

# דין ודברים

עניני חושן משפט

שכט תשס"ח

יוצא לאור ע"י מסיכות - ארגון להפצת תורה



## דין ודברים הלכתי בחושן משפט



### בדין העתקת תוכנות וקלטות

הרב אלחנן פרץ שליט"א

מרא דאתרא רמת בית שמש ב'

רבים מן הספרים קלטות ותוכנות היוצאים לאור מלווים באזהרות חמורות לא להעתיק ובספרים יש מהם והאזהרה לא לכרוך ולא לעטוף במטרה שכשהספר יקרע יוכרח הקונה לקנות חדש ויש והאזהרה היא לא להשאיל. כבר נכתב רבות בכל זה ויש להתבונן האם יש חובה לשמוע לאזהרות אלו או שאין לחוש כלל. ושני דברים פשוטים בזה האחד דפגיעה בפרנסתו של המייצר יש בה איסור והמדובר במאמר זה על העתקה לצרכים אישיים בלבד ולא להפצה ברה"ר. השני דהרמב"ן ז"ל כתב על הפסוק "ועשית הישר והטוב" שיש לחשוב בכל עשיה מהו רצונה של התורה ומה הראוי לעשות ואפשר ובהעתקה יש איסור זה. כל דברינו להלן לענין איסור גזל וגניבה לבדם ואציע בזה את הדעות השונות והסברות שבהם בקצרה ובפרט את דעת מור"ר הגר"ח"פ שיינברג שליט"א. עוד יש להעיר שהבאתי את הדברים לעיון בלבד בחינת יגדיל תורה ויאדיר וראוי להיוועץ תמיד במורה הוראה עוד אוסיף שחלק מהדברים מפי השמועה ולא נמצאו כתובים ויש להתייחס לזה בהתאם.

#### דעת המתירים

א. נתפרסם בשם הגר"צ אבא שאול זצ"ל (ע"י הרב א.א.) ובשם הגר"ז אויערבך זצ"ל (ע"י הרב ר.ע.ג. והרב ש.ז.) שאין איסור העתקה כלל בכל הנזכר לא קלטות ולא ספרים וכ"ו ואין איסור גזל בזה ואף שהגר"ז א"ה התבטא למה לעשות כן? והיינו שיש להימנע מבחינה מוסרית אבל איסור גזל אין בזה. (ויש להעיר ששמעתי עדות אחרת בשם הגר"ז א"ה בזה.)

ו.סברתם כיון שהקונה זכה בקלטת זכיה מוחלטת ומותר לו לאבדה ולעשות בה כרצונו הו"ה שיכול להעתיק והתנאי כידוע אינו תנאי שהרי הבא להחזיר את הקלטת כשעבר על התנאי אין המוכרים מוכנים לקבל ממנו גם אם מביא עימו דמי שימוש כי גם הם מבינים שהמקח הוא מקח גמור ובפרט שתנאי זה לרעתם בלבד.

ואף שיש למייצרים זכות בחכמתם והם מקפידים שלא יקח אדם את חכמתם וזמרתם ללא תשלום אין לחוש לזה כיון שהפקירו אותם ברה"ר וכל דכפין יכול להעתיק ועושה כן ובכ"ז הפקירו את חכמתם שכל אחד יכול להשתמש בה הרי חכמה זו נחשבת הפקר וכל הרוצה לזכות יבא ויזכה. משל למניח פירותיו ברה"ר ומכריז שכל הלוקח גזלן אם המציאות היא שהפירות נלקחים ע"י הרבים הרי הם הפקר ומותר לכל אדם לקחתם. וראה חו"מ רס"א לענין אבידה מדעת.

ויש להוסיף שאם בהפעלת מסך המחשב מופיעה אזהרה שמודפסת ע"ג התוכנה "אסור להעתיק" אין בזה ממש מבחינה הלכתית לדעה זו אחר שהפקיר אדם את חכמתו ויד הכל ממשמשת בה.

## דבר העורר



"מי יעלה בהר ד'... נקי כפים"

בספר המספיק לעובדי ד' (לרבינו אברהם בן הרמב"ם) כתב: עשר שנות צום מתוך חסידות לא יספיקו לפרוטה אחת מן הגזל.

עניניו של איסור זה ענפיו ופארותיו חמורים מאוד ובקובץ זה שיצא כפעם בפעם ימצא הלומד מאמרים תורניים בעניני חו"מ נזיקין ואיסור גזל.

וכבר כתב רבינו המס"י להוכיח מן הפסוק באיוב "בכפי לא דבק מאום" שבאיסור גזל יש צורך בנקיון כפים ובזהירות מאבקו של האיסור וק"ו מהאיסור עצמו.

ומפורסם הסיפור עם ר"א גלאנטי שאמר לו רבינו האר"י ז"ל שיש על מצחו עוון גזל ואחר בירור רב התברר שהחסיד בטעות פרוטה מאלמנה אחת ועל זה ניכר היה עליו עוון גזל שנעשה בשוגג.

לא נגמר גזר דינם אלא על הגזל המיוחד באיסור זה שהוא מלוה את האדם גם אחר המעשה עד אשר יקיא איסור שבלע וכתב הגר"א ז"ל: גם ביום הכיפורים בעודו עומד ובוכה לא זו מעבירה זו שבידו.

יתן ד' והתחלה צנועה זו אבן מאסו הבונים תהיה לראש פינה ונוכל להעמיק חקור ולברר גדריהם ועניניהם של דיני ממונות.

ב. אכן בשו"ת אג"מ (או"ח ח"ד סימן מ' סק"ט) כתב: "אבל לעשות טייפ אחר (הקלטה) מטייפ אחד שלא ברשות הוא איסור גזל". וכן נתפרסם בשם הגר"ש אלישיב שליט"א ובשם הגר"נ קרליץ שליט"א. וכתבו סברא בזה כיון שחכמתו של האדם נמצאת בתוכנה או בקלטת יש לו בעלות על חכמה זו ובפרט היום שמוכרים בכסף המצאות וחכמות ומקבלים כסף על יצירה א"כ הוא שוה כסף והלוקח חכמתו של חברו ע"י העתקה בקלטת הרי גזלן הוא. ובקובץ אור תורה כתבו להחמיר בשם הגר"ע יוסף שליט"א ולא כתבו טעם לדבריו ואפשר סברתו כנ"ל. ובשם הגר"ח קניבסקי שליט"א (במכתב) נראה שאוסר מן הדין ומתיר בהעתקה אישית כשאין המוכר מקפיד בזה. ולדעת האוסרים מוכר ספר יכול להגביל שלא יקחו את חכמתו אבל לא יוכל להגביל את כריכת הספר כי קנינו הוא קנין החכמה וזכותו לדרוש שלא יעתיקו את חכמתו אבל בחפצא של הספר אין לו קנין כלל ולכן לא יוכל לדרוש דרישה כזו. ברם ענין זה של קנין החכמה צריך תלמוד וראוי להתייגע בדברי הפוסקים הנזכרים להבין מקחם בזה. כי בפשוטו ענין של גזל שייך בדבר שיש בו ממש וכמו שאי אפשר להקנות ריח התפוח כמ"ש בשו"ת הרא"ש סימן י"ב כן לא שייך גזל בדבר שאין בו ממש. זאת ועוד ענין גזילה בפשוטו בנוי על חסרון ממון של פרוטה או פחות משו"פ אבל גזל שאין בו חסרון ממון אין בו גזל ובנדון שלנו הרי הלוקח חכמה לא חיסר מחכמת המייצר אלא רק הוסיף לעצמו חכמה ומה בכך.

ודין "יורד לשדה חברו" גם לא שייך בזה לומר שהמקליט הוריד את חכמת המייצר הזמר לתוך הקלטת והשביחה וא"כ המייצר הזמר נחשב משביח ויורד לתוך שדהו. זה אינו כי בדין יורד בעיני חסרון הבעלים כמו פועל שנותן עבודה אבל אדם שלא נותן כלום מעצמו וע"י השתבח רכשו של השני אין בזה לכאורה דין יורד. זאת ועוד כל דבר שמותר ללוקחו אין דין יורד למי שלקחו וכיון שחכמה זו אין בה ממשות ואין בה גזל הלוקח אינו חייב ממה "שירד" הזמר לתוך הקלטות שלו. ומה שהמייצרים לוקחים תשלום על יצירתם מ"מ המקליט לא רוצה לשלם ולא התחייב לשלם כלל. ובדבריהם אין תשובה לסברת הפקר שהבאנו בראש הדברים. ומ"מ בודאי יש לעיין בדבריהם להבין דברי חכמים וחדיתם.

#### דעת המתירים העתקה ממועתק

ג. והנה אמר לי מו"ר הגר"ח פ' שיינברג שליט"א בכל זה דבר חדש וס"ל דיש איסור גמור בהעתקת תכנות וקלטות. וטעמו דהמוכר משייר בעלות בעצם הקלטת (בפלסטיק) כדי שלא יוכל אדם להשתמש בה שלא כרצונו ואף שאין הוא מקפיד אם הקונה יאבד את הקלטת מן העולם, ואדרבא חפץ הוא בכך, מ"מ כל זמן שהיא תחת יד הקונה יש למוכר שיוור בקנין ובעלות בקלטת והקונה המשתמש בלי רשות הרי הוא שואל שלא מדעת דקי"מ גזלן הוא. ואף ששיוור זה לא מוזכר על גבי הקלטת ומוזכר לשון תנאי בלבד מכל מקום כן הוא רצון המוכר בודאי בדרך המועילה ורצונו בשיוור זה וסברא של המוכר כאשר רשום על גבי הקלטת התוכנה וכ"ו.

וכששאלתי כיון שדעת שו"ע הרב שאין איסור שלא מדעת בגוי וראה בזה באורך בספר פתחי חושן אם כל יסוד איסור העתקה משום שואל שלא מדעת א"כ יותר להעתיק מקלטת של גוי דרך שימוש של "שאלה" ולא בדרך הפקעה וגזל והשיב שאכן כן מותר להעתיק קלטת של גוי מסיבה זו וכמובן אם אין יד יהודי באמצע. אכן משמעות המ"א או"ח סימן תע"ב דיש דין שואל של"מ בגוי לענין שימוש במשכון של גויים לפסח. ולחשבונות אלו ולסברת שיוור במקח יוצא שאדם השומע ממקלט (רדיו) ומקליט את השיר (וישנה

הקפדה של הזמרים לא להעתיק גם ממקלטי רדיו) אין בזה איסור דהאיסור על עצם הקלטת שאין היא קנויה באופן מוחלט לקונה אבל מי שלא נוגע בה ולא עושה בקלטת שום שימוש לא יהא אסור. ולפי זה מי שנזדמנה לידו קלטת והיא עצמה אינה "מקורית" יהא מותר להעתיקה כי כל היכא שאינה מקורית לא שייך בה שום שיוור. נמצא דלהגר"ח פ' שיינברג שליט"א מותר להעתיק א. מקלטת שאינה מקורית. ב. מרדיו. ג. מחבר המשתמש בתנאי שהחבר לא משתמש עבור המקליט.

#### סברת שיוור במקח והערות על כך

אבל דא עקא שיש להתאבק בעפר רגליו של מו"ר הגר"ח פ' שיינברג שליט"א בזה ובטענות דלהלן. הלכה היא שהמקנה כלי לגוי ושואלו ממנו, פטור מטבילת כלים וכתב על זה ה"ט"ז (יור"ד ק"כ סק"ח): "נראה לי דהאי תיקונא אינו אלא לפי שעה אבל לאחר השבת (אם יעבור זמן רב) כיון שישתקע עולמית ביד ישראל ודאי הוי כלקוח בידו". ומבואר בדבריו דבר פשוט ד"שאלה" שייכת לזמן קצר אבל "שאלה" שהמשאיל שכח מהחפץ ואין לו ענין וידיעה בה כלל ואין שום זמן שהשואל חייב להחזיר אין כאן השאלה כלל ומעתה איך יתכן דהמוכר משייר בקלטת והשיוור יסאר קיים גם אחר זמן רב הרי השתקע שמו כליל ושכח את הקונה ואת כל המקח ואין לך השתקע גדול מזה. ועוד הרי הקונה יכול לזרוק את הקלטת לאשפה ולאבדה והרי זה פשוט שקלטת אבודה המוצאה הרי היא שלו כולל חלק השיוור שהרי כשנאבדה נאבדה מכל הבעלים ומהמוכר ומהקונה. והמוצאה הרי היא שלו וכיון שהקונה יכול לאבדה ואין הקפדה על זה מהמוכר נמצא שאין זו בעלות כי בעלות שתלויה בידו של אחר ובידו לבטל את הבעלות במחוי יד לכאורה אין זו בעלות וכעין מיגו הוא זה במיגו שיכול לאבדה ואז אין למוכר כלום בקלטת זו כבר עתה משתמש הוא בחלקו של המוכר ומפקיע את בעלותו באותה זכות ויש לעיין בזה. עוד יש לשאול הרי ביאור המושג "בעלות" הוא "השתמשות" ואם אין לאדם שום שימוש אין הוא בעלים וזו הסיבה שאין מושג "זכיה" באיסורי הנאה כמ"ש המחנ"א ה' זכיה מהפקר ובנידוננו הרי אין למוכר שום השתמשות. גם סברת "שיוור" זו צריכה ראיות שהרי המוכרים לא מזכירים כן בפיהם זאת ועוד הזכירו תנאי ולא הזכירו שיוור. וגם אינם מבינים כלל אפשרות כזו ששייך שיוור ואין זה נתפס בדעתם וראיתי שהביאו ראיה מהנתיבות (רי"ב סק"ד) דס"ל שכל תנאי שאם יתפרש כתנאי לא יהא תנאי הכונה לשיוור יעוין שם [ועוד הביאו ראיה מהא דסו"ס רנ"ג (בהלכות צדקה) דמשמע שראוי לחשוש לדעתו של הנותן אכן שם הנידון אם בעלי החובות יחששו אבל העני יכול לעשות בכסף כרצונו]. וראיה זו אינה מספקת להשיב על השאלה שהרי במשך הזמן "משתקע שם הבעלים". והיה מקום לדון שהמוכר יכול לטעון מקח טעות וכל המקח בגזל ויש להשיב גם על זה ואכמ"ל.

#### העתקה במקום ספק

ד. אחר שנתבאר שיש בזה מחלוקת ואפשר הלכה בזה ספק של תורה לחומרא. רציתי להעיר הנה רבות פעמים יש להסתפק אם אכן המוכר מקפד וכגון המעתיק שיר אחד או אדם המעתיק ואין הוא

חושב לקנות כלל או במקום שהתוכנה ישנה מאוד ועבר זמנה ואין הוא מוכר ממנה עוד וכשהספק שקול יש להתבונן האם מותר להעתיק בהאי גוונא. ולענ"ד כיון שיש ספק אם איסור בדבר כל היכא שיש ספק נוסף הו"ל ספק ספיקא וקיימ"ל דס"ס מותר בכל התורה כולה. ואפרש שיחתי הדלה בזה מן המפורסמות מש"כ התוס' בכתובות (ט). דס"ס מהני להוציא ממון והקשה הפנ"י הא ס"ס מדין רוב וכמו שרוב לא מוציא ממון כן ס"ס יוציא ממון וכ"כ הרמב"ן (שם דף יב). וכבר האריכו לישב דשאני ס"ס שגדרו "אין מקום להסתפק" ולכן מוציא ממון.

וידוע דבכל ממון יש תרתי א. "מוחזק" וכמו שכתב הנתיבות (סימן ל"ד סקט"ו). וכונתו שעצם החזקה מחייבת את המוציא להביא ראיה. ב. "חזקה" ממש כמו באיסורים והדברים מפורשים באחרונים ובמהרי"ק (שורש ע"ב) שכתב: "דחזקת הגוף מהני דאין לנו לבדות הנולד וכ"ו ומשו"ה דין הוא דאיכא למימר אוקי ממזנא בחזקת מריה". ויש להתבונן מדוע רוב וס"ס לא מוציאין ממון לחולקים על תוס' והרי רוב מהני נגד חזקה ובהכרח דיסוד הענין משום דרוב לא מהני נגד "מוחזק" ולכן גם ס"ס לא מהניא נגד מוחזק. ומעתה בנדו"ד לדעת הגר"ח"פ שיינברג שליט"א הא אין המוכר "המשייר" מוחזק כלל והקונה אינו שומר כלל ומותר לו לאבד רכוש זה א"כ אין המוכר המשאיל נחשב מוחזק [משאיל סתם נחשב מוחזק כי השואל שומר עבורו] גם לדעת הגריש"א שליט"א קשה לומר דבעלי החכמה נחשבים "מוחזקים" בחכמה, דגדר מוחזק היינו "תפוס" וסברתו מהכ"ת להוציא מתח"י אבל חכמה זו בחוץ תרונה והיא בראש חוצות נמצאת ולא תחת ידו של המייצר.

וא"כ יועיל ס"ס להחזיק את הממון לכו"ע לדעת התוס' בודאי דהרי ס"ל דס"ס מהני להוציא ממון וגם לדעת החולקים משום דאין זה ס"ס להוציא ממון אלא להחזיק וזה לכו"ע מהני ס"ד. ולכן בכל מקום שיש ספק ברור שמא המוכר מתיר להעתיק אפשר לצרף את דעת המתירים ולהחשיב זאת לס"ס. [ובפרט אם מדובר "בחברה" ולא באדם פרטי יש מקום לצרף לזה מש"כ בשו"ת מהרי"א הלוי לגבי ממון שאין לו בעלים והעיר על דבריו בשו"ת מנחת שלמה אכן דעת מו"ר הגר"ח"פ שיינברג שליט"א לסמוך על סברא זו ואם קטן הוא המעתיק יש לסמוך על מש"כ הב"י (או"ח רס"ט) דמותר לקטן לסמוך על דעת המתירים במקום מחלוקת. ואם הוא דחק גדול יש להסתמך על מש"כ הרמ"א (חו"מ כ"ה) דמותר לסמוך ע"ד יחיד וצ"ע בכל זה].

ולסיכום יש אוסרים העתקה באופן מוחלט ויש מתירים רק העתקה לא מקלטת מקורית ובמקום ספק אמיתי כגון קלטת ישנה או הקלטת שיר אחד או המקליט ואינו חפץ לקנות בשום מצב בכל אלו כיון שיש ספק שמא אין הקפדה מצד המוכרים והמיצרים ואת"ל שמקפידים שמא הלכה כהפוסקים המתירים כיון דהוי ס"ס יש מקום לשקול להתיר זאת.

ובנידון המדובר מי שהעתיק באיסור יש להתבונן כמה ישלם כי לסברת הגר"ח"פ שיינברג שליט"א בנידונו דיש "שיור" למוכר בקלטת שיור זה כמעט אינו שוה ממון ובודאי פחות הוא משו"פ גם לדעת הגרי"ש אלישיב שליט"א גזל החכמה שכאן לא ניתן להשבה נמצא שמי שהעתיק כבר יש לצדד לחייבו תשלום מועט על העתקתו [ולענין תשלום על הכריכה של הספר נראה דא"א לחייב את הכורך כי את"ל דיש שיור למוכר בספר א"כ הכורך עבורו הוי יורד עבור בעל הספר ואין יתכן שהיורד יצטרך לשלם]. [קובץ משפטי חיים]