

## סימן יז

### ביטול הזמנה לטיול ולארוח במלון

ראשי פרקים

- א. השוכר קבלן וחזר בו
- ב. אם יש בזה משום מחוסרי אמנה
- ג. שכירות מטלטלין אם נקנה בכסף
- ד. שכירות פועל וקבלן, אם נקנים בכסף
- ה. חיוב תשלומין או חיוב קיום השכירות
- ו. דמי קדימה אינם עבור הקנין
- ז. שכירות חדר במלון כדבר שאינו מסוים
- ח. קנין דבר שאין בו ממש
- ט. מבטל כיסו של חבירו בריוח ברור
- י. כשהזיק בשוגג ובחוסר רצון

נשאלתי ונדרשתי לשתי שאלות מקבילות שארעו בחג הפסח השתא (תשנ"ח):

א. חברה לטיולים ארגנה טיול לצפון בא' דחווה"מ פסח. חמישה ימים לפני חג הפסח הזמין ראובן שני מקומות ושילם דמי קדימה בסך 90ש"ח (מחצית ממחיר שני מקומות). יומיים לפני פסח הודיע החזאי שצפוי שרב בימי חוה"מ. מיד התקשר ראובן לחברה והודיע על ביטול. המארגנים הודיעו לו כי מאחר והוא ביטל את הנסיעה, אין הם מחזירים לו את דמי הקדימה ששילם. לדבריהם - נגרם להם נזק עקב הביטול, כאשר הם עשו מערך שלם של טיולים, מתוך תחשיב שחלק יהיה ריוחי יותר וחלק לא, כאשר החלק הריוחי יכסה את הטיולים הלא ריוחיים (ואינם יודעים איזה טיול יהיה ריוחי). כל ביטול מגרע מכדאיות הארגון. מה עוד שאם לא נחייב

את המבטל, א"כ תמיד יבטלו מזמינים, וכך נהוג בחברות טיולים שאין מחזירים דמי קדימה א"כ מדובר באונס גדול במיוחד (כגון פטירה של קרוב משפחה וכד').

ראובן טוען כי לא נגרם למארגנים כל נזק. האוטובוס יצא לטיול כשהוא מלא ברובו אבל לא בכולו, כך שהזמנתו לא גרמה לדחיה של אחר (שביקש לטייל ונדחה מחוסר מקום). כמו-כן הואיל והאוטובוס יצא מלא ברובו, הטיול היה ממילא ריוחי ולא נגרם נזק. חישובי ריוחים של מערך הטיולים, איננו רלוונטי לנדוננו. כמו-כן טוען שהביטול נבע מחמת אונס בלתי צפוי, דהיינו תנאי מזג האוויר.

ב. שמעון הזמין עבורו ועבור משפחתו, נופש לימי הפסח בירושלים באמצעות חברת נופש מסוימת, ושילם בשיק שמועד פרעונו במהלך חוה"מ. יומיים לפני חג הפסח בקש שמעון מהחברה המארגנת להעתיק את מקום שהותו לאזור השרון, וחברת הנופש (שמארגנת חופשת פסח במספר מקומות בארץ) נענתה לבקשתו. לדבריו - אמרו לו בחברה שההפרש בין המלון בירושלים למלון בשרון הוא של 700 דולאר.

בסיום החופשה, כשביקש מהחברה החזר, ענו לו שהואיל ולא הצליחו להשכיר את שני החדרים שהוזמנו עבורו במלון בירושלים, נתבעה החברה ע"י המלון לשלם סך של 1,200 דולאר, כשלבסוף התפשו עימם על סך של 700 דולאר (הוצג מכתב מהנהלת המלון). לאור זאת לא מגיע לשמעון כל החזר. שמעון טוען כי כשביקש להחליף, לא התנו עימו בחברה את החזר בהשכרת החדר אלא אמרו לו בפשטות "אין בעיות". מה עוד שידע שיגיע לו החזר, ואילו כן לא היה מבצע את החילופין. לדבריו - במחיר המלא היה מעדיף לשהות במלון בירושלים, שהוא בדרוג איכות טוב יותר.

בעלי החברה טוענים שאמרו לשמעון מה סכום ההפרש כתשובה לשאלתו, אך לא אמרו לו שיקבל את ההפרש בחזרה, וברור שאין הם צריכים לשאת בהפסד. הואיל ושמעון לא התנה מפורש את החלופה בהחזר הפרש, ע"כ נתנו לו את הנתון העובדתי (סכום ההפרש) וסדרו לו את המלון האחר, מבלי להתייחס לסכום החזר בפועל, שהרי אם המלון או החברה היו מצליחים להשכיר את החדרים בירושלים, היה מקבל שמעון את מלא ההפרש, לכן לא היה מקום להתייחס בכלל לשאלת ההפרש או להעלותה. הם הבינו משמעון שהוא מעוניין בחופשה בשרון מסיבות משפחתיות ולא מסיבות כלכליות, וע"כ החילופין לא היו מותנים בהחזר. עוד טוענים, שמאחר וכבר העבירו את הכסף למלון בהיותם אחראים למלון על הזמנת שמעון, המלון לא יסכים לשלם להם אם יחזירו לשמעון, ועל שמעון לתבוע ישירות את המלון.

א. השוכר קבלן וחזר בו

באשר לשאלה הראשונה בדבר ביטול ההשתתפות בטיול - נראה שדינם של המארגנים כדין קבלן, כשראובן חזר בו משכירות הקבלן. ותנן במשנה בב"מ עה"ב: השוכר את האומנין והטעו זה את זה, אין להם זה על זה אלא תערומת. וכתבו שם בתוס' (בד"ה השוכר) דדינא דמשנה הוא בין בפועל ובין בקבלן, דכל היכא דתנן "אומנין", היינו בין פועל ובין קבלן, והיכא דתנן "פועל", היינו דוקא פועל ולא קבלן. ועיין במהרש"ל בחכמת שלמה על התוס' מש"כ בבאור פשט דברי התוס'. ובתוס' (ב"מ עו"ב ד"ה אין) מבואר דכל הדין שאין להם זה על זה אלא תערומת, הוא במציאות שאם בעה"ב חזר בו משכירות הפועל, יכול עדיין הפועל להשכיר עצמו במקום אחר, דאם לא יוכל להשכיר עצמו במקום אחר, חייב בעה"ב מדינא דגרמי. והרמב"ן בחידושו לב"מ (עו"ב בד"ה ואני), כתב:

"ואני מודה לו בדין זה שאם היו יכולים להשכיר עצמן בתחילת היום או מאמש ועיכבן עד שעה שאינן מוציאות להשכיר, ודאי נותן להם שכרן דהוה ליה לדידהו כדבר האבד."

וכך כתב גם הרשב"א, הובא דבריו בשטמ"ק שם, ובנימוק"י (מו, ב בעמוה"ר) וברב המגיד בהל' שכירות ט, ד, ועיין ברא"ש ב"מ ו, ב. וכך פסק המחבר בשו"ע חו"מ שלג, ב, וז"ל:

"במה דברים אמורים שאין להם עליו אלא תערומת בשלא הלכו, דוקא בשלא היו יכולים להשכיר עצמם אמש כששכרם בעה"ב זה, אבל אם היו נשכרים אמש ועכשיו אינם נשכרים כלל, הרי זה כדבר האבוד להם ונותן להם שכרם כפועל בטל."

ועי"ש בסמ"ע ס"ק ח דחיובו מדינא דגרמי, והיינו כתוס' הנזכר לעיל. ובקצוה"ח שלג, ב הביא קושיא על התוס' המחייבים מדינא דגרמי, הרי קיי"ל דהמבטל כיסו של חברו פטור, וא"כ אמאי חייב אף באינם מוצאים כעת להשתכר. ובתחילה רצה הקצוה"ח לחלק בין נזקי ממון לפועל שהוא נזקי גוף, דאף שבנזקי ממון קיי"ל דהמבטל כיסו של חברו פטור, מ"מ בפועל שביטול מלאכתו הוא כנזקי גוף, חייב. וכתב הקצוה"ח דנפק"מ אם שכר בהמת חברו, דהוי נזקי ממון ופטור. ונראה דנפק"מ גם לנדו"ד (על הצד שנאמר שהזמנת ראובן מנעה מאחרים לטייל), דאי נימא דחייב מדינא דגרמי וכמשי"כ התוס', גם בנדו"ד יהיה חייב. אך אם נאמר שכל החיוב הינו בשכירות פועל ובנזקי גוף, נראה דנדו"ד הוי נזקי ממון ופטור. אמנם למסקנת דבריו כתב לחלק, דדין זה הוא מההלכה של "דבר האבד", דכל היכא שהוא דבר האבד, אינו יכול לחזור בו. לפ"ז גם בנדו"ד הוי דבר האבד (אם מנע מאחרים, וכנ"ל), אלא שהקצוה"ח כתב דחיוב מדבר האבד הינו רק במציאות שכבר התחילו במלאכתם, וזה לא שייך בנדו"ד.

ואמנם בעיקר הדין נראה שאין מקום לחיוב, שהרי ראובן חזר בו יומיים לפני פסח, ויתכן שבפרק הזמן (של כמה ימים שנותר עד מועד הטיול) קיימת אפשרות שהמארגנים ימצאו מטילים נוספים. כמו-כן עצם העובדה שראובן הזמין שני מקומות בטיול, לא גרם לכך שמטילים אחרים שחפצו לטייל, נדחו מחוסר מקום, ולענ"ד בענין זה הביא ראובן ראייה נכונה, שהרי האוטובוס היה במיעוטו ריק (דבר שלא הוכחש ע"י המארגנים). אמנם המארגנים יכלו לטעון שגם אחרים ביטלו את נסיעתם, וממילא כל הביטולים גרמו למיעוט החסר, אך בכגון זה היה עליהם להמציא לנו את שמות המבטלים, מה עוד שטענה זו לא נטענה. (וכאשר קיימת הכחשה בין בעה"ב לפועל אם יכל להשכיר אמש, עיין בערוך השולחן חו"מ שלג, ב דאם הפועלים אומרים שהיה להם מקום אחר להשכיר עצמם ובעה"ב מכחישם, על הפועלים להביא ראייה כדין המוציא מחברו, ואם לא הביאו ראייה, נשבע בעה"ב היסת ונפטר. וצ"ע בנדו"ד שהקבלן מוחזק בממון.)

לאמור לעיל, לא גרם ראובן כל נזק למארגנים בהזמנת המקומות וביטולם. כמו-כן לא טענו המארגנים שבכמות המטילים שיצאה בפועל, ארגון הטיול הפך ללא ריוחי, וידוע שכאשר האוטובוס יוצא מלא ברובו, ארגון הטיול ריוחי. ומה שטענו שמערך הטיולים בנוי מטילים ריוחיים ולא ריוחיים, כאשר הריוחיות הגדולה באחד מכסה על אי ריוחיות באחר, לענ"ד אינה טענה, שהרי בידם להודיע למשתתפים של כל טיול וטיול, שיציאה מותנית במספר משתתפים מינימאלי.

ב. אם יש בזה משום מחוסרי אמנה

ברם, מה שטען ראובן שהיה אנוס בביטול הטיול, יש לדחות טענתו. מזג אויר חם בימי ניסן הוא דבר מצוי, ואינו בבחינת אנוס דלא הו"ל לאסוקי אדעתיה. ואף אם נאמר דהוי אנוס, הרי שבכה"ג שניהם - גם ראובן וגם המארגנים - שוים בידיעת האנוס, וכל היכא דתרוייהו שוים בידיעת האנוס קיי"ל שהמוציא מחבירו עליו הראיה (עיינן מה שהארכתי במשפטך ליעקב ח"א סי' יא), וכאן המארגנים מוחזקים בממון ראובן.

אך נראה שלטענתו של ראובן יש משקל לענין מש"כ הסמ"ע שלג, א, וז"ל:

"משמע דלית ביה אפילו משום מחוסרי אמנה, דס"ל דלא אמרו כן אלא כשחוזר מדבריו בדבר שאין בו תועלת, וכמש"כ הטור ומור"מ ז"ל לעיל סו"ס רד ... ולפ"ז החולקים שם ... חולקים גם כאן. ומש"כ אין להם אלא תערומת, ר"ל לאפוקי תביעת ממון אבל ממחוסרי אמנה ג"כ נינהו".

א"כ אם יש מחוסרי אמנה כשיש להם תערומת, תלוי בשתי דעות הראשונים שהביא הרמ"א בחו"מ רד, יא אם קנה בדברים בלבד בלי קנין, אף דקיי"ל שיש בזה משום מחוסרי אמנה (ב"מ מט, א, שו"ע חו"מ רד, ז), מ"מ נחלקו הראשונים אם בתרי תערי, שיש ללוקח סיבה לחזור בו מפני שמצא יותר בזול, יש בזה מחוסרי אמנה. דעת הרמ"א להלכה שיש בזה משום מחוסרי אמנה, והב"ח הסתפק בזה (עיינן בש"ך רד, ה). ועיינן עוד בקצוה"ח רכא, א. ונראה דאף לדעת הסוברים שיש בתרי תערי משום מחוסרי אמנה, יודו דבנדו"ד אין ראובן ממחוסרי אמנה, דדוקא כאשר חוזר בו משום תועלת, יש מקום לדמות מחוסרי אמנה לדין שיש להם תערומת זה על זה, אך כאשר החזרה נבעה מסיבה מובנת, הגם שאינה אנוס, מ"מ לא שייך לומר שיש בזה מחוסרי אמנה, ועדיף טפי מתרי תערי שהוא רק ענין של תועלת ולא סיבה מובנת לחזרה משכירות, וכנדו"ד.

ג. שכירות מטלטלין אם נקנה בכסף

[ות"ח אחד רצה לדמות נדו"ד להא דאיתא בב"מ עט, ב ובשו"ע חו"מ שיא, ו במי ששכר ספינה ופרקה בחצי הדרך, דקיי"ל דנותן לו שכר כל הדרך, אלא שמנכה לו כדי הטורח של חצי הדרך, שאינו דומה המטפל בהולכת הספינה לבא ריקם, וכמש"כ הסמ"ע בס"ק י, וא"כ גם בנדו"ד ישלם חלק ממחיר הטיול ("שכר בטלה"). ועיינן בקצוה"ח שיא, ב, דמשלם לו שכר כל הדרך, דניחא ליה שהספינה תעבוד, דדמי לאוכלסי דמחוזא דאי לא עבדי חלשי.

ונראה לחלק בין נידון הספינה לנדו"ד, דבנידון הספינה כבר שכר לספינה לדרך מסוימת, ולאחר שעשה קניני השכירות בא לחזור בו, וע"כ עליו לשלם את כל דמי השכירות או כפועל בטל. משא"כ בנדו"ד עדיין לא עשה כל קנין, דלכאורה הוי כשכירות קבלן, דכל זמן שלא החלו בנסיעה לטיול, לא הוי שכירות אלא רק הבטחה להשתתפות בטיול. ולכן בין המארגן ובין המטיל יכולים לחזור בהם, אלא שפתוחה הדרך לצד הנפגע לתבוע את הצד המבטל בתביעת נזיקין. ועיינן עוד להלן אם חשיב כאן קנין. ובנדו"ד לא דמי לכאורה לפועל דנשכר באמירה, ויבואר עוד להלן.]

אלא שעדיין נראה לדון אם בנדו"ד דינו כקבלן. מרכיב מחיר הטיול בנוי ממחיר עלות האוטובוס, המדריך (כניסה לאתרים - שבמקרה שלפנינו לא עלתה למארגנים), וכן עלות הארגון (פרסום, שרותי משרד וכו') כולל הריוח למארגנים.

השאלה שלפנינו - מה שכר ראובן. האם שכר אוטובוס ונהג ומדריך וכו', או ששכר קבלן שיארגן עבורו טיול (כאחד מתוך קבוצת משתתפים), ואין מפרקים את השכירות לגורמים קטנים. במידה ונפרק את השכירות לגורמים, הרי שביחס לאוטובוס היתה כאן שכירות בנתינת הדמי קדימה, וקנין כסף מהני בשכירות מטלטלין, עיין בנימוק"י ב"מ (ל,א בעמוה"ר), וז"ל:

"וכתב הרנב"ר ז"ל דמהא דאמרינן הכא דכיון שעומד במקום דליכא למיחש שלא יטרח המוכר להציל, אוקמוה אדינא דאורייתא, יש מדקדקין דשכירות מטלטלין נקנה בכסף, דליכא למיחש הכא שמא יאמרו הבעלים נשרפו המטלטלין, דכיון שהגוף של בעלים, אי מתניס טרח ומציל."

לאמור - אף שביטלו חכמים קנין כסף במכירת מטלטלין מחשש שמא יאמר המוכר נשרפו חיטיך בעליה, מ"מ בשכירות שלא שייך שיאמר כן, שהרי הגוף של הבעלים ובודאי יטרחו להציל, לא ביטלו חכמים קנין כסף. וכן נראה גם מדברי הנימוק"י בב"מ (מח,ב בעמוה"ר), וכן פסק המחבר בשו"ע חו"מ קצח,ו אלא שהאחרונים (הגרע"א, הובאו דבריו בפת"ש קצח,ח) הקשו סתירה מדברי הנימוק"י בב"מ (נז,א בעמוה"ר), וז"ל:

"ושכירות מטלטלין נמי הויא כמכירה, וכי היכי דאין נקנין אלא במשיכה, כך אין שכירותן נקנה אלא במשיכה, ואע"ג דמדאורייתא נקנין בכסף אלא משום גזירה שמא יאמרו נשרפו חטיך בעליה, משא"כ בשכירות דכיון שגוף הכלי ששכרו ממנו הוא בידו טרח ומציל, מ"מ כיון דשכירות כמכירה, אין לחלק, וכן כתב הרשב"א ז"ל והסכימו עימו האחרונים."

הרי שנקט הנימוק"י להלכה כדעת הרשב"א ששכירות מטלטלין כמכירה, ואינם נקנים אלא במשיכה, אף שלא שייך גביהם החשש שיטען המקנה נשרפו חיטיך בעליה. וכן מבואר להדיא ברש"י בב"ק עט,ב, בהא דהקשתה הגמרא שם דשכירות מטלטלי לאו בני שטרא נינהו, ובתוך דבריו כתב רש"י: "ונהי נמי דמקנו בכסף לענין קבולי מי שפרע", הרי שגם לענין שכירות מטלטלין ס"ל דלא מהני קנין כסף אלא לענין מי שפרע. וכן מבואר שם בנימוק"י (כט,א בעמוה"ר). ובחקרי לב (חו"מ סי' קמג) נשאר בצ"ע על הנימוק"י בסתירת דבריו, ועל המחבר שפסק כדברי הנימוק"י בפרק הזהב, אחר שכבר כתב הנימוק"י בפרק השואל שהאחרונים הסכימו לדעת הרשב"א. ועיין במראות הצובאות בליקוטים לחו"מ קצח,ו שהביא מחלוקת ראשונים זו, וכתב דהוי לכל הפחות ספיקא דדינא, עיי"ש.

והרמב"ן (ב"מ צט,ב) הביא את דעת רש"י (הני"ל) דשכירות לא מיקניא בכסף, והקשה עליו דהא לא שייך בשכירות הטעם של נשרפו חיטיך בעליה, ותירץ דאיכא למימר דהואיל ותיקון רבנן שלא יהיו המטלטלין נקנין בכסף במכירה, הוא הדין בשכירות דהוי מכירה ליומיה. ואע"ג שיש דברים שמעות קונות, כגון שמכר לו מטלטלין בדמי מכר שאצלו (עיין ב"מ מו,ב, וע"ע שו"ע חו"מ סי' קצט), "התם משום דמילתא דלא שכיחא לא גזרו בה רבנן, אבל שכירות שכיחא". כן תירץ הרמב"ן את דעת רש"י. וכתב דלא ניחא ליה בתירוץ זה, דגביה מילתא דלא שכיחא במכירה, אע"ג שקיים החשש שיאמר נשרפו חיטיך בעליה, לא גזרו רבנן, אבל היכא דליכא למיחש כלל שיאמר כן, לא גזרו רבנן כלל. הרי דס"ל לרמב"ן דשכירות נקנית בכסף. וכן דעת הריטב"א (ב"מ צט,ב). ודעת המאירי (ב"מ צט,א) כדעת רש"י דאין שכירות מטלטלין נקנין בכסף.

וע"ע בב"י (חו"מ סו"ס שז) שהביא את שתי הדעות בראשונים, ולא הכריע ביניהם. וצ"ע איך פסק בשו"ע חו"מ קצח,ו כדעה ששכירות מטלטלין נקנין בכסף אף להוציא מן המשכיר. וראיתי בשער המשפט קצח,ג שהקשה קושיא זו על המחבר, דהא הסכמת האחרונים היא כדעת רש"י, תוס' והרשב"א, וכן היא דעת בעל העיטור (אות ש). וכתב שער המשפט לישיב ע"פ מש"כ הרב המגיד בהל' גזילה (ד,ז), דבמקום שיש ספק בתקנת חכמים, ונשארה הגמרא בתיקו ולא איפשיטא, לא מהני תפיסה, כיון שיש לפנינו ספק בעצם התקנה, אם יש במקרה מסוים תקנה אם לאו, מוקמינן אדאורייתא. והכי נמי בנדו"ד כיון שיש לפנינו מחלוקת אם תקנת חכמים להפקיע קנין כסף הינה גם על שכירות מטלטלין, מוקמינן אדאורייתא ונקנים בכסף. וע"ע שם מה שהקשה על תרוץ זה ומה שישב. וע"ע בהגהות רע"א על השו"ע (חו"מ קצח,ו) דנראה מדבריו דס"ל דמעו' קונות בשכירות מטלטלין. ועיין במחנה אפרים (קנין מעו' סי' י) מש"כ בזה.

והנה בטעם הדין לשיטות הסוברות דשכירות נקנית במעות, מבואר בנימוק"י (הני"ל) דאין חשש שיאמר לשוכר נשרפו חיטיך בעליה, כיון שהגוף שלו. וכן כתב להדיא המחבר בשו"ע חו"מ קצח,ו. והגרע"א (דרוש וחידוש, ב"מ עט) הקשה, דמה שיך הדיון אם יאמר לו נשרפו חיטיך בעליה אם לאו, אפילו יאמר לו נשרפו חיטיך בעליה, כיון שאם נשרפו אין לשוכר כל הפסד מזה, הואיל ואם מתה בחצי הדרך אינו נותן לו אלא שכר של חצי הדרך וכמבואר בגמ' ב"מ עט,א, א"כ מה לי אם יאמר לו נשרפו חיטיך בעליה, הרי לשוכר ליכא פסידא. לדברי הגרע"א אין הטעם מפני שהגוף שלו טרח ומציל, אלא מפני שלשוכר אין הפסד בשריפת המושכר. [ולכאורה צ"ע, שהרי לשוכר יש תערומת על המשכיר שהשכיר לו בהמה שמתה בחצי הדרך, ואף שנאמרה הלכה זו למקרה אחר, מ"מ ודאי שמי שהשכירו לו חפץ וכעת צריך לשכור אחר ואיכא טורח בדבר לשכור אחר, ודאי שיש לו לשוכר הפסד בזה, אף שאינו הפסד ממון. וצ"ל דבביטול קנין כסף מחשש שיאמר לו נשרפו חיטיך, חששו חכמים רק לפסידא כספית ולא להפסד של טורח.] ועיין בדבר אברהם (ח"א סי' מ) שכתב נפק"מ בין טעם הנימוק"י לטעם הגרע"א, במי ששכר פרה מחבירו בקנין גמור ובעלים עמו, וברשות הבעלים השכירה לאחר בקנין כסף, דלטעם הנימוק"י שהגוף שלו, לא טרח השוכר הראשון ומציל, שהרי אפילו חיובי שמירה אין עליו מאחר ובעליו עימו, וע"כ לא יקנה בקנין כסף, משא"כ לטעם הגרע"א, כיון שאין לשוכר השני כל הפסד, קונה בקנין כסף.

וע"ע בשער המשפט (קצח,ג) שהקשה על טעם הנימוק"י דהיכא דהגוף שלו טרח ומציל, דא"כ אם יקנה אחד מחבירו מחצית מחפץ להיות עימו בשותפות, יקנה בקנין כסף, דליכא חשש שיאמר לו נשרפו חיטיך, דמחצית הגוף שלו, והוכיח מחולין פג,א דאם קנה שור לשחיטה ואין לו לקוח בו אלא דינר, אעפ"כ אינו קונה בקנין כסף אלא בדי' פרקים בשנה, ומוכח דבשאר ימות השנה אינו קונה אע"פ שהוא שותף לבעלים והגוף גם שלהם. ובדבר אברהם (ח"א סו"ס מ) כתב לישיב, דאיכא למיחש שמא ימכור אח"כ את החלק השייך לו או שמא מכר כבר את השאר, וע"כ לא טרח ומציל, עיי"ש.

ראיה נוספת לשיטת הסוברים דשכירות מטלטלין אינה נקנית בכסף, ראיתי בחקרי לב (חו"מ סי' קמג) שהביא מדברי הטור (חו"מ סי' שי) בענין השוכר את החמור ומת, וז"ל הטור:

"מת החמור או נשבר שאינו ראוי עוד למלאכה, בין שכרו לרכיבה בין למשאוי, אם אמר לו חמור סתם, חייב להעמיד לו אחר. ופירש

הראב"ד, דוקא שהקנה לו בקנין, דאי לאו הכי במה נתחייב לו, אין כאן אלא מי שפרע, וכיון שמת לא שייך מי שפרע. וא"א הרא"ש ז"ל כתב דבמשיכת החמור נשתעבדו נכסי המשכיר להעמיד לו חמור עד אותו מקום."

מוכיח מכאן החקרי לב דדעת הראב"ד דלא מהני קנין כסף בבעלי חיים (והוא הדין במטלטלין) אלא לענין מי שפרע, ואף הרא"ש ס"ל דבמשיכה נשתעבדו נכסי הקונה, הא לאו הכי, בקנין כסף לבד לא נשתעבדו ולא הוי שכירות. ואין לומר דהראב"ד מיירי שלא עשו קנין כלל, דא"כ הרי הוא ממחוסרי אמנה ואינו במי שפרע, (וע"ע במש"כ שם במחלוקת האחרונים הני"ל).

ובחידושי הרי"מ (חו"מ קצח, טז) דן בדברי הראשונים הני"ל ובפסק השו"ע, ומסקנתו דספיקא הוי ויכול המוחזק לטעון טענת קים-לי, אף דקיי"ל שאין לטעון טענת קים-לי נגד סתימת השו"ע, מ"מ כיון שהמחבר הביא הלכה זו בשם "יש מי שאומר", אמרינן קים-לי, ואם השוכר מוחזק, יכול לטעון קים-לי שאין שכירות מטלטלין נקנים בכסף. וכן כתב בחקרי לב (חו"מ סו"ס קמג), "דהמוחזק מצי אמר קים-לי כמ"ד שגם שכירות מטלטלין אינו נקנה בכסף בלי משיכה".

והנה בנדו"ד מחזיק המשכיר מחצית מדמי השכירות הכללית, שמרכיבה מחיר הרכב וההוצאות האחרות (מדריד, שרותי המשרד וכו'), ולכאורה יכולה החברה המארגנת לומר קים-לי ששכירות מטלטלין נקנית בכסף. ולפ"ז אם מרכיב שכירות הרכב יותר ממחצית, יכולים המארגנים להחזיק בכל הדמי קדימה עבור שכירות הרכב. [ולהלן אות ז דנתי בדין שכירות חדר במלון אם הוי דבר שאין בו ממש ודבר שאינו מסוים ודבר שלא בא לעולם, ולכאורה הדברים שייכים גם לנדו"ד, אלא שהשאלה התעוררה בדין הנזכר להלן, וכן מאחר ובסופו של דבר לא היתה נפק"מ לנדו"ד, וכפי שיתבאר במסקנת הדין, ע"כ אינני אלא כמצייין כאן לעיין גם להלן].

ד. שכירות פועל וקבלן, אם נקנים בכסף

הרמ"א בחו"מ שלג, א, פסק כדברי התוס' (ב"מ מח, ד"ה והא) שאם משך בעה"ב את כלי האומנות השייך לפועל (או לקבלן), "אין הבעה"ב יכול לחזור בו ולא הפועל אם הוא קבלן, אבל אם הוא שכיר יום, יכול לחזור". וממשיך הרמ"א, ע"פ מש"כ הנימוק"י (ב"מ מו, ב בעמוה"ר), דאעפ"כ יכול לעכב כלי האומנות של הפועל ולשכור אחרים. ומשמע מדברי הרמ"א דקנין משיכה מהני בפועל (וע"ע בסי' יט א"ך מהני קנין המשיכה של הכלי לקניית הפועל). ובנתיבות שלג, א כתב דמהגמי בפרק הזהב (ב"מ מח, א) לא מוכח דמשיכה קונה:

"... ולא מוכח משם רק דמעוה קונות, דהיינו אם הקדים שכר, אפילו לא נתן רק פרוטה לפועל לקנין, קנהו ואינו יכול לחזור. דהא בב"מ מח, א לא בעי משיכת תספורת רק לר"ל דס"ל משיכה קונה, אבל לרבי יוחנן דס"ל דמעוה קונות, לא בעי משיכת תספורת, ואנן קיי"ל כרבי יוחנן. ואף דרבי יוחנן מודה דמדרבנן מעוה קונות, היינו דוקא במקום דלא שייך לומר נשרפו חיטיך בעליה, אבל בשכירות מטלטלין דלא שייך החשש דנשרפו חיטיך, מעוה קונות כמבואר בחו"מ קצח, ו, ומכל-שכן בשכירות פועל. ועוד, דפועל דמי לקרקע כמבואר בסי' רכז ובכמה דוכתי, ודאי נקנה בכסף."

מבואר מדברי הנתיבות דפועל נקנה בכסף הואיל ולא שייך בו הטעם של נשרפו

חיטיך בעליה (ומש"כ דדמי לקרקעות, עיין בשו"ע חו"מ רכז, לג דדמי לעבדים).  
וראיה לדברי הנתבות, מצאנו בדברי הריטב"א (ע"ז עא, א ד"ה והנכון), וז"ל:

"דכל היכא דיהבי להו כסף, שכירות דגופם הוא דחשיב ואין המעות  
נקנות אלא קונות. ושכירות גופו דכ"ע בכסף, דהא עבד כנעני ונכרי  
נקנים בכסף."

העולה מדברי הריטב"א דשכירות פועל נקנית בכסף. וכן מבואר מדברי השבות יעקב  
בתש"י (חי"ב סי' קפד). ובערך שי (שלג, א) כתב דנפק"מ בין שני טעמי הנתבות היא  
בקבלן, דלטעם שדמי לקרקע, הרי קבלן לא דמי לקרקע, כמבואר בשו"ע חו"מ  
רכז, לו, משא"כ לטעם דלא שייך בפועל החשש שיאמר לו נשרפו חיטיך בעליה, טעם  
זה שייך אף בקבלן, וא"כ נתון דינו במחלוקת הראשונים בשכירות מטלטלין אי  
נקנה בכסף (הני"ל). [ומש"כ הערך שי דקבלן אין דינו כקרקע כמבואר בדיני  
אונאה, לכאורה גם שם נחלקו הראשונים אם בקבלן יש אונאה, אם לאו. דאף דמדברי  
הרמב"ם בהל' מכירה יג, טו ויג, יח מבואר החילוק בין פועל לקבלן, דלקבלן יש  
אונאה, דלא דמי לעבד, דעת הרשב"א (ב"מ נו, ב) דאף בקבלן אין אונאה, וכן היא  
דעת הרמב"ן שם, הובאו דבריהם בנימוק"י (לב, א - בעמוה"ר). אך נראה דאף  
לשיטתם הא דאין לקבלן אונאה אינו מהטעם דדמי לקרקע אלא דכל שכירות של  
פועלים וקבלנים, אינה בכלל מכר ולא שייך בה אונאה כמבואר בראשונים הני"ל].  
ומ"מ מבואר מדבריו דאף קבלן לא גרע משכירות מטלטלין, וזאת ע"פ שיטת  
הנתבות.

לאמור לעיל לא גרע דינו של פועל ממתלטלין, ולהסבר אחד בנתבות אף עדיף,  
דדמי לקרקע, וא"כ ודאי גם לענין שכירות הפועל/ הקבלן, יכול המוחזק לטעון  
טענת קים-לי שפועל נשכר בכסף, וע"כ בין אם השכירות בנדו"ד היא של מטלטלין  
(האוטובוס) ובין אם השכירות מתיחסת לקבלנות, הרי שאין לכאורה לחייב את  
המארגנים להחזיר את דמי הקדימה ששילם ראובן.

ה. חיוב תשלומין או חיוב קיום השכירות

אלא שיש מקום לחלק בין שכירות מטלטלין לשכירות פועל/ קבלן. בשכירות  
מטלטלין, במידה וקבענו שהשכירות נעשתה באופן המועיל, לא יכול מי מהצדדים  
לחזור בו והרי זה כמכר, וע"כ הוא מושכר לשוכר ע"פ הסכם השכירות. ובנדו"ד  
הרכב שכור לראובן. משא"כ בשכירות פועל, אפשר דאף אם השכירות נעשתה באופן  
המועיל, אפשר דיש לחייב את השוכר והמשכיר לקיים את הסכמת השכירות, אך משלא  
התקיימה, צ"ע אם יכול לחייבו בממון. דהנה הנודע ביהודה (מהדורא קמא, חחו"מ  
סי' ל ס"ק ט), כתב וז"ל:

"ומש"כ הרב שם (בפס"ד המוזכר בתש"י) דאומן שמשך כלי אומנות או  
בקנין סודר שאינו יכול לחזור, היינו שבית דין כופין אותו אבל  
אם עבר ולא עשה, אין עליו כלום, דנפל ברשת ביטל כיסו של חברו,  
עכ"ל. הנה אותה אנו מבקשים, דבית דין כופין אותו כל זמן שיש  
בידו עוד לעשות, בודאי אם כבר הוא מעוות לא יוכל לתקון וחסרון  
וכו', פשיטא שאינו אלא מבטל כיס אם לא בא חברו לכלל הפסד."

עולה מדבריו דבשכירות פועל שנעשית באופן המועיל, בית דין מחייבים לקיים את  
השכירות אך לא מחייבים ממון עקב ביטולה. ברם, שונה שכירות מטלטלין משכירות  
פועל. בשכירות פועל הדין כנ"ל (לנודע ביהודה) מאחר ובפועל יכול לחזור בו



מעיקר הדין, משא"כ בשכירות שדינה כמכר, ודקיי"ל להדיא בב"מ צט, א: כדרך שתיקנו משיכה בלקוחות כך תיקנו משיכה בשומרים. וכן נפסק בשו"ע חו"מ שז, ב:

"יכולין המשכיר והשוכר לחזור בהם עד שימשוך או שיעשה אחד מדרכי הקנין."

אבל בשכירות פועל שיכולים לחזור בהם ולא דמי לשכירות קרקע או מטלטלין, אם לא כפו בית דין את הצד החוזר, אין דנים אותו בדיני שכירות אלא בדיני נזיקין, וע"כ כיון שע"פ דיני נזיקין דינו כמבטל כיסו של חבירו, אין עליו חיוב. ובדיני פועלים, רק אם הוא דבר האבד, קיי"ל דשוכר עליהם או מטען. (ומש"כ דדינו בפועל כמבטל כיסו של חבירו, עיין בקצוה"ח שלג, ב דהוא דין מיוחד בפועלים מדין דבר האבד, אך זה דוקא בהתחילו במלאכה ודוקא בדבר האבד, משא"כ בנדו"ד).

לפ"ז לענין שכירות הפועלים, אף שהיה כאן קנין כסף, אין הקנין מועיל לחייב את ראובן בהפסד שנגרם מאי קיום השכירות. ברם, עדיין יש מקום לעיון, ע"פ מש"כ הנימוק"י (ב"מ מו, ב בעמוה"ר) בשם תלמידי הרשב"א (וכן היא דעת עוד ראשונים), וז"ל:

"ומיהו אם נתן כלי אומנותו לבעה"ב אפילו בדבר שאינו אבד ואפילו לא התחיל במלאכה, שוכר עליהם מדמי החבילה [פירוש בכדי שכרו], דמשבאת חבילה לידו, זוכה בעה"ב בשכירותה..."

וכן פסק הרמ"א בחו"מ שלג, א. ואף שנידון הנימוק"י הוא בחבילה של פועל שהגיעה ליד בעה"ב, ונדו"ד הוא בשכרו של פועל שהגיע מבעה"ב לידו, מ"מ נראה דסברא שוה לשניהם. דסברת דין הנימוק"י היא דעל דעת כן הקנה לו כלי מלאכתו, שיוכל להשכיר מכלי זה להשלמת מלאכתו, וא"כ הוא הדין כשהקדים לו בעה"ב שכרו, י"ל דהקדים לו על דעת כן שאם יחזור בו, לא יחזיר לו השכר שנתן לו. אמנם בדין הני"ל כתב הש"ך (שלג, ה) דדין זה אינו אלא לסוברים דמשיכת כלי האומן לא מהני לענין הקנין, וע"כ מפרשים דמשיכת הכלי מהני שיוכל לעכבו, אבל לשיטות הסוברות דמהני משיכת הכלי לקנין, אינו יכול לעכב כלי האומנות. ועיין עוד בנתיבות (שלג, ב) דאינו יכול למכור כלי האומנות אלא רק להשתמש בו, ובשכרו לשכור פועלים אחרים שישלימו מלאכתו.

ומ"מ אף אם נאמר דאינו יכול לעכב שכרו עבור שכר הפועלים, נראה דבנדו"ד אין החברה המארגנת חייבת להחזיר לראובן את הדמי קדימה, וזאת מאחר ומחצית דמי הקדימה ודאי עולים לתשלום האוטובוס, ומרכיב האוטובוס הינו מעבר למחצית מתחשיב מחיר הטיול.

ו. דמי קדימה אינם עבור הקנין

לאחר שכתבתי הני"ל עלה בדעתי שאין לחייב את ראובן, ועל המארגנים להחזיר לו את דמי הקדימה, וזאת מאחר ונלענ"ד דדמי הקדימה לא ניתנים עבור מעשה קנין, לא של המטלטלין (הרכב) ולא של שאר המרכיבים. הם ניתנים כדי שלא כ"א יבוא וירשם לטיול, דבדרך זו ודאי יגרמו למארגני הטיול נזק כספי, דבקל יבטלו. ודמי הקדימה מבטיחים למארגנים שלא יארע להם נזק, ובמידה ויארע להם נזק, יוכלו לגבות את הנזק מדמי הקדימה. אך ללא נזק, אין להם כל תביעה על דמי הקדימה. ומה שנהוג בין מארגני הטיולים שאין מחזירים דמי קדימה, לענ"ד

אינה טענה, דודאי רצונם להיות מוחזקים בנזקים שיקרו להם עקב הביטולים, אך ודאי עליהם להוכיח שהיו נזקים, ובלא"ה חייבים להחזיר את הדמי קדימה.

ובנדו"ד לא היה למארגנים כל נזק, ואין הכחשה שהאוטובוס היה מלא ברובו (כך שהטיול אף נשא ריוחים), ולא היה ברישום של ראובן כדי למנוע מאחרים להזמין מקומות (שהרי הרישום לא היה מלא), ואף אם היה מונע מאחרים, אם לא נגרם נזק אלא רק מניעת ריוח, הוי מבטל כיסו של חברו. ומה שטענו המארגנים שנגרם להם נזק בטיולים אחרים, וטיול זה היה צריך לכסות את הנזקים בטיולים האחרים, לעני"ד אינה טענה כלל, דממה נפשך, אם ידעו שטיולים מסוימים לא יהיו ריוחיים, יכלו להתנות את יציאת הטיול במספר מסוים של משתתפים, והרי איש לא הכריח אותם לצאת לטיולים הנושאים הפסדים או שאינם ריוחיים. ואם כטענתם שרצו בדרך זו להכנס לשוק ארגון הטיולים, א"כ ודאי שאין מקום לטענתם. ומעיקרא טענה זו נראית משוללת כל יסוד.

ומ"מ טענה זו עדיין צ"ע, ולא רציתי לסמוך על סברתי זו להוציא ממון מהמוחזק. ואם היה ראובן תפוס (ביותר ממחצית - שהרי גם לדברי המארגנים אינם תובעים מהמבטלים יותר ממחצית) היה נראה לפשר בקרוב לדין שיתן רק שני שלישים. ומ"מ בנדו"ד מחמת הספק אין לחייב את המארגנים בהחזר דמי הקדימה.

## ז. שכירות חדר במלון כדבר שאינו מסוים

בענין השאלה השניה - יש לראות לכאורה במארגני הנופש, כשליח של שמעון להשכרת החדרים במלון, וגם כאן יש את מרכיב החדר והשרותים הנילוים (שכירות), ואת הארוחות נדון בדין מכירה. ונדון תחילה אם הכסף שנתן לשליח עבור המלון, הוי קנין כסף לחדרים (הגם שבנדו"ד י"ל כדלעיל שאין בנתינת הכסף משום קנין אלא להבטיח את המקח).

ות"ח אחד עורר שאלה, מדוע לא נאמר שכל שכירות חדר במלון הוי שכירות בדבר שלא בא לעולם. דאף שהחדר נמצא כבר בעולם, הרי השוכר שוכר את פירות החדר של תאריך מסוים, ופירות אלו עדיין לא בעולם, ודמי לפירות דקל שעדיין לא צמחו, דאף שהדקל בעולם, מ"מ כיון שהפירות לא בעולם, הוי דבר שלא בא לעולם ולא מהני בהו קנין. על-כך השיבותי דלא דמי לפירות דקל, דפירות דקל הפירות והדקל הם שני "חפצות", אף שהפירות יוצאים מהדקל, מי שקונה את הפירות או שוכר את הפירות, אין לו כלום בגוף הדקל. וכיון שהפירות לא נמצאים בעולם בשעת הקנין, לא חל עליהם הקנין (או דהוי חסרון בגמירות דעת, והארכתי בזה במקום אחר), אולם בשכירות חפץ וכד', אף שכל יום הוא פרי אחר, מ"מ השוכר אינו משתמש אלא בגוף החפץ, ואין הפירות וגוף החפץ שני חפצות, וכיון שהגוף בו ישתמש השוכר נמצא בעולם, חל הקנין על הגוף. ומציאות שכירות בדבר שלא בא לעולם קיימת כאשר הגוף בו ישתמש השוכר לא נמצא כעת בעולם. וע"כ כיון שהשוכר ישתמש בחדר שבמלון, הואיל וגוף החדר נמצא בעולם, חל עליו הקנין אף לגבי שימוש בזמן מאוחר יותר מזמן הקנין. (אמנם לשיטת הראב"ד אפשר דגם בכהאי גוונא איכא חסרון של דבר שלא בא לעולם, ועיין להלן בדין דבר שאין בו ממש משי"כ בזה. ועיין עוד בלחם משנה זכיה ומתנה י, ב, וצ"ע.)

והוסיף אותו ת"ח לטעון דלא מהני קנין אלא לאחר שכבר נמצא במלון, אולם קודם שהייתו, אף שהזמין חדר, הרי לא הזמין חדר מסוים, ואין כאן דבר מסוים שיתפוס בו קנין. וגם בזה לעני"ד לא צדקו דבריו. דהנה הרמב"ם בהל' זכיה ומתנה (ג,ה), כתב וז"ל:

"כשם שהמוכר צריך לסיים הממכר כמו שביארנו, כך הנותן. כיצד, הכותב לחבירו קרקע מנכסי נתונה לך, או שכתב לו כל נכסי קנויין לך חוץ ממקצתן, הואיל ולא סיים הדבר שנתן לו ואינו ידוע, לא קנה כלום ואינו יכול לומר לו תן לי פחות שבנכסיך, עד שיסיים לו המקום שנתן לו. אבל אם אמר לו חלק כך וכך בשדה פלונית, הואיל וסיים השדה אע"פ שלא סיים החלק, נוטל אותו חלק מן הפחות שבאותה השדה."

והראב"ד בהשגות הקשה על הרמב"ם מהגמרא במנחות קח, ב (וכן הוא בנדרים נו, א), במי שאמר לחבירו בית מביתי אני נותן לך, דנותן לו הקטן שבהם, ואם נפל אחד מהם, נותן לו זה שנפל, והוא הדין לאומר שור בשורי אני מוכר לך. ולשיטת הרמב"ם אמאי קנה, הא לא סיים. ותירץ הראב"ד, וז"ל:

"ואולי נאמר כיון שהדין ידוע שיד בעל השטר על התחונה, כאילו פירש הגרוע הנפול או המת, ודין זה כשאין שם אלא גרוע אחד או מת אחד, שהוא כמסוים, אבל אם היו שם שנים גרועים או שנים מתים, לדעת הרב לא קנה כלום."

ואף שהראב"ד ישב דעת הרמב"ם מהקושיא מהגמ' במנחות, נראה דהראב"ד עצמו ס"ל דמהני הקנין אף כשיש יותר משור אחד שמת או מבית אחד שנפל, ואף במקום שיש להסתפק ביותר מאחד כשנדון לפי הכלל שיד בעל השטר על התחונה, דהראב"ד כתב את דבריו "לדעת הרב". וכן נראה דעת המחבר בשו"ע חו"מ רמא, ד, שהביא את דעת הראב"ד, "שבין במכר בין במתנה יכול להקנות דבר שאינו מסוים" (אף שי"ל שהיא דעת הטור). ורק באופן הנזכר בדברי הרמב"ם בהל' מכירה כא, ג, באומר לחבירו כל מה שיש בבית הזה אני מוכר לך בכך וכך (עיין שו"ע חו"מ רט, ב), הוא דלא מהני מדין דבר שאינו מסוים, כיון דלא סמכא דעת הלוקח, אבל באופן הנזכר בדברי הרמב"ם בהל' זכיה ומתנה (הנ"ל), אין כאן חסרון של דבר שאינו מסוים. וברב המגיד הקשה, דא"כ אמאי מהני לרמב"ם בסיים השדה ולא סיים חלק בשדה, עיי"ש. ובב"ח (חו"מ רמא, ו) כתב לחלק בין הרישא בדברי הרמב"ם (קרקע מנכסי) לסיפא (חלק כו"כ בקרקע פלונית), דבקרע מנכסי לא קצב איזה חלק ומאיזה קרקע, משא"כ בסיפא שקצב חלקו וגם סיים הקרקע. ועדיין צ"ע, דאי בעינן שיסיים ממש, מה מהני מה שקצב חלקו וסיים הקרקע, כיון דלא סיים מקום החלק בקרקע, וזו כוונת השגת הטור שם. אך כוונת הב"ח למר, דכיון דלרמב"ם כל החסרון הוא מצד גמירות דעת, כאשר קצב חלקו וגם סיים הקרקע, יש כבר סמיכות דעת הקונה לקנין. ועיין במש"כ הגרא"י באבן האזל (מכירה כא, ז), דכל היכא שיש כאן שתי ספיקות, לא סמכא דעתיה דלוקח, "דאין מינו ידוע אינו בדוקא, דאין זה גזירת הכתוב", עיי"ש.

אמנם בשואל ומשיב (תנינא, ח"א סי' ע) כתב דחסרון דבר שאינו מסוים הוא מפני שאין לקנין על מה לחול, דלא ידוע על מה יחול הקנין (בניגוד לני"ל דס"ל דהחסרון הוא מצד גמירות דעת הקונה), אבל בחלק בשדה עכ"פ חל על חלק כפי שנתן לו ואינו יכול לדחותו, דמ"מ הוא שותף עימו ע"פ החלקיות שנתן לו, משא"כ כשלא סיים הקרקע, יכול לדחותו מכל קרקע וקרקע, עיי"ש, וכאמור היא סברא שונה מהסברא שכת' לעיל. ואפשר דהסברות האלה תלויות בסברא דלא מהני קנין בדבר שלא בא לעולם, עיין מש"כ במשפטיך ליעקב ח"א יח, ז. ויש הסוברים דחסרון בדבר שאינו מסוים הוא מדין ברירה, עיין במש"כ הגרש"ש שקופ בקונטרס הקנינים סי' טז. וצ"ל דס"ל דאין לקנין על מה לחול, אא"כ נאמר שהוברר הדבר למפרע.

ועיין עוד ברב המגיד שהראה מקור לדברי הרמב"ם מדברי הר"י בגיטין (ב,ב בעמוה"ר, ועי"ש בהשגות הראב"ד), וציין שאוקימתת הגמרא עליה נסובו דברי הרמב"ם, אינה להלכה. עוד כתב דחכמי הדורות הקשו על הרמב"ם ונחלקו עליו, ועי"ש מה שישב. ומ"מ נראה דבנדון שלפנינו, הן לרמב"ם ובודאי גם לראב"ד, מהני קנין בחדר במלון, אף שלא סיים למזמין חדר מסוים, דכיון שהמלון הוא מסוים ומשכיר לו חדר במלון המסוים, דמי למוכר לו חלק בשדהו, ועדיף טפי מחלק בשדהו, דהא במלון אם מזמין חדר זוגי (אפילו אם מציב עוד תנאים, כגון כיווני אויר קומה וכד'), הרי שכל החדרים העונים לתנאים אלו, שוים הם פחות או יותר, ובודאי יש בזה גמירות וסמיכות דעת טפי. ופשיטא דלשיטת הראב"ד מהני קנין בכגון זה.

וכן נראה ע"פ מש"כ המגדל עוז (זכיה ומתנה ג,ה), לאחר שהביא את דברי הראב"ד, קושיתו ותרוצו מהגמ' במנחות הנ"ל, כתב וז"ל:

"... אלא אמרינן לסיפא דמ"א, דמה לי בית בביתי מה לי חלק בשדה פלונית, שכל מין הבתים כשדה פלוני הם ובית אחד מהם כחלק מן השדה, משא"כ ברישא - קרקע מנכסי, שיש בהם כמה מינים, שדות וכרמים, גנות ופרדסים, ברכות מים וגרנות ובורות שיחין ומערות, יער וכרמל והרים וגבעות, שפלה וערבה, נחלים וגאיות, אגמים ונהרות, סלעים וטרשים, שהכל נקרא נכסים וקרקע והוא נקרא סוג לפי המינים הנכללים בו, והשדה הוא מין מהמינים והחלק בו נפרד ונחלק בלשון המדברים."

לפי המגדול עוז אין כונת הרמב"ם שסיים לו שדה פלונית אלא שסיים לו איזה סוג של קרקע - שדה - יתן לו, וע"כ הו"ד דבר מסוים, משא"כ כשאומר קרקע מנכסי נתונה לך, הרי לא סיים לו איזה סוג של קרקע, שדה, כרם, גנות, פרדסים וכו', וע"כ לא מהני. מבואר מדבריו דגם לרמב"ם לא צריך לסיים איזה שדה אלא שיפרט מין השדה. (לפ"ז גם בקנין אגב בדי' אמות אין צריך לסיים היכן נותן לו הד' אמות, אלא סגי אם יאמר שנותן לו בחצר מחציתו). ולזה נוטה דעת הדרישה (ח"מ רמ"א, ו). ומעין זה נראה מתש' עבודת הגרשוני (סי' קיד), דהיכא שסיים לו עכ"פ קצת, תו לא הו"ד דבר שאינו מסוים, ולכן נקט הרמב"ם "קרקע מנכסי", ולא כתב "שדה", דדוקא קרקע לא הו"ד דבר מסוים "אלא דבר כללי יותר משדה". (וגם בפת"ש רמ"א, ה ציין שדברי עבודת הגרשוני נוטים לדברי המגדל עוז). וכיוצא"ב כתב להדיא התורת גיטין (בחיידושי למסכת גיטין ט, א ד"ה לעולם). גם האור שמח (זכיה ומתנה ג,ה) כתב על דברי המגדל עוז "ודבריו מחוורין". לפ"ז אם משכיר לו חדר במלון, ודאי כיון שסיים לו את סוג הדבר הנקנה, מהני אף לשיטת הרמב"ם ולא הו"ד דבר שאינו מסוים.

ועיין עוד בט"ז (ח"מ רמ"א, ד) שכתב דלשיטת הרמב"ם בדין בית בביתי י"ל שמראה לו המוכר כל בתיו ואומר לו בית בביתי, והו"ל כמי שסיים לו השדה. עוד כתב הט"ז, דקיי"ל כדעת הראב"ד, דהא לדעת הרמב"ם גם בקנין ד אמות צריך לסיים לו הד' אמות, "וכבר פשוט המנהג שמקנין אגב ד אמות בלי שום סיוס באיזה קרקע, אלא על כרחך דקיי"ל כיש חולקים שאין צריך לסיים". [ועיין עוד בריב"ש ס"י קה שהביא מדברי הרמב"ם (גיטין ח,ב) שחלק על הר"י מיגאש והרמב"ם הסוברים שצריך לסיים את הד' אמות בקנין אגב, ואף לאותם הנוהגים לדון ע"פ הרמב"ם, מ"מ שלא להוציא לעז על שטרות ראשונים, הכשיר הריב"ש בלי סיוס מקום, עי"ש. ועיין עוד בריב"ש ס"י שמה (ד"ה ועוד). וכן היא דעת הלחם משנה (תש' לחם רב ס"י

קצב) דאין אנו חוששים לדעת הרמב"ם בזה, דכן היא דעת הרשב"א בתש". וכן פסק הרמ"א בשו"ע חו"מ רב, ז. אמנם ראיתי במשכנות יעקב (חחו"מ סי' נז) שכתב להחמיר כדעת רש"י והרי"ף, ונשאר בצ"ע על הכרעת הפוסקים בפשיטות דלא כוותיהו. אך כאמור, דעת האחרונים והרמ"א להכריע שאין לחוש לסיום של ד אמות, והנ"כ לא הגיהו על דעת הרמ"א, וע"כ לכאורה אין לחוש לסיים ד אמות. [והראו לי לפני שנים שטר מכירת חמץ שבו מקנים לנכרי ד אמות ומסיימים את מקום הדי אמות בחצר (דהיינו באיזה מקום בחצר מקנים לו), ולכאורה אף אם נחוש לדעת הרמב"ם, סגי אם יקנה לו ד אמות בחצרו שבמקום פלוני, ולא צריך לסיים ממש המקום, דהא לרמב"ם דמי לחלק משדה פלונית.]

[ועל החילוק בין מש"כ הרמב"ם בהלכות מכירה (כל מה שבבית אני מוכר לך) לבין מש"כ בה' זכיה ומתנה, שדין כל מה שבבית מכור לך הובא בשו"ע חו"מ רט, ב, בלא חולק, ואילו מש"כ בדין מסיים השדה, הביא השו"ע יש חולקים, עומד האמרי ברוך בהגהותיו לשו"ע חו"מ (רמא, ד). כאשר מוכר לו כל מה שבבית, אין החסרון מדין דבר שאינו מסוים, שהרי סיים לו עכ"פ מה שיש בבית, אלא כיון שאינו יודע מה יש בבית, אם תבן ואם זהב, הרי זה משחק בקוביא והוי חסרון בקנין מדין אסמכתא, לכן זהו דין מיוחד בהלכות מכירה ולא במתנה, (וני"ל דט"ס מש"כ בסוף דבריו "לא קנה מקבל מתנה", וי"ל "קנה מקבל מתנה"), עיי"ש.]

וכאמור לעיל, נראה דהן לשיטת הרמב"ם וכ"ש לחולקים עליו (וכדבריהם נראה מדברי האחרונים להלכה), בנדו"ד שמשכיר חדר במלון מסוים, אף שהחדר אינו מסוים, אין כאן חסרון בקנין ומהני השכירות.

ח. קנין דבר שאין בו ממש

עוד טען אותו ת"ח דבשכירות חדר במלון הוי חסרון בקנין בדבר שאין בו ממש, כיון שלא משכיר לו גוף החדר אלא רק זכות הדיורין. ולענ"ד גם בזה לא צדקו דבריו. מקור הדין הוא מהגמ' בב"ב קמז, ב: אמר רבא אמר רב נחמן, שכיב מרע שאמר ידור פלוני בבית זה, יאכל פלוני פירות דקל זה, לא אמר כלום, עד שיאמר תנו בית זה לפלוני וידור בו, תנו דקל זה לפלוני ויאכל פירותיו. והרשב"ם שם (בד"ה א"ר נחמן), ביאר וז"ל:

"שהדירה אין בה ממש להקנותה, ופירות דקל נמי אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, וכיון דמתנת בריא אפילו בקנין סודר לא קני, דמילי לא מיקנו א"כ הקנה לו החפץ כגון דקל לפירותיו ובית לדור, מתנת שכיב מרע נמי לא קניא ..."

מבואר מדבריו שהחסרון במקנה זכות מגורים - מפני שאין לקנין על מה לחול, שקנין חל רק על דבר שיש בו ממשות. ובפירות דקל החסרון הוא אחר - מפני שלא באו לעולם. (ועיין בסמ"ע ריב, א, בט"ז ריב, א ובקצוה"ח ריב, א מש"כ בזה). והרשב"א בחידושו לב"ב (קמז, ב) הביא את פירוש הראב"ד שפירש את שניהם מטעם אחד - מפני שאינם בעולם, וז"ל:

"... שאינה נקראת דירה אלא על-שם עמידתו שם, ואותה עמידה אינה עד שיעמוד שם ... ומיהו לענין דינא לא נפקא מינה מידי, דבין דבר שאינו גוף בין דבר שאינו בעולם, אינו בשכיב מרע אלא כמו שישנן בבריא."

לשיטת הראב"ד גם בהקנאת זכות מגורים, הו' חסרון של דבר שלא בא לעולם, כיון שדירה משמעותה "הווה", והדירה העתידית אותה מקנה, אינה כעת בעולם. ובשטמ"ק (ב"ב קמז, ב) הביא בשם הרא"מ, דהן באכילת פירות והן בדירת בית, בתרוייהו החסרון דהוי דבר שאין בו ממש: "ואין לו גוף מצוי בעולם דהוה ליה כקנין דברים, שהרי הקנין לא היה בגוף הבית ולא בגוף הדקל ... והאכילה והדירה, מעשה הם, ואינם דבר שיש להם ממש ולא גוף מצוי בעולם כדי שיהו בתורת הקנאה". כלומר, ניתן להקנות חפצים ולא פעולות, וכאשר מקנים פעולה "לדור" או "לאכול", הפעולה אינה חפץ שיתפוס בו קנין. בהמשך מביא בשטמ"ק את פירוש רבי יהונתן, וז"ל:

"... שאין גוף הבית והדקל נקנין לו בלשון זה אלא הפירות לחודייהו רצה לתת לו, אבל אין מועיל לו דיבור זה, דמצי אמר ליה בעל הדקל עקור פירותיך שקול וזיל, כי לא יתבשלו בגוף דקל שלי. וכן נמי בידור פלוני בבית זה, ואמרו לו יורשיו, שהם בעלי הגוף של בית, לא תכנס בבית. אבל כשיאמר לו בפירוש תנו דקל זה לפלוני שיאכל פירותיו או בית זה וכו', ודאי גוף הבית והדקל הקנה לו."

נראה מדבריו דבדירת בית ואכילת פירות דקל, חל הקנין ואין כאן חסרון בחלות הקנין, החסרון הוא בהוצאת הקנין מן הכח אל הפועל. מימוש של הקנין שחל על הפירות ועל הדירה מהוה בעיה מבחינתו של הקונה, שהרי יכול המקנה לומר לו עקור פירותיך ואיני רוצה שיגדלו באילני, או שתדור בבית מבלי להשתמש בגוף הבית, וכיון שהדבר לא שייך מהבחינה המעשית, "אין מועיל לו דיבור זה", אף שהאכילה והדירה נקנו לו.

[ובהגהות מימוניות (זכיה ומתנה י, ז) ובהגהות מרדכי (ב"ב סי' תרעא) הביאו מרבינו נחשון שפירש דהא דלא מהני ידור פלוני בבית זה, "מפני שלא אמר ידור בו כך וכך, ידור בו שעה אחת משמע". ונראה דאליבא דרבינו נחשון תופס קנין גם בדירה ובאכילה, אלא כיון שמפרשים את הדירה והאכילה עד למינימום, לא יועיל לו הקנין כלום. ועיין במהרשד"ם (חחו"מ סי' שכג) דלפ"ז מהני ירושה בדירה ואכילה. (ועיין בש"ך ריב, ב ובחתם סופר חחו"מ סי' קנ).]

וגם לשיטות (שהם רוב הראשונים) הסוברות שבדירת בית הוי דבר שאין בו ממש, נראה דהחסרון הוא בדרך האמירה, דהיינו שאמר לשון פעולה ולא הזכיר חפץ שעליו יחול קנין. כן נראה גם מדברי רבינו יונה בסוגיא: "... כיון שלא הזכיר דבר הנקנה". הרי שהמודד אם מדובר בשכירות של בית או הקנאה של זכות מדור, תלויה בלשון בה אמר המוכר. אמר אני משכיר לך את הבית, הרי שיש כאן שכירות בית לדירורין דמהני, ואם אמר אני משכיר לך את הזכות לגור בבית, הרי שהשכיר לו את הזכות לדור, והוי דבר שאין בו ממש ולא נתפס בו קנין. זה שורש ההבדל בין שכירות דירה ל"ידור פלוני". לפ"ז נראה בנדו"ד שמשכיר לו חדר במלון, הרי אומרים במפורש שמשכיר לו חדר במלון, ומזכירים את החדר, ובהכי סגי שמגלים דעתם שאינם משכירים רק את הדירורין אלא גם את החדר. ומה דאיתא בגמרא "ידור פלוני בבית זה", כיון שהזכיר דירורין והבית כמראה מקום הוא לו, ע"כ לא מהני, כיון שנתן לו רק לדור, אבל כשאומר שהוא משכיר לו את החדר או את הבית, הרי הבית והחדר עליהם חל שם השכירות, והוי כמשכיר לו גוף הבית וגוף החדר. דגם מדברי הגמרא נראה דלא מהני דוקא כשנותן לו להדיא רק זכות דירורין או זכות אכילת פירות, אולם כשאומר שתמא שמשכיר לו את הבית, הרי שמשכיר לו גוף הבית. ועיין במשפט שלום ריב, א (ד"ה והנה המהרשד"ם) דהיכי שהלשון סובל לפרש כוונתו באופן המועיל, כולי עלמא מודו למהרשד"ם, עיי"ש. ואף שהמהרשד"ם מיירי לענין אם כבר דר בבית, מ"מ נראה דהוא הדין היכא דלא דר עדיין בבית, אם הלשון סובל שהקנה לו באופן המועיל, אמרינן דמהני הקנין.

ודין זה הובא ברמב"ם בשני מקומות, בהלכות זכיה ומתנה י, טו לענין מתנת שכיב מרע: "... שהדירה והאכילה וכיוצא בהן הן כדיבור וכשינה שאינן נקנין, אבל אם אמר תנו בית זה לפלוני כדי שידור בו עד זמן פלוני ... דבריו קיימין". ומבואר שאין לקנין על מה לחול, והיינו כדברי הראשונים הנ"ל ולא כרבינו יונתן. (ומש"כ שידור בו עד זמן פלוני, עיין בתשי' שער אפרים סי' קלג, ובשואל ומשיב קמא, ח"ג סי' קנז). וכן פסק הרמב"ם בהל' מכירה כב, יג-יד,

"אין אדם מקנה לא במכר ולא במתנה אלא דבר שיש בו ממש, אבל דבר שאין בו ממש, אינו נקנה. כיצד, אין אדם מקנה ריח התפוח הזה או טעם הדבש הזה או עין הבדולח הזה, וכן כל כיוצא בזה. לפיכך המקנה לחבירו דירת בית זה או אכילת פירות דקל זה, לא קנה עד שיקנה לו גוף הבית לדור בו וגוף האילן לאכול פירותיו."

וברמב"ם נמצא לכאורה יתור לשון, שהביא דוגמאות לדבר שאין בו ממש מריח התפוח וטעם הדבש, דוגמאות שלא נזכרו בגמרא, ואח"כ הביא את דין הגמרא בלשון לפיכך. ועיין במהר"ם אלשיך (סי' פז ד"ה ובזה) שעמד על דקדוק לשון הרמב"ם, ותורף דבריו דהרמב"ם בא לאפוקי שלא נטעה דאף אותיות שבשטר אין בהם אלא טובת הנאה, וע"כ בא הרמב"ם לאפוקי שאותיות כן נקנים, וכמו שפסק בהל' זכיה י,ב (ועיי"ש ברב המגיד ובלחם משנה), ודוקא דומיא דריח טעם ומראה לא נקנים, עיי"ש.

וכאמור לעיל נראה דבחדר במלון שאומרים במפורש שמשכירים את החדר במלון, א"כ הוי שכירות חדר ולא דבר שאין בו ממש. וראיתי בפתחי חושן (שכירות פרק ד הערה א) שכתב וז"ל:

"ויש לדון בשכירות חדר במלון, שלכאורה נראה שאין משכירים גוף החדר אלא זכות ללון ולדור בו והוי כדירת בית. ולא מיבעיא כשמזמין חדר סתם ואינו קובע איזה, פשוט שאין כאן דבר מסוים שיחול עליו דיני קנין, אלא אפילו כשמיחד לו חדר מסוים, נראה שאין זה קנין בגוף החדר אלא לדור בו, אא"כ נדון בזה מכח סיטומתא."

וכבר כת' לעיל שלא שייך לדון כאן מדין דבר שאינו מסוים, כיון שהמלון מסוים, וע"כ אף לשיטת הרמב"ם אין צריך ליחד חדר מסוים, כל-שכן לשיטות החולקות על הרמב"ם. ואף מש"כ שמן הסתם נותן לו רק זכות מדור, לעני"ד נראה דהדבר תלוי בלשון השכירות, ואם אכן במלון היו אומרים שנותנים לו זכות דירה, צדקו דבריו, אולם כאמור הלשון היא שמשכירים את החדר, והוי כמו שכירות של דירה, ואף שלא אומרים שמשכירים לו החדר לדור בו, מ"מ בלשון משכירים את החדר מונח שכירות של גוף לפירות ומהני, ואין צריך בזה לקנין סיטומתא.

ולא דמי נדו"ד למה שדנו האחרונים בדיון זכיונות, אם מהני בהו קנין. עיין בפת"ש חו"מ ריב,א מה שהביא מתש' נאות דשא סי' קיג דמהני מדין סיטומתא ודינא דמלכותא. וכן בכסף הקדשים (ריב,א) כתב דמהני מדינא דמלכותא. דחזקות וזכיונות ודאי שאין כאן גוף שיכול עליו קנין, וכל הזכיונות הינם נתינת רשות ולא גוף והם דבר שאין בו ממש. משא"כ שכירות חדר, שיכול להשכיר גוף החדר וכן את זכות הדירורין, ובמקום שאין לנו גילוי דעת שרוצה לתת אך ורק זכות דירורין, אמרינן שנותן לו באופן המועיל.

וכאמור לעיל בשאלה הראשונה, נראה דגם בנדו"ד יש מקום לומר שכל הכסף נועד כדי להבטיח את מימוש השכירות ותשלום נזק במקרה של אי מימוש, ולא עבור קנין. אך מ"מ נראה לעני"ד לחלק בין טיול למלון. דבטיול אפשר דאין כאן דבר של ממש, דהרי כשחברה מארגנת טיול, בדר"כ האוטובוס עדיין לא נשכר מחברת האוטובוסים, והוי דבר שלא בא לעולם ואין בו ממש וכו', ואף לענין שכירות הקבלן יש לומר שאין זו כוונתם. משא"כ במלון טפי י"ל שמתכוונים לקנין ודמי לשכירות בתים. וכנ"ל גם לענין הטיול לא רציתי להכריע ע"פ סברא זו.

ט. מבטל כיסו של חבירו בריוח ברור

לאחר שבררנו שמועיל קנין לענין החדר במלון, הוא הדין דמהני קנין לענין הארוחות שאוכלים במלון, שהרי בזה הוא שוכר קבלן לספק לו ארוחות, וכנ"ל דמהני בזה קנין. והואיל ושמעון שילם עבור הנופש (אף אם שילם בחלקו), הוי קנין כסף. וכאמור - חברת הנופש אינה אלא שליח ומתווך שבין שמעון למלון. יש

אכן מצבים בהם חברת הנופש היא הבעל דין ודברים, כאשר היא מתחייבת להביא כמות מסוימת של אורחים, והם בבחינת שוכר שרשאי להשכיר, וגם בזה צ"ע לבדוק את ההסכם שבין החברה למלון. אך בנדו"ד לפי מה שהתברר, חברת הנופש שימשה רק מתווכת בין שמעון למלון, ובקבלת הכספים והעברתם, אך אינה בעלת מעמד משפטי של מוכר בעסקה זו. יתכן ומעמדה הוא כערב לעסקא, ולמעמד זה יש השלכה כפי שיתבאר להלן, אך עיקר התביעה להפסד היא של המלון כנגד שמעון.

ומעתה אם נבחן את העובדות, הרי שחברת הנופש הזמינה בכספו של שמעון שני חדרים במלון אחר. ביתרת הכסף שהיה בידה, שילמה החברה למלון עבור ההפסד שהיה למלון באי השכרת החדרים. השאלה שלפנינו - האם יכל המלון לתבוע את שמעון בעבור ההפסד שנגרם להם, ואם כן, האם החברה היתה רשאית להעביר את הכסף למלון בירושלים, או היה עליה להודיע זאת לשמעון, או בטרם ביצוע החליפין או לכל הפחות קודם העברת הכסף.

בניגוד למקרה הראשון (של הטיול), נראה דבנדו"ד אין לדון ולחייב את השוכר מכח הקנין. במקרה של הטיול, ביטל ראובן את בואו לטיול באופן חד צדדי, ללא הסכמת המארגנים. בזה יפה כוחו של הקנין לחייבו (אף שכתבנו לפוטרו מטעם אחר). אולם בנידון שלפנינו הביטול לא היה חד צדדי. שמעון לא ניהל כל מו"מ עם מנהלי המלון אלא רק עם המארגנים. המארגנים הסכימו לביטול ואף דאגו למלון חליפי. לאמור - היתה הסכמה לביטול הקנין. אמנם אם היתה הסכמה למחילת הנזק, במידה ויש נזק, על-כך נחלקו הצדדים, אך תחילה עלינו לברר אם ניתן לחייב את שמעון בנזק שנגרם למלון.

לטענת המלון, בימי הפסח נמצא המלון בתפוסה מלאה, כך היה בכל שלש השנים הקודמות. גם בשנה זו היה המלון בתפוסה מלאה, להוציא שני ביטולי הזמנה (נדו"ד ועוד ביטול, כאשר שאר הביטולים מולאו מיד ע"י החברה המארגנת שביטלה את ההזמנה). אמנם שני החדרים שנועדו לשמעון הושכרו למזמין אחר לשביעי של פסח ושבת, וכן ליום אחד בחוה"מ, אך חמישה ימים היו החדרים ריקים. השאלה אם חייב שמעון לשלם למלון על ההפסד שנגרם עקב ביטול ההזמנה, ואם כן, האם פיצוי מלא או חלקי.

איתא בירושלמי ב"מ (פרק איזהו נשך, ה"ג): הנותן מעות לחבירו ליקח בהן פירות למחצית שכר ואמר לא לקחתי, אין לו עליו אלא תערומת. והוא מדברי התוספתא בב"מ פ"ד. ובהמשך הירושלמי - אמר רבי יצחק, הדא אמרה, המבטל כיס חבירו, אין לו עליו אלא תרעומת. המבטל שדה חבירו, חייב לשפות לו. והוכיח רבי יצחק דינו מכח התוספתא, דאם כשנתן לו מעות להתעסק בהם והיו המעות בידו בבטלה, אין לו עליו אלא תערומת, שמע מינה שהמבטל כיסו של חבירו, שמונע ממנו ריוח שיכל להשתכר, אינו חייב לפצותו (עיין בפני משה). אמנם אם ביטל וקלקל הריוח שיכל להרויח משדהו, חייב לשפותו. וביאר בפני משה (שם בד"ה חייב):

"לפייסו בעד ההפסד שגרם בידיים לעשות לו. וטעמא, דבפירות השדה הריוח מצוי הוא וידוע, והוי כמאבד נכסי חבירו בידיים, כדתנן לקמן פרק המקבל, שאם קיבל שדה והובירה, שמין כמה ראויה לעשות ומשלם."

מבואר החילוק בין מבטל כיסו למבטל שדהו, דבשדהו הוי הריוח מצוי וידוע והוי ברי היזקא, וע"כ חייב, משא"כ במבטל כיסו לא הוי הריוח מצוי וידוע, וע"כ הוי גרמא בלבד ופטור. ובהמשך הירושלמי: המבטל ספינת חבירו וחות חבירו מהו. ולא איפשיטא הבעיא. והסביר הפני משה, וז"ל:

"מי אמרינן דהואיל ועשוין להשתכר ומצוי בהם הריוח, כשדה דמיין. או דילמא הואיל וגם ההפסד מצוי בהם וביותר מן השדה, דהספינה עשויה להשתכר וכיוצא בזה. וכן חנות מצוי ההפסד בו, למבטל כיס חבירו דמיא, דג"כ אינו ידוע אם היה קונה סחורה זו במעותיו מה יהא בה, ולפעמים מצוי ההפסד כמו הריוח, ופטור מלשלם לו, ולא איפשיטא."





הרי שמבחינת הריוח, מצוי הריוח בחנות ובספינה כמו בשדה. אלא שבשדה אין סיכון שתתקלקל ויפסיד את אשר לו, משא"כ בספינה שעשויה להשבר. ובחנות מיירי שאינו מבטל את גוף השכרת החנות אלא את פעילותה, ובזה דמיא לכאורה למבטל כיסו, אף שהריוח מצוי בה טפי (ועיין עוד בנימוק"י ב"מ סא, ב בעמוה"ר). המורם מהנ"ל, דהכל תלוי במידת היות הריוח מצוי וידוע.

ולכאורה מלשון הירושלמי שכתב דהמבטל כיסו של חבירו "אין לו עליו אלא תערומת", ולא כתב "פטור", משמע דגרע מדין דגרמא, דהיכא דקיי"ל דהוא פטור, משמע שאי אפשר לחייבו אף שאפשר דמדינא חייב, ונפק"מ שצריך לצאת ידי שמים, או היכא דהניזק מוחזק. אבל כאשר קיי"ל שאין לו עליו אלא תערומת, משמע שאין כאן דין חיוב כלל, ורק תערומת יש לו עליו, וצ"ע. ועיין בשו"ת מהר"מ מרוטנבורג (דפוס פראג סיק קמח) שכתב דדינו כרשע טפי מדין עני המהפך בחררה, עיי"ש ועיין להלן. וע"ע ברדב"ז בתש"י (ח"א סי' פד) שכתב דהמבטל כיסו של חבירו חייב בדיני שמים, וא"כ יש לו טפי מתערומת.

ודין מבטל כיסו של חבירו, הובא בראשונים למסכת ב"מ, על הא דאיתא בב"מ עג, ב: אמר רב חמא, האי מאן דיהיב זוזי לחבריה למיזבן ליה חמרא, ופשע ולא זבין ליה, משלם ליה כדקא אזיל אפרוותא דזולשפט (שם המקום שהיין ניקח ונמכר לשם לרוב הלוקחין יין בימות הבציר - רש"י). אמר אממר, אמריתא לשמעתא קמיה דרב זביד מנהרדעא, אמר, כי קאמר רב חמא היני מילי ביין סתם אבל ביין זה לא, מי יימר דמזבני ליה ניהליה. רב אשי אמר, אפילו יין סתם נמי לא, מאי טעמא אסמכתא היא, ואסמכתא לא קניא. ובמחלוקת רב חמא ורב אשי קיי"ל כרב אשי דהוי אסמכתא ולא קניא, כמבואר בשו"ע יור"ד קעז, מ וחור"מ קפג, א. והרא"ש (שם בהס"ט) כתב דרב חמא מיירי שהתנה עימו שאם לא יקנה שימציא לו יין משלו, דאלי"כ הא קיי"ל המבטל כיסו של חבירו, אין לו עליו אלא תערומת. והיינו, דאם לא התנה יש לנותן טענה רק מצד ביטול כיסו, ואינו צריך לתת לו יין אף לרב חמא. והחשוב לתת יין הינו רק מכח התנאי שהתנה שימציא לו יין משלו.

ונראה דהא דהוי מבטל כיסו של חבירו דפטור, מפני דדמי לגרמא ולא הוי ברי היזקא, אולם במקום דהוי ברי היזקא, חייב אף במבטל כיסו. כן נראה מפרוש דברי הירושלמי שהוא מקור הדין, וכנ"ל. כך נראה מדברי המהר"מ מרוטנבורג (דפוס פראג סי' רצח) בבאור החילוק בין דין מבטל כיסו של חבירו, למקבל קרקע המתנה שאם אוביר ולא אעבוד אשלם במיטבא:

"דהתם בידו לעובדה ומזיק בגוף הקרקע במה שהובירה, אבל מבטל כיסו של חבירו, אע"פ שאמר לו ליקח פירות, אינו חייב, דמי יימר דמזבני."

ובאור הדברים - דבקרקע שהובירה, כיון דהוי בידו, הוי ברי היזקא וחייב, משא"כ במבטל כיסו, כיון שאין הדבר תלוי ביד המקבל. וממשיך המהר"מ מרוטנבורג ומקשה מהא דמסכת מכות (ג, א): מעידנו באיש פלוני שחייב לפלוני אלף זוז עד ליום והוא אומר עד י שנים, והוזמו, אומדין כמה אדם רוצה ליתן ויהיו בידו י שנים. ולכאורה כיצד ניתן לחייבם, הא דמי למבטל כיסו של חבירו. ותירץ:

"דהתם היו המעות תחת ידו להרויח בהם והיו רוצים להוציא מידו ומפסידים אותו בידיים, אבל במבטל כיסו לא היו בידו של מלוה."

גם כאן נראה דבהא דאיתא במסכת מכות כיון שהיו המעות תחת ידו להרויח בהם, הוי ברי היזקא וחייב. וכן נראה מדברי המהר"מ בתש"י (שם סי' קמח) בראובן שהלוה לגוי, ובא שמעון ואמר לגוי אלוה לך בפחות ותפרע לראובן;

"אין חייב לשלם לו כלל דלא ברי היזקא ואין כאן אלא ספק גרמא, דשמא לא יוכל ראובן להלוותם כל-כך מהרה ודמי למבטל כיסו של חבירו. מיהו יש לקרותו רשע טפי מעני המהפך בחררה ובא אחר ונטלה ממנו נקרא רשע."

הרי שהחילוק הוא אם ברי היזקא או לא, דהיכא דברי היזקא, חייב לשלם, והיכא דלא הוי ברי היזקא, הוי גרמא ופטור. גם בתש' חוות יאיר (סי' קנא) דן במי ששכר סוס לזמן מסוים, ובעקבות עלילה עיכבו את הסוס מעבר לזמן ששכר, ותובע המשכיר מהשוכר תשלום עבור כל אותם ימים שעייכב השר את הסוס. ודן החוות יאיר מדין מבטל כיסו של חברו "דלא הוי אלא גרמא. והקשה החוות יאיר מדין הדר בחצר חברו שלא מדעתו, שאם החצר עשויה לשכר, חייב הדר לתת לבעל הבית שכרו. והוא הדין בהתקף ונוטל ספינתו של חברו העשויה לשכר. ובתחילה רצה החו"י לחלק, דהא דמבטל כיסו של חברו מיירי כשבאו המעות בהיתר לידו, לכן מה שמעכב הוי רק גרמא, משא"כ הדר בחצר חברו שלא מדעתו או התוקף ספינתו של חברו, דבאיסורא אתי לידיה. אלא שהחו"י דוחה סברא זו, דא"כ כל מי ששכר בית של חברו ונתעכב כמה שנים מעבר לשכירות, יהיה פטור לשלם מה שנתעכב כיון דבהיתרא בא לידיה, וזה לא מסתבר. ומחלק החו"י בדרך שונה, וז"ל:

"ויותר נ"ל לחלק דבית וספינה שעומדים להשכיר ודרך העולם שאינם עומדים פנויים, דשכיחי טובא שוכרים ואין צריך בעלים דידהו לשום טורח ועמל להמציא פירותיהם שהם שכרם, דממילא באו. משא"כ מעות דצריך התחכמות והתעסקות, קניה ומכירה וחליפין ובכהאי גוונא, לכן אפילו אם ידוע וברור שהיה בעל המעות מרויח בהן אם היו מעותיו בידו, מ"מ פטור זה, כל-שכן באינו ברור, דמצי למימר מי יימר שהיית מרויח."

מבואר דהחילוק הוא בין ברי היזקא - אם ודאי יכול להשכיר בלי טורח, לבין היכא דלא ברי היזקא, וע"כ בשכירות בתים וספינה דיכול להשכיר בנקל, הוי ברי היזקא וחייב, משא"כ במעות שצריך התחכמות כדי להרויח, הוי גרמא ופטור. ובקצוה"ח שי, א הביא את דברי החו"י ותיירץ קושיותיו באופן שונה. דמה שהקשה מהדר בחצר חברו שלא מדעתו, לא קשה, דהתם היינו טעמא דקרקע אינה נגזלת וע"כ חייבים לשלם שכר, משא"כ מטלטלין דנגזלין, כל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה ואינם משלמים שכר של שימוש. ובספינה העשויה לשכר, אינו משלם רק אם ירד אדעתא דשכר. והוא הדין נמי במבטל כיסו של חברו, אינו חייב לשלם א"כ קיבל המעות אדעתא ליתן ריוח לבעל המעות, עי"ש. אמנם נראה דהקצוה"ח לא פליג על סברת החו"י המחלקת בין ברי היזקא ללא ברי היזקא, רק ס"ל דממקום שהקשה החו"י, לא קשה מידי ותיירץ באופן שונה, אך בעיקר החילוק נראה דלא פליג.

וכדעת החוות יאיר נמצא בדברי המחנה אפרים (גזילה סי' יא). המחנה אפרים דן במי שהביא יורה שלו לבית חברו כדי להוציא לו מים צרופים, ואחר שנגמרה מלאכתו, לא הניח לו חברו להוציא היורה מביתו, וביטלו ממלאכתו. והביא המחנ"א את מחלוקת הראשונים בדין הדר בחצר חברו דקיימא לאגרא, וכתב לחלק בין דין הדר בחצר חברו למבטל כיסו של חברו, וז"ל:

"... דהתם לאו ברי היזקא, דאפשר שלא ירויח. ועוד, דבאותה שעה עדיין לא היה שם מי שהיה לוקח בריוח. לא כן בדר בחצר חברו, דע"י שזה נכנס ודר בה, אינה נשכרת לאחרים, נמצא שעל-ידו מפסיד לחברו וברי היזקא."

והוסיף המחנ"א דכל כהאי גוונא חייב מדינא דגרמי, וראיה מדברי התוס' בב"מ עו, ב בדין מי ששכר פועלים וביטל שכירותו, ואמש יכלו להשכיר עצמם וכעת לא, דחייב לשלם להם שכרם מדינא דגרמי, ואף שכתב לדחות ראיתו, דיש לחלק בין נזק שבת באדם לנזק, מ"מ בעיקר הדין דהיכא דהוי ברי היזקא דחייב, נשאר כן למסקנת הדין, וא"כ בכל מבטל כיסו היכא שיש לו ריוח דמוכח דומיא דהדר בבית חברו דקיימא לאגרא, חייב לשלם, והיא ממש כסברת החו"י הנ"ל. [ועיין עוד במהרש"ם ח"ב סי' קצח דפסק דכל היכא דההיזק בא מיד (בנדון שם, ששוכר החנות מניחה ריקם ומרגיל הקונים ללכת לחנות אחרת), הוי ברי היזקא. רק שבנדון המהרש"ם הדין היה על לכתחילה ולא שכבר נעשה הנזק, עי"ש.]

ובחתם סופר בתש' (חו"מ סי' קעח ד"ה ובשיטה) הביא מדברי הריטב"א בסוגיא בב"מ, וכתב בבאור דבריו, וז"ל החת"ס:

"וצ"ל דס"ל לריטב"א דהך דירושלמי דמבטל כיסו דקאי אברייתא דנותן מעות לחבירו על פירות, היינו טעמיה דפוטור משום שאין ההפסד ברור שהיה בידו לעשות, משום הכי הו"ל גרמא ... אבל היכי שההפסד ברור, לכ"ע שחייב. ונפק"מ מי שנתן מעות ליקח לו סחורה והלה יושב ואינו עוסק כלום, והוא תובעו במעותיו ומברר שיכול להרויח ריוח ברור ומ"מ זה מעכבו, הרי זה צריך לשלם לו כל הפסדו שע"י עיכובו."

ובמסקנות הדינים העולים, כתב החתם סופר שם באות ה, וז"ל:

"... אבל אם היזקו של זה ברור והשליח היה יכול על זה בודאי ופשע ולא עשה, מבואר מהריטב"א הנ"ל שחייב לשלם. ולפענ"ד כל הפוסקים מודים לו, מ"מ הואיל ולא מצאתי כן להדיא, וכן במרדכי דב"ק סי' קטו לא משמע קצת כן, על כן כשיבוא לידי אראה לפשר ולבצע עכ"פ."

העולה מדברי החתם סופר דיש לחלק בין ריוח ברור לריוח שאינו ברור, דבריו ברור חייב, ומ"מ ראוי לפשר ולבצע, אך מ"מ אינו בכלל הדין של מבטל כיסו של חבירו. דהיכא דהוי ריוח ברור, אינו בכלל גרמא אלא גרמי. וכן מבואר מדברי הנתיבות פג"א, דאם שלח שליח לקנות חיטים ולא קנה השליח, ונראה משאר כל הסותרים שקנו תבואה באותו מקום שהרויחו, "שחייב לשלם מטעם אם אוביר ולא אעביד". והיינו מדינא דגרמי, כמבואר בירושלמי ובראשונים הנ"ל, כיון דהוי ברי היזקא. ועיין באמרי בינה (הלואה סי' לט ד"ה אולם) דחולק על החתם סופר וס"ל דרק בהתנה, דומיא דאם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא, חייב לשלם, וכל זמן שלא התנה אין לחייבו אלא בריוח ברור.

והנה הרמ"א בשו"ע חו"מ רצב, הביא מדברי המרדכי בב"ק (סי' קכה) וב"מ (סי' רצה), וז"ל הרמ"א:

"... מיהו אם בא בעל הפקדון ואמר תן לי פקדוני ואני ארויח בהן לעצמי והלה מעכב בידו, חייב ליתן הריח מכאן ולהבא. אבל אם אומר הנפקד הוצאתים בעסק, אם תרצה קבל עליך העסק בין לשכר בין להפסד, הדין עם הנפקד."

ומבואר לכאורה מרישא דברי הרמ"א, דאף דלא הוי הנפקד אלא מבטל כיסו של חבירו, בכל זאת חייב לשלם ולפרוע מה שמבטל כיסו, וזה לכאורה נגד הירושלמי והראשונים הנ"ל. והשו"ך שם רצב, טו הביא מהרש"ל בב"ק (פי"ט סי' ל) דפטור בכ"ג, ופליג על המרדכי, "ואפילו תבעו לדין ואמר לו תן לי פקדוני כי יש לי ריוח ברור ומברר דבריו וזה מעכבו, פטור, דמבטל כיסו לא הוי אלא גרמא". לאמור - אפילו יש למפקיד ריוח ברור ומברר ומוכיח שיש לו ריוח צפוי כזה, והנפקד מעכב הפקדון, פטור הנפקד. והדברים מבוארים ביש"ש סו"ס ל, וזה צ"ע, דאם מברר דבריו בעדים שיש לו ריוח ברור, אמאי הוי גרמא ולא גרמי. ואפשר דהיש"ש ס"ל כשיטת הריצב"א והריב"ש דלא דנינן דינא דגרמי אלא בדבר השכיח ורגיל שקנסו חכמים, וצ"ע.

ועיין בתש"י פנים מאירות (ח"א סי' פב - הובאו דבריו בפת"ש חו"מ רצב, ה) באחד שהביא ליריד ברזל, והיה לאחד מבני העיר תביעה עליו, ובא במרמה לקנות ממנו הברזל תוך הבטחה שישלם לו בסוף היריד, ולאחר שנגמר היריד סרב לפרוע לו, וכעת לא יכול המוכר למכור סחורתו. והשיב דבכגון זה הוי מזיק גמור, ואפילו לא כיון להזיק אלא להציל את שלו, מ"מ חייב. וע"ע בנתיבות שם מה שהביא מהמשנה למלך (וצוין גם בהגהות אמרי ברוך) דמבטל כיסו שהרויח מהביטול, חייב לשלם הריח כשמברר דבריו שהרויח מהביטול. וכן ראיתי גם במהרש"ם (ח"ה סי' כא), דהיכי דזה נהנה, לכ"ע חייב גם במבטל כיסו. ועיין עוד במחנה אפרים (ריבית סי' מא) מש"כ בזה.

המורם מהנ"ל דדין מבטל כיסו של חבירו דפטור הוא דוקא במקום שלא ברי היזקא. כן נראה מהירושלמי ומהאחרונים הנ"ל. אמנם מהאמרי בינה נראה דבכל

גוונא פטור אא"כ התנה, וצ"ע אם יוכל המוחזק לומר קים-לי כמותו. וכנ"ל, החתם

סופר כתב לבצוע ולפשר, אף שנראה דעתו נוטה לחייב בברי היזקא. והנה בנדון שלפנינו טוענים מנהלי המלון (באמצעות המארגנים) שהיה להם הפסד בביטול שביטל שמעון את הזמנתו ברגע האחרון (יומיים לפני החג). הם טענו והוכיחו (בהוכחה סבירה לכאורה, ע"פ מסמכי המלון) שבשלוש השנים האחרונות היה המלון בתפוסה מלאה, ולא רק שלא היה בו חדרים פנויים אלא אף היו מספר אנשים שהיו בעמדת המתנה, אם יתפנה חדר במלון. גם בשנה זו היה המלון בתפוסה מלאה, להוציא החדרים שבוטלו ברגע האחרון, ואף האנשים שהיו בעמדת המתנה, כבר שכרו חדרים במקום אחר. מתוך עיון במסמכים שהציגו ומתוך ברור שערכתי, התברר שאכן אם היה שמעון מבטל את הזמנתו שבועיים לפני הפסח או לא מזמין כלל, נראה שהחדרים שהזמין היו תפוסים ע"י אחרים. אם נגדיר את השאלה ע"פ מש"כ לעיל, הרי בנדו"ד הוי ברי היזקא. ולכאורה גם בברי היזקא היה הדין נותן שיש לפשר, וכמש"כ החתם סופר בתשי' (הני"ל), ורק מוחזקותו של המלון בכסף של שמעון מאפשרת למלון לטעון טענת קים-לי כפוסקים דאין בברי היזקא פטור של מבטל כיסו של חברו, והם רוב מנין האחרונים הני"ל, ואילולי מוחזקות המלון, ודאי שהיינו נוטים לפשרה קרובה לדין, לחייב את שמעון בשני שלישים.

אלא שיש לאמוד גם את מידת הנזק שקרה למלון, ואם שכרו מלא או כפועל בטל. דאם באים אנו לדון ולחייב מדין מבטל כיסו של חברו בריוח ברור, א"כ על המזיק לשלם כל הריוחים שיכל המלון לקבל מהחדרים, להוציא הוצאות שנחסכו באי השימוש (נקיון החדרים, אוכל וכו'), שאף שעל פניו אינן הוצאות משמעותיות במכלול הוצאות החדרים "ונר לאחד נר למאה", מ"מ נראה שיש לנכות הוצאות אלה ע"פ שעור יחסי וע"פ אומדן דעת. אמנם נראה לחלק בין הוצאות נקיון (שכר לעובדי הנקיון) להוצאות האוכל, דבשכר עובדי הנקיון הוי ממש "נר לאחד נר למאה", שהרי אינם שוכרים עובדי נקיון מיוחדים לכל חדר וחדר אלא מחזיקים מצבת כח אדם לכלל החדרים, משא"כ הוצאות האוכל.

י. כשהזיק בשוגג ובחוסר רצון

אלא שבנדו"ד יש לברר את טענת שמעון שהבין מהמארגנים שאין כל בעיה בהחלפת המלון. השאלה אם יש כאן מחילה או מניעה לגביית הנזק, וכן לברר את מעמדם ההלכתי של המארגנים, ששילמו על הנזק למלון בעבור שמעון, מבלי ששמעון הרשה להם, בודאי שלא ביקש מהם, לעשות זאת.

באשר לטענת שמעון שהמארגנים נתנו לו להבין שאין כל בעיות ושעלות המלון השני פחותה מעלות השכרת השהייה במלון בירושלים ושיקבל החזר. זה ברור שהואיל וכל המו"מ היה עם המארגנים, אם היו המארגנים אומרים מפורשות שמגיע לו החזר, והם מודיעים לו שהוא פטור מכל נזק, הואיל והם שליחים ומתווכים, וכל המו"מ נוהל דרכם, יש לראות בכך מחילה לכהפ"ח מצידם, ואין שמעון צריך לשאת בנזק, מאחר והמתווך - שהוא מוסמך ומוסכם גם מהמלון - אמר שאין עליו לשלם את הנזק, אם יהיה כזה.

וטענה טובה טוען שמעון - אילו הייתי יודע שלא אקבל את ההפרש (700 דולאר), הייתי בא למלון בירושלים. לאמור - זה שלא ידעתם אותי שיש כאן הפסד למלון ועלי לשאת בהפסד, הוא הגורם והנותן להפסד, ואילו הייתי יודע שיש כאן הפסד, לא היה כאן הפסד. אתם הטעתם אותי. ונראה שצדקו דבריו ויש בהם כדי לפוטרו מחובת התשלום. גם אם נקבל את טענת החברה המארגנת שלא אמרו לו בפירוש שיקבל החזר, הרי שמהלך השיחה (גם לטענתם) היה בו כדי להבין שאכן יש כאן הפרש שהוא יקבלו בעבור ההחלפה. החברה לא התנתה כל תנאי באם המלון בירושלים יוכל להשכיר את החדרים שנשכרו ע"י שמעון לאחרים, ואף לא אמרה לו שיש כאן איזה נזק שיכול להגרם. במשך היומיים עד פסח, לא טרחו המארגנים לעדכן את שמעון שיצטרך לשאת בהפסד שיגרם למלון. המלון שידע מיד על הביטול, מדוע לא דאג להודיע לחברה המארגנת שתודיע לשמעון לאלתר שיצטרך לשאת בהפסד שיגרם?

לאור זאת נראה שאף אם יש מקום לדון מזיק כנדו"ד כמזיק בגרמי, מ"מ בנדו"ד שלא רצה לגרום כל נזק ולא היה מודע לעובדה שיש כאן נזק, הרי שאפילו אם היה דינו כמזיק בגרמי, הרי הוא כמזיק בגרמי באונס, שאילו היה יודע שיש כאן נזק, לא היה מזיק, וכל הנזק נגרם מפני שהמארגנים לא הודיעו לו, והוי אנוס לעשיית

הנזק. [וצ"ע אם הוא אנוס או שוגג. דלכאורה אנוס היינו שהכריחו אותו לעשות את המעשה, והמעשה נעשה בניגוד לרצונו. ושוגג היינו שלא התכוין במעשה שעשה כדי להזיק. וכאן הרי מעשה הביטול היה מרצונו, ורק אין כוונתו להזיק. אך לענין אפשר דכיון דלא היה מבטל אילו היה יודע שיגרם נזק, ואם היו מודיעים לו לא היה מבטל, אפשר דדמי טפי לאנוס. ומ"מ גם אם הוא שוגג, יש לפטור, וכדלהלן.]. והנה הש"ך בחו"מ שפ"ו הביא את דעת הישי"ש (ב"ק פ"ט סו"ס מז) דכל דיני דגרמי פטרינן באנוס, ומשמע דאפילו שורף שטרותיו פטור באנוס. והביא הש"ך מהרמב"ן דס"ל דדוקא מוסר ומוחל שטר דמזיקים בדיבור בעלמא, הקילו רבנן ולא עשו אנוס כרצון, אולם בשורף שטרותיו שהוא מעשה בידים, חייב אף באנוס. והסיק שם הש"ך לשיטתו דדינא דגרמי קנסא הוא. ונראה דבנדו"ד ודאי אף לרמב"ן לא חשיב כמזיק בידים, ואף לרמב"ן יהיה פטור בכגון זה. וכנ"ל שהרי לא ידע כלל ולא אסיק אדעתיה שהוא גורם כאן נזק, ועל הניזק היה להודיעו ולא לשתוק. ועיי"ש בש"ך דטעם אחד יש לפטור אנוס ולפטור שוגג. ועיין במש"כ בערוך השולחן חו"מ שפ"ו יא. (ועיין בש"ך חו"מ סו, פא, וכן בס"ק פב בדין מזיק בגרמי כשאינו מתכוין להזיק. אמנם שם מתכוין לעשות המעשה כדי להציל לעצמו אפילו שגורם נזק, ובנדו"ד לא ידע שבזה יש נזק, ואילו ידע, לא היה עושה כדי שלא יחויב, ובזה בכל ענין פטור). וכן נראה מדברי הרדב"ז בתשי" (ח"א סי' קלד) לענין מזיק שעבודו של חבירו, דפטור בנתכוין לטובת עצמו כמו בגרמי, כיון שהוא קנס. הרי דבגרמי פטור כל היכא שנתכוין להנאת עצמו (ולכאורה הם שתי הדעות שהובאו במרדכי בב"ק בס"י קיח ובסי' קצג, הובאו דבריהם ברמ"א בחו"מ שפ"ה).

לפ"ז נראה ע"פ הנתונים במקרה דנן, שאין מקום לחייב את שמעון בנזק שנגרם למלון. וכאמור - אינהו אזיקו אנפשייהו בכך שלא הודיעו לשמעון שהמלון יוצא ניזוק מביטול ההזמנה, שאם היו מודיעים שאין הפרש, מסתבר כדברי שמעון שהיה מעדיף להיות במלון בירושלים שהוא בדרגה גבוהה יותר מהמלון בשרון. ונראה דבנדו"ד לא שייך גם מה שכתב הרמ"א בחו"מ שפ"ו, דבכל גרמא בנזיקין משמתינן ליה עד דמסלק היזקא. ועיי"ש בסמ"ע ס"ק ט דלדעת הרשב"א בתשי" אינו חייב אלא על נזק שיארע אחר השמתא, ולדעת הרא"ש צריך לשלם כל הנזק. דהיינו דוקא בגרמא דומיא דשורף שטרותיו של חבירו, ופורץ גדר בפני בהמת חבירו, והם הגרמות המובאות בגרמא בפרק הכונס ובפרק הגוזל קמא, שעושה נזק אבל בגרמא, משא"כ בנדו"ד שעשה מעשה ולא התכוין כלל להזיק, והנזק נגרם עקב שלא הודיעו לו שיהיה כאן נזק. וכן לא שייך כאן מה שהביא הרמ"א מרבינו ירוחם, במי שהלוח לעכו"ם, ובא חבירו ואמר לעכו"ם להלוות לו בפחות, והחזיר ראובן מעותיו, דאף דפטור מטעם גרמא, מ"מ רשע מיקרי, וכאן לא שייך לקרותו רשע, וכנ"ל. והוא הדין שלא שייך לחייבו לצאת לידי שמים, דחייב זה הנאמר בגרמא בריש פרק הכונס, הוא דומיא דהמקרים שם, בפורץ גדר בפני בהמת חבירו וכד', שעשה נזק בגרמא שמכח הדין אי אפשר לחייבו, אבל בשוגג או אנוס, אין מקום לחייבו. כן מבואר בדברי המאירי ב"ק נו, א (בד"ה וכן הרבה), וז"ל:

"... והרבה כיוצא באלו שהם גרמא ופטור, אלא שיש מהם שפטור אף בדיני שמים, והוא שאין כוונתו כלל להזיק, כי הוא יודע תעלומות לב."

ואף אם היה חייב בדיני שמים, לא מהני תפיסת המלון. דהש"ך בחו"מ כח, ב הביא מהישי"ש דלא מהני תפיסה בחיוב לצאת ידי שמים. ועיין בחוות יאיר סי' מה דדוקא כשיכול לטעון לטובה התכוונתי, אך לא בכל גרמות, אך להלכה כתב כישי"ש. ומ"מ נראה דאף לסברת החוות יאיר, בנדו"ד לא מהני תפיסה, כיון דפשוט שלא היתה כל כוונה להזיק, והנזק נגרם בעטיה של אי ההודעה מצד המלון לשמעון. ובפרט שבנדו"ד אף לצאת ידי שמים אינו חייב.

וכאמור לעיל דינם של המארגנים כשליח וכמתווך, ויתכן אף שדינם כערב. אולם גם ערב אינו יכול לגבות חוב ששילם עבור הלוח, אם התברר בסוף שהלוח אינו חייב למלוח, אינו יכול לתבוע מהלוח מה ששילם עבור ערבותו, ועיין בזה בשו"ע חו"מ מט, י ובנו"כ שם, והוא פשוט. והואיל והמארגנים קיבלו את הכסף על דעת להעביר אותו למקום ששכר, ומשביטל והחליף את מקום הנופש בהסכמתם, היה עליהם להעביר את הכסף למלון השני, ואת היתרה להעביר לנותן (שמעון). הם הבעלי דין דברים עם שמעון, ולא המלון שתפס את כספו של שמעון. והואיל והעבירו את הכסף

למלון שלא ע"פ הוראה של בית דין, והואיל והעברה זו היתה שלא כדין, על המארגנים לשלם את סכום ההפרש לא כל קשר אם יקבלו מהמלון את כספם חזרה.

לאור האמור לעיל על המארגנים לשלם לשמעון סך של 700 דולאר.

#### מסקנות

א. חזר בו משכירות פועל, ואין הפועל יכול להשכיר עצמו כעת במקום אחר וקודם השכירות יכל להשכיר עצמו, חייב בעה"ב לשלם לפועל מדינא דגרמי. וקצוה"ח סובר דחיובו מדין דבר האבד.

ב. בביטול מחמת אונס בשכירות פועלים, קיי"ל דיד המוחזק על העליונה והמוציא מחבירו עליו הראיה.

ג. בביטול מחמת שינוי במזג האויר, אף שאין בזה משום אונס, מ"מ אין המבטל משום מחוסרי אמנה.

ד. נחלקו הראשונים אם אחר שביטלו חכמים קנין כסף במטלטלין מחשש שיאמר המוכר נשרפו חיטיך בעליה, אם מהני קנין כסף בשכירות מטלטלין.

ה. קנין משיכה של כלי אומנות, מהני בפועל.

ו. פועל נקנה בכסף, הואיל ולא שייך בו הטעם של נשרפו חיטיך בעליה, או מטעם דדמי לקרקע.

ז. שכירות פועל הנעשית באופן המועיל, בית דין מחייבים לקיים השכירות. ואם לא קיימו השכירות, דנים את המבטל בדיני נזיקין.

ח. כאשר דמי הקדימה אינם ניתנים אלא להבטחת השתתפות, אפשר שאינם ניתנים לשם קנין, וצ"ע.

ט. שכירות חדר במלון אינה בבחינת שכירות בדבר שלא בא לעולם.

י. הגם אם אינו מזמין במלון חדר מסוים, אין בזה חסרון של קנין בדבר שאינו מסוים.

יא. וכן נראה שאין בשכירות זו חסרון של קנין בדבר שאין בו ממש.

יב. כל שמשמש בלשון שכירות, אין בו חסרון של דבר שאין בו ממש.

יג. קיי"ל דהמבטל כיסו של חברו פטור. אולם במקום דהוי ברי היזקא, כגון בריוח ברור - חייב. וי"א דיש לפשר בכאי גוונא.

יד. נגרם נזק מחמת אי הודעת השליח או המתווך שבביטול יש נזק, יש לפטור את המזיק בגרמי מדין שוגג או אנוס.