ידי שותף לאחר 103
במכר, כשנמכר ביותר מערכו 81 82 83	רווח צדדי של שותף 47
מציאה שבאה לידי השליח 90 91	שכרעה 47
כמתנה, זכות השליח במתנה 88	תנאי על חלוקת מציאה, אם כולל גם גנבה 102
מתנה לשליח, זכותו של מי במתנה 79	שותפות בנכסים
פעולות השליח, אם דינן כחלק מהשליחות 79	ביטוח חלקי, ונרשם בטעות על כל הנכס 30 106
לשכירת פועלים, דין העושה סחורה בפרחו של	חיוב שותף בהוצאות 24 25
חברו 49 50	שותפות מכללא 25
שליח שגנב, הויקה למשלח 79	שותפות (עיסקא)
עשייה עושר ולא במשפט 79 80	שליח ששינה, הרווח למי 99 100 101
רווח כתוצאה מהטעיה של השליח, למי 90 92	שינוי קונה (ראה: קניין)
93 97 98 106 107	שכירות
רווח כתוצאה מגנבה של השליח, למי 92 93	ביטוח המושכר על ידי השוכר, דמי הביטוח למי
רווח מן השליחות, למי 48 54 70	61 70 105-107
שחד לשליח 80	דמי שכירות, בדר בחצר חברו שלא מדעתו 23 26
שליח שהבריה מהמכס, הרווח למי 97	30 37
חוספת שניתנה לשליח, למי שייכת 81-101	דמי שכירות, הסכמה על שיעור נמוך מהשכר הראוי
48	55
שעבודא דר' נתן	השכרת משנה, דין זה נהנה וזה לא חסר 55 59
במציל ממון חברו 144 145	השכרת משנה, דין העושה סחורה בפרחו של חברו
חוספתא	54 60 67
שינוי בסדר ההלכות 124	השכרת משנה, דמי השכירות למי 72
תוקף נכסי חברו	השכרת משנה, הבחנה בין השכרה ברשות להשכרה
ועשה בהם מלאכה 32 50	שלא ברשות 55 56 59
תורם משלו על של חברו 70	השכרת משנה, הבחנה בין רשות מהדין לרשות
תחרות מסחרית	מהמשביר 57
כחסרון, לעניין זה נהנה וזה חסר 33 34	השכרת משנה, כשבעל הביח ניווק 59 60
תנאי בממונות 137	זכותו הקניינית של השוכר 57 58
תנאי בית דין (ראה גם: בית דין)	חזקה סתם בתים בזמן הזה נחשבים כעומדים
146 145 144 143 132-122	להשכרה 28 37
תקנות חכמים (ראה גם: תנאי בית דין)	מכללא 53
134	בנכס גזול, דמי השכירות 50-52
הפקר בית דין הפקר 134	בנכס שאינו של המשכיר, דין דמי השכירות 26
בהצלת רכוש 121-134 170	27 29 43 52-54 72
שלא לנעול דלת בפני גומלי חסדים 134	תשלום דמי שכירות בטעות 54
פרוזבול 133	שליח הקהל
ברוח שבא לשליח משליחותו 96	זכותו בטובת הנאה שקיבל 86
שכר משיב אברה 133	שליחות
תקנה המשנה את הדין 123	דיני נאמנות 80 81
תקנה סמויה 170	הוצאות השליח, זכותו לשיפוי מהמשלח 118
תקנות יהושע בן נון 122 123 131	140
בהצלת נפש 180 181	חריגת שליח מהשליחות, דין הרווח והפחת 83
	84 87 99-101

מפתח העניינים

על יסוד הפקר בית דין הפקר 148 147
תקנת השבים 51
תקנת השוק 147

תקנות הקהילות
כהצלת נפשות 181
תקנות קהל
השבת אכרה 147

מפתח המקורות

כתובות ל, ב	36 35 28	מקרא	
סה, ב	105	ויקרא יט, טז	120
סז, ב	188	דברים כב, ב	178
צח, א	81	משנה	
צח, ב	87 81	פאה ה, ד	184
קג, א	20	כתובות יא, ד	81
נדרים לו, ב	70 67 63 47	בבא קמא י, ב	121
קרושין יח, א	188	י, ד	121
סת, א	188	בבא מציעא ב, ט	151
בבא קמא יט, ב	36	ג, ב	44 43
כ, א	195 20 18	י, ג	30
כא, א	52 20	תוספתא	
מז, א	106	דמאי ח, ג	81
נה, ב	36	בבא קמא ב, ח	123
נח, ב	132	י, כה	126
ס, ב	182	י, כו	122
פא, א	123	י, כז	123 122
פא, ב	180 178 125	בבא מציעא ב, כח	180 120
צ, א	59	ד, יא	83 48
צז, א	50	ז, יד	136
קא, א	36	מדרשי הלכה ואגרה	
קב, א	87 83	ספרא, קדושים, פרשה ב, פרק ד, ח	178
קב, ב	83	פרק ד, ט	120
קיד, א	121	ספרי, כי תצא, פסקה רכג	178
קיד, ב	122	מדרש איכה, פרשה א, סי' ז	82
קטו, א	121	תלמוד ירושלמי	
קטו, ב	151 150 142	דמאי ו, ח	88 87 82 48
קטז, א	161 155	כתובות ד, ו	184
קטז, ב	161 136 48	יא, ד	82
בבא מציעא יא, א	108	יג, ב	184
ל, ב	151	בבא קמא ה, ה	180
לא, א	120	ט, ג	102
לא, ב	132	ט, ה	87 84 83 19
לה, ב	70 55 46 44	י, ב	123
לו, א	56 55	י, ה	156
לו, ב	56	תלמוד בבלי	
עד, א	48	עירובין מט, א	20
עו, א	49	סוכה כח, א	175
צג, ב	132		
צו, ב	46		
קיו, א	30		

מפתח המקורות

חור"מ קפג, י 93	ק"ז, ב 19
רסד, ב-ג 152	בבא בתרא ה, א 24
רעד, יב 131 129	ז, ב 191
שלכ, א 49	יב, ב 20
שסג, ה 50	נט, א 20
שסג, ו 23	ק, ב 189
תכו, א 183 136	קסח, א 20
יד רמ"ה, בבא בתרא קסח, א 21	סנהדרין לב, ב 123
סנהדרין עג, א 181	עג, א 189 181 179
ר' יהונתן הכהן מלוניל על הרי"ף	עד, א 193 182 180
כתובות קז, ב 138	בכורות יא, א 107 65
בבא קמא צו, ב 51	גאונים
קיד, א 121	אוצר הגאונים לבבא קמא, תשובות
קטו, א 137	סי' שר-שה 147
קטו, ב 142	סי' שח 125
קטז, א 157 151 137 124	ספר המקח והממכר, שער ו 85
בבא מציעא, פרק ב 175	ראשונים
ר' ירוחם (ראה: סי' מישרים)	אור זרוע, בבא קמא, סי' קא 126
מאה שערים, רי"ף בבא קמא, אות ט 126 125	סי' קב-קכא 34
מגיד משנה, הל' אישות יד, כד 184	סי' תיג 87 84
הל' גולה ואבדה יב, ג 152	סי' תנא 125
יב, ה 143	סי' תנב 125
מהר"ח אור זרוע, שו"ת, סי' רמט 102	בבא מציעא, סי' סט 108
מהר"י ברונא, שו"ת, סי' רלו 184	בבא בתרא, סי' כד 21
מהר"י וייל, שו"ת, סי' קמח 193	בית הבחירה, כתובות צח, ב 95
סי' קמט 193	בבא קמא כז, א 128 123
סי' קנז 179	פא, ב 128
מהר"ל החדשות, שו"ת, סי' קנו 94	קיד, א 146
מהר"ק, שורש ד 162	קיד, ב 129 128
מהר"ם ב"ר ברוך, שו"ת (דפוס פראג),	קטו, ב 129
סי' לט 188 167	קטז, א 157
סי' קמט 184	בבא מציעא לח, א 128
סי' רנב 90	סנהדרין עג, א 179
סי' שלט 189	בנימין זאב, שו"ת, סי' שפד 130
סי' תרפה 34	סי' שצ 161 136 120
סי' תשע 147	הגהות אשרי, כתובות פרק יא, סי' טו 87
סי' תתב 88	בבא קמא, פרק ב, סי' ו 27
סי' תתג 90	הגהות מימוניות,
סי' תתקצב 184	הל' גולה ואבדה, פרק יב, אות ד 152
מהר"ם ב"ר ברוך, שו"ת (דפוס קרימונה), סי' ג 90	הל' שלוחין ושותפין, פרק ה, אות ד 102
מהר"ם פדואה, שו"ת, סי' סג 160 159 158 156	הגהות מרדכי, בבא בתרא, סי' תרס 102
מישרים, נתיב ל, חלק ג 47	סי' הישר, תשובות, סי' נג, ב 90
מרדכי	סי' נד, ב 90
כתובות, פרק יא, סי' רנה 94 93 91 90	השלמה, בבא קמא, פרק י, סי' ז 129 127
פרק יא, סי' רנו 88	ר' חננאל, אוצר הגאונים, כתובות, ליקוטי פירוש
פרק יא, סי' רנח 54	ר"ח, עמ' 78 87
פרק יא, סי' רנט 87	סי' חסידים (מרגליות), סי' תקנא 123
פרק יג, סי' רעד 184	טור יו"ד, רנג 184
בבא קמא, פרק ב, סי' טז 22	

מפתח המקורות

147 רגמ"ה, שו"ת, סי' סו	29 פרק ב, סי' יז
144 143 סי' עד	126 פרק ז, סי' עט
144 143 סי' עה	47 פרק י, סי' קמא – קמב
138 רי"ד, תוספות, כתובות קז, ב	158 פרק י, סי' קסז
138 נדרים, פרק ד, סי' ג, ית	90 54 פרק י, סי' קסח – קסט
140 ריטב"א, בבא מציעא לא, ב, ד"ה היה בטל	146 פרק י, סי' קעא
48 47 לה, ב, ד"ה תתזור	108 בבא מציעא, פרק א, סי' רלח
62 56 לו, ב	186 פרק ז, סי' שסז
184 ריטב"א, שו"ת, סי' נט	29 פרק ת, סי' שעא
87 רי"ף, כתובות, פרק יא (נו, ב)	34 בבא בתרא, פרק א, סי' חסו
18 בבא קמא, פרק ב (ט, א)	נימוקי יוסף על הרי"ף, בבא קמא, דפ' וילנא,
99 פרק ט (לו, א)	ט ע"א 62 54 34 31 27
125 פרק י (מא, ב)	ט ע"ב 22
166 בבא מציעא, פרק ח (נה, ב)	לו ע"א 100
184 רמב"ם, יד החזקה, אישות יד, כד	מב ע"א 152
35 20 גזלה ואבדה ג, ט	בבא מציעא, דפ' וילנא, טז ע"ב 152
131 ו, יד	יז ע"ב 137
120 יא, כ	נח ע"א 53
152 יב, ג	ס' העיטור, שיתוף, דפוס ונציאה כו, א 102
152 יב, ד	שלישות ממון, דפוס וורשה מג, ב 87
143 יב, ה	מג, ג 83
רוצח ושמירת הנפש יג, יב 123	מג, ד 100
שכנים ז, ח 21	עלויות דרבנו יונה, בבא בתרא ד, ב 34
שלוחין ושוחפין א, ה 95	פסקי התוספות, בבא קמא, פרק ז, סי' קפו 126
שכירות א, ו 45	פסקי ריא"ו, כתובות, קז, ב 138
רמב"ם, ספר המצוות, ל"ח, רצד 120	ראב"ד, השגות, חובל ומזיק ת, טו 180
רמב"ם, שו"ת (מהר" בלאו), תמר 19	ראב"ד, חידושים, בבא קמא קיט, א (מהר" אטלט
רמב"ן, בבא מציעא ל, ב, ד"ה היה בטל 138	עמ' שנת – שס) 182 180 129 127
עז, א, ד"ה ואתא מיטרא 157	ראב"ה, סי' תתקטז 87 84
בבא בתרא ד, ב 146	סי' תתקנט (כ"א אוקספורד) 143 132
ר"ן, על הרי"ף, כתובות, פרק יא (נו, ב) 88	ראב"ן, שו"ת, סי' ג 88
פרק יג (סג, א) 140	בבא קמא, פרק ב 28
רשב"א, כתובות מח, א 184	בבא מציעא, פרק א 108
גטין נח, ב, ד"ה הא דקאמר 106	פרק ב 147
בבא קמא כ, א, ד"ה אמר ר"ה 34	בבא בתרא, פרק א 34
כא, א 53 31 26 23	רא"ש, פסקים, כתובות, פרק יא, סי' טו 93 91 90
בבא מציעא לא, ב, ד"ה כפועל 138	בבא קמא, פרק ב, סי' ו 34 31 18
לה, ב 48	פרק ז, סי' ו 135
בבא בתרא יב, ב 21	פרק ז, סי' טו 133
רשב"א, שו"ת, חלק א, סי' חרעא 87 93 94	פרק ז, סי' יח 129
חלק ב, סי' שסט 48	פרק ט, סי' יז 36
חלק ג, סי' כד 94 93	פרק י, סי' טז 129
סי' כה 87	בבא מציעא, פרק ב, סי' כח 150 142
סי' קלח 53	פרק ז, סי' טו 161
סי' תכו 183	סנהדרין, פרק ח, סי' ב 182
חלק ד, סי' ב 103	רא"ש, שו"ת, כלל א, סי' א 108
סי' נד 166	כלל פה, סי' ב 185 182
סי' קנב 22	כלל צד, סי' ו 135
חלק ז, סי' חטו 184	רגמ"ה, בבא בתרא יב, ב 21

מפתח המקורות

35 23	כא, א, ד"ה כהדיוט מדעת	86	רשב"א, שו"ת המיוחסות לרמב"ן, סי' ט
	כא, א, ד"ה ויהבי 31	86	רשב"א, שו"ת, דפי' רומא ר"ל, סי' ריב
149 141 135 132	נח, א, ד"ה אי"נ מבריא ארי	86	סי' רלו
	166 154 150	120	רשב"ם, בבא בתרא נג, א, ד"ה האי מבריא
	182		נט, א, ד"ה מדת סדום 21
	125 124	190	רשב"ש, שו"ת, סי' תקט
	36 35		רש"י
	קב, א, ד"ה נותן 99	89	כתובות צח, ב, ר"ה כאן שנה רבי
96 95	בבא מציעא ב, א, ד"ה ויחלוקו	85	צח, ב, ד"ה שיש
151 149 132	לא, ב, ד"ה אם יש	89	צח, ב, ד"ה כדתניא
68 64 46	לה, ב, ד"ה תחזור	21	קג, א, ד"ה מדת סדום
19	קיו, ב, ד"ה בשלשה	99	בבא קמא קב, ב, ד"ה ליקח
24	בבא בתרא ה, א, ד"ה אע"פ	121	קטו, א, ד"ה אין לו
	יב, ב, ד"ה כגון 68 21	142	קטו, ב, ד"ה ולימא
	סב, ב, ד"ה איתמר 96	145	קטו, ב, ד"ה בעקל
	קמג, ב, ד"ה ואם אמר 22	152	בבא מציעא ל, ב, ד"ה לא יאמר
48	תוספות רבנו פרץ, בבא מציעא עד, א	152	ל, ב, ד"ה אם יש שם בית דין
35 28 23	תרומת הדשן, שו"ת, סי' שיו	137	לג, א, ד"ה כל המקיים
	תשב"ץ, ח"ב, סי' רמא 187	46	מב, ב, ד"ה ומשלם בקרא
187	חשובות מימוניות, נזיקין, סי' יז	23	צט, ב, ד"ה הדר ביה
	קניין, סי' ט 90	23	צט, ב, ד"ה כהדיוט מדעת דמי
	קניין, סי' כ 90	21	שבא בתרא יב, ב, ד"ה על מדת סדום
	קניין, סי' כב 88		שו"ת אור זרוע ומהר"ם בן ברוך, מהד' כהנא, סי' שצז 144
	אחרונים	34 26 23	שיטה מקובצת, בבא קמא כא, א
67 63 30	אבני צדק, שו"ת, חו"מ, סי' ז	128	פא, ב
106 70 64	אוריין תליתאי, שו"ת, סי' קנו	51	צו, ב
25	אור שמח, הלכות נזקי ממון ג, כ	50	צז, א, ד"ה ולענין פסק
	הלכות גזלה ג, ט 27	122	קטו, א
	הלכות שכירות ה, ו 67 58	166 142 122	קטו, ב
	הלכות שכירות ז, א 65	143	קטו, ב, ד"ה וכחב ה"ר גרשם
	ד' אליעזר בן ארתא, שו"ת, סי' ה 183	157	קטז, א, ד"ה וכחב עליו
52	אמרי בינה, חלק א, שו"ת, סי' א, אות ו-ז	127	קיו, ב
56	אמרי ברוך, שו"ע תו"מ, סי' שז, ב	138	בבא מציעא לא, ב, ד"ה ומורנו הרב
	סי' תכו, סמ"ע, ס"ק א 184	140	לא, ב, ד"ה וזה לשון הריטב"א
	אנציקלופדיה תלמודית,	108	לה, ב
	ערך "הצלת נפשות", כרך י 178	60	לה, ב, ד"ה ולענין פסק
	ערך "השבח אבדה", כרך יא 130	62 56	לו, ב
	ערך "זה נהנה", כרך יב 32 24 21	48	עד, א, ד"ה והשואל
106 65 64 63 30	ארץ צבי, שו"ת, חו"מ, סי' טו	49	עד, א, ד"ה ולענין פסק
130	באר הגולה, שו"ע תו"מ, סי' רעד, אות ב	35 30 29	תוספות, כתובות ל, ב, ד"ה ואי דלא מצי
103	באר היטב, שו"ע חו"מ, סי' קכח, ס"ק יז	28	ל, ב, ד"ה לא צריכא
	באר עשק, שו"ת, סי' מח 155	89	צח, ב, ד"ה כאן שנה רבי
	סי' פה 155	93 92 91 90	צח, ב, ד"ה אמר רב פפא
104	ב"ח, הגהות למרדכי, בבא בתרא, סי' תרס	141 139 138 135 132	קו, ב, ד"ה חנן
	ב"ח, טור חו"מ, סי' קפג, ח 95	62 45	בבא קמא יא, ב, ד"ה לא מבעיא
	סי' שסג, ה 47	31 18	כ, א, ד"ה זה
109 104 98	ב"ח, שו"ת הישנות, סי' יכ	68 28 22	כ, ב, ד"ה הא איתהנית
	סי' יט 109	24	כ, ב, ד"ה טעמא

מפתח המקורות

186 133 132	ח"ג, סי' יא	96	סי' קפג
92	מהרי"ט, חידושים לכתובות צח, ב, ד"ה תו כחב	52	סי' שסג
162	מהרלב"ח, שו"ת, סי' ה	58	קצות החשן, שסג, ח
107 66	מהר"ש (ענגיל), שו"ת, ח"ו, סי' קג	102	ט"ו, חו"מ, קעו, יב
191 186 183 139	מהרשד"ם, שו"ת, יו"ד, סי' רד	95	קפג, ו
97	חו"מ, סי' כו	154	רסד, ג
98 97 95	סי' כו	158 149 141	רסד, ד
162 133 132	סי' צט	51	שסג, ה
133 45	סי' שעא	164	יד אליהו, שו"ת, סי' עג
162	סי' שפט	168 167 165 164 162 155 136 134 132	סי' עד
103 102 97	מהרש"ך, שו"ת, ח"א, סי' צא	102 98 97	יד ימין, תר"מ, סי' לד
102 97	ח"ב, סי' ג	68	יד רמ"ה, שו"ת, חו"מ, סי' עו
101	סי' קטז	107	סי' פ
71	סי' קנט	69	סי' פ, אות א
134	ח"ד, סי' סב	69 68 64 48	סי' פ, אות ג
93	מהרש"ל, הגהות לכתובות צח, ב	69	סי' פ, אות ד
104	מהרש"ם, משפט שלום, סי' קעו, יב	35 34 24	ים של שלמה, בבא קמא, פרק ב, סי' טז
93	סי' קפג, ו	184 170	פרק ו, סי' טו
98 88	סי' קפג, ז	47	פרק י, סי' א
71 65	מהרש"ם, שו"ת, ח"ב, סי' ריא	131 130	סי' כט
65	ח"ד, סי' ז	159	סי' מ
179	ח"ה, סי' נד	31	ישועות יעקב, שו"ת, חו"מ, סי' ד
36	מתנה אפרים, הלי נזקי ממון, סי' ב	179	כלי חמדה, ויצא, עמ' קצ
36	סי' ד		כנסת הגדולה, חו"מ, מהדורא בחרא, סי' קפג, הגב"י,
51 26	הלי גולה, סי' ט	101	לא
22	סי' י	88	מב-מג
29	סי' יג	96	ס
131	סי' יז	87	סו
183	הלי עבדים, סי' ג	156	כסף הקדשים, חו"מ, סי' רסד, ס"ק יב
47	הלי שומרים, סי' לג	92 88	כסף משנה, הלכות שלוחין ושוחפין א, ה
67 57 55	הלי שכירות, סי' יט	22 21	לבוש מרדכי, סי' טו
157 155	סי' כג	47	לחם אבירים, בבא מציעא, לה, ב
178	מנחם חינוך, מצוה רלו	93	לחם משנה, הלכות שלוחין ושוחפין א, ה
65	מנחם יצחק, שו"ת, ח"ב, סי' פח	97 93 92 91	לחם רב, שו"ת, סי' קכד
64 62 58 55	מנחת פתים, חו"מ סי' שז, ה	97	סי' קכה
23	סי' שסג, ו	157	ר' מאיר שמחה, חידושים לבבא קמא קטז, א
46	מצא חן, בבא מציעא לה, ב	66	חידושים לבבא מציעא לה, ב
250	מראה הפנים, ירושלמי, בבא קמא ט, ה, דף ז, ע"א		חידושים לספרא, קדושים, פרשה ב, פרק ד, ח
101		120	
178	מרגליות היס, סנהדרין עג, א, אות יב	148	מאמר קרישין, חו"מ, רסד, ה, אות יב
27	מרומי שדה, בבא קמא כ, א	181	מבי"ט, שו"ת, ח"א, סי' רלו
25	כ, כ	95	מהרי"א הלוי, שו"ח, סי' קכג
179	מרחשת, שו"ת, ת"א, סי' מג	62	סי' קכו
36 31 25	ח"ב סי' לה	62 61 56	חלק ב, סי' עז
182	משך חכמה, פה' ראה, דברים טו, יב—יג	71	מהרי"ז ענזיל, שו"ת, סי' עב
95 87 86 84	משכנח הרועים, אוח ש, סי' קיד	91	מהרי"י בן לב, שו"ת, ח"א, כלל טז, סי' צב
135	משנת דרבי אליעזר, חו"מ, סי' קכת, ב	132	כלל ית, סי' קה
139	סי' קכה, ש"ך, ס"ק ח	101	סי' קיד
98	נדרי זריזין, קונטרס יוסיף דעת, תשובה יג	136 132	ח"ב, סי' כו

מפתח המקורות

עמודי א"ש, שו"ת, דף סז	33 32 31 22	נודע ביהודה, שו"ת מהדרו"ת, חו"מ, סי' כד	31 26
ר' עקיבא איגר, חידושים לחו"מ, סי' רסד, ד	164	נחלת דוד, בבא קמא כ, א	18
ערוך השולחן, חו"מ, קכח, א	154	כ, ב	25
רסד, ג	154	כא, א	23
רסד, ד	149	כא, ב	35
רסד, י	158	נפת צופים, שו"ת, חו"מ, סי' קלד	97
רסד, יב	158	נשמת כל חי, שו"ת, ח"ב, חו"מ,	
רסד, טו	148	סי' לה	126 128 130 143
רצא, מז	45	סי' לט	163
שסג, טז	23	סי' מה	182 180
שסג, יט	26	נתיבות המשפט, סי' קכח, ביאורים, ס"ק ג	137
שעה, יב	166		139
שצא, ח	37	סי' קפג, ביאורים, ס"ק ט	92
ערך ש"י, חו"מ, שטו, א	60 58	ביאורים, ס"ק יב	97
פני יהושע, בבא קמא		סי' קצד, ביאורים, ס"ק ה	92
כ, א, תוספות ד"ה זה אינו	21	סי' רסד, ביאורים, ס"ק א	149
כ, ב	31	ביאורים, ס"ק ג	156 158 159
פני משה, שו"ת, ח"ג, סי' כא	184	ביאורים ס"ק ז	141
פנים מאירות, שו"ת, ח"א, סי' עב	56	תירושים, ס"ק ד	154
פרח מטה אהרן, שו"ת, ח"ב, סי' ה	132 133 135	סי' רצא, ביאורים, ס"ק כו	47
	184 186 189	סי' שנו, ביאורים, ס"ק ד	56
פרי תבואה, סי' נח	167	סי' שסג, ביאורים, ס"ק ג	32
פרישה, חו"מ, רסה, ס"ק א	131	ביאורים, ס"ק ז	54
סי' רעד, ס"ק א	122	ביאורים, ס"ק ט	52
סי' רעד, ס"ק יב	131	סמ"ע, חו"מ, סי' קכח, ס"ק ו	134
סי' שסג, ס"ק ו	26	סי' קפג, ס"ק יח	95 96
פתחי תשובה, תו"מ, שו, ס"ק א	45 62 67 107	סי' כא	96
	108	סי' כד	98
צינני, שו"ת, ת"ב, סי' כו	102	סי' כו	97
סי' כז	96	סי' רסד, ס"ק ז	153
קיצור פסקי הרא"ש, בבא קמא, פרק ז, סי' יח	129	סי' ח	153
פרק י, סי' טז	129	סי' יא	155
קצות החושן, קנח, ס"ק ו	24	סי' יב	156 159
קפג, ס"ק ז	88 95	סי' יח	131
קפג, ס"ק ח	89 93	סי' רסה, ס"ק ח	152
קפג, ס"ק ט	97	סי' שז, ס"ק ה	55
שסג, ס"ק ב	51	סי' ו	47
שסג, ס"ק ח	55 58	סי' שח, ס"ק יד	131
קרני רא"ם, מהרש"א, כתובות צח, ב	89	סי' שלב, ס"ק ב	49
קרני רא"ם, שו"ת, סי' קעז	93 97	סי' שסג, ס"ק ז	32
ראה חיים, ח"ב, פרשת חקת ובלק, דף סב ע"ד –		סי' ח	32
סג ע"ב	122 141 142 155 157	סי' יג	51 52
רדב"ז, שו"ת, ח"ד, סי' רד	142	סי' יד	23
רד"ם (פדר), שו"ת, ח"ב, תו"מ, סי' ד	141 185	סי' טו	35
	187	סי' כג	54
רוח חיים, חו"מ, סי' רנט, אות ג	148	סי' חכו, ס"ק א	183
רידב"ז, ירושלמי בבא קמא ט, ה	88	עטרת צבי, חו"מ, סי' רסד, ה	148
רי"ם, חידושים לכבא מציעא לה, ב	45 46 58 59	עין יהוסף, בבא מציעא לה, ב	46
70			

מפתח המקורות

רנט, ט 120	רמ"א, יו"ד, רנב, יב 193 190 183
רס, ג 109	חור"מ קסג, ו 167 162
רסד, ב 152	קעו, יב 102
רסד, ג 130 63 62	קפג, ד 109
רסד, ד 183 155	קפג, ה 101
רסד, ה 146 131	קפג, ו 95
רסה, א 131	קפג, יז 97
רע, ג 96	קפג, ט 97
רעב, יד 123	רמא, יב 65
רצז, ז 65	רמו, יז 141
שו, ה 56 55 45	רנט, ז 148 147
שח, ז 131	רסד, ב 152
שלב, א 49	רסד, ד 190 160 159 158 155 140
שמה, ב 186	רסד, ה 146 131 70
שסג, ג 32	רסה, א 131
שסג, ד 35	רסח, ג 109
שסג, ה 32	רסט, ו 109
שסג, ו 35 23 20	רעד, א 131
שסג, ז 31	שח, ז 131
שסג, ח 26	שסג, ג 29
שסג, ט 54 53 26	שסג, ה 52
שסג, י 54	שסג, ו 68 28 27 23 22
חכו 183	שסג, י 62 57 56 28
שולחן ערוך הרב (מלאדי), הלי' נזקי גוף ונפש, סי' סז 179	רמ"א, שו"ת, סי' פו 160 155 133
שושנת יעקב, חור"מ, רסד, ד 158 157 155	רמ"ע מפאנו, שו"ת, סי' פט 185 137
ש"ך, חור"מ, קכח, ס"ק ח 139	שאלת משה, שו"ת, חור"מ, סי' ה 183
קעו, ס"ק כז 104	שארית יוסף, שו"ת, סי' ז 109 103
קפג, ס"ק ב 64	שב יעקב, שו"ת, ת"ב, חור"מ סי' כד 186
קפג, ס"ק י 101	שכות יעקב, שו"ת, ח"א, סי' קנח 161
קפג, ס"ק יג 93	ח"ב, סי' קנו 163
קפג, ס"ק יד 97	ח"ג, סי' קמת 46 45
קפג, ס"ק טו 98	שואל ומשיב, שו"ת,
קפג, ס"ק יח 95	מהד' תניינא, ח"ג, סי' קכח 107 105 67
רסד, ס"ק ד 159	סי' קכט 107 105 69
רסד, ס"ק ה 190 170	מהד' תליתאה, ח"א, סי' רכג 105
רסד, ס"ק ח 146	ח"א, סי' שה 65
רעד, ס"ק א 131	ח"ב, סי' קמו 52 51
רצא, ס"ק מא 47	ח"ג, סי' לז 98 97
שג, ס"ק ח 136	שולחן ערוך, אור"ח, שו, יד 187
שו, ס"ק ב 55	יו"ד, רנב, יא 190
שו, ס"ק ג 47	רנב, יב 186
שלב, ס"ק ג 49	אה"ע, פט, ב 184
שצא, ס"ק ב 36	חור"מ, עב, מד 67 65 29
חכו, ס"ק א 183	קכח, ב 134
שלטי הגבורים על הרי"ף, בבא קמא, פרק ז, דף כט, ב 130	קפג, ה 101
פרק ט, דף לד, א 51	קפג, ו 107 106 95 70
בבא מציעא, פרק ה, דף לו, א 51 50	קפג, ז 106 98 97
	קצד, ב 92
	רנט, ז 148 147

מפתח המקורות

80	סעיף 15	חוק הנאמנות, התשל"ט—1979, סעיף 13(א)	שלטי הגבורים על המרדכי, בבא קמא, פרק י, אות קסב 159
			שם הגדולים, מערכת ספרים, ערך "פסקי תוספות" 126
	136 265	סעיף 258	
	136	סעיף 265	
17	סעיף 9	חוק הערכות, התשכ"ז—1967, סעיף 9	ר' שמעון שקאפ, חידושים לבבא קמא,
43	סעיף 5(ב)	חוק השומרים, התשכ"ז—1967, סעיף 5(ב)	סי' יט, אות ג 22
	118 6	סעיף 6	סי' יט, אות ה 25
	43 7	סעיף 7	סי' יט, אות ו 25
	135 118	סעיף 8(ב)	סי' יט, אות ז 36
		חוק השירות הציבורי (מתנות), התש"ם—1979,	סי' יט, אות ח 27
	81 2	סעיף 2(א)	סי' כ, אות א 32 26
118	סעיף 5(ב)	חוק השליחות, התשכ"ה—1965, סעיף 5(ב)	סי' כ, אות ב 26
	80 4	סעיף 4(8)	חידושים לבבא בתרא, סי' ד, אות ג 27
	80 17 10	סעיף 10	ר' שמעון שקאפ, שערי יושר, שער ג, פרק כה 25
	118 11	סעיף 11	27
		חוק לחיקון דיני הנוזקין (הטבת נזקי גוף),	שמרו משפט, על חוקות הדינים, סי' רצא 87 92
	177 1964	התשכ"ד—1964	103 102 99 96 93
	176 2	סעיף 2	שער המלך, הל' גולה ג, ט 37 31
	176 3	סעיף 3	שער משפט, חו"מ, כח, ס"ק ב 120
1980		חוק עשיית עושר ולא במשפט, התש"ם—1980	שערי יושר (ראה: ר' שמעון שקאפ)
	43 17 12	סעיף 12	תוספת ראשונים, בבא קמא י, כז 124
	178 5	סעיף 5(א)	תורה לשמה, שו"ת, שמו 183
	178 5	סעיף 5(ג)	תורת אמת, שו"ת, סי' מה 165 183 191
	176 7	סעיף 7	סי' עה 135
25		חוק שירותי הכבאות, התשי"ט—1979, סעיף 25	סי' קכט 34
	144		תורת חסד (פרחייא), שו"ת, סי' רי 92 93
		חוק תגמול לחייל הנפגע בהצלת חיי הזולת,	סי' ריא 98 96 92 91
	176 2	סעיף 2	תפארת ישראל, נדרים, פרק ד, משנה ד 133
		חוק התגמולים לנפגעים בהצלת נפש,	חשורת ש"י, שו"ת, סי' קו 65
	176 2	סעיף 2	
		התשכ"ה—1965, סעיף 2	
		פקודת הסחורות הנטרפות דמי הצלה, 1926,	
	119 2	סעיף 2	
	119 19	סעיף 19	
		תקנות תגמול לחייל הנפגע בהצלת חיי הזולת,	
	177 1968	התשכ"ח—1968	
		פסיקה	
	59/52	ע"א בן מנחם נ' מהלה, פד"י ח, 917	התשכ"ח—1968, סעיף 36 (2) 177
	44		סעיף 150 119
	461/62	ע"א צים נ' מזיאר, פד"י יז, 1333 12	פרק ט 2 177
	682/74	ע"א יקותיאל נ' ברגמן, פד"י כט(2), 764	חוק הביטוח הלאומי (תיקון מס' 21),
	12		התשל"ו—1976 118
	749/56	ת"א אגודת הכורמים נ' יקב הגליל, פסקים	סעיף 38 177
	33 77	(מחחיים) כב, 77 33	סעיף 198 177
	178 163 152 151	פד"ר ה, עמ' 151, 152 163 178	חוק יסודות המשפט, התש"ם—1980 12
			חוק המקרקעין, התשכ"ט—1969, סעיף 21 17

English Summary

payment in the presence of three persons is extended to salvage as an alternative to stipulation with the owner himself. Conversely, the importance of the owner's presence in salvage is extended to lost property.

The salvage rules illustrate the process whereby a deficiency in the law is remedied by *takkanah* to obviate the possibility of one person enjoying a benefit at the expense of another. This regulation is in contrast to the law regarding improvements made to another's property without asking the owner.

Part Five

Indemnity for rescue of a person

The rescue of persons is in Jewish law not merely a matter of moral sensibility. Very often the act will entail expenditure by the rescuer or damage to a third person's property. Rescue and salvage are similar in several respects. Both rest on religious precept and accordingly involve a voluntary act without any legal obligation between the parties to do the act or any agreement as to indemnifying the salvor or rescuer.

In contrast to salvage, however, an individual may not abandon his life or person. Again, salvage and rescue may be distinguished with regard to the obligation to incur expenses: whereas in salvage it is possible to set-off value against value, in rescue that is not.

A guiding consideration is the encouragement of acts of rescue. The Talmud prescribes under *takkanah* that the rescuer is not bound to compensate any third person who has suffered a loss in the course of the rescue.

As regards indemnity for the rescuer's expenses, the Talmud is not explicit but the early post-talmudic authorities derived the rule in various ways. In order to encourage rescue, it was prescribed that the costs entailed must be paid immediately and without reservation. Opposition by the person rescued to payment was ignored. Similarly, where in the course of rescuing one person another is also rescued, the latter will not be heard to say that even had he himself not been rescued the rescuer would have incurred expenses, since every person could argue so and this might endanger people.

English Summary

or because the property was salvaged without his effort? Again, does a person who whilst salvaging his own property salvages also his neighbour's, have any right to be paid in full or proportionately? Still another question is whether the salvor's right must be distinguished as between payment for his efforts and reimbursement of his outgoings and losses.

The Mishnaic rule that where a salvor makes no stipulation as to payment, he is only to be paid for the services he has rendered, is subject to significant reservations which make the rule exceptional, whereas the salvor's right is much wider.

The Talmud understands the *Mishnah* to be concerned not with the case where the property would be lost but for the salvor's action. If it is impossible to save the property, the salvor is entitled to all of it under the rule of *hefker* (renunciation of property) or at least to the value of what he lost in the course of the salvage.

The early post-talmudic authorities introduced a further reservation – the Mishnaic rule does not apply where the owner is not present; in that event the salvor is entitled not only to payment for his services, but also to the value of his loss. His right is further extended to entitle him to full indemnity of his outgoings when, without his intervention, the owner would have used the salvor's property to effect his salvage.

The Mishnaic distinction between payment for services rendered and payment for losses incurred by the salvor requires clarification. The exemption as regards the latter when the owner is present and the salvor has made no stipulation is explained on the ground that the owner can argue that he could have salvaged his property without such expense. Thus, whenever this argument cannot be raised, the salvor is entitled to be paid for his losses, i.e. payment for services includes all the necessary outgoings, whereas the value of the property lost in the course of the salvage is confined to those outgoings which the owner might not have been ready to expend, for which reason stipulation must be made.

Accordingly the Mishnaic rule restrictive of the salvor's rights will apply where salvage was possible and effected in the owner's presence without his being consulted and the salvor acted freely of his own choice; he will then be entitled to payment for his services, i.e. his necessary outgoings as to which no stipulation need be made.

The owner may be exempt from payment if he voices opposition to the salvage. But where he knows that in any event the salvage will be carried out (because, for instance, it is involved in saving others) or his opposition is merely aimed at avoiding due payment for the outgoings, it will not be taken at its face value and have no effect.

The legal basis for salvage indemnity, as it emerges from a survey of the sources, lies on one view in *takkanah* since in strict law, arguably, the salvor only acted to save the owner trouble and is not entitled to payment; and in order to encourage such acts a duty to pay was instituted by *takkanah*. The "Rule of Court" (*tenai bet din*) which entitles a salvor to payment for his losses, may, it is suggested, be the source of the *takkanah* as against the Mishnaic rule of law.

The connection between the rules relating to salvage and returning lost property has been one of reciprocal effect. The possibility in the case of lost property to stipulate

English Summary

Shulhan Arukh, the glossators give it prominence as a point to be considered in the appropriate circumstances, in particular where the third party gives additional consideration or where an agent has varied his agency. Reflection has led to a number of distinctions depending on the connection between the benefit and the agency activity. The possibility of applying the rule to a benefit occasioned by mistake has also been examined.

Some of the later rabbis held that the principal's right does not arise in strict law but under rabbinical *takkanah*.

The solution of sharing the benefit is not proposed under the exemptive principle – when the recipient would take all – nor under the rule relating to doing business with another's property – when the owner would get all. The agent not only enjoys a benefit from his agency but makes a profit. Accordingly, his obligation is greater than that of a person who only enjoys a benefit. On the other hand, he does not make his profit at the expense of the principal and therefore all of it cannot be said to be due to the latter. The agent and principal have equally strong rights; both have contributed to creating the profit, the one by his activity and the other by his property.

The broadening of the rule could have far-reaching consequences, but apart from the situation where the third party gives additional consideration or where the agent varies his agency, no broadening of the rule has been undertaken.

The law relating to the agent who obtains a benefit from his agency is examined from the viewpoint both of agency law and of unjust enrichment. In certain circumstances, an agent so benefiting may be in breach of trust or even criminally liable and be deprived of the advantage.

Part Four

Indemnity for salvage of property

Is the voluntary nature of salvage significant to the salvor's right to indemnity? On the one hand, in doing what he did the salvor has acted piously in observance of a *mitzvah*, unlike one who simply intervenes with regard to another's property and unasked enhances its value. Perhaps for this reason his rights are superior. Salvage should moreover be encouraged, and if the rules of law do not allow for proper compensation, they call for amendment. On the other hand, the doing of a pious act is its own reward and further monetary payment is superfluous. What connection is there between the pious act of the salvor and his monetary rights? His rights may be lesser than that of one who unasked improves another's property, since the latter presumably acted as he did in anticipation of being rewarded, whilst he did not or waived any right.

Regard must also be had to whether or not the owner was present when the salvage occurred and whether the salvor made any stipulation with him. What, further, is the position where the salvor is unsuccessful either because his efforts end in failure

English Summary

recently the possibility has been considered of applying it to the case where a tenant has effected insurance at his own cost and the question of the destination of the insurance money arises. The similarity between insurance and the lending of the ox is twofold. First, just as in the latter case the profit arises from the act of the hirer lending the ox, so with insurance the profit arises from the act of the tenant. Secondly, in both instances the profit derives from the monetary loss of the person involved – the hirer in having to pay the hire money to the owner without receiving anything from the borrower, and the tenant in having paid the insurance premiums. The parallel has nevertheless been held not to apply. The distinctive features of the ox-hiring case are not present in the insurance case. In the former, the owner's right to the hire money arises out of the hirer's obligation or the sub-hirer's use or possession of the ox; in the insurance case the person paying the premiums enters into a personal transaction with the insurance company quite distinct from the hiring of the thing hired and therefore does not transact any business directly with the owner's property. The owner therefore has no call on the insurance money. Alternatively, whilst in the ox-hiring case it may be unjust to transact business with another's property, in insurance it is unjust for one to pay the premiums and for another to reap the benefit.

In applying the ox-case rule to modern problems, a number of distinctions are made, some substantive, emphasising the unjust enrichment aspects, and some formal. Where the owner claims all the profit made from his property, it is essential to establish whether indeed the property is the source of the profit. Analysis of the rule has taken it out of the conceptual realm of abstract justice and prevented its over-extension involving injustice to others.

Part Three

Agent who receives benefit in consequence of his agency

Here the question is – how should the benefit arising from the act of a person representing another be treated? Is the fact that the benefit arose out of agency activity determinative of the rights of the parties? Although possibly in agency law, the agent's act may not give any right to the principal, the latter is nevertheless entitled to receive or participate in the benefit because it is he who has been the "cause" of it. Alternatively, whilst the principal has a right to the benefit, the agent also has a right since but for his action the principal would have nothing, the benefit not being an integral part of the agency activity. If the right of the one in the benefit the other has received is recognised, there falls to be determined when he is deemed to be the "cause" to entitle him to the benefit. Juridically the problem falls within the bounds of unjust enrichment.

The rule that has emerged is that, irrespective of agency law, where a person has been the "cause" of a benefit he is entitled to enjoy it. First elaborated in the Palestinian Talmud, the rule was adopted by some of the earlier post-talmudic authorities. Its history is interesting. Whilst it did not receive explicit mention in the

English Summary

recipient will have to pay because of the general rule that a person who improves the property of another is entitled to have his expenses reimbursed.

13. Conclusions

The question of whether the principle “the one gains and the other does not lose” is exemptive or not is treated in the *Gemara* as being without Mishnaic precedent. In holding that the principle is exemptive, the authorities do not lay down a general rule but one confined to the specific fact situation discussed – unauthorised occupation of premises.

The legal foundations for the exemptive principle vary: that the donor has no cause of action at all; or that, although he may have a cause of action, he will be restrained from acting in the manner of Sodom.

In applying the principle the “no loss” circumstances must be carefully defined. Loss of an anticipated profit is sufficient to remove the exemption but not where the property is not normally a source of profit to the owner. The same holds where the profit is not practically possible. The kind of property from which a profit may be derived is extended by the presumption that today houses are generally for letting, without the burden of proof resting on the owner. Again the loss need not to be co-extensive with the benefit.

Two further rules of importance are established. If the donor protests the recipient’s benefit, it must be paid for. If the recipient indicates any intention to pay for the benefit should he not be allowed to enjoy it freely, an obligation to pay will arise. Thus the exemptive principle is limited and all cases in which the recipient should rightly pay for his advantage are excluded.

Part Two

Transacting business with another’s property

In addition to the exemptive principle of “the one derives benefit and the other sustains no loss”, there are other aspects of Jewish law on unjust enrichment.

There are various situations where, whilst the owner of the property may suffer no loss from another’s use of it, he is nevertheless entitled to recompense. The source of the rule lies in the case, cited in a *Mishnah*, of the man who hires an ox from his neighbour and then lends it to another and the ox dies. Here the rule is that the hirer is liable for the ox.

The legal basis for this rule is sometimes explained by reference to the injustice of the situation and sometimes to the quasi-agency of the person obtaining the benefit. The earlier post-talmudic authorities extend the rule by analogy to the case of a person who hires out another’s property, the hire price belonging to the owner, and also to the case of unauthorised subletting of land, although some authorities seek to limit the latter to where the owner actually suffers loss from the subletting.

Later authorities do not appear to extend the rule substantially further but more

English Summary

pay for the benefit he had obtained from using the type on the grounds that had he not acted as he did, the writer may have sold more copies of his own book without the competition presented by the printer's publication. A somewhat similar case is that of the "bottled water" labels, already mentioned.

11. Recipient providing a benefit

Towards the end of the talmudic discussion the argument takes a new line. A further reason for exemption is that unoccupied premises are apt to fall into decay and a person who goes into occupation even without agreement will prevent that and may even put the premises into good condition.

This argument bases the exemptive principle on the benefit which the owner may derive. It constitutes a revolutionary turn because, if it applied, the application of the principle would be severely limited. Some authorities do indeed draw this conclusion but neither Maimonides nor Karo mention this aspect of the matter and thus inferentially do not accept the limitation.

12. Causation of benefit: beneficiary, donor and third party

The benefit derived may be the result of an act by the recipient or the donor or a third element. The exemptive principle applies even when the recipient's own act creates the benefit, whilst the charging principle – "the one benefits and the other loses" – may operate when the benefit is due to the donor; in the fencing case the attempt is to exclude the exemptive principle on the grounds that he is deemed to suffer a loss. On the other hand the classic example of the exemptive principle is the occupation of premises without agreement where the recipient benefits from his own act.

The above rules, however, are not confined to the acts of the two parties immediately concerned but extend to benefits due to an extraneous element, as in the forced feeding case, except that on one view the recipient will only be chargeable if his person and not merely his property is affected. Thus the question is raised of wool belonging to one person and the dyes to another being dyed by a third person. Is the improvement of the wool treated separately from the wool itself, in which case the person owning the dyes may ask the person owning the wool to return the dyes? Or is the improvement not separate and the owner of the wool may say that he has nothing belonging to the owner of the dyes? How is it possible to press the second of these alternatives and exempt the owner of the wool from payment? In the feeding case, however, although the benefit was not occasioned by the recipient, he engaged in it in his person. Alternatively the dyeing of the wool may not be a benefit since it is only decorative. The answer is that the wool is not improved by the act of the recipient or his "agent" but by a third party. Accordingly a distinction is made as to whether the benefit accrues or does not accrue to the person of the recipient.

This distinction is challenged by the authorities. One would reject it, because it is not mentioned in the Talmud, and confine the exemption to cases where a third party intervenes, but where the benefit comes about from the donor alone the

9. Benefit involving lesser loss

(a) Will the recipient of the benefit have to pay the value of the benefit or the value of the loss, where the loss is less than the benefit?

A *Mishnah* deals with a house of which the upper part is owned by A and the lower part by B. The house collapses and A asks B to rebuild his part so as to enable him to rebuild the upper storey. B refuses. The *Mishnah* decides that A is entitled to rebuild the lower part and occupy it until B reimburses him for the outlay. It is, however, observed that "one who occupied another's property without his agreement must pay rent," inferring that A will have to pay B rent although B has suffered no loss in the circumstances (because of his refusal to rebuild his part). This view does not contradict the exemptive principle because this case is distinguishable; the alteration of the rebuilt part entails a loss and renders A liable to pay rent.

On this basis most of the earlier authorities decide that the value of the benefit and not merely that of the loss must be paid. That is the ruling in the *Shulhan Arukh*.

(b) An 18th century authority explains this holding on the ground that the exemptive principle rests on the rule that a person may be compelled not to act in the manner of Sodom and the rule is not applicable where there is a loss, even a minor one. Another explanation is based on the view that where there is a loss a person will always be diligent in protesting against the use which another makes of his property, however small the loss he sustains. Even when he does not know of the use, he is presumed to have protested, and this presumption brings the case into the rule discussed above.

10. Benefit involving loss to other property

Does the recipient of a benefit pay only where the loss is in respect of the property he has used or does his obligation extend to other property which is affected?

A 19th century scholar had the following case put to him. A stole a book containing instructions how to paint and copied its contents. Apart from the question of copyright, the exemptive principle is involved. If the book was new and was damaged in the course of the "theft", then the rule regarding lesser loss as above will apply. If the book is not damaged but the owner sustained loss by A now being able to compete with him in painting, it is problematic whether A must pay. A comparison is made with the case where one uses a shop of another without agreement, the shop not being for letting, and the owner does business from another shop, which may be affected. Is the damage too remote for liability to arise or is the owner's concern over the loss caused to him sufficient ground for charging the "guilty" party?

The tendency is to make the recipient liable, irrespective of the place of the loss. Some of the authorities also take for granted the view that the loss need not arise in connection with the same property, but without going into the matter. In one 18th century case, a writer sent to printers a commentary of his on two Orders of the Talmud. He complained that the printer had used the type set for his work to print a text with the commentaries of Rashi and the Tosafot. The printer was adjudged to

English Summary

Nor is the fact that the property was let in the past but is no longer; the situation is treated as at the time when the recipient derives his benefit.

The concept of "loss" is also limited by prescribing that prevention of anticipated profit will only occur when the owner might actually obtain it but not where he or his agent are absent and cannot in fact make the profit. The same applies where the owner is available and wishes to let the property but there are no people wishing to rent.

The category of lettable property is, however, significantly broadened by the presumption that a person who does not personally need some property will normally let it out, and by the more generalised presumption that today houses are deemed to be for letting, whether or not they are in fact let at the material time.

8. Loss preceding enjoyment of the benefit

(a) A benefit may become possible initially by a preceding loss which has ceased when the benefit is enjoyed. Is the initial loss a relevant element? There is the case of a person who stuffed food down the throat of another; although no loss has been sustained (since if the food is "returned" it would be unpalatable and valueless) payment must be made. This is explained on the ground that the other has benefited by reason of the first person's original loss, which brings into operation the principle of "the one benefits and other loses." Another explanation is that since the food retains some value, payment must be made because of the partial loss sustained. Another view is that the two acts are treated as occurring simultaneously.

(b) It would seem that a preceding loss will create an obligation to pay for any subsequent benefit. That, however, is inconsistent with the decision of a later medieval authority in the following case. A feudal lord after expropriating the house of A, a Jew who had fled from the lord's domain, allowed B, another Jew, to occupy it. A claimed rent from B. The exemptive principle was held since the house must be treated as being not for letting since, if B were to vacate it, it might be given over to a non-Jew and no rent could then be obtained. According to one authority, B would have to pay rent since his benefit was preceded by A's loss (the expropriation). A suggestion to remove this inconsistency has been made by distinguishing the "forced feeding" case, where the two acts presumptively occurred together (as suggested above) from the "expropriation" case, where that was not so; A's loss occurred irrespective of B's benefit, for which reason B would not have to make payment.

(c) The *Shulhan Arukh* deals with a case where A has deposited a pledge with a non-Jewish money-lender and B who is in need of funds gets A to allow him to borrow on the security of the pledge. If the pledge is destroyed, B will not, it is held, have to pay A its value. *Prima facie* B's benefit (release from his debt to the money-lender) arises because of A's loss (destruction of the pledge) and he ought to pay according to the above rule. B's benefit, however, occurred after A's property no longer existed and therefore B is exempt for payment.

English Summary

immaterial in the circumstances, since no loss has been occasioned to the other. Luria reasons that payment for the fencing arises because the burden on the first person is increased by the extension of the fencing and therefore only in such circumstances will the disclosure of an intention to pay have effect.

A still later authority is critical and holds that the reason for the obligation to pay in the fencing case is the financial gain of having a fully fenced property, whereas the exemptive principle is concerned with some indeterminate benefit.

(b) Various explanations have been advanced for the obligation to pay where an intention to do so is present. A 19th century *responsum* deals with the case of a person who bottled scent water and affixed a label which another person was using under government licence. After arguing that the defendant was to be charged because he had shown that the plaintiff's expenditure in obtaining the licence suited his own interests, the conclusion is reached that as long as "there are outgoings and acts beneficial to both parties, they are partners and can compel each other to contribute" – but only where the outgoings and acts were essential and for the common good. In any other situation, either may refuse to contribute to a benefit which he does not want. Hence where a recipient shows an intention to pay outgoings, he cannot plead that they were against his wishes.

When a claim is made in respect of a unilateral benefit, no obligation to pay will arise *ab initio*, but if an intention to pay is disclosed, that is equivalent to a legal undertaking to do so.

Another modern authority explains the obligation to pay in the fencing case in two different ways. First, if the recipient has shown his readiness to share the outgoings, the other suffers a loss if payment is not enforceable. The other explanation is that the indication makes the recipient not merely a recipient of a benefit but enriches him. These two explanations are meant to demonstrate that the exemptive principle is not involved. Whilst the first stresses the loss of the one party, the second is based on the distinction between a mere recipient of a benefit and one who is financially enriched.

(c) The *Shulhan Arukh* rules that "where premises not for letting are involved, no rent need be paid provided the occupant has not disclosed that he would pay rent, were he not allowed to take up full occupation. Where he does disclose such an intention, he must pay." Manifestation of intention will only have this effect if it is made to the true owner.

7. Prevention of foreseeable profit

Must the loss of the other party be actual or is it enough if he is prevented from obtaining a profit which he anticipated? For the *Gemara* the answer is simple: "loss" includes the prevention of an anticipated profit. When the problem was posed whether one who occupied premises unbeknown to the owner must pay rent, the *Gemara* rules that it depends on whether the premises were for letting and the occupier generally rents them. If so, the occupier derives a benefit and the owner sustains a loss and payment must be made.

The criterion of anticipated profit was not, however, determined objectively. The fact that people generally let property of the kind in question is not determinative.

English Summary

were. But what they really say is that the rule applies because of the exemptive principle and not vice versa. It may also well be that the exemptive principle operates not because of the rule, but because a party who suffers no loss has no cause of action at all against the person who benefits, and it is unnecessary to call the rule in aid. Where, however, it is desired to prevent *ab initio* an offending act, the rule may have to be invoked.

The exemptive principle can also be explained in other ways without recourse to the rule. Where there is no loss, there is nothing to which an obligation to pay can attach. Or although in strict law a duty to pay may exist, a waiver is deemed to be imported because no loss has been suffered.

5. *Protesting the benefit obtained*

One important limitation on the exemptive principle occurs where a person declares that no one should benefit from his property.

In the *Gemara* the duty to make payment for any benefit obtained from Temple property is derived from the principle that because of the special nature of the property any benefit derived therefrom without knowledge is treated in the same manner as private property used with the owner's knowledge. The *Tosafot ad loc.* explain that the Divine wish is that no one should benefit in the course of committing sacrilege. For that reason, the recipient must pay. There are commentators, however, who explain the ruling by arguing that the use of Temple property effected without protest from the competent authority is like the use of private property with protest. Where the owner makes protest, the recipient of the benefit must pay although no loss has been suffered. Others again understand the phrase "use of property with knowledge" as meaning an implied agreement to pay. Accordingly if no such agreement can be implied (even if protest is made) payment will not be required.

The rule in the Codes is that if the owner tells the occupier to leave and the latter refuses, he must pay rent. This rule has been extended even to property not for letting and to an occupier who would otherwise not rent property.

6. *Intention to pay for the benefit*

(a) Another limitation on the exemptive principle arises when the recipient discloses an intention to pay for the benefit he obtains.

Where a person whose property encircles that of a neighbour puts up fences which run along three sides of a neighbour's property and then the latter erects a fence on the fourth side, the neighbour must pay for his share in the entire fencing. The *Gemara* tries to infer the exemptive principle from this case on the ground that had the first person erected the fourth fence, the neighbour would inferentially have been exempt from payment. The *Tosafot* query the inference since the erection of the fourth fence by the first person does not affect the exemptive principle. In erecting that fence the neighbour has indicated that he is satisfied with and concurs in the expenditure for the fencing. This view was challenged in the 16th century by R. Shlomo Luria on the ground that disclosure of one's readiness to pay is

English Summary

answer to it in statute law or case-law or by analogy, it shall decide it in the light of the principles of freedom, justice, equity and peace of the Jewish heritage.

2. *The talmudic discussion*

In *Baba Metzia* 117b, the discussion begins with R. Yohanan attributing to the Tanna R. Yehudah the view that in three instances a person is prohibited from deriving any benefit from another's property and must pay for such benefit. According to the *Tosafot ad loc.* the basis for this rule is a rabbinical regulation (*takkanah*). The requirement to pay, it appears, does not follow from any rule of law but from a desire generally to discourage the use of another's property without consent. The *Gemara*, however, rules that each of the three instances mentioned may rest on different grounds.

In the basic talmudic discussion in *Baba Kamma* 20a–21a, the question is whether rent must be paid for occupying another person's premises without agreement. The *Gemara* analyses the different possibilities and concludes that the question will only arise with regard to premises not intended for letting and where the occupier usually does not rent property. When these two conditions are not present, the occupier will derive no benefit and the owner will lose nothing. Hence no payment is exigible. In the reverse case, however, payment must be made. In the result the question is left open. Thereafter the *Gemara* proceeds to cite various traditions from which it emerges that most Amoraim held that a person occupying premises without agreement is to be treated in accordance with the principle (hereinafter "the exemptive principle") that where "the one derives a benefit and the other sustains no loss", no payment need be made.

Neither Maimonides nor Karo expressly lays down a generalised rule based on the exemptive principle, but they confine themselves to the particular factual situation discussed in the *Gemara*.

3. *The "manner of Sodom"*

The exemptive principle and the rule that "one may be compelled not to act in the manner of Sodom" (i.e. not to adopt a dog-in-the-manger attitude) are often treated in association. The rule is mentioned in a number of places in the Talmud where the question of acting or not acting in relation to another's property occurs before anything is actually done, whereas the exemptive principle is applied where an act has already been effected. The difference is apparent in the fact that the talmudic references to the one never mention the other.

The earlier post-talmudic authorities, however, stress that the circumstances in which the rule will apply are those which give rise to the exemptive principle.

4. *The legal basis of the exemptive principle*

The exemptive principle operates inferentially by reason of the rule. Some early authorities seem to speak of the rule and the exemptive principle in one breath, as it

English Summary

but there is a certain artificiality about this and in recent years the tendency has grown to regard it as an independent class of obligation. In Israeli law until 1979 the subject was not regulated by any particular statute. Several enactments – for instance the Guarantee Law, 1967 (sec. 9), the Land Law, 1969 (sec. 21), and the Agency Law, 1975 (sec. 10) – made provision for their respective purposes.

As long as no statutory provisions existed in the matter, Israeli case law in the main drew upon English law in reliance on article 46 of the Palestine Order in Council. English law, however, contains no precise criteria for determining whether a person has become unlawfully enriched at the expense of another so as to give rise to a right of action. Lord Mansfield, the progenitor of quasi-contract in English law, said that the basis for the right of action lay in the obligation to repay by virtue of the principles of equity and natural law.

The Knesset has now, in its Unjust Enrichment Law, 1979, abandoned the principles of English law and adopted those of Jewish law, as they emerge from the studies in this volume, which were carried out in preparation for the new Law.

The principles of Part One now embodied in the Israeli Law are on the one hand recognition of the obligation of a person who enjoys a benefit from another to make restitution of the benefit, thus ignoring the artificial theory of “the volunteer”. On the other hand, the Law recognizes the special position of one who derives a benefit without any loss to another.

These principles are expressed in the following sections of the Law:

1. (a) Where a person obtains any property, service or other benefit from another person without legal cause (the two persons hereinafter respectively referred to as “the beneficiary” and “the benefactor”), the beneficiary shall make restitution to the benefactor, and if restitution in kind is impossible or unreasonable, shall pay him the value of the benefit.
(b) It shall be immaterial whether the benefit was obtained through an act of the beneficiary, an act of the benefactor or in any other way.
2. The court may exempt the beneficiary from the whole or part of the duty of restitution under section 1 if it considers that the receipt of the benefit did not involve a loss to the benefactor or that other circumstances render restitution unjust.

The introduction to the Bill of this Law states that “the Law adopts the approach of Jewish Law in a number of respects: it entitles a person to the value of the improvements he may make in another’s property; it adopts the principle of “one derives a benefit and the other sustains no loss” as ground for exempting a person from making restitution; it entitles a salvor to indemnity for the expenses he has incurred, so as to encourage salvage.

Henceforward the provisions of the Law must be construed in the light of Jewish Law, because that law is its source and lacunae therein should be supplied by reference to Jewish Law in view of the Foundations of Law Enactment of 1980 that provides:

1. Where the court, faced with a legal question requiring decision, finds no

[x]

English Summary

Part One

“One derives a benefit and the other sustains no loss”

1. Introduction

In Jewish law “unjust enrichment” embraces all those situations in which one person derives a material benefit from another without being legally entitled thereto. The central question is whether and to what extent the “donor” may require something in return from the recipient of the benefit. Since no agreement exists on the matter, no action can lie in contract. Nor will an action in tort be available when the donor has not been injured by the recipient’s enjoyment of the benefit.

The nature of the benefit and the manner in which it is obtained will affect the question. The benefit may not entail a loss to the donor. A person who parks his car in a lot belonging to a neighbour may or may not have to pay a charge, depending first on whether he generally pays for parking his car – if he does not, he has derived no material benefit – and secondly on whether the lot is intended for parking at a charge – if not, he may plead that the other has not sustained any loss.

Again, a benefit may be occasioned by an act of the donor not the recipient. He may make improvements to property with or without any thought of reward.

In some circumstances an act may be of significant social and moral importance in saving the life of a person or salvaging his property, which should be encouraged. From the viewpoint also of the recipient questions will arise about the amount he must pay. Is the criterion to be the value of the benefit obtained or the money actually spent?

Four main groups of cases are distinguished in Jewish law: (1) where one party derives no benefit and the other sustains no loss; (2) where the recipient derives a benefit and the other sustains a loss; (3) where the recipient derives a benefit and the donor sustains no loss; (4) where the recipient derives no benefit and the donor sustains a loss.

The *Gemara* – where the main talmudic discussion occurs in *Baba Kamma* 20a – states that the law is very simple. In the first case no payment needs to be made. In the second payment is required. The third group is extensively discussed whilst the last group is not dealt with expressly in the *Gemara* but is debated by the early post-talmudic authorities.

The usual Common Law classification of obligations into contract and torts has led to “unjust enrichment” being treated under the rubric of quasi- or implied contract,

Chapter 4	Immunity of rescuer in torts	180
Chapter 5	Rescuer's right to indemnity from the rescued person	181
Chapter 6	Rescuer's right to indemnity from one with duty to rescue	184
Chapter 7	Opposition of rescued person	188
Chapter 8	Rescuing oneself and another	190
Chapter 9	Incurring expenses but without effecting rescue	191
Chapter 10	Accelerated proceedings for recovery of expenses	193
Chapter 11	Conclusions	194

INDEXES

Subject Matter Index	203
Sources Index	213

PART THREE
AGENT WHO RECEIVES BENEFIT
IN CONSEQUENCE OF AGENCY

Chapter 1	Introduction	79
Chapter 2	Agent receiving a benefit	81
Chapter 3	Participation in risk as a ground for sharing in profits	102
Chapter 4	Insuring another's property	105
Chapter 5	Appendix: Rights in transaction by way of finding lost property	108
Chapter 6	Conclusions	110

PART FOUR
INDEMNITY FOR SALVAGE
OF PROPERTY

Chapter 1	Introduction	117
Chapter 2	The duty to salvage property	120
Chapter 3	The law and implied condition	121
Chapter 4	Encouragement of salvage operations as the reason for compensating the salvager	132
Chapter 5	Salvage as a voluntary act for which no payment is to be made	135
Chapter 6	Definition of the reward of the salvager	141
Chapter 7	Property which the owner could not salvage	142
Chapter 8	Salvage from certain damage	149
Chapter 9	Stipulation regarding indemnity	150
Chapter 10	Unsuccessful attempt at salvage	155
Chapter 11	Salvage without the aid of the salvager	156
Chapter 12	Salvaging one's own and another's property	159
Chapter 13	Owner opposing salvage	165
Chapter 14	Conclusions	169

PART FIVE
INDEMNITY FOR RESCUE
OF A PERSON

Chapter 1	Introduction	175
Chapter 2	The duty to rescue	178
Chapter 3	The duty to incur expenses in rescue	179

CONTENTS

Preface	11
---------	----

PART ONE

“ONE DERIVES A BENEFIT AND THE OTHER SUSTAINS A NO LOSS”

Chapter 1	Introduction	17
Chapter 2	The talmudic discussion	19
Chapter 3	The “Manner of Sodom”	20
Chapter 4	The legal basis for the exemptive principle	21
Chapter 5	Protesting the benefit obtained	22
Chapter 6	Intention to pay for the benefit	24
Chapter 7	Prevention of foreseeable profit	27
Chapter 8	Loss preceding enjoyment of the benefit	28
Chapter 9	Benefit involving lesser loss	30
Chapter 10	Benefit involving loss to other property	32
Chapter 11	Recipient providing a benefit	34
Chapter 12	Causation of benefit: beneficiary, donor and third party	35
Chapter 13	Conclusions	37

PART TWO

TRANSACTING BUSINESS WITH ANOTHER’S PROPERTY

Chapter 1	Introduction	43
Chapter 2	Legal basis for owner’s right to the profits	44
Chapter 3	Benefit from the work	49
Chapter 4	Hiring stolen property	50
Chapter 5	Hiring property not one’s own	52
Chapter 6	Sub-hiring	54
Chapter 7	Insuring another’s property	60
Chapter 8	Conclusions	72

The Library of Jewish Law

**Ministry of Justice
The Jewish Legal Heritage Society
Foundation for the Advancement
of Jewish Law**

©
**The Library of Jewish Law
The Jewish Legal Heritage Society
P.O.Box 7483 Jerusalem 91074
1987**

NAHUM RAKOVER

UNJUST ENRICHMENT
IN JEWISH LAW

The Library of Jewish Law