

# עלון המשפט



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

גליון חודש אדר א' ה'תשע"ט | 109

## פסק דין מהגאון רבי נפתלי נוסבוים שליט"א

### בעניין אם הנתבע יכול לכפות על התובע ללכת לאב"ד שצריך לחכות לו הרבה זמן

[הדברים מתפרסמים על דעתו של הגר"נ שליט"א]

#### שאלה א:

לכבוד הרה"ג רבי נפתלי נוסבוים שליט"א

נשאלנו אם נתבע יכול לטעון שהוא רוצה להתדיין בהרכב של אב"ד מסוים דווקא, כשהמציאות היא שלוקח הרבה זמן - חצי שנה עד שנתיים - עד שמתקבל פסק, באופן שברור שהנתבע עושה כך מתוך כוונה לדחות את פסק הדין. וכן מה הדין באופן שהנתבע אינו מתכוון לדחות את הפסק, אבל לפי המציאות יקח הרבה זמן עד שיתקבל פסק. והיה נראה לומר שבכה"ג אין הנתבע יכול לכפות את התובע לה' תדיין אצל האב"ד הזה דווקא, כי כל המטרה שתקנו שהולכים אחר הנתבע היא לתועלת הדי"ת, אבל לא כשזה גורם להיפך.

בכבוד רב יוסף פליישמן

#### תשובה:

בס"ד שבט ע"ט

במענה להנ"ל: בודאי כב' צודק שאם ניכרים הדברים שהבחירה ברב מסויים היא לאינטרס אישי לזה לא נתקן שהנתבע יבחר את מקום הדין ואינו יכול לכפות זאת על התובע.

ובאעה"ח נפתלי נוסבוים

#### שאלה ב:

יש"כ גדול על התשובה הברורה בענין מי שעושה כן בכוונה, אבל רציתי לדעת מה הדין כשהנתבע אינו עושה כך בכוונה, אבל למעשה לפי המציאות אצל האב"ד הזה לוקח הרבה זמן עד שמתקבל פסק, והתובע אומר שהוא רוצה לדון במקום שהדי"ת מתקדם כרגיל בלי עיכובים, ולא במקום שבוחר הנתבע, כיון שכמש"כ תמיד זה לוקח זמן ארוך.

בכבוד רב יוסף פליישמן

#### תשובה:

כיון שהארכת הזמן הוא פסידיא שנחשב הפסד ממוני וכמו שמוכח בגמ' במכות ג' א', וכיון שכתב בערך שי ס' ט' דבאיכא פסידיא לתובע לא תיקנו שצריך ללכת אחר הנתבע, לכן בכה"ג אין התובע צריך ללכת אחר הנתבע, ואף שהוא ספק פסידיא דשמא אינו חייב לו, מ"מ גם לספק פסידיא אינו חייב להסכים.

נפתלי נוסבוים

## עלון המשפט

### פסקי דינים

שכירות פועלים 12  
קבלן המספק מוצר גמור  
מתי נחשב כמוכר

### תורת המשפט

חיובי שמירה בדבר שאין גופו ממון

יו"ל ע"י "מכון מענה שמחה"  
בעריכת הר"ר שלום רוטמן  
© כל הזכויות שמורות.

לתגובות והערות:

maanesimcha@gmail.com

## בית הדין "נתיבות חיים" בארה"ק

שע"י כולל חו"מ 'אהל יוסף' • בנשיאות הגאון רבי נפתלי נוסבוים שליט"א

### בית שמש

בראשות הרבנים הגאונים:

רבי שלמה שלזינגר • רבי אברהם בוטרמן

### תל ציון

בראשות הרב הגאון רבי א. דויטש

### איזור הקדויות

בראשות הרב הגאון רבי אברהם בוטרמן

### ירושלים

בראשות הרבנים הגאונים:

רבי נפתלי נוסבוים  
רבי יצחק שובקס  
רבי אברהם דרבמדיקר  
רבי אברהם בוטרמן  
רבי יעקב פרבשטיין  
רבי צבי ברומן  
רבי יוסף פליישמן

ניתן להזמין דיונים בפל': 052-7642-346 או בטל': 02-502-3637 (בשעות 18:30-20:00)

## שכירות פועלים 12

## מתי קבלן שמספק מוצר גמור נחשב מוכר ולא פועל - חלק א'

הקדמה: כבר ביארנו בעלונים הקודמים (ראה עלון 98 דינים 1-2) שיש שני סוגי פועלים: שכיר וקבלן, וההבדל ביניהם הוא, שאם הוא מחויב לעבוד בשעות מסוימות והמשכורת שלו היא לפי שעות העבודה, אז הוא נקרא שכיר, ואם אינו משועבד לעבוד בשעות מסוימות והמשכורת שלו היא על המוצר המוגמר, אז הוא נקרא קבלן. אכן בשני האופנים המעסיק חייב בשכרו מדין שכירות פועלים, ולכן למשל יהיה בו איסור "בל תלין" וכו'. בעלון הזה נדון בקבלן שמקבל שכר על המוצר המוגמר, מתי הוא נחשב כפועל, והיינו שהוא מקבל שכר על העבודה, ומתי הוא נחשב כמוכר מוצר, והיינו שהוא מקבל שכר על המוצר, ואחת מן הנפק"מ להלכה, האם יש בו איסור "בל תלין".

3. קבלן שמתעסק עם החפץ של המזמין, אלא שהוא מוסיף גם חומרים משל עצמו, נידון על העבודה כפועל רגיל<sup>5</sup>, ואם מחשבים את עלויות החומרים בנפרד, הוא נידון על החומרים כמוכר<sup>6</sup>. לדוגמא, מי שמוסר ספרים לכורך, אף שהכורך מוסיף חומרים משלו, בכל זאת הוא נחשב כפועל רגיל על העבודה כיון שהספרים שייכים למזמין. כמו"כ, אם שכר קבלן שיבנה לו בית בשטח ריק, יש לקבלן דין של פועל רגיל על העבודה שלו<sup>7</sup>, (אלא שאם הוא מחשב את חומרי הגלם בפני עצמם, הוא ייחשב עליהם מוכר).

## מתי מחשיבים את הקבלן כמוכר

1. מבואר ברא"ש שקבלן שעובד עם חומרי גלם של עצמו בלבד, אינו נחשב קבלן אלא מוכר, והיינו שהוא מוכר את המוצר המוגמר למזמין ולא נחשב שהוא עובד אצל המזמין<sup>8</sup>. ויש כמה חילוקי דינים מתי מחשיבים אותו כפועל ומתי מחשיבים אותו כמוכר<sup>9</sup>, וכלהלן בסעיפים הבאים.
2. קבלן שמתעסק רק עם החפץ שהביא לו המזמין, וכגון 'מגיה סת"ם', נידון כפועל רגיל בכל דיניו.

## צינונים והערות

המהר"א ששון כתב הוכחה נוספת לדבריו, וחשוב מאוד להביאה כיון שיש מזה נפק"מ לדינא כמו שיבואר בהמשך, וראייתו היא, שהנה הגמ' (ב"מ קיב, א) דנה האם אומן [והיינו קבלן] קונה בשבח כלי או לא, והיינו, שאומן שהשביח כלי של המזמין, האם הוא קונה את השבח לעצמו או שהמזמין קונה את זה, והגמ' אומרת שאם אומרים שאומן קונה בשבח כלי, א"כ אין בזה דין בל תלין, כיון שהשבח היה שייך לאומן והוא רק מכר את זה למזמין, וטען המהר"א ששון, שהגם שקי"ל שאומן אינו קונה בשבח כלי, אבל זה דווקא אם האומן תיקן את החפץ של המזמין, אבל אם השתמש רק בחומרים משל עצמו ויצר חפץ, בזה בוודאי שהחפץ שייך אך ורק לקבלן והוא רק מוכר אותו למזמין, ולכן אין לקבלן דין פועל.

5. יש להוכיח שאם הקבלן מתעסק עם חפץ של המזמין הוא נידון כפועל ולא כמוכר, כי הגמ' (ב"ק צט, א) מביאה שיש מחלו' במקרה זה אם אומרים שאומן קונה בשבח כלי, ומב' להדיא בגמ' שלמא"ד אין אומן קונה יש לו דין של פועל ובוודאי אינו מוכר, ולפי רוב הפוסקים קי"ל כך להלכה. ואפילו למא"ד שאומן קונה בשבח כלי, מ"מ לא כל הכלי יהיה שלו, ועוד, שלהרבה פוסקים אינו קניין של הכלי אלא קניין כמשכונן וכמב' בקצו'.

וראיה לזה שבאופן זה הוא נידון כפועל, יש להביא מהלשון של המהר"א ששון, כי כתב "שהרי הקבלן הוא שמקבל הדבר או הכלי מיד בעה"ב והוא מתקנו באופן שהוא אין לו בעצמות הכלי שייכות בו, ולכן נקרא קבלן, אבל בני"ד שהנייר והכתיבה היא של הסופר עצמו, דילמא לא מיקרי קבלן רק מוכר", והיינו שתלה אם ההפץ הוא של המעסיק או של האומן, אבל לא תלה מי היה הבעלים על החומרים שבהם השתמש האומן, וא"כ גם באופן שהחומר הוא של הקבלן, אם החפץ הוא של המזמין הוא נידון כפועל.

6. באופן כזה שהאומן והמזמין מתחשבים בעלות החומרים בקביעת המחיר, נחשב שהאומן מוכר את החומרים שהשתמש בהם להשביח את המוצר של המזמין (אבל למשל נגר שמכניס מסמרים וכו' שזולים יחסית ולא מתחשבים בעלות שלהם בחישוב המחיר הכללי על העבודה, בזה אין צד לומר שהוא מוכר את המסמרים), ולכן בעצם העבודה ייחשב האומן כפועל ולא כמוכר (ועיי' להלן דין 6 מה שנוגע מזה לסופר הכותב ס"ת), וכמב' בשו"ת תשורת שי (תנינא נז), וזה נלמד ממש"כ הרמ"א (רכז, לג) לענין שכירות, שאם שכר פועל עם הבהמה שלו, דנים את זה כשתי שכירות - שכירות של הפועל לעבוד ושכירות של הבהמה, וז"ל הרמ"א: "שכר פועל עם סוס או חמור, אעפ"י שמצד עצמו אין בו אונאה, מצד הבהמה יש בו אונאה, ומשערין מה בא לשכר הסוס ומה שנתאנה בזה וצריך להחזיר לו" (ושכירות חפץ שווה למכירת חפץ).

7. מה שהיה צד בזה להחשיבו כמוכר על העבודה ולא כקבלנות, הוא עפ"י שיטת חלק מהפוסקים שבית שבונים על הקרקע יש לו דין מטלטלים, וא"כ כיון שהקבלן משתמש רק בחומרים משל עצמו, היה מקום להחשיבו זה שהקבלן מוכר את המטלטל [הבית] לבעל הקרקע, ונבאר.

שהנה נחלקו הש"ך (צה, ח. ת. והאורים (צה, יא) והקצות (צה, ג) הוכיחו כמותו והסכימו לו לדינא) והגמ"א (תרלז, ז) בדין בית בנוי, לפי הש"ך הבית נחשב כקרקע עצמה, ואין לו דין של 'תלוש ולבסוף חיברו', ולפי המג"א הבית כן נחשב ל'תלוש ולבסוף חיברו',

1. אבל בשכיר אין מחלוקת, ולפי המקור של המהר"א ששון (שלהלן הע' 4) מ'אומן קונה בשבח כלי' פשוט כך, כיון שבשכיר אין דין של אומן קונה כמפורש ברש"י (ב"ק צט ד"ה לבטושי) ותוס' (ד"ה דאגריה), וכן פסק הש"ך (שו, ג).

2. זה שבמכר אין איסור "בל תלין" ומצות "בימו תתן שכרו" מב' בגמ' (ב"מ קיב, א) "אי אמרת אומן קונה בשבח כלי אמאי עובר", ופירש רש"י "אומן קונה וזוכה במה שהשביחו ומשום קבלנותו יוצא לו, וכשמחזירו לו הרי הוא כמוכר לו שבח שהיה לו בתוכו", וזה היה הנידון של המהר"א ששון שלהלן שפסק באופנים שקבלן נידון כמוכר שאינו עובר על בל תלין. יש להעיר שישנן סיבות נוספות שקבלן לא יעבור על איסור בל תלין, וזה באופן שהוא קונה בשבח הכלי לפי הפוסקים שאומן קונה בשבח כלי, והש"ך (ס"ו שו) פסק שהנידון אם אומן קונה בשבח כלי או לא הוא ספיקא דינא.

3. ז"ל הרא"ש בתשו' (קד, ו) "ראובן הלך לאומן ואמר לו עשה לי כך וכך הלילה ואקחנו למחר, והוא עשה אותו דבר, ולמחר הלך לו ואמר לו טול הפעולה שאמרת לי לעשות שאם לא תטלנו תיפסד {הפעולה}, וראובן אמר לו כבר לקחתיה מאחר. תשובה, על מעשה האומן חייב המצוה לפרוע לאומן כל הפסדו משום דינא דגרמי, מידי דהוה (גמ' ב"מ עו, ב) אהלכו חמרין ולא מצאו תבואה... שעל ידו הפסידו מלאכת היום, והכא נמי ע"פ דברו הפסיד".

ביאור תשובתו, שכמו שכל מעסיק שחזר בו לפני התחלת מלאכה, אם ע"ז הפסיד הפועל מלאכה חייב המעסיק מדין מזיק בגרמי (לשיטת הרא"ש, ראה בעלון הנ"ל הערה 14), כך גם בנידוננו, כיון שגרם הפסד לקבלן שיעבוד ויכין מוצר לחינם, המזמין חייב לשלם מדין מזיק בגרמי. והדין נפסק בשו"ע (ש"ל, ח) "אמר לאומן עשה לי דבר פלוני ואקחנו ממך, ועשאו האומן, ואחר כך אינו רוצה לקחתו, והוא דבר שאם לא יקחנו מיד יפסיד, חייב".

ולכא"ו יש לדון בדין הרא"ש, שהרי הקבלן התחיל כבר במלאכה, וא"כ למה אי"ז כקבלן רגיל שהמעסיק חזר בו, שהדין הוא שחייב בשכרו משלם מדין שכירות פועלים ולא רק מדין גרמי? והביאור הפשוט ברא"ש הוא, שכאן כיון שהקבלן עשה את כל העבודה בחומרים משל עצמו ולא עבד כלום אצל המזמין (וכמו שמשמע ברור ברא"ש), לכן א"א לדונו שעבד אצל המזמין ואינו נידון כקבלן רגיל, ולכן המזמין אינו חייב אלא משום גרמי.

וא"כ נלמד מהרא"ש, שקבלן שמכין את החפץ מחומרים שלו, אינו נידון כמי שעובד אצל המזמין, אלא הוא מייצר את החפץ לעצמו, ובסוף המזמין רק קונה אותו ממנו.

4. היסוד לכל החילוקים הוא דברי המהר"א ששון, שהעמיד את הסברא והראיה למה לפעמים מחשיבים את הקבלן כמוכר, אף שייצר את הדבר אך ורק לבקשת המזמין. המהר"א ששון (ס"ו קיט) דן במי שביקש מסופר שייכין לו שטר כתובה, והמזמין לא שילם בזמנו, האם המזמין עבר על בל תלין, והשיב: "גם קבלן נמי נראה דלא הוי, שהרי הקבלן הוא שמקבל הדבר או הכלי מיד בעה"ב והוא מתקנו, באופן שהוא אין לו בעצמות הכלי שייכות בו, ולכן נקרא קבלן, אבל בני"ד שהנייר והכתיבה היא של הסופר עצמו, דילמא לא מיקרי קבלן רק מוכר", והביא את הרא"ש הנ"ל לראיה. והגם שבתחילה כתב כמסתפק בדבר [שרק "דילמא" הוא כמוכר], אבל אח"כ נטה לפסוק כן, וכן הבינו הפוסקים בדבריו, וכגון קצוה"ח (ש"ל, ג) שכתב: "וע"ש שהעלה דאינו עובר".

4. אם הקבלן מכין את המוצר מחומרים של עצמו בלבד, וכגון נגר שמכין ארון לפי הזמנה, י"א שהוא נידון כמוכר כיון שהוא בעצם מייצר את החפץ לעצמו ורק אח"כ הוא מוכר אותו למזמין, וי"א שכיון שהמזמין ביקש ממנו לעבוד לכן הוא נידון כפועל רגיל - אף שמשתמש בחומרים משלו, ורק אם המזמין אמר לו לשון שמשתמע ממנו שהוא מתכוון לקנות את החפץ, או שמשתמע מתוך העניין שהוא הולך לקנות ממנו, וכגון שאמר לו "תכין את החפץ ואני אקחנו ממך", אז יהיה לו דין של מוכר.

#### ציונים והערות

5. גם באופן שהקבלן משתמש רק עם חומרים משל עצמו, עדיין יש חילוק בדין זה, והוא, שאם הקבלן משתמש בחומרים שיש לו במלאי, או אפילו אם הוא קונה חומרים בשביל ההזמנה אלא שהם לא יהיו באחריות המזמין, וכגון סופר סת"ם שקונה קלף בשביל הזמנה של נ"ך, אז נחלקו הפוסקים הנ"ל אם הקבלן נידון כמוכר, אבל אם הוא קונה חומרים לצורך ההזמנה והחומרים הם באחריות הקונה, וכגון תופרת שקונה בדים מיוחדים [שהיא לא מתעסקת איתם בדר"כ] רק לדרישת המזמינה ועל חשבונה, אזי לכל הדעות הוא נידון כפועל, אלא אם כן

לפי שעדיין לא זכה בו בעה"ב, ומשמע ברור אפילו אם אמר לו המעסיק שכך עלי. והקשה הרשב"א (שם ד"ה כאן בשל הפקר) על הדין האחרון, "וא"ת מ"ש משכרו סתם והראהו בשל חברו דחייב, אעפ"י שלא קנה הוא כלום ולא נהנה בו... נ"ל דשאני התם דנהנה בו חברו, ומ"מ הרי הנהנה פועל איניש דעלמא על ידו של זה ועל מה שנשכר זה אצלו, ולפיכך חייב כאלו נהנה הוא ממנו, וה"ל כעין דין ערב, אבל גבי הפקר לא נהנה לא הוא ולא אחר על [יד] שכירותו".

וא"כ ההבדל בין הדינים מבואר, שאם עבד [בציווי המזמין] אצל אדם כלשהוא שנהנה מן העבודה, כיון שאמר לו המעסיק שכך עלי, הרי"ז כאילו עבד אצל המזמין עצמו, וחייבו של המזמין לשלם לפועל הוא מדין ערב [שהמלוה נותן למי שהערב מבקש והערב מתחייב], ואם עבד בהפקר שאף אחד לא נהנה מעבודתו, אזי יש חילוק אם קנה את ההפקר או לא, שאם ליקט את ההפקר ועשה בו קניין, הרי שזכה בו בשביל המזמין, וא"כ עבד עם ממון המזמין עצמו, ולכן הוא נחשב כפועל של המזמין, אבל אם לא עשה קניין בהפקר, אזי אף שהמזמין ביקש ממנו לעבוד ואמר לו שכך עלי, אבל למעשה לא עבד עם דבר כלשהוא של המזמין, ולכן אינו נחשב כפועל של המזמין כלל. בדומה לזה ביאר רש"י (ד"ה בשל הפקר), שכשעושה בשל הפקר, כיון שאינו עובד בחפץ של המעסיק והפועל יכול לזכות בחפץ לעצמו, לכן יכול המעסיק לומר לו טול מה שעשית.

והנה הנת' הקשה על הרא"ש מהדין השני הנ"ל, שהרי "בסימן של" מבואר דאפילו בציוה לו לעשות דבר של הפקר ואמר שכך עלי חייב לשלם ואינו יכול לומר טול מה שעשית בשכרך", והיינו שפועל שעבד עם חומרים שלו לא גרע מפועל שעבד עם חומרים של הפקר, שהדין הוא שהמזמין חייב לשלם לו כדין פועל רגיל ולא רק מדין מזיק בגרמי. והנת' יישב "הכא מיירי שלא אמר לו שיעשה בתורת שכירות, רק שאמר לו שאחר שיעשהו לעצמו יקנהו ממנו בתורת קנין לפי שוויו, דאז לא נעשה שלוחו להתחייב תיכף". גם החזו"א הקשה על הרא"ש מהסוגיא הנ"ל, אלא שהקשה מהדין הראשון, שמדוע נגרע הקבלן שעובד בחומרים שלו מפועל שעובד בחומרים של אדם זר, ויישב בדומה לנת': "וצ"ל דכשאמר לו ואני אקחנו ממך אין דעתו להתחייב מדין שוכר פועל אלא הבטחה שיקח".

ונמצא שיש מחלו' לדינא בין המהר"א שישוין לבין הנת' והחזו"א, שלפי המהר"א שישוין בכל אופן שהקבלן השתמש בחומרים שלו הוא אינו נחשב כפועל אלא כמוכר, ולפי הנת' והחזו"א רק אם בנוסף לזה שהשתמש בחומרים משל עצמו גם השתמע מדברי המזמין שאינו מתכוון לשכור את הקבלן כפועל אלא רק לקנות ממנו, אז אינו נחשב כפועל.

ולענין קושיות הנת' והחזו"א על ההבנה הפשוטה ברא"ש [וכמו שהבין בו המהר"א שישוין] שבכל אופן שעבד עם חומרים משלו הוא אינו נחשב כפועל, הנה באמת היה נראה שכלל אין קושיה מהדינים שהביאו, ואדרבה, דין הרא"ש דומה ממש לדין השלישי הנ"ל בביקש מהפועל לשמור על הפקר, שאף שהמעסיק ביקש ממנו לעבוד, אבל כיון שלא עבד אצלו ולא הנהנה אותו אינו נחשב כפועל שלו, וא"כ ה"ה בנידון הרא"ש שלא עבד עם דבר כלשהוא של המזמין ולא הנהנה שום אדם שאינו נחשב כפועל של המזמין. וכ"ש לפי רש"י שהחפץ שהפועל עבד איתו הוא תחת ידו, שוודאי יכול לומר לו טול מה שעשית. גם המלוואי משפט (שם) התקשה מאוד בקושיות הנת'. ומה שהקשה הנת' מדין פועל שליקט בהפקר שהוא נחשב כפועל, שם הרי יש טעם מיוחד להחשיבו כפועל, והוא בגלל מה שכתב הסמ"ע שהפועל קונה את ההפקר עבור המעסיק והוא עובד בממון המעסיק ממש, משא"כ בנידון הרא"ש שהוא עובד עם חומרים משל עצמו שאינם שייכים לל המזמין, א"כ נמצא שלא עבד כלל אצל המזמין. ולכן נראה לומר בהכרח, שמה שכתב הנת' שהוא נחשב כפועל, היינו דווקא בדומה לליקט בדבר הפקר, והיינו שהקבלן קנה חומרים במיוחד עבור המזמין, וכיון שהוא קנה את החומרים עבור המזמין וזיכה למזמין את החומרים, לכן נחשב שהוא עבד עבור המזמין, אבל לולא זה גם לנת' הוא נידון כמוכר, וכמו שכתבנו בדין הבא. אכן גם אם דברי הנת' מתבארים בזה, אבל עדיין צ"ע מה שפי' כך גם ברא"ש, כי ברא"ש אין רמז לחילוק כזה.

וא"כ הבית נידון כמטלטלים (לגבי איזה קנין מועיל ולגבי אם שייך דיני גזילה ואונאה וכו'). ומעתה, לדעת הש"ך פשוט שקבלן שנשכר לבנות בית בקרקע דינו כפועל, שהרי הוא משפר את הקרקע של המזמין, וכיון שהקרקע אינה בבעלותו של הקבלן, לכן א"א לומר שהקבלן מוכר לו את הבית, כיון שהבית אינו עומד לעצמו, וזה דומה למש"כ כשהאומן מוסיף חלקים שלו כדי לתקן את החפץ של המזמין.

אמנם לפי המג"א הסובר שיש לבית דין של תלוש ולבסוף חיברו והוא נידון כמטלטלים, יש להסתפק אם מסתכלים על הבנייה כאילו הוא בונה בתלוש אלא שהבנייה מחוברת לקרקע, או שנאמר שכיון שסוכ"ס המציאות היא שהבניין מחובר לקרקע והקרקע היא חלק מהבניין, לכן נחשב שהקרקע עצמה משתבחת.

והנה בשו"ת תשורת שי (תנינא, נז) דן באדם ששכר קבלן לבנות לו בית ואח"כ חזר בו, והוא נטה לדון את המזמין כמי שעשה הזמנה לקנות מהאומן את החומרים ונוסף גם שכר אותו להיות הפועל שלו, אלא שטען שכיון שהקניין בחומרים אינו תופס כיון שהם דשלב"ל, לכן גם השכירות פועלים בטילה, וז"ל "ואם מטלטלין הנצרך לבנין לא נקנה גם הפועל לא נקנה". עכ"פ רואים שנטה לומר שהפועל אינו נידון כמוכר אלא לגבי החומרים, אבל לגבי העבודה הוא נחשב כפועל, (וזה שלא כמו שהבין המשפטי חושן (ציון במשפט ס"ק תמא)), ואף שהתשורת שי כתב כמסתפק אם דנים אותו כפועל על העבודה, מ"מ המהר"ש"ם (ז, קלא) פסק כך להדיא, כי כתב "לענ"ד בשינוי קניית העצים ואבנים בודאי איכא טענת אונאה, כי אפשר לשום ע"פ בקיאים, אבל בהעמדת הבנין י"ל כדברי ר"מ (שאין בו דין אונאה)", וכע"ז הבין העמודי אור (ס"ק קז, ז. הובא בפת"ש רכז, כו) שיש אונאה בחומרים ועל השכר עבור הבנייה הדין תלוי בספק אם יש אונאה בקבלן שעובד במחובר (גם הוא מכריע שם כמו הש"ך נגד המג"א).

והסברא בזה היא, שאף שהבית עצמו נידון כמטלטלים, אבל סוכ"ס העבודה היא בשטחו של בעל הקרקע, והקרקע משתבחת מהעבודה, ולכן רואים את העבודה כעבודה אצל המזמין ויש לקבלן דין פועל רגיל.

אמנם, אם מיישמו הזמין סוכה אצל נגר שמשתמש בחומרים שלו, והנגר רק צריך לתת את החלקים למזמין והמזמין מרכיב אותם לבד, אזי לפי המהר"א שישוין בוודאי יהיה לו דין מוכר, וגם לפי החזו"א והנת' שבדין הבא בד"כ יהיה כן, כי בד"כ המשמעות הוא שהנגר מוכר לו סוכה. ואפ"י במקרה שחלק מעבודת הנגר הוא להעמיד אותה בפעם הראשונה בחצירו של המזמין, אבל אחרי סוכות המזמין מוריד את הסוכה בעצמו, גם בזה היה נראה שאינו דומה לבית, כי בית הוא דבר קבוע ואפשר להתייחס לעבודת הקבלן כעבודה בקרקע של המזמין, אבל בסוכה שאינה אמורה לישראל מחוברת באופן קבוע, נראה שיש לנגר שתי עבודות, עבודה של הכנת סוכה שהיא עבודה בתלוש, ועבודה שנייה של הרכבה פעם ראשונה, ובחלק הראשון המהר"א שישוין יסבור שהוא מוכר. וב"ה מצאתי שכ"כ הגר"ש רוזנברג (הישר והטוב ד, עמ' מא) שהחלק של הכנת הסוכה ודאי יש לו דין מוכר, ורק בחלק של ההרכבה הוא טען שתלוי במח' המהר"ש"ם והתשורת שי שהבאנו לעיל.

8. זו דעת המהר"א שישוין הנ"ל, והיות שדבריו הובאו בקצו' הנ"ל וברע"א (שלט, ו, בלשון "י"ל דהוי כמכירה"), נראה שהם סוברים כמותו לדינא, והערה"ש (שלט, ז) פסק להדיא כמותו וגם ביאר (שלג, כח) את תשו' הרא"ש כמותו. גם הח"ח (אהבת חסד פ"י נתיב החסד ס"ק ד) הביא את ראיית המהר"א שישוין מהגמ' הנ"ל ופסק כמותו אף שלא הביאו.

9. הנתיה"מ (שלג, טו) והחזו"א (ב"ק כג, לה) הקשו על הרא"ש מסוגיית הגמ' (ב"מ קיא, א) שנפסקה בשו"ע (סי' שלו) בדין פועל שהתבקש לעבוד שלא אצל מי שהזמין, וכדי להבין את הדברים נביא תמצית הדינים שם. הדין הראשון (שו"ע סעי' א): "אם שכרו לעשות בשל חבירו סתם [היינו שהפועל ידע שהשדה של חבירו], יכול לומר טול מה שעשית בשכרך, ואם אמר ליה שכרך עלי, אינו יכול לומר לו כן". עוד מבואר שם (סעי' ב'): "השוכר את הפועל... ללקט לו דבר של הפקר, אינו יכול לומר לו טול מה שעשית בשכרך", והטעם מבו' בסמ"ע (סק"ח) וז"ל: "דמידי שהגביהו מן הארץ כאילו הגביהו רבו ונבא לרשותו דמי... דידי כיד רבו דמי". והדין השלישי (סעי' ג'): "שכרו לשמור לו דבר של הפקר, יכול לומר לו טול מה שעשית בשכרך,

6. אכן בהזמנת ספר תורה מסופר, כיון שעיקר המצוה הוא לכתוב ס"ת בעצמו או ע"י פועל ולא לקנות ס"ת מוכן, ובסתמא דעתו של המזמין היא לשכור את הסופר כפועל על גוף הכתיבה, לכן קניית הקלף של הסופר היא

#### צינים והערות

בדר"כ, אזי המזמין קונה את הקלף והסופר הוא שליחו, כמב' בשו"ע (קפג, ג) שהמוכר מתכוון להקנות לבעל הממון. ורק אם הסופר היה לו קלף מלפני ההזמנה, אז היה עדיף אם המזמין יעשה קניין כנ"ל, ואם לא יעשה כן, לאלו הסוברים שבכל דבר מצווה השאירו חכמים את הקניין על דין התורה שמעות קונות (בס' קצט סעי' ג הביא כן הרמ"א לגבי קידוש בליל שבת, והקצ' (שם, ב) כתב שה"ה חלה לשבת), יהיה די במה שהמזמין משלם לסופר, אבל היות שהדין הזה תלוי במחלו, לכן עדיף שיקנה הסופר את הקלף למזמין, וכמו שנפסק באה"ע"ז (קכ, א) לגבי גט (ובכ"י יצאו גם לפי הרמב"ן שם שמשמע מלשונו שרק גבי גט יש תקנת חז"ל שהגט שייך לבעל בלי מעשה קניין).

ולפי המנהג הפשוט שהסופר קונה את הקלף עבור המזמין, הרי הסופר הוא שומר שכר על הקלף (וכמו כל אומן), וא"כ יצא שמעיקר הדין היה אמור להיות פטור באונסים שיקרו לקלף, אכן למעשה צ"ע בזה, כי מסתבר שיש אומדן דעת ברור שכוון שהקלף נמצא זמן ארוך אצל הסופר, הוא מקבל ע"ע חיובי אונס. וצ"ע אם אומרים את כל האומדנא הנ"ל באנשים שלא יודעים שעיקר המצוה הוא שהסופר יהיה פועל של המזמין, ולמעשה, היום מצוי אצל הסופרים נוסח של חוזה שכתוב בו במפורש שהסופר הוא עובד של המזמין.

13. האבני חושן (ס"ס שלט) חידש שבדבר כמו כתובה או גט לא שייך לומר שהאומן עושה לעצמו ומוכר שטר מוכן, כיון שאין לשטר שום ערך עבור הסופר בעצמו, "דאין בו גזל משום דלא שוה מידי לסופר", וא"כ אינו יכול למוכרו למזמין. אמנם, לכאורה דבריו הם כשיטת הנתיה"מ (קמח, א) שמי שהזיק חפץ ששווה כסף רק עבור בעליו אינו חייב לשלם, כיון שאינו יכול למכרו תמורת כסף, אבל הרבה חולקים על הנתיה, וביניהם החזו"א (ב"ק ו, ג) והקה"י (ב"ק לט).

בדומה לאבני חושן טען גם החשן אהרן (שלט, ו) מטעם אחר, שמתי אפשר לומר שהאומן מוכר למזמין את החפץ שהושבח, דווקא אם החפץ עצמו הושבח, אבל בדבר כמו גט וכתובה שאי אפשר לומר שהחפץ עצמו הושבח, כיון שלכל העולם חוץ מהמזמין מדובר בנייר שרק התקלקל ע"י הסופר, א"א להגדיר את התשלום של המזמין כתשלום עבור החפץ שהושבח, וע"כ צריכים להגדיר את התשלום כתשלום עבור העבודה ואת ההסכם שביניהם כשכירות פועלים. והחש"א טען שבכה"ג אם השטר עצמו היה שייך למזמין, לא היה שייך לומר 'אומן קונה בשבח כלי', כיון שאין שבח בעצם הכלי, והחלק הזה כתב גם הספר יהושע (סי' צה) שבגט לא שייך לומר על הסופר 'אומן קונה בשבח כלי', כיון שאינו שבח לסופר ולרוב העולם. ובכך יישבו המפרשים האלו את קושיית הפנ"י (גיטין כ, א ד"ה אמר ליה), שהקשה על מ"ד אומן קונה בשבח כלי, איך אפשר לחשו"ו לכתוב גט (כמש"כ במשנה גיטין כב, א), והרי הם אינם יכולים להקנות אח"כ את השבח לבעל, והגט חייב להיות שייך לבעל, והמפרשים האלו יישבו, שאפ"י מי שסובר שאומן קונה מודה שבכתיבת גט לא אומרים אומן קונה בשבח כלי כיון שאינו שבח לסופר ולרוב העולם (וכן יישב הברוך טעם בהגהותיו לפני הנ"ל).

אמנם יש להעיר על החושן אהרן, הגם שמהר"א ששון הוכיח את שיטתו מסוגיית אומן קונה בשבח כלי [שהגמ' אומרת שאם הוא קונה זה נידון כמכר, וכתב מהר"א שבוודאי שכ"ה באופן שהאומן משתמש רק בחפצים שלו], וא"כ היה נראה קצת שבאופן שאינו קונה גם לא אומרים שהפועל הוא מוכר וכמו שהבין החושן אהרן, אכן בכ"ז ניתן לחלק ביניהם ולומר, שגם הסוברים שבכתובה וגט אין האומן יכול לקנות בשבח וכן"ל, בכ"ז יכולים להחשיב את הסופר הכותב על נייר שלו כמוכר, כי יתכן שכל מה שאמרו שהסופר אין לו קניין בשטר, היינו דווקא כשהשטר עצמו שייך לבעל, שאז כיון שגם השטר אינו שייך לסופר וגם לא הושבח ע"י, לכן א"א לומר שהאומן יש לו קניין של 'אומן קונה בשבח כלי', אבל אם הסופר כתב על שטר שלו, שבוודאי בסוף אפשר להחשיב את העסק שביניהם כמכר לכה"פ על השטר עצמו, א"כ אפשר להחשיב את כל התשלום של הבעל שהוא עבור השטר שעבורו הושבח, והיינו שמחיר השטר עצמו עלה עבור המזמין לאחר שהותאם לדרישותיו, ולכן שייך להחשיב את מלוא התשלום כדמי מוכר, וא"כ שוב א"א להוכיח שהמפרשים שיישבו את קושיית הפנ"י שהסופר אינו קונה בשבח שיחלקו על מהר"א ששון, [ומהר"א ששון עצמו לא כתב ששני המקרים שוים לגמרי, אלא למד נידון דין מק"ו מהה"א שאומן קונה].

14. התשובה של מהר"א ששון הנ"ל הייתה אודות סופר שכתב כתובה "כתובה וחתומה", והיינו שדיבר להדיא בדבר שאין לו ערך עבור מישהו אחר (וא"א לדחות

ומה שהקשה החזו"א מדין הראהו לעבוד אצל חבירו גם אינו קשה על המהר"א, כי בהראהו אצל חבירו הרי ביאר הרשב"א הטעם שהוא בגלל שהמעסיק מתחייב תמורת שהקבלן מהנה את חבירו שזה "כאלו נהנה הוא ממנו וה"ל כעין דין ערב", אבל בנידון הרא"ש שהקבלן לא הנהה שום אדם אין טעם לחייב את המזמין [וכמו בערב שאינו יכול להתחייב אם המלווה ילווה לעצמו].

[ואף שבדין שכרו לשמור על הפקר משמע מדברי הפוסקים (ראה סמ"ע סק"י וט"ז ס"ג) שאין שום חיוב על המעסיק, ולפי הרא"ש היה אמור להיות מזיק מדינא דגרמי שהרי הזיק פעולתו (ראה הלחן דין 10), אין זו טענה, שהרי שם מדובר (וכמש"כ הסמ"ע והט"ז) שהפועל ידע שעובד בהפקר, ובהפקר לא היה לו לסמוך על המעסיק (וכ"כ התורת חיים ב"מ קיה, א להדיא), אבל כאן שלא עבד בהפקר אין סברא זו]. ואין לומר שהנתיה והחזו"א הבינו ברא"ש שהקבלן השתמש בחומר של המזמין, כי א"כ לא היה להם להקשות מהסוגיא הנ"ל [שמדברת במי שעבד שלא אצל המעסיק עצמו], אלא מעצם דין שכירות פועלים שאחר שהתחיל במלאכה חייב המעסיק בשכרו משלם. ועוד שהרי כתב הסמ"ע (שלג, ל) שמדויק מהרא"ש שהקבלן צריך לטרוח במכירת החפץ, וכתב הש"ך (סקמ"א) שזה בגלל שהקבלן השתמש בחמרים משלו.

בספר מעשה אומן (עמו' רעט) כתב של"צ לומר שיש מחלוקת בין המהר"א ששון לנתיה והחזו"א, והנתיה והחזו"א דיברו באופן שהמזמין הבטיח לשלם על החפץ, ולכן צריך שיהיה משמע מדבריו שאינו מתכוון לשלם כמעסיק אלא כקונה, אבל "בנידון מוהר"א ששון שלא אמר שום הבטחה שיקחנו אלא שהמזמין כתובה אצל סופר", בזה כיון שלא הבטיח שישלם אינו נידון כלל כמעסיק. אכן לא הבנתו דבריו, כי ממ"ג, אם היה מובן ביניהם שיקח וישלם, א"כ למה זה שלא פירש כך להדיא גורם שייחשב יותר מוכר מפועל, ומה זה שונה מפירש להדיא, ואם לא היה מובן ביניהם שיקח וישלם בסוף, א"כ גם אינו מזיק בגרמי, כי כדי שיהיה גרמי צריך שיהא ברור שהאומן סמך על המזמין כמב' בשו"ע (שו, ו) לגבי מראה דינר לאומן, ולמה חייבו הרא"ש לשלם מטעם גרמי? ועוד, שכל שלא קבעו מחיר על החפץ, לא יתכן שיהיה בזה דין של מכר, וכמב' בשו"ע (ר, ז): "אין הרשות קונה ולא הכלי ולא משיכה ולא הגבהה, אא"כ פסק תחלה המדה בכך וכך, אבל כל זמן שלא פסק אין לו שום צד שיקנה בו, דכל זמן שלא פסק לא סמכה דעת שניהם, שמא לא יסכימו על הסכום", (ולא נראה שהיה מחיר קבוע לכתובה), וא"כ אם הרא"ש חייב את החוזר בו מהסכם המכר משום דין גרמי, בהכרח שמדובר שקבעו ביניהם מחיר, וא"כ איך אפשר לומר שהוא מדבר כשהמזמין לא הבטיח לקנות, והרי אפילו קבעו ביניהם מחיר. ואם המהר"א ששון פסק שהמזמין חייב משום גרמי, בהכרח שהיה ברור שהמזמין יקחהו וישלם עליו, וא"כ אין שום הבדל בין נידון המהר"א לבין נידון הנתיה והחזו"א.

10. באופן השני פשוט שגם מהר"א ששון יסכים שהוא פועל, כיון שהוא מזכה את החומרים למזמין ונמצא שעבד בשל המזמין. וכן יש להוכיח מהנתיה הנ"ל, כיון שהשווה קבלן שעבד בחומרים של עצמו למי ששכר פועל ללקט לו דבר של הפקר שהוא נחשב פועל, וכיון ששם הסברא היא שהמלקט זוכה למעסיק, א"כ בהכרח שהנתיה דיבר כשהקבלן קנה חומרים עבור המזמין. ולפנ"י בודאי שהדין כך רק באופן שהאחריות על החומרים היא של המזמין, וכמו במלקט דבר של הפקר שהפועל זוכה בהם בשביל המזמין, אבל באופן שהחומרים נשארים באחריות הקבלן, וכמו בקייטרינג שהאוכל עצמו הוא באחריות הקייטרינג, א"א לומר שהקבלן זיכה את האוכל למזמין, וא"כ אין זה נחשב שעבד אצל המזמין. וכע"ז כ"כ בספר משפט שלמה (ח"ב נתיב כ).

11. וכן נהגו שהמזמין משלם מראש עבור הקלף, ואזי אם הסופר הלך וקנה אח"כ קלף אפילו בסתם הקלף הוא של המזמין וכמש"כ השו"ע (קפג, ג), ומטעם שהמוכר הקנה את הקלף לבעל הממון. ואם היה לסופר קלף משל עצמו מלפני ששילם המזמין, צריך המזמין [ומומלץ למזמין לדרוש כך מהסופר] לעשות מעשה קניין על הקלף, או שהסופר יזכה לו ע"י אחר.

12. הגר"ש רזנוברג (שם, עמ' מג) הסתפק בזה, והשו"ת משאת משה (ג, כה) פסק כן "ובאמת ממקומו מוכרע, דהרי הקונה ס"ת כחוטף מצוה מן השוק דמי, ועיקר מצותו אינו אלא בכותב לעצמו או שוכר סופר לכתובתו, אלמא כשהוא נכתב סתמא כשכירות בעי מהו ולא כמכר". אלא ששני הפוסקים האלו לא ביארו כלל איך יחשב שהסופר פועל עבור המזמין, שהרי כל החומרים הם שלו. ואם המזמין משלם בנפרד עבור הקלף ואח"כ הסופר קונה קלף עבורו - וכפי הנהוג



8. אחת מהנפק"מ אם דנים את הקבלן כפועל או כמוכר היא, אם מזמין הדבר רוצה לחזור בו אחרי שהקבלן סיים לייצר אותו<sup>15</sup>, וכגון 'חייט' שהכין חליפה [מחומרים של] והמזמין חזר בו, שאם דינו של החייט הוא כפועל, אזי כיון שכבר עשה את העבודה שהתבקש לעשות, לכן החליפה שייכת כבר למזמין ואין שום משמעות למה שחזר בו, ואם אינו משלם הוא גזלן גמור ככל כובש שכר שכיר<sup>16</sup>, והמזמין אינו יכול לטעון לחייט שימכור את החליפה למישהו אחר<sup>17</sup>, אבל אם דינו של החייט הוא כמוכר, אזי כיון שהחליפה עדיין לא שייכת למזמין הוא לא חייב לקנות אותה<sup>18</sup>, והוא יכול לטעון לחייט שינסה למכור את החליפה למישהו אחר<sup>19</sup>. אלא שבד"כ אסור לו לחזור מדיבורו משום מחוסר אמנה<sup>20</sup>, [אף

שאם חזר בו יש תוקף לחזרתו].

9. בנידון האמור, בקבלן שנידון כמוכר והמזמין חזר בו, אם הקבלן לא הצליח למכור את החפץ לאחר באותו מחיר, וכגון נגר שהזמינו ממנו ארון ולא הצליח למכור את הארון למישהו אחר, חייב המזמין לשלם לו את הפסדיו מדין 'מזיק בגרמי'<sup>21</sup>, והיינו כל ההוצאות שהיו לנגר - חומרי הגלם והעלויות הישירות של העבודה, וכגון ההובלה של העץ ושכר הפועלים שעבדו בזה<sup>22</sup>.

10. ונחלקו הפוסקים אם באופן זה המזמין חייב גם בשכר פעולתו של הקבלן (והיינו שכר העבודה עצמה בניכוי ההוצאות). לדעת כמה פוסקים המזמין חייב לשלם לקבלן את כל השכר שהבטיח לו מתחילה<sup>23</sup>, ויש מי שאומר שהוא חייב לשלם רק כמה שפועלים רגילים לוקחים על «המשך בעמ' 8

ציונים והערות

שיעשה כל אדם סעודה ויאכיל לרעיו או יחלק מעות לשמשין ולחזנין וכיוצא בהן, ועשה כדרך שעושים כל העם, וחזרה בה, משלמת הכל, שהרי גרמה לו לאבד ממון<sup>24</sup>, והראב"ד חלק וכתב "כללו של דבר, אבוד ממון שבעל הממון עושה אותו, אעפ"י שגרם לו זה פטור". והוסיף רע"א, שלפי מה שיישב מה"ה את הרמב"ם מקושיית הראב"ד, גם הרמב"ם יודה בנידונו שהמזמין צריך להיות פטור, כיון שהאומן התכוון להרוויח. ויישב רע"א, שהרמב"ם והראב"ד נחלקו רק אם זה שהפסיד החליט מעצמו להוציא הוצאות, וכמו בחתן שעשה סעודת אירוסין כשהכלה לא ביקשה זאת ממנו, אבל אם זה שהזיק אמר לניזק להוציא את הוצאות וכמו בנידונו, לכו"ע יהיה חייב לשלם אם אח"כ יחזור בו.

ולכא' התירוץ דחוק, כיון שבנידון הרמב"ם עשה החתן מה שהיה נהוג לעשות, וא"כ למה לא ייחשב כאילו אמרה לו לעשות כן, כיון שבד"כ כשיש מנהג נחשב כאילו דיברו ע"ז להדיא? ובאמת ישנם הרבה תירוצים ליישב את הרמב"ם מקושיית הראב"ד (עיין אוצר הפוסקים (ג, ג עמ' פג-דד)), ולפי חלק מהתירוצים מתיישב דין הרא"ש לכה"פ עם דעת הרמב"ם שהשו"ע (אהע"ז ג, ג) פסק כמותו.

ובנידון מתי נעשית פעולת ההיזק של המזמין, אם בשעת ההזמנה או בשעת החזרה, מבואר בט"ז (ג, ה) וז"ל: "כאן בשעת שהיזק מורגש, דהיינו במה שגרם לו הוצאות, הוא הגורם ההיזק, דאז בחזרתו נעשה היזק, דמתחילה שהיה סבר שלא יחזור בו היה ניחא ליה באותן הוצאות ולא היה נקרא היזק, אלא בשעה שחוזר אז מתחיל ההיזק, ואותה השעה הוא חוזר, ועקימת שפתיו במה שחוזר הו"ל מעשה והוא כמו בידים", והשער משפט (שפ, א) והאור שמח (זכיה ו, כד) כיוונו להט"ז (אבל האבן האזל ביאר את הרמב"ם הנ"ל קצת אחרת (שהוא צירוף של ערבות ומזיק)).

22. כ"פ השו"ע (רלב, כא) במי שמכר לחבירו זרעונים כשידע שלא יצמחו והקונה ישקיע לזרעם לחינם, שהמוכר חייב לשלם לקונה את עלות ההובלה מדין גרמי (כמבואר ברמב"ם וראב"ד הנ"ל וכמש"כ הגר"א שם ס"ק לה), וז"ל השו"ע: "ואם היה המוכר יודע בממכרו שהיה בו מום, חייב בהוצאות שהוציא הלוקח להוליך אותו למקום פלוני", וזה היה הנידון של רע"א (תשו' קלד), ופסק וז"ל "יש לומר דצריכים לשלם להמוכר הוצאת נסיעת ההבאת פירות מדינא דגרמי, כמו שכתב הרא"ש בתשו' ופסקינון כן להלכה (בס"י של"ג ס"ח), דהאומר עשה כלי פלוני ואקנה ממך, והאומן עשה הכלי וחזר בו, חייב, והיינו מדינא דגרמי".

ומש"כ שחייב גם בשכר הפועלים שעבדו בזה, היינו מכיון שזה דומה להובלה, וכן הוא להדיא בבית מאיר (תשו' יז) שהמזמין חייב משום גרמי לשלם לספן את השעות הנוספות שהוכרח הספן לשלם לפועליו בגלל שהמזמין איחר לפרק את הסחורה שלו. וצ"ע מה הדין לגבי שכר הפועלים שעובדים קבוע, אבל לולא עבודה זו הייתה לו עבודה אחרת לתת להם. וזה פשוט שאם היה יכול לפטר אותם או לתת להם פחות שעות, זה ודאי בכלל ההוצאות שהמזמין חייב לשלם ע"ז מדין גרמי, וזה ממש המקרה של הבית מאיר הנ"ל, וגם פשוט שלפי הפרישה והמשמעות של התשו' הרא"ש שהמזמין צריך לשלם לקבלן את מה שהיה יכול להרוויח מעבודה אחרת (ראה בדין הבא), א"כ ה"ה אם הקבלן היה נתון לפועלים שלו עבודה אחרת שהמזמין חייב לשלם גם את שכר הפועלים, ומה שיש להסתפק הוא רק לאלו הסוברים בדין הבא שגם באופן שהקבלן הפסיד עבודה אחרת מ"מ אינו צריך לשלם לו את כל שכרו.

23. הבאנו לעיל את לשונו של הרא"ש שהמזמין צריך לשלם לאומן את כל הפסדו, ויש לעיין האם כל הפסדו כולל גם את הסכום שהקבלן היה אמור להרוויח אם המזמין לא היה חוזר בו, או שזה כולל רק את ההוצאות שהלכו לאיבוד. ולכא' היה נראה בפשטות שמוכח ברא"ש עצמו שהמזמין חייב לשלם את השכר, שהרי הרא"ש השווה את הדין לדין 'הלכו חמירין', והיינו מי ששכר פועלים שבסוף לא יכלו לעשות

שהייתה כתובה בלי שמות כמו שהציעו האור אפרים והמעשה אומן (עמ' רפ), כיון שאם חותמים כשאינן שמות השטר פסול לגמרי, וע"כ שהשמות היו כתובים בכתובה, ובכ"ז הוא פסק שיש לו דין של מוכר, וא"כ להדיא שהמהר"א ששון אינו סובר מש"כ האבני חושן והחושן אהרן בשיטתו.

ויש להוכיח עוד שלא כהאבני חושן והחושן אהרן מהדין שפסק הרמ"א (אהע"ז כ, ב, ומובא בב"י שם) "גזל גט, כגון שכתב לו הסופר גט וגזלו ממנו ולא פרע לו וגירש בו, לא הוי מגורשת", ופשטות הלשון מורה שהסופר כתב את הגט על נייר של עצמו עבור הבעל, וכ"כ הגט פשוט (ס"ק ט) שמדובר "כשכתב הסופר הגט בקלף והדיו שלו", ומשמע ברור שהבעל צריך לשלם את כל המחיר של השטר המוכן, ואם אינו משלם הוא נחשב גזלן, ומעתה, אם כדברי האבני חושן כלל לא שייך בזה גזל, ואם כדברי החושן אהרן, כיון שדנים את הסופר כפועל של הבעל, א"כ הגט שייך לבעל והחוב של שכר הפעולה הוא חוב צדדי בעלמא, ומזה שהב"י והרמ"א כתבו שהוא גזלן, מוכח שהגט שייך לסופר ולכן אם לקחו הבעל בלי לשלם הוא גזלן. (ואין לומר שהוא גזלן רק על דמי השטר עצמו, כיון שזה שווה מעט מאוד (כותבים על נייר), וגם שאם כן, כיון שהשכר עצמו שייך לבעל ישלם כמה פרוטות על השטר והאשה תהיה מגורשת).

יש להוסיף שהפנ"י עצמו, וכן כל המתרצים את קושייתו שלא כפי התירוץ של החושן אהרן - וכמו הקצ' (שו, ד), יכולים בוודאי להסכים למהר"א ששון, כיון שסוברים ששייך אומן קונה גם בכתבת גט. בנוסף, הגט פשוט (שם) כתב שאפילו במקרה שהסופר כתב על הנייר של הבעל והבעל לא שילם, שהדין אם להחשיב זאת כגזל תלוי במחלו' אם פוסקים שאומן קונה בשבח כלי, ובהכרח סובר כמהר"א ששון שיש דין מכר אפילו כשאין לזה ערך אלא למזמין. ואפשר להוכיח כן גם מהתורת גיטין (שם), כי חלק על הג"פ בגלל סיבה צדדית שלפי דעתו גורמת לכך שלא אומרים אומן קונה, אבל לא מטעם שאי אפשר לקנות אם אינו שבח עבור עצמו. וכן יש להוכיח מהשו"ת בית אפרים (אהע"ז ס"י קיז) שחלק עליו בזה והסכים לג"פ, וא"כ רואים מפורש שגם בכה"ג סוברים שנחשב שבח ששייך שיהיה של הסופר, ואח"כ הוא מוכר את השבח למזמין ושייך הדין של המהר"א ששון אפילו בדבר שאין לו ערך אלא למזמין.

15. הנפ"מ הזאת היא נידון הרא"ש שהבאנו לעיל (הערה 3) שהוא מקור הדין הזה. 16. כמו כל פועל שהמזמין אינו יכול לחזור בו אחר שסיים את מלאכתו, וכמב' בשו"ע (שלה, ב) "השוכר את הפועל להביא לו שליחות ממקום למקום והלך ולא מצא שם מה שביא, נותן לו שכרו משלם. הגה: דהרי כבר עשה שליח שליחותו", וכן אח"כ (שלה, ג) "שכרו להביא תפוחים לחולה והלך והביא, ומצאו שמת או שהביא, לא יאמר טול מה שהבאת בשכרך, אלא נותן לו כל שכרו".

17. כבכל שוכר פועל כמב' בשו"ע (שלו, א), והטעם משום שצריך לשלם לו מעות דווקא כמב' בסמ"ע (שם, ג).

18. כמב' להדיא בתשו' הרא"ש שרק אם הקבלן אינו מצליח למכור חייב המזמין, ולא משום פועל אלא משום גרמי.

19. כמב' בתשו' הרא"ש, ומה שכתבנו שטרחת המכירה מוטלת על המוכר, הוא פשוט מסברא, כיון שהחפץ הוא שלו, וכן דייק הפרישה מלשונו של הרא"ש, וכן פסקו הסמ"ע (שלה, ל) והש"ך (שלה, מא).

20. אבל אם סיבת החזרה היא שינוי במצבו של המזמין אבל עדיין אפשר לו לקנותו, אז הדין יהיה תלוי במחלוקת הפוסקים אם יש מחוסר אמנה בתרי תרעי, וע"ע בגלין<sup>51</sup>.

21. מפורש ברא"ש הנ"ל רע"א (תשו' קלד) שאל על הדין שזה נחשב גרמי, שלכא' זה אמור להיות תלוי במחלו' הרמב"ם והראב"ד (זכיה ו, כד) לענין כלה שביטלה שידוך אחרי האירוסין, שהרמב"ם פסק "הוורו רבותי, שאם היה מנהג המדינה

## דין חיובי שמירה בכרטיס 'רב קו' אנונימי או 'בולים' (דבר שאין גופו ממון) ודין 'שכחה' אם נחשבת כפשיעה בשמירה

### שאלה:

א. ראובן מסר לשמעון כרטיס 'רב קו' אנונימי טעון שיהיה שליח למסור את זה לאחיו לוי, אלא ששמעון איבד את הכרטיס בפשיעה. האם שמעון חייב לשלם לראובן את הכסף שהיה טעון ברב קו.  
 ב. ראובן ידע ששמעון מתכוון לנסוע מפריז לירושלים, וביקש משמעון שיעביר חבילה של אלף בולים צרפתיים [בשווי של כאלפיים אירו] עבור גיסו לוי שמתגורר בירושלים. שמעון הסכים והכניס את החבילה לתיק שלו. במשך הטיסה הניח שמעון את התיק מתחת למושב שלו בכדי שלא ייגנב, אלא שאחרי הנחיתה שכח לגמרי מהתיק וירד מהמטוס והשאירו שם, והבולים הלכו לאיבוד. האם שמעון חייב לשלם לראובן את שווי הבולים, או ששמעון יכול לטעון שהוא פטור כיון שהתנהג עם הבולים כמו שהתנהג עם החפצים שלו.

### הנושאים העומדים לדיון:

א. האם יש דיני שמירה בכרטיס רב קו או בבולים, שהרי הערך העצמי שלהם הוא לא כפי הכסף ששולם עליהם [וכשטרות שאין גופם ממון], והיינו שהכרטיס עצמו לא שווה הרבה, אלא הוא משמש לראיה שהמחזיק אותו שילם סכום פלוני בעד שירותי תחבורה, וכן הבולים עצמם אינם שווים כמעט כלום, אלא הם משמשים לראיה שהמחזיק אותם שילם עבור השירות של חברת הדואר. ב. אם נאמר שיש חיובי שמירה בנידונינו, האם צריך קנייני שמירה, ובפרט בציוור השני הנ"ל שהיה שליח, ואיזה קנייני שמירה מועילים מאחר שהחפצים עצמם אין להם ערך כל"ג. ג. במעשה של הבולים הנ"ל, איך דנים את שמעון ששכח את התיק במטוס, האם השכחה שלו נחשבת לפשיעה.

### תשובה:

א. אמנם אין דין שמירה בשטרות ובדבר שאין גופו ממון, אבל נחלקו הפוסקים אם לגבי פשיעה כן יש לו דין שומר, והרמ"א פסק שפטור גם מפשיעה [וכ"פ רוב הפוסקים], והש"ך פסק שהוא חייב בפשיעה. ב. הש"ך פסק שצריך קנייני שמירה, ויש להוכיח מדברי הפוסקים שגם בשליח צריך קניין, ואף שכאן מדובר בדבר שאין גופו ממון מ"מ מועיל בו קניין משיכה הרגיל. ג. הפוסקים נחלקו אם שכחה כמו שתיארנו נחשבת כפשיעה או לא.  
 ולכן למסקנא: לפע"ד אי אפשר לחייב את שמעון השומר, גם לגבי כרטיס הרב קו וגם לגבי הבולים, ואע"פ שאין חסרון מצד קנין השמירה, אבל לדעת הרמ"א ורוב הפוסקים אין כלל חיובי שמירה בדבר שאין גופו ממון ואפילו בפשיעה, וא"כ א"א להוציא ממון מהשומר נגד דעתם, ובפרט במעשה של הבולים ששם אפילו לפסק הש"ך שחייב בפשיעה, אבל עדיין הדין תלוי במחלוקת הפוסקים האם שכחתו נחשבת כפשיעה, וא"כ שמעון יכול לומר קים לי ולהיפטר. אמנם כיון שיש כמה שיטות המחייבות גם בכה"ג, לכן יש מקום לתת פיצוי כלשהו לראובן, וכן אם תפס הבעלים מממנו של שמעון לא נוציא ממנו.

### מקורות

#### א. דין שליח בחינם בדבר שאין גופו ממון

כל מי שמקבל על עצמו לשמור את חפצו של חברו ללא תשלום [שומר חנם], מתחייב לשלם לו את תמורתו אם החפץ יזוק בפשיעתו, וכן הוא בגמ' (ב"מ צ"ד ע"ב) ובטור ושו"ע (ח"מ ס' רצ"א ס"א).

כמו"כ מצאנו בכמה מקומות שדין שליח בחינם כדין שו"ח, שגם הוא מתחייב על הפשיעה ונפטר בגניבה ואבידה. וכן הוא ג"כ בשו"ע (ס' קפ"ז ס"א ובס' רצ"א ס"ב). לפי"ז לכאורה יצטרך שמעון השומר לשלם את מה שהפסיד לראובן בפשיעתו. אלא שמב' בגמ' (ב"מ נ"ח ע"א) "העבדים והשטרות והקרקעות וההקדשות, אין להן תשלומי כפל ולא תשלומי ארבעה וחמשה, שומר חנם אינו נשבע, ונושא שכר אינו משלם", והיינו שמיעטן התורה מדיני שמירה, ומב' בגמ' (שם נ"ז ע"ב) הטעם שיצאו שטרות מדיני שמירה, כי אע"פ שהם מטלטלין מ"מ אין גופן ממון, וכן נפסק בשו"ע (ס' ש"א ס"א).

ומבואר שהפטור בדיני שמירה בשטרות הוא מצד שאין גופן ממון. הפירוש של דבר שאין גופו ממון, הוא דבר שעל אף שהוא סחיר כשלעצמו, מ"מ כל שוויו אינו מחמת עצמו אלא מחמת שמשמש כראיה, וכמו בשטר. ואם כן יש לנו ללמוד ג"כ שכרטיס רב קו וכולם הם דבר שאין גופו ממון, כיון שאין זה חפץ המשמש לכשעצמו אלא הוא ראיה על התשלום עבור שירות כלשהוא, וכ"כ להדיא בשו"ת מהרש"ג (ח"ג סי' ק"ה) לגבי כרטיס נסיעה ברכבת שיש לו דין של שטרות שאין גופן ממון, ומהטעם הנ"ל שכל מהותו היא רק כשטר חוב על המדינה שמחויבים להוליכו ברכבת, וכ"כ בס' שמענתא דשומרים (פרק י"ג אות ג') לגבי בולים. ולפ"ז כמו ששטרות פטורים מדיני שמירה, כך נמי ראובן ייפטר מלהחזיר לשמעון דמי הרב קו או הבולים.

#### ב. האם שטרות נתמעטו גם מפשיעה

אלא שהגם שהתבאר ששטרות וכל דבר שאין גופו ממון נתמעטו מדיני שמירה, מ"מ מצאנו מחלוקת גדולה לענין חיוב על פשיעה, שהנה ז"ל השו"ע (סימן ש"א ס"א): "ג' דינים האמורים בתורה בד' שומרים, אינם לא בקרקעות ולא בעבדים ולא בשטרות ולא בנכסי עכו"ם ולא בהקדשות... וכן פטורים אף מפשיעה (והכי קי"ל), ויש מחייבים בפשיעה", והוא ע"פ מה שמבואר שם בב"י שרוב הראשונים (הרי"ף הרמב"ן הרשב"א והרא"ש) סוברים שהפטור בשטרות הוא גם כשהשומר פשע,

לעומת הרמב"ם והראב"ד שסוברים שחייבים כיון שפשיעה נחשב ממש כמו מזיק, ואין פטור של מזיק בשטרות.

וסיים הב"י, שמאחר שהרי"ף והרא"ש ושא"ד מסכימים לדעה א' הכי נקטינו, ומ"מ בשו"ע (שם ובס' ס"ו ס"מ) הביא ב' הדיעות, והרמ"א כתב שהעיקר שפטורים בפשיעה, אלא שהש"ך (ס' ס"ו ס"ק קכ"ו) וכ"כ לציין בס' ש"א סק"ג) האריך מאוד לפסוק כהרמב"ם וסיעתו (וצ"ע בסתירת הש"ך בזה ממ"ש בס' ש"ז סק"א, ובס' שמו"ס סק"ט, ע"ש). [הוספת העורך: ובפתיח חושן (פקדון ושאלה פרק א' ט"ז), ומה"מ ובהע"נ"א) הביא שדעת רוב הפוסקים כהכרעת הרמ"א [ובפרט בשטרות], ומ"מ הביא מהשער משפט שאם תפס הבעלים מממון השומר הוא יכול לטעון קים לי כדעת הש"ך ואין מוציאים ממנו].

#### ג. קנין בשומרים ובשליח בחיובי פשיעה

והנה גם לדעת הש"ך המחייב בפשיעה, עדיין יש לדון בדין קנייני השמירה של השומר על השטרות. שהנה מב' בשו"ע (ס' רצ"א ס"ה) "יש מי שאומר שמיד כשקבל השומר עליו לשמור או שאמר הנח לפני ונסתלקו הבעלים משמירה חייב עליו אם פשע אע"פ שלא משך, ויש מי שאומר שאינו חייב עד שימשוך, ובמקום שמישיכה קונה", והדעה הראשונה היא דעת הרא"ש (ב"מ פ"ו ס' ט"ז), והדעה השנייה היא דעת הרמב"ם (פ"ב מהל' שכירות ה"ח) ורש"י (ב"ק ע"ט ע"א), וכ' הש"ך (שם סק"ג) שנראה עיקר בש"ס כדעה השנייה שצריך משיכה.

ואף שבנידון דין מדובר בשליח, מ"מ לכאורה אי"ז שונה מדין שומר רגיל שלפסק הש"ך צריך קנין כדי להתחייב. אלא שראיתי בדברי גאונים (כלל צ"ה או ע') שכ' בשם שו"ת באר מים חיים (מוצירי ס' כ"ב) שאפ"ל למ"ד שאין שומר מתחייב בלי קנין, מ"מ שליח מתחייב אפ"ל בלי קנין.

אלא שלפע"ד דבריו אינם מוסכמים, שהרי השו"ע (ס' רצ"א ס"ב) כתב ש"מי שהיה מהלך בדרך וא"ל חברו הולך עמך אלו המנעלים, וא"ל הניחם כאן על החמור, והניחם שם ולא קבלם הנפקד בידו אלא כמו שהניחם המפקיד על החמור כך הולכים, ולא קשרם, והלך לו מן הצד להסך רגליו, והניח החמור על אם הדרך ונאבדו המנעלים, הוי ש"ח, והו"ל פושע וחייב לשלם", ומקור הדין הוא הרא"ש, והקשה שם הנת"ל על המחבר שכתב לחייב כהרא"ש, שבשלמא הרא"ש לשיטתו שסובר שאין צריך משיכה בשומרים, ממילא יש מקום לחייבו, אבל למחבר הנ"ל ששומר צריך משיכה, הרי בסיפור של המנעלים לא היה קנין, ע"ש בכל דבריו. ולפ"מ

הדברי גאונים אין מקום לקושי הנתי' כלל, שהרי שם מדובר בשליח, ובשליח לכו"ע אי"צ קנין, אע"כ שהנתי' חולק על הדברי גאונים הנ"ל. שור' בשור'ת באר מ"ח שהוא המקור לדברי הגאונים שהביא השור'ע של מנעלים כראייה לדבריו, ומבואר א"כ להדיא שלנתי' צריך משיכה גם בשליח וכו"ל.

ואין לומר שבנידון דידן שרוצים לחייב את שמעון מצד הפשיעה אזי אפי' לא היה קנין יש לחייבו, וזה עפ"מ"ש המגיה למשובב (ס' צ"ה) שכיון שסיבת החיוב בפשיעה בקרקעות ובשטרות היא מצד שהוא נחשב כמזיק, לכן לכו"ע אי"צ קנין כלל, שהרי שהקצ' והנתי' שם חלוקים עליו, וכן יש להוכיח שלא כדבריו מדברי הקצ' והנתי' במקו"א (קצ' ס' רצ"א סק"ה, נתי' ס' ש"א סק"א), והנתי' כתב הטעם, שפושע נחשב כמזיק רק במי שקיבל לשמור ופשע ולא שמו, אבל מי שאינו בתורת שומר כלל גם אינו נחשב מזיק, וכמב' בגמ' (ב"ק נ"ה ע"ב) שאפילו פורץ גדר לפני בהמת חבירו פטור, וכ"כ גם אבני נזר (או"ח ס' שכ"ו).

#### ד. קנין כתיבה ומסירה בשטרות

אחר שהעלנו שבנידון דידן גם לפי הש"ך שמחייב בפשיעה עדיין צריך קנין כדי להתחייב, יש לדון אם צריך קנין כתיבה ומסירה, שכיון שרוב קו ובולים הם דבר שאין גופו ממון, יש מקום לומר שאינם נקנים אלא בכתיבה ומסירה ולא במשיכה, וכדן כל 'אותיות' שנתבאר בגמ' (ב"ב ע"ו ע"א) ובשו"ע (ס' ס"ו ס"א) שאינם נקנים אלא בכתיבה ומסירה, והיינו שימסרם ויכתוב 'קני לך איהו וכל שעבודיה'. ולפי"ז כיון שראובן לא מסר לשמעון בכתיבה ומסירה, יש לפטור את שמעון לדעה שאינו מתחייב בלי קנין.

אלא שמצאנו בקצוה"ח (ס' רצ"א סק"ה) שהקשה על שיטת הסוברים שצריך קנין להתחייב בשמירה, למה צריך לימוד מיוחד מפסקו למעט את השטרות מחיוב שמירה, והרי מ"מ אינם נקנים אלא ע"י כו"מ"ם, ובשומרים לא שייך קנין זה. ועוד הק' על שיטת הסוברים הנ"ל ששומר שטרות חייב בפשיעה, והרי לא היה קנין.

ותי' הקצ' עפ"מ"ש במקו"א (ס' ס"ו סק"ט) בשם המהר"ם מלובלין לגבי שטר הפקר שאי"צ כתיבה לזכות בו כיון שלא נשאר למפקיר שום זכות בשטר [וע"ש בש"ך שתמה עליו], ע"ש בכל דבריו, ולפי"ז כתב הקצ' שא"כ גם בשומרים אי"צ כתיבה ודי במשיכה, אלא שסיים בצ"ע. הנתי' (שם סק"ב) כתב ליישב קושיות הקצ', שכשהשומר מושך את השטרות להתחייב בשמירתן כפי שיויך למכור, לזה ודאי די במשיכה רגילה, ע"ש בכל דבריו [וע"ש מה שהק' בזה המלואי חושן, וע"ע מה שתמה האמרי בינה (דיני הלואה ס' ס"ג אות י"ג) בהבנת הנתי'].

וע"י בערך ש"י (ס' רצ"א שם) ובס' דברי התורה (על ס' ס"ו סעי' מ') שכ' לתרץ קושיית הקצ' בדרכים אחרות, וכתבו שגם המחייבים משיכה בשומרים זה רק מדרבנן, אבל מדאורייתא כיון שנסתלקו הבעלים משמירה חייב השומר לכו"ע, והוסיף הערך ש"י, שבשטרות גם רבנן לא תיקנו משיכה כדי שיתחייב בשמירה, ע"ש בטעמו.

וא"כ נמצאנו למידים שלרוב האחרונים אי"צ כתיבה ומסירה כדי להתחייב בשומרים, וא"כ גם בנידוננו יהיה שמעון חייב כיון שעשה משיכה ודי בזה להתחייב על פשיעה [לדעת הש"ך], אלא שלפ"מ"ש הדברי התורה רק מדא"א צ"כומ"ס אבל מדרבנן גם בשומרים צריך כו"מ"ס.

#### ה. קנין כתיבה ומסירה ברב קו ובבולים

אכן בכרטיס רב קו [אנונימי] ובבולים יש לומר בפשטות שאי"צ כו"מ"ס, כי גם בשטרות כתב הרמ"א (ס' ס"ו ס"א) בשם התרומת הדשן שאם כתוב בשטר 'לך ולכל המוציא'ו הרי הוא נמכר במסירה לבד, וכ"פ שם התומים והנתי', וה"ה ברב קו ובבולים שכל המוציאם מקבל שירות. ואפי' להש"ך (שם סק"ט) שחלק ע"ז, היינו דוקא כשכתוב בשטר שם המלוה, אבל גם לשיטתו אם לא נכתב בשטר שם המלוה כלל אלא 'פלוגי נתחייב לכל מי שמוציא שטר זה', הרי זה נקנה במסירה לבד וכמו שכתב שם בסוף דבריו.

וגם לולא כל הנ"ל י"ל שבנידוננו בוודאי היה קנין, שהרי דרך המסחר בכרטיסי רב קו ובבולים אינה כלל בכומ"ס, וא"כ י"ל שוודאי הם נקנים במסירה בלבד ומצד קנין סיטומתא, ואע"פ שמצאנו בנתי' (ס' ר"א סק"א) שכתב שלא מצינו באותיות קנין סיטומתא וצריך דווקא כתיבה ומסירה ממש, מ"מ כבר כתב בשור'ת בית שלמה (ח"מ ס' ע') שזהו דווקא בשטר שנזכר בו שם המלוה, אבל אם לא נזכר בו שם המלוה מועיל בו קנין סיטומתא, ע"ש בכל דבריו.

נמצאנו למידים עד כאן, שבכרטיסי רב קו ובבולים מועיל קנין משיכה רגיל להתחייב בשמירה, ולפי דעת הש"ך יהיה חייב בפשיעה אף בדברים שאין גופם ממון.

#### ו. האם שכחה נחשבת פשיעה

ואחרי כל הנ"ל עדיין יש לנו לדון במעשה השני שכתבנו ששמעון שכח את התיק

עם הבולים במטוס, האם אפשר להחשיב את שכחתו כפשיעה. שהנה מב' בשו"ע (ס' רצ"א ס"ז) "המפקיד אצל חבירו בין כלים בין מעות, ואמר תן לי פקדוני, ואמר לו השומר איני יודע אנה הנחתי פקדון זה או באיזה מקום קברתי הכספים, המתן לי עד שאבקש ואמצא ואחזיר לך, הרי זה פושע וחייב לשלם מיד". והמקור הוא בגמ' (ב"מ מ"ב ע"א) שמב' שם "ההוא גברא דאפקיד זוזי גבי חבריה, אמר ליה הב לי זוזאי, אמר ליה לא ידענא היכא אותבינהו, אתא לקמיה דרבא, אמר ליה כל לא ידענא פשיעותא היא, זיל שלים". ולכא' מב' כאן שכל שאינו מחזיר את הפיקדון מחמת שכחה הרי"ז נחשב כפשיעה, וא"כ גם בנידון דידן ששכח את הבולים במטוס יש להחשיבו כפושע וחייב.

אמנם מצאנו בזה מחלוקת בפוסקים, שהנה בשור'ת שבות יעקב (ח"ב ס' קמ"ח) כתב לדון בסתירה בין שתי סוגיות האם שכחה הוי כאונס או כפשיעה, שהרי נתבאר לעיל מהגמ' בב"מ ששכחה היא כפשיעה, ומאיך בגמ' בב"ק (כ"ו ע"ב) משמע שדינו כאונס, וכן הוא בשו"ע (ס' תכ"א ס"י), וכן הוא בפרק כלל גדול בשבת (ובאו"ח ס' תקל"ז סעי' ז' וסעי' ח').

וכתב השבות יעקב, שוודאי יש לשכחה דין אונס או שוגג, וזה שמב' בגמ' בב"מ דכל לא ידענא פשיעותא היא, שם פשיעתו היא מצד מה שהניח את החפץ בלי לרשום בפנקסו וכד' בכדי שיזכור היכן הניחו, אבל בעלמא כל שבא לו ממחת השכחה לבד אין זו פשיעה אלא או שוגג או אונס. ולפי דברי השבות יעקב ייצא בנידון דידן שא"א לחייב את שמעון כפושע, שהרי הניחו כדרך כל השומרים, וכן לא היה מועיל כתיבתו על פנקס שהרי הוא יודע בוודאי היכן הניחו, רק ששכחו בזמן שהלך לו, שאז אין דינו כפשיעה אלא כאונס, והרי ש"ח פטור באונס וכ"ש בשטרות.

אכן מאידך מצאנו לאחרונים אחרים שעמדו על סתירת הסוגיות הנ"ל בדין שכחה, וכתבו ליישב שאע"פ ששכחה אינה פשיעה, מ"מ בשומרים הדין שונה, ומשום שזהו חיובו שישמור ולא ישכח, משא"כ לענין נזיקין אין חיוב בשמירה אלא שלא יזיק בפשיעה, ובזמן שעמד בשכחתו אז הוא אנוס בההיזק וע"כ הוא פטור. וכן כתבו הבית יעקב (צו"מ ס' ע') והאב"י עזרי (פ"ג משכירות ה"ב), וע"י בנחפה בכסף (ח"א ח"מ ס' כ"ג) שהוסיף שבשומרים הדין שונה כיון שכשקיבל את הפקדון על דעת כן קיבלו שידייק שלא יבוא לידי שכחה הגורמת היזק.

ונמצא בנידוננו, שלפי השבות יעקב אין להחשיב את שמעון כפושע, ולשאר הפוסקים גם כאן הוי פשיעה.

אמנם שמעתי מהגר"א בוטרמן לחלק, שבנידוננו י"ל שגם להשבות יעקב זה נחשב פשיעה, שכן בזמן ארוך יש לומר שאינו פשיעה ששכח, אבל לזמן קצר עליו לזכור או לעשות תזכורת, ובפרט שהוא שם את התיק במקום שייטכן שישכח שהניחו שם, ובוודאי היה עליו לעשות לו סימן. [הוספת העורך: וכך פסק גם הגר"י פליישמן בנידוננו שזה נחשב פשיעה גם לשבות יעקב, ופרט שאחרי הנחיתה לוקחים כל הציבור את תיקיהם ובוודאי היה נדרש ממנו לשים לב ולקחת את התיק].

וע"ע במאירי (ב"מ מ"ב ע"א) שהביא עוד מחלוקת בענין זה, וכתב ש"א שלא נאמר לא ידענא פשיעותא היא אלא כשאומר לא ידעתי אם הנחתים במקום המשתמר אם לאו, אבל אם אמר ידעתי שבמקום המשתמר הנחתים אבל איני זכור המקום, אין זה פשיעה אלא אבידה, ומ"מ כ' ש"ח ע"ז, וכן היא משמעות שאר הפוסקים.

ואע"פ שכלל שיש ספק פשיעה יש מקום לחייבו, וכמ"ש התורה"ד (ס' של"ג) והובא בסמ"ע (ס' רצ"א סק"ב) ובש"ך (שם סקט"ו), מ"מ שם עיקר טעמו לחייב הוא מפני שבשמא א"י לישבע שלא פשע וא"כ 'מתוך שא"י לישבע משלם', אכן בנידוננו שמדובר בדבר שאין גופו ממון, הרי משנה ערוכה היא שש"ח אינו נשבע [אף לש"ך המחייב בפשיעה], וכיון שאין כאן שבועה לא שייך לחייבו מדין משאל"מ. אכן עדיין יש מקום לחייבו מדין א"י אם פרעתין לשיטות שנתחייב מתחילת שמירתו, אך גם זה תלוי במחלוקת האחרונים וכמ"ש הקצ' (ס' ש"מ סק"ד) שאין לחייבו מדין א"י אם פרעתין.

#### העולה לדינא

בשני המעשים שהבאנו, גם לגבי שליח להעביר כרטיס רב קו וגם לגבי שליח להעביר בולים, א"א לחייב את שמעון לחייב לראובן את הפסדו, שאע"פ שנתבאר שמצד קנייני השמירה יש כאן קנין מועיל לרוב השיטות, אבל עדיין לפי הכרעת הרמ"א ורוב הפוסקים אין בשטרות תורת שמירה כלל ואפילו בפשיעה, ובוודאי א"א להוציא ממון נגד דעתם. ובפרט במעשה של הבולים, ששם מצטרפת גם שיטת חלק מהפוסקים שיש לפטורו מצד ששכחה נידונה כאונס או כאבידה.

אמנם כיון שהש"ך פוסק לחייב בפשיעה בשטרות, לכן יש מקום לתת פיצוי כלשהו לראובן, וכ"ש שאם תפס ראובן מממונו של שמעון שא"א להוציא ממנו כיון שיכול לטעון קים לי כהש"ך [וכמו שהבאנו מהשער משפט], וכן הדין במעשה של הבולים אעפ"י ששכח, כיון שדעת הרבה הפוסקים שגם בכה"ג הוא נחשב פושע.



הקודמת שלא מחייבים על עצם העבודה] א"א לחייב את המזמין בכלום עבור שכן עבודתו<sup>24</sup>. ונראה שהעיקר בדעת הרא"ש שבכל אופן חייב לשלם גם את השכר על עצם העבודה.  
בעז"ה בעלון הבא נדון במזמין מקבלן שנידון כמוכר שחזר בו מאונס.

ציונים והערות

אפשר לחייב את המזמין משום גרמי. וזה שאם הפסיד הקבלן מלאכה אחרת שהמזמין חייב משום גרמי, אפשר ללמוד גם מהדין המבו' בשו"ע (ש"ג, ב) במי ששכר פועלים וברשלנותו לא אמר להם שהיא יכולה להתבטל, ועדיין לא התחילו במלאכה, שאם הם הפסידו עבודה אחרת בגללו הוא חייב לשלם להם שכר, ולפי התוס' (ב"מ עו, ב) והרא"ש (ס' ב) והגה"ה (שם) והתנה"ד (א, שז) הוא מדין גרמי, וכ"כ הסמ"ע (ש"ג, ח), ואם נלמד את הדין הזה כפשוטו [וכמו הקצו' שם בדעת הרא"ש, ולא כמו הפוסקים שבהערה הבאה] יש מכאן ראייה שמחייבים גרמי על הפסד מלאכה.

והנה הבאר משה (ס' ו) כתב ג"כ שהמזמין חייב רק אם הקבלן הפסיד בגללו מלאכה אחרת, וטען שיש להוכיח שא"א לחייב משום גרמי את שכר הפעולה עצמה שהבטיח לקבלן, מהמבו' בגמ' (ב"מ עו, א) לגבי מעסיק שביקש משליח לשכור לו פועל בג' והשליח הבטיח לפועל ד', והשליח אמר שכרכם על בעה"ב, שהדין הוא שהפועלים מקבלים רק ג', הגם (לפי האב"א בגמ') שהפועלים לא היו מסכימים לעבוד עבור ג', וא"כ הוא גרם להם לעבוד בגלל שהבטיח ד', ועכ"ז לא מחייבים אותו מטעם גרמי. אכן באמת ראייתו צ"ע, כי שם הרי מפורש בסמ"ע (ש"ג, ג) שלא היה לפועל לסמוך על השליח, וא"כ איך אפשר לחייב מדין גרמי? והרי"ז כמו מראה דינר לשולחני כשלא היה אמור לסמוך עליו שהוא פטור, משא"כ בנידוננו שגרם לפועל לעבוד ולא הייתה לפועל סיבה לא לסמוך עליו.

26. הנה בדין השו"ע שהבאנו בהערה הקודמת, הביא הקצו' (ש"ג, ב) ששיטת הרמ"ה שא"א לחייב שבת אם ההיזק היה רק בצורה של גרמי, וא"כ אם נצרך את דעת הרמ"ה לפי הקצו' לדעת הפרישה שא"א לחייב את המזמין על עצם העבודה לחינם [אלא רק אם הקבלן הפסיד עבודה אחרת], ייצא שכאן יהיה המזמין פטור לגרמי. גם לפי הנתי' (שם סק"ג) שביאר שמה שמחייבים שם לשלם לפועל את הפסדיו הוא דין מיוחד בשכירות פועלים, א"כ בנידוננו שמדו' במכר לא יהיה חיוב גרמי, וכ"כ גם האולם המשפט (ש"ג, סוף סעי' א) שאין הדין כן במז"מ ורק בפועלים.

אמנם, כל הנ"ל נכון רק לדעת הפרישה שבנידוננו א"א לחייב מצד הפעולה עצמה, אבל אם נאמר שהרא"ש מחייב מצד הפעולה עצמה אין זה קשור לנידון השו"ע [כי בשו"ע הנ"ל מדובר שעדיין לא התחילו במלאכה משא"כ בנידוננו שכבר עשה את המלאכה]. בנוסף, גם הקצו' שהביא את דעת הרמ"ה מודה שלדעת התוס' והרא"ש יש חיוב לשלם שבת בגרמי (וכמש"כ החזו"א (ב"ק כב, א) בדבריהם), ואפילו אם נלך עם דעת הרמ"ה, עדיין הוא עצמו סובר בנידוננו שיש חיוב לשלם על הפעולה עצמה וכנ"ל, וזה בנוסף למה שיש חולקים על הקצו' בדעת הרמ"ה וכמו האור שמח (שכירות ד, ז) שפירש את הרמ"ה שלא דיבר מצד שבת בגרמי. ובנוגע לשיטת הנתי' שהשו"ע הוא דין מיוחד בשכירות פועלים ובמכר אין הדין כן, הרבה פוסקים [כמו הקצו'] חלקו עליו ולמדו שמדובר בדין גרמי הפשוט.

עבודה כזאת ולא כל מה שהבטיחו<sup>24</sup>, וי"א שהמזמין חייב בשכר הקבלן רק באופן שלולא עבודה זו הייתה לו עבודה אחרת, ובאופן כזה המזמין משלם כפי שהקבלן היה מרוויח בעבודה השנייה<sup>25</sup>, ויש הסוברים שאין דין מזיק בגרמי במי שגורם לפועל להפסיד מלאכה, וא"כ [לפי הדעה

את העבודה בגלל רשלנות המעסיק, ושם הדין הוא שהוא חייב בכל שכרם ולא רק ההוצאות, ואפילו אם לא הייתה להם עבודה אחרת [חוץ מדמי' פועל בטל' שאינו שייך בנידוננו שהפועל עבד בסוף].

אמנם, בדברי הרא"ש עצמו יש משמעות קצת שהחובה לשלם היא רק באופן שהמזמין גרם שהקבלן יפסיד מלאכה אחרת, כי כתב [על הלכו חמורין] "שעל ידו הפסידו מלאכת היום", ומשמע שאם לא הייתה להם עבודה חילונית פטור המזמין, וכ"כ גם הפרישה, כי כתב על הרא"ש "ולא חייבו אלא לשלם לו הפסדו... כפי מה שהיה יכול להשתכר אם לא צוה לו לעשות כל", ומבואר שאם לא הפסיד מלאכה אחרת פטור המזמין מלשלם לו שכר.

אכן בוודאי שפשטות דברי הרא"ש שלא רמז לחלק בין הייתה לו עבודה אחרת או לא מורה שבכל אופן הוא חייב לשלם את כל השכר, וכן רוב המפרשים שדנו בדברי הרא"ש לא כתבו שיש סייג בדין זה, וא"כ יותר נראה שלדעת הרא"ש הוא חייב בכל השכר. ואפשר גם להוכיח כך מהרא"ש עצמו, כי לפי הבנת הפרישה תצא סתירה בין דברי הרא"ש במקור הדין של הלכו חמורין שכתב להדיא שחייב בכל אופן, לבין דבריו כאן שאינו חייב אלא א"כ הייתה להם עבודה אחרת. וכן הוכיח הערך שי (ר, ז) מזה שהרא"ש השווה הנידון שלו להלכו חמורין, והביא עוד הוכחות ליסוד זה שהפסד השכר נחשב הפסד ממש, ומי שחייב מצד גרמי חייב לשלם אותו.

במשפטי חושן (הערה כט) הוכיח שגם הרמ"ה (ב"ב דף מו, ב ס' קעד) והאמרי בינה (גביית חוב ס' כח) נקטו כן שמדין גרמי צריך לשלם את שכרו של הפועל, ולכן הקשה האמ"ב על השו"ת רדב"ז (ס' רח), ובדעת הרדב"ז י"ל שסובר כשיטות שא"צ לשלם שכר פעולה, וכ"כ המשפט המזיק ב, יט הערה י).

(ופשוט שהמחלו' בדין זה נוגעת ג"כ בכל לך ואני אבוא אחריו, האם זה שלא בא יצטרך לשלם עבור ההליכה לחינם, וכן השו"ם הערך שי הנ"ל).

24. מדברי הערך שי משמע שצריך לשלם לו את מלוא הסכום שקבעו (כמו בהלכו חמורין), וכ"כ גם בסמ"ע (ש"ג, ל) שכתב לפרש את הרא"ש ו"ל הפסידא שיהיה לו **כפי הפיסוק שפסק** עמו הבע"ה מתחילה מהכלי צריך להוסיף לו על הדמים שיקבל האומן". אמנם, המשפטי חושן (ש"ג, קנג) הבין בכוונת הערך שי שצריך לשלם רק כשכר פועלים רגילים, אבל לא ראיתי שיש הכרח שהערך שי סובר כן ושאינו מקבל כל מה שהבטיחו, ויתכן שסובר שמשלם לו מה שקבע איתו לשלם, וכמו שהמשפטי החושן עצמו (ציון במשפט תנד בסוף) מפרש בדעת הסמ"ע.

אכן עכ"פ השיטה הזאת מפו' ברמ"ה שהמשפטי חושן הביא, וז"ל: "ברם צריך את למידע לענין המוריד אריסין לשדה בחזקת שהיא שלו ונמצאת שאינה שלו... דמחייב לשלומי ליה לאריס שיעור מאי דאפסיד מדינא דגרמי, הא ודאי כי שיימין ליה פסידא לאו לפום שבחא דאשבח שיימין ליה, אלא לפום מאי דהויא שויא עיבדייתה בשעת מלאכה, דאומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנטעה או לעבדה ולשמרה".

25. כבר כתבנו שישנה משמעות בתשו' הרא"ש ושכ"כ הפרישה שרק באופן כזה

**בית הוראה לענייני ממונות "בית גרוס" שע"י כולל חו"מ אוהל יוסף**

בבית ההוראה ניתן יעוץ בדיני ממונות ע"י דיניי 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

בבית ההוראה ניתן מענה גם בענייני אורח חיים ויורה דעה בנושאות הגאון ר' ישראל גנס שליט"א

בימים ג', ד', ה'  
תלמידו המובהק מורה ההוראה  
הרה"ג ר' אהרן הלר שליט"א  
בשעות 13.30 - 14.00

ביום ב'  
הגאון רבי ישראל גנס שליט"א  
בשעות 14.00 - 14.45