

## סימן ח אונאה ממונית בטיפול רפואי

- ראשי פרקים  
א. שכרו לזמן או למלאכה מסוימת.  
ב. שיטות הראשונים בדין אונאה בפועל וקבלן.  
ג. פועל- האם גופו קנוי לבעה"ב.  
ד. אונאה כדי ביטול מקח כשאינו יכול להחזיר את המקח.  
ה. שליח שטעה.  
ו. ספק שליחות אינו מוציא מידי ודאי בעלות.

מר ג. [הנתבע] עבר השתלת קרנית באופן פרטי ע"י דר' ג. [התובע]. הנתבע סיכם עם מזכירת הרופא על סכום כולל של שמונת אלפים ש"ח. לאחר ביצוע ההשתלה טען הרופא שהעלות הכוללת של ההשתלה היא 10,500 ש"ח [מחיר הקרנית המיובאת מחו"ל 3,500 ש"ח, עלות ההשתלה כולל טיפולים ובדיקות לפנייה ואחריה- 7,000 ש"ח]. הרופא תובע מהמטופל סך של 2500 ש"ח, ומציג מסמכים שאכן זהו המחיר שהוא גובה עבור השתלת קרנית. לטענתו הדבר נבע מטעות של המזכירה שסברה לתומה שמדובר בנתוח מסוג אחר. המטופל טוען כי בנוכחותו שאלה המזכירה בטלפון את הרופא למהות הניתוח ועלותו. המזכירה מודה שאכן סוכם עם המטופל ע"ס 8000 ש"ח, אך אינה זוכרת האם היה זה בעקבות שיחה טלפונית עם הרופא.

### א. שכרו לזמן או למלאכה מסוימת

יש לחלק בין שני מרכיבי הסכום הכולל- הקרנית, ושכר הרופא. הקרנית דינה כחפץ מטלטל רגיל, שדינה לענין אונאה מבואר בגמ' ב"מ נב, ובשו"ע חו"מ רכז, א. המרכיב השני- שכרו של הרופא דינו כשכר פועלים לענין אונאה, וכפי שיבואר להלן. אך בהקדם יש להגדיר את דינו של הרופא, האם הינו כפועל שכיר יום או כקבלן. רש"י בב"מ עז, א (ד"ה שאני ליה), כתב וז"ל: "דגבי שכירות איתא להאי טעמא דעבדי הם ולא עבדים לעבדים, אבל בקבלנות, אין זה עבד אלא לעצמו..." וכ"ה בנימוק"י שם (מז, א- בעמודי הרי"ף). מדבריהם עולה שקבלן הינו מי שלא עסוק ומשועבד למלאכת בעה"ב אלא עושה בשל עצמו. וברב המגיד פ"ט משכירות ה"ד הגדיר את החילוק, וז"ל: "ואם קבלן הוא, פירוש- שאינו שכיר זמן ידוע אלא למלאכה ידועה." המגיד מגדיר את שני המצבים, שכיר יום- השכור לזמן מסוים, יום, שבוע, חודש או שנה, את משכורתו יקבל לפי הימים שעבד ולא לפי

העבודה. כמו כן אין משכורתו תלויה בהשלמת המלאכה, וגם אין מחובתו להשלים עבודה מסוימת. התפקיד המוטל עליו הוא לעבוד במשך הזמן שנשכר לו. מצבו דומה לעבד הנמכר לשנים מסוימות ללא כל קשר למלאכה בה הוא עוסק. הקבלן אינו תלוי כלל בזמן, הוא יכול לעבוד בשעות היום או הלילה לפי נוחיותו, לעשות את העבודה בשעות רבות או מעטות, לפי זריזותו ולפי כוחו, תפקידו היחיד הוא להשלים את מלאכתו ולגומרה. שכרו אינו תלוי במספר השעות שבהן יעשה את המלאכה אלא רק בעובדה שהיא גמורה, ללא כל קשר לשעות העבודה. אולם אם לא ישלים את העבודה, לא יקבל את שכרו [אלא רק ישומו לו וידו על התחתונה כמבואר בריש פרק האומנים], דהרי שכרו תלוי בהשלמת המלאכה. וזהו הפירוש ברש"י הנ"ל דבשלו הוא עושה, דמכיון דאינו משועבד למלאכת בעה"ב לזמן מסוים אלא למלאכה, אין הוא דומה לעבד המשועבד לזמן ולא למלאכה, וע"כ יכול לחזור בו. ההבדל בין פועל לקבלן מומחש בדברי הגהות מיימוניות פ"ט משכירות ס"ק ה, וז"ל:

"י"א דמלמד יש לו דין קבלן להיות ידו על התחתונה אם יחזור בו, וליתא, אלא דין פועל יש לו, כיון ששכרוהו לזמן קצוב ואין רשאי להתבטל כשירצה, דומיא דשכיר יום או שכיר שבת או חודש, אבל אם שכרוהו ללמוד כל הספר או חציו, ולא קבעו לו זמן ללמוד בו ויוכל להתבטל כשירצה, אז ודאי חשוב כקבלן."

הובאו הדברים ברמ"א חו"מ שלג, והן הן דברי המגיד שהבאתי לעיל שכשכרוהו לזמן דינו כפועל, וכששכרוהו ללמוד ספר ולהשלים מלאכה ואין המלאכה תלויה בזמן, דינו כקבלן. ומקור דברי ההגהות מיימוניות הם מדברי הגהות מרדכי סוף ב"מ (סי' תנו), ומקור דברי המרדכי הם מתש"י המהר"מ מרוטנבורג (דפוס פראג סי' תעז), וז"ל: "אשר אמרת יש בני אדם חלוקים להחזיק מלמד תינוקות כקבלן, להיות ידו על התחתונה אם יחזור בו, א"כ לא ידעו פשט ההלכה במה מחלקין פועל מקבלן, דבר פשוט לכל כי פועל שאינו רשאי להתבטל כמו שכיר יום או שכיר חודש או שכיר שנה, באותו אמר רב (ב"מ י, א ועז, א) שיכול לחזור בחצי היום, מטעם 'עבדי הם ולא עבדים לעבדים', אבל קבלן שקבל עליו קמה לקצור או בגד לארוג והוא רשאי להתבטל כשהוא רוצה, רק כשלאחר זמן יגמור באותו, אין שייך לומר 'עבדי הם ולא עבדים לעבדים', כיון שרשאי להתבטל כשירצה, ודכותיה גבי מלמד תינוקות, אם שכרוהו ללמוד כל הספר או חציו ולא קבעו לו זמן ללמוד בו, ויכול להתבטל כשהוא רוצה, אז הוא חשוב כקבלן..."

הרי לפנינו הגדרה מחלקת של המהר"מ מרוטנבורג בהבדל בין פועל לקבלן, דהיכא דהוא יכול להתבטל ממלאכתו ולהשלים אח"כ את העבודה דינו כקבלן, משא"כ פועל המוגבל לעבודה בזמן מסוים ואינו יכול להשטט מלעבוד בזמן העבודה, וכמו כן אם לא יסיים את העבודה אינו חייב להשלימה.

וע"ע במש"כ המהר"י ענזיל בתש"י (סי' טו), וז"ל:

"... אבל פשוט שאין לשוחט דין פועל... חדא- שאין שכרו תלוי בזמן אלא במלאכה נקרא קבלן, שזהו החילוק שבין פועל לקבלן, ששכר הפועל תלוי בזמן ושכר הקבלן תלוי בהשלמת המלאכה, כגון קצירת הקמה ואריגת הבגד, וכן הדין במלמד

... ר"ל שנקצץ שכרו כך וכך לחודש, אבל אם נקצץ שכרו ללמוד כך וכך ספרים הרי זה קבלן, כמש"כ הרמ"א סי' שלג. וה"ה לשוחט שקצץ שכרו מכל בהמה, הו"ל קבלן על כל בהמה בפני עצמה, וכמש"כ הרמ"א בחו"מ שכל מלאכה המתפרדת, כל חלק ממנה היא מלאכה בפני עצמה, ואע"ג שקבעו זמן למשך הקיבלות, שנה או יותר, אין זה אלא תנאי בעלמא ואין זה מעיקר ועצם השכירות, אלא כמי שהתנה שיעשו מלאכתו במקום פלוני, ואינו נעשה פועל או שכיר רק כשתלאו שכר המלאכה בהשלמת הזמן ... וכן בחזון שכרו תלוי בהשלמת התפילות לשבתות וימים טובים, הו"ל קבלן על כל התפילות יחד, ואפי' אם נותנים לו שכרו בכל שבוע או בכל חודש, אין זה אלא קביעת זמן הפרעון ותנאי דמילתא אחריתא ..."

מדברי המהר"י ענזיל מבואר שהחילוק בין פועל לקבלן- אם שכרו הוא על הימים או על גמר המלאכה, ואף אם נותן לו את הממון אחר זמן קבוע מסוים אין הוא נהיה בכך פועל, שאין הזמן בכגון זה משנה את מהות השכירות.

והגדרה זו עולה גם מדברי הגרא"ז מלצר בספרו "אבן האזל" ספ"ג ממכירה הי"ח (ד"ה עתה), וז"ל:

"ונראה, דאף דנקטינן דגם בקבלן איכא טעמא דכי לי בני ישראל עבדים, זהו לענין דלא יהיה הקבלן משועבד לגמור קבלנותו, דכיון שיהיה משועבד לגמור הרי זה עבדות, אבל עכשיו דאמרינן דבין פועל ובין קבלן יכולים לחזור בהם איכא נפק"מ בין פועל לקבלן, דפועל השכיר עצמו לעבודה ולכן אף דיכול לחזור בו, כל זמן שהוא עובד זהו גדר עבדות ואין בו אונאה, אבל השכיר עצמו לפעולה, היינו שיעשה דבר מסוים לארוג הבגד וכד', וכיון ששיעבוד אין לו ועיקר התשלומין אינו בעד עבדותו אלא בעד תכלית פעולתו, אינו גדר עבדות ואין לו אונאה ..."

מדבריו מבואר דהחילוק ביניהם כדלעיל, אם שכרו על זמן והשכיר עצמו לעצם העבודה ללא כל קשר להשלמתה, או שכרו על השלמת המלאכה.

[ ועי' באבני נזר (חו"מ סי' נב אות יח) שכתב לישב את קושייתו אמאי יכול קבלן לחזור בו ויהיה ידו על התחתונה, הרי אינו כעבד לענין חזרה ואמאי יוכל לחזור בו אפי' אם יהיה ידו על התחתונה. וכתב האבני"ז בתרוצו הרביעי, וז"ל:

"האופן הד', עפ"י פירוש ההגהות אשרי פרק האומנים (והוא מדברי המרדכי שהם דברי המהר"מ מרוטנבורג שהובאו לעיל) והסמ"ע סי' שלג ס"ק טז, דקבלן שנקרא כל שבידו לגמור המלאכה באיזה שעה שירצה ואינו מחוייב לעשות בשעה מיוחדת דוקא, על כן אינו עבד עיי"ש, ע"כ אינו יכול לכופו למלאכתו, דאימת יכפנו, בתחילה כל זמן שיש לו פנאי יכול לומר לאחר שעה אעשנו, ולאחר שעה בשעה שאין לו עוד זמן אחר, שוב הוא כעבד ויכול לחזור בו, ומ"מ ידו על התחתונה כיון שבידו לעשות המלאכה בתחילה בעוד שיש לו רוח זמן ולא יהיה עבד."

מדבריו יוצא חילוק אחר בין פועל לקבלן, דקבלן הוא אחד שיש לו אפשרות לא לעבוד כעת ולעשות את המלאכה לאחר זמן, אך בו ברגע שיגיע מצב שבו לא יוכל להשמט מלעשות המלאכה, כגון אם קבל מלאכה

שביצועה נמשך יום אחד וכשהוא קבל את המלאכה התנו עמו כי עליו להחזירה בעוד ג ימים, אף שבמשך היומיים הראשונים יכול להשטמ ממלאכתו ודינו כקבלן, מ"מ ביום השלישי שאינו יכול להשטמ והוא חייב לעבוד, דינו כפועל המשועבד לעצם המלאכה וע"כ יכול לחזור בו, אלא מכיון שבתחילה היה דינו כקבלן ויכל להשטמ, כשחוזר בו אפי' בעודו פועל, ידו על התחתונה. וא"כ בכל קבלנות יש שני מצבים, הא' - כל זמן שיכול להשטמ, והב' - כשאינו יכול כבר להשטמ, ושני המצבים מתממשים במלאכה אחת. ]

וא"כ בנדו"ד דינו של המנתח כקבלן, כיון שמקבל את שכרו עבור ביצוע מלאכה, ואין שכרו ושכירותו תלויים בזמן.

ב. שיטות הראשונים בדין אונאה בפועל וקבלן

הרמב"ם בפ"ג ממכירה הט"ו, כתב וז"ל:

"השוכר את הפועל לעשות עמו בין בקרקע בין במטלטלין, אין לו אונאה, מפני שהוא כקונה אותו לזמן, ועבדים אין בהם אונאה."

ושם בה"ח, כתב וז"ל:

"יראה לי שהקבלן יש לו אונאה, כיצד - כגון שקבל עליו לארוג בגד זה בעשרה זוזים או לתפור חלוק זה בשני זוזים, הרי זה יש לו אונאה, וכל אחד משניהם, בין קבלן ובין בעל הבגד, חוזר לעולם כמוכר."

הרי דס"ל לרמב"ם דדינו של פועל שכיר יום כעבד, וקיי"ל במשנה ב"מ נו, א דלעבדים אין אונאה וה"ה בשכיר יום שהוא כקונה אותו לזמן.

וברשב"א (ב"מ נו, ב) כתב דבשכירות ישראל, כגון פועלים י"א שאין לה אונאה, דלאו ממכר הם וכן בקבלנות. וכ"ה דעת הרמב"ן שם, הובאו דבריהם בנימוק"י (לב, א-ב) בעמודי הרי"ף) וברע"א בהגהותיו על השו"ע סו"ס רכו. הרי דס"ל להני קמאי דלא כרמב"ם, ודעתם דאין לחלק בין קבלן לשכיר יום ולתרויהו אין אונאה. ועיין במש"כ בזה הגר"א וסרמן זצ"ל בקובץ שעורים על ב"ב (סי' שי).

ובמגיד שם הקשה על חילוקו של הרמב"ם בין פועל לקבלן, דהא קיי"ל דאין אומן קונה בשבח כלי, וא"כ הוא ממש כפועל אלא שתחשיב שכרו נעשה באופן שונה, אבל במהותם שוים הם, ששניהם שכורים לבעה"ב, זה לשעות וזה למלאכה, ומה חילוק ביניהם. ובמשנה למלך שם כתב לישיב ע"פ מש"כ תרומת הדשן בס"י שיח, דדוקא פועל דמי לעבד, דקיי"ל בב"מ י, א (וכן עז, א) דפועל יכול לחזור בו אפי' בחצי היום מטעם "כי לי בני ישראל עבדים" - עבדי הם ולא עבדים לעבדים, וקיי"ל שם בב"מ עז, א דדוקא פועל יכול לחזור בו מהאי טעמא ולא קבלן, אלמא דפועל דמי לעבד ולא קבלן, וע"כ דוקא הוא איתמעט מאונאה.

ודבריו צריכים באור, דהא מהגמ' הנז' מוכח להדיא דגם פועל ושכיר יום אינם כעבד, שהרי ע"כ יכול לחזור בו אפי' בחצי היום, דכיון דעבדי הם ולא עבדים לעבדים, לא דמי לעבד שאינו יכול לחזור בו אפי' בחצי היום, ומיעטה התורה את דינו של השכיר יום מדיני העבד, משא"כ קבלן שמעיקרא אינו דומה לעבד, לא איצטריך למעוטי דינו, והרי שכירותו בקנין ככל שכירות שאין אחר קנין

כלום, עיין ב"מ מח, א תוס' ד"ה והא, בנימוק"י שם (כט, א- בעמודי הרי"ף), ובש"ך שלג ס"ק ב.

והריטב"א ב"מ נו, ב, כתב וז"ל:

"השוכר את הפועל לעשות עמו בין בקרקע בין במטלטלין, אין לו אונאה, מפני שהוא כקונה אותו לזמן, ועבדים אין להם אונאה. ואע"ג דמצי הדרי ביה, טעמא אחרינא- דכתיב 'כי לי בני ישראל עבדים'."

וכ"ה במאירי שם, וז"ל:

"מעתה אף בעבדים שאין במכירתם אונאה, אם שכר פועל לעשות עמו מלאכה בין לקרקע בין למטלטלין, אין לו אונאה, שהרי קנאו לזמן, ואע"פ שרשאי לחזור בו, כבר נתגלה הטעם, משום 'כי לי בני ישראל עבדים'."

הרי שהריטב"א והמאירי הקשו על הדמיון לעבד מהא דיכול לחזור בו, ותירצו דלענין חזרה ממועט דינו מעבד. ומ"מ צ"ב, דמהיכי תיתי לדמותו לעבד לענין אונאה.

### ג. פועל- האם גופו קנוי לבעה"ב

והנה במחנה אפרים ריש הלכות שכירות פועלים באר דדעת הרמב"ם

דפועל ושכיר יום גופם קנוי לבעה"ב כמו עבד עברי, וע"כ ס"ל דלרמב"ם ודעימיה יכול לחזור בו דוקא כשלא קיבל עדיין שכרו, או קבל ויש בידו להחזיר, אבל בלאו הכי- לא. ועכ"פ מבואר דלרמב"ם שכיר יום גופו קנוי לבעה"ב, וע"כ בהא דמי ממש לעבד שגופו קנוי. וחידש המחנה אפרים דדמי ממש לעבד עברי שיוצא בגרעון כסף, וע"כ דוקא ביש בידו ממון להחזיר. אלא דא"כ סתרי דברי המחבר אהדדי, דבחומ"מ רכז, לג פסק כדברי הרמב"ם דאין לשכיר אונאה דדמי לעבד, ובחומ"מ שלג, ג, כתב דפועל חוזר בו אפי' אין בידו לשלם לבעה"ב והמעות חוב עליו. ועיי"ש בש"ך (רכז, טו) שכתב דמדברי המחבר משמע להדיא דאפי' אין לו לשלם חוזר בו בחצי היום. ולמש"כ המחנה אפרים הוי כתרתי דסתרי, דאם אין לו אונאה מפני שגופו קנוי כעבד, א"כ אמאי יכול לחזור בו אפי' אין בידו מעות, הא עבד יוצא רק בגרעון כסף. ומש"כ הקצוה"ח בסי' שלג סוס"ק ו להוכיח מדברי התוס' דבשכיר יום חזרתו אינה מדין גרעון כסף, אינה ראייה לנדו"ד, דהא התוס' ס"ל דאין גופו קנוי דלא כרמב"ם, אולם מהמחבר יש להקשות סתירה בדבריו.

והנראה בבאור הנ"ל, דס"ל לרמב"ם דפועל המשכיר עצמו לזמן גופו

קנוי לבעה"ב, דשכירות כמכירה לזמן ובכל שכירות מונח קנין הגוף לזמן, וגופו של השכיר יום קנוי לבעה"ב ככל גוף חפץ הנשכר לזמן. אלא דהוקשה לריטב"א והמאירי דאמאי יוכל לחזור בו, ואמאי לא הוי כשכירות מטלטלין וקרקע, דכל שעשה קנין שכירות אינו יכול לחזור בו. וע"ז תירצו דאף שגופו קנוי לענין חזרה, ממועט דינו מדין העבד שיהיה לו זכות חזרה שלא יהיה משועבד לו כעבד, ועצם הזכות והיכולת לחזור בו כבר אינו נחשב כעבד לעבד, ואף שכל זמן שלא חזר בו דינו כעבד. ומ"מ צ"ל דאף דגופו קנוי, זכות החזרה היא זכות מוחלטת ולא מותנית בהחזר דמי השכירות, וכיון דאיתמעט דינו מעבד לענין החזרה איתמעט לגמרי, דכיון שהתורה רצתה שלא יהיה משועבד כעבד ויהיה לו זכות חזרה, אין הדבר תלוי בהחזר ממון השכירות, וזה דלא כמחנה אפרים הנז'.

ומה שחלקו הרשב"א והריטב"א הנ"ל דאין בשכירות פועלים אונאה,  
"דלאו ממכר הם", דכל מאי דאמרינן בשכירות דיש בה אונאה, הוא  
דוקא כשהשכירות היא כמכירה שגוף החפץ קנוי לו לזמן, משא"כ  
בפועל שאין גופו קנוי לבעה"ב, דאינו ממכר ואין כאן כל מכירה.  
וע"כ ס"ל דה"ה בקבלנות דהוי רק שעבוד לעשית המלאכה ולא קנין  
בגופו של אומן, אין בו אונאה.  
ע"כ נראה שמה שמוסכם כ"כ בשו"ע חו"מ רכז, לו דקבלן יש לו  
אונאה, אזיל בשיטת הרמב"ם דפועל גופו קנוי וע"כ חילק בין קבלן  
לפועל, אולם לסוברים דפועל אין גופו קנוי אין גם לקבלן אונאה.

[ וע"ע בנחל יצחק סי' עד ס"ג שכתב על קושיית הריטב"א אמאי  
אין שומר יכול לחזור בו משמירתו והא פועל יכול לחזור בו בחצי  
היום, ועיי"ש בקצוה"ח ס"ק א מה שחילק בין חזרה מפעולת השמירה  
שיכול לחזור, לבין חזרה מקבלת האחריות שאינו יכול לחזור. ותירץ  
הנחל יצחק, דכיון דשומר לא חשיב כעושה מעשה (והביא לזה כמה  
ראיות), אינו נחשב כעבד לענין שנאמר שיוכל לחזור מהטעם "כי לי  
בני ישראל וכו'", ואף דמשכחת לן טרחא לפעמים בשומר שכר בגופו,  
כגון ביכול להציל ברועים ומקלות, מ"מ עיקר חיובו הוא על  
השמירה, וזה לא חשיב מעשה, וממילא לא חשיב עבד. והוסיף שם בסוף  
דבריו, דשומר אינו דומה לפועל לענין אונאה, דאף דקיי"ל דפועל  
אין בו אונאה כבעבד, כל זה בפועל שעושה מעשה דחשיב כעבד, אבל  
בשומר אין דינו כעבד כיון שאינו עושה מעשה. והנה מש"כ לענין  
אונאה דשומר שכיר יום אין בו אונאה מפני דלא דמי לעבד, לא אתי  
שפיר לשיטת הריטב"א שעל קושייתו בא לתרץ, דהא מוכח מדברי  
הריטב"א (המובאים בשטמ"ק ב"מ נו, ב) דאין אונאה מפני שאינו מכר,  
וז"ל:

"וז"ל הריטב"א ... ואילו בקבלת מלאכה ושכירת פועל פשיטא  
שאין בו אונאה, דממכר אמר רחמנא והכא ליכא מכירה כלל

"...

חזינן דס"ל לריטב"א דאין אונאה לפועל מטעם דאינו ממכר ולא מטעם  
דדמי לעבד, וא"כ לשיטת הריטב"א אין חילוק בין עושה מעשה או לא.  
אמנם מדברי המהרי"ט נראה הפך מדעתו לדינא מסברא אחריתי,  
ומדבריו נראה גם הסבר חדש בדעת הרמב"ם דלא פליג על הרמב"ן  
והרשב"א דלעיל. וז"ל המהרי"ט בתשי' (חחו"מ סי' יט):

"ויש לדקדק בדברי הרמב"ם בפ"ג ממכירה שחלק בין פועל  
לקבלן ... שהטעם שנתן כפועל מפני שהוקשו עבדים לקרקעות  
... אבל קשה נהי דקבלן אין גופו קנוי מ"מ אין דבר קנוי  
שגופו ממון אלא תביעת חוב בעלמא הוא שיש ביניהם, וגבי  
אונאה בעי שגופו קנוי וגופו מכור. וכבר תמה המ"מ וכתב,  
וצ"ע דהא קיי"ל דאין אומן קונה בשבח כלי וקבלנות הרי היא  
כשכירות לענין הכלי ... ונ"ל בדעתו של הרב ז"ל, דכל מידי  
דמטי ליה קנין גבי לוקח ממכר קרינן ביה, אע"פ שלא היה  
לראשון קנין כלל, כגון זה שקבל עליו לארוג בגד זה או  
לתפור חלוק זה, הרי באריגה זו או בתפירה זו מעמיד כלי  
אצלו, שנתן לו מטוה ומחזיר לו בגד והבעלים קונים בשבח  
כלי וגופו ממון לגביהו, וגבי אונאה ממכר כל-דהו שמיה  
ממכר, כי היכי דמרבין שכירות משום ממכר ליומיה הוא,  
אע"ג דבעלמא לא חשיב כממכר כמש"כ התוס' ... ולפי"ז קבלנות

אחרת, כגון שקבל עליו לשמור פירותיו ולרעות את בהמתו, לא שייך ביה ממכר ואין בו דין אונאה, ולכך הוצרך הרב ז"ל לפרש קבלן יש בו אונאה כיצד, כגון שקבל עליו לארוג בגד או לתפור חלוק וכי', דהיינו קבלנות שגופו ממון, לאפוקי שאר קבלנות דעלמא ..."

מדבריו עולה פירוש חדש בדעת הרמב"ם, דגם הוא ס"ל כדעת הי"א דיש בשכירות פועל וקבלן חסרון שאינו בדרך מכר וע"כ לית בהו אונאה, אלא דחסרון זה קיים רק כשקבל עליו לעשות פעולה שאין בסופה הקנאת ממון, כגון שמירת חפצים וכד' דלית בהו אונאה, כיון דאין בסיוס הפעולה הקנאת ממון כבעשית חפץ ע"י אומן הקונה בשבח כלי ובסופו מקנה את השבח לבעלים, או כגון שקבל חוטים לעשות בגד ועשאו וקנה את שבח הבגד ומקנה אותו לבעלי החוטים, בכה"ג בקבלנות אית ליה אונאה, אבל פועל שכיר יום שאינו קונה בשבח כלי, לית ביה אונאה מפני שאינו בדרך ממכר. היוצא לדינא מדברי המהרי"ט הפך מדעת הנחל יצחק, דלדעת הנחל יצחק בשומר אפי' אם הוא פועל אית ביה אונאה כיון שאינו דומה לעבד דלית ביה מעשה, ואילו לדעת המהרי"ט-שומר, כיון שלא שייך בו קנין כבאומן הקונה בשבח כלי ומקנהו, אינו דרך מקח וממכר ואפי' אם יהיה קבלן לית ביה אונאה. ]

ועיין ברא"ש פ"ו דב"מ ה"ו, וז"ל:

"הא דאמר הכא היכא דאניס שכיר או קבלן אינו נותן לו אלא שכרו שלפני האונס, ובפ"ק דקידושין (יז, א) אמר דעבד עברי שחלה שלוש אינו צריך להשלים. ותירץ רבינו מאיר, דהתם מיירי שקבל העבד כל שכרו, דאם נתן לו האדון לא ישלים ואם לא נתן ישלים. ולי נראה דהתם מיירי כשחלה שלוש ועבד שלוש, דכיון שאחר חוליו קיבלו בעה"ב למלאכתו ולא אמר לנכות לו מה שחלה, מסתמא מחל לו, אבל הכא שהחולי היה בסוף זמנו אין הוכחה שמחל לו."

על קושית הרא"ש נשנה תירוץ נוסף בתוס' קידושין יז, א (ד"ה חלה), לחלק בין עבד עברי שגופו קנוי למלמד שאין גופו קנוי אלא שכור לזמן, וכשאינו יכול להשלים לא יטול מה שהרויח. הרי דס"ל לתוס' דשכיר יום ופועל אין גופם קנוי, דלא כמהר"מ המחלק ביניהם. ועיין בהגהות הגר"א על הרא"ש אות א, שהסיק כדברי התוס' לחלק בין שכיר לעבד, וכ"פ הש"ך בסי' שלג ס"ק כה. וכן פסק הש"ך שם בס"ק מז' לענין בעה"ב שאמר לפועל לך מעימדי, דכיון שאין גופו קנוי נסתלק שעבודו. וא"כ חזינן דהרבה מהראשונים והאחרונים כתבו ופסקו שפועל אין גופו קנוי, א"כ לענין קבלן לא יהיה בו אונאה כיון דאינו מכר והוי חד טעמא עם פועל, ודלא כרמב"ם והמחבר. נפק"מ שיוכל המוחזק לומר קים-לי כוותיהו.

והנה בגמ' ב"מ עה, ב-עו, א בההיא דהשוכר את האומנין והטעו זה את זה, כתבו התוס' שם (ד"ה השוכר) דמשמע בין בקבלנות ובין בשכיר יום, ושם בגמ' מבואר דהיכא דאמר להם שכרם עלי נותן להם כמו שאמר, ובין שכרם בג' ומיתגרי פועלים בד' ובין להיפך, כדמוכח שם בגמ', וא"כ משמע בגמ' דאין אונאה בשכירות פועלים וכשיטת הראשונים הנ"ל ודלא כרמב"ם.

וראיתי לגר"ח העליר בספרו "לחקרי הלכות" סי' עז שכתב לישב ולחלק בין כשכבר נעשתה המלאכה, דאין צריך להחזיר את האונאה בין

בפועל ובין בקבלן, ובין כשלא נעשתה המלאכה. דבגמ' בריש השוכר את האומנין מיירי בגוונא שהדיון על האונאה היה אחרי שכבר הושלמה מלאכתם והדיון על המלאכה, ומכיון שאין אומן קונה בשבח כלי מלאכתו שנעשית, הרי היא כמלאכת פועל, ומודה הרמב"ם דבכה"ג אין מחזיר אונאה, אולם כשלא נעשתה המלאכה וקיבלו בקנין לעשותה או שנעשתה ולא הושלמה, דוקא בשכיר יום ופועל דדינם כעבד אין להם אונאה, דהא דנים על הפעולה שתיעשה בעתיד ולא על המלאכה שנעשתה בעבר, ובכה"ג יש חילוק בין פועל לקבלן, דפועל דינו כעבד משא"כ קבלן. ולפי"ז בנדו"ד שכבר נעשתה הפעולה, אין צריך להחזיר האונאה ולכ"ע אין בו אונאה.

ד. אונאה כדי ביטול מקח כשאינו יכול להחזיר את המקח

במקרה שלפנינו האונאה יותר משתות, דקיי"ל בב"מ נב, ובשו"ע חו"מ רכז, א דבטל מקח, היינו שמחזיר לו הקונה את החפץ והמוכר את הדמים. השאלה הנשאלת, מה יהיה הדין כשא"א להחזיר המקח וכנדו"ד שלא ניתן להחזיר את המצב לקדמותו.

הרמב"ם פי"ג ממכירה הי"ז, כתב וז"ל:

"השוכר את הכלי או את הבהמה, יש בהם אונאה, שהשכירות מכירה בת יומה היא. ואם יש בה אונאה שתות או יותר, בין שנתאנה שוכר בין שנתאנה משכיר, הרי זה מחזיר אונאה, ואפי' לאחר זמן מרובה."

וכ"פ המחבר חו"מ רכז, לה. והקשה הלחם משנה שם, דביותר משתות אמאי מחזיר אונאה, הו"ל למימר שהמקח בטל. ותירץ, דמחזיר אונאה פירושו שהמקח בטל, וכתב דזהו דוחק. ובסמ"ע סי' רכז ס"ק סד כתב דהרמב"ם מיירי ממציאיות שלא ניתן להחזיר את המקח, וכגון בשכירות מטלטלין וכד', שאז גם ביותר משתות קיי"ל שמחזיר אונאה.

והדברים מפורשים בתרומת הדשן סי' שיח, בראובן ששכר את שמעון שיוליך לו קורות גדולות מן המים לעיר עם סוסו של שמעון, ונדר לו ולסוס שלו שכירות של דינר ליום, וכאשר גמר שמעון פעולתו נודע שהתאנה ביותר משליש בשכרו. וז"ל תה"ד בסוף תשובתו:

"והלכך אמדינן כמה שכר היה ראוי ליתן לשמעון עצמו וכמה שכר היה ליתן בשביל הסוס, ולפי חשבון זה חולקים הדינר ליום, הסך שיגיע לשכר הסוס אם ימצא שיש בו אונאה פחות משתות- זו מחילה, ואם שתות- צריך לתת לו עדיין לתשלום שכרו, וכ"ש ביותר משתות, ואע"ג דבביטול מקח שניהם חוזרים ... מ"מ הכא א"א בחזרה, דאין יכול ראובן לומר לשמעון קח פעולתך והחזר לי מעותי, דאם יחזרו הקורות אל המים צריך לטרוח עוד בחינם. ולא דמי למקח וממכר שזה מחזיר לזה החפץ וזה מחזיר לו מעותיו."

היוצא מדברי תה"ד, דכל מאי דקיי"ל דביותר משתות מחזיר מקח ומחזיר מוכר דמים, הינו דוקא כשניתן להחזיר מהבחינה הטכנית את המקח, אולם כשאינו יכול להחזיר דינו כדין השתות ומחזיר אונאה. וכ"פ הרמ"א בחו"מ רכז, לג ובסמ"ע שם ס"ק סא. מדברי תה"ד יוצאת עוד הלכה הנוגעת לעניינינו. בנדו"ד סוכם על סכום כולל של 8000 ש"ח, כשלטענת הרופא הסכום - 10,000 ש"ח, הכולל את מחיר הקרנית [3,500 ש"ח] ומחיר הטיפולים [7,000 ש"ח]. ע"כ עלינו לדרוך בדרכו של תה"ד ולחשב את עלות הקרנית מתוך הסכום שסוכם, שהרי בה



בודאי יש אונאה, ולחשב כנ"ל את סכום הטיפולים. לפי נתוני הרופא [שהוכחו ואין עליהם מחלוקת] עלות הקרנית היא שליש מהמחיר הסופי ועלות הטיפולים - שני שלישים. וע"כ מתוך 8,000 ש"ח שסוכם, 2,667 ש"ח - מחיר הקרנית ו- 5,333 ש"ח - עלות הטיפולים. ע"כ 833 ש"ח ודאי שיצטרך המטופל לשלם עבור האונאה של הקרנית, ואילו על 1,667 ש"ח הדבר יהיה תלוי במחלוקת דלעיל. ולמש"כ כיון שנעשית המלאכה כבר, אין גם בקבלן אונאה, וכמש"כ הגר"ח העליר. ואף אם לא קיי"ל כמש"כ, יוכל המטופל להחזיק ולטעון קים-לי כשיטות הראשונים הנז' שאין בקבלן אונאה.

#### ה. שליח שטעה

כל זה אם סיכום המחיר היה מתבצע בין המטופל לרופא, אך היות שהדבר סוכם בין מזכירת הרופא למטופל, משתנה הדין. הרמב"ם פ"ג ממכירה ה"ט, כתב וז"ל:

"במה דברים אמורים במוכר נכסי עצמו, אבל השליח שטעה בכלשהו, בין במטלטלין ובין בקרקעות, חוזר."

וברב המגיד הראה מקורו לגמ' קידושין מב, ב וכתובות ק, א דיכול משלח לומר לשליח לתקוני שדרתיך ולא לעיוותי, וכ"כ בסמ"ע סי' רכז ס"ק נג. ומבואר דדין זה נובע מהדין הכללי בדיני שליחות ששליח שעויות מתבטלת שליחותו, שכל שליחות של שליח מותנית בביצועה על הצד הטוב, ושינוי לרעה מהוה סיבה לביטול למפרע של השליחות, וע"כ כאשר שליח מוכר חפץ במחיר מוזל ממחירו מתבטלת השליחות, והרי הוא כמוכר שלא ברשות שהמקח חוזר. וע"כ אפי' בקרקעות שמדיני אונאה לית בהו אונאה, מ"מ בשליח חוזר כיון דזהו דין הנובע מדיני השליח ואינו שייך לדיני אונאה, ואפי' במקום שאין אונאה או בשינה פחות משיעור אונאה, ואפי' כלשהו חוזר.

ובנדו"ד יש דין וטענות בין הנתבע לרופא על דרך קביעת המחיר. לטענת הרופא המזכירה טענתה מאומד ליבה, והרי זה כשליח שטעה שדינו התבאר. ואילו לטענת הנתבע, היה זה הרופא שאמר למזכירה בנוכחותו את המחיר המסוכם לאחר שנשאל על ידה על מהות הניתוח ומחירו, וע"כ לטענתו לא היה הדבר בעיוותה של המזכירה אלא בטעותו של הרופא. בטענות מסוג זה עלינו לברר על מי חובת ההוכחה. [ראוי לציין שהמזכירה אינה זוכרת כיצד נקבע המחיר. במידה והיתה זוכרת, צ"ע אם ניתן לתת משקל לדבריה, מבלי להכנס לשאלת עדות אשה. הדבר תלוי בדין משרת אם דינו כנוגע לענין עדות, ובמידה והיתה מעידה לטובת הנתבע - אם נוגע כשר לחובה. ע"פ מש"כ הפתחי תשובה (חו"מ לג, א) יש לשקול את מידת הנגיעה, והדבר מסור לבית דין.]

בשליח שנשלח לקנות חפץ מסוים למשלחו וקנאו ביוקר, דקיי"ל שהמקח בטל כמבואר בכתובות צט, ב-ק, א ובשו"ע חו"מ קפב, ג, במקרה שהתנו שהינו שליח בין לתקן ובין לעיות, הרי המקח קיים. וטוען המוכר שמא עשית את שלוחך על תנאי זה, והקונה [המשלח] טוען שלא התנה כן, פסק הרמ"ה (מובא שם בסעיף ד), שכל זמן שלא יברר המשלח שעשאו שליח לקנות לו סתם, אין צריך המוכר להחזיר לו את דמיו, והקונה הרוצה להוציא מהמוכר עליו הראיה. ועיי"ש בסמ"ע ס"ק ח שכתב דיש סברא המסיעת לשמא של המוכר, דמן הסתם כיון שאינו מקבל שכר על שליחותו, התנה שלא יתחייב בעיוות השליחות. ויוצא מדבריו

דהיכא דמקבל שכר על שליחותו, דאין הסברא מסייעת, עדיף ברי של המשלח משמא של מוכר.

ובחור"מ קפה, ה הביא המחבר את דעת הרמב"ם, בסרסור שמכר בזול שהמקח בטל וצריך הלוקח להחזיר את החפץ, ודעת הראב"ד שאין צריך להחזיר את החפץ, אפי' מודה הסרסור לדברי המוכר. וכתב הסמ"ע שם בס"ק יב דהרמב"ם ס"ל לחלק בין שליח שאינו מקבל שכר שליחותו, דמסתמא אינו מתעסק בשליחות אם לא שיאמר לו בין לתיקון ובין לעיוות, דמה לו ולצרה זו, לבין שליח המקבל שכר שליחותו. ועוד תירץ לחלק בין כשטוען משלח שלא התנה בין לתיקון ובין לעיוות, אך גם מודה שלא קצב מחיר, שחובת ההוכחה עליו, משא"כ שטוען משלח שקצב מחיר, הרי הוא כמתנה עמו מפורש שלא יפחות ממחיר שקצב ושלא יעות. ואפשר דסברתו דדוקא כשאינו קוצב מחיר לשליח, יש חשש שיעות במחירו ומסתבר שמתנה, משא"כ שקוצב עמו סך מסוים אין חשש שיעות במחירו ומסתבר שאינו מתנה. ועיי"ש בש"ך ס"ק ח שכתב לחלק דדוקא שהחפץ מבורר בעין שהוא של משלח והלוקח ידע צריך הלוקח להחזיר, משא"כ בסי' קפב שהשליח קנה עבור משלחו, והתביעה של המשלח היא על כסף שנתן למוכר ולא על חפץ מבורר של המוכר, חשיב כתביעת ספק ועליו הראיה, משא"כ כשתובע חפץ הידוע כשלו לא חשיב כתביעת ספק.

הנפק"מ בין הש"ך לסמ"ע, תהיה בנדו"ד. לסמ"ע כיון שהמזכירה מוגדרת לענין זה כשליח בשכר, הרי שחובת ההוכחה היא על המטופל, דאין כאן סברא המסייעת שנעשית בתנאי של בין לתיקון ובין לעיוות. וכן לטעם השני שכתב הסמ"ע, כיון שטוען שיש להשתלה זו מחיר קבוע וידוע, והמזכירה יודעת זאת מימים ימימה, הרי זה כקצב מחיר שדינו מפורש בסמ"ע לחייב את הלוקח [ובנדו"ד המטופל] בהוכחה שאכן השליחות נעשתה על תנאי של לתיקוני שדרתיך וכו'. אולם לש"ך כיון שאין הדיון כאן על החפץ אלא על הוצאת דמים, נחשב הרופא כמוציא ועליו הראיה.

#### ו. ספק שליחות אינו מוציא מידי ודאי בעלות

ברם טעמא רבה איכא לחלק בין נידון הסמ"ע והש"ך לנידו"ד. ראשית, הסמ"ע מייירי דוקא בטוען לוקח שמא, דאין שמא של לוקח מוציא מודאי של מוכר אפי' הסברא מסייעתו וכמשי"כ בס"ק ט. אולם בנדוננו שטוען הנתבע ברי, הדרינן לכללא דהמוציא מחבירו עליו הראיה. ועוד יש לחלק, דכל סברת הסמ"ע שבשכר מסתמא כן התנה הוא רק בנוגע לשאלה ולספק אם התנה משלח עם שליחו שעושהו שליח בין לתקן ובין לעיוות, אבל לשאר טענות ומענות שבין מוכר ללוקח על מי חובת הראיה, גם אם הינו שליח בשכר חובת הראיה על המוציא. אמנם צריך ברור מש"כ הסמ"ע דאין ספק מוציא מידי ודאי, דהא הכא הספק מוחזק והרי כל שהספק מוחזק, אפי' המוציא ודאי, עליו הראיה. אלא דלענ"ד כוונת הסמ"ע דכל שמוכר אדם חפץ הרי הוא יוצא מרשותו לרשות לוקח, וכשמוכרו ע"י שליח הרי השליח מוציא החפץ מרשות משלחו לרשות לוקח. והנה כל זה בודאי שליח, אבל כשהוא ספק שליח, הרי הוא בבחינת אין ספק שליחות מוציא מרשותו של ודאי בעלים. וע"כ כל היכא דמספקא לן אם עיות השליח מאיזה טעם שיהיה, מספקא לן אם הוא שליח או לא, דהא בעיוות שליחות נתבטלה רשותו, והוי ספק שליחות שאינה מוציאה מידי ודאי. לפ"ז אפי' כשהלוקח

טוען ברי, כיון שלטעונו המוכר והלוקח נוצר ספק בעצם השליחות ויש כאן ודאי בעלות על החפץ, אין ספק שליחות מוציאה מודאי בעלות. ועיי"ש בסמ"ע שכתב;  
"והו"ל זה המוכר ודאי, ושומר לו ליתנו בני ספק, ואין ספק מוציא מידי ודאי."  
הרי שלא כתב דהלוקח הוא שמא וספק אלא הספק אם אמר ליתנו בני, והיינו ספק בעצם השליחות ולא דוקא שהלוקח טוען שמא.  
והוא הדין והוא הטעם במש"כ הרא"ש פ"ק דמצינא הי"ז, הכ"ד והל"ב. וז"ל הרא"ש בהי"ז:  
"ואין הבהמה נקנית אלא בדרך שרגילין בהנהגתן, הגמל במשיכה וחמור בהנהגה... הלכך אי במכר אי במתנה לא קני חד מינייהו, כיון דמספקא לן אוקי ממונא בחזקת מריה, ובמצינא והפקר קנו שניהם, דהזוכה הוא המוחזק ואין להוציאה ממנו בספק."  
ועיי"ש בהכ"ד ובהל"ב. ועיי"ן בקצוה"ח סוף סי' רב מש"כ בהסבר הדברים. והסבר סברתו נראה כמש"כ, דאין ספק קנין מוציא מרשות ודאית כההיא דמקח או מתנה דאיכא מרא קמא ואין ספק מוציא מידי ודאי, אולם בהפקר ומצינא דליכא מרא קמא ואין כאן "ודאי", אפי' ספק יכול להחזיק.  
אמנם כל זה אם הדיון היה על החפץ, ברם מאחר והדיון בסי' קפב על הממון ולא על החפץ, ס"ל לש"ך דאין צריך להגיע לחילוקי הסמ"ע. וה"ה בנדו"ד דחובת הראיה על המוציא דהיינו הרופא. ואף אם יבוא בע"ד ויחלוק לומר דלא כמש"כ, מ"מ יכול המוחזק [הנתבע] לומר קים לי כדעת הראב"ד המובאת ברמ"א חו"מ קפה, ה ויוכל להחזיק מה שטוען הרופא שנתאנה.

לאור האמור לעיל:

על הנתבע לשלם לרופא את האונאה במחיר הקרנית בלבד, דהיינו סך של 833 ש"ח.

## מסקנות

- א. מי שנשכר למלאכה מסוימת דינו כקבלן, ומי שנשכר לזמן דינו כפועל.
- ב. מי ששכרוהו למלאכה מסוימת, אף אם מקבל שכר כל חודש, דינו כקבלן.
- ג. לדעת הרמב"ם - פועל דינו כעבד ואין בשכרו אונאה, וקבלן שאינו דומה לעבד, יש בשכרו אונאה. והרשב"א והרמב"ן סוברים שבין בפועל ובין בקבלן אין בשכרם אונאה, מפני שאינם דרך מכר.
- ד. יש הסוברים שפועל גופו קנוי לבעה"ב, ויש חולקים.
- ה. יש המחלקים באונאה בקבלן, בין מלאכה שכבר בוצעה, שאין לו אונאה, לבין מלאכה שעדיין לא בוצעה, שיש בה אונאה.
- ו. אונאה ביותר משותת, כשאינו יכול בפועל להחזיר את המקח, מחזיר את האונאה בלבד.
- ז. שליח שאינה למשלחו, חוזר המקח, שיכול משלחו לומר לו "לתקוני

שדרתיך ולא לעיוותי".

ח. בדו"ד בין משלח לקונה, האם לשליח היתה הסמכות למכור במחיר שמכר את החפץ, מכח התנאי של "בין לתקוני ובין לעיוותי", י"א שחובת הראיה על המשלח, וי"א שחובת הראיה על הקונה.  
ט. אין ספק קנין מוציא מידי ודאי בעלות, משא"כ בהפקר שאין מרא קמא, אם קנה בספק קנין אין להוציא מידו.