

בית דין ירושלים

לדיני ממונות ולבירור יוחסין

תובע אחריות ממוכר על גניבת רכב

תיק ממונות מס' 1860-עב

נושא הדיון

א' קנה מכונת משומשת ("יד שישיית") מב'. הסיכום ביניהם היה שימסרו את המכונת לתיקון וחלק מהתשלום יהיה כשימסרו אותה לתיקון, והיתרה כעבור 10 ימים. א' נמנע מלדרוש רישום המכונת על שמו במשרד הרישוי בגלל חישובים שהיו לו, ודחה את זה למועד אחר.

המכונת נמסרה לתיקון אצל מכונאי ערבי בחוסאן שב' רגיל אצלו, וכמוסכם, שילם א' לב' את מחיר התיקון שדרש הערבי, וב' שילם לערבי. באותה שעה שאל א' את ב' אם אין מה לחשוש מהערבי שיזיק את המכונת ושיקח מתוכה חלקים, וב' אמר לו שהוא מכיר אותו וסומך עליו ואינו חושש ממנו. המכונת שהתה במוסך עוד כמה ימים ואח"כ הודיע לו ב' שיגיע למוסך ויקח את המכונת. א' לקח את המכונת ונסע אתה לביתו, ובאחד הימים הבאים - קודם שהגיע מועד הפרעון של השלמת מחיר המכונת - נגנבה המכונת מחצר ביתו.

הצדדים נשאלו ע"י בית הדין מאיזה שעה היתה המכונת בבעלותו של א'? וע"ז ענו תשובות שונות, אם מעת התשלום או מעת שלקח אותה מהערבי לביתו.

טוען א' שבאותה שיחה שהיתה לו עם ב' במוסך על חששותיו מהערבי, הוסיף ב' ואמר "אני מקבל עלי אחריות". תחילה הכחיש ב' שאמר כן, אך לאחר שא' טען שיש לו הקלטה משיחה שניהל עם ב', ובה אמר ב' "נכון שקבלתי אחריות, אך לא מגניבת המכונת", משיב ב' שגם אם נכונה טענת א' שקבל אחריות, אך זה היה רק על כך שהערבי לא יגנוב חלקים מהמכונת או שירכיב בהם חלקים לא אורגנליים אך לא על גניבת המכונת.

טוען א' שלפי הנראה גנב אותה הערבי שהתאים לעצמו מפתח של המכונת מהימים שהיתה אצלו לתיקון, ויש לכך כמה ראיות ואומדנות (שכן שלו ראה את המכונת חונה בלי שיחיה בה מיעשהו בפנים, וכשעלה השכן לביתו לשתי דקות וחזר המכונת כבר לא היתה שם, ומאחר והנעילה של המכונת היא ע"י מחשב, לא יתכן לפרוץ אותה בלי מחשב, וזה דבר שאינו מתקבל על הדעת בגלל ההשקעה הרבה במכונת ישנה, ובגלל קוצר הזמן של 2 דקות, ובע"כ שלגב היה מפתח מותאם, וזה מוביל לכיוון הערבי הנ"ל. זאת ועוד. אחיו של הערבי המכונאי

עבד בבנין מול הבית של א' וידע היכן המכוננית. גם המכוננאי התעניין היכן גר א' (לדברי א' הוא שאל חוקר בעל קשרים עם ערבים משתפיי"ם באיזור, והם שמעו שהגנב היה ב' כדי להבטיח לעצמו את יתרת התשלום, אך א' אומר שגירסא זו לא מתקבלת בדעתו. ב' מספר שבקש מהערבי למצוא את המכוננית תמורת כסף, אך זה לא הביא לתוצאות. א' הגיש תלונה למשטרה, אך ב' - שהמכוננית עדיין רשומה על שמו (יותר מדוייק: שם אביו) לא ראה צורך להגיש תלונה במשטרה אחרי שא' כבר הגיש).

טוען א' שמאחר שב' קבל אחריות על המכוננית שהערבי לא יזיק אותה, גם הגניבה כלולה בהתחייבות הזו, ולכן הוא תובע מב' שיחזיר לו את דמי הקדימה ששילם לו. ב' משיב שיתכן לפרוץ את האומדנות שאמר א', מה גם שלא קבלח עליו אחריות גניבת המכוננית ע"י הערבי אלא רק שיתקן אותה בלי להזיק. ולכן הוא תובע מא' שישלם לו את כל היתרה שהתחייב עבור המכוננית.

פסק דין (כדעת הרוב)

תביעת המוכר מן הקונה להשלמת תשלום המכוננית, נדחית. גם התביעה הנגדית נדחית.

(-) אברהם דוב לוין, אב"ד (-) שמואל יגר (-) טוביה גולדשמידט

השאלות לדיון

- דינו של מוכר לאחר שקבל דמי קדימה וטרם מסר את המכוננית לקונה משום שנצרך לתקנה.
- גנב שהעתיק מפתח למכוננית כשהיתה באחריות של ש"ש, ובאמצעות המפתח גנב אחרי שחזרה המכוננית לבעלים.
- אמר "אני אחראי" ולא עלה בדעתו מקרה גניבה ע"י התאמת מפתח.
- אומדנא להחזיק ממון בידי הנתבע.
- מוכר וקונה שלא ידעו שהקנין יחול בנסיעה של הקונה מדין משיכה, וסברו שקנה בכסף או ב"לקיחת" המכוננית מהמוסך, האם קונה אח"כ בנסיעה מתורת משיכה.

תשובה

א. מאחר שהמכונית דינה כשאר מטלטלין הנקנין במשיכה או בסודר אבל לא בכסף, יש לדון אם קונה בכסף מדין סיטומתא מאחר שכן מנהג הסוחרים. ומפורש הדבר בשו"ע סי' ר"א סעי' ב: וכן כל דבר שנהגו התגרים לקנות בו כגון ע"י שנותן הלוקח פרוטה למוכר וכו', וכתב הסמ"ע ס"ק ד דמה שכתב בשו"ע פרוטה היינו שלא נתן כל דמי המקח, שאם נתן כל הדמים גזרו חכמים שלא יקנה בכסף שמה יאמר לו נשרפו חטיף בעליה, אבל במקלת הדמים לא גזרו, והצין בדבריו הרעק"א בשו"ת סי' קלד (ד"ה מה"ט) לדעת הסמ"ע קונה במקלת דמים אפילו אם אין מנהג ליתן המטבע בתורת סיטומתא, וקונה מתורת קנין כסף, דבמקלת כסף אין מקום לגזירת חכמים שמה יאמר לו נשרפו חטיף, אלא שהרעק"א עלמו חלק עליו וכתב שאינו קונה. וכן הצין בדברי הסמ"ע בשו"ת חת"ם חו"מ סי' לט, ואולם המשפט סי' ר"א, ומשפט שלום סי' ר"א בשם שו"ת בשמים ראש סי' רסג, ושו"ת מהר"ש ענגיל ח"ד סי' לה אות ב וח"ו סי' קיא (ועיי' חמדה גנוזה דף נד דבעיר לאנו נתהוו פעמים רבים סכסוכים בין הסוחרים כשלא עשו רק קנין מעות דקיי"ל מעות אינן קונות במטלטלין, לכן ליווה הרה"ק מלאנו זי"ע להכריז שמהיום והלאה יהיה נגמר כל העסקים בעיר לאנו עם מעות בלבד כדי שיהיה קנין מעות קנין סיטומתא שהוא קנין גמור. ע"כ).

אמנם בשו"ת מהר"ם שיק חו"מ סי' מא פתב דהא דמהני פרוטה היינו כמו שכתב בשמ"ק צ"מ עו שנותן מטבע בלא לורה לשם קנין סודר, אבל בנתינת מעות לא מהני. ובשו"ת אגרות משה חו"מ סוף סי' נב כתב שגם לסמ"ע לא קונה במקלת הדמים אלא רק כשיש שינוי בעלם הקנין שאינו נתן לו מקלת הדמים לפרעון המקח אלא שנותן פרוטה שיחול הקנין, דקנין זה הוא מלד מנהג הסוחרים ואינו בגדר קנין מעות, ומשו"ה הוא קונה בזה, דחכמים עקרו הקנין רק כשהוא קונה בתורת מעות ולא כשקונה בתורת סיטומתא.

ובנידון דידן שילם הקונה עבור המכונית חלק מדמי המכירה, ולכן לדעת הסוחרים שקונה במקלת המעות או מדין כסף או מדין סיטומתא, אע"פ שהמכונית עדיין ברשות המוכר עד שיסיים את התיקון הנלרך לה, כבר קנה אותה הקונה והיא שלו.

ובניתיים עד שימסור המכונית לקונה נחלקו ראשונים ואחרונים אם דינו של המוכר כשומר או לא, וגם אם דינו כשומר נחלקו האם דינו כשומר חינם או כשומר שכר. עיי' חיי' הריטב"א צ"מ (הישנים) מז ב ד"ה והצ"ה, שלתירון אחד דינו של המוכר כש"ח ופטור מגניבה ואבידה (וכ"כ בתוס' עירובין פ"א ב ד"ה שמה, ותוס' הרא"ש צ"מ שם, וחיי' הריטב"א החדשים שם, ונ"י (בשיטת הקדמונים) קדושין כ"ח א, ודעה אחת בר"י מישרים נ"ט ח"ד שהצי"א הצ"י סוף סי' קלח, ותרומת הכרי סי' רג סעי' ד בדעת המהרי"ק שורש קנג, ומחנ"א שומרים סי' י"א בדעת תוס' צ"מ מג א ד"ה מאי, ודברי גאוניס כלל פ"ח סי' א בשם בני

חיי, ונפש חיה צ"מ לג, ב, ודבר אברהם ח"א סי' מ' אות ב, ודברי משה צ"מ סי' א' עמ' ג, וגדולי שמואל צ"מ מד' א' בדעת תוס' (ס), ולתירון שני בריטב"א שם דינו כש"ש "הואיל ונהנה שמוכר ממכרו", וחייב אף באונסין. וכ"כ בהמקנה קדושין כז' א' ד"ה ומקומו, ושו"ת זרע יעקב סי' לה. ועיי' אולר מפרשי התלמוד צ"מ מז' ב' הערה 116.

אמנם בשו"ת בית יהודה חו"מ סי' יט כתב שאין המוכר חייב בשמירה, וכן דעת המחנ"א שומרים סי' יא בדעת הריטב"א צ"מ מז' ב, ושו"ת בית יצחק יו"ד ח"ב סי' יז אות טו בדעת הרי"ף והרמב"ם, ונתה"מ סי' קלח ס"ק ה, ותרומת הכרי שם בדעת תוס' צ"מ מג' א' ורי"ז שם, ואחיעזר ח"ג סי' ו' אות א.

וכתב בכרם אפרים מאמר כא' בדעת הרשב"ש סי' קעח שכל אחד יכול לומר קיס לי, ואם הקונה שילם חלק מהמחיר המוכר אינו חייב להחזיר לו מה ששילם, וגם הקונה אינו חייב להחזיר לו מה שנותר חייב. ועוד, כיון שהקנין במקלט המעות מדין סיטומתא תלוי במחלוקת הפוסקים הנ"ל, יכול כל אחד מהם לומר קיס לי ואין להוליא ממנו.

ב. אם גנב העתיק את מפתח המכונת כדי לגונבה בעתיד, נמלא שהמוכר מסר לקונה מכונת שגנב מתכנן לגנוב אותה, והוא הרי מכר לקונה מכונת כדי להשתמש בה כל זמן שיראה, ונמלא שהמוכר לא מסר לו את המכונת שקנה (וידידי הדיין הגר"ט גולדשמידט שליט"א טוען שמכיון שהמכונת עברה כבר הרבה ימים, ולא' נמסר בקניה רק מפתח אחד, כאשר למכונת היו 2 מפתחות, ידע הקונה שמפתח אחד נוסף לפחות "מסתובב" בידי אחרות וקיים חשש לגניבה, ועל דעת כן קנה. ודפח"ח).

ג. כתב הרמב"ם מכירה פי"ט ה"ה ושו"ע סי' רכה סעי' ג: המוכר קרקע לחצירו והתנה עמו שכל אונס שיוולד בקרקע זו יהיה חייב לשלם, אפילו בא גוי וגזלה מחמת המוכר חייב לשלם. אבל אם נפסק הנהער שהיה משקה אותה או שחזר הנהר לעצור בתוכה ונעשית בריכה או שצאה זוועה והשחיתה אותה הרי זה פטור. שאלו וכיו"ב אונס שאינו מלוי הוא ולא עלה על לב המוכר דבר זה הפלא צעת שהתנה, וכל אונס שאינו מלוי אינו בכלל תנאי זה. ובה"ו: וה"ה לכל תנאי שבממון, שאומדין דעת המתנה, ואין כוללין באותו התנאי אלא הדברים הידועין שבגללן היה התנאי והם שהיו בדעת המתנה צעת שהתנה. ע"כ.

ומקור דבריו הוא מגמ' גיטין עג' א' ר"פ ורצ' הונא בריה דרב יהושע זצ"ל שומשמי אגידא דנהר מלכא, אגור מלחי לעבורינהו, קבילו עלייהו כל אונסא דמתילד, לסוף איסתכר נהר מלכא, אמרו ליה אגורו חמרי אפקעינהו ניהלן דהא קבילתו עלייכו כל אונסא דמתילד, אתו לקמיה דרבא אמר להו קאקי חיורי משלחי גלימי דאישי, אונסא דלא שכיח הוא. ע"כ.

ודייקו האחרונים מהרמב"ם דדוקא דבר שהוא פלא אינו כלול במה שהתחייב על "כל אונס שיוולד", אבל אונס דשכיח ולא שכיח אף שלא היה בדעתו, לא מיפטר, משום דהמוכר קיבל עליו כל אונסא דמתילד, אבל אם קבל אונס צסתם ולא אמר "כל אונס שיוולד" אינו חייב אלא אונס דשכיח. עיי' בספר המפתח לרמב"ם (פרנקל) משו"ת צ"י דיני יבוס סי' ד, ומהר"ם אלשיך סי' ס, ומהרשד"ם חו"מ סי' לג, ומחנ"א

שצעות ס"י ז, ועוד.

ובנידון דידן נראה שכיון שז' קבל "אחריות" על המכונת שלא תיזק ע"י הערצי המכונאי, התחייבותו כוללת כל נזק שהוא ע"י הערצי, וככלל זה גניבה ע"י התאמת המפתח, שהרי גם זה אונס דשכית הוא. ולדעת הסוברים שהמוכר יש לו דין ש"ש וגם צלי קבלת האחריות היה חייב בזה, קבלת האחריות רק מחזקת את החיוב שלו, ולדעת הסוברים שדינו כש"ח כיון שקבל אחריות נוסף צו חיוב על גניבה ואצידה ואונס השכית כש"ש.

אך ע"י ספר המפתח שם בשם שו"ת משיב דבר ח"ג ס"י ה דאפילו באונס המלוי אם אמדין דעת המוכר שלא בגלל זה האופן התנה זה התנאי, פטור, ובנידון דידן שגם הקונה מודה שלא עלה אז בדעתו חשש כזה, יש להאמין למוכר שגם בדעתו לא היה חשש כזה, וא"כ לדעת המשיב דבר אינו חייב. ול"ע.

ד. ע"י ז"ב קל"ז וקמו ז והרבה מקומות בש"ס שצמקום שיש אומדנא מוכחת הולכים אחריה ופוסקים את הדין בממונות על פיה. ונחלקו ראשונים אם מוליאים ממון מיד המוחזק ע"י אומדנא, ע"י רמב"ם וראב"ד אישות פט"ו הכ"י ומ"מ שם, וב"י חו"מ ס"י טו, וע"י מהרי"ק ס"י עז, ומהרי"ט ח"ב אבהע"ז ס"י כז, ושו"ת חת"ם חו"מ ס"י סז, וש"ס ש"ד פ"ו וש"ו פכ"ז, ונתה"מ ס"י טו ס"ק ז, ושע"י ש"ג פ"ג, וקובץ שעורים ז"ב אות ל.

וכיון שנחלקו בה ראשונים, נראה שאין להוליא ממון מיד המוכר אע"פ שהאומדנא מורה שאכן הערצי הוא הגנב ע"י מפתח שהתאים לעלמו צימים שהמכונת היתה אללו לתיקון, ומאידך אין הקונה חייב לשלם למוכר מכיסו את יתרת התשלום עבור המכונת.

ה. פסק בשו"ע ס"י ר סע"י ח: הכנים הלוקח את החמורים לציתו עם התצואה שעליהם, אותה משיכה אינה כלום אפילו פסק הדמים ומדד המוכר על החמורים לא קנה. ויש מי שאומר שאפילו מדד לוקח על החמורים לא קנה שלא נתכוין למשיכה ולקנות במדידה זו, דלמדידה בעלמא נתכוין. וזרמ"א: וי"ח וס"ל דאם מדד לוקח קנה. וכתב צנתה"מ ס"ק יד דהיכא דהמוכר והלוקח נתרלו שניהם צפיסוק דמים זה לקנות וזה למכור, א"כ כמו דאמרינן צלוקח שלא נתכוין בשעת מדידה לשם קנין לקנות אלא היה בדעתו למדידה בעלמא, ה"כ אמרינן צמוכר שלא נתכוין במדידה זו להקנות רק למדידה בעלמא, דהא המוכר והלוקח היו שוין צרילוי זה.

אברהם דוב לוין.

ב

כלענ"ד דניד"ד שייך לה"ו צרמב"ס פ"ט ממכירה, דעיי"ש שכתב וז"ל: וה"ה לכל תנאי שצממון שאומדין דעת המתנה ואין כוללין צאותו התנאי אלא הדברים הידועין שבגללן היה התנאי והם שהיו בדעת המתנה צעת שהתנה. עכ"ל.

ולכאורה סותר דבריו, שכתב בה"ה דרק "אונס שאינו מצוי ולא עלה על לב המוכר דבר זה הפלא" אינו

בכלל התנאי, אלא שתירצו גדולי האחרונים, והוצאו צם' המפתח צרמז"ס פרנקל, ה"ה מהר"ם אלשיך סי' ס, והסכימו עמו בצעי חיי סי' קנ"א ד"ה תשובה, ובמטה שמעון חו"מ סי' רכה בהגה"ט אות ל', וכן בכנה"ג שם הגה"ט אות מח, דמה שכתב הרמז"ס בה"ה איירי כשקיבל עליו כל אונסא דמיתילד, וזוה קיבל ע"ע כל אונסים שיצאו, מלצד אונס שאינו מלוי כלל, משא"כ בה"ה איירי שקיבל ע"ע אחריות צמתס, וזוה אמדינן דעתו ואין כוללין באותו התנאי אלא הדברים הידועין שבגללן היה התנאי. ולפי"ז צניד"ד שקיבל על עצמו אחריות צמתס, ולא הדגיש שום דבר נוסף, וגם לטענת התוצע לא עלה על דעתו להתנות על גניבת הרכב מלד הערבי ע"י התחמת המפתח, הרי שאין בכלל ההתחייבות אלא מה שהתכוין לזה.

וצאשר לטענת התוצע על אומדנא דמוכח שהערבי הוא הגנב, נראה שעד שלא יציא אסמכתאות לדבריו אין כאן אומדנא דמוכח.

ולפי מה שהתחדש בדיון האחרון שהמכונית היתה משומשת והיתה יד שיטית, לכאורה אין כל הוכחה שהיא נגנבה ע"י הערבי, משום שהמפתח מסתובב אלל הרבה אנשים. כמו כן הקונה קיבל רק מפתח אחד צקנייתו, צו צומן שידע צצקניית מכונית חדשה מקבלים שני מפתחות, הרי שמלצד כך שהמכונית הסתובבה אלל הרבה אנשים שיכלו לשפול את המפתח, הרי צרור שעוד מפתח אחד נמלא אלל אדם שלישי או אלל המוכר. א"כ הסצירות הגבוהה שטען הקונה כאילו שהדברים מוכיחים שהערבי הוא זה שגנב אינו כ"כ מוכרח, ואין כאן אומדנא דמוכח.

וצדין קניית המכונית צמקלת הדמים ששילס צעדה, נראה דנחלקו צוה האחרונים, ע"י פת"ש סי' רז ס"ק יג צסם שו"ת מים חיים דאין כוונת הסוחרים לקנות צאדרויף רק שיהיה האדרויף מחול לון אס יחזור הלוקח, וצמנחת פתים חו"מ סי' קל ס"ק י הביא צסם שו"ת צית שלמה יו"ד ח"צ סי' קפז דפשיטא ליה דקונה צאדרויף, וע"ש צמנחת פתים שדעתו דיש צוה שני העניינים אי' דקנה נגד הכל צאדרויף וגם דאס חזר צו מחול למוכר, עיי"ש.

וצשו"ת דבר יהושע ח"ג סי' יצ דן צוה צארוכה ומסיק דתלוי צמנהג הסוחרים, דהיכא דהמנהג הוא דכוונתם לקנות צדמי קדימה קונים צו נגד הכל, והיכא דאין כוונתם לקנות צו אין קונים צו.

ומ"מ צניד"ד גם אס לא קנה את הרכב צקנין כסף אעפ"כ קנאה צמשיכה כשנהג צה צרחוב לדדי או כשחנה צחניה ליצורית, וע"י צמשפט שלום סי' קלז ס"צ צסם שו"ת מהרי"ל סי' רי [סי' קפ צהול' מכון י-ס] דמצואות שלנו אותס שהס מן הלד אינס כשווקים ולא לעיקר הילוך פילוש של צני העיר יש להס דין סימטא. ע"כ. ומכאן, דלגצי קניית רכב צרחובות לדדייס שהנהג הוא שאפשר גם לחנות ולהתעכב שם, אפשר לקנות צו צמשיכה. וכן נקט להלכה צפתח"ח קניינים פ"ו הערה י. ומסירת המפתח הינו כאמירת לך משוך וקני דעל ידו מהני קנין המשיכה, ע"י צשו"ע סי' קלצ סע"י צ דמהני לגצי קרקע, ולא גרע ממשכוכית צסי' קלז סע"י ד, וכ"כ צפעמוני זהב סי' קלז סע"י ג.

וע"י "משפטיך ליעקב" ח"ה סי' ז לגצי קניית רכב צמשיכה ללא העצרת צעלות צמשרד הרישוי. אמנס אין זה שייך לניד"ד, כיון שסוכס צפירוש שהעצרת הצעלות תהיה צמועד מאוחר יותר, ואילו קניית הרכב צפועל תהיה עוד קודם לכן.

שמואל יגר.

א. הגה כאשר ראה אי את אותו ערבי הוא חשש ממנו ושאל את בעל הכרז האם בעל המוסך נאמן, והשיב לו שהוא אחראי עליו. נראה דכוונתם הן של הקונה והן של המוכר היתה לאחריות כזאת היוצרת כשלעצמה התחייבות, ולא כתנאי צמכירה, שהרי הכסף ניתן בנפרד כדי להעביר לערבי, ואחריות שניתנה באופן כזה דומה לנידון שבתשובת הרא"ש המוצא בטור סי' רז בראובן שהיה לו פרה לשחוט ושמעון אמר לו שחוט ואם תמלא טריפה אתן לך וכו', והשיב הרא"ש דאין כאן קנין, וכתב הב"י דכיון דלא הימניה שהרי נתן משכון, אין כאן משום ערב. ולפי"ז צניד"ד שלא נתן משכון י"ל דיש בזה משום ערב. ועוד כתב הב"י די"ל עוד דלא נחית משום ערבות אלא דרך מקח וממכר, ובקל"ח הקשה למה אין כאן משום דינא דגרמי, עיי"ש. אך צניד"ד שהנזק לא היה מיד וגם לא היה ודאי ולא היה שכית (עיי' סי' שפו) אין לחייבו משום גרמי.

ב. וכיון שלא הוזכרו בטענות שציניהם שהאחריות היתה תנאי צמכירה, נראה דאין לצי"ד לחדש זאת, עיי' סי' יז סעי' יב. זאת ועוד. כיון שהקונה לא הזכיר צדיצורו צעת הקניה שהאחריות היא תנאי צמכירה, הרי שגם אם היתה כוונתו לכך, אין זה אלא דברים שבלב, שהרי אין כאן אומדנא לומר שזה היה תנאי צמכירה.

ואת לשון האחריות שאמר המוכר נראה לפרש שהוא מוגבל למקרים מסויימים, ואין לדמותו ללשון כולל כמו התחייבות לאונס וצודאי שלא ללשון "כל אונס דמיתילד" שדנו בו האחרונים אם כולל גם אונס שלא עלה בלבו באותה שעה שכיון שאמר כל אונס אין הלשון ממעט אונס שלא חשב עליו, דשאני לשון "אני אחראי" שהוא מלכתחילה לשון מלומד, ולכו"ע לא כלול בו מקרה שלא חשב עליו, ולכן צניד"ד שהאחריות היתה על נושא התיקונים שעמד צפניהם צמוסך אינו כולל אחריות מפני התאמת מפתח לצורך גניבה צעתיד שלא עלה על דעתם באותה שעה.

ומה שכתב הרמב"ם בהלכות מכירה שבא גוי וגולה כלול באונס שקבל על עצמו, נראה דזה דוקא כשאגבה מחמת המוכר, דלכתחילה היתה ריעותא צמכירה. וצניד"ד על הקונה להוכיח שהערבי גנב את המכונית בגלל חוב של המוכר אליו, ואז יהיה המוכר חייב כיון שהיתה ריעותא צמכירה.

ג. צסי' טו הביא המחבר את דברי הרמב"ם דדיין יכול לדון אם לבו סמוך וצטוח וכו'. ואין כוונת הרמב"ם לומר דהוכחה שהיא רק צגדר אומדנא סגי לצירור צדיני ממונות, אלא דידיעת הדיין הוודאית סגי גם בלי הוכחות מספיקות (עיי' אבי עזרי), ובנתה"מ ס"ק ב כתב דלא סגי אפילו אותה אומדנא אלא רק כדי לארועי שטרא, ועיי"ש צ"מלואי משפט" מהאחרונים דצעינן ידיעה שיכולה להתצרר לכולם (חיי הרי"ס וחזו"א), או אומדנא לכל העולם (נתה"מ וערך סי'). ובשערי ישר כתב דהוכחה צגדר ראה שכלית מהני לממון. וא"כ צניד"ד שאין אומדנא דמוכח באופנים הנ"ל לומר שהמוכר גנב בגלל החוב שחייב לו הקונה, אין לדון את המוכר על פי האומדנא. אמנם לפי האחרונים שכתבו צדעת הר"ן דאם אין מי שמוחזק צממון אפשר להוליא צסימנים (עיי' שע"י ואבן האזל), צניד"ד שהקונה מוחזק צמעות המקח הנותרים יש לדון עפ"י ראיות שהן לכל הפחות צגדר סימנים. אלא די"ל כיון דאותן ראיות נמסרו לדיינים עיי' הקונה ששמע מהחוקר שהתבסס על מה ששמע מהמודיעים שלו, אין בזה כדי לדון על פיהם, וגרע

מסימנים.

ד. ויש לזרר האם להלכה המכונית כבר נקנתה לקונה לפני הגניבה. ובאזיה קנין היא נקנתה, או שעדיין היתה המכונית של המוכר וכיון שנגנבה בטל המקח ועל המוכר להחזיר את תחילת התשלום לקונה. ואם ננקוט שנהיגה במכונית הרי היא כמשיכתה, כיון שאין משיכה קונה צרה"ר אינו קונה צנהיגה אלא צסימטא או בחצר של שניהם. ובניד"ד י"ל שהחניון הליצורי צין הצנינים דומה לסימטא וקונה זה. עוד יש לדון אם קונה זה מדין סיטומתא, אך נראה דצימינו לא נקבע לה קנין מיוחד צין הסוחרים אלא לפי מה שקבעו ציניהם המוכר והקונה, ולפיכך נראה שלא מסירת המכונית לקונה ולא מסירת המפתח ולא תשלום מקלת הכסף אינם נחשבים לקנין סיטומתא. אמנם אם כבר היה משלם את כל הכסף וגם המכונית כבר היתה צרשותו אז ודאי היה קונה, דלא גרע מחכירה דשלצ"ל שכתב צשו"ת הרא"ש כלל יג. סי' כ (הוצא צפת"ש סי' רח) דאע"ג דמן הדין אינו קונה אצל מכיון שאלל כולם הוא קנין ויש צזה סמיכות דעת אינו גרוע מסיטומתא. ונראה דכיום צרוצ הרכישות שהחפץ הגיע לקונה צלי קנינים שעפ"י תורה, כיון שמוכס על כו"ע שהחפץ שיך לקונה הרי גם מד"ת הוא שיך לקונה.

ה. צשו"ע סי' קלז סעי' ג פסק דמשיכה צריכה להיות צפני הצעלים או דיאמר לו לך חזק וקני, וכן צסי' רח סעי' א לענין סיטומתא. וכיון דבניד"ד המוכר לא אמר לקונה לך חזק וקני והנהיגה שנהג זה הקונה נעשתה שלא צפני המוכר נמלא דלא היה כאן מעשה קנין. ואע"ג דמלאנו צקנין קרקע דמסירת המפתח היא כלך חזק וקני, אצל בניד"ד שהמכונית היתה צמוסך ורק לאחר כמה ימים שהמכונאי הערצי סייס לתקנה מסר לו המכונאי את המפתח, אין להחשיב את זה כלך חזק וקני. ועיי' היטב צסי' קלז סעי' ו: האומר לחצירו משוך ותקנה או חזק ותקנה וכיוצא דצברים אלו והלך ומשך או החזיק לא קנה, שמשמע תקנה להצא ועדיין לא הקנה לו, וה"ה לאומר לו משוך חפץ זה לקנותו. ובהגה: אלא ל"ל משוך וקני או חזק וקני (טור צסס הרמב"ם). ע"כ. וכיון שהמוכר אמר לקונה כשהמכונית היתה עדיין צמוסך "מלידי המכונית שלך", או "כבר שלך", הרי שצזה כאילו אמר שכבר אי"ל מעשה קנין, וא"כ דיצור זה צמהותו סותר כל הענין של לך חזק וקני, ולכן בניד"ד נראה דלא קנה הלוקח. וכן גם מה שנאמר ע"י המוכר צצית הדין דצמוסך לאחר שקבל מהקונה את הכסף להעציר לערצי עבור התיקון, ניקה את המכונית והוליא ממנה את כל חפציו שנשארו זה, ואז אמר לקונה "מלידי הרכב מכור", לשון זה מורה שלא היתה לו לפני זה צעת קבלת הכסף שום כונה לקנין ע"י הכסף, וגם לא לסיטומתא.

ו. ואע"ג דהיה מקום לומר שאמנם לא קנה הלוקח את המכונית, אצל כיון שהמכונית היתה צרשותו היה עליו לשומרה עבור הצעלים שלה, וחייב עליה צגניבה ואצידה, זה אינו, דכיון דשניהם סצרו שהמכונית שייכת כבר לקונה נמלא שניהם לא התכוונו לקבלת חיוצ שמירה, ולא מלאנו חיוצ שמירה שלא צכוונה זולת צאצידה שהתורה חייצתו צשמירה.

ז. ואם כי אין לדיין להיות כעורכי הדיינים ואין ללמד את הקונה לטעון טענה שלא טען אותה, ובניד"ד אין לטעון עבורו טענת פטור שעדיין לא קנה את המכונית, מ"מ נראה דבניד"ד שהקונה טען להיפטר מתשלום הקניה, והצ"ד מולא שצאמת אין לחייבו, צכה"ג אין זה נחשב לעורכי הדיינים, דאיך יוכלו הצ"ד לחייבו ממון כצזה אינו חייב עפ"י דין. ועיי' "סדר הדין" פ"ו הערה נא (ועיי' שו"ת הרשב"א ח"ב סי' שג דכל שהצ"ד מכירין שאינו נמנע מלטעון כן אלא ממיעוט ידיעתו והדבר קרוצ לפי ראות צית

הדין שהיה כן, כמו שאמרו בשמא פרוזבול היה לך ואבד, וממנה בית הדין דן בכל שיראה צעינו שהוא האמת, שלא בחרה התורה השלימה והאמינית רק בדרכי האמת, ומפני זה אמרו טוענים ליורש וללוקח וכן כל כיו"צ. ע"כ. וכע"ז בשו"ת הרשב"א ח"ב סי' תד וח"ז סי' תפג, ותשובות ופסקים לחכמי אשכנז סי' פט בשם הריב"א. ועיי' שו"ת פניי ח"ב סי' פז הוצא בפת"ש סי' יז ס"ק כד דודאי הוא שבי"ד יפסקו עפ"י הלכה ואל"כ לא מלינו ידינו ורגלינו בצית המדרש. ועיי' כפות תמרים סוכה לד ב דדבר שאינו תלוי בטענות אלא בדין טוענים לו. ועיי' ישועות ישראל סוף סי' יז שאם טועה הצע"ד בדבר מפורש חייבים לטעון לו משום השבת אבידה. ועיי' שו"ת הרא"ש כלל לט סי' ו הוצא בטור סי' קנד סעי' יב, וז"ל: ומלוא לומר לשמעון שאינו מחוייב להרחיק, דהשבת אבידה היא כי טעו בדבר משנה שחוזר הדין. ע"כ. ועיי' באר שבע סי' עא סוף ד"ה צדק הוצא בש"ך סי' יז ס"ק טז, ועיי' קובץ תשובות למרן הגרי"ש אלישיב שליט"א ח"א סי' קאז בארוכה).

אמנם צמה שנוגע לתביעה של הקונה להחזר הכסף והוא אינו יודע לטעון שהמקח התבטל, כאן שהגידון הוא להוציא כסף מהמוכר אין לבי"ד ללמדו לטעון ולהוציא, אמנם נראה דכיון דיסוד הדין שלא ללמד טענות ולהיות מעורכי הדיינים ללמד מצדק תשפוט עמיחך והוא להשוות את שני הצעלי דינים, צניד"ד נמלא דהטענה הזו שבי"ד טוענים עבורו הומל"א ע"י התביעה של המוכר להשלמת דמי המקח, דע"י תביעתו להוציא כסף מהלוקח הולרכו צי"ד להכריע דהמקח בטל ולדחות את תביעתו, וכיון שטענה זו קיימת בתביעה שביניהם ונמלא דטענת הלוקח לא הגיעה אליו ציוזמת הבי"ד, ואין בזה משום אי השוואה בין הצעלי דינים.

ונראה דיש להכריע דהמקח בטל ועל המוכר להחזיר ללוקח את מה ששילם לו.

טוביה גולדשמידט.