

הרב יהודה בהרב

גדרי מתה מחמת מלאכה¹

תגובה לפסק בית הדין בשדרות

ראשי הפרקים

- א. גופא דעובדא
- ב. מקור דין מתה מחמת מלאכה
- ג. טעם הפטור בממ"מ
- ד. מחלוקת רמב"ן ורשב"א
- ה. דעת הרמב"ם
- ו. נפ"מ בין הרמב"ן והרשב"א
- ז. מחלוקת הרא"ש והרמ"ה בנאנסה הבהמה בדרך
- ח. פסק ההלכה בשו"ע
- ט. סיכום ביניים
- י. האם אפשר להתחייב בממ"מ ללא קנין
- יא. המנהג והדין למסקנה
- יב. תגובה לתגובה

א. גופא דעובדא

בקובץ אבני משפט (יט, עמ' 162-164) התפרסם פסק הדין כדלקמן.² אחד השאליל לחבריו כדור חדש, ותוך כדי משחק התפוצץ הכדור ע"י שנתקע במסמרים שהיו על קיר חיצוני של ישיבה מסויימת.

¹ לעלוי נשמת אבי מורי ר' פינחס רבינוביץ' זלה"ה, עשור לפטירתו, ולהצלחת בני משפחתי ש"י. תודה לר' אורי נאמן על הסיוע.

² הואיל ואתא לידן, יש לשבח את עבודת ביה"ד לממונות, על הגישה השוויונית והמקצועית שלו. אין ספק שדבר זה תורם להשרשת ערכי תורה בצבור, ויישר כוחם!

בעל הכדור תבע את הישיבה לפצותו כדין "בור ברה"ר". ביה"ד פסק שזה נזקי כלים בבור, ולכן הישיבה פטורה מלשלם מן הדין, אלא שלצאת ידי שמים חייבה לשלם כשליש הסכום. עוד כתבו בפסה"ד, שהתלמידים ששיחקו בכדור מעיקר הדין הם פטורים משום מתה מחמת מלאכה, אך ביה"ד ממליץ שלפנים משורת הדין יפצוהו חבריו ב"סכום סמלי", וציינו לש"ך (שמ,ה).

לענ"ד בנסיבות מסוימות החברים חייבים לשלם תשלום מלא, ולא לפנים משורת הדין אלא מעיקר הדין, וכפי שיתבאר:

ב. מקור דין מתה מחמת מלאכה (להלן: ממ"מ)

בתורה לא נזכר הפטור של ממ"מ, וכפי שצינו התוס' (ב"מ צד,ב ד"ה שומר). אף בברייתא המגדירה את חיובי השומרים לא צויין פטור זה "כיוון ששואל יש לו רשות לעשות בהן מלאכה, פטור", דהיינו באמת "השואל חייב על הכל" (לשון הברייתא שם). אלא שמסברה במה שיש לו רשות אינו בכלל חיובו (וראה להלן במחלוקת הרשב"א והרמב"ן). עכ"פ חזינן שפטור זה נלמד מסברה³ ולא מלשון הכתוב.

ג. טעם הפטור בממ"מ

ובעצם הסברה יש לנו מחלוקת בין גדולי הראשונים. הגמ' (ב"מ צו,ב) פתחה בדין "כחש", דהיינו בלאי טבעי.

איבעיא להו: כחש בשר מחמת מלאכה מאי? אמר ליה ההוא מרבנן ורב חלקיה בריה דרב אויא שמיה: מכלל דכי מתה מחמת מלאכה מחייב? נימא: לאו לאוקמא בכילתא שאילתה. אלא אמר רבא: לא מיבעיא כחש בשר מחמת מלאכה דפטור, אלא אפילו מתה מחמת מלאכה - נמי פטור. דאמר ליה: לאו לאוקמא בכילתא שאילתה.

הגמ' מדמה ממ"מ לכחש, וכפי שאין סברה שהמשאיל יתחייב בכחש ובלאי, שהרי לשם כך שאלה, ה"ה למתה. אמנם קמה וניצבת השאלה – מה בין זה לאונס ששואל חייב בו, הרי בודאי אין לו באונס של מיתה שמחמת השואל מתה, וכפי שאמרו (בדף לו, ב) מלאך המות מה לי הכא מה לי התם. אי"כ זו

³ ויש להעיר שבכך יש לבאר סי' הרי"ד ששומר לא פטור בשבועה שממ"מ אלא צריך עדים דוקא, מפני שאין פטור זה בפרשת השומרים. וראה בריטב"א על אתר הע' 117. אמנם לא קיי"ל כוותיה.

גופא אחריותו לשלם על האונס, ולשם כך ניכנס תחת הבעלים. ומדוע יהיה הדין שונה בממ"מ!?

ד. מחלוקת הרמב"ן והרשב"א

ובישוב קושיה זו נחלקו הרמב"ן והרשב"א.

דעת הרמב"ן (בי"מ שם ד"ה והא) ובריטב"א (ד"ה איבעיא להו) :

קשיא לי וכי מגרע גרע, כיון דכי מתה מחמת עצמה חייב אף על גב דמלאך המות הוא דקטלה ומ"ל הכא ומ"ל התם, כי מתה מחמת מלאכה דשואל דמ"מ איהו גרם לה היכי מפטר, בשלמא למפטר בה שאר שומרין בהך טענה דלאו לאוקמה בכילתא שאילתה טענה מעלייתא היא לומר דלאו פשיעה דידהו היא, אלא שואל מי יכלת למימר בה טפי מאונס?

וי"ל דשואל ודאי חייב באונסין, אבל לא בפשיעה דמשאיל, וכאן משאיל פשע בה, שהשאילה למלאכה והיא אינה יכולה לסבול אותה, וכגון שמתה מחמת אובצנא דמלאכה.

לאמור: כאשר ממ"מ, מתברר לפנינו שהבהמה לא היתה כשירה למשימה שלשמה השואל לקחה. אונס שאינו מחמת מלאכה, בודאי זה בתחום אחריותו (אף שאין זו "אשמתו"), אך "פגם ייצור", בדבר שקשור לשימוש בחפץ בצורה סבירה, בודאי אין זה מן הדין להטילו על המשאיל. וכך אומר השואל למשאיל: וכי לקחתיה ע"מ שלא להשתמש בה? והרי ידעת זאת, וא"כ זו אחריותך.⁴

לעומת זאת הרשב"א (בי"מ שם ד"ה אפילו) מבין אחרת:

נ"ל דהיינו עיקר טעמיה דרבא דודאי מאן דמשאיל פרה לחברו למלאכה מידע ידע דעבידא לאכחושי בבשרא דלאו לאוקמה בכילתא שאלה ואפ"ה לא שם ליה מעיקרא בכחשא, וכיון דלאו בכחש קפיד אף במתה מחמת מלאכה נמי לא קפיד דמה לי קטלה כלה מ"ל קטלה פלגא.

⁴ כמובן אין זה אומר שהמשאיל צריך לבצע בדיקה מוקדמת, ואף אם אינו יודע כלל מהפגם שבפרתו יהיה השואל פטור. הביטוי "פשיעה" שבכאן אינו במובן של שומר שפשע, אלא במובן של חלוקת האחריות: זו בעיה שלך!

לאמור: יש לנו מעין אומדנא, שהמשאיל מוחל לשואל על מה שיקרה מחמת המלאכה. הקשר לכחש ובלאי אינו מובן מאליו- אלא כשם שכחש ובלאי ניתנים מראש ("לא שם ליה מעיקרא"), כך גם סיכוני ההשתמשות ניתנים מעיקרא, ו"לא קפיד"⁵.

ה. דעת הרמב"ם

באשר לדעת הרמב"ם בשאלה הנ"ל יש לדון. שהנה הרמב"ם (שאלה ופקדון א,א-ב) לא התייחס ישירות לשאלת הראשונים, אולם הגדיר את כללי השאלה וכן את שבועת השומרים "יביא ראיה שמתה או נאנסה בשעת מלאכה ושלא שינה בה וייפטר". עוד דקדק הרמב"ם והבחין בין נאנס שלא בשעת מלאכה לבין שעת מלאכה. ולכאורה מסתבר יותר ששעת המלאכה היא מגדירה את חלוקת האחריות בין המשאיל לבין השואל, שהרי מן הסתם שעת מלאכה זה מחמת המלאכה.⁶ הגדרה זו עולה יפה עם הבנת הרשב"א, שזהו חלק מההסכם הבלתי כתוב שבין המשאיל לשואל. משא"כ לרמב"ן, חשוב לנו לדעת את סיבת הקלקול – שהיא מגדירה אם זו פשיעת משאיל או שואל, ולא השעה קובעת אלא הסיבה קובעת. ממילא מובן מדוע הרמב"ן חולק על הרמב"ם בנקודה זו.⁷

⁵ לרמב"ן הקשר לכחש שונה: כשם שלא יעלה על הדעת שאשלים לך על הבלאי שלך, כך לא אשלים על הפגמים שלך.

⁶ וז"ל ערוך השלחן (שמ,יב) בהסבר דברי הרמב"ם: כוונתו נ"ל דה"פ דהנה התורה פטרה בשואל כשמתה מחמת מלאכה וכשאין עדים צריך לישבע שמתה מחמת מלאכה וזהו דבר שקשה לידע אם הסיבה היא מחמת המלאכה או אפשר שגם בלא המלאכה היה נארע סיבה זו ומי יוכל להעיד ע"ז והשואל איך יכול לישבע בזה והנה ודאי יש דברים שנוכל לעמוד עליהם כמו קרדום שנשבר מחמת הבקיע ודלי שנשבר בעת המילוי שהכל רואים שמחמת מלאכה נשברו אבל בהמה שמתה בשעת מלאכה מי יימר דבלא המלאכה לא היתה מתה ולכן נתן הרמב"ם ז"ל כלל בזה והוא דדבר שאירע בשעת מלאכה אף שאפשר לומר שגם בלא המלאכה היה כן מ"מ פטור וזהו מקרי מתה מחמת מלאכה דמסתמא מתה מחמת המלאכה ויכולים עדים להעיד ע"ז והשואל יכול לישבע בזה אבל בסיבה שאירע אחר המלאכה אינו יכול לישבע אא"כ רואים בחוץ שמחמת המלאכה הוא כמו בכחש בשר שביכולת לראות שבכל פעם שעושים בה מלאכה נכשת מעט מעט ולכן אם אח"כ בהמשך הזמן נתכחשה לגמרי או מתה אף על פי שזמן רב הוא אחר המלאכה יכול לישבע ע"ז שמחמת המלאכה הוכחשה ומתה אבל אם מתה לאחר המלאכה בלי התחלת כחישות או רפיון בעת המלאכה אף שיכול להיות שמתה מחמת טורח ועייפות המלאכה מ"מ אינו יכול לישבע ע"ז.

⁷ לשונו של הרמב"ן: וראיתי בספר הרי"מ משה ז"ל מתה בשעת מלאכה וטעות הוא. וכ"כ בחיי רבנו מאיר שמחה ב"מ (עמ' קסט), שהרמב"ם והרמב"ן חלוקים. אמנם גם הרשב"א חולק על הרמב"ם, ולשיטתו יש להרחיב את "ההסכם" גם בכיוון זה של "סיבת המלאכה".

ו. נפ"מ בין הרמב"ן והרשב"א

והנה נפ"מ ברורה בין הרמב"ן לרשב"א היא במקרה שבו האונס קרה מחמת (או בשעת) מלאכה, אך לא מחמת "קלקול פנימי" אלא מחמת גורם חיצוני. במקרה זה לסי' הרמב"ן השואל חייב, שהרי אין כאן פשיעת משאיל. ואף שהדבר צפוי שיקרה, אין זו סיבה לפטור. ולעומת זאת לפי הרשב"א זו גופא הסברה בממ"מ, שכל מה שצפוי כלול בהסכם והוי "מחילת משאיל".⁸

ז. מחלוקת הרא"ש והרמ"ה בנאנסה הבהמה בדרך

כתב הטור (שמ, ז):

כתב הרמ"ה מי ששואל בהמה לילך דרך ידוע ובאו עליו לסטין באותו הדרך או חיות רעות ואנסוה ממנו חשיב שפיר מתה מחמת מלאכה כיון שמחמת הדרך ששאלה לילך בה הוליכה ונאנסה. כי היכי דפטרינן לה הוא דשאיל שונרא מחבריה ואכלה עכברים טובא ומתה אף על פי שלא הרגתה המלאכה גופה כיון שבמלאכה ששאלה לצרכה מתה בגרמתה.

וא"א הרא"ש ז"ל אומר דאין נראה, דלא דמי לשונרא ששאלה להרוג עכברים, דבאותה מלאכה עצמה נאנסה והוי כשואל בהמה למהלך יום אחד ומחמת ההילוך מתה אבל אם נאנסה ממנו בדרך, אונס אחר הוא, ואינו מחמת מלאכה, שאף בלא מלאכה אפשר שתאנס ממנו הילכך חייב.

לאמור: הרמ"ה רואה בכל תוצאות ההשאלה חלק מן ההסכם והמשאיל פטור, כפי שהגדיר הרשב"א.⁹ אך הרא"ש מגדיר אחרת – אין קשר פנימי בין הלסטים

⁸ ראה בנמו"י (נה, ב) בדפי הרי"ף) שהזכיר את שני הטעמים ביחד וכתב ע"ז בחי' רבנו מאיר שמחה(שם) שלכאוי "הרכיב שני שיטות וטעמים שונים", וצ"ע.

⁹ בשולי הדברים יש להוסיף ביאור בסוגיה (צז, א) שם: הנידון הוא בשואל חתול מחברו וחברו עליו עכברים והרגוהו. רב אשי מסתפק "כה"ג מאי, כי מתה מחמת מלאכה דמי או לא? ולכאורה לא מובנים צדדי הספק, שה"ז בודאי ממ"מ? וכן התקשה תוסי' (שם ד"ה "כ"י). ולפי הרמב"ן מובן: הסי' היה אם זהו אונס, שאין זה רגיל שהעכברים יהרגו את החתול, ואז המשאיל לא אסיק אדעתיה וממילא הוי אונס וחייב. וכן מפורש בשטמ"ק בשם הרי"ח (ד"ה דשאיל) "ומיבעיא ליה אי האי לאונס דמי והשואל חייב באונסין או ממ"מ הוא ופטור". תשובת רב מרדכי לפ"ז "גברי דנשי קטלוהו לא דינא ולא דיינא" היא בדיוק סי' הרמב"ן: הבעיה איננה בעכברים (שזה נדיר) אלא בחתול, והוא לא עמד ב"מבחן התוצאה", ובלשון הרי"ח: "וזהו כחושה, וכוחה היה תשוש, לפיכך פטור השואל דאינו אונס אלא מחמת מלאכה היא". וזהו שדייק הגר"א בהגהותיו לגמ' (צז, א אות א) וכתב "דכמתה

שבדרך לבין השואל, וסימן לכך: "אף בלא מלאכה אפשר שתאנס ממנו". לפיכך קובע הרא"ש: רק כשמתה מחמת ההילוך (אונס פנימי) פטור אך אם באו עליו לסטים וכיו"ב (אונס חיצוני) חייב ככל מקרה אונס בהם שואל חייב.¹⁰

מחמת מלאכה הוא, טור וכן לקמן בסיפא". ומאי קמ"ל הגר"א בכאן? אלא שזה בדיוק הבנת הרא"ש בהגדרת ממ"מ העולה מכאן, ולאפוקי מהבנת התוס'. לפי התוס' (שם) הביאור אחר לגמרי: "דאיבעי ליה אם שינה במה שהולכה למקום שהרבה עכברים מצויין". הספק הוא האם השואל פשע, וקמ"ל שהשואל לא פשע מפני שיש לצפות שהחתול ימלא תפקידו. וכ"כ הריטב"א (ד"ה וא"ל גברא) "וכיון דלא פשע פטור". נימצא שהספק לרמב"ן הוא בגדר ממ"מ, וניפשט, שכל שיש בעיה בחתול ה"ז ממ"מ. ולריטב"א ותוס' אין כאן סי' בממ"מ אלא בדיני פשיעת משאיל. מסתבר שהרא"ש הבין כרמב"ן (וכפי שמציין הגר"א לטור, והכוונה לרא"ש המובא שם), ואילו הרמ"ה מבין שכל שניגרם בעקבות המלאכה ("בגרמת המלאכה") הוא בכלל ממ"מ, ואפילו אם אנסוה לסטים, כל שלא פשע המשאיל. ועיין היטב בכל זה.

¹⁰ תגובת הרב אריאל בראלי :

יש להעיר על מה שנראה מדברי הרב בהרב לזהות את דעת הרא"ש עם הרמב"ן, שכן הרא"ש התנסח אחרת מהרמב"ן. לדבריו, מכיוון שלא נפסדה הבהמה מחמת המלאכה אלא ע"י ליסטים או חיות רעות ואף אילולי מלאכתה אפשר שהיתה נשדדת או נטרפת, חייב, כי אין זה מחמת מלאכה. וכן נקט בשו"ת הר הכרמל (סי' ט) שדן במקום שהחוק קבע שכל ספר שלא היה חתום ששילמו עליו מס למלכות היו פקחי השלטון מחרימים, ומי ששאל ספר מחבירו לקחו לבית המדרש ללמוד בו ופקחי הרשות מצאוהו ובדקוהו ומשראו שלא היה בו חותם החרימו את הספר. המשאיל טוען שהשואל פשע כאשר לקח את הספר למקום שהרבים מצויים בו, ולא שמרו מפני הפקחים בידועו שהספר איננו חתום. השואל טוען לעומתו שהמשאיל לא הסב את תשומת לבו לכך שהספר אינו חתום. ותלה זאת בדעות השונות. להבנת הרמב"ן פטור השואל דהמשאיל פשע בכך שלא טרח להעיר לשומר שהספר אין בו חותם, אך לשיטת הרא"ש חייב כיון שאין החרמת הספר תוצאה מהלימוד והשימוש בו.

תשובת הכותב: לעני"ד אף שהניסוח של הרא"ש שונה, מדברי הגר"א הנ"ל (ראה בהערה הקודמת) יש להסיק מדברי הרא"ש עולים בקנה אחד עם דברי הרמב"ן. מה שנקט הרא"ש שאף בלא מלאכה אפשר שתאנס ממנו, כוונתו שכל שלא מוכח הקשר שבין התוצאה למלאכה, אין זה ממ"מ. אך לאידך גיסא, כל שיש קשר, פטור, וכמו בשונרא "לאו דינא ולאו דיינא", כלו"י אינך זכאי לפצוי, "דכמתה מחמת מלאכה הוא", טור (רא"ש, גר"א). וזה גופא סי' פשיעת משאילי. משא"כ לרמ"ה, מספיק להוכיח שהשואל לא פשע ופטור (וכמשמעות הרמב"ם, ראה לעיל אות ה). עכ"פ בנדון שכת"ר הביא משו"ת הר הכרמל, אם לדעת השו"ת הנ"ל אין פשיעה בכך שהשואל לקח את הספר הבלתי מוחתם לביהמ"ד (שאם היתה פשיעה היה חייב השואל לכו"ע), אזי לעני"ד לא רק לרמב"ן ככה"ג פטור השואל, אלא גם לרא"ש פטור השואל. שהרי מיבחן התוצאה הוכיח שספר לא חתום אינו "ספר עמיד בפני פקחים", והוי כחתול חולה וכה"ג. או בדוגמא אחרת לסבר את האוזן: המשאיל לחברו רכב ללא בלמים, אין זה משנה אם נגרם נזק מחמת אי בלימה או שהמשטרה השביתה את הרכב, בשני המקרים השואל פטור. אם אירעה תאונה אחרת באונס אז באמת תליא במח' הרא"ש והרמ"ה.

ח. פסק ההלכה בשו"ע

פסק השו"ע (שמ,ג):

השואל בהמה מחבירו לילך דרך ידוע, ובאו עליו לסטים באותו הדרך, או חיות רעות, ואנסוה ממנו, חשיב שפיר מתה מחמת מלאכה. הגה: ויש חולקין בזה, וסבירא להו דלא מיקרי מחמת מלאכה, דהרי אף בלא הליכת הדרך איפשר שיבא לה אונס כזה (טור בשם הרא"ש).

וכתב הש"ך (ה): ויש חולקין כו' - וכן נרא' לי עיקר... וכן כתב הרשב"א (צ"ע) והריב"ש סי' תכ"ג א"כ כאן שלא פשע המשאיל חייב השואל.

וכדעת הש"ך פסקו גם נתה"מ (בחידושים שמ,ה) והשואל ומשיב (מהד' תניינא ח"ב סי' נא). וגם מדברי הגר"א נראה שפוסק כרמב"ן והרא"ש - עיין באור הגר"א שמ אות ג שמעתיק לשונו של הרמב"ן (בהסבר דעת המרדכי בסע' א) וכתב "עייין ש"ך ס"ק ה", ומשמע שפוסק כמותו, וכן כתב באות יב בהסבר דברי הרמ"א ושם גם ציין לדעת הש"ך והרמב"ן.

ט. סיכום ביניים

והנה הנידון שלנו הוא ממש הנידון של השו"ע, שהרי כאן ידועה לנו בבירור סיבת הקלקול, שהוא מחמת המסמר הנעוץ בכותל. ולאחר שביה"ד בירר (כמבואר בגוף פסה"ד) שלא היתה כאן פשיעה של המשחקים, ואין צורך להישבע על כך,¹¹ ונמצא שלדעת הרמ"ה והמחבר, שהיא גם דעת הרשב"א, הם פטורים כדין ממ"מ. ולדעת הרמ"א, הרמב"ן והרא"ש ולהכרעת הש"ך, הם חייבים שהרי לא היתה כאן פשיעת משאיל.

וליתר הבהרה, יש לחלק בין שני מצבים:

מצב א', שבו הכדור התפוצץ "מעצמו" בלא סיבה חיצונית הנראית לעין, ויכול השחקן לטעון בודאות שכך אירע והמשאיל מאמין לו – אז פטור הוא לכו"ע מצד מתה מחמת מלאכה.

¹¹ שהרי אם מאמין לאחד בעצם העובדה אז אין צריך שני עדים ולא שבועה, וכמבואר בתוס' ב"מ צז, א ד"ה ביום, שאם מאמינו לפטרו מן השבועה – פטור, ופשוט.

מצב ב' שבו ארע אונס אחר, כגון שהחפץ ניזוק ע"י מסמר, זכוכית וכדו', אז הדבר תלוי במחלוקת הרמב"ן והרשב"א, או הרמ"א והמחבר, והואיל ופסק הש"ך כדעת הרמב"ן, הרא"ש והרמ"א, יש לחייב את השחקנים כדין אונס.

י. האם אפשר להתחייב בממ"מ ללא קנין?

אמנם לכאורה יש לשדות נרגא בפסק זה, שהרי יכול הנתבע לטעון "קים לי כדעת המחבר", והמוציא מחברו עליו הראיה, ופטור. אמנם יש להעלות טיעון נוסף לחייבו גם לדעת המחבר, והוא, שאם המשאיל התחייב לשלם גם בממ"מ, חייב בכך גם ללא קנין כפי שיתבאר.

וכמובן שאם עשו קנין יכול להתחייב, כמבואר בב"מ (נח,א) "בשקנו מידו". אמנם שם מיירי בשמירת עבדים, שטרות וקרקות, אך מה הדין אצלנו? דהרי ידוע אצל הנוהגים לשחק, שאם הכדור מתפוצץ מחייבים את המשחק התשלום עבור הכדור, ויש אשר מראש מתנים את השימוש בהסכמה לתנאי זה (ולהלן נדון מה קורה אם לא היתנה). וזהו כעין תנאי מוסכם בשאלה, ואחרת, אין הם מתרצים לשאול. נמצא, שלעתים השואל קיבל על עצמו תנאי זה, וכאילו התנו במפורש. ויתכן שהדבר נובע מחמת שאין הבעלים רוצה להיכנס לדיונים האם היה כאן נזק או אונס וכד', אלא רוצה להיות "שקט" שהכדור יוחזר לו, והואיל ונתרצו כולם בדבר הסכימו לתנאי זה. האם מועיל תנאי זה או לא בלא קנין?

בשאלה זו הסתפק קצוה"ח (שמ,א).¹²

והנה מצינו "מתנה שומר חנם להיות כשואל" (ב"מ צד,א). ובקצוה"ח סי' שמ נסתפק האם במתנה מחמת מלאכה יש דין כזה. וטעם לספקו כתב עפ"י התוס' (ב"מ נח,א ד"ה אמר ר' יוחנן). התוס' שם מתקשים מדוע בעבדים, שטרות וקרקות צריך קנין לקבלת שמירה ואילו בתנאי של שומר חנם המתנה להיות כשואל אין צורך בקנין (ב"מ צד,א)? ותירצו: א. במקום שפטור משבועה (כמו בעשו"ק) לא משעבד נפשיה בלא קנין. ב. במקום שמתחייב כשואל סבורים העולם שהשאיל לו, ובההיא הנאה משעבד נפשיה וכך תולה קצוה"ח: דלפי תירוץ א' רק בדבר המופקע מפרשת שומרים יש צורך בקנין, אך דבר שהוא בפרשת שומרים (וסימנך: חיוב השבועה) יכול להתחייב. ולפי"ז יכול להתחייב בממ"מ גם ללא קנין. אך לפי תירוץ ב', מכיון שהמקסימום שיכול להראות

¹² ז"ל קצוה"ח: ונסתפקתי בהתנה השואל להתחייב מחמת מלאכה אם בעי קנין או לא.

שהוא כשואל, ולא יותר מזה, והרי הוא כבר שואל, א"כ הרי א"א להתנות בלא קנין, שהרי לא נהנה מהתנאי, ואין כאן "בההיא הנאה".

וכבר הביאו שספק זה מפורש בראשונים, במאירי בסוגיין :

וכן יראה שהשואל מתנה להתחייב במתה מחמת מלאכה, ויש לפקפק בה אם צריך קנין אם לאו :

אמנם קצוה"ח לא פשט את ספקו, וכתב "מידי ספיקא לא נפקא ופטור השואל אפי' התנה אא"כ קנו מידו". אך הנתה"מ (חידושים סק"ב וביאורים סק"ב) פשיטא ליה שאין צורך בקנין ויכול להתחייב בדברים בלבד.¹³ וכמו נתה"מ פסקו השואל ומשיב (מהדו"ת חלק ב' סי' נא) וערוך השלחן (שמ,ז).¹⁴

ובפתחי חושן (ח"ב, פ"י, ז) : התנה השואל והשוכר להתחייב במתה מחמת מלאכה, דעת כמה פוסקים שא"צ קנין.

ויש להוסיף ולבאר : אם התחייב לשלם בממ"מ באופן של "אונס חיזוני", אף שלדעת הרשב"א פטור, מ"מ מכיון שלרמב"ן חייב, תנאו מהני שפיר, שהרי הוא כמתחייב לנהוג כשי' הרמב"ן. ואף אם תאמר של קצוה"ח לפי הרשב"א אין זה כלום, מ"מ כיצד יכול לוי' קים לי כהרשב"א וכקצוה"ח, שהרי התחייב לשלם כפי הרמב"ן, ואין ספקו מוציא מידי ודאי שהתחייב לנהוג כרמב"ן, ומהני להוציא ממון!

וכך פסק גם הרב דב ליאור שליט"א :

תלמיד הביא כדור והודיע לכולם שמי שיפוצץ את הכדור יתחייב לשלם, ואכן כך קרה. מה הדין? תשובה : אם הוא הודיע על כך, כל מי שמחליט לשחק חייב לשאת בתוצאה. אמנם המשאיל לחברו וניזוק תוכ"ד שימוש פטור, אך כאן

¹³ וסברתו שכל שאין כאן חיוב חדש אין צורך בקנין, וכאן לולא דין שומר היה לו להתחייב כמזיק, ומה שמתנה אינו דין חדש אלא הסרת "חומת המגן" של שומר ונימצא מקבל עליו דין מזיק. ובער אנכי ולא אבין, בשלמא אם פשע השומר או הזיק באונס שחייב כאדם המזיק, והחפץ ניזוק מחמת השימוש, מובן מדוע יתחייב ללא קנין, אך מדוע כאשר נטלוה לסטים (כפי שכתב הרמ"ה) וכה"ג צריך להתחייב לולא דין שומרין? וראה בחי' ר' אריה ליב מאלין (סי' ס) במה שביאר. אמנם מ"מ כך פשיטא ליה לנתי. וראה בהערה הבאה.

¹⁴ ערוה"ש נימק דבריו שני' לו עיקר תירוצו הראשון של התוס' (ב"מ נח,א שם), ומכיוון שהשומר נמצא ב"מסגרת" של הסכם שמירה יכול להתנות בדברים.

שהתנה את השמוש בהתחייבות חייב. (בתשובה בספר "חנוך לנער" (תשובות לתלמידים) עמ' קכו).¹⁵

יא. המנהג והדין למסקנה

מה קורה במקום שבו לא היתה אמירה מפורשת של "מי שיפוצץ את הכדור יתחייב לשלם"? לדעתי הדבר תלוי במנהג המקום. בהרבה מקומות מספיק שיאמר השואל "על אחריותי" והדברים מתפרשים במובן זה של "מי שמפוצץ חייב". וכאמור, יש כאן תנאי מוסכם שנועד לטובת המשאיל וממילא הוא גם טובת השואל, שאחרת אינו מתרצה להשאיל. ומצינו במס' מקומות שיש כוח למנהג לחייב בדיני ממונות:

חוי"מ שנו, ז: ברמ"א, דהכי נהיגי עכשיו להחזיר כל גניבה אפילו לאחר יאוש ושינוי רשות מכח דינא דמלכותא. וכו' בסי' שסח, א: מיהו נהגו להחזיר כל גניבה ואין לשנות מן המנהג (תה"ד סי' שט). ובשי"ך (שם י) מבאר: דהכי נהיגי עכשיו כו' מכח דינא דמלכותא כו' - ואף ע"ג שהוכחתי לעיל סימן ע"ג סי"ד באריכות דלא אמרינן דינא דמלכותא מה שהוא נגד דין תורתנו, מ"מ דיינין הכי שפיר בלישנא דהכי נהיגי עכשיו כלו' דגם בישראל נהיגי כן ובת"ה א"ש טפי דכתב דהכי דייני עתה כו', ואף על גב דמנהג גרוע שהוא נגד דין תורה לא אזלינן בתריה, וכמש"ל סי' ע"ב סי"ק לה¹⁶ וכמה דוכתי, י"ל דהאי מנהג הוא שנתקן כך ופשיטא דיש ביד הדור לתקן תקנות ועוד דגם בדינא דמלכותא הוא כן ודוק.

¹⁵ ויש להעלות נקודה נוספת: במלואי חושן (לקצוה"ח שם) תמה על ספקו של קצוה"ח, דגם לסברת הרשב"א שממ"מ פטור מחמת "מחילת משאיל" וגם לסברת הרמב"ן שפטור מטעם "פשיעת משאיל" הרי כאן פשוט שחייב, שהרי לרשב"א אין זו התחייבות חדשה, שהרי שואל חייב באונסין ויש סברה לפטרו בממ"מ, וכאן שנתחייב ממילא קאי בחיובו. ואכן כך יש לומר בהסבר דברי הנתה"מ. ואף שלא נהנה יותר שהרי הוא שואל, אך מ"מ עצם השאלה היא כבר הנאה והוא סבה טובה להתחייב, כמ"ש שכתב בהגהות אשר"י (ב"מ פ"ז, יז ד"ה צ"ע). אמנם מש"כ שם בהמשך שגם לרמב"ן צ"ל חייב שהרי התנה על פשיעת משאיל, בזה דוקא לא נ"י לי דבריו, שהרי קשה להניח שמתחייב על דבר שהוא בפשיעת השני. וכן מצינו במתנה ש"ח להיפטר מפשיעה שדעת רבנו ברוך (או"ז ב"מ סי' רצז, הג' אשר"י ב"מ שם) שאינו יכול שהרי זה "מתחת למינימום", וכאן זה "מעל למקסימום". ומהיכא תיתי שאדם יתחייב על פשיעת המשאיל "דאין שטות כזו עולה על דעת אדם שיתנה שיהיה פטור מפשיעה" (לי רבנו יהונתן בשטמ"ק צד, א ד"ה מתני').

¹⁶ עיין בשי"ך שם שמנהג גרוע הוא כזה שאין לסמוך עליו וכדעת ר"ת בתוס' ב"ב ב, א ד"ה בגויל (וראה בגר"א עב סי"ק לג שתמה), ובאו"ז (ב"ב סי' ג) חולק, והובאו הדעות בסי' קנו ד, ועיין בסמ"ע יב ובגר"א שם אות כ. וראה בסי' קסג, ג ובסמ"ע כג. ובד"מ קסג, ז.

לעניינינו יש לומר שאף שאין כאן "חוק" אך יש "מנהג" לפחות במקומות של תלמידים וכדו' וכאן שיש לפנינו שיי' הרמב"ן בודאי אין זה מנהג גרוע, שהרי נוהגין כרמב"ן אף מי שלא סובר כוותיה. ויתכן שבכה"ג גם לקצוה"ח יועיל הדבר, כל שיש מנהג ברור (ודלעיל). וכ"ש לנתה"מ וסיעתו, שסוברים שאם התנו במפורש מהני, אזי גם אם לא התנו במפורש הוי כהתנו ואין זה מנהג גרוע, שהרי כאמור הוא לטובת שני הצדדים המשאל והשואל גם יחד.

באבדה, במקום שרוב גויים מצויין, ובא ישראל ונתן בה סימן, כתב בשו"ע רנט, ג שטוב וישר לעשות לפנים משורת הדין. וכתב הש"ך (סק"ג) וכן אנו נוהגין להחזיר. וראה בקצוה"ח (סק"ג) שם שמנהג זה אינו גרוע מפני שבעצם לפנים משורת הדין חייב וא"כ בכוחנו להנהיגו כחובה, (ובעני ובעל אבדה עשיר א"צ לנהוג כן). ואף אנו נאמר כ"ל, שאם נהגו כרמב"ן כ"ש שאינו מנהג גרוע.

ולכאורה אף שלא טען התובע כן, ה"ז מחמת שרצה לתבוע את הישיבה ואין בכך מחילה, ואנן צריכים לטעון לו לחייבם על פי שיי' הרמב"ן.

לכן מכל הני טעמי יש לחייב מן הדין את הנערים בתשלום, "ואי ליכא לאשתלומי מהישיבה (שהיא הנתבעת) איכא לאשתלומי מהאי (מהחברים ששאלו)". (בי"ק נג, א; חו"מ תי, לב).

מסקנה: על ביה"ד לברר איך הוא המנהג, ובאם המנהג הוא שהשואל כדור "על אחריותו" מקבל על עצמו לשלם בכל ענין, יש לחייב בכה"ג כאשר סיבת האונס היא חיצונית ולא מחמת פשיעת המשאל.

בסיום דברי אציין שאת עיקרי הדברים הצעתי לפני מו"ר הגרז"ן ואמר (מבלי לחוות דעה על המנהג) שהם מסתברים.

ולגבי השאלה האם העדר תביעה של התובע כלפי חבריו מהווה מחילה ציין הרב לדעת הנתה"מ בסי' יז סק"א (ובחי' סק"ב) במעשה דרוניא עיי"ש, דבמקום שהדיין רואה שלפי הדין אף עכשיו (שלא תבע) הוא גזל ביד חברו כשלא יחזיר לו, רק שחבירו טועה בדין, מחוייב הדיין להודיע לחברו שמחוייב אתה להחזיר לו כי תלינן בטעות ולא במחילה. וכאן שחשב לתבוע מישהו אחר אין בכך מחילה על הדין כלפי חבריו.

יב. תגובת הרב א' בראלי:

למעשה, מספק לא ניתן להוציא ממון אלא אם כן שני בעלי הדין שייכים לאותה עדה.

מנהג לחייב במתה מחמת מלאכה

על מנת לחייב מכוח מנהג יש לעמוד בשני תנאים:

א. שכיחות – הרמ"א (חו"מ שלא, א) מביא את דברי הריב"ש (סי' תעה), הקובע, ש'אינו קרוי מנהג, אלא דבר השכיח ונעשה הרבה פעמים. אבל דבר שאינו נעשה רק פעם אחת או שני פעמים, אינו קרוי מנהג'.

ב. ידיעת המנהג – הריב"ש (סי' תעז) דן בחזן שהגיע לעיר, שהיה בה מנהג שכל הנכנס לעיר משתתף גם בחובות ישנים של העיר, וזה לשונו "כל שיש חק קבוע בעיר, ומוסכם מן הקהל: שכל הבאים מחוץ לעיר, לקבוע דירתם בעיר, יהיו חייבים בחובות הקהל הקדומים; בזה י"ל: שכל הבא לשם, בא על דעת הסכמת הקהל, וחקם. וידע: ומחיל כל שיראה לבי"ד, שנודע אליו החק והתקנה. אבל אם לא נודע אליו, וכשידע זה: רצה לצאת מן העיר; נראה: שאין כח ביד הקהל לחייבו. שמאחר שאינו מחוייב מן הדין, אלא מכח הסכמתם: כל שלא ידע זה, אין ראוי לחייבו. דהא לא ידע: דמחיל."

ובדומה לזה כותב הש"ך (מב, סקל"ו) שמנהג שאינו ידוע למתחייב, אינו מחייב אותו.

לעניות דעתי, אין מנהג ברור וידוע לחייב במתה מחמת מלאכה.

תגובת הרב בהרב:

לענ"ד ולפי מה שביררתי אצל בני הנוער, כל שישנה אמירה מפורשת של המשאיל "על אחריותי" או אמירה מפורשת של השואל "על אחריותך" ושתיקה כהודאה של השואל הרי זה כאילו נאמר "מי שמפוצץ ישלם". אינני מתכוון, כאמור, שישנה הסכמה שבכל אונס או פגם פנימי השואל יתחייב, שזו "שטות גמורה" ואין אדם מעלה אותה על דעתו. אך במה שנוגע ל"מחילת המשאיל" מסתבר מאוד לומר שכל שהוסכם ביניהם המשאיל מקבל על עצמו לשלם אפילו במתה מחמת מלאכה. ואם לא הוסכם במפורש יש לבדוק מהו המנהג, ובודאי שבמקום שנהגו כן יש לילך אחר המנהג הידוע והאמת והשלום אהבו. וה' יתברך יצילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות.