

הרב ברוך שובקס

תביעת השבחה שנעשתה ללא כוונה

שאלה:

א. משווק עשה הסכם עם יצרן על בלעדיות לשיווק תוצרתו, דהיינו שהיצרן לא יוכל למכור תוצרתו כי אם דרכו. המשווק השקיע בקידום המוצרים ע"י פרסומת וכדו', ולאחר מכן התחיל היצרן למכור את תוצרתו בעצמו ללא הסכמת המשווק (כגון שהמשווק הוכרח לבטל את ההסכם, או איזה סכסוך שנפל ביניהם עד שאינם יכולים להמשיך יחד), ותובע המשווק לשעבר מן היצרן עבור הנאה מקידום תוצרתו. ומה הדין כשבעלי חובותיו של היצרן ירדו לנכסיו וגבו המוצרים בחובם, ומכרום למשווק אחר, והמשווק הראשון תובע מן המשווק השני עבור הנאה מקידום התוצרת.

ב. מו"ל תוכנה או קלטת תובע מן המעתיקים עבור הנאה מהשקעתו. (בשאלה זו כבר דנתי בעומקא דדינא ח"א עמוד רכד והיא חוזרת ונידונה כאן מצד כמה דברים שנתחדשו).

תשובה:

א.

מן השבחה ולבסוף איגלאי מילתא שיש נהנה נוסף ממה שהשביח, והרווח הנובע מהשקעתו שהיה אמור לבוא אליו הלך לנהנה אחר. ובשאלה זו יש לפנינו ג' ענינים שנידונים בש"ס ובפוסקים בענין כזה, ועלינו למצוא הדרך להשוותם יחד, ומהם נחזור לדון בנידונים דידן.

הנה בב"מ דף טו ע"א: תניא אידך המוכר שדה לחבירו והשביחה, ובא בעל חוב וטרפה, כשהוא גובה, אם השבחה יותר על היציאה נוטל את השבחה מבעל הקרקע והיציאה מבעל חוב. ואם היציאה יתירה על השבחה אין לו אלא הוצאה שיעור שבח מבעל חוב. והא

הנה בב"מ דף קא ע"א איתמר: היורד לתוך שדה חבירו ונטעה שלא ברשות, אמר רב שמין לו וידו על התחתונה. ושמאל אמר אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנטעה. אמר רב פפא ולא פליגי, כאן בשדה העשויה ליטע כאן בשדה שאינה עשויה ליטע. וכן נפסק בשו"ע חו"מ סי' שעה ס"א היורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות ונטעה, אם היתה שדה העשויה ליטע, אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנטעה, ונוטל מבעל השדה.

אלא שיש לעיין באופן שהיורד ירד להשביח לעצמו כדי שהוא עצמו יהנה

והחתן השביח בבית, אחר כמה שנים רצה החותן להוציא, והחתן טען שניתן לו במתנה. ופסק שם דאין חזקה לחתן בבית חותנו, ואעפ"כ החותן חייב ליתן לו על מה שהשביח כיורד בשדה העשויה ליטע. אלמא דגולן המשביח על דעת עצמו, נוטל כארים בשדה העשויה ליטע, במקום שאין לקנסו על גזלתו, כגון בחתן זה שלא היה אלא רצון לגזול, שהרי מה שהיה דר בבית היה ברשות החותן בעל הבית.

ב.

ובחידושי הרמב"ן ב"מ סוף דף מ כתב וז"ל: וכל היורדים להשביח נכסי אחרים שלא ברשות באותו כלל, והוא ידעי, ואין זה צריך לפנים, אבל בדלא ידעי לא שקלו אלא הוצאה אפילו בשדה העשויה ליטע, דהא לאו בתורת אריסות ולא ליטול כלום ירד, אבל היורד לנכסי חבירו לדעת, דעתו היה ליטול כארים, סבור הוא שהבעלים מתרצים בכך. וכוונת דבריו דהיכא דהא לא עלתה על דעתו כלל שיתכן שאחר יחנה מהשבתו, כגון במי שנודע לו שיש אה שיורש עמו, שידע שקרקע זו של אבותיו, ולא עלתה על דעתו שימצא אה שלא ידע מעולם על קיומו, אינו נוטל אלא הוצאות.

וכן כתב הריב"ש בס"י תקטו בפירושו דברי הרמב"ן וז"ל: ופי' לא ידעי שכתב, רצה לומר שסבור שהקרקע שלו, ואחר כן נמצאת שאינו שלו. דומיא דעובדא דמרי בר איסק, דאתא ליה אהא לחלוק

שמואל במאי מוקים לה, אי בלוקח מגולן קשיא רישא. וכן נפסק בשו"ע חו"מ סי' שעג ס"א: גזל שדה ומכרה והשביחה הלוקח, אם השבח יותר על הוצאה נוטל ההוצאה מבעל השדה.

ומשמע לכאורה שאפי' שהשבח שהשביח היה בנדר שדה העשויה ליטע, אעפ"כ אינו נוטל כשתלי העיר אלא הוצאה שיעור שבה כנוטע בשדה שאינה עשויה ליטע.

ומצאתי מפורש בחדושי הריטב"א (הישנים סוף פ"א דב"מ ד"ה וקשיא) ובחידושי הרשב"א (ב"ק צה ע"ב) בשם הראב"ד דמעיקר הדין היה לגזול וללוקח מגולן שהשביחו ליטול בשדה העשויה ליטע כשתלי העיר, ומה שאינם נוטלים אלא הוצאה משום קנס הוא על שגזלו, ולוקח מגולן אף שגזל בשוגג (דקרקע אינה נגזלת, והלוקח האוכל פירות שדה שאינה שלו הרי הוא גולן) קנסוהו אטו מזיד (ובחידושי הרשב"א שם משמע דאף כשלא ידע שהיא גזולה קנסוהו, ומשמע דמן הדין נוטל כארים בשדה העשויה ליטע). ובכך מיישב הראב"ד מה שאמרו בב"ק צה ע"ב דהא דאין הנגזל מחזיר השבח ללוקח, הוא מדין קנסו שוגג אטו מזיד. הרי לנו מקרה שהלוקח השביח עבור עצמו, ולבסוף נהנה הנגזל משבח זה, והנגזל הנהנה היה חייב מעיקר הדין לשלם למשביח בשדה העשויה ליטע כארים, ובשדה שאינה עשויה ליטע הוצאה שיעור שבת.

עוד מצאתי במרדכי ב"מ סי' רפא מעשה בחתן שנתן לו חמיו דירה בביתו,

לא יקנה המקח, וע"כ גם חיוב דמים הוא זכותו. משא"כ הכא אף אם לא יתחייב הנגזל דמים ישביחו הגזלן והלוקח מהגזלן את השדה על צד הספק שהשדה תישאר בידם.

ונפק"מ בין טעם הראב"ד וסייעתו – משום קנס, ובין טעם חידושי הר"ם – דליכא זכות לנגזל, הוא באופן שהשביח על דעת עצמו בהיתר ואח"כ חזר לרשות הבעלים, ובאופן שהיה איזה צד למשביח להסתפק שיחזור ליד הבעלים. כגון: מוציא על נכסי אשתו ומרדה בו, וכן בניד"ד במשווק ויצרן, שאין מקום לקנוס את הבעל או המשווק, שהרי בהיתר ירדו, וא"כ לכאורה יטלו כאריס או כקבלן, אבל לפי סברת חי' הר"ם יש לומר דכיון דאף אם לא היו האשה המורדת או היצרן משלמים לבעל או למשווק כאריס, היו הבעל או המשווק משקיעים על צד הספק שהשבח וההנאה ישארו אצלו, וא"כ אין לומר דהאריסות או הקבלנות היא זכות לאשה וליצרן.

ד.

ולענין הלכה נראה לכאורה כהראב"ד וסייעתו, דמעיקר הדין לעולם נוטל כאריס בשדה העשויה ליטע, חוץ מגזלה שיש בה צד קנס. שהרי אפי' במחלוקת מהרי"ק נגד התוס' לא אמרינן הלכה ככתראי (ש"ך חו"מ סי' כה סקב"א), כ"ש סברת החי' הר"ם נגד הראב"ד, הרשב"א, הריטב"א והמרדכי.

גם סברת חי' הר"ם תמוהה ביותר, שהרי אם משכיר הגזלן או הלוקח את

בנכסים. גם בסמ"ע סי' רפז סקט"ו כתב דעובדא דמרי לא אסיק אדעתיה כלל, יותר משבוי ששמעו בו שמת, יעו"ש. אבל לוקח מן הגזלן צ"ל שמסופק קצת שמא אינו של המוכר. גם בחידושי הר"ם בב"מ יד ע"ב כתב דכל לוקח מגזלן מסופק אולי מכר לו המוכר דבר שאינו שלו, ומשביח אדעתא שיחזור על הנגזל. או אפשר דרק בגזלן עצמו אמרינן שמסופק שמא יחזור השדה ליד הנגזל, אבל לוקח מגזלן אפשר לומר שאינו מעלה על דעתו שהשדה אינו שלו, ואין דינו ליטול כאריס מעיקר הדין, אלא מצד מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבוא לידו, וכיון שהגזלן היה גובה כאריס מעיקר הדין גם הלוקח ממנו צריך לגבות כאריס, ואפי' לענין הוצאות צריך להגיע בלוקח מגזלן לסברא זו, וכמו שכתב הש"ך בחו"מ סי' קטו סק"י, יעווי"ש.

ג.

אמנם בחידושי הר"ם שם כתב דגזלן ולוקח מגזלן אינם מקבלים בשדה העשויה ליטע רק הוצאות מעיקר הדין, מטעם שלא השביחו אלא לעצמם, דטעם דיורד בשדה העשויה ליטע נוטל כאריס הוא דהוי כזכין לאדם שלא בפניו, ויכול להשכיר עצמו לבעל השדה לזכותו, אבל גזלן ולוקח מן הגזלן, אין זכות לנגזל בכך שהם נשכרים לו, שאפי' לא יטלו אלא הוצאות הלא ג"כ ישביחו מצד הספק שישאר השדה בידם. ולא דמי למקח בזול שאפשר לזכות שלא בפני הזוכה ולחייב הזוכה בדמים, שהרי אם לא יתן הלוקח דמים

הרבה ואכל קימעא, קימעא ואכל הרבה, מה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל. ובענין מגרש מורדת שהשביח יותר ממה שאכל כתב הרא"ש בכתובות פ"ה סוס"ט וז"ל: מיסתברא לן דמתני' דקתני מה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל, היינו כשהבעל רוצה לגרשה, אבל במורדת ותובעת גט ומקנתת אותו עד שהוא צריך לגרשה, בין אכל בין לא אכל ישבע כמה הוציא ויטול. דלא יהא אלא מתנה דיהיב לה, הא אמרינן כי אקני לה אדעתא למיקם קמיה, אדעתא למישקל וליפוק לא אקני לה. הלכך בין אכל בין לא אכל ישבע כמה הוציא ויטול. והוא שהיתה הוצאה כנגד השבת, אבל אם היתה הוצאה יתירה על השבת, אין לו אלא הוצאה כשיעור שבת.

וכן הוא בתוס' רי"ד שם "וכתב ר"י וצ"ל מיסתברא לן דמתני' דקתני מה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל היינו כשהבעל רוצה לגרשה. אבל במורדת ותובעת גט ומקנתת אותו עד שהוא צריך לגרשה, בין אכל בין לא אכל ישבע כמה הוציא ויטול וכו', דנהי דלא עביד תקנה לגדולה למישקל בשבחה כדין יורד בנכסי אחר מדעתו, אבל שלא יפסיד הוצאתו אין זו תקנה אלא דין גמור הוא, דאדעתא דתיפוק מקמיה לא הוציא הוצאות בנכסיה, והלכך ישבע כמה הוציא ויטול אם הוצאה כשיעור שבת. וכן נפסק בשו"ע אבהע"ז סי' פח ס"ט. אלמא דעיקר הדין הוא דמשביח על דעת עצמו וחבירו נהנה ממנו חייב הנהגה לשלם עכ"פ הוצאות. ועדיין לא

עצמו כאריס לבעל השדה, הוי זכות גמורה לבעל השדה, ומה שלא היה בעל השדה שוכרם כיון שבמילא ישביחו לצורך עצמם, אין זה מגרע מן זכותו של בעל השדה להוריד אריסים, אלא שבזאת היתה יכולת לבעל השדה "לסחוט" מן הגזלן או הלוקח.

וקצת ראיה, דמקח שבעצמו הוא זכות, אלא שיש כח למוכר "לסחוט" יותר מן המגיע לו, עדין הוא בגדר זכות. דהנה מקור הדברים שאפשר ליקח ללא רשות ולשלם בדבר העומד למכור, הוא בדברי הרא"ש פ"ו דב"ק סי' יב, דמותר היה לדוד להחליף שעורים בעדשים אם היו העדשים מזומנים. והנה עבדי דוד היו צריכים השעורים להאכיל לבהמתם בשעת המלחמה, ולכאורה היו צריכים מאוד לשעורים, שהרי צורך מלחמה הוא וכל אשר לו יתן אדם בעד נפשו. ואם היו שואלים לבעל השעורים, יתכן שהיה מוכר להם ביוקר גדול, ואעפ"כ כתב הרא"ש דהוי זכות. נמצא דכל מקח שבעצמו הוא זכות, אין לנו לחקור אם המוכר היה יכול ל"סחוט" יותר מדמיו.

ה.

עוד מצינו ביורד לנכסי אשתו קטנה ואח"כ יצאה אשתו ממנו במיאון, שהוא נוטל כאריס. כמו שאמרו בכתובות (דף פ ע"א): המוציא הוצאות על נכסי אשתו קטנה כמוציא על נכסי אחר דמי, מ"ט, עבדו בה רבנן תקנתא כי היכי דלא ניפסדינהו. ובמשנה שם אמרו: המוציא הוצאות על נכסי אשתו (גדולה) הוציא

ידענו אם נוטל בשדה העשויה ליטע דינו כארים.

1.

ונראה להוכיח דבעל בנכסי אשתו בשדה העשויה ליטע מעיקר הדין נוטל כארים, דהנה בכתובות (דף פ ע"א) אמרו: "המוציא הוצאות על נכסי אשתו קטנה כמוציא על נכסי אחר דמי, מ"ט, עבדו בה רבנן תקנתא כי היכי דלא ניפסדינהו. ונחלקו הראשונים אם נוטל כארים רק בשדה העשויה ליטע כיוורד שלא ברשות, או בכל שדה הוי כיוורד ברשות. ודעת תלמידי רבנו יונה (בשטמ"ק) והר"ן שתקנו שיהיה לעולם כיוורד ברשות, כדי שלא יאמר למה אטרח בחנם והיא תמאן. ודעת רש"י במהדו"ק (בשטמ"ק) וקרוב נתנאל בהרא"ש, שאינו נוטל כארים אלא בשדה העשויה ליטע.

והנה לכאורה ס"ל להרא"ש דמצד התקנה סגי שיטול הבעל הוצאות, ולא חששו חז"ל שיחוש הבעל שמא יטרח בחנם, שאילו חששו לטירחא בחנם, היה לחז"ל לתקן שיטול לעולם כארים, כמו שתקנו בקרוב היורד לנכסי שבוי (ב"מ מ). שנוטל לעולם כארים, שהרי יש כמה שדות שאין להם יעוד ידוע. וכיון שלא חששו לטירחא, א"כ אמאי נוטל כארים בשדה העשויה ליטע, אלא בהכרח לומר דכיון שתקנו שיהא דינו כיוורד שלא ברשות, ממילא (ללא צורך בתקנה מיוחדת) נוטל כארים בשדה העשויה ליטע.

2.

והנה הרמב"ם פכ"ג מהלכות אישות ה"י כתב וז"ל: כמה דברים אמורים במגרש, אבל האשה שמרדה על בעלה אפילו אבל הרבה שמין לו כמה אבל ופוחתין אותו ממה שראוי ליתן לו מן ההוצאה אחר שישבע, ונוטלו, שלא הקנה לה כדי שתטול ותצא מעצמה. וכן המוציא הוצאות על נכסי אשתו קטנה, ומיאנה, רואין כמה אבל וכמה הוציא וכמה השביח, ושמין לו כארים שהרי ברשות ירד. ומלשונו משמע דבעל בנכסי אשתו קטנה מעיקר הדין הרי הוא יורד ברשות, והתקנה לא היתה אלא בכך שיהיה דינו כיוורד לנכסי אחר ושלא יהיה דינו כבעל המוציא בנכסי אשתו, וכיון שדינו כיוורד לנכסי אחר ממילא הרי הוא יורד ברשות, שהרי לא כתב הרמב"ם שדינו כיוורד ברשות אלא שברשות ירד. וא"כ יש לתמוה הרי גם באשתו מורדת ירד ברשות, שהיא הכניסה קרקעות בנכסי מלוג, ואמאי אינו נוטל אלא הוצאות.

ונראה לומר דס"ל להרמב"ם דבשלמא קטנה בשעה שנישאת ידעה שהיא יכולה למאן קודם שיאכל הבעל פירות, וכוונתה בכך שהכניסה לו קרקעות היתה גם על דעת שיעבוד בהם בשבילה, משא"כ גדולה שבשעה שנישאת לא עלתה על דעתה שתמרוד, ואפי' תמרוד, הלא אין הבעל מחויב לגרשה, א"כ מה שהכניסה לו קרקעות אינם אלא ע"ד שיעבדם לעצמו ויאכל פירותיהם. שאין לנו לומר שנתנה לבעל

ההוצאה, משא"כ בקטנה שיכולה למאן ואז לא יאכל פירות, אינו מוחל על דבר שמגיע לו מן הדין". וא"כ נוכל לפרש גם דברי הרמב"ם על דרכם של הריטב"א והנמוק"י, דבאמת אף באשה גדולה הרי הוא יורד ברשות, אלא דבעל של גדולה מחל, ובעל קטנה לא מחל.

עוד מצאתי בריטב"א ב"ב נג ע"ב בענין בונה פלטרין בנכסי הגר ובא אחר והעמיד שם דלתות, שהאחרון קנה, וכתב הריטב"א ז"ל: ומכל מקום שמין לו (לבונה הראשון) כיורד ברשות דידו על העליונה. והובא גם בב"י סי' רעה סעי' כא בשם הנמוק"י בשם הריטב"א. ומשמע דכל שיש לו רשות לרדת אף שלא ביקשו הבעלים ממנו, דינו כיורד ברשות.

אלא שראיתי בריטב"א (החדשים, ומובא בשממ"ק) ב"מ לט ע"א שכתב בענין בעל בנכסי קטנה וז"ל: ובדין הוא שיהא כיורד שלא ברשות אלא דתקיננו ליה רבנן שיהא כארים. ודברים אלו לכאורה סותרים מה שכתב בכתובות דבעל הוא יורד ברשות מעיקר הדין, ובנכסי גדולה הוצרך לטעם דמחילה. וגם סותרים למה שכתב בב"ב דמשביח נכסי הפקר דינו כיורד ברשות.

ואפשר דהריטב"א אזיל בשיטת חבריו

רשות לירד להשביח בשבילה שהרי אין הגעת השבחה תלוי בדידה, שאפשר שיאכל יותר ממה שישביח ולא יגרשנה מיד כשתמרוד אלא בתום אכילת הפירות.

ולפי זה יש לומר בענין יצרן ומשווק, שאם היה יכולת ביד היצרן להחליט להתנתק מן המשווק ולמכור בעצמו, נחשב המשווק כיורד ברשות וחייב היצרן ליתן לו כארים אפי' בשדה שאינה עשויה ליטע, שהריהו דומה לקטנה שמכירה בזכות המיאון שלה, ואפי' לפי סברת חי' הרי"ם דלעיל.

ח.

שוב מצאתי בריטב"א בכתובות סוף דף עט שכתב בענין מוציא על אשתו גדולה שלא אכל כלום, ז"ל: וא"ת, הוציא ולא אכל למה אינו נוטל הוצאתו וידו על העליונה, דהא יורד ברשות הוא. ויש לומר, דכיון דשייך בנכסי כלל, דיו שיטול הוצאתו בשבועה, ואידך ממחל מחיל ליה כיון דלא התנה, ע"כ. ובדף פ. בד"ה המוציא הוצאות על נכסי אשתו קטנה, כתב וז"ל: דבהא לא מחל כלום, כיון שיכולה למאן, וכיון דכן לעולם דינו כיורד ברשות. וכעין דבריו אף בנמוק"י. ופי' דבריהם דבאשה גדולה כיון שבידו לאכול פירות, והוא שולט על הנכסים לגמרי, הריהו מוחל על השבחה היתר על

⁸ והמדקדק בלשון הריטב"א יראה דלא סגי בכך שאוכל פירות בכדי שימחול, אלא צריך שישלש בנכסים למכור ולקנות כרצונו, ולכן כתב "דשייך בנכסי כלל", היינו שליטתו המוחלטת. ובהכי ניחא מה שכתב הנתי' בסי' שמא (מובא להלן) בשואל שוקת ונפל השוקת וחזר השואל ובנה השוקת, שחייב המשאל ליתן לשואל אחר גמר השאלה כיורד ברשות ולא אמרינן שמחל, אף שהשואל אוכל פירות המשאל הינם, כיון שאין השואל שולט בנכסים כבעל בנכסי אשתו.

ולפי דברי הריטב"א והנמוק"י יוצא בניד"ד במשווק שהיה משלם מחיר מוסכם על כל תוצרת שהיה קונה, ומחיר מוסכם זה היה משלם גם אם היה נשאר לעולם משווק ולא היה היצרן נהנה כלום מהשבחת מוצריו, ודאי שאין סברא לומר שמחל על שכרו כאריס, שהרי אין לו שום סיבה למחול, שהרי משלו הוא אוכל. ולכן אף במקרה שלא היתה שום אפשרות ליצרן למכור תוצרתו בעצמו, וכגון שההסכם ביניהם היה מעוגן היטב בחוקי המדינה, ומה שהתחיל היצרן למכור תוצרתו בעצמו היה רק כתוצאה מהפרת ההסכם מצד המשווק, ולכאורה לא דמיא לקמנה שיכולה למאן, שהרי היצרן אינו יכול להפר בסתם הסכמותיהם, מכ"מ כיון שאין כאן את הסברא של האוכל פירות שדה חבירו, שהרי הכא מדיליה קאכיל, לא אמרינן דמחל ונוטל כאריס אפי' בשדה שאינה עשויה ליטע. וההיא מעליותא שיש בבעל בנכסי גדולה שהוא כשותף לדעת רבנו קרשקש יש בכל משווק שכבר היו מוצרים תחת ידו, שהרי היו תחת ידו מוצרים שהיה לו צורך בהשקעה בשיווקם, נמצא שהוא כשותף עם היצרן בזה.

ט.

וכל זה הוא רק לשיטת הריטב"א והנמוק"י וכן מדויק לשון הרמב"ם, אבל מדברי הר"ן ותלמידי ר"י מבואר דבעל אינו יורד ברשות, ומה שנוטל בנכסי קמנה כיוורד ברשות אינו אלא מתקנת חכמים שלא יפסיד השדה. ולפי

רבנו קרשקש והר"ן בהידושיו שכתבו בכתובות סוף דף עט ז"ל: ומיהו במוציא הוצאות על נכסי אשתו גדולה כיון דברשות קא עביד ליכא חילוק בין שדה העשויה ליטע לשדה שאינה עשויה ליטע, דבעל הרי הוא כשותף דאמרינן דכיוורד ברשות דמי, לענין דנוטל בשדה שאינה עשויה ליטע כשדה העשויה ליטע, אבל במוציא הוצאות על נכסי אשתו קמנה וגרשה נראה לי דבשדה שאינה עשויה ליטע ידו על התחנתה, ע"כ לשונם בסגנון אחד ממש.

וביאור דבריהם דבאשה גדולה שיש לו חלק ברור בנכסים, שבידו שלא לגרשה, הרי הוא כשותף [עניין שנים שיש להם צורך משותף בדין יורד יבואר להלן, בס"ד], אבל בעל בנכסי קמנה שאין בידו לאכול הפירות, שהרי ביד האשה למאן בו, אינו כשותף בנכסים, ולהכי אף אם גרשה דינו כיוורד שלא ברשות. ואף דלענין הלכה ס"ל לריטב"א דבעל בנכסי גדולה שהוציא ולא אכל, אין לו אלא הוצאות מצד מחילה, מכ"מ בהא ס"ל כרבנו קרשקש והר"ן דאלמלא מעם מחילה, בעל בנכסי גדולה כיוורד ברשות, ובנכסי קמנה כיוורד שלא ברשות.

אולם גם אי נימא דהריטב"א מחלק בין גדולה לקמנה, עדיין קשה ממה שכתב בענין בונה פלטרין בנכסי הגר דדינו כיוורד ברשות, דמאי אולמא בונה בנכסי הגר מבעל בנכסי אשתו קמנה שגירשה דהוי כיוורד שלא ברשות.

הדרא אי בנה והוציא ולא השביח, ע"ש². וכן מוכח מהא שכתב המחבר לעיל בסימן רל"ב סעיף י"ד דאם השביח נוטל שבה התפירה מן המוכר, משמע דמשלם לו גם שבר טרחתו כדין יורד ברשות. ודוחק לומר דשם הוי כשדה העשויה ליטע, דמנין לנו שעומד דוקא לעשות חלוק. אך מ"מ אפשר שיש לספק בזה כיון שהחלוקה ידע שהוא פחות מבן כ' ואין מכירתו מכירה דמי ליורד שלא ברשות, ע"ב.

י.

והר"ן בסוף דף לח (מדפי הרי"ף) כתב בענין מוציא על אשתו גדולה שלא אכל כלום וז"ל: "ותמה אני אם היתה שדה העשויה ליטע למה לא ישומו לו כאריס, ונראה לי דהיינו טעמא משום דכיון דהוא אוכל פירות ולא היא, הווי להו כולהו שדות לגבי דידה כאילו אין עשויין ליטע, וכיון דמחמרינן עליה דבעל בנכסי אשתו יותר מאחר, היה קרוב הדבר לומר דכי אמרינן במוציא על נכסי אשתו קטנה דכמוציא על נכסי

דבריהם משווק שהשביח שבה בדומה לנטיעה בשדה שאינה עשויה ליטע לא יטול כאריס. אלא ששבת כזה קשה שימצא, שהרי כל מוצר עשוי בשביל למכרו, וכל השקעה שמביאה לקוחות בפועל והשבת יתר על ההוצאה, הרי היא כנטיעה בשדה העשויה ליטע.

והנתי' נראה שפסק כדעת הריטב"א דכל יורד ברשות אף שירד לצורך עצמו ידו על העליונה. דהנה בחו"מ סי' רלה סי"ד כתב בשו"ע: פחות מבן עשרים שמכר קרקע אביו, חוזר ומוציא מיד הלקוחות, בין קודם עשרים בין אחר עשרים מיד, ומוציא ממנו כל הפירות שאכל. ואם הוציא הוצאות או שנטע וזרע, שמין לו ומחזיר לו את השאר. ובנתי' סקמ"ז כתב וז"ל: עיין סמ"ע סקמ"א שמסתפק אם דינו כיוורד ברשות ע"ש. והנה בתשובת מהר"א ששון סי' קי"ז כתב דבכל מקום שיש ביטול מקח כגון באונאה או במום, שדינו כיוורד ברשות, ואם בנה ולא השביח מדמה אותה להא דסימן ק"ג (ס"ט) בשומא

² ז"ל בתורת אמת: ועל עניין הבנין אשר בנה לוי הנז' הנה קודם שאכתוב הנלע"ד אכתוב מה שיש לי לחקור להתלמד בעלמא והוא אם ראובן מכר לשמעון חצר ושמעון בנה בו כרצונו ואח"כ נמצא המקח בטל מה דינו של שמעון ופשיטא לי ודאי דיורד ברשות מקרי מיהו מאי דקא מספקא לי הוא משום דחזינא לטור ז"ל בחו"מ סי' ק"ג בדין מלוה ששמו לו ב"ד קרקע של לווה בחובו שהדין הוא שחוזר לבעליו כשיהיה להם ממון כתב בשם בעל התרומות וז"ל מלוה שסתור ובנה כרצונו ולפי מראית העין לא השביח הקרקע באותו הבנין אלא שהוא היה חפץ לבנות כך אע"פ שהוא כמקולקל בעיני הלוי' כשבא לסלקו צריך לתת לו דמי הבנין ויש חולקים בדבר ואומרים כיון שלא השביחו מחזיר לו דמי חובו ונוטל הקרקע ע"כ. גם הרב המגיד ז"ל בסוף פכ"ב מה' מלו' ולוה כתב וז"ל ודין שומא שחוזרת אם שנה המלוה הבנין ולא השביח יש מי שאומר שיש לו לפרוע דמי בנינו לפי שכך כתוב בשטר שומא שב"ד הגביהו לו לעשות כרצונו ולבנות ולסתור ויש מי שחולק כיון שלא השביח ע"כ. א"כ השתא קא מספקא לי אם בנמצא המקח בטל נאמר שדינו שוה לשומא הנז' או דילמא דלא דמי לפי שיש פנים לכאן ולכאן כמו שיראה המעיין דאפשר לומר דבשלמא בשומא כבר מעיקר' הגביהו לו ב"ד והיה מקח מעיקרא ולהכי איכא מ"ד דפורע לו הכל אבל במקח טעות מעיקרא לאו מקח הויא או דילמא להפך דבשלמא במקח טעות לא ידע זה שהיה שום טעות אבל בשומא כבר ידע שכשיהיו ללוה המעות שהשומא חוזרת כו' ומכל מקום המחזור אצלי הוא שדינם שוה, ע"כ. ובדומה ליסוד זה כתב גם בסי' רכד, יעוי"ש.

אף כלפי היצרן הוי כשדה העשויה ליטע. אבל נראה שאין לומר כן, שהרי אף בבעל בנכסי אשתו האשה נהנית מן הפירות, שהרי יש רווח ביתא (כתובות פ), ואעפ"כ כתב הר"ן דכלפי דידה הוי כאינה עשויה ליטע, כיון שעיקר פירות הנטיעה הן לבעל, וא"כ אף השבחה של המשווק שעיקר הרווח הן לעצמו, כלפי היצרן הוי רק כשדה שאינה עשויה ליטע להר"ן, דלא עדיף הרווח העקיף שיש לו מן השיווק מרווחת בית האשה.

יא.

נמצא מסקנת שיטות הראשונים: בגדר הדומה לקטנה שיכולה למאן, לשיטת הר"ן ותלמידי ר"י נוטל כאריס או כקבלן רק בשדה העשויה ליטע, ולדעת הרמב"ם והריטב"א והנמוק"י נוטל כאריס אפי' בשדה שאינה עשויה ליטע. ובגדר הדומה לגדולה שאינה יכולה למאן, לשיטת הר"ן אינו נוטל כאריס אפי' בשדה העשויה ליטע, ולשיטת הריטב"א והנמוק"י נוטל כאריס אפי' בשדה שאינה עשויה ליטע.

ולענ"ד נראה, דבאופן שהיתה אפשרות מעשית ליצרן להתחיל למכור תוצרתו בעצמו, דמיא לקטנה שיכולה למאן אימת שתחפוץ. ובאופן שלא היתה שום אפשרות מעשית ליצרן להתחיל למכור תוצרתו בעצמו, דמיא לגדולה.

עוד נראה לענ"ד דכל שיש יכולת מעשית ליצרן למכור את תוצרתו בעצמו, אף שיהיה זה נגד דין תורה,

אחר דמי, היינו לומר דבשדה העשויה ליטע ידו על העליונה ובאינה עשויה ליטע ידו על התחתונה, וכמו שכתבתי למעלה, אלא שכבר כתבו ז"ל דכיוורד ברשות דמי, ע"כ. תוכן דבריו הובא בבית שמואל אבה"ע סי' פה סקט"ו. וכוונת דבריו נראין, דכיון שאין האשה עתידה לאכול פירות, בשעה שהשביח הוי כל נכסיה כלפי עצמה כשדה שאינה עשויה ליטע, כיון שבשעת הנטיעה אין נראה שיהיה לה צורך בנטיעה. אבל בקטנה שיכולה למאן ולאכול הפירות, יותר מסתבר שיהא נוטל כאריס בשדה העשויה ליטע, שהרי אף היא יכולה לאכול הפירות אם תרצה ע"י שתמאן. ואין לומר בכוונת הר"ן דאף בקטנה מן הדין היה לו ליטול הוצאה אפי' בשדה העשויה ליטע, ורק מצד התקנה נוטל כאריס, דהלא מצד תקנה שלא יחשוש מלהשביח אין סברא לחלק בין שדה העשויה ליטע לשאינה עשויה. ובהכרח לפרש דבריש דבריו ס"ל דהתקנה בקטנה היתה שאף אם אכל נוטל הוצאות, ומכ"מ אינו נוטל אלא כמוציא על נכסי אחר, דהיינו רק בשדה העשויה ליטע נוטל כאריס, ומסקנת דבריו דתקנו שיהא דינו כיוורד ברשות.

ובענין משווק שאין שום יכולת ליצרן למכור תוצרתו בעצמו, היה מקום לומר דאף לשיטת הר"ן יטול כאריס או כקבלן, שהרי אף כשהמשווק מוכר את התוצרת יש בזה תועלת ליצרן בהשבחה, שע"י שהמשווק מוכר בנקל ימשיכו הלקוחות לקנות מן היצרן, וא"כ

אף שכרם באופן שהצליחו גדול עשרת מונים משכר פועל שעובד לפי שעה. וכן בכל קבלנות, גובה השכר תלוי לפי רמת הסיכון.

יג.

עוד מצינו בפוסקים בענין לוקח מגזלן מפורסם שהנגזל הוציא גזלתו ממנו, והלוקח תובע מן הנגזל שיחזיר לו מה שהוציא לקנות מן הגזלן, שהרי אם לא היה הלוקח קונה מן הגזלן לא היה הנגזל יכול להוציאו, נמצא שהשביח הלוקח לנגזל כמה שהמציא לו גזלתו. וכתב הקצוה"ח בס"י שנו סק"ג ז"ל: אמנם נראה דאפילו אינו מתכוון להציל נוטל לפחות מה שההנהו, כיון דלא היה יכול להציל בענין אחר, וכמבואר מדברי תוס' פרק הכונס (ב"ק) דף נ"ח ע"א ד"ה אי נמי מבריה ארי ע"ש בפסק רבינו גרשום כו', דלא דמי למבריה ארי כיון שמצילו מן ההפסד ונוטל מה שההנהו ע"ש, ואע"ג דלא כיון להציל אלא קנה אותו לעצמו, ע"ש. אלא דהיכא דכיון להציל ולהשיב אבידה, נוטל כל מה שהוציא ונתן בעד החפץ. והיינו דהקשו בתוס' בלא תקנת השוק יטול מה שנתן וכו', והיכא דאינו מכויץ להשיב אבידה אינו נוטל אלא מה שההנהו. וכן מבואר מדברי הרא"ש פרק הכונס שם (ס"ז) בפסק רבינו גרשום כו' ונוטל מה שההנהו ואינו נתן כל מה שהוציא כמו רועה שקדם במקלות, דהתם כיון לטובת בעל הצאן, אבל הכא לצורך עצמו קנאו, הלכך אין לו אלא מה שההנהו, עכ"ל. עיין שם.

נחשב שיש ביכולתו למאן, שהרי המוצרים בחזקתו ותחת ידו עד שימכרם למשווק, ואפי' ארים י"א שחזקתו לגזול ממשכירו, כמבואר בהו"מ ס"י שנה, וכ"ש יצרן שעינו צרה במשווק שירויה מתוצרתו ומורה היתר לנפשו, שהרי תוצרת עצמו הוא מוכר. וכמו"כ אם יתכן שבעל חוב של היצרן שאינו ציית דינא יגבה ממנו המוצרים ג"כ אין זה תחת יד המשווק לומר דהוי כאשה גדולה. ובכדי שיהיה יצרן בגדר אשה גדולה שאינה יכולה למאן, צריך שיהיה למשווק נאמנות נגד כל מענה, ושיהא בידו כל היכולת לכפות על היצרן בדינא ודיינא ובהוקי המדינה לקיים ההסכם, וכן שלא יוכלו בעלי חובות של היצרן לגבות מן המוצרים לא בדין תורה ולא בחוקי המדינה, עד שיהא כאילו המשווק מוחזק ממש במוצרים מיד עם יצירתם. שאל"כ אינו דומה לבעל בנכסי אשתו גדולה, שהוא מוחזק בנכסיה.

יד.

והנה גדר נוטל כארים אינו דוקא כארים, אלא כמו שהיו נותנים לקבלן וכמו שכתבו התוס' בב"ב סוף דף מב ע"א ובנידון דידן היינו כמה היה נתן יצרן בשביל קבלן חיצוני שיקדם מוצריו במידה כזאת שהשביח המשווק, באופן שהקבלן יטול את שכרו ביחס לתוצאות שישיוג. ויש לציין, שבכל קבלנות, ככל שסיכוני הקבלן שהשקעתו תיכשל רבים, כן גדל שכרו באם הצליחה השקעתו. ולכן שדכן ומתוודק שהסיכון שעבודתם לריק תהא הוא סיכון גדול,

יד.

ובנתי" סי' רלו סק"ז חולק על הקצ' וז"ל: אך הא קשה לי דמאי שנא מסימן שני"ו סעיף ב' בלקה מנגב מפורסם דא"צ להתזיר, דדוקא כשמוען לטובה נתכוונתי ולהציל כתב שם דחייב להתזיר לו, משמע דאם מודה שרצה ליקחנו לעצמו ולא הצילו להתזירו לבעה"ב א"צ להתזיר לו המעות, ומאי שנא הכא דלא הילק וכתב סתם דחייב להתזיר מה שהיה צריך להוציא, ומשמע אפילו היה דעתו לקנות לעצמו ולא להצילו לחבירו מהויב ג"כ להתזיר לו, והא גוי להרבה פוסקים בסימן שני"ו, (הובאו בש"ך שם סק"ו) כנגב מפורסם דמי. אח"כ מצאתי בקצוה"ח בסימן שני"ו שכתב באורך דגם שם אפילו לא נתכוין להציל צריך ליתן מה שנהנה, ע"ש. ולפענ"ד נראה דגם כאן א"צ להתזיר לו רק כשמוען לטובה נתכוונתי דירד להשביח לחבירו, ואז ודאי חייב כמו ביורד לשדה חבירו שלא ברשות, ולא דמי למברית ארי ולפורע חובו, כיון שכבר הוא תחת יד הארי כמו שכתבו התוס' בב"ק דף נ"ח ע"א (ד"ה א"ג) ע"ש, אבל אם קנאה לעצמו אפילו בשוגג שלא ידע שהיא גזולה אינו חייב להתזיר לו, דדמי למ"ש הש"ך בסימן שצ"א סק"ב בשם התוס' (שם ק"א. ד"ה או) והרא"ש (שם פ"ט סי' יז) דדוקא כשגופו נהנה ע"י אחר או שממונו נהנה ע"י מעשה ממונו, אבל כשממונו נהנה ע"י אחר פטור. ודוקא ביורד שלא ברשות חייב מטעם שנתכוין להשביח, אבל בלא"ה פטור, וה"נ כשקנאה לעצמו ולא

נתכוין להשביח לחבירו רק שממונו של חבירו נשבח ע"י אחר פטור להתזיר לו. ואפילו להש"ך שם הוי ספיקא דדינא עכ"פ ואינו יכול להוציא ממנו כשקנה בשוגג. ואפשר דבקנה בשוגג יכול לומר אילו ידעתי הייתי עושה זה לטובתך, אבל בידע שהיא גזולה ולא נתכוין לטובת חבירו רק לקנות לעצמו באיסור, נראה דפטור לכו"ע וכמו בס"י שנו, עכ"ל. ובחידושים סק"ח משמע דמסקנתו להלכה לחלק בין שוגג לידע שהיא גזולה. אבל שיטת הקצו' דלעולם נוטל מה שהנהנו, הוא אפי"ן בידע שהיא גזולה, דהרי על אופן שכתב הרמ"א דיכול לומר לטובה נתכוונתי, וליטול מה שהוציא, והיינו שידע שהיא גזולה ונתכוין להתזיר לנגזל, באופן זה ס"ל להקצו' דאם התכוין לעצמו אינו נוטל אלא מה שהנהנו.

והנה דברי הנתי" קשים מאד דהרי הקצו' מביא דברי הרא"ש המפורשים דקונה מן הגולן שלא היה אפשר להוציא מידו נוטל מן הנגזל מה שהנהנו אף שקנה לצורך עצמו, והרי הרא"ש עצמו כתב בב"ק פ"ט סוסי"ז כדברי התוס' דכשממונו נהנה ע"י אחר (שלא ע"י מעשה האחר) פטור. ובהכרח לומר דהרא"ש מחלק בין אם המהנה עשה מעשה אף שהתכוין לעצמו דחייב ובין לא עשה המהנה מעשה כלל.

ואפשר לומר דהנתי" ס"ל דפשטות לשון המרדכי (ב"ק סי' קסו) והרמ"א (סי' שנו ס"ב) משמע דרק האומר לטובה

וכתב בנתי סק"ה וז"ל: "ואין להקשות, כיון שכתב הרמב"ן דהוי כשדה העשויה ליטע, א"כ אמאי מחזיר רק ההוצאה היה לו ליתן ג"כ שבח. דזה אינו, דדוקא בירד להשביח אדעתא דחבריה כמו בסימן שע"ה, משא"כ הכא דאדעתא דידיה השביח. ועיין סימן שצ"א בש"ך סק"ב.

וכעין זה בסי' קסד ס"ה בענין בית ועליה שנפל, שבעל העליה בונה את הבית ודר בתוכו עד שיתן לו בעל הבית כל יציאותיו כתב הנתי בסקי"א, ז"ל: והא דאין נותן לו השבח, דאפילו יורד שלא ברשות כשגילה דעתו דניחא ליה נותן לו השבח, כמבואר בב"מ ק"א ע"א ולקמן בסימן שע"ה [סעיף ג']. דזה אינו, דדוקא כשנתכוון להשביח לחבירו הדין כך, אבל הכא עיקר כונתו לצרכו שיהיה לו מקום דירה, לא היתה כונתו להשביח לחבירו. ועיין ש"ך סימן שצ"א ס"ק ב', שכתב דבעינן שתהיה כונתו להשביח לחבירו, עכ"ל.

פז.

והנה בשני המקומות הללו גובה ההוצאות, וכל חידושו של הנתי הוא רק שאינו נוטל כאריס (היינו גם את השבח), ובסי' רלו מחדש הנתי חידושו ע"פ הש"ך בסי' שצ"א שאינו גובה אפילו הוצאות. וצ"ע מאי שנא. ונראה דשאני מקיף וניקף ובעל הבית ובעל העליה, שהם כשותפים שהרי יש להם צורך משותף, וגובים הוצאות מדין כופין בני החצר זה את זה, וכפי שכתב הנתי

נתכוונתי נוטל מבעה"ב, אבל אם התכוין לעצמו אינו נוטל כלום, דפי' הקצו' דחוק מאד בדבריהם, לומר דלא מיירי אלא בהוול החפץ עד פחות ממה שהוציא, ואז אם לא נתכוין לטובה נוטל רק שווי החפץ ואם לטובה נתכוין נוטל מה שהוציא, או שהוציא כשווי החפץ ואח"כ נודע לו שהנגזל היה יכול למצוא דרכים להוציא בפחות משויו, שהרי אם הוציא יותר משווי החפץ גם בנתכוין להציל אין לו אלא שווי החפץ, וכמו שכתב הסמ"ע בסי' שג סק"ט. וא"כ בהכרח לומר דהמרדכי והרמ"א דפסק כוותיה פליגי על הרא"ש. וצ"ע. או אפשר לומר דהנתי מיישב דברי הרא"ש בקנה בשונג ולא ידע שהוא גזול, שיכול לומר שאם הייתי יודע שהוא גזול הייתי קונה כדי להחזיר אבדה לבעליו, שבזה אף הנתי מודה דנוטל הוצאות. אלא שק"ק שבתחילה לא חילק בין שונג למזיד.

פז.

חידוש זה של הנתי לדמות משביח לצורך עצמו וחבירו נהנה ממנו, לנהנה מממון חבירו שלא ע"י מעשיו או מעשה ממנו או מעשה המהנה, נמצא בעוד כמה מקומות בשינוי קצת. דהנה בסוף סי' קנה בדין מקיף את חבירו מד' רוחות, שתובע מן הניקף הנהנה ממה שגדר להשתתף בהוצאות כתב בשו"ע ס"ו בזה"ל: מוגלגלים עליו את הכל ונותן חצי ההוצאה שהוציא זה בד' רוחות (והוא לשון הרמב"ם פ"ג מהלכות שכנים ה"ג). ומשמע שאינו נוטל אלא הוצאות,

הוצאות מבעל הבית מיחזי כריבית, ולא יקשה קושיית התוס' בד"ה רבי יהודה.

יז.

שוב מצאתי דברי הר"ן בחידושו ב"ב ד ע"ב שכתב בענין חיוב ניקף למקף דשמין ליה וידו על העליונה, דהיינו שנותנים לו כאריס, ואפי' הוצאה יתירה על השבח נותן לו הוצאה. וכן כתב גם היד רמה ב"ב אות ו. ואף ברמב"ן בחידושו משמע קצת בדברי הר"ן והרמ"ה, שכתב וז"ל: הא דאמר רב הונא הכל לפי מה שגדר, לומר שמשלם לו הכל אפי' דמי בנין, ולא כשער הזול משלם אלא לגמרי דהוה ליה יורד לתוך שדה חברו ונטעה שלא ברשות בשדה העשויה ליטע. ולשונו משמע קצת שנותן אף עבור הבניה וכשער היוקר.

ואפשר הנת' בס' קנח שהביא דברי הרמב"ן שדינו כיורד בשדה העשויה ליטע, לא הביא אלא דברי הרמב"ן במלחמות שלא פירש כן. ואפשר דאף השו"ע שכתב דנותן הוצאות אינו אלא לאשמעינן שנוטל הוצאה אף כשהיא יתירה על השבח, ואף אי נימא דס"ל לשו"ע דלעולם אינו נוטל אלא הוצאה י"ל דאין זה מצד שאין דין המקף כיורד גמור, אלא מצד שיטת הראב"ד בשטמק ב"מ קא ע"א דבבנין לעולם אין נותנים אלא הוצאות, דאין המנהג להוריד אריסין רק בנטיעות.

יח.

אלא שיש לעיין הרי הנמוק"י בב"ב ריש דף כג מדפי הרי"ף הביא שיטת הר"ן

בס' קנח שם בענין מקיף וניקף, ובס' קעה סק"ג בענין בית ועליה. ואין חיובו של הניקף ושל בעל הבית מדין יורד שהרי לא התכוונו לטובתם, אלא מדין כופין בני החצר.

ויש לעיין אמאי בשותפות מכורח הצורך משותף אין השותף שבנה חלק שחבירו היה חייב לבנותו נוטל כאריס, הרי חבירו היה מכורח לבנין זה. ותו, הרי שותף דינו כיורד ברשות, כמבואר בחו"מ ס' שענה ס"ה, ואף שהתם יש לומר דאדעתא דהכי נשתתפו, מכ"מ הדבר ברור שכאשר יש צורך בבנין משותף חייבים כל הנצרכים להשתתף בבנין כפי מה שנותנים לקבלנים, ולמה יגרע אחד מן השותפים שבנה בעצמו מקבלן אחר.

ואולי אפשר ליישב דחיוב השותפים לבנות הוא רק קודם הבניה, אבל אחר שבנה אחד מן השותפים ונסתלק הצורך משותף, אין חיוב שאר השותפים רק מדין פורע חובו של חבירו, ואינם חייבים רק בהפסד הברור, וכמו שכתבו התוס' בב"ק נח ע"א ד"ה א"ג, וכיון שאפשר שהיו שאר השותפים בונים בעצמם או שוכרים פועלים, אינם חייבים רק הוצאות. או אפשר לומר דנתנו חכמים רשות לשותף להוציא הוצאות שיחזרו להיות כהלואה על החייבים להשתתף בהוצאה, אלא שאין נעשה הלואה אלא מה שהוציא מרשותו לרשות אחר, דהיינו יציאותיו. ובדרך זו יתיישבו דברי רש"י בב"מ קיז ע"א דאם ידור בעל העליה בבית ואח"כ יטול

שני שותפים, דעד ד' אמות כופה אחד לשני לבנות עמו, אם בנה אחד, השני חייב ליתן לו כשאר שתלי העיר. וז"ל: וראיה לזה, דהא דין זה נלמד מהא דלמעלה מד' אמות בב"ב ה' ע"א, ומבואר שם דעד ד' אמות בחזקת שנתן אף שהיה הוא עצמו הבונה וצריך שומא. והטעם, כיון שהוא דין ידוע לכל, והשומא הוא כשאר שתלי העיר. ומשמע דאפי' למעלה מד' נותן לו כשתלי העיר, דאי נימא דאינו נוטל אלא הוצאות, א"כ אמאי אמרו בגמ' דלמעלה מד' בחזקת שלא נתן מטעם דמי יימר דמהייבי לי רבנן, נימא דצריך שומא, דלפי מהלך הנתני שם כל מקום שאינו חייב אלא הוצאות הרי הוא בחזקת שלא נתן ואינו נאמן לומר פרעתי, ורק במקום שנוטל כארים והדין ידוע נאמן לומר פרעתי.

יט.

עוד יש לעיין לדעת הנתני בסיו' רלו מאי שנא מלוקח שדה גזולה שהשביח, וממשביח נכסיו אשתו ומרדה בו וגירשה, דנוטל הוצאה שעור שבת, הרי גם הם השביחו לעצמם.

ולא קשיא מידי, דלא חידש הנתני דבעינן השביח לעצמו רק במקום שלא הוסיף שום דבר מוחשי, כגון בלוקח מן הגזלן שלא השביח את השדה כלל ורק ארי הבריה ממנו, אמרינן דכל שלא היה בכוונה להשביח, הוי כנהנה מממון חברו שלא ע"י מעשיו או מעשי ממנו או מעשי חברו. אבל במשביח שדה הרי יש לו חלק בשדה, מדין אומן קונה

דשותף שהשביח אין דינו כיוורד ברשות אלא לענין ליטול חלק בשבת היתר על ההוצאה, אבל לענין הוצאה היתירה על השבת אינו נוטל אלא שיעור שבת, והכא במקיף וניקף ס"ל להר"ן דנוטל אפי' הוצאה יתירה על השבת. ובהכרח לומר דס"ל להר"ן דשותפים שיש להם צורך משותף עדיפי משותפים שנשתתפו, דשותפים שנשתתפו אין להם רשות להשביח אלא דברים שהשבת יתירה על ההוצאה, ואילו שותפים שיש להם צורך משותף, כיון ששותף אחד כופה על חברו לבנות גדר, הוי כאילו ציוהו השותף לבנות הגדר, וחייב אף בהוצאה יתירה על השבת.

גם בשו"ת הרשב"א ח"ג סי' שצד משמע דבדבר שיש בו צורך משותף הוי כיוורד ברשות, שכתב בענין יחידים שפעלו לצורך הקהל ע"ד עצמם, וז"ל: ולפיכך אלו השלוחים, מצד שפרשו אותם העשירים, ואפילו היו רבים וגדולי עצה שבעדה, אם עשו שלא מדעת המוקדמין, לא עשו ולא כלום. ולא עוד אלא, שלא נאמרו דברים בשותף כיוורד ברשות דמי, בכיוצא בזה, ואין דמיון אחד כולל אותם עוד. שאם כן, נתן הרשות ביד כל יחיד ויחיד מהצבור ולעשות מה שלבו חפץ בצרכי המדינה, ונמצאו כולם ביד כל היחידים. ומשמע דדבר שהוא צורך ודאי וכופין זה את זה, דין אחד מן הקהל היוורד, כיוורד ברשות.

שוב מצאתי דהנתני עצמו לכאורה סותר עצמו ובסיו' פט סק"ו כתב דכותל שבין

השבחה עבור עצמו אין כלום, רק באופן שאין שום שבח בעצם החפץ וכל הוצאותיו אינם רק כלפיו, כגון בלוקח מן הגולן שלא הוסיף בשדה כלום, והוציא הוצאות רק בשביל שיהא השדה תחת ידיו ולא תחת ידי הגולן, ובה הגולן יכול לומר שלא הוצאת עבורי כלום, שכלל לא התכוונת לשבח זה שהגולן הוא קשה יותר ממך ואינו ציית דינא. אבל משבחה שדה שמעלה את הערך העצמי של השדה, יכול לומר שאף שבדעתי היה שאני אוכל הפירות, מכ"מ כיוונתי להשבחה השדה שבסוף נודע שהוא ממונך, נמצא שהשבחתי ממונך או דבר שאתה עתיד ליהנות ממנו. שהרי כל ראייתו של הנתי' אינו אלא מדברי התוס' והש"ך בסי' שצא, ובתוס' לא כתב אלא בנהנה ע"י מעשה קוף ולא במעשה אדם ללא כוונה, אלא שהנתי' דייק שכתב: "וטעמא ביורד שלא ברשות כיון שמתכוין להשבחה חייב לשלם לו יציאותיו", והש"ך לא כתב דבעינן שישבחה לחבירו, אלא כוונה להשבחה השדה, אלא שבמקום שאין כוונה להשבחה הפיץ כלל, כגון בלוקח מגולן שאין לו שום כוונה שתהיה הגזילה תחת יד ציית דינא, כתב הנתי' דבעינן שיתכוין להשבחה לחבירו, ומילתא דמסתברא היא דשבחה שלא התכוין אליה כלל הוי כמעשה קוף. וראיה ברורה לזה נראה שהרי בעל שהוציא בנכסי אשתו ולא אכל כלום, הרי הוא יורד על דעת עצמו ושוב נהנית ממנו אשתו, ובכתובות אמרו: התיא איתתא דנפלו לה ארבע מאה זוזי בי

בשבחה כלי, ויעויין בנתי' מ"ס' שו סק"ד דאף בקרקע אמרינן אומן קונה בשבחה קרקע, עוד יעויין שם בסק"ג דכל משבחה נעשה שותף בכלי בלי קנין, דמעשה ידיו שלו, ואפי' הוא קטן שאינו ראוי לקנין קונה בשבחה כלי, וכל המחלוקת אם אומן קונה היא רק כשמשבחה אדעתא דבעה"ב, ויעויין עוד בחזון יחזקאל לתוספתא דב"מ פ"א ה"ג ובחידושי הר"ם כתובות קו ע"ב וב"מ יד ע"ב וכוון שיש חלק בקרקע, אף שאינו יכול לעכב על בעל הקרקע מליהנות מחלקו, מכ"מ כשבעה"ב נהנה מהקרקע נחשב כנהנה מממון חבירו במעשה עצמו, ואינו יכול להפטר מלשלם עבור ההנאה העתידית אא"כ ישלם הוצאה שיעור שבחה, כאילו השבחה הלוקה עבורו. והראיה שהרי הנתי' מבוסס על דברי התוס' בב"ק קא ע"א ד"ה או דילמא שכתב לפי הצד בגמרא שאין שבחה סממנים ע"ג הצמר אינו חייב בעל הצמר על הנאתו מן הסימנים שצבע הקוף בהם, כיון שלא נהנה מסימנים של חבירו אלא ע"י מעשה קוף, אבל לצד דיש שבחה סממנים, וכן בכל דבר שהשבחה ממשי, ודאי שחייב הנהנה אף ללא מעשיו או מעשה בהמתו או מעשה המהנה. וכן ראיתי שכתבו הנפש היה בב"מ טו ע"ב ובחלקת יואב חו"מ ס"י ט ובחבצלת השרון חו"מ ס"י ל, ליישב דברי הנתי'.

ב.

עוד נראה דלא כתב הנתי' דהמהנה צריך להתכוין להשבחה לנהנה, ואם

חוזאי, אזיל גברא אפיק שית מאה אייתי ארבע מאה בהדי דקאתי, איצטריך ליה חד זוזא ושקל מנייהו. אתא לקמיה דר' אמי, א"ל מה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל. אמרו ליה רבנן לר' אמי, ה"מ היכא דקאכיל פירא, הא קרנא קאכיל והוצאה היא, א"כ הוה ליה הוציא ולא אכל ישבע כמה הוציא ויטול. וברא"ש פ"ח ס"ט ז"ל: ישבע כמה הוציא ויטול עד שיעור שבת ששמין כמה שוין ארבע מאה זוזי שהן עתה בכאן ממה שהיו שוין כשהיו בי חוזאי. הרי לנו שבעל שהשביח שבת שאינו בעין והתכוין עבור עצמו ואח"כ נהנית ממנו אשתו דינו כדין יורד,² ובהכרח לחלק לפי הנת' דהיכא דנתכוין להשביח המעות, אין חסרון בכך שדימה ליהנות מן המעות בעצמו. ובעובדא דבי חוזאי השביח המעות שיהיו שוים כאן יותר בגוף המעות.

עוד קצת ראייה לזה נראה דהנה בסי' שלג ס"ח כתב בשו"ע: אמר לאומן עשה לי דבר פלוני ואקחנו ממך, ועשאו האומן, ואחר כך אינו רוצה לקחתו, והוא דבר שאם לא יקחנו מיד, יפסיד,

חייב. וכתב שם בנתי' שאינו חייב לשלם שכירות אף שהזמין המלאכה, וז"ל: והכא מיירי שלא אמר לו שיעשה בתורת שכירות, רק שאמר לו שאחר שיעשהו לעצמו, יקנהו ממנו בתורת קנין לפי שוויו, דאז לא נעשה שלוהו להתחייב תיכף, רק בדבר האבד חייב מטעם גרמי. וכעין זה כתב בחזו"א ב"ק סי' כג סקל"ה וכתב דלא קנסו בנו אחריו למ"ד גרמי הוא קנס. ויש לתמוה דאף שלא קצב לו שכירות, מכ"מ הרי ביקש מן האומן לעשות המלאכה וגילה דעתו שמוכן לשלם עליה באופן של מכירה, והאומן עשאו על פיו ולצורכו, ולמה לא יתחייב לאומן כפחות שבשכירים מעיקר הדין, ומ"ש מירד להציל ולא הציל דנוטל שכרו.³ ואין לומר דכיון שלוקח האומן ממון במכירת החפץ מוחל על דמי השכירות, דאומדנא דמוכח הוא שאינו מוחל על השכירות אם לא יקנה המזמין המלאכה את החפץ. אלא בהכרח לומר דתקון חפץ אינו שבת באדם שעתיד להשתמש בה, אלא השבת הוא בחפץ, והאומן נחשב למשביח החפץ, ובעל החפץ מתחייב לשלם לו עבור השבחה רכושו,

² יש לציין שאף בפד"ר ח"ב עמ' 346 מסתמכים הדיינים הרה"ג ורנר טנא אפשטיין על דברי הגמ' והראשונים בענין ארבע מאה זוזי בי חוזאי, להוכיח דבעל שהשביח בנכסי אשתו שבת שאינו ממשי, כגון שפרע חובות מיסים שהיו על קרקעות אשתו, נחשב למוציא הוצאות על נכסי אשתו, יעוי"ש.

³ בסי' רסד בענין שטף נהר חמורו וחמורו חבירו, והניח חמורו לטבוע כדי להציל חמורו חבירו, כתב בשו"ע ס"ד ז"ל: ירד להציל ולא הציל אין לו אלא שכרו הראוי לו. הגה: ודוקא שהתנה עם הבעלים, אבל לא התנה עם הבעלים וירד להציל ולא הציל, אפילו שכרו אין לו, דהא לא הועיל לו, ע"כ. וכתב בנתי' סק"ג ז"ל: דכשהתנה, אז אף אם לא הציל מ"מ כיון שגילה דעתו שרצה לשכור מצילין הרי הרויח במה שהלך זה שלא היה צריך ליתן שכר למצילין אחרים, משום הכי צריך ליתן לו שכרו, משא"כ כשלא התנה ואין לו רק דין יורד לנכסי חבירו שלא ברשות, דאין לו רק הוצאה שיעור שבת, וכשלא השביח אינו נוטל כלל, עכ"ל. הרי לנו דתנאי לענין אם יציל מהני כגילוי דעת שאפי' לא יציל יטול שכרו. ובאומר לאומן עשה לי מלאכה ואקחנו נמי יש לומר דגילה דעתו שאם לא היה האומן רוצה לעשות לו מלאכתו היה שוכר אומנים אחרים לעשות בחומר גלם של האומן, והיה מתחייב לאותם האומנים אף אם לא היה קונה החפץ מן האומן הראשון.

אך לא מי שהיה עתיד לקנות החפץ וחזר בו.

ולפי דרך זה יתכן אף להיפך, כשיש כוונה להשביח מה שהוא רכושו ואין כוונה להשביח לאדם, כגון המשביח בקידום מוצרים אף שהוא שבת שאין בו ממש, שהשבחה הוא בשינוי דעת הלקוחות שיחשיבו את המוצר ליקר ערך, יתחייב הבעלים של המוצרים העתידיים לשלם למי שהשביחם אף לדעת הנתי, שהרי המשביח התכוון להשביח ולייקר מה שבסוף הוא ממונ, ואין דנים מי היה האדם שהיה אמור ליהנות מן המוצרים בשעה שהשביח, דהשבחה הוא במוצר ולא במי שהיה אמור ליהנות ממנו.

כא.

אלא שדברי הנתי בסי' קסד עדיין מוקשים, דהרי בבית ועליה משביח גוף הבית והשבחה בעין, ובלאו הכי דברי הנתי קשים ביותר דמאי קשיא ליה שיטול חלק בשבחה, הרי בעל הבית אינו רוצה לבנות, שאם ירצה לבנות חייב ליתן הוצאות מיד ויורדים לנכסיו, וכמו שכתב בנתי' סי' שעה סק"ג. וזכותו של בעל העליה לבנות הבית היא תקנת חכמים, או שעל דעת כן נשתתפו. ולא אמרינן דיורד בשדה העשויה ליטע נוטל כארים אלא כשמסתמא ניהא ליה לבעל השדה. גם מה שכתב בסי' קנח בענין מקיף וניקף אינו מובן אלא בגדר שהוא סביב שדה המקיף, שייך לומר שאין שבת ממשי בשדה הניקף, אבל לשיטת

הרמב"ם והמחבר דמיירי בחורבה והגדר הוא בין המקיף לניקף, לכאורה נחשב שיש שבת ממשי בחורבה. ואפשר דכיון שאין הפנימי משתמש בגוף הגדר, וגם אינו מחזיק הגדר תחת רשותו, כמו שבעל הצמר מחזיק הסמנים, והמקיף לא התכוין אלא לשבח השדה החיצונית, אין למקיף דין יורד, וצ"ע.

כב.

עוד קשה לי לדעת הנתי' שהרי הרמב"ן כתב דהיכא שלא ידע המשביח כלל שהוא ממונ אחר, וכגון במצא שיש לו אה, אינו נוטל אלא הוצאות אפי' כשהשבחה הוא ממשי, וכדי שלא יחלוק על הראב"ד בענין לוקח מגולן ועל הראשונים בענין בעל בנכסי אשתו, הוכרחנו לומר דרך באופן דלא אסיק אדעתיה כלל שאינו שלו אמרינן דלא ירד לאריסות, אבל לוקח מגולן אסיק אדעתיה. א"כ אמאי לענין הוצאות בשבחה שאינו ממשי נימא דגולן ולוקח מגולן משביח רק על דעת עצמו.

ויש ליישב בדעת הנתי' דס"ל דהרמב"ן פליג על הראב"ד והמרדכי, וס"ל דכל שלא אסיק אדעתיה שמשביח לחבירו אין לו ליטול כארים, דאין היורד נוטל כארים אלא בהתכוון לחבירו שיכול לומר שהשכיר עצמו לחבירו לזכותו, ולוקח מגולן לא אסיק אדעתיה, ובמקום שהשבחה בעין נוטל הוצאה אף אם לא התכוין, דלענין הוצאות בשבחה בעין לא בעינן לדין יורד, אלא נוטל הוצאות מדין שבחאי גביך, כדין קוף שצבע צמר

רבינא טועה בדין מעיקרא ולא נתכוין להקנות לרוניא הכותל כשירצה, בענין שכתב הנימוקי יוסף כנ"ל, אין רוניא מתחייב לשלם לרבינא, ואפילו אם היה רבינא מתכוין להקנות הכותל לרוניא כשישלם, מכל מקום כל זמן שאין רבינא תובע לרוניא לשלם לו בעד חצי הכותל, אין שום גזל תחת יד רוניא, כי הרי כל זמן שאין רוניא משלם לרבינא הרי הגדר הכל של רבינא, ואין לרוניא חלק בהגדר עד שמשלם, עכ"ל הנתני. ומשמע דאם היה רוניא זוכה בחצי הגדר היה חייב לשלם אף שלא התכוון רבינא להשביח לו, ואין לחייבו מדין יורד, מכ"מ חייב מצד שזכה בחצי הכותל.

ולענין מה שכתב הנתני בס"י רלו דהלוקח גזלה בשוגג יכול לומר, אילו הייתי יודע שהוא גזול הייתי קונה לצורך הנגזל, נראה דהיינו דוקא במקום שמקיים מצות השבת אבדה בכך שמשביח לחבירו, יכול לומר דגם אם הייתי יודע שאינו שלי הייתי משביח על דעת חברי, אבל במקום שאין הצלת ממון חבירו מן ההפסד אין סברא לומר שהיה משביח על דעת חבירו. דאל"כ בס"י קנה ג"כ נימא שהתכוין המקיף גם עבור חבירו הניקף, ושם החליט הנתני דאמרינן דלא גדר המקיף אלא לצורך עצמו. ומכ"מ נראה דה"ה במקום שהיצרן הוא עני ובע"ה, ואם המשוק לא היה מוכר בשבילו היה היצרן פושט הרגל, א"כ יש מצוות צדקה מעולה ביותר להשביח עבורו, וכמו שכתב הרמב"ם בהלכות מתנות עניים פ"י ה"ז,

לפי הצד דיש שבה סממנים בצמר. ולהכי במקיף וניקף ובבית ועליה שהשבח בעין נוטל הוצאות, אבל כארים אינו נוטל כיון שלא התכוין, והיינו כהרמב"ן ודלא כהראב"ד הרשב"א הריטב"א והמרדכי. ובוזה אתי שפיר מה שכתב בס"י קנה ובס"י קסד דאינו נוטל אלא הוצאות. אלא דהראב"ד ודעימיה בהכרח דס"ל דיש דין יורד אף כשלא היתה כוונה ברורה להשביח לחבירו, שהרי מחייבים כארים מעיקר הדין בגזלן ולוקח מגזלן שהשביחו בשדה העשויה ליטע.

שוב מצאתי מוכח בדברי הנתני עצמו דמקיף וניקף יש לתלות דין חיוב הוצאות באם יש שבה ממשי, שכתב בס"י יז סק"א דרבינא שהקיף שדותיו של רוניא לא ידע שרוניא חייב לו הוצאות ההיקף, וכתב וז"ל: והנה הנימוקי יוסף ריש בבא בתרא ג' ע"א מדפי הרי"ף] במתני דסמך לו כותל אחר דמגלגלין עליו את הכל, כתב וזה לשונו, ואם תאמר כמה קנאו דמחייבין אותו, וי"ל לפי שבנאו על מקום שניהם היה בדעתו שיזכה לו חצירו כשירצה, ע"ש. ולפי זה לא היה רוניא מתחייב ליתן לרבינא רק כשנתכוין לכך מתחילה. וכן לפי מה שכתב הרמב"ן בחידושו דף ד' במתניתין דהמקיף את חבירו, שהחיוב הוא מטעם יורד לשדה חבירו שלא ברשות. והש"ך בסימן שצ"א סק"ב כתב, דהיורד לשדה חבירו אינו חייב כי אם כשנתכוין להשביח לחבירו, ע"ש. ולפי זה אף אם היה

א"כ אינלאי מילתא דמיקרי שותף לפעולה זאת והיה יכול לכופו מתחילה להשתתף בהוצאה זו וכו', ואין לומר דהא בעת שעשה הוצאות על הרשיון לא עלה כלל על דעת השני לעשות עסק זה, רק אח"כ נמלך לעשות עסק זה, ולא שייך לומר שנעשה שותף בזה למפרע. זה אינו, דאטו במקיף וניקף וסמך לו כותל לא איירי בעומד וצווח דלא ניהא ליה בהיקפו או בהגבהת הכותל, או שהיה הניקף במדה"י ולא ידע בהיקפו, ובכ"ז מתחייב אח"כ למפרע, וה"ה בנ"ד, עכ"ל. יעויין שם.

ולכאורה לא רק דבר ששנים נהנים ממנו באותו זמן הרי הם כשותפים, אלא גם באופן שהמשווק נהנה מס' שנים, ואח"כ נהנה היצרן מס' שנים, הרי הם כשותפים, דשותפות מתחלקת גם לזמן (כמבואר בחו"מ סי' קעא), וכל שיש צורך משותף הרי הם שותפים. וכן יש להוכיח מדברי רבנו קרשקש בכתובות, שכתב דבעל בנכסי אשתו הרי כיורד ברשות מדין שותף, דאף בצורך משותף המתחלק בזמן דינו כשותפות. ואף לפי שיטת הנתי" שאין דין יורד במתכוון על דעת עצמו, מכ"מ חיוב הוצאות מדין צורך משותף מודה הנתי" שיש, וכפי שכתב בס"י קנח בענין מקיף וניקף, ולפי חידושו של הדברי מלביאל אף באופן שנתגלה בסוף שהוא שותף יש חיובי שותפים.

כד.

שוב ראיתי בנתי" סי' שמא סקמ"ו שכתב בענין שואל מהבירו שוקת סתם

גם מציל נכסיו שלא ימכרוהו ע"י כונס נכסים בפחות משווים. ובזה יוכל המשווק שהשביח לומר שגם אם היה יודע שהיצרן יהנה מהשבחת מוצריו, היה משביח עבור היצרן על דעת ליטול כארים.

כנ.

והנה אף אי נימא בדעת הנתי" שכל שאין השבח בנוף החפץ והמשביח התכוין רק לצורך עצמו ולא היה משביח לצורך חברו, אינו שייך בדין יורד לשדה חברו, מכ"מ בניד"ד חייב היצרן לשלם למשווק עכ"פ הוצאות בכל גוונא ולכו"ע, שבנידון דידן יש סברא לחייב יותר ממשביח שדה גזולה ויותר מבעל בנכסי אשתו, וכדלהלן.

הנה בשו"ת דברי מלביאל ח"ג סי' קנז דן באחד שהמציא מים מתוקים ומריחים והשיג רשיון מבית מועצות הרפואה למכרם, ואח"כ בא אחר וחיקה אותו ועשה מים כדוגמתו ומכרם על שם הראשון. ובתוך דבריו כתב וז"ל: ונראה הסברא בזה דהא קיי"ל דכל היכא שיש איזה פעולה והוצאה שמשותף בה טובת שני אנשים, הרי הם שותפים בדבר וכופין זא"ז ליתן חלק בהוצאה ההיא. וכמו שכופין זא"ז לבנות גדר וכדומה מהדברים המבוארים בפ"ק דב"ב. וכ"ז בדבר שידוע שההכרח לעשות הוצאה זו והמנהג כן. אבל בשאר דברים יוכל אחד מהם לומר לא ניהא לי לעשות הוצאה על טובה זו, וכמו גדר בבקעה ולמעלה מד' אמות, ולא יוכל לכופו. אכן אם גילה דעתו דניהא ליה בהוצאה ע"ז,

ובענין הוצאה משותפת כתבתי לעיל (אות יז יח) דלדעת הר"ן והרמ"ה דין השותף המשביח כיורד ברשות. ולכאורה אף באיגלאי מילתא ששותף אתה, דינו כיורד ברשות. וכן יש להוכיח מדברי רבנו קרשקש בכתובות, שכתב דבעל בנכסי אשתו הרי הוא כיורד ברשות מדין שותף, אף שרק אחר הגירושין איגלאי מילתא שהאשה שותפה בהוצאות, וגם לא שכיח כלל שיגרש אדם אשתו קודם שיאכל כלום ממה שהשביח. וכן הוכחנו לעיל (אות יח) מדברי הנתי' סי' פט סק"ו בענין כותל למעלה מדי' אמות. והדברי מלביאל שאינו מזכיר אלא הוצאות, מיירי מהוצאת רשיון, שבדרך כלל אין הבדל בין ההוצאות לשכר בקבלן.

אלא שלכאורה יש להביא ראיה דאיגלאי מילתא ששותף אתה אינו אלא הוצאות משיטת הרמב"ם (פכ"א מהלכות מלוה ולוה), ואיכא מאן דאמר ברי"ף בלוקה שדה המשועבדת למלוה והשביח שהוא נוטל הוצאה ממלוה. ולכאורה הרי איגלאי מילתא ששניהם משותפים בהוצאות ההשבחה, שהלוקח היה אוכל פירות השבח עד הטירפא והבע"ח מן הטירפא ואילך, ואעפ"כ כתב הרמב"ם שאינו נוטל אלא הוצאות. ואי נימא שאין הרמב"ם חולק עם רבנו קרשקש, נצטרך לומר דאף הרמב"ם ס"ל כסברת הרי"ף שהובא ובש"ך סי' קטו סק"י דאמרינן שהשביח הלוקח על דעת ליטול מן המוכר ולא מן המלוה, אלא דס"ל להרמב"ם דלא מחל הלוקח

ונפל השוקת, שהשואל חוזר ובונה השוקת עד שישקה כל שדותיו, וכתב הנתי' ז"ל: ואם השואל בנה אותו נראה דהמשאיל חייב ליתן לו הוצאות הבנין אחר כלות ימי השאלה, וכיורד ברשות דמי כיון שהבנין יש בו הנאת שניהם, הנאת שואל עכשיו והנאת המשאיל אחר"כ, וכל שיש בו טובה לשניהם כופין זה את זה כמו בשותפין וכמ"ש לעיל בסומן קע"ח ע"ש, ע"כ. הרי לנו להדיא ששנים שכל אחד מהם משתמש זמן מסוים, דינם כשותפים. עוד נראה מהנתי' דשנים שיש להם צורך משותף דינם כיורד ברשות.

והנה חיוב זה ד"איגלאי מילתא ששותף אתה", אינו במשביח שדה גזולה, שהמשביח אינו כשותף כלל, שהרי מחזיר כל הפירות שאכל. וכן אינו שייך בבעל בנכסי אשתו, שהרי אם אכל יותר ממה שהוציא, מה שאכל אכל ומה שהוציא הוציא, אפי' בקטנה, וכמו שכתב הרא"ש פ"ח דכתובות סי' ט. ואם הוציא יותר ממה שאכל א"כ לא איגלאי מילתא שהוא כשותף, שהרי הבעל אינו נהנה מהשבחתו, רק האשה. (אלא שדעת רבנו קרשקש והר"ן בחידושי דאעפ"כ דין הבעל כשותף, והראשונים שלא כתבו בבעל בנכסי אשתו שדינו כשותף לכאורה סברי כמו שכתבנו.) ורק בניד"ד שמה שאכל משלו אכל, ואינו מגרע ממה שהשביח, הרי שהשבחה היא להנאת שניהם בזאת יוכל המשווק לטעון ליצרן דאיגלאי מילתא ששותף אתה.

למלוח אלא על השבחה היתר על
ההוצאה, אבל הוצאה דעתו לגבותו מיד
מן המלוח.

כה.

היוצא לנו: לדעת הרמב"ם הריטב"א
והנמוק"י כל היורד ברשות הבעלים אף
שאוכל הפירות בעצמו, כל שיש
אפשרות לבעלים להתנתק מן היורד
ולאכול השקעתו של המשביח, דינו
כיורד ברשות שידו על העליונה.
ולכאורה אפי' אם היורד התכוון לעצמו
ואין שבת בחפץ, שהרי כל שיש מעשה
הנהנה, לא בעינן למעשה המהנה, וכיון
שנחשב שמשביח ברשות הבעלים הוי
כהורידו הבעלים, וביחוד לפי מה
שפירשנו בדברי הרמב"ם דרק בעל
בנכסי קטנה הרי הוא יורד ברשות,
דנחשב שהורידה האשה את בעלה ע"ד
שאם תמאן תזכה בשבת, ודאי שאין
חיסרון אם התכוין המשביח לצורך
עצמו, וצ"ע. ולדעת הר"ן ותלמידי רבינו
יונה היורד ברשות שאוכל הפירות דינו
כיורד שלא ברשות, וא"כ במקום
שהתכוין לצורך עצמו, ובאופן שאם היה
יודע שחבירו ינה לא היה משביח,
לדעת הקצו' דינו כיורד שלא ברשות,
ולדעת הנתי' יש לדון אם יש לו דין יורד
לשדה חבירו. ובמקום שאינלאי מילתא
ששנים נהנו מן ההשקעה בכל גוונא
חייב הנהנה מדין שותף, לדעת הנתי'
בשו"ע סי' קנח והרמב"ם רק הוצאות,
ולדעת הר"ן והרמ"ה (וכן כתב הנתי'
בסי' פט ובסי' שמא) דינו כיורד ברשות
שידו על העליונה.

כו.

והנה היה מקום לומר דמשביח על דעת
עצמו אינו נוטל הוצאות או כאריס רק
במקום שהוא עצמו לא נהנה כלל, וכמו
לוקח שדה גזולה שמחזיר כל הפירות,
אבל במקום שהוא עצמו נהנה
מהשקעתו, אף שיש נהנה נוסף אינו
נוטל כלום, דומיא דמה שכתב הרמ"א
בסי' רסד ס"ד וז"ל: מי שהציל ספריו
וספרי חבירו, אם לא הוצרך להרבות
הוצאות בשביל חבירו, אין חבירו חייב
לשלם לו כלום. ונ"ל דווקא שירד תחלה
להציל שלו, אלא שהציל גם כן של
חבירו עמו. אבל אם ירד על דעת שניהן,
חייב ליתן לו מה שנהנה, מאחר שהציל
של חבירו, וכמו שנתבאר, כן נ"ל, עכ"ל.
אבל לענ"ד נראה דלא כתב הרמ"א כן
אלא במוציא הוצאות שנהנה כל הנאתו
שבשבילה הוציא, אבל במקום שהוציא
הוצאות להשביח מוצרים, ולבסוף מכר
רק חלק מן המוצרים, והחלק השני מכר
חבירו, בזה חייב חבירו לשלם לו עבור
חלק הנאתו, דהרי לא נהנה כל מה
שיכול היה להנות. ועוד דבאופן שהיצרן
מוכר בעצמו ומפני כן אינו מוכר
למשווק הוי זה נהנה וזה חסר, וכפי
שכתב בדברי מלכיאל שם. וכן משמע
בלשון הרמב"ן בב"ב ד ע"ב במלחמות
בענין מקיף וניקף שכתב וז"ל: אחד
לישנא דחייא בר רב, דמוקי פלוגתא
בראשונה שניה ושלישית (דת"ק ס"ל
דאפי' אחר שגדר הרביעית אינו משלם
הניקף על ג' הראשונות, ור' יוסי ס"ל
דמשלם על כולם), לאו בקם דינא והדר
דינא שייכא. אלא ת"ק סבר כיון דשלש

הקרן, אך לא הוציא רווחים, אם גם זה בגדר הוצאות.

והנה בנותן צמר לצבע לצבעו אדום וצבעו שחור (והרי הוא כאילו צבע והשביח שלא ברשות), דנותן לו הוצאה שיעור שבה, כתב רש"י בב"ק ק ע"ב ד"ה נותן לו וז"ל: ולא שכר שלם. ובע"ז דף ז ע"א ד"ה את הוציאה, כתב וז"ל: סמנים ועצים ושכר פעולה כשכיר יום ולא שכר שלם כמו שהתנה עמו. ובב"מ דף קיז ע"ב ד"ה נותן לו כתב וז"ל: ולא מה שראוי בקבלנות דהוי טפי. ובג"י בב"ק ריש דף לו מדפי הרי"ף כתב בשם הרא"ה דנותן לו שכרו כפועל בטל, ובע"ז זה כתב הר"י מלוניל בב"מ דף נח. מדפי הרי"ף ד"ה ונטעוה. ובש"ך סי' שו סק"ה מפרש בדברי הירושלמי (ב"ק פ"ט ה"ה) על דרך זו דקבלן ששינה נוטל שכר כפועל, ופוסק בן להלכה, ובתוך דבריו כתב וז"ל: ונראה דהרא"ה אינו חולק על רש"י אלא מפרש דבריו כאן כמו שפירש בפרק הבית והעליה ובפ"ק דע"ז, וכן עיקר, עכ"ל. ונראה מדבריו דכוונת הרא"ה במה שכתב פועל בטל, שאינו נוטל כקבלן או כפי שקצבו, אלא כשכיר יום.

אמנם בחזו"א בב"ק סי' כא סוף סכ"ג כתב על דברי הרא"ה וז"ל: נראה טעמו דשכר עמלו מפסיד בשביל ששינה, אבל אכתי מה שהיה מרויח במקום אחר זהו בכלל הוצאה, אלא כיון דהשתא לא עבד במקום אחר, ואילו יהינן ליה אגרא מה שהיה מרויח

שלו גדר ורביעית של חבירו הניה, לאו אדעתא דמיתהני מיניה חבריה עבד מעיקרא ולא ע"מ דלשקול מהם כלום, וכי האי גוונא זה נהנה וזה חסר פטור, דאחיל משום הנאה דנפשיה. ולא דמי ליורד לתוך של חבירו ובונה, דהתם אדעתא דלישתלם עבד. ורי יוסי סבר, האי נמי לא מחיל מידי ואדעתא דתרווייהו בנה, אלא איהו סבר דמחייב לפיוסיה מהשתא, וכי חזי דלא מפצי ליה, הדר גדר רביעית, עכ"ל. ומהלשון: דאחיל משום הנאה דנפשיה, משמע שאם הוציא הנאתו מוחל להנאתו של חבירו, אבל במקום שחבירו אוכל הנאתו ודאי שאינו מוחל. וכן יש להוכיח מדברי הרמב"ן בב"מ דף מ שהובא לעיל, דמשביח ירושתו ואח"כ נודע לו שיש לו אה נוטל הוצאות, שאף שנהנה מחצי ממה שהשביח, נוטל הוצאות מחלק אחיו. ומה שאינו נוטל כארים, כבר נתבאר לעיל.

כו.

עוד יש לדון, אם לא היתה ההשקעה בגדר שדה העשויה ליטע, ווכגון שהמשווק רק הרחיב את ציבור הלקוחות, ולא השקיע לייקר את המוצר, שאיזה בגדרי עשויה ליטע כי אפשר שהיצרן אינו חפץ להגדיל את היצור, אף אם הרווחים יגדלו. שלדעת הר"ן ותלמידיו ר"י אינו נוטל אלא הוצאות, או לפי דעת הנתי שכל שאין השבח בגוף החפץ אינו נוטל אלא הוצאות מדין אינלאי מילתא ששותף אתה. ויש לדון אם השקעת כסף שהמשקיע הוציא את

המשווק לקח על עצמו שמא השקעותיו לא יצליחו, אין לו ליטול כלום, ואף שאם היה היצרן לוח מן הבנק על סמך שאם לא ירויה יפסיד הבנק, היה הבנק נוטל אחוזים גבוהים בהרבה. וכן אם היה המשווק מלווה במקום שיש סיכון היה מרויח יותר. מכ"מ יורד שלא ברשות אינו נוטל כלום על הסיכון, שאינו נוטל אלא הפסד ודאי. שהרי כל ההבדל בין קבלן לשכיר יום, הוא בכך שקבלן לוקח על עצמו אחריות על השבת, שאם לא ישביח יפסיד, ושכיר יום אינו לוקח אחריות ואין עליו לתקן אם יתקלקל (כמו שכתבו התוס' בב"ב סוף דף מב). ויורד שלא ברשות, אף שלוקח אחריות שהרי אם לא היה שבת לא היה נוטל כלום, ואעפ"כ אם השביח אינו נוטל אלא כשכיר יום.

והנה אם היה איסור ריבית בנטילת הפסד ביטול כיסו, ודאי שלא היה המשווק נוטל מן היצרן כלום עבור ביטול כיסו, אף שביטול כיסו בגדר הוצאות. שמוציא הוצאות ברשות אינו נוטל הוצאות אם יש בהם איסור ריבית, וכמו שכתב הט"ז ביו"ד סי' קע סק"ג דשותף שלוח בריבית מן העכו"ם עבור השותפות, אינו יכול לפרוע הריבית מנכסי השותפות. מכ"מ לכאורה הכא ליכא איסור ריבית שלא הלוח ולא ביטול כיסו אלא לצורך עצמו, ולא התכוין להלוות ליצרן כלל, אלא שהיצרן נהנה מן השבת שנעשה ע"י המתנת מעותיו, ולא גרע מהיכא

במקום אחר נמצא דלא עמל ונוטל שכר, הלכך מנכינן לו כמה אדם רוצה לותר על שכרו ולישב במל, עכ"ל. שוב הביא דברי רש"י ותוס' שנין דשכר שכירי יום בכלל הוצאה, וכתב דאפשר דהרא"ה מפרש דברי רש"י, וכהש"ך.

ונראה לבאר מחלוקתם (אי נימא דפליגי), דרש"י ס"ל דכיון שא"א להרויח שבה כזה אלא ע"י הוצאות האלו, הייב ליתן לו מה שהיה ליתן לו לפועל אחר בכדי להוציא השבת, ואפשר דס"ל בן מסברת משתרשי ליה, ועל כן נוטל מה שהיה צריך להוציא לשכור פועל אחר. והרא"ה והר"י מלוניל ס"ל דאינו נוטל אלא מה שהפסיד היורד וכסברת החו"א.

כה.

והנה בענין ביטול כיסו של המשווק, לכאורה דמי ממש לביטול מלאכת עצמו, דמאי שנא הרי הפסיד שכר המתנת מעותיו. ולא מצינו חילוק בין שבת דאדם לשבת דממון אלא לענין מוזק, ולא לענין הוצאות.

ולענ"ד נראה דלענין המתנת מעות, באופן שליצרן לא היה מעות, ואם היה רוצה להשקיע בקידום מוצריו היה צריך לקחת הלואה מן הבנק, יש לחשב שכר המתנת מעות, לדעת רש"י כפי שהיה היצרן צריך לשלם לבנק, ולדעת הר"י מלוניל כפי שהיה המשווק יכול לקבל מן הבנק, שהוא בד"כ פחות ממה שהבנק נוטל. אבל כנגד הסיכון

אם השביח רק לצורך השבחת הקלטות או הדיסקים שיעשה בעצמו, ולא לצורך המעתיקים דאז פטור המעתיק. והסתמכנו על דברי הרמ"א בס"י רסד ס"ד בענין הציל ספריו וספרי חברו, דאינו גובה מחברו, אלא אם ירד על דעת שניהם.

והנה בנתי' שם סק"ו כתב הטעם דאם ירד על דעת שניהם דחברו חייב, ולא אמרינן זה נהנה וזה לא חסר, דכיון דשניהם צריכים להוצאה כופין זה את זה.⁷ והנה סברא זו דכופין זה את זה אינה שייכת בענין קלטת או תוכנה (אלמלא חידוש הדברי מלכיאל), שהרי הדברים האלו אינם נצרכים רק ליחידים. וגם סברת התוס' בב"ב ה"א ד"ה אע"פ, דהיכא דגלי דעתיה דניחא ליה בהגבהה חייב, אפי' בזה נהנה וזה אינו חסר, אינה שייכת כאן, שהרי כתב הנודע ביהודה תניינא ס"י כד דלא מהני גלי בדעתיה דניחא בהוצאה כל דהו, אלא בצירוף הסברא דגרם לו היקפא יתירה. גם ביש"ש פ"ב דב"ק ס"י מז כתב דלא מהני גילוי דעת דניחא ליה בהוצאה אלא בצירוף היקפה יתירה. אלא שבקלטת או תוכנה, המו"ל חסר, שע"י שמעתיק לא יקנה מן המו"ל.⁸ עוד חידשתי סברא דלא שייך זה נהנה וזה לא חסר (אפי' לדעת הנתי', יעויין בהערה ה), אלא במקום דניחא ליה

שהשתמש במעות חברו שלא ברשות, ובעל המעות בקשם ממנו להרויח לעצמו, שכתב הרמ"א בחו"מ ס"י רצב ס"ז דחייב ליתן הרווח.

ויש להוכיח כן ממה שכתבו התוס' בב"מ קיז. ד"ה ר' יהודה בענין בעל העליה שבונה את הבית ודר בתוכו ואח"כ נוטל יציאותיו מבעל הבית, וז"ל: מה שפירש בקונטרס דאם אין נותן לו שכר מיחזי כרבית אין נראה לר"י דמה רבית שייך הכא דלא הלווהו כלום שהרי אם הבית נשרף לא היה נותן לו יציאותיו, הרי שאין איסור ריבית באופן שאחריות הבנין היא על מוציא ההוצאות. ולעיל פי' דעת רש"י בזה. ואולי יש לחלק בין דבר שהוא כעין ריבית, דבזה כתבו התוס' שאין איסור במקום שנוטל הוצאות, ובין אגר נטר גמור, אלא שפשיטות דברי התוס' משמע שאין לחלק. ויש לברר אצל בקיאים בהלכות ריבית. ויעויין בקצוה"ח קסד סק"ב.

כט.

עתה נחזור לענין מו"ל של תוכנה או קלטת התובע מן המעתיק לשלם כפי הנאתו. והנה בעומקא דדינא ח"א חילקנו בין אם השקיע מתחילה על דעת להשביח לכל הנהנים ע"י העתקה ולגבות מהם, דאז חייב המעתיק, ובין

⁷ יעויין בספר טבעת החושן שתמה על הנתי', אמאי בעינן לחיוב מדין שותפים, הרי בזה שמתכוין אף בשביל חברו סגי לסלק טענת זה נהנה וזה חסר.

⁸ הנה דעת הנודע ביהודה דחסר מיקרי אף ע"י גרם כל שהוא, דכתב בענין ראובן שנתן לשמעון להדפיס לו ש"ס, ושמעון השתמש בסידור האותיות שעשה עבור ראובן גם לצורך הדפסת ש"ס לעצמו, וז"ל: אמנם אחר היישוב נראה שחייב לשלם חלקו שהרי גם בדר בחצר חברו אפי' לא קיימא לאגרא אם חסרו אפי' דבר מועט מגלגלין

להשביח עבור כל הנצרכים לתוכנה, מאי איכפת לי אם מגיע השבח למשתמש בדרך קנית התוכנה או הקלטת או בדרך אחרת, סוף דבר ההנאה שכוונה אל המשתמש הגיעה אל יעדה, ובפרט בתוכנה אשר המשתמש אמור להתקין את כולה על מחשבו האישי, שאין התקליטור משמש אלא כמכתב להעברת הנתונים, ולבסוף הרי הגיעו הנתונים ליעדם המכוון, ולפי"ז נובל לחייב מדין יורד לכל אדם שמשתמש בתוכנה זו. ודברי הרמ"א כפי רסד אינם אלא אם יצאה הנאה שלא היתה מכוונת כלל.

למהנה להוציא הוצאות בשביל עצמו, אף אם לא יטול מחבירו כלום, אבל מו"ל שאינו מוציא הוצאות בשביל עצמו, אלא בשביל כל אלו שיצטרכו לתוכנה או לקלטת וכל הנצרכים למרכולתו הם הגורמים להוצאות, שהרי אילו לא היה מוצא קונים לתוכנה או לקלטת לא היה מוציא הוצאות, אמאי נאמר שהמעתיק הוא הנהנה ממילא. וכשם שלא יעלה על הדעת שמותר להיכנס לגן חיות וכדו' מבלי לשלם, מדין כעמ"ס.

והיה אפשר לומר דכיון דדעת המו"ל

עליו כל השכר כפי שנהנה כמבואר בש"ע בסימן שס"ג סעיף ז' יע"ש. והרי גם כאן מחסרו הרבה שאם לא היה שמעון מדפיס סדרים הללו הווי שכיחי וקפצו זביני על ספריו של ראובן שאפי' מי שלא היה קונה פירושו לחוד מ"מ אגב שהיה צריך לשני סדרים הללו ללמוד מתוכם גמרא עם פירש"י ותוספות היה מוסיף איזה דבר לקנותם עם פירושו של ראובן ועכשיו שמדפיס שמעון יהיה סדרים הללו שכיחי ובזול ולא ימצאו כל כך בריוח קונים שיקנו מראובן וכיון שגורם לראובן הפסד בזה מגלגלין עליו כל מה שנהנה לפי חלקו מסידור האותיות, ע"כ. ובהגהות לבעל הברוך טעם כתב עליו וז"ל: נ"ב מאד נפלאים דבריו, הכי בדף המסודר נשאר זכות לראובן המחבר אף אחר שכבר נעשה בו מלאכתו וכל שעושה שמעון אח"ז באותו דף המסודר בשלו עשה, ובלא טעמא דזה נהנה כו' אין בכה"ג מקום התחלת צידוד חיוב על שמעון. ואף לפי הנחתו של המחבר אין מזה ענין השתוות להמפסיד שחרוריתו דביתו, ששם נעשה ההפסד בבית התובע בלא דעתו אבל הכי היה מנוע ע"פ דין לשמעון שידפיס לעצמו ספרי המשניות בלי פירוש המחבר, וכיון שמותר היה לכתחילה להדפיס לצורך עצמו ספרי משניות למה יקרא בשם הפסד. ואף שהדפיסם באותו דף שהיה מתוקן ומסודר תחלה לצורך ראובן, כיון שהשלים הדפסת צרכו, רשות היה לשמעון להדפיס באותו דף כמו שהיה רשות בידו לדפוס באותיות אחרות, ואין בזה שום נדנוד איסור בגרם מניעת ריוח לחבירו. ונראה שלא היה צד איסור על שמעון לדפוס לצורך עצמו באותו דף מיד אחר שנגמר סידורו בעזיבת פירוש המחבר אף בטרם החל לדפוס עבור המחבר כי לא היה הדף קנוי לראובן. נחזי אנן עד"מ, ראובן שצריך לשלוח סחורתו לאיזה מקום והשוה עמו שמעון שיעשה עגלה חדשה וגם יקנה סוסים להוליך בשכר סחורתו של ראובן למקום פלוני, היעלה על הדעת שאם שמעון מניח באותה עגלה גם סחורה של עצמו יצטרך ליתן לראובן שיעור הנאתו, עכ"ל. אמנם בדברי מלכיאל הנ"ל בענין שמעון שמשמש בשמו של ראובן בכדי למכור מוצר שהמציא ראובן והוציא עליו רשיונות, מסכים לשיטת הנוב"י דגרם היזק כל שהוא מיקרי חסר, וז"ל: וה"ה בנ"ד מחסרו במה שמוכר סחורה זו, כי לולא הוא היה יכול למכור יותר, וגם מזיקו במה שמגדיל סחורתו בעיני אנשי העולם ויוסיפו עליו מסים וכדומה, וכבר אמרו חז"ל אדם עשוי שלא להשביע את עצמו. ואין לומר דבעינן שיחסר אותו דבר בידים וכמו שחרירותא דאשייתא דב"ק שם, שע"י שדר בבית משחיר בידים הכותלים. זה אינו, דהא איתא שם שלפי שגרם לו היקפא יתירתא צריך לשלם כפי ההנאה אף שלא גרם לו זה בידים, ובפרט לפי מה שכתבו התוס' שם ושאר הראשונים דאירי שגדר המקיף בינו ובין רשות הרבים, ומצד שיש לניקף שדה באמצע שדות המקיף הוצרך להרחיב הגדר מבחוץ, דהוי ודאי גרם רחוק, ובכ"ז אמרינן שם שצריך לשלם וכו', ועפ"ז נראה לבאר לשון הש"ס בב"ק כ' ע"ב שלחנה בי ר' אמי אמר וכי מה עשה לו ומה חסרו ומה הזיקו. וצריך להבין כפל הלשון, דסגי שיאמר וכי מה חסרו דהא עיקר טעם

מדין יורד ברשות, היינו דוקא במקום שהשבחה הוא בגוף החפץ, אבל תוכנה או קלטת החכמה והשבחה הם באויר העולם, והדיסק והקלטת משמשים כלי להעברת הנתונים, כמו מכתב. וע"כ אף שאין לחייב מדין יורד על פעולת ההקלטה או הצריבה שעשה המו"ל בעותק המקורי, שפעולה זו היא שבח בגוף הקלטת או הדיסק שכבר נמכרו, אבל כל ההשקעה והטירחא שיש בהמצאת התוכנה ודאי ששייך לחייב את הנהנים מהן מדין יורד. ודרך משל: המזמין אצל סופר שיכתוב עבורו ס"ת, והסופר איבד את הספר והתייאש ממנו, ואח"כ מצאו המזמין, ודאי שאינו חייב לשלם לסופר עבור הכתיבה, שהכתיבה הוא שבח בקלף וקלף זה נאבד. אבל חולה המבקש יעוץ מרופא, והרופא שלח יעוץ בכתב, והכתב נאבד והרופא התייאש והחולה מצאו, ודאי שהחולה יהיה מחויב לשלם לרופא, ומה שזכה במכתב אינו פוטר אותו מלשלם עבור שכר פעולה. שאינו דומה שבח שהוא בגוף החפץ, לשבח שהוא בעולם ונמסר ע"י חפץ. כמו"כ המקבל עבודת הקלדה ע"ג דיסקט, ודאי שיש בו איסור בל תלין.

והנה היות והמעתיק מגלה דעתו דניחא ליה, ודאי שחייב לשלם כפי מה שבני אדם משלמים עבור הנאה כזאת, ואין צריך שיהיה המעתיק בגדר שדה העשויה לימע, כמבואר בס"י שעה, אלא שלפי סברת החידושי הרי"ם שאין

ומכ"מ נראה דאם לא התכוין המו"ל לגבות מן המעתיקים אינו יכול ליטול מדין יורד, דדין יורד אינו אלא במתכוין לגבות מן הנהנה, וכמו שכתבו הראשונים בענין בעל חוב של המוכר שדה הגובה מן הלקוחות שאינו נותן להם הוצאות על מה שהשביחו הלקוחות מטעם זה, כמבואר ברמ"א ובש"ך סי' קטו סק"י. דהמשביח ויודע שיהיו נהנים ואינו מתכוין לגבות מהם, וכגון מו"ל של קלטת או תוכנה שאינו מציין כתובת או דרך אחרת להעברת התשלום ומתכוין להוציא כספי השקעתו ורווחיו רק מן הקונים בדרך מקח וממכר (היינו שנוטל עבור מכירת הדיסק, ובדרך הבלעה מרויח המו"ל עבור השקעתו), אינו נוטל מדין יורד.

ל.

ומה שכתבנו בעומקא דדינא ח"א דהמו"ל יכול לדרוש מן המעתיק מדין יורד, היינו אפי' ממי שקנה קלטת או תוכנה בעצמו, דלא ויתר לו המו"ל על תשלום ההנאה בקניית הקלטת, אלא כפי שיעור הנאה שיש בהחזקת קלטת או דיסק אחד, ולא עבור החזקת שנים. ואף שנגר המוכר שולחן אינו יכול לדרוש עבור הנאה מהשולחן מדין יורד, וכמו שדייקנו מדברי הרמ"א בס"י שלג ס"ח דכתב: אמר לאומן עשה לי דבר פלוני ואקחנו ממך, ועשאו האומן, ואחר כך אינו רוצה לקחתו, והוא דבר שאם לא יקחנו מיד, יפסיד, חייב, ע"כ. וחיובו הוא מדינא דגרמי, ומשמע דאינו חייב

להנאת המעתיקים ולגבות מהם, יכול להזור ולפרסם שהוא דורש תשלום מן המעתיקים. שאם לא הוציא רווח כפי שמלחין או מתכנת היה מקבל עבור עבודה כזאת כשכיר יום, חייבים המעתיקים להשתתף בהוצאות. עוד נראה דאפי' הוציא רווח ממה שמכר יכול לדרוש שישתתפו המעתיקים בהוצאות, וכגון שהוא מכר והרוויח 10,000 ₪ רווח גולמי, ויש מאה מעתיקים שהנאת כל אחד שווה 30 ₪, נמצא שכל מעתיק יש לו הנאה בערך של 30/13000 מכלל ההנאות, וע"כ חייב המעתיק להשתתף בהוצאות לפי ערך זה, שאין רווח המו"ל מנכה לו מן ההוצאות, כשם שמקיף את חברו מד' רוחות, נוטל מן הניקף כפי ערך הנאת הניקף מן הגדר להנאת המקיף, אף שהנאת המקיף יותר מן ההוצאות (ויעויין בנתי' סי' קנח סק"ו דמשלם כפי שיעור היקפא יתירה שגרים, וצ"ע).

וכל זה לדעת הנתי' אליבא השו"ע והרמב"ם שבצורך משותף אין גובים אלא הוצאות, אבל לדעת הר"ן והרמ"ה בסוגיא דניקף ומקיף דהניקף חייב אף השבת, המו"ל יכול לדרוש כפי שיעור שאדם נותן להנאה כזאת.

לב.

ויתכן לומר שאם לא פרסם המו"ל של התוכנה או הקלטת שהוא דורש תשלום מן המעתיקים, וכן לא פרסם דרכים להעברת התשלום מיד עם הוצאת

משלמים כארים, אלא במקום שהנהנה היה מסכים לשכור את המשביח לארים, אבל במקום שהנהנה יכול להנות אף אם לא היה מסכים לשכור את המשביח לארים, אינו נוטל אלא הוצאות. א"כ אין המעתיק חייב למו"ל כארים, שהרי אף אם לא היה המעתיק משלם היה המו"ל מוציא את הקלטת או התוכנה, והוצאות בד"כ אין למו"ל, שרווחיו יתרים על הוצאותיו. אלא שכבר הבאנו לעיל דהראב"ד וסייעתו לא ס"ל כסברת החי' הרי"ם, ובהראב"ד קי"ל.

ולפי חידוש הדברי מלכיאל דאמרינן אינלאי מילתא ששותף אתה, א"כ אף אם לא התכוין המו"ל להשביח למעתיקים, ולא העלה בדעתו שיהיו כאלו שייחננו מהשקעתו ע"י העתקה, יוכל לגבות מן המעתיק מטענת אינלאי מילתא ששותף אתה. אלא שכתב הנתי' בס"י יז סק"א דכל הדברים שבני המבוי ובני החצר כופין זה את זה, ליכא אלא יכולת כפיה, אבל אם לא תבע אין גזל תחת יד זה שלא שילם. ולפי"ז, אף אי נימא דאמרינן אינלאי מילתא ששותף אתה, ואפי' נימא דאפשר לתבוע מן הנהנים בשיעור כמה אדם נותן בשביל זה, מכ"מ אם לא דרש המו"ל שהמעתיקים ישלמו כפי הנאתם, או שלא פירט אמצעים איך להעביר התשלום בדרכים קלות ומקובלות, אין גזל תחת יד הנהנים.

לא.

אבל אף אם לא התכוין המו"ל להשביח

אתה, שהרי הלוקה נהנה עד הטריפה, והמלוה מן הטריפה ואילך.

אבל אינו מוכרח, ויש לומר דכל שלא גילה דעתו שמתכוין להשביח למעתיקים אין גריעותא מצד מה שלא כתב דרכים להעברת התשלום, דאולי לא עלתה על דעתו שיעתיקו. משא"כ בלוקה שהשביח שדה משועבדת שפ"י בשטר שאם ימרוף בע"ה יחזור על המוכר, דמיא לפועל ששכרוהו להשביח שדה חבירו ואמר לו השוכר שכרכם עלי. וצ"ע. ולרווחא דמילתא עדיף לציין מיד עם ההוצאה לאור מחיר העתקה כפי ההנאה ודרך להעברת התשלום.

הקלמט, שוב לא יוכל לפרסם אח"כ שהוא דורש תשלום מן המעתיקים, אף לפי הדברי מלביאל. שהרי מסתמא העלה בדעתו שיהיו מעתיקים, ואם לא פרסם מיד דרכים להעברת התשלום, גילה בדעתו שאינו עובד על דעת לגבות מן המעתיקים, ושוב לא יוכל לומר למעתיק גילית בדעתך ששותף אתה, שיטעון המעתיק שאף ששותף הוא מכ"מ מצא מי שישביח לו חנם. והראיה שלוקה שדה משועבדת להלוואה והשביחה, ואח"כ טרפה המלוה בחובו, דאין הלוקה נוטל הוצאות, כיון שהתנה שיחזור על המוכר, ולא אמרינן דמכ"מ יטעון למלוה גילית בדעתך ששותף

העולה לדינא:

א. במשווק שהשביח ברשות, דעת רוב הפוסקים שנוטל כארים, דהיינו כמה בעל מפעל נותן לאחר שישביח מוצריו בשבח כזה בקבלנות, דהיינו שאם לא יצליח להשביח לא יטול כלום ואם יצליח יטול הרבה. דדעת הריטב"א והנמוקי ועוד ראשונים, וכן פוסקים מהר"א ששון והנתי, דכל שמשביח ברשות דינו כיוורד ברשות, אף שלא הורידוהו הבעלים שישביח בשבילם. ואפי' לחולקים מכ"מ בד"כ קידום מוצרים העומדים למכירה הוא בדרך שדה העשויה ליטע. סברת הנתי דאין דין יורד בנתכוין לעצמו, שנויה במחלוקת, ויש להוכיח שבהשבת חפץ או מוצרים נחשב שהנתכוין להשביח החפץ, ובעל החפץ חייב בתשלומי השבתת הפצו. גם שאפשר שכל שדינו כיוורד ברשות נחשב שיש מעשה הנהנה דמודה הנתי. גם במקום שיש מצווה בהשבחה עבור היצרן מודה הנתי דיכול המשווק לומר אם הייתי יודע שהיצרן יהנה הייתי משביח עבורו.

סברא נוספת לחייב יש מדין איגלאי מילתא ששותף אתה, שהצורך משותף לשנינו (ע"פ דברי מלביאל), ודעת רוב הראשונים, והנתי עצמו בכמה פעמים דבצורך משותף נוטל המשביח כיוורד ברשות.

ב. משווק שהשקיע בקידום יכול לתבוע משווק אחר שקנה מבעלי חובותיו של היצרן כיוורד ברשות, לפי המבואר באות א, אך כל זה הוא במקום שאין למשווק הראשון

תביעה על היצרן או בעלי חובותיו, כגון שהשקיע בקידום המוצרים במדינה אחת, והיצרן ובעלי חובותיו נמצאים במדינה אחרת, ורק המשווק השני הביא המוצרים למכרם במדינת המשווק הראשון. שאם גם היצרן או בעלי חובותיו נמצאים באותה מדינה, א"כ השבחה הוא לנכסי היצרן או בעלי חובותיו, והמשווק השני קנה סחורה שהיא מושבחת כבר.

ג. בהוצאת קלטת או תוכנה, אין דרך שתאפשר לגבות מן המעתיקים, כפי שאדם היה משלם עבור הנאה כזו, אלא אם ישביח על דעת לחזור לגבות מהם, ויפרט על אמצעים קלים ומקובלים להעברת התשלום. ולפי חידוש הדברי מלכיאל דאמרינן איגלאי מילתא ששותף אתה, אף אם לא התכוין בתחילה לגבות מן המעתיקים, יכול לטעון שאיגלאי מילתא שכל מעתיק שותף בהוצאתו וטרחתו, ויכול לתבוע מהם ע"י פירוט דרכים להעברת התשלום. אולם כל עוד שאינו תובע ואינו מפרט דרכים, אין עיכוב התשלום נחשב לגזל ביד המעתיקים.