

# עלון המשפט



ביה"ד "נתיבות חיים" שע"י מוסדות מענה שמחה י-ם בנשיאות הגאון הרב נפתלי נוסבוים שליט"א פנים מאירות 1 י-ם טל: 02-5023637

גליון חודש כסלו ה'תשע"ז | 90

פסקי דינים

## תוכן העניינים:

א | פסקי דינים - שכירות מטלטלין 1 - קנייני השכירות ודין אחריות השמירה

ב | תורת המשפט - אומן קונה בשבח כלי

## בית דין לענייני ממונות "נתיבות חיים"

### שע"י כולל חושן משפט אוהל יוסף

ניתן לקבוע תור לדיונים בביה"ד "נתיבות חיים"

בפל': 052-7642-346

(בין השעות 8:00-6:30 בערב)

הדיונים נערכים בשפות עברית, אנגלית ואידיש. ההרכבים בבית הדין הם בראשות הדיינים דלהלן:

#### יום א'

הגאון הרב יצחק שובקס שליט"א /

הגאון הרב אברהם בוטרמן שליט"א

#### יום ב'

הגאון הרב נפתלי נוסבוים שליט"א /

הגאון הרב צבי ברוורמן שליט"א

#### יום ג'

הגאון הרב יוסף פליישמן שליט"א /

(ניתן להזמין דיונים גם באנגלית)

#### יום ד'

הגאון הרב אברהם דברמדיקר שליט"א /

#### יום ה'

הגאון הרב יעקב פרבשטיין שליט"א

## "עלון המשפט"

יו"ל ע"י "מכון מענה שמחה"

בעריכת הר"ר ש. רוטמן

© כל הזכויות שמורות.

תגובות והערות ניתן לשלוח לפקס

02-502-3655

או בדואר אלקטרוני

maanesimcha@gmail.com

להצטרפות למנויים לקבלה במייל, ניתן

לשלוח מייל לכתובת:

alon.hebrew@gmail.com

הרב יוסף פליישמן שליט"א

## שכירות מטלטלין 1 -

### קנייני השכירות ודין אחריות השמירה

#### קנייני השכירות לעניין חזרה

1. שכירות מטלטלים נקנית בקניינים שמועילים במקח של מטלטלים, ואחר הקניין אין הצדדים יכולים לחזור בהם מהשכירות<sup>2</sup>. ואלו הם הקניינים המועילים: קניין משיכה [משיכת החפץ מהמקום שהוא נמצא למקום אחר]<sup>3</sup>. קניין חצר [אם החפץ נמצא או

#### ציונים והערות

1. אף שלפני שעשו קניין יכול כ"א מהצדדים לחזור בו, אך מ"מ אם היה ביניהם סיכום ברור על השכירות אסור לצד א' לחזור בלי הסכמת השני מדין מחוסר אמנה, וכמו שזכרנו ברש"י (ב"ק עט, ב ד"ה הני שטרא) לעניין שכירות מטלטלין "מיהו בשטר לא מקנו מידי דדברים בעלמא ניהו". ועיין בזה בעלון 48 ושם דין 6.

2. מקורו בגמ' (ב"מ צט, א) "אמר רבי אלעזר כדרך שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרים", וכך נפסק בשו"ע (שז, ב) "יכולן המשכיר והשוכר לחזור בהם עד שימשוך או שיעשה אחד מדרכי הקניין". (והנה זה שצריך תקנה בלקוחות הוא בכדי להפקיע מקניין כסף שמועיל מהתורה, שרק קניין משיכה מועיל, ולפי"ד צ"ב מה צריך לתקנה בשומרים שהרי שם אין שייך קניין כסף. ותירץ הערך שי (רצא, ה) שגם בשומרים שייך קניין כסף, שהרי כשהוא סומך על הנפקד ומפקיד חפציו אצלו הוא מהנה את הנפקד שהוא מוציא לו שם של אדם נאמן, והנאה זו נחשבת לתשלום דמים ומהתורה הייתה מספיקה לקניין שא"א לחזור מהשכירות, ובזה צריך לתקנה שרק משיכה קונה. ובזה יישב הערש"י את קושיית הקצוה"ח (רצא, ה) עיי"ש.

אכן דבריו נסתרים מהריטב"א (ב"מ צט, א ד"ה אלא לחזרה) בתרתי, שהנה הריטב"א כתב לעניין שאלה שיש שני חלקים בקניין שמירה, א' ההתחייבות באחריות השמירה, ב' מניעת הצדדים מחזרה מהשמירה, והסביר שהתקנה של משיכה נצרכת רק למניעת החזרה, אבל קבלת האחריות היא מיד כשקיבל החפץ, וז"ל: "טעמא משום דאדם משעבד עצמו בכסף, ובהיא הנאה דאושלה ניהליה ואפקה מרשותיה לרשות שואל גמר ומשעבד ליה נפשיה באחריות כאילו קבל ממנו שכר לשמור ולהתחייב באונסיה, ומיהו אם רצה המשאיל לחזור בו יכול לחזור בו (לפני תקנת המשיכה) כל זמן שלא התחיל השואל להשתמש בו", וחזין בדבריו תרתי, א' שהנאה שכתב הערש"י אינה מספיקה להיחשב ככסף אלא צריך הנאה של שואל, ב' שאף קניין כסף אינו יכול להועיל רק לקבלת אחריות השמירה, אבל למניעת חזרה צריך קניין משיכה וזהו שתקנו משיכה בשומרים).

ויש לציין שגם אחרי עשיית הקניין יכולים הצדדים לחזור בהם תוך"ד, ובקניין סודר יכולים לחזור כל זמן שעסוקים באותו עניין, וכמש"כ בשו"ע (קצח, ה-ו).

3. קניין משיכה נתקן ע"י חז"ל במקום קניין כסף שמועיל מהתורה. והנה לכא' נידון זה אם קניין משיכה יועיל בשכירות מטלטלים היה צריך להיות תלוי במחלוקת הראשונים אם מועיל קניין כסף בשכירות מטלטלים (ראה בדין הבא), כי במכר מצאנו שחז"ל הפקיעו את קניין הכסף ותקנו משיכה, אבל בשכירות מטלטלים - לפי הראשונים שמועיל קניין כסף - אם לא הפקיעו חז"ל את קניין הכסף לא תקנו לכא' שתועיל משיכה.

והנה לעניין שאר מקרים נחלקו הפוסקים אם מועיל קניין משיכה במקום שלא הפקיעו קניין כסף. הנתי"ה מ (קצו, א. קצט, ד) היה פשוט לו שמישיכה מועילה גם כשיש קניין כסף, וכן היה נראה למנח"ח (שלז, יג). אבל הביאו שהפני יהושע (קיד, כב, ב ד"ה אמר) היה פשוט לו להיפך שאם כסף קונה לא תיקנו משיכה, וכן הוכיחו האמרי בינה (קונטרס הקניינים ס' יב ד"ה ומ"מ) והמנח"ח מלשון הרמב"ם (מכירה ג, ו) שבמקום קניין כסף אין משיכה מועילה, שהרמב"ם כתב וז"ל: "אם היה ביתו של לוקח שיש בו החפץ שנמכר מושכר למוכר לא תקנו לו חכמים משיכה, שהרי המקח ברשות הלוקח, ומשנתן את הדמים נקנה המקח ואין אחד מהן יכול לחזור בו", וכן הוכיחו גם מהחינוך (מצוה שלו).

אולם האמרי בינה הוכיח מלשון המחבר (שז, ב) שכתב "יכולן המשכיר והשוכר לחזור בהם עד שימשוך או שיעשה אחד מדרכי הקניין" שמועיל קניין משיכה בשכירות, אף שהמחבר (קצח, ה) סובר שמועיל בה קניין כסף. ויישב את המחבר שלא ייסתר מהרמב"ם, שאף שלא צריך לתקנת משיכה בשכירות, מ"מ כיון שבשאר השומרים (שאינן בהם ק"כ) הוצרכו לתקן שתועיל משיכה, לכן כיון ששכירות נכללת בין השומרים תקנו גם בה שיעיל קניין משיכה.

ונראה שלפי הריטב"א (שם) יש להסביר באופן אחר שתועיל משיכה בשכירות, שהנה הריטב"א כתב שהיא שמועילה משיכה בשכירות אינה מכוח התקנה בשאר שומרים, אלא "שאני שכירות דמכירה ליומא היא והרי הוא בכלל משיכה שתקנו בלקוחות", וא"כ אפשר לומר שאף אם קניין כסף מועיל ולא היו צריכים לתקנת משיכה, מ"מ כיון ששכירות היא סוג של מכר מועיל בה גם משיכה (ואף שהריטב"א כתב כן אליבא דרב הונא שלא קיי"ל כוותיה, וכן הריטב"א עצמו סובר שאין מועיל ק"כ בשכירות מטעם ששכירות כמכר (ראה הערה 9), אולם מ"מ ייתכן לומר כמש"כ).

הוכנס ברשותו של השוכר]. קניין אגב קרקע [עשיית קניין בקרקע ואגב קרקע קונה המטלטלים שעליה]. קניין סודר<sup>4</sup>. וי"א שאף קניין ד' אמות מועיל [אם המטלטל אינו ברשות המשכיר והוא נמצא בד' אמותיו של השוכר]<sup>5</sup>. כמו"כ כל קניין שנהוג לקנות על ידו מטלטלים מועיל, וכגון חוזה שתקף לפי החוק<sup>6</sup> ומנוסח בלשון של קנייה בפועל<sup>7</sup>.

#### ציונים והערות

2. נחלקו הראשונים אם מועיל קניין כסף בשכירות מטלטלים<sup>8</sup>. י"א שדין שכירות מטלטלים שווה לדין מקח של מטלטלים שחז"ל תיקנו שלא יועיל בזה קניין כסף<sup>9</sup>. וי"א שבשכירות מטלטלים מועיל קניין כסף<sup>10</sup>, וכך סתם השו"ע<sup>11</sup>. ולהלכה, כיון שהוא דין מסופק אין מוציאים מיד המוחזק<sup>12</sup>. ולכן אם אחד שכר רכב ונתן מקדמה [ולא עשה קניין אחר] והוא רוצה לחזור בו, לא מחייבים את המשכיר להחזיר את המקדמה<sup>13</sup>.

9. כ"כ הנמוק"י (ב"מ נז, א ד"ה כך שכירות קרקע) וז"ל "ושכירות מטלטלין נמי היא כמכירה, וכי היכי דאין נקנין אלא במשיכה כך אין שכירות נקנה אלא במשיכה, ואף על גב דמדאורייתא נקנין בכסף אלא משום גזירה שמה יאמרו נשרפו חטיף בעליה, מה שאין כן בשכירות דכיון שגוף הכלי ששכרו ממנו הוא בידו טרח ומציל, מכל מקום כיון דשכירות כמכירה אין לחלק, וכן כתב הרשב"א ז"ל והסכימו עמו האחרונים".

והוכיחו האחרונים שגם דעת רש"י כן, שהרי בגמ' (הנ"ל) שו"ש שכירות נקנית בכסף בשטר ובחזקה" התקשה רש"י (ד"ה בני שטרא) כמו הרמב"ן הנ"ל למה לא הוכיחו מרישא דהמימרא שכתוב שקונים בכסף, והרי שכירות מטלטלים אינה נקנית בכסף, ועיי"ש מה שנדחק לתרץ, ומזה שלא תירץ כפשיטות כהרמב"ן מוכח להדיא שרש"י סבר שאין מועיל ק"כ בשכירות מטלטלים. הגר"א (קצח, ט) מביא את ההוכחה בדעת רש"י, וטען (כמו הרמב"ן עצמו) שאדרבה מהגמ' ראה כדעת הרמב"ן. אכן הריטב"א (ב"מ צט, ב ד"ה מאי שכירות) מסכים לדין עם הרשב"א, והוא מתרץ (ד"ה שכירות מאי) את קושיית הרמב"ן למה לא הביאה הגמ' ראה מזה שכתוב בשכירות נקנית בכסף, שאם היה כתוב כסף לבד היה אפשר ליישב שבאמת שכירות מטלטלים נקנית בכסף כהרמב"ן, אכן אליבא דאמת אין מועיל ק"כ.

10. כ"כ הרמב"ן (שם), וכ"כ הר"ן (שם) וז"ל: "יש אומרים דשכירת מטלטלין נקנה בכסף, דליכא למיחש שמה יאמרו הבעלים נשרפו המטלטלין כיון שהגוף של בעליה אינו מיתנס טרח ומציל, והא דפרכי' לעי' גבי נתנה לספר מעל הוא בעי לממשך תספורת, לר"ל מקשינן דס"ל שאין מעות קוננות מן התורה כלל, אבל לר"י שכירת מטלטלין נקנה בכסף". וכ"כ הנתת"מ (ש"ל, א) לדינא שמה שכתוב בשכירות נקנית למשיכת כלי התספורת. וכן משמע מהרמב"ן (ב"מ מח, א) שכתב: "והא דאקשינן ספר ומוקי לה בגוי, תירוציה דרבא הוא דמתרץ מתניתא לדיש לקיש, ור' יוחנן איפכא מוקים לה, מעל בישראל, לא מעל בגוי", והיינו שנחלקו ר"י ור"ל אם מועיל ק"כ בשכירות של כלי התספורת, ולר"י שקיי"ל כוותיה מועיל ק"כ. וכדעת הרמב"ן סברו גם תלמידי הרשב"א (שם ד"ה כשם).

11. בשו"ע (קצח, ו) כתב כלשון הר"ן הנ"ל שהביא בב"י (קצח סוף מח' ב). האחרונים התקשו שמאחר שבב"י במקו"א (שז, ז) הביא את שתי השיטות, א"כ למה כאן סתם השו"ע כהרמב"ן, והיה לו לכתוב שהוא מחלוקת. ועיין בשער משפט (קצח, ג) שיישב באופן א' עפ"י היסוד של ה"ה (גזילה ז, ד), שבכל מקום שיש בו מחלוקת אם קיימת בו תקנת חז"ל משאירים הדין על דין התורה, ולכן סתם השו"ע כדן התורה שמעו קוננות. ולפי"ז הגם שהוא מחלוקת לא תעזור תפיסה על סמך הדעות שכסף אינו קונה. אבל הרע"א (קצט, ג) לא הסכים לזה לדינא, כי הביא מחלו"אם ביטלו קניין כסף כשקונים חפץ כדי לקיים מצוה הגם שהרמ"א כתב שכסף מועיל, ופסק שכוין שהוא מחלו"א לכן מספק תועיל תפיסת המוכר אחר נתינת כסף, וגם הפת"ש (קצח, ח) מביא עוד אחרונים שחלקו על יסוד השער משפט.

12. בשו"ת הר הכרמל (ח"מ תשו' י) פסק שאם המשכיר והשוכר קבעו ביניהם שיקנו בכסף אזי אין שום צד יכול לחזור בו ולטעון קים לי' כהדעות שכסף אינו קונה. ודבריו צ"ע, שהרי עצם תוקף הקניין הוא ספד"ד, וא"כ נהי שסיכמו ביניהם שכסף יקנה ולא יוכל לטעון קים לי', אבל זה לא יועיל יותר מספקא דדינא. ואולי יש ליישב שהוא סובר כמו השער משפט (הובא בהערה הקודמת) שכיון שהוא ספק תקנה פוסקים בתורת וודאי שכסף קונה, ונראה שאולי אפשר לקיים דבריו באופן אחר, שהנה דעת הרמ"א (קצח, ה), והוא חידוש של הב"י (קצח, א) היא שאם התנו ביניהם שכסף יקנה, כסף קונה לכו"ע, והגם שהדרישה (רא, ג) והש"ך (קצח, י) והגר"א (קצח, יד) חלקו עליהם, בכ"ז הב"ח (קצח, טז) והסכים לו הנתת"מ (חיד. ס"ק יז), והשער משפט (קצח, ב), וכן הקצוה"ח (קצח, ג, מטעם אחר) הסכימו לדין הרמ"א, לכן סבר ההר הכרמל שבמקרה שסיכמו ביניהם שכסף יקנה שהוא ס"ס, ולכן גם לולא קים לי' הפסק הוא שכסף קונה ולא מתורת ספד"ד וא"א לחזור אחר נתינת כסף בכ"ז, ולכן מועיל הא שסיכמו ביניהם שא"א לטעון קים לי' שכסף אינו קונה.

13. אלא אם כן יש שוכר אחר במקום השוכר שחזר בו. ומציאת שוכר חילופי מוטל על השוכר ולא על המשכיר, וכן פסק החזו"א (ב"ב כג, ח) שבשכירות קרקע או מטלטלים לא נפטר השוכר הראשון עד שמביא שוכר חילופי, ולא די במה שמצויים שוכרים, כמבואר ברמ"א (שיב, ז) "השוכר חייב להודיעו מקודם... ואם לא הודיעו, אינו יכול לצאת אלא יתן השכר, הגה, או יעמוד לו אחר במקומו", והסביר החזו"א

ות"ח אחד העיר, שלפי האו"ש (מכירה ג, ג) שפירש שבשכירות כיון שאינה משתלמת אלא לבסוף לכן מדאו' משיכה מועילה לקנות את השכירות, נופלת הוכחת האמרי בינה, כיון שכל מחלו' הפנ"י ונתייה"מ היא רק במקום שצריכים תקנה דרבנן שמשכיכה מועילה, אבל במקום שמועילה מדאו' כמובן שרבנן לא הורידו את קניין המשיכה בגלל שיש קנין כסף ג"כ. אמנם יש להעיר שטענת האו"ש היא שכיון שכסף של שכירות אינו ניתנת אלא בסוף לכן משיכה מועילה מדאו' כמש"כ התוס' (ע"ז ע"א, א ד"ה פרדשני) גבי מתנה, אבל למש"כ הריטב"א שהבאנו בהערה 2 נופל ההכרח של האו"ש, כיון שיש כסף בתחילת השכירות וגם כתב בהדיא שמשכיכה היא תקנה לכו"ע בשכירות, ועוד שהמח' שפסק שמשכיכה מועילה מקורו ברמב"ם (שכירות ב, ח) וה"ה פירש שמקור הרמב"ם הוא "תקנו משיכה בשומרים", וכ"כ הבה"ג על המחבר, וא"כ אינו כמו האו"ש.

4. בשכירות קרקע דעת התוס' שאין מועיל קניין סודר (ראה עלון 82 דין 1 הערה 4), והיה פשוט לקצוה"ח (קצח, ח) שכך דעתם גם בשכירות מטלטלים, אכן בנתייה"מ (קצח, ד) ביאר דעת התוס' שזה שלא מועיל ק"ס בקרקע הוא מטעם ש"אין בו רק הנאת דירה ושימוש שאין בו ממש", אבל "מטלטלין שנפחת גוף החפץ בהתשמש הוא כאלו מקנה לו בגוף החפץ להשתמש בו ולחסרו", ולכן גם לשיטת התוס' יועיל בזה ק"ס (והביא המילואי משפט שכ"כ גם האו"ש והבית הלוי). ולדינא אין כ"כ נפק"מ בכל זה, כיון שגם בשכירות קרקע הבאנו (בעלון שם) שהאחרונים פסקו שא"א לומר קים לי' כדעת התוס' כיון שהוא נגד המנהג.

5. המקור שמועיל קניין משיכה הוא בשו"ע (קצח, א), וכן קניין חצר (ר, א), קניין אגב (רב, א), קניין חליפין (רג, א), והי"א שמועיל ד' אמות הוא הרמ"א (ר, א), והמחבר סתם (רמג, כד) שמועיל, והש"ך (רמג, ט) הביא הרבה ראשונים שחולקים.

6. זה שקניין כזה מועיל הוא לא מחמת קביעת החוק, אלא שבד"כ מה שתקף עפ"י החוק הופך להיות מנהג.

7. הסכם שתקף עפ"י החוק והוא מנוסח בלשון של קנייה בפועל ולא בלשון (הרגילה ברוב החוזים שהן בלשון) של התחייבות מועיל מכוח קניין סטומתא, ודיניו מבוארים בשו"ע (סי' רא). דין זה מצוי מאוד בשכירות רכב, שנהוג לעשות חוזה, אבל עפ"י רוב הוא מנוסח בלשון של התחייבות ולא בלשונות שמועילים עפ"י ד"ת, ולכן אין לחוזה תוקף עפ"י ההלכה. עיין מש"כ בזה בעלון 82 הערות 10, 11. היום מצויה השכרת רכב טלפונית, ואם זה מחייב עפ"י החוק הוא יהיה תקף גם עפ"י התורה מכוח סטומתא.

8. להבנת דין זה נקדים את שורש העניין. בגמ' (ב"מ מז, ב) נחלקו ר' יוחנן וריש לקיש במקח של מטלטלים, לר"י "דבר תורה מעות קוננות" ואחרי קניין כסף אין אחד מהצדדים יכול לחזור בו, אלא שהחכמים תיקנו שלא יקנו אלא במשיכה "גזירה שמה יאמרו לו נשרפו חטיף בעליה", והיינו, שאם הקונה לא יוכל לחזור אחר נתינת מעות, חוששים שאחר שהקונה ישלם דמים וישאיר את המקח בידי המוכר תיפול דליקה בבית המוכר ולא יחוש המוכר להציל את חפץ הקונה, אבל אם הקונה יוכל לחזור עד שימשוך את החפץ, אז יחוש המוכר להציל החפץ, כיון שהקונה עדיין יכול לחזור מהמקח (וכיון שתיקנו שהקונה יכול לחזור בו אחרי דמים לבד תיקנו שגם המוכר יוכל לחזור, ומ"מ אם הם חוזרים אחר נתינת מעות קאי החוזר בו בקללת מי שפרע). וכל זה לדעת ר' יוחנן, אכן לדעת ר"ל אין מעות קוננות מן התורה כלל, וקונים במשיכה מהתורה. ולהלכה קיי"ל כר' יוחנן.

ומעתה כשנחזור לדין שכירות מטלטלים, בזה לכאו' אין קיים החשש של נשרפו חטיף בעליה שהרי מ"מ נשאר החפץ של המשכיר ובוודאי יחוש להצילו, וא"כ י"ל שבזה לא תיקנו חכמים להפקיע את קנין הכסף. וזוהי באמת דעת הרמב"ן (ב"מ צט, ב) שקניין כסף מועיל בשכירות מטלטלים. אכן הנימוק"י (ב"מ נז, א) סובר שכיון שו"ש שכירות ליומא מכר הוא" לא פלוג רבנן בין מכר לשכירות ובשניהם אין ק"כ מועיל.

והרמב"ן הביא ראייה לשיטתו מהגמ' (ב"ק עט, ב), שהנה הגמ' (ב"ק עט, ב) הביאה מימרא "שכירות נקנית בכסף בשטר ובחזקה", והגמ' הוכיחה שאין מדובר בשכירות מטלטלים מכיון שמוזכר במימרא שקונים בשטר ו"מטלטלין בני שטרא נינהו?". ואם נאמר שק"כ אינו מועיל בשכירות מטלטלים, א"כ היה לה להגמ' להוכיח שהמימרא אינה מדברת בשכירות מטלטלים כיון שמוזכר במימרא שהיא נקנית בכסף.

3. נהיגת רכב נחשבת לקניין משיכה<sup>14</sup>, ולכן אם שכר רכב ונסע אתו במקום שמוותר לו להחנות שם [ואינו רשותו של המשכיר] נקנית השכירות, וייתכן שגם אם נסע ברחוב סתם נקנית השכירות<sup>15</sup>, ואין אחד מהצדדים יכול לחזור בו מהשכירות.

### קנייני השכירות לעניין אחריות השמירה

#### צינונים והערות

4. אחר שהשוכר עשה אחד מהקניינים הנ"ל הוא מתחייב באחריות החפץ ושמירתו, ודינו כשומר שכר<sup>16</sup>, והיינו שחייב בגניבה ואבידה ופטור מאונסים. וי"א שלעניין אחריות שמירה אין צריך מעשה קניין דווקא, אלא מיד כשהמשכיר פוסק לשמור על החפץ ומניחו לשמירת השוכר חלים על השוכר דינו שמירה<sup>17</sup>. ולדינא, כיון שהדין מסופק אי אפשר להוציא מידי המוחזק, ולכן לא יכול המשכיר לחייב את השוכר

#### «המשך בעמוד 8»

אפילו אם אינו רוכב עליה, ובשו"ע לא כתוב בהדיא שאינה קונה ברה"ר, אלא שרע"א (שם) דייק שהשו"ע סובר שאינה קונה, אולם לפי הדיוק שלו גם רכיבה אינה קונה, וכדי שלא יסתור השו"ע את עצמו צריכים לדחוק שלא נתכוון המחבר למה שדייק רע"א בדבריו).

גם הנתיחה"מ (ס"ק ב) הצייע ב' תירוצים לקושיית הקצו', ולפי תירוציו יקנה גם ברכב, אלא שלת' השני לא יקנה אם נהג ברחוב ולא נכנס כלל למקום חנייה, אבל לפי התי' הראשון יכול לקנות בכל מקרה שיש מעשה של מסירה, ובד"כ בשכירות רכב יש מעשה מסירה, כיון שפוסקים (קצח, ח) "מסירה זו שאמרו אין צריך שימסרנו מידו ליד לוקח, אלא כיון שאחזו בה הלוקח בפני המוכר או במצותו הוה ליה מסירה".

וכן פסק המשפט שלמה (ד, יד) לחייב מי שעשה משיכת רכב ברה"ר לפני שנגב. בנוסף לכל הנ"ל. הנתיחה"מ (שו, א) חידש "נראה דבשוכר הוי התחלת השימוש קניין הן לענין חוב אונסין", ולפי"ז כל ששוכר הרכב התחיל לנסוע בו לצרכו קנה את הרכב ואין המשכיר יכול לחזור בו, ולפי"ז הנידון אם צריך לנהוג במקום שמוותר לחנות או אפילו במקום שא"א לחנות נוגע רק במקרה שהשוכר לא נהג ברכב לצרכו. (זה היה יכול לשמש טעם נוסף לחייב את השוכר במקרה של המשפט שלמה, וצ"ע למה לא הביאו, כי נהי שיש חולקים על הנתי' כמו שנביא לקמן הערה 19, אבל היה ראוי להשתמש בו כסניף לחיבו, כי בכ"מ הרי חייבו המשפט שלמה). אכן הנתיב השכירות הצייע שינהג במקום שמוותר לו לחנות שאז הוא מקום שיש רשות להניח שם החפץ, כי הבין שצריך שיהיה רשות להניח החפץ הנקנה לזמן ממושך ולא די שיש רשות שיונח שם רק בזמן הקניין (ולא הביא כל מה שכתבנו).

16. מחלוקת ר' מאיר ור' יהודה, וקיי"ל כר"י שדינו כשו"ש, וכ"פ השו"ע (שז, א). ובטעם הדבר כתב רש"י (ב"מ פ, א ד"ה רבי יהודה) "הואיל ולהנאתו הוא אצלו אף על פי שנותן שכר פעולתו שומר שכר הוא".

17. הסוברים שדי בסילוק השמירה של הבעלים הם הרא"ש (ב"מ ו, טז) והטור (ר"ס שז), ולדעת הקוצה"ח (שז, א) סברו כן גם התוס' (ב"מ צט, א ד"ה קך). וז"ל הטור "השוכר מחבירו בהמה או כלים דינו כשומר שכר להפטר מאונסין ולהתחייב בגניבה ואבדה מיד משעה שנסתלקו הבעלים". (בדעת הרא"ש הקשו הפלפולא חריפתא והגר"א (רצא, יג) סתרת את עצמו, והשאירו בצ"ע, גם הדרישה (שז, א) העיר כן על הרא"ש ויישבו, עיי"ש. התוס' כתבו כן לענין שו"ח ושו"ש, והוכיחו כן "דהא שומר חנם בלא משיכה חייב בפשיעה כדאמרינן פרק האומנין דהנח לפני שומר חנם", ולפי ביאור הקצוה"ח בדבריהם שוכר שווה בזה לשו"ש (ועיין בזה במילואי החושן שם הערה 2)).

הדעה החולקת ששמירת השוכר מתחילה רק במעשה קניין עליו הוא הרמב"ם (שכירות ב, ח), שכתב "כדרך שתקנו חכמים משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרינן", ופירש ה"ה "פירוש, שאם היה משאל חפץ לחבירו, כיון שמשך השואל החפץ אין המשאל יכול לחזור בו, וכן בנושא שכר, וכן שמתחייב השומר באונסין משעת משיכה ולא קודם", והראיה שכתבו התוס' מ"הנח לפני" דחה ה"ה "דהניח לפניו בסמטא ובתוך ארבע אמותיו, ואי נמי בהמה ובשומר לו הכישה במקל והיא תבא וכדאמרינן לקמן בפרק השואל הכישה במקל והיא תבא". והטור (רצא, ו) הביא שיטה זו בשם הרמב"ם.

בשו"ע הביא את שתי הדעות בכמה צורות: בדין שו"ח (רצא, ה) הביאן כ"ש מי שאומר לעומת "יש מי שאומר". בשו"ש (שג, א) הביא רק את דעת הרמב"ם. ובשוכר הביא את הרמב"ם כסתם ואת הרא"ש כ"א, והיינו שפסק כהסתם. וכן הכריע הש"ך (רצא, יג) כהרמב"ם, וכתב עוד (שמ, י) שהרמ"א סתם עצמו בזה, כי בשואל כשפסק השו"ע ש'הכישה במקל פטור לא השיג על השו"ע ומשמע שמשכסם שמתחייב רק בקניין, אבל קודם לכן (סע"ד) הביא את שיטת הרא"ש. וכתב הנתיחה"מ (שם, יב) ביישוב דעת הרמ"א, שהרמ"א פוסק כהרא"ש באופן מסויג, שאם הבעלים הסתלק משמירה והשוכר היה יכול לשמור, אז אכן חייב השומר, אבל אם הבעלים הסתלק כשהשוכר לא היה יכול לשמור פטור השוכר, ולכן הסכים הרמ"א בהכישה במקל שהוא פטור כיון שהשוכר לא היה יכול לשמור.

שכירות קרקע או מטלטלים אינה דומה לשכירות פועלים שאם המעביד פיטר את העובד פסק השו"ע (שגל, ב) "אם מוצאים מי שישכירם בשכירותו אין להם אלא תרעומות", כי בפועל אין גופו קנוי, משא"כ בתים ומטלטלים שהם קנויים בגופם לשוכר. וכמוכן שאם בכ"ז המשכיר השכירו בעצמו לאחר שהשוכר הראשון פטור מלשלם שכירות, כיון שדמי השכירות מגיעים לשוכר הראשון כמש"כ בקצוה"ח (שטו, א) "אם הלך המשכיר והשכירו לאחרים למה ירויח בכפל השכירות וראוי להחזיר השכירות דשני לראשון".

14. כמבואר בשו"ע (קצז, ג) לענין קניית בהמה "כיצד קונין את הבהמה, במשיכה, אין צריך לומר אם משכה והלכה... אלא אפילו קרא לה ובאה או שהכישה במקל או שהנהיגה בקול ורצתה בפניו, כיון שעקרה יד ורגל קנאה", והיינו שכדי לקנות במשיכה לא צריך שימשוך ממש את הבהמה, אלא כל שגרם לה לזוז כבר נחשב למשיכה, ולכן ברגע שהשוכר מזיז את כל הרכב ממקום שעמד שם (במשיכה צריך להוציא את כל החפץ ממקום הניחו כמש"כ השו"ע (קצח, ג)) הוא קונהו במשיכה.

15. בדין אם תועיל נהיגה ברחוב מדין משיכה יש להסתפק. שהנה הדין הוא (קצז, ב) "משיכה אינו קונה אלא בסמטא... אבל לא ברשות הרבים". והסיבה שמשכיכה קונה בסמטא היא (לשון הרשב"ם ב"ב עו, ב ד"ה לא קשיא) "בסמטא כגון מבואות קטנים הפתוחין לרשות הרבים... ויש רשות לאדם לשבת שם, הרי הוא ברשות כל מי שעומד שם לקנות במשיכה כאילו הוא רשותו", ולפי"ז היה נראה שרק אם נהג במקום שמוותר לו לחנות שם וכגון במגרש חניה (שאינו שייך למשכיר) או ע"י המדרכה אז יוכל לקנות, אבל בנהיגה ברחוב סתם לא יוכל לקנות. וכן נראה ממה שהתקשו האחרונים בדברי הרמב"ם שהובאו בשו"ע (קצז, ה) "אם היה אדם חשוב שדרכו לרכוב בעיר... הרי זה קונה ברכיבה והוא שתהלך בו", ושאל בקצוה"ח (קצז, ב) "יש לדקדק כיון דרכוב דקונה הוא מטעם משיכה במאי דאזלא מחמתיה ואין משיכה ברה"ר אלא בסמטא", וכן נשאר בקושיא רע"א (קצז, ג ד"ה או שרכב).

אמנם היה נראה שיש מקום לחלק בין הנהוג במכונת או רוכב על הבהמה לבין מושך חפץ או מושך בהמה כשאינו רוכב עליו (שעליו כתב הרשב"ם ב"ב עו, ב ד"ה משיכה) שמשכיכת בהמה גסה אינה קונה ברה"ר, כי הטעם שמשכיכה אינו קונה ברה"ר כתב הר"י מיגאש (ב"ב פו, א) "דכי אמרינן משיכה ברשות הרבים לא קניא הני מילי ברשות הרבים עצמה דלהילוך עבידא ולית ליה רשותא לאנוחי ביה מידי, אבל צדי רשות הרבים משיכה נמי קניא בה", וכ"כ ר' גרשום (ב"ב עו, ב) "דספינה נקנית במסירה, ברה"ר קונה לה במסירה ולא במשיכה משום דרה"ר היא ולית להני רשותא כלל ברה"ר", וא"כ כל הסיבה שמשכיכה אינו קונה ברה"ר היא בגלל שאין לו רשות להשתמש ברה"ר לצורך משיכה, וא"כ היות שרשות ביד השוכר לנהוג ברחוב - הגם שהשם של הקניין היא משיכה שאינה קונה ברה"ר, בכ"ז המושך יכול לקנות שם (ואם השו"ע סובר כמו הר"י מיגאש ור' גרשום מתנורץ ג"כ קושיית הקצות ורע"א).

בנוסף לזה, בהגהות המילואי חושן על הקצו' מביא מהמאירי (ב"מ ט, א) שהתייחס לקושיית הקצו' ויישב וז"ל "ואף על פי שמשכיכה אינה קונה ברשות הרבים, רכיבה בהנהגה יותר הוא על משיכה וקונה אף ברשות הרבים בין בעיר בין בשדה", וא"כ הוא הדין לכאן שנהיגה במכונת תקנה ג"כ ברה"ר. עוד הביא המילואי חושן יישוב אחר מהתוס' ר"ד (ב"מ ט, ב) שתירץ וז"ל "ג"ל דיש חילוק בין משיכת מטלטלין לבין משיכת בעלי חיים, דמשיכת מטלטלין אינה קונה ברה"ר ומשיכת בעלי חיים קונה ברשות הרבים, דמשיכת מטלטלין בעינן שימשוך המטלטל ויביאנו אליו אבל אם גלגלו הלאה ברחוק ממנו, אף על פי שהסיעו הרבה ממקומו לא קנה, דלא חשיבא משיכה דיד' אלא כשהוא מביאו אצלו, והילכך בסמטא שיש לו בה רשות מהני משיכה והוי כאלו הביאו ברשותו, אבל ברה"ר שאין לו בה רשו' לא קניא משיכה דלא הביאו לרשותו, אבל משיכת בע"ח אינה כן, דעיקר משיכתו היא להנהיגה לפניו ולא שיביאם אצלו, ובעינן עד שתעקור הבהמה יד ורגל או עד שתהלך מלא קומתה, ובכל טצדקי דאיכא עקיר' בין לפניו כגון שהנהיגה לפניו בין שהביאה אצלו היא משיכה כדאמרי' כיצד במשיכה קורא לה והיא באה, וכיון דעיקר הקנין תלוי בעקירת יד ורגל ולא שיביאנה אצלו אפי' ברה"ר קונה", וכן תי' גם בתלמידי הרשב"א (ט, ב) וז"ל "אע"פ שאין משיכה קונה ברשות הרבים, כמו שכתבנו ב"ב, משיכת בהמה קונה ברשות הרבים, מאחר שיש לה רשות להתהלך שם, מה שאין כן בשאר מטלטלי", (ולפי"ז משיכה מועילה לקנות בהמה ברה"ר

הרה"ג ר' משה מרדכי פרבשטיין שליט"א

ראש ישיבת חברון

מתוך יום העיון שנמסר בכולנו, כז תשרי תשע"ז

## בענין אומן קונה בשבח כלי

אמנם לדרך זו יש קושי גדול וכבר נדחק בזה בקצוה"ח שם, דאם אינו קונה אלא כמשכון, א"כ מדוע נפטר האומן כששבר את החפץ מלשלם השבח שהשביח כמבואר בגמ', הלא הוא של הבעלים לגמרי ומה לי שתפסו האומן כמשכון. וכתב בקצוה"ח שמ"מ קנאו האומן לענין זה שאם ישברנו יפטר מלשלם. וזהו גדר תמוה, היכן מצינו קנין כזה, וגם מה"ת לומר שקנאו לזה.

וביש"ש בב"ק שם משמע ג"כ שס"ל בענין זה כדרך שכתב הקצוה"ח. וז"ל שם "וכל השבח שלו עד שיתן לו שכרו ויקח את שלו, כ"כ הרא"ש. והדין עימו שאין הפירוש שקנה שיוכל לעכב לעצמו, אלא כלומר קודם שנתן שכרו קנה השבח שעליו לענין זה שלא קנה הבעלים זה השבח ויצטרך לשלם כשקלקלו". משמע שרק לענין זה שלא יתחייב לשלם בשבילו הוא דקנאו האומן. ומ"מ הדברים עדיין צ"ב.

וכ"כ שם עוד המהרש"ל בשם המרדכי, בנידון אם צריך טבילת כלים בנתן הכלי לאומן גוי לתקנו, שכתב המרדכי דוודאי אינו צריך טבילה, כיון דאילו היה האומן רוצה לעכבו לא היה רשאי להלכך אין כאן דין לוקח.

והוסיף הקצוה"ח (סי' עב ס"ק כג) לחדש דמזה שהאומן אינו קונה אלא כמשכון ואין בו כל תלין מוכח דגם בכל שכיר אם נתן בעה"ב משכון אינו עובר בבל תלין, ואע"פ שזמן הפרעון לאומן הוא כאשר מחזיר את הכלי לבעה"ב ועל זמן זה אנו דנים אם עובר בבל תלין ובשעה זו כבר אין משכון ביד האומן, חידש הקצוה"ח "דאף על גב דאינו קנין גמור מ"מ כיון דיש לו קנין נגד שכרו תו ליכא בל תלין אפילו מחזיר לו הכלי אח"כ ותו לית ליה שום קנין בשבחה רק דמים מגיע לו אפילו הכי אינו עובר בל תלין כיון דכבר קני בכלי נגד שכרו א"כ אפילו מחזיר לו אח"כ הו"ל כמו שפרע לו שכרו כבר ואח"כ חוזר ונותן לו את השכר בהלואה דתו ליכא בל תלין". וכתב הקצוה"ח עוד "ומזה יוצא לנו דין מחודש, דשכירות שנתן בעל הבית לאומן משכון עליו אף על גב דהחזיר לו המשכון כיון דכבר קנה במשכון נגד שכרו תו ליכא בל תלין".

ב. כבר הביאו האחרונים דיש מן הראשונים שמבואר מדבריהם שלא כמוש"כ הקצוה"ח, אלא שקנין אומן בשבח כלי קנין גמור הוא. ובראשם הוא לשון רש"י בקידושין ועוד מקומות שכתב בהא דאומן קונה בשבח כלי בזה"ל "כלומר דכל מה שמשביח אינו מלוה על הבעלים אלא בכלי הוא זוכה וכשמחזירו בשכר קצוב ההיא שעתא הוי כמוכרו לו". הרי מבואר כמעט להדיא דהוי כמכירה. (אמנם בחזו"א כתב דרש"י דקדק בלשונו לכתוב "כמוכרו לו", בכף הדמיון, שאינו מכירה גמורה, ויתבאר עוד להלן).

אמנם הנה הרה"ג בקידושין שם כתב ממש כלשון רש"י הנ"ל, וא"כ אי נידוק הכי מלשון זה, דאומן קונה בשבח כלי הוי קנין גמור, הרי לנו סתירה בדברי הרה"ג, שבשבועות כתב דהוי כמשכון, כמו שהביא מדבריו הקצוה"ח הנ"ל.

עוד הביאו האחרונים מקור לזה דהוי קנין גמור מדברי הרשב"א בסוגיא דאומן קונה בשבח"כ, שכתב וז"ל "אומן קונה בשבח כלי, ואפי' כל שבחו, ובשקלקלו לאחר שהשביחו נמי, לפי שאין דעתו של אומן להשביח עבור בעל הכלי לחייב עצמו בתשלומי נזקו וכן דעתו ג"כ להשביחו לעצמו ולקנות בו כנגד שכרו אע"פ שלא קלקלו", והיינו דמטעם זה יכול לקדש אשה בהחזרת הכלי.

הן אמנם הנתה"מ [סי' שו סק"ג] ס"ל בביאור דברי הרשב"א שמה שמשאיר האומן לעצמו בשבחו אינו אלא כמשכון וכדברי הקצוה"ח,

א. הגמ' בב"ק צח ע"ב דנה אומן קונה בשבח כלי אם לאו. ונתבאר בגמ' ג' נ"מ לדינא בנידון זה.

הא' אם ישבור האומן את הכלי קודם שהחזירו לבעה"ב, האם חייב לשלם לו כשווי הכלי העשוי, או רק כשוויות החומר שקיבל, כיון שקנה האומן את השבח מדין אומן קונה בשבח כלי.

הב' האם עובר בעה"ב על הלנת שכר האומן בלאו דבל תלין, שאם הוא קונה בשבח כלי, לא עבר עליו בעה"ב השוכרו בלאו. ופירש"י שם הטעם דאז זבונן מזבין נהליה האומן את הכלי, ולא שכירות היא.

והג' אשה שעשה אומן כלי עבורה אם יכול האומן לקדשה כשמוסר לה את הכלי, דאם הוא קונה בשבח כלי, יכול לקדשה בו בשעת חזרת הכלי, אבל אם אינו קונה ומקדשה בשכר הפעולה שהי חייבת לו, אזי דין זה תלוי הוא במחלוקת האם ישנה לשכירות מתוע"ס דאז הוי כמלוה וא"י לקדש בשכרו, אם לאו.

ועוד נ"מ מבוארת בראשונים דיש שאמרו דלמ"ד אומן קונה בשבח"כ, כי אז אם נתן כלי לאומן גוי לתקנו, צריך טבילת כלים כשמחזירו לו האומן כיון שקנהו [עי' רא"ש עבודה זרה פרק ה סימן לה].

ידועים דברי הקצוה"ח בס' שו שהאריך לומר שאף אם אומן קונה בשבח"כ, מ"מ אי"ז קנין ממש אלא רק כמשכון, שמחזיק האומן הכלי כמשכון כנגד שכר פעולתו שחייב לו בעה"ב.

מקור לזה הביא הקצוה"ח מדברי הרה"ג בשבועות (כז ע"א בדפי הרי"ף) שהקשה שם בשם הרמב"ן ממה שנתבאר שם בגמ' שבאומן דתפיס ליה לכלי אאגריה, נאמן בטענתו על שיעור שכרו בלא שבועה כיון שהוא המוחזק. והקשה על שיטת הגאונים דהטוען על משכון שבידו צריך שבועת הנוטלין משום שאף שהמשכון בידו אכתי נחשב הוא כנוטל ותובע מבעל המשכון. הרי להדיא דס"ל להראשונים לדמות דין זה דאומן קונה בשבח כלי לקנין משכון בעלמא, שאם הוא קנין גמור וודאי אין משם קושיא על הגאונים המצריכים שבועה בטוען על המשכון.

הרמב"ן שם תירץ דמ"מ לא דמי למשכון בעלמא, שהטוען על המשכון נחשב שבא להוציא ממון מהנתבע, משא"כ כאן מכל מקום נחשב כמו שטוען על גוף החפץ שמחזיק בו כיון שמחמת שבח ופעולתו באותו החפץ הוא שתובע ממנו.

הרה"ג שם מייאן בחילוק זה, משום דמכל מקום לא קנה האומן את הכלי אלא כמשכון ולא עדיף מהמלוה על המשכון דאף דקני ליה מדרב יצחק ואף דחייב באונסים (משא"כ באומן דאינו אלא ש"ש) מ"מ חשיב כמוציא לענין שבועה לשיטת הגאונים הנ"ל. ומבואר מדברי הרה"ג דס"ל לדמות קנין זה דאומן קונה בשבח כלי למשכון.

והביא לזה הקצוה"ח עוד שני ראיות גדולות. הא' דאי נימא דקנה האומן החפץ בקנין גמור, והרי הוא כמוכרו לבעלים בשעה שמחזיר לו, א"כ באמת מי מכריחו להחזיר החפץ לבעלים, ומדוע לא יוכל האומן לעכב החפץ אצלו ולחזור בו מהסכמתו להשביח עבור בעה"ב. (ואף אם התנה כן האומן מראש, לא עדיף ממוכר דשלב"ע שיכול לחזור בו).

והראיה הב' ממה שמבואר מד' הרמב"ן והרה"ג שאם נאנס החפץ, עדיין צריך הבעלים לשלם לאומן את שכרו (שדימו זה למשכון וכתבו דכאן אינו אלא ש"ש), ואם קנה האומן את החפץ קנין גמור אם כן שלו נאנס, ומה"ת יתחייב הבעלים לשלם לו.

אמנם פשט דברי הרשב"א משמע לא כן, אלא שיוור גמור הוא של האומן לעצמו.

עוד הביאו ראייה משיטות הסוברים שכלי שקבל בעה"ב מאומן גוי טעון טבילה, וע"כ לא ס"ל דקנה ליה האומן כמשכון גרידא, דא"כ מנ"ל לחייב טבילה בקנין כזה שלא דמי לדינא דכלי מדין, שמשם הוא מקור הדין של טבילת כלים.

אמנם קושיות הקצוה"ח על צד זה שהאומן קונה בכלי קנין גמור דמהיכי תיתי דיתחייב האומן להחזיר הכלי, וגם אמאי בנאנס הכלי חייב הבעלים לשלם לו שכרו, כולן צריכות ישוב לצד זה.

ג. עוד מצינו בדברי הרשב"א חידוש שצריך להתבונן בו בענין זה. הדנה דעת רבי מאיר דהנותן צמר לאומן לצבעו אדום וצבעו שחור, נותן לו האומן דמי צמרו. ודנה הגמ' (ב"ק צה ע"א) להוכיח מכאן דס"ל לר"מ שינוי קונה, והאומן ששינה מדעת בעה"ב חשיב כגזלן וקנה הצמר בשנוי.

והקשה הרשב"א דמנ"ל דמטעם שנוי קונה הוא, דלמא הכא שאני משום דקסבר אומן קונה בשבח כלי הוא, דכל ששינה מדעת בעה"ב לאו אדעתא דלהשביח לבעה"ב צבעו, אלא ע"מ להשביח לעצמו צבעו, וממילא קנה לעצמו בשבח כלי. ותירץ דלא נראה לגמ' למימר הכי משום דרבא סובר בדעת רבי מאיר דאין אומן קונה בשבח כלי, ועוד תירץ דע"כ לאו משום אומן קונה בשבח כלי הוא, מדקתני נותן לו דמי צמרו, ואי איתא צמרו מבעי ליה והצבע נוטל בו בו כדי שבחו, או שמא שמין לו ובעה"ב מסלקו בדמים". עכ"ל. היינו דאם אין שינוי קונה, אף אם אומן קונה בשבח כלי מ"מ הצמר גופו חוזר לבעה"ב, ואז או שהאומן והבעה"ב נעשים כשותפים בצמר ומקבל האומן מוגוף הצמר רק לפי חלקו בשבח, או שביד בעה"ב לסלקו בדמים, ומזה דאיתא דלר"מ יכול האומן להשאיר אצלו את כל גוף הצמר מוכח שקונה בשינוי.

הא מיהת נשמע מדברי הרשב"א דיש מקום לומר שאם אומן קונה בשבח כלי, והשביח על דעת עצמו, א"כ כדי שבחו שייך לו ויכול האומן להשאיר חלק מהצמר אצלו משום דין זה.

אמנם מצינו בזה חולק על הרשב"א, והוא בתוס' ר"ד בב"ק (צח ב) שנוקט שגם בשינה האומן אף אם אומן קונה בשבח כלי אינו יכול להשאיר בידו את גוף הצמר, וסובר שביד בעה"ב לסלקו בדמים ככל אומן. וז"ל "לא נאמר דבר זה אלא לענין זה בלבד שאם נשבר בידו אינו משלם לו דמי עצים, אבל אם הוא בעין אינו יכול לומר לו הא לך דמי עצין והכלי היא שלי. שלא נאמר דין זה אלא גבי גזלן דקני להו בשינוי, אבל האומן לא קנאו אלא בע"כ נותן לו שכרו ולוקח כליו כאשר הוא מושבח. ומש"ה לא פשטי מצבעו כעור ולצבוע לו אדום וצבעו שחור דאין אומן קונה בשבח כלי, מפני שהצמר הוא בעין ובענין זה לא אמר רב אסי שיקנה אותו".

ברמב"ם (שכירות פ"י ה"ד) פסק "נתן צמר לצבע ... נתנו לו לצבעו אדום וצבעו שחור שחור וצבעו אדום ... אם אמר האומן הא לך דמי צמרך או דמי עצין ולך אין שומעין לו שאין האומן קונה בשבח כלי שעשה". וכן העתיק את לשון הרמב"ם בשו"ע (סי' שו"ג). מבואר בדבריהם שהטעם שאין האומן המשנה מדעת בעה"ב יכול ליתן לבעה"ב דמי צמרו ולעכב הצמר אצלו, הוא משום דאין אומן קונה בשבח כלי. ומשמע דאם היה האומן קונה בשבח כלי היה יכול האומן לעכב הצמר אצלו.

וכתב שם הגר"א ס"ק ח' דמזה ראייה לדעת הרי"ף דס"ל למסקנא דאף ר"מ סובר אין אומן קונה בשבח כלי, ממה שהוכיחה הגמ' מדעתו דשינוי קונה, ולא אמרינן דטעמיה משום דאומן קונה בשבח כלי, וכהוכחת הרשב"א הנ"ל.

ד. ויש לדון עוד נ"מ גדולה בנידון זה בגדר אומן קונה בשבח כלי אם קניינו הוא כמשכון או כקנין גמור, האם יכול בעה"ב לומר לו לאומן טול מה שעשית בשכרך. דהרי קי"ל דאין בעה"ב יכול לומר כן לפועל שלו, משום דבכל דמי שכירות חייב בעה"ב לפורעם בדמים דווקא, משום "כי אליו הוא נושא את נפשו". אף אם אומן קונה בשבח כלי קנין גמור ואין

הבעה"ב חייב לו אלא כדמי מקח, א"כ לכאורה יוכל לפרוע לו בגוף החפץ מדין שווה כסף ככל חוב דמי מקח בעלמא.

וכבר עמד ע"ז בחזו"א, וכתב דנראה דאין נפק"מ בין מ"ד אומן קונה בשבח כלי למ"ד דלא קנה לענין שכר פועל, מדלא אמרו בגמ' נפק"מ גם לענין זה. אלא דהחזו"א שיטתו בענין זה היא כהקצוה"ח דאין אומן קונה בשבח כלי אלא כקנין משכון, וא"כ לשיטתו א"ש מה שאף אם האומן קונה בשבח כלי מ"מ חייב בעה"ב לשלם לו דמים דווקא, כפועל. אבל למה שהראינו דיש הסוברים שהוא כקנין גמור, צ"ע באמת דא"כ יהיו תשלומי שכירותו כתשלומי מקח בעלמא ויוכל לומר לו טול מה שעשית בשכרך.

ה. וכשנבא לעיקר הנדון, צריך להקדים הקדמה יסודית בכל ענין זה. והיא דיש לדון בכל המשביח חפצו של חברו למי שייך השבח מצד עצם הדין, שלא מחמת הסכמותיהם ודו"ד בניהם. הדנה כפשוטו הסברא נותנת לומר דכיון שהרי השבח נוצר גם על ידי עבודה ומלאכה של הפועל, או השקעת חומרים שיצרו את השבח, על כן מגיע אף לו חלק בגופו של חפץ, לכה"פ כשותף, שהוא וחפצו של בעה"ב גרמו לשבח כאחד.

אולם מצינו שלא כל השקעה נותנת לאומן זכות בשבח, דבגמ' (ב"ק צט א) איתא דאם הכניס האומן צמר של בעה"ב לתוך צבע של בעה"ב, אע"פ שמגיע לאומן שכר עבודתו, אין עבודה זו סיבה לתת לו זכות בשבח, ואמנם ברשב"א שם שאל "ואיכא למידק א"כ מ"ש נתן לו עצים לעשות מהן שידה תיבה ומגדל ואמאי קונה האומן בשבח הכלי והלא האומן אין לו אלא שכר ידיו, ותירץ בשם הראב"ד "דלגבי צמר, סממנין הוא דעבדי לשבחא, ואומן לא קנה בהו ולא מידי. אבל עצים כיון דלא צריכי לסממנין אלא לאומנותו של אומן, אומנותו זה הוא סממניו", והיינו שרק פעולה חשובה נחשבת להשקעה בחפץ.

בגט פשוט (סי' קכ"ב אות ט) דן אם הבעל נתן קלף ודיו לסופר ושכר אותו שייכתוב לו גט בסלע, ואח"כ לקח הגט בחזקה מיד הסופר ולא רצה לפרוע לו מה שקצץ עמו בשכר הכתיבה, אם היא מגורשת. וכתב "ויראה לי דדין זה תלוי בפלוגתא דרבוותא אי אומן קונה בשבח כלי, דלמ"ד אין אומן קונה בשבח כלי הויא מגורשת דשכירותו אינו אלא מלוה והגט שלו, וקרינן שפיר ונתן, ולמ"ד אומן קונה בשבח כלי לא קרינן שפיר ונתן ולא הויא מגורשת" והביא שבנו רצה לומר "דאפילו למ"ד אומן קונה בשבח כלי היינו כשנותן האומן שום דבר, אבל בכה"ג דהנייר והדיו של בעל מה שלוקח הסופר הוא שכירות ידו ואין לו שום קנין בשבח הגט" והביא ראייה מצמר וצבע של בעה"ב דלא אמרינן אומן קונה. אולם הגט פשוט דחה דברי בנו וכתב "ואני אמרתי לו דלא היא, דודאי כי אמר' אומן קונה בשבח כלי היינו אפי' לא יתן האומן שום דבר, אלא מיהו בעינן שיעשה מעשה גדול וחשוב כגון שנותן לו עצים ועשה מהם שידה אבל אם נתן לו שידה לנעוץ בה מסמר ונעץ בה, לא מיקרי אומן קונה בשבח כלי, והנותן צמר לצבע וצמר וסממנין דבע"ה הוי כנעיצת מסמר דאינו מעשה גדול. והכא בנ"ד הגם שנתן הבעל הקלף והדיו, כתיבת הגט ודאי דהוא מעשה גדול וחשוב כמו עצים שעשה מהן שידה תיבה ומגדל דאמר' אומן קונה בשבח כלי".

אך בתורת גיטין (סי' קכ"ב אות ו) השיג עליו וכתב "ואישתמיטתיה דברי הרשב"א גבי הא דאמר התם בצמר וסימנין דבעה"ב דצבע אגר ידיה הוא דשקיל וז"ל 'ותי' הראב"ד דלגבי הצמר סימנים הוא דעבדי ליה להשבח ואומן לא קני בה ולא מידי', א"כ ה"נ כיון דהדיו עבדי ליה להשבח והסופר אגר ידיה שקיל כמו בסימנין דצבע". ובחידושי ר' שמעון שקופ בב"ב סי' ו' דחה את דברי התו"ג וכתב "ומה שתירץ דאם הדיו של הבעל הוה כסמנים של בעה"ב, אינו כן, דזה רק בסמנים דאם היה נופל בעצמו לתוך הסמנים היה קולט הצבע, אבל בכתיבת גט לא שייך זה".

ו. אולם עדין יש מקום לדון שיהא בזה הבדל בין השביח ברשות או שלא ברשות. דיתכן לומר שהמשביח שלא ברשות לא יוכל לתבוע חלק בגופו של שבח, שאין בכוחו להעשות שותף בחפצו של חברו בעל כרחו, או

אבל בעין יצחק (ח"א אהע"ז סי' עו) מוסיף וחולק על עצם ההנחה שמעיקר הדין המשביח נכסי חברו נעשה ממילא שותף בנכסים, וסובר שאף במשביח ברשות כאומן אין לאדם כלל זכות לעשות עצמו שותף בחפצו של אחר, "דכיצד עושה סחורה בנכסי חברו, אין לו אלא תביעת דמים מדין יורד". ולדבריו טעם הסובר שאומן קונה בשבח כלי הוא משום שבעה"ב מסכים שיקנה האומן בשבח הכלי, ומקנהו לו (ההיפך ממש משיטת החי' הרי"ם שהבאנו לעיל). וכתב שם דטעם הדבר שבעה"ב מקנה השבח לאומן משום שרוצים הם שהאומן יהא בטוח בשכרו ולכן מקנה לו השבח עד שישלם לו. ולפי"ד שהדבר תלוי בהקנתו של בעה"ב, א"כ וודאי אפשר שיתנה בעה"ב בקנין זה כל תנאי שירצה ולזה יתפרש שפיר אמאי יכול בעה"ב לסלקו לאומן משבחו בעל כרחו, שכן היתה דעתו מתחילה שיהא הקנין ע"מ כן. וכבר הוא עצמו כתב שם להקשות דמדברי הרשב"א מתבאר לא כן שהרי תלה דין זה בדעת האומן אם השביח לדעת בעה"ב או לדעת עצמו, ונדחק לבאר את דברי הרשב"א ע"פ שיטתו.

ט. ובנידון זה אם קנין השבח לאומן הוא מכח הקנתת הבעלים, או דכל היכא שהבעלים מסכימים שישביח נעשה האומן ממילא בעלים על שבחו, יש נ"מ גדולה למה שנחלקו בו הפוסקים באומן המשביח בחינם אם קונה בשבח כלי, (עי' קצוה"ח שו"ס ס"ק ד ונתיה"מ שם ס"ק ד וברע"א שם). שאם כל הטעם הוא משום הקנתת הבעלים, הרי כל הסיבה שהבעלים מקנים לו הוא מחמת שכרו, והיכא שמשביח בחינם אין שום טעם שיקנו לו הבעלים בשבח (ואמנם כ"כ בעין יצחק שם לטעמו). משא"כ אם כל אדם שמשביח חפצו של חברו ברשות כבר זכה ממילא בשבח, שייך לדון כן אף היכא שמשביח בחינם.

אמנם אם נאמר באמת דאומן קונה בשבח כלי אף בחינם, בזה אכתי צ"ב רב מה גדר הדין שיכול הבעלים לסלקו משבחו בחינם, דבשלמא היכא שעבד בשכר, ומראש התנו על שכרו, אז שייך שפיר לדון אי כמש"כ לעיל בשם הגר"ח דכיון שאינו זכאי להחזיק שבחו בחפץ חברו ע"כ הוא מסתלק בדמים אי כמש"כ הגר"ש ש הוא מהלכות חלוקת שותפין, אך כל זה לא שייך היכא שאין לו שכר כלל, שאז מסלקו בעה"ב בלא דמים, מדוע נפקיענו בחינם מהשייך לו. שאף שאינו חייב לו שכר, מ"מ צריך הוא לשלם לו עבור חלקו שקנה בשבח.

י. ואשר נראה לומר ביסוד הענין, דשונה אומן מכל יורד שלא ברשות, דבאומן גם אם קונה קנין גמור בשבח הכלי, וכשמחזירו לבעה"ב בשכרו הרי זה כחוזר ומוכרו לו, מ"מ נראה ברור שאין הכונה בזה שישנו זמן מסויים שבו השבח שייך לאומן לגמרי, ואח"כ חוזר ומקנהו לבעה"ב. אלא הביאור דאמנם האומן קונה בשבח כלי, אבל גוף השבח הוא עבור בעה"ב, והיינו דכל דינא שאומן קונה בשבח כלי, בא לומר שאין האומן תובע דמי עבורתו ופעולת גופו כפועל גרידא, אלא האומן זכאי לתבוע דמים עבור עצם השבח, שנחשב שהוא הנותן והמוכר את השבח לבעה"ב בעצם מה שהשביח ויצר את השבח עבורו, ונחשב שמשלו הוא נותן ומעמיד השבח לבעה"ב, ויכול לתבוע הימנו דמים ע"ז. אבל למעשה בפועל לא היה זמן כל שהוא שהיה השבח של האומן לגמרי. אלא דכן הוא גדר הדין בהעמדת השבח מהאומן לבעה"ב, שהרי הוא כמוכר לו השבח משלו. (וכמו שדייק החזו"א לשון רש"י שהרי הוא "כמוכרו לו", וכ"ה לשון הרשב"א "אבל לכ"ע בשלא קלקלו אינו קונה כל שבחו, שעל דעת שיהי' שבח של כלי לבעלים הוא מתקנו ומשביחו" ולא כתב "על דעת שיקנה אח"כ הבעלים את השבח"). והקנתת השבח לבעה"ב אינה מכוח ההסכם המוקדם, שהרי בשעה זו לא היה השבח עדיין בעולם והוי דשלב"ע, אלא שבשעה שעשה עשה עבור בעה"ב, והוא זוכה בו כיון שהשבח נמצא וטמון בכלי שלו, ואי"צ לקנין כדי שיזכה בו. וכך מבואר בחזו"א (שם בב"ק סי' כב ס"ק ט) שכתב דיכול בעה"ב ליזכות בו בלא קנין "דכשבא לעולם ... ואז נטפל השבח לעיקר הבגד וקונה אותו בעה"ב בלא קנין שהוא נבלע במציאותו של הבגד".

ולהכי אף אם נידון ענין זה כמקח, מ"מ אין האומן יכול לעכב השבח לעצמו כי כבר זיכה אותו לבעה"ב מיד כשיצר את השבח, והתשלומים

דלמא שגם בזה שניהם כשותפים מחמת אותה מציאות, שהרי השבח מחמת שניהם כאחד בא. ומהרשב"א שדן דינא דאומן קונה בשבח כלי אף באומן ששינה מדעת בעה"ב, והרי שם הוא כיווד שלא ברשות כיון ששינה, ואפילו הכי דן הרשב"א שיזכה בגופו של שבח, אלמא השבח מעיקר דינו שייך גם למשביח ואין הדבר תלוי בהסכמתו של בעל החפץ.

ומצאתי שכתב יותר מזה בחידושי הרי"מ בכתובות (ק"ז ב ד"ה איבד) שכל משביח חפצו של חברו אף שלא ברשות, מ"מ הוא שותף גמור בשבח "דמאין יזכה בעל השדה בשבחו של חברו בחינם", וכתב שם דאף למ"ד דאין אומן קונה בשבח כלי, אין הטעם אלא משום דהאומן השביח אדעתא דבעה"ב, אבל כל עוד לא היה כן (כמו במקרה שדן בו, בשנים שנתשתתפו בשור, שאף שאין בעלותם שווה בו, מ"מ חולקים בשבח בשווה) הרי השבח שייך למשביח. ולדבריו כל שאין כוונת המשביח שיזכה בעה"ב בשבח, ממילא נעשה שותף בחפץ.

וכע"ז ביאר הגר"ב (קובץ ברית עולם עמ' ת"מ) בשם הגר"ח דדין יורד לשדה חברו שלא ברשות דיש לו בשבח, אין הביאור שנוטל מחברו מצד תביעת נהנה, "אלא מצד דהכניס שבח בשדהו זוכה בחלק שדהו, והיינו דיש לו קנין בשדה ושותף הוי, ותביעתו מצד דין שותפות".

אמנם באור שמח (שכירות פ"י ה"ד) פירש בדעת הראב"ד לא כן, דפי' דמה שהשיג הראב"ד שם "א"א אין לזה טעם" כוונתו להשיג על מה שנתן הרמב"ם טעם לזה שאין האומן ששינה מדעת בעה"ב יכול לומר הא לך דמי צמרך ולך משום שאין האומן קונה בשבח כלי שעשה. וסובר הראב"ד דלא יתכן שיזכה חלק בשבח כשהשביח שלא ברשות, דשלא ברשות אין לו בגוף השבח כלום דאין אדם יכול להעשות שותף בשל חברו בע"כ.

וכן מצינו בתשובת רי"ה מלבוב (בעל תשובות פני לבנה, בקובץ וזאת ליהודה עמ' קכ"ט) שכתב כדבר פשוט שביורד שלא ברשות לא שייך אומן קונה בשבח כלי, דלא עלה על הדעת שיהיה לו זכות בשבח.

ז. והנה אם נימא שנעשה המשביח שותף עם בעה"ב בחלקו, א"כ צריך לבאר מדוע באמת יכול הבעה"ב לסלקו מגוף הכלי, ואמאי לא יהיו בכלי ככל שני שותפין, דדינם דיחלוקו או בגוד או אגוד.

ומצינו בזה שתי סברות. הגר"ח (הובא בגר"ב שם) כתב בזה שמכיון שאין למשביח זכות להעשות שותף בשדה בע"כ של בעליה, הרי אף שהשבח ראוי להיות שלו מעיקר הדין, מ"מ אין לו זכות להחזיק שבחו שם בשדה חברו, ועל כן יכול בעל השדה לסלקו בדמים. "דטענת בעל הקרקע 'ארעאי אשבח' מגרעת שלא יהיה נוטל חלק בקרקע, אבל עכ"פ הדין שמשלם מה שהנהנה ומעלה לו בדמים הוא מדין שותפות, והיינו דיש לו קנין בקרקע לענין שנוטל דמי שווי ההנאה, דמצינו שותפות כזו ג"כ שעיקר השותפות הוא לענין שיהיה נוטל דמיו ולא שיהיה לו חלק בדבר. והגר"ש (ב"ב סי' ד) כתב שהוא מהלכות חלוקת שותפות, כמו שמצינו חלוקת גוד או איגוד, שמכח דין חלוקת שותפות יכול אחד לסלק חברו מהשדה, ה"נ הוא הכא, אלא שכאן כיון שגוף הקרקע של הבעלים, א"כ דיני חלוקת השותפות לעולם יאמרו דהשותף שהוא המשביח יסתלק מחלקו בקרקע עבור דמים, ואין הברירה בידו לסלק את הבעלים.

ח. והנה לפי דעת הסוברים שאומן קונה בשבח כלי רק כשעשה מדעת בעה"ב [האו"ש וכ"כ בדעת הראב"ד ובעל שו"ת פני לבנה], הרי בכל קנין שבח שיש לו לאומן בכלי בעינין שיהיה מדעתו של הבעלים, דאל"ה לא קנה. ואם כן הוא, כבר יכול בעה"ב לעשות עמו תנאים בהסכמה זו, שאינו מסכים לזה אלא בתנאים מסויימים, וא"כ שפיר ניתן להבין מדוע יכול הבעלים לסלקו משבחו כשמשלם לו, שהרי כן היא דעתו מתחילה, ושלא מדעתו אין האומן יכול לקנות כלום [וכ"כ בעל שו"ת פני לבנה]. אולם לסוברים דאף ביורד שלא ברשות יש לו למשביח בעלות גמורה בגופו של שבח, אלא שהבעלים יכול לסלקו מסברת הגר"ח או הגר"ש דלעיל, א"כ לכא' לא תועיל התנאת הבעלים, דא"צ להסכמתם בכדי שיהא למשביח קנין גמור בגופו של שבח.

שבעה"ב משלם אינם תמורת העבודה אלא תמורת השבח שכבר הקנה לו. ולפי"ז שאין בעה"ב זוכה בשבח ע"י התשלום, אלא ע"י הקנת האומן כשיצר את השבח, א"כ גם אם אומן שעושה בחינם קונה בשבח כלי, אין מקום לשאול איך בעה"ב מסלקו בלא כל תשלום, שהרי גם בעושה בחינם השביח עבור בעה"ב וכבר זיכה לו את השבח.

יא. עוד יש להוסיף, דהנה כשישנו מההסכם שביניהם, כמו במקרה שצבע האומן את הצמר אדום במקום שחור שנוטל בעה"ב דמי צמרו לדעת ר' מאיר, ודנו בו הראשונים מה היה הדין אם היינו באים מדין אומן קונה בשבח כלי (ולא מדין שינוי קונה), צריכים אנו לדון בו משני צדדים, האחד מצד בעה"ב, שהרי באופן זה לכאורה ההסכם ביניהם בטל, ובטלה גם ההסכמה שיזכה בעה"ב בשבח, והצד השני מצד האומן שכאשר עושה לא כפי ההסכם עושה עבור עצמו, ואין דעתו להקנות השבח לבעה"ב, ומטעם זה רצה הרשב"א לומר שיוכל האומן לעכב השבח לעצמו, שהרי כל מה שמשביח האומן לבעה"ב הוא מכח ההסכם ביניהם שישביח האומן לבעה"ב, ועל כן נחשב שגוף השבח האומן הרי היא לבעה"ב, וכמו שביארנו לעיל, וכן כתב הרשב"א דאם קסבר ר"מ אומן קונה בשבח כלי "כל ששינה מדעת בעל הבית לא על דעת להשביח לבעל הבית צבעו אלא להשביח לעצמו", וכ"כ הרמב"ם ושו"ע שהובאו לעיל.

אולם יש לתמוה, דאם בטל ההסכם ביניהם א"כ הרי אומן זה ככל יורד, וביורד ברשות או שלא ברשות יכול בעה"ב לסלקו בדמים, ואין היורד יכול להעשות כשותף ולתבוע חלק בגוף, כמבואר הטעם לעיל, ומ"ט כתבו הרמב"ם והשו"ע, וכן הרשב"א בשני צדדים בדבריו, דאין בעה"ב יכול לסלקו בדמים, וצ"ב.

ואפשר דאין דבריהם אמורים אלא כאשר בעה"ב אינו רוצה לשלם לאומן את השכר שקצבו - שזהו מחיר השבח, כמשנ"ת - ואינו רוצה לתת לו אלא את ההוצאה בלבד, אבל אם יאמר בעה"ב ניחא לי בזה, ואשלם לך כל שכרך, בזה יודה הרשב"א דודאי לא יכול האומן לעכב השבח לעצמו, וכמו בכל יורד רגיל. ולא נאמר שכיון ששינה האומן מדעת בעה"ב ועל דעת להשביח לעצמו השביח, יהיה השבח שלו בעל כרחו של בעה"ב. ויתכן עוד שבאופן שנותן לו שכרו לא בטל ההסכם ביניהם מצדו של בעה"ב, ודין האומן ככל אומן, דאין לאומן זכיה בגוף השבח בפועל אלא רק בהעמדתו בדמים לבעה"ב כמש"נ לעיל.

יב. ועפי"ז יתיישב ג"כ מה שהקשינו לעיל בסתירת דברי הר"ן, שבשבועות כתב דקני לו השבח כמשכון, ואילו בקדושין כתב כלשון רש"י שהשבח קניו לאומן, ולדבריו אין בזה סתירה, שאף שהוא כמוכרו לו, הרי המכירה נעשית בשעה שמשביח, ולא בשעה שמחזיר החפץ לבעה"ב, ובעה"ב מתחייב בתמורה בשעה שהשביח ועל דמי מקח אלו מחזיק האומן את השבח כמשכון, דמ"מ אף שהאומן השביח עבור בעה"ב, כל עוד השבח מוחזק אצל האומן הרי הוא כמשכון אצלו, כמוש"כ הר"ן בשבועות. וחידיש הרמב"ן בדבריו בשבועות שהבאנו בריש הדברים, דכיון שדמי החוב גדרם הוא כתשלומי גוף העמדת השבח לבעה"ב, הרי כשמחזיק האומן בשבח כמשכון, הר"ז עדיף מכל החזקת משכון דעלמא על חוב חיצוני, שבכאן דמי החוב הם עבור קבלת אותו השבח עצמו, ויותר זכאי האומן להחזיק בשבח כל עוד לא קיבל דמיו מכל החזקת משכון דעלמא.

ועוד נראה לומר שכשנאנס החפץ, שהקשה הקצוה"ח אמאי חייב לו בעה"ב שכרו הא לא הקנה לו האומן את השבח שיתחייב בעה"ב עבורו, ג"ז מבואר לפי"ד אלו, שהשבח מעיקרו הושבח לבעה"ב ועל עצם העמדתו הוא שהתחייב בעה"ב בשכרו, לא על הקנתו בפועל לאחר זמן מהאומן לבעה"ב, ולהכי אם נאנס החפץ, לבעה"ב הוא דנאנס.

יג. מעתה עלינו לדון למ"ד אין אומן קונה בשבח כלי האם חולק על כל זה וסובר שהמשביח נכסי חבירו אינו יכול לזכות בגוף הדבר של חבירו.

והנה בקצוה"ח (סי' ש"ק ב) הקשה מהא דאיתא שאשה יכולה לאסור בקונם את מעשה ידיה על בעלה, ופי' התוס' והר"ן דהיינו שאוסרת את התוצרת לאחר שתעשה אותה למ"ד אדם אוסר דבר שלא בא לעולם, ואם אומן אינו קונה בשבח כלי "הא גוף הקמה והתבשיל של הבעל ולית לה בשבחא כלום שתאסר אותו שבחא לאחר שנעשה".

ועי' חזו"א שם שכתב דגם הסובר אין אומן קונה בשבח כלי מודה שמצד עצם הזכויות הממוניות המשביח כלי חבירו זכה חלק בשבח הכלי, אלא דמ"ד זה סובר שהאומן מוותר על זכותו לקבל תמורת חלקו, ומקנה אותו לבעה"ב בלא תמורה, ואין דעתו לתבוע אלא שכר עבודתו, "דשבחא דידיה הוא, אלא כי פסק שכרו הוא מסתלק מקנין שבח, ואין עיניו אלא בשכרו". ולפי"ז ישב את קושית הקצוה"ח, דודאי כיון שבעה"ב זוכה את השבח מן האומן, כאשר הוא מוותר הנאה ממנו אינו יכול לזכות בו.

וכ"כ רא"ב קמאי (בס' זכרון אבן ציון עמ' שכג) "דהא דאמרינן דאין אומן קונה בשבח כלי אין הכוונה דלא קנה כלל, דזה ודאי הסברא נותנת דכל מה שאדם עושה הוא שלו, רק היכא שהשכיר עצמו לבעה"ב אמדינן דעתו דלא רצה כלל לקנות מעשה ידיו, משום דבעה"ב לא ניחא לו בזה ומקנה השבח לבעה"ב". והביא שם ראייה מדברי הרמב"ם שפסק

דהזורע בשדה הפקר חייב בתרו"מ, אף שלא זכה בקרקע, ומוכח דהזורע בשדה הפקר התבואה הצומחת היא מעיקר הדין שלו, ולא שזוכה בתבואה כזוכה מהפקר, וכתב רא"ב דבשלמא למ"ד אומן קונה בשבח כלי התבואה של הזורע, כשם שהזורע בשדה חבירו יהיה לו חלק בתבואה, ולא גרע שדה הפקר, אבל הרמב"ם פסק דאין אומן קונה בשבח כלי, ולפי"ז הזורע בשדה חבירו אין לו חלק בתבואה, ומ"ט בשדה הפקר יתחייב, בהכרח דהסובר אין אומן קונה הוא משום שאין דעתו לזכות בשבח, ומוותר עליו לבעה"ב, וא"כ בשדה הפקר ודאי שאין דעתו לוותר על זכותו.

אולם בחזון איש (שביעית סי' ב ס"ק ד) כתב "ולא דמי ליורד לשדה חבירו וזרעה דהפירות לבעל השדה ואינו נוטל אלא הוצאה או כדן אריס, דהכא בשדה הפקר יש לו רשות להשתמש בה, ושבחא של הפירות שלו כמו בגדלו באויר". והיינו דבשדה הפקר כיון שיש לו רשות להשקיע כדי שתשביח עבורו, שוב השבח נעשה שלו, ואין לזה קשר לדין אין אומן קונה, דכאן דינו כמשביח בשדה של עצמו.

יד. ונראה עוד לחדש, דאם בעה"ב אינו משלם את שכר האומן, יתכן שגם למ"ד אין אומן קונה בשבח כלי, ויכול האומן לתבוע את חלקו בכלי. דמסתבר דעל דעת שלא ישלם לו לא ויתר על זכותו בכלי.

והנה שיטת הגאונים והרי"ף דמי שבידו משכון ורוצה להיות נאמן לגבות מחבירו במיגו דלקוח הוא בידי, חשיב נוטל, וכדי לגבות צריך להשבע שבועת הנוטלין. והקשו עליהם מהא דמבואר בגמ' דאם נחלקו האומן ובעה"ב בקציצה והטלית ביד האומן ויש לו מיגו, דנוטל בלא שבועה. והרמב"ן (הובא בר"ן שבועות כז א בדפי הרי"ף) תירץ לדברי הגאונים "דלא דמי משכון דשכירות לשאר הטענות. ולא מיבעיא למאן דאמר אומן קונה בשבח כלי דכטוען על גופו של משכון דמי, אלא אפי' למ"ד אין אומן קונה בשבח כלי כיון דודאי אית ליה עליה אגרא ואאגריה תפיס ליה כטוען על גופו של כלי דמי, דמקנה קני ליה כלי עד דיהיב ליה אגריה ושקיל ליה", ודבריו בשיטת מ"ד אומן קונה התבארו לעיל, אבל דבריו למ"ד אין אומן קונה ותובע מבעה"ב רק שכר פעולה צריכים ביאור, מה עדיפותו של האומן על כל מחזיק משכון (ועי' בר"ן שם). ולפי משנ"ת י"ל דאמנם כאשר נחלקו על הקציצה האומן תובע חוב שכירותו ככל בע"ח, אבל כיון שאם בעה"ב לא ישלם תהיה לו תביעה על גוף הטלית, לפיכך סובר הרמב"ן דחשיב כתובע על מה שבידו ולא כנוטל. משא"כ בכל משכון גם אם לא ישלמו לו את חובו ויגבהו מגוף המשכון, הרי זו גביה מהלוה.

כל זמן שלא עשה קניין<sup>18</sup>.

ברשות הבעלים<sup>20</sup>. ולפי דעה זו, אם שכר רכב והתחיל לנסוע בו לצרכו אפילו בשטח המשכיר, חלים עליו מיד חיובי שמירה וחייב בגניבת הרכב ובנזקים שקרו לו.

5. י"א שאם השוכר השתמש במושכר לצרכו נכנס תיכף לחיובי שמירה<sup>19</sup>, וכל הפוסקים מודים בזה, אפילו אם לא עשה קניין ואפילו

צינונים והערות

שסגר ביתו וא"ל לשכנו שמור את ביתי ותשכיר זה הבית ותטול השכר, דהרי זה נעשה שומר שכר באותה הנאה שאמר לו שיטול שכר הבית שישכיר, והמחנ"א גם למד בבאור הרשב"א שנתנית כסף היא קניין, אלא שלא למד שהנאה היא כמו כסף כמו שמשמע מדברי הרשב"א, אלא שהשוכר שילם לשכן וזה מה שחייב את השכן. אכן הערך שי (רצא, ה) למד ברשב"א כפשוטו שהשומר התחייב באחריות בגלל ההנאה שקיבל.

אולם האמרי בינה (הלואה סי' פב ד"ה וראיתי) והערך שי (שג, א) הביאו תוס' רי"ד (ב"ק עט, א ס"ס לח) שכתב שקבלת כסף אינה מספקת להוחיל על המקבל דיני שמירה, וז"ל "תיקנו משיכה בשומרין, שאע"פ שקיבל עליו לשומרו וגם קיבל שכר שמירתו, אם לא משכו אינו מתחייב בשמירתו ואם נאבד פטור", והע"ש (שם, וגם רצא, ה) הביא גם רמ"ה (הובא בשמ"ק ב"ק צט, ב ד"ה וכ"כ הרמ"ה) שסובר שקבלת כסף אינו מוחיל דיני שמירה על המקבל. עוד טען הערך שי (שו, א) שדברי רש"י (ב"מ צט, ב ד"ה מאי עבידתיה) שחזקה אינה קונה בלי משיכה סותרים את דברי הנתיב. ונראה שאפשר ליישב טענה זו על הנתיב בקל, שמש"כ רש"י שחזקה אינה מועילה היינו כשבא לקנות מדין קניין חזקה וגם הנתיב מודה בזה, אבל מש"כ הנתיב אינו מצד קניין שהרי השוכר לא עשה מעשה קניין, אלא החיוב הוא מדין התחייבות תמורת הנאה וכנ"ל.

מכל הנ"ל נמצא שלכל היותר חידוש הנתיב ששימוש מחייב באחריות מצד הנאה אינו אלא מחלו ראשונים.

20. בנתיב (שו, א) כתב לבאר בסברא הנ"ל את הדין שאומן יש לו דין שו"ש אף כשעובד בבית הבעלים, וכן גבי שואל (שמ, ח) כתב להסביר בזה מש"כ התוס' (ב"ק י, א) שאנשים שישבו על ספסל שעומד ברשות בעל הספסל יש להם דין שואל עליו, ומפורש בדבריו שהנאה מחייבת בשמירה גם ברשות הבעלים.

18. כ"כ הש"ך (שמ, ט) והסכים לו בנתיב"מ (חיד' שמ, ט) שהשוכר יכול לומר 'קים לי' כפוסקים שרק בקניין מתחייב בשמירה.

19. כן חידש הנתיב"מ (שו, א גבי שוכר. שמ, ח גבי שואל), שהנאה מהמושכר נחשבת לקבלת כסף מהבעלים, ותמורת הכסף מתחייב השוכר בשמירה, וכמקור לסברא זו הביא את הריטב"א (ב"מ צט, א ד"ה אלא לחזרה) שכתב לגבי שואל "דלאונסין ודאי משעת משיכה הוא מתחייב... טעמא משום דאדם משעבד עצמו בכסף, ובהיה הנאה דאושלה ניהליה ואפקה מרשותיה לרשות שואל גמר ומשעבד ליה נפשיה באחריות כאילו קבל ממנו שכר לשמור ולהתחייב באונסיה", והנתיב למד משואל לשוכר שקבלת הנאה כקבלת כסף, וקבלת כסף מחייבת בשמירה (וכ"כ הנתיב גם לגבי שו"ש (רצא, יב) שקבלת כסף מחייבת בשמירה), ואף שבשוכר אין שייכות ההנאה שכתב הריטב"א בשואל, מ"מ חידש הנתיב ש"כיון שאין המשכיר יכול לחזור בו, האי הנאה הו"ל ככסף לגבי השוכר", והיינו שהשתמשות השוכר גורמת שהמשכיר לא יוכל לחזור בו, והנאה זו גופא שהמשכיר אינו יכול לחזור בו נחשבת לנתיב כסף.

הדברי משפט (שמ, ח) הסכים לנתיב מטעם אחר, שהנה בגמ' איתא שדעת ר' הונא בשומר ש"ביקע בו קנאו" והוא מתקנת חז"ל, ודעת ר' אלעזר ש"תיקנו משיכה בשומרים" וקיי"ל כוותיה, וכתב הדברי משפט שר' אלעזר לא בא לחלוק שאינו קונה בהשתמשות, אלא בא להוסיף שדי במשיכה אף אם לא השתמש, אבל גם השתמשות היא כקניין בין לעניין שהמשאיל לא יוכל לחזור ובין לאחריות השואל, וכדבריו משמע ברש"י (שם ד"ה לא ביקע) שר' הונא חולק על ר"א שלא די במשיכה לבד, אבל כו"ע מודים שקונה בהשתמשות לבד.

והיסוד הנ"ל שסוף מחייבת בשמירה ושהנאה נחשבת לכסף אפשר ללמוד גם מתשו' הרשב"א (סי' אלף קל"ד) שהעתיק המחנה אפרים (שומרים ז) "דראובן

## הגליחו מוקדש לעילוי נשמות

ר' אורי אפרים ז"ל ב"ר יוסף יצחק פרלמן יבלחט"א

נלב"ע י"ב טבת

ת.נ.צ.ב.ה.

### בשורה טובה

שמחים אנו לבשר לתושבי העיר בית שמש

על פתיחת בית הדין "נתיבות חיים" שע"י קרית "משכנות יעקב".

בהרכב ביה"ד ישבו דיינים בעלי ניסיון של שנים רבות בבית הדין החשוב "נתיבות חיים" בירושלים.

לקביעת דיונים בבית הדין, בירורים, או כל פניה אחרת, ניתן לפנות למזכירות בתי הדין, בין השעות

18:30-20:00 בטל: 02-502-3637 או בדוא"ל: [b.din@nesivos-chaim](mailto:b.din@nesivos-chaim)

הנהלת בית הדין נתיבות חיים

### בית הוראה לענייני ממונות "בית גרוס"

ע"ש ברוך וברכה גרוס

שע"י כולל חושן משפט אוהל יוסף

בבית ההוראה ניתן יעוץ בדיני ממונות ע"י דייני בית הדין ובית ההוראה ● סיוע בעריכת צוואות וחוזים ● בשפות עברית אנגלית יידיש וצרפתית ● בית ההוראה פתוח בימים א-ה בין השעות 13:40-15:30 וביום שישי בין השעות 11:15-13:00 ● Les lundis et mercredis nous traitons vos questions en francais ● טלפון 02-502-3637 דוא"ל: [beisdin@neto.net.il](mailto:beisdin@neto.net.il)