

## סעיף 2, חלק א

### זכיה שאינה כרוכה בחסרון המזוכה

פטור מהשבה 2. בית המשפט רשאי לפטור את הזוכה מחייבת ההשבה לפי סעיף 1, כולה או מקצתה, אם ראה שהזכיה לא הייתה כרוכה בחסרון המזוכה או שראה נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת.

### התוכן

פרק ראשון: מבוא	53
פרק שני: היסוד המשפטי לפטור — "רשי לפטור"	54
פרק שלישי: חריגים לפטור	56
א. המזוכה מחה נגד הזוכה	56
ב. הזוכה גילתה נכונות לשלם	58
פרק רביעי: הגדרת החסרון — "חסרון המזוכה"	60
א. מבוא	60
ב. נזק שאינו גורר אחורי חובות פיצויים	60
1. מניעת רוחה	61
2. נזק מתוך אונס	62
3. מניעת הנאה	62
ג. חסרון המלאוה בהנאת המזוכה	63
ד. חסרון של מה בכך (פחות משווה פרוטה)	64
פרק חמישי: הקשר בין הזכיה לחסרון — "שאיתנה כרוכה בחסרון המזוכה"	64
א. חסרון שקדם לזכיה	64
ב. חסרון בנכס שאינו מקור הזכיה	67
פרק שישי: חסרון הקטן מהזכיה — "רשי לפטור... כולה או מקצתה"	68
א. הכלל: תשלום הכל	68
ב. סיג: זכייה שבאה ביוזמת המזוכה	71
ג. סיג: זכייה שהיא יכול הזוכה להשיג חינם	73



## פרק ראשון

## מבוא

כפי שכבר הודגש' במבוא לסעיף 1, הסעיפים 1-2 הם בחינת "שטר" – ושוברו בצד". סעיף 1. להוק קובע חובת השבה כללית בזכיה שלא על פי זכות כרוכה, וסעיף 2 ממתן את החובה, כשהוא מעניק שיקול דעת לבית המשפט לפטור זוכה מהשבה במקרים מסוימים. במקרים אלה מתחלקיים, לפי הוראת הסעיף, לשתי קטיגוריות: הזכיה אינה כרוכה בחסרונו של המזוכה; ההשבה אינה צודקת. לפיכך, דיןנו בסעיף זה יתחלק לשני חלקים. תחילת נדון בפטור מהשבה כאשר הזכיה אינה כרוכה בחסרונו המזוכה, ובחלק השני נדון בנסיבות אחרות הפוטרות מהשבה.

בדיננו על סעיף 1 הבהירנו<sup>1</sup>, שהמשפט העברי מבחין הבחנה ברורה בין סוגי זכיה: יש זכיות שיש עמהן רוח, והן מגדריות את רכשו של הזוכה באופן ממש; ויש זכיות שאין מגדריות את רכשו של הזוכה באופן ממש.

הבסיס המשפטי לחובת השבת הנאות אלה שונה בכלל סוג בתכלית. בהנאות שיש בהן רוח, רואים את הזוכה כמחזיק ברכוש המזוכה, ומכאן חובתו של הזוכה להשיב את הזכיה. בתלמוד ובראשונים, לבש נימוק יסודי זה צורות שונות: "ממוני גבר [= ממוני אצל]"<sup>2</sup>, "כיצד הלה עושה סחורה בפרטו של חברו"; או "משתרשי ליה"<sup>3</sup>; [= משתרך הוא]<sup>4</sup>. כבר הערנו שבנסיבות שהן רוח, תביעת המזוכה היא תביעת השבה, ולפיכך אין זה משנה אם הרוח כרוך בחסרונו של המזוכה, או אינו כרוך בו<sup>5</sup>, שהרי חובת השבות אינה אלה ביטוי לבעלותו של המזוכה על אותו רוח<sup>6</sup>. לדוגמה, אם בנה אדם בית על קרקע שאינה שלו, והשכיר את הבית לאחר, עליו להעביר חלק משכר הדירה לבעל הקרקע, וזאת אף אם לא עמדה הקרקע להשכלה, ולא נגרם נזק לבעל הקרקע<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> סעיף 1(א), ליד ציון הערא 3.

<sup>2</sup> דיןנו על סעיף 1(א), פרק שני, עמ' 8.

<sup>3</sup> שות' הרשב"א, חלק ד, סימן יג.

<sup>4</sup> משנה, Baba Metzia ג, ב.

<sup>5</sup> חולין קלא ע"א.

<sup>6</sup> רשי", חולין קלא ע"א, ד"ה שני התמ דקה משתרשי ליה.

<sup>7</sup> אולם, אם הרוח של הזוכה נוצר בגין תשלום עboro הנאה שאינה רוח שננהן אדם שלישי מנכסי המזוכה, יש לבדוק קודם ההנאה שאינה רוח, כרוכה בחסרונו של המזוכה. אם הנאהו מנכסי המזוכה אינה כרוכה בחסרונו המזוכה, הרוח שקיבלה המזוכה מקורו בטעות, ועליו להשיבו לנאהן. ראה דברינו על סעיף 1(א), הערא 27, ולהלן הערא 9.

<sup>8</sup> ראה סעיף 1(א), הערא 50.

<sup>9</sup> רם"א, ח"מ, סימן שעה, סעיף ז, בשם הרשב"א ונימוקי יוסף; חידושי ר' עקיבא איגר על הרמ"א, שם. השולחן הערוך, ח"מ, סימן שסג, סעיף ט, פוסק שאם השכיר אדם חזר שאינה שלו, והחזר לא עמדה להשכלה, עליו להחזיר את דמי השכירות לשוכר ולא להעבירם לבעל החצר. הרמ"א, ח"מ, סימן שעה, סעיף ז, מבחין

## סעיף 2, חלק א: זכיה שאינה כרוכה בחסרונו המזוכה

אמנם, כפי שנראה בדרכינו לסעיף 3<sup>10</sup>, לא תמיד ברור אם אפשר להגדיר רוחה מסוימת כרוחה המופק מ"פרתו של חברו". אולם כישיש אפשרות לקבוע ברורות, שצמת רוחה מסוימת מ"פרתו של חברו", אין זה משנה אם נגרם למזוכה חסרון בעקבות הזכיה אם לאו. בדיון בחלק השני לסעיף זה<sup>11</sup> נראה, שהמשפט העברי מכיר גם בחרגים לחובת ההשבה של הנאות שהן רוחה בנסיבות מסוימות, שיוגדרו שם, העושות את ההשבה לא צודקת.

לעומת זאת, הנאות שאין בגדר רוחה, אין חובה להשיבן, אלא אם כן هي כרוכות בחסרונו של המזוכה. על הנאות אלה, שהגיעו לידי הזוכה ללא שנגרם חסרון למזוכה, חל באופן עקרוני הכלל התלמודי: "זה נהנה וזה לא חסר — פטור"<sup>12</sup>.

אולם גדרו בהלכה זו גדרים, וסיגוה בסיגים הממצמים את תחולתה במידה ניכרת. בחלק הראשון של הדיון על סעיף 2 נדון בגדרים ובSIGIM הלו, תחילת ביסוד המשפטי לפטור מהובת ההשבה ב"זה נהנה וזה לא חסר", ולאחר מכן בסיגים לכל. כן נדון בשאלת: אימתי מוגדר המזוכה כ"לא חסר"? אף נ逋וק במקרים מיוחדים, שבהם על אף שהמזוכה חסר, אין זה ברור אם זכיתו של הזוכה כרוכה בחסרון זה של המזוכה. לבסוף נ逋וק בשאלת גובה התשלום למזוכה, כשהסרונו קטן מהנתה הזוכה.

### פרק שני

#### היסוד המשפטי לפטור — "רשאי לפטור"

טעמים אחדים ניתנו לכל הפוטר את הזוכה מהובת תשלום, כאשר זכיתו אינה כרוכה בחסרונו של המזוכה, הינו: ב"זה נהנה וזה לא חסר":

א. בהתאם לשיטה שראינו לעיל<sup>13</sup>, מהחייבת את הזוכה מדין "מוזיק"<sup>14</sup>, אם לא נגרם נזק למזוכה, הינו כשהוא אינו חסר, אין יסוד לחייב את הזוכה בתשלום כל שהוא.

בין מי שהקים בית במרקעין של חברו ודור בו, שחייב לשלם שכיר דירה לבעל המקרקעין רק אם המקרקעין עמד לו להשכלה, לבין מי שהקים בית במרקעין של חברו והשכירו לאחר, שככל מקרה חייב לשחרר את בעל המקרקעין בשכר שקיבל. במקרה האחרון, הבית שהקים עמד להשכלה, لكن השוכר אינו זכאי לתבע את החזר כספו. אך המקים חייב לשחרר את בעל המקרקעין ברווחיו, גם אם לא נגרם לו נזק, שהרי גם המקרקעין היו גורם ישיר לרוחות (ראה דרכינו על סעיף 3), ואם כן, "כיצד הלה עשה סחורה בפרתו של חברו?".

<sup>10</sup> ראה בדיונו על סעיף 3, פרק שני, עמ' 90.

<sup>11</sup> סעיף 2, חלק ב, פרק ראשון, עמ' 77.

<sup>12</sup> רמב"ם, הלכות גזלה, פרק ג, הלכה ט; שולchan ערוך, חורי"מ, סימן שרג, סעיף ו; על יסוד סוגיות הגمراה, בכמה ב ע"א-כ"א ע"א.

<sup>13</sup> דרכינו על סעיף 1(א), ליד ציון הערכה 59.

<sup>14</sup> רמ"ה, המובא בנימוקי יוסfn, בכא קמא ב ע"א; רמב"ם, לפי פירושו של נודע ביהודה, מהדורא תנינא, חורי"מ, סימן כד, ולפי פירושו של לבוש מרדיי לבבא קמא, סימן טו. עיין: אור שמת, הלכות נזקי ממון, פרק א, הלכה ב. דעת קצות החושן, סימן שרג, ס"ק ד, היא שגט לרמ"ה, הזוכה ממשלים דמי הנאה, ולא תשלום נזקיין, אלא שHAM בגובה חסרונו של המזוכה.

## פרק שני: היסוד המשפטי לפטור

ב. בהתאם לשיטה המחייבת את הזוכה מدين "מעין גולן"<sup>15</sup>, כשהמזוכה אינו חסר, לא ניתן להנגיד את הזוכה כגולן<sup>16</sup>, ולכן אין מקום לחייבו בתשלום. בדברינו לסייע (א)<sup>17</sup> ראיינו, שיש גם שיטה המחייבת את הזוכה בתשלום הנאותו, מדין "מעין לווה"<sup>18</sup>. הנוקטים בשיטה זו נחלקו בדבר יסוד הפטור ב"זה נהנה וזה לא חסר".

ג. יש הרואים<sup>19</sup> בהנאת הזוכה "הלוואה", רק אם הנהה זו כרוכה בחסרון המזוכה, בדומה להלוואה היוצאת מהמלואה לווה. لكن, בשайн חסרון, אין מקום לחייבו בהשבה. לעומתם, יש הרואים את הנהה כהלוואה, גם אם הנהה הזוכה אינה כרוכה בחסרון המזוכה, וזאת משום שעברת הנהה לזווכה מנכסי המזוכה בדומה להלוואה היוצאת מהמלואה לווה. לשיטות אלו, הפטור ב"זה נהנה וזה לא חסר" מבוסס על אחד משני טעמים אלה: ד. כאשרם נהנה מנכסי חברו, וחברו אינו חסר בזכותו, מניחים שהמזוכה מוחל לזווכה, ומרשה לו ליהנות בלי תשלום תמורת הנהה<sup>20</sup>.

ה. משיקולי צדק: "כופין על מידת סדום... כיון שהלה לא מפסיד כלום"<sup>21</sup>. אם נהנה הזוכה לא על חשבון המזוכה, דרישת המזוכה בתשלום אינה מוסרית, וכן בית הדין פוטר את הזוכה בתשלום. לגישה זו השווה את נוסחו של סעיף 2: "נסיבות אחרות העשוות את ההשבה בלתי צודקת".

הצדדים בשלושת הטעמים הראשונים, הסיקו את הפטור מהיעדר יסוד החיוב. לעומתם, הנוקטים בשני הטעמים האחרונים אינם סוברים שחסר יסוד כלשהו לכיסוס החיוב בעובדה שהמזוכה אינו חסר, וכן הם הסיקו את הפטור מקיים של שיקול נוסף, מחילה או כפיה על מידת סדום<sup>22</sup>.

<sup>15</sup> טור ח'ם, סימן שעא, סעיף י; ראה, המובה בנימוקי יוסף, בבא קמא, פרק ב, ח ע"ב בדף הרי"ף; ביאור הגרא", ח'ם, סימן שטג, ס"ק יד; נחלת דוד, בבא קמא כ ע"א, ד"ה שם. ראה בהרחבה בדברינו על סעיף (א), ליד ציון העירה 66 וAIL.

<sup>16</sup> על השאלה: מדוע אין לראות את הנהנה כגולן הנהה? ראה בדיוננו על סעיף (א), העירה 68, וכן להלן, פרק רביעי, עמ' 62.

<sup>17</sup> ראה בדברינו על סעיף (א), ליד העירה 70.

<sup>18</sup> שות' הרשב"א, חלק ד, סימן יג; קצוח החושן, סימן שצא, ס"ק ב.

<sup>19</sup> ריברות משה, בבא קמא, סימן יב, ענף ב, ד"ה דעת; מרחת, חלק ב, סימן לה, פרק ב.

<sup>20</sup> לפי אחד ההסבירים במחנה אפרים, הלכות גולה, סימן י. עיין מזו (לעיל, סעיף 1(א), העירה 2), העירה 106, המעלה טעם דומה. ועיין במחנה אפרים, הלכות גולה, סימן ב, שדעתנו נוטה לדעת הש"ך, ח'ם, סימן שנת, ס"ק א, לעניין מחילה שלא מודעת, אך הוא כותב שם לדעת התוספות (בבא מציעא כב ע"א, ד"ה מר) מחילה שלא מודעת היא מחילה, כשהבעליים מוחל לכל אדם; וראה עמודי א"ש, סז ע"ב.

<sup>21</sup> פני יהושע לבבא קמא כ ע"א, ד"ה בתוספות. בעל "פני יהושע" מפרש בהסביר זה את שיטת התוספות, בבא קמא כ ע"א, ד"ה זה. שיטת התוספות תולקת על דעת הרי"ף שם, המחייב את הזוכה ב"זה לא נהנה וזה חסר". השולחן ערוך, ח'ם, סימן שטג, סעיף ו, פוטק כרי"ף. ר' שמעון שקוף (חידושי ר' שמעון יהודה הכהן, בבא קמא, סימן יט, ס"ק יג), חולק על טעמו של "פני יהושע", וראיתו מן העובדה שהסוגיה (בבא קמא כ ע"ב) השוויתה נהנה למועל בהקדש. שם אין מקום לסבירה "כופין על מידת סדום".

<sup>22</sup> בדברינו על סעיף (א) ראיינו, שלפי שיטת "מרומי שדה" (שם, בהערה 73) חובתו של אדם לשלם بعد הנהנה מנכסי חברו, גם כשאינו מוגדר כ"נהנה", מבוססת על הנהנה, שבשעת הנהנה מקבל הזוכה על עצמו התחייבות, "ראמין בנדר אומדנא דהוה ליה כמו נתחייב" (לשון טבעת החושן, סימן רמו, ס"ק ב, חלק

## סעיף 2, חלק א: זכיה שאינה כרוכה בחסרון המזוכה

### פרק שלישי

#### חריגים לפטור

##### א. המזוכה מבה נגד הזוכה

החריג הראשון לפטור ב"זה נהנה וזה לא חסר", הוא כשהמזוכה מוחה, וمبקש שלא ייהנו מנכסיו. וכך קבע השולחן ערוך: "הדר בחצר חברו שלא מدعתו, שאמր לו: צא, ולא יצא, חייב ליתן לו כל שכרו"<sup>23</sup>. הדיר חייב בתשלום גם אם לא חסר בעל החצר, בגין שלא היה משכיר את חצרו גם ללא פלישת הדיר<sup>24</sup>.

במבחן ראשון, נראה כי ערכו של השולחן ערוך כלל מתאימה לאף אחד מן הטעמים שהובאו לעיל, ליסוד הפטור, זאת ממשום שהשולחן ערוך מהייב את הזוכה בתשלום גם כשלא נהנה", ככלומר כשיכול היה להציג זכיה זו חינם. אפילו הטעם הרביעי – האומר שהנהנה העוברת מהמזוכה לזווכה היא כעין הלוואה, גם אם המזוכה אינו חסר, והמבוסס את הפטור על הנחת מחילה של המזוכה – אינו מתישב עם הפסק של השולחן ערוך, שהרי גם אם ברור, שהמזוכה אינו מוחל, אין הזוכה חייב אלא עבור הגנתו – שידינה לטעם זה כדיין הלוואה – ואינו חייב עבור מלא השכירות, כפי שפסק השולחן ערוך. אם הזוכה אינו "נהנה", והמזוכה אינו "חסר", אין כאן הלוואה, והעובדת שהמזוכה אינו מוחל, אין בה חייב את הזוכה בתשלום, כאשר אין יסוד לחיבור זה<sup>25</sup>.

ניתן להסביר, שהשולחן ערוך מהייב את הזוכה בתשלום, אם מבה המזוכה בפניו קודם וכיתו, מכיוון שיש לפרש את מחאתו של המזוכה בגלוי דעת, שאין מוכן להרשות לזווכה ליהנות חינם<sup>26</sup>. אם בכלל זאת, החלטת הזוכה ליהנות מנכסיו המזוכה, הוא יהיה חייב בתשלום,

ה, עמי' Katz) – בדומה לאסכולה של החוצה מכללא האנגלי. הנהנה זו ישנה רק אם חסר המזוכה כהנאה הזוכה, שם לא חסר: "מסתמא נכנס על דעת שלא לשלם, דמהשכ בדעתו: מי איכפת ליה? [=שחוות: מה אכפת לו?] (מרומי שדה לבבא קמא ב ע"א). במלים אחרות, אין לחייב מטעם "חווצה מכללא", אם המזוכה אינו חסר.

<sup>23</sup> שולחן ערוך, ח"מ, סימן שסג, סעיף ו.

<sup>24</sup> סמ"ע, ח"מ, סימן שסג, ס"ק יד.

<sup>25</sup> לדעת הרשב"א והתוספות, זוכה שאינו נהנה, פטור, אפילו אם המזוכה חסר (ראה לעיל, סעיף ז'(א), העירה 72). לדעת החלוקים ומחייבים את הזוכה, אם נהנה בפועל לחברו, דהיינו גם אם היה יכול להציג את הנהנה חינם בלבדיו, חייב הוא משום שאכל פירות חברו. לדעתם, הנהנה מוגדרת כ haloואה בתנאים הללו: הנהנה הזוכה אף מהrrorן קטן של המזוכה; "קיים" הזוכה את חסרונו של המזוכה, גם אם לא "נהנה" ממנו. ראה בארכיות, לעיל, העורה 57 לסעיף ו(א), וכן ראה להלן, ליד ציון העורה 53. ומכאן שגם על פי דעתם אלו, אין הצדקה לחיבור את הזוכה, כשהוא לא נהנה וזה לא חסר.

<sup>26</sup> הגרא", ח"מ, סימן שסג, ס"ק יג, מציין את התוספות לבבא קמא כא ע"א, ד"ה כהדיות, מקור לפסקו של השולחן ערוך. דעת התוספות היא: "שדעת שכינה אייכא, שלא יהנה אדם بلا מעילה", דהיינו בלי תשלום דמי מעילה, ולכון המועל חייב. לשון התוספות תואמת את הסברו של הרשב"א, בחדושיו לבבא קמא כא ע"א, ד"ה כהדיות: "ויתנה עמו שיעלה לו שכיר הו, שכן אמרה תורה, שלא יהנה אדם بلا מעילה". לעומת הרא"ד ישעה (מובא בשיטה מקובצת, שם, ד"ה כהדיות) הוא: "שכבר מיחה הכתוב, שלא יהנו מן ההקדש"; עיין: נחלת דוד לבבא קמא כא ע"א, וחותן אהון, סימן שסג, סעיף ו, הרואים בדברי הר"ד ישעה ובדברי הרשב"א שני פירושים אפשריים לשיטת התוספות, וקובעים שהשולחן ערוך, שאינו מפרט, קבע להלכה כדעת הרראי ישעה. ועיין מהר"ם על התוספות, המפרש את התוספות בשיטת הרשב"א. ועיין מהנה אפרים, הלכות גילה, סימן י, הלומד מדברי התוספות: "זהו הדין בהדיות הייכא דעתו הוא שלא יזרו אדם בחינט".

### פרק שלישי: חרים לפטור

**מכיוון ש"כailo... נתרצה ליתן את השכר"<sup>27</sup> – הינו מכוח הסכם מכללא.**

יש מן האחוריים<sup>28</sup> החולקים על פסקו של השולחן ערוץ, וקובעים: גם אם נהנה הזכיה – כלומר, שלא היה יכול להציג זכייה זו בחינם – אם המזוכה אינו חסר, הזוכה פטור מכל תשלום, וזאת גם אם מהה המזוכה מראש, קודם הזכיה. שיטות אלו אינן רואות הסבר לישב את פסקו של השולחן ערוץ עם טעמי הפטור שראינו לעיל: "DMA בכך שמייחו בו הבעלים בפירוש? מכל מקום כיוון דסוף סוף לא חסר,-Amay [=למה] יהיה חייב לשלם?"<sup>29</sup>, והזוכה חייב בתשלום רק אם הודיע המזוכה בפירוש לפני הזכיה, שהוא מוכן להרשות לזוכה ליהנות מנכסיו תמורה לתשלום. אם בכלל זאת החלטת הזוכה ליהנות מנכסיו, הוא "כailo... נתרצה ליתן את השכר", כלומר קיבל את הצעת המזוכה. לדעתי, סתם התנגדות אינה מתפרשת כהצעה.

לדעתי אחרת<sup>30</sup>, גם הרמ"א חולק על פסקו של השולחן ערוץ. הרמ"א פוטר מכל תשלום אדם שפלש לבתו של חברו, וגידרש את בעל הבית, ודר במקומו, אף על פי ש"אין לך מהאה גדולה מזו" (בעל ערוץ השולחן<sup>31</sup> מפרש את דברי הרמ"א בדוחך רב, בקבעו, שהרמ"א אין בבעל בית שהוצאה, ולא מהה נגד הפולש).

מחוץ הנחה שתוטפת המלים "בלא מעילה", בדברי הראשונים על כוונה לפרש את הסוגיה כדעת הרשב"א, כלומר שאיסור המעליה מתרחש גם כדרישה לתשלום, אם ימעל, יש מקום לציין ראשונים אחרים הנקטמים בשיטה זו: רשי", בבא מציעא צט ע"ב, ד"ה כהדיות מדעת דמי; חוספות, בבא קמא כא ע"א, ד"ה כהדיות. לעומתיהם, הר"ר ישעה, בשיטה מקובצת לבבא קמא כא ע"א, ד"ה כהדיות, מסביר שמתחת המזוכה מחייבת את המעל; הרא"ש, מובה בשיטה מקובצת לבבא מציעא צט ע"ב, ד"ה כהדיות, מסביר: "כהדיות מדעת דמי, כלומר שידע ומיהה בו, דרhamna זהoir, דכל שננה מון ההקדש מעיל". מדברי הרא"ש לא ברור, אם הוא מסכים לשיטתו של הר"ר ישעה או לשיטת שאר הראשונים. יתכן שגם הר"ר ישעה מחיב את הזוכה בתשלום רק משום שניית להסביר את המכחאה כדרישה לתשלום במקביל לדין מעילה, המחייב את המועל בתשלום, אם עבר ומעל.

הרמ"א מסביר, שהכלל "כופין על מידת סדום" אינו מחיב את בעל החצר להרשות לכל דייר לגור בחצרו חינס, גם אם החצר אינה עומדת להשכלה. בכך, ש"אי בעי [=ailo רעה] בצל החצר ליהנות ולהרוויח להשכיר חצרו היה יכול, אלא שאין רוצה, אין כופין לעשותsth בזמנים". מדבריו משתמע, שיש תוקף למחאות רק משום ש"אין כופין לעשותsth בחינס", ולכן מובן, שהרמ"א מפרש את כוונתו של המזוכה באמרו "צא", שכן רצונו שייהנו זולתו חינס. נראה גם, שהרמ"א מעמיד את כל הענין בשלא יבוא שום נוק אחר למזוכה מהשימוש בחצרו, לא נוק ישיר ולא נוק עקייף, שהרי במקרים אלה, פשוט שהמזוכה רשאי להתנגד לשימוש בחצרו גם ללא הטעם שמביא הרמ"א. ועיין בנחלת דוד, בבא קמא כא ע"א, המסביר: "כיוון דאחרים נוטלים שכר בהה, אך ליכא בהא מידת סדום". ועיין חידושי ר' שמעון יהודה הכהן (ש侃), בבא קמא, סימן יט, ס"ק ג, המסביר שלא חייב מידת סדום: בדבר שkopod רוב איןשי". בעל דיברות משה, בבא קמא, סימן יב, ענף ב, ד"ה אך, אף מעלה, על סמן דברי הרמ"א, שאפשר לכואורה לכוף את הבעלים להשכיר דירה שאינה עומדת להשכלה. ברור שגם לרעת פוטק זה, אם יש לבעל החצר סיבה אחרת שלא להשכיר את החצר, כגון שהוא עצמו משתמש בה, אין לחיב את בעל החצר להשכירה מדין "כופין על מידת סדום".

<sup>27</sup> לשון נחלת דוד לבבא קמא כא ע"א.

<sup>28</sup> נחלת דוד, שם; חושן אהרן, סימן שג, סעיף ו; ודבריהם, זו גם דעתו של ר' חיים מולחין.

<sup>29</sup> נחלת דוד, שם. הוא מסביר, שגם לשיטה הראיה בכלל "כופין על מידת סדום" יסוד לפטור, כשהזה נהנה מה לא חסר", הזוכה יהיה פטור. אמנם, הכלל "כופין על מידת סדום" אינו מקנה לאדם זכות לחייב מזולתו שימוש בנכסיו כנגד רצונו, אך בדיעבד, לאחר שכבר נהנה, "אין לחיבתו על העבר, בשביל שמיהה בו".

<sup>30</sup> נחלת דוד לבבא קמא כא ע"א.

<sup>31</sup> רמ"א, ח"ו"מ, סימן שג, סעיף ו.

<sup>32</sup> ערוץ השולחן, ח"ו"מ, סימן שג, סעיף טז.

## סעיף 2, חלק א: זכיה שאינה כרוכה בחסרון המזוכה

בהמשך לפירוש שהצענו בדברי השולחן ערוך, שיש לראות במחאותו של בעל החצר דרישת התשלום, אפשר לומר שהרמ"א אינו חולק על השולחן ערוך. הרמ"א קבע, שאין לחייב אדם שגירש את בעל הבית מביתו בתשלום הנאותו, מכיוון שבמקרה זה לא נבעה מהאותו של בעל הבית מדרישתו לשכר דירה, אלא מרצונו לשוב לביתו, ולכן אין מקום לדאות את הזוכה כ"נתרצה ליתן את השכר". הfolios דינו בגזלו, שהרי "רואין שעורשה לו להכuis ולא לשלם"<sup>33</sup>.

### ב. הזוכה גילה נכוונות לשלם

הסיג השני להלכה הפוטרת את הזוכה ב"זה נהנה וזה לא חסר", הוא כשגילה הזוכה את דעתו, שהוא מוכן לשלם בעד ההנאה שהוא מקבל מהמזוכה. השולחן ערוך<sup>34</sup> פוסק, שם גילה הזוכה למזוכה<sup>35</sup>, שהוא מוכן לשלם עבור הזוכה אם לא קיבל אותה חינם, הוא חייב בתשלום דמי הזוכה, גם אם אינה כרוכה בחסרון המזוכה.

קביעת השולחן ערוך מבוססת על דברי התוספות<sup>36</sup>, הדנים באדם שגדיר את שדה חבו משלשת צדדיין, מכיוון שרוצה להקים גדר לצרכיו. אחר כך הוסיף בעל השדה המגודר גדר נוספת מצד הריבע בכספיו והוא. דעת התוספות היא, שבבעל השדה המגודר חייב להשתתף בהוצאות גידור שלושת הצדדים<sup>37</sup>. הסיבה לחובו של בעל השדה המגודר היא, מכיוון "דגלי ארעהה, דניחה ליה בהוצאה [=שגילה את דעתו, שהוא מוכן לשלם]". גם אם גילה הזוכה במעשהיו, שהוא מוכן לשלם סכום קטן בלבד עבור הנאותו, הוא יהיה חייב להשתתף בהוצאותיו של המזוכה, גם אם הן עלות על סכום זה. בעל השדה המגודר "אינו יכול לטען, אלמלא שכבר הקיף זה שלוש מחיצות, לא הייתה מוציא הוצאה גדולה על חלקו, אבל כיוון שכבר הוקפו שלוש מחיצות הוצאה קטנה על רוח רבעית... לא משגיחין בטענה זו, ועל ידי הוצאה קטנה שהוסיף – מגלגולין עליו גם הוצאה גדולה"<sup>38</sup>.

<sup>33</sup> מrome שדה לבבא קמא ב ע"א. ההוכחה שהרמ"א אינו חולק על השולחן ערוך נמצאת בבית יוסף, ח"מ, סימן שטג, סעיף ז: הטור, שם, כתוב "שם אמר לו: צא, ולא יצא, וראי חייב ליתן לו כל שכרו". הבית יוסף (בעל השולחן ערוך) מעריך: "פשוט הוא". הבית יוסף מביא באותו סעיף את דברי המרדכי, שהם המקור לפסקו של הרמ"א, שלא לעורר עליהם. עיין להלן, פרק רביעי, עמ' 62, לשאלת האם הזוכה חייב בתשלום מדין גומי?

<sup>34</sup> שולחן ערוך, ח"מ, סימן שטג, סעיף ח.

<sup>35</sup> עין: שולחן ערוך, ח"מ, סימן שטג, סעיף ט; פרישה לטור, שם, ס"ק ז, המבחן בין גilio דעת למזוכה לבין גilio דעת לאדם אחר, ויתכן שהבחנה זו מבוססת על הרעיון של חוות כלל. אולם יש דעתו שאין מבחינות בין זוכה שגילה למזוכה את נכוונתו לשלם לבין זוכה שנילה לאדם אחר את נכוונתו לשלם אלו קובעתו, שהשולחן ערוך, ח"מ, סימן שטג, סעיף ט, פוטר את הזוכה מתשלום, מכיוון שהסכםתו לשלם מבוססת על טעות, ואילו ידע את האמת, לא היה מוכן לשלם למזוכה עבור זכיותו. ראה: מrome שדה לבבא קמא דף ב ע"א, ד"ה והנה; שער ירוש, שער ג, פרק כה, עמ' רסה; אור שמה, הלכות גולה ואברה, פרק ג, הלכה ט.

<sup>36</sup>תוספות, בבא קמא ב ע"ב, ד"ה טעמא, בפירוש הוה אמינא בגמרה, שאין למקיף חסרון בהקפת שדה הניקף.

<sup>37</sup> שם; ועיין דברינו על סעיף ז(ב), לדין כלבי בעניין גובה התשלום עבור זכיה ביזמת המזוכה – השחתפות בהוצאות המזוכה או תשלום עבור הנאותו הסובייקטיבית של הזוכה.

<sup>38</sup> שווית נודע ביהودה, מהדורא תניינא, ח"מ, סימן כד, בפירוש התוספות, בבא קמא ב ע"ב, ד"ה טעמא. ועיין להלן, ליד ציון העלה 44, שדעתו של ה"נודע ביהודה" להלכה היא, שגilio דעת אינו מחייב את הזוכה בתשלום מעבר לסכום שגילה נכוונות לשמו.

### פרק שלישי: חרגים לפטור

ר' שמעון שקוף<sup>39</sup> מעלה שתי הצעות להסביר קביעת השולחן ערוץ, הסותרת לכואורה את הכלל ש"זה נהנה וזה לא חסר – פטור": הסבר אחד<sup>40</sup> הוא, שאם הפסים הזוכה לשלם עבור זכייתו, חייב לשלם, מכיוון שבנכונותו לשלם הוא מגלח, שלמעשה חסר המזוכה; אילו היה המזוכה יודע מראש, שהזוכה מוכן להשתתף בהוצאות, לא היה צריך להוציא את מלאה ההוצאה, ועכשו שלא שילם הזוכה עבור זכייתו, נגרם הפסד למזוכה. לנכון אין זה עוד מקרה של "זה נהנה וזה לא חסר", אלא "זה נהנה וזה חסר", ומכאן החיוב. הסבר נוסף מעלה ר' שמעון שקוף הוא, שאם גילתה הזוכה נכונות לשלם עבור זכייה שזכה בה חינם, נוספו לו רוחחים בעין, שהרי ללא זכייתו היה צריך לשלם מכספו את אותן הוצאות<sup>41</sup>. כפי שכבר הזכינו במבוא לסעיף זה<sup>42</sup>, בהנאות שהן רוח, אין

זה משנה אם המזוכה חסר או לא, ועל הזוכה להשיב לו את זכייתו בכל מקרה.

ואפשר להציג הסבר שלישי: הקביעה שהנהנה חייב בתשלום, אם גילתה נכונות לשלם, מובנת בהסתמך על רעיון החוצה כללא. אם גילתה הזוכה, שהיא מוכן לשלם עבור הנאותו, הוא חייב לשלם גם אם זכייתו אינה כרוכה בחסרון המזוכה.

יש נפקות משפטית מעניינת בין ההסברים המוצעים لكביעת השולחן ערוץ. לפי ההסבר המובס על "חוזה כללא" – ההסבר השלישי – וכן לפי ההסבר השני של ר' שמעון שקוף, אם הזוכה מצהיר במפורש, שהוא מוכן לשלם עבור קבלת הזכיה רק תשלום חלק, אין חייב אותו בתשלום גבוהה מן הסכום שקבע שהוא מוכן לשלם. לעומת זאת, לפי ההסבר הראשון, יתחייב הזוכה בתשלום מלא עריך הנאותו, גם אם סכום זה עולה על הסכום שגילתה דעתו שהוא מוכן לשלם, שהרי אם דינו של המזוכה כחסר, הזוכה חייב בתשלום מלא הנאותו<sup>43</sup>.

לבסוף יש לציין, שיש שיטות אחדות<sup>44</sup>, החולקות על פסקו של השולחן ערוץ, וקובעות שם אם הפסים הזוכה לשלם עבור הזכיה, יהיה פטור מכל תשלום, כל זמן שזכייתו אינה כרוכה בחסרון המזוכה. לדעת שיטות אלו אין בכוחו של גילוי הדעת, הבא לאחר פעולת הזכיה, לעשות את המזוכה לחסר, מכיוון שהמזוכה אינו חסר, אין חייב את הזוכה בתשלום עבור זכייתו<sup>45</sup>.

<sup>39</sup> חידושי ר' שמעון יהודה הכהן (שקוף), בבא בתרא, טימן ד; שער יושר, שער ג, פרק כה.

<sup>40</sup> חידושי ר' שמעון יהודה הכהן (שקוף), בבא בתרא, טימן ד.

<sup>41</sup> שער יושר, שער ג, פרק כה. גילוי נכונות לשלם שלו מנעו את השימוש בטענת "היהתי מהעה". ראה: תוספות חולין קלא ע"א, ד"ה שני.

<sup>42</sup> ליד ציון הערכה 6.

<sup>43</sup> שולחן ערוץ, ח"מ, סימן שחג, סעיף ז, ועיין להלן, פרק שישי, עמ' 68. במקרה של הקמת הגדר, יתחייב הזוכה להשתתף רק בהוצאות. עיין לעיל, הערכה 37.

<sup>44</sup> יס של שלמה לבבא קמא, פרק ב, סימן טז; נחלת דוד, לבבא קמא כ ע"ב; השווה לביאור הגר"א, ח"מ, סימן שעה, ס"ק ט. ה"נודע ביהודה", מהדורא תנינא, ח"מ, סימן כד, קובע שגילוי דעתו של הזוכה לשלם עבור הזכיה, בהוצאה הוצאות מסוימות להשגת, אינה יכולה להיות אותו בתשלום הגבוה מהסכום שהוציא. לדעתו, בעלי התוספות (בבא קמא כ ע"ב, ד"ה טמא) מסבירים, שר' יוסי מחייב את הניקף בתשלום גבוה יותר מאשר סכום שהוציא, מכיוון שהוסיפה זכייתו למזוכה "היקפה יתרא", שלדעתי ר' יוסי יש לראות בה חסרון למזוכה. אולם ה"נודע ביהודה" אינו חולק על פסקו של השולחן ערוץ, מכיוון שהשולחן ערוץ אינו מחייב את הזוכה בתשלום הגדר!

<sup>45</sup> גם לשיטה הרואה בהנחת מחלוקת, את היסוד לפטור מהשכבה, כשהזכיה אינה כרוכה בחסרון המזוכה, קשה לנמק את קביעת השולחן ערוץ. אין להסביר שהמזוכה אינו מוחל, מכיוון שהוא יודע, שהזוכה מוכן לשלם, שהרי השולחן

פרק רביעי

הגדרת החסרון – "חסרון המזוכה"

א. מבוא

כפי שראינו לעיל<sup>46</sup>, אם זכיותו של הזוכה אינה כרוכה בחסרונו של המזוכה, עקרונית הוא פטור מכל תשלום, בהתאם לכלל: "זה נהנה וזה לא חסר – פטור"<sup>47</sup>. פטור זה כפוף לשינויים שהרחבנו עליהם את הדיון בפרק הקודם. אולם כדי לעמוד על היקפו האמתי של הכלל, "זה נהנה וזה לא חסר – פטור", יש צורך, נוסף לקביעת החרים, להבהיר עוד אימתי נחשב המזוכה כ"לא חסר". כפי שיתברר לנו בהמשך, הגדרת החסרון רחבה, והפועל היוצא מהגדרה רחבה זו הוא צמצום תחולתו של הכלל למעשה<sup>48</sup>. לדוגמה, העובדה שנמנע מן המזוכה רוח צפוי מהנכס שלו, די בה להסבירו "חסר", ואין צורך בהפסד בעין דוקא. בשאלת זו של הגדרת החסרון יעסוק פרק זה.

ב. נזק שאינו גורר אחריו חובת פיצויים

הזוכה חייב בתשלום הנאתו למזוכה אם גרמה הזכיה למזוכה חסרון, אפילו אם לא הייתה

עורק מהייב את הזוכה בתשלום, גם כשקדמה הזכיה ל吉利י נוכנותו לשלם עבורה. ראה: סמ"ע, סימן שסג, ס"ק ב (ועיין דברינו על סעיף 4, ברין מי שפוצע את חבו של חברו, כשהתרדר שפעל הלווה לפירעון חבו ללא ידיעת המזוכה, וכן גילה שהוא מוכן לשלם). כמו כן נראה, שלשיטות המובאות בהערה הקודמת, גiley רעת לאחר הזכיה אינו הופך את הנאתו של הזוכה לרווחים בעין.

קיים הסבר אחר לסוגיה בבבאו קמא ב ע"ב, המחייב את בעל השدة המקוף בתשלום בעקבות גiley דעתו, שנוח לו בהקמת הגדר. הסבר זה מבוסס על הלבבות שותפים ושבנים. המשנה במסכת בא בתרא ב ע"א, קובעת מתי יכול אדם לכפות על שכנו להשתתף בהוצאות הקמת גדר ביניהם. יש שהשכן יכול לפטור את עצמו מהשתתפות בהוצאות בטענה, שאין הוא רוצה בהקמת הגדר. אם מתברר שהוא נהנה מהגדר, עליו להשתתף בהוצאות הקמת הגדר, למורת העובדה שאין למקים הוצאות נוספות בשל העובדה שגם חברו נהנה מהגדר. התוספות, בבא בתרא ה ע"א, ד"ה אע"פ, מסבירים ש"אף על גב דזה נהנה וזה לא חסר – פטור, מכל מקום כיון דגלי, דניחא ליה [=שנוה לו]... חייב". השווה חוספות, בבא קמא ב ע"ב, ד"ה טעמא, הוכיח: "דגלי אידעתיה דניחא ליה בהוצאה". ברוח דברי התוספות האלה, ראיינו שהשולחן ערוך פוסק, שגiley נוכנות לשלים מהייב את הזוכה בתשלום הנאתו, גם אם אינה כרוכה בחסרון כי"ז המזוכה. אלא שהתוספות, בבא בתרא ה ע"א, ד"ה אע"פ, מחייבים את השכן שננה מהגדר שהוקמה על ידי שכנו לשלם את חלקו בגדר, גם במקרה גילה נוכנות לשלם, וב└בד שגילה, שרצינו בקיום הגדר. נחלת דוד, בבא קמא ב ע"ב, כתוב: "הכוטל או גדר השدة הוא צריך לזה כמו זה, ומן הרין היו מחוויבין לבנותו בשותפות", שכן "נתחייב למפרע בתשלומי הכותל כדין שותף". מרומי שדה, בבא קמא ב ע"א, גם הוא נוקט בשיטה זו. להסביר דומה ראה לבוש מרדכי, בבא קמא, סימן טו, אות ד; עיין בנתיבות המשפט, סימן קנת, ס"ק ח; ועיין נתיבות המשפט, סימן רס"ד, ס"ק ו. נתיבות המשפט, סימן קעה, ס"ק ג, כתוב שהמكيف אינו רשאי לכפות על הניקף תשלום עבור גדר שהוקמה, אך דבריו שם הם לקרה בו לא גילה הניקף שרצינו בקיום הגדר.

<sup>46</sup> לעיל, פרק ראשון, עמ' 53.

<sup>47</sup> רמב"ם, הלכות גולה ואבדה, פרק ג, הלכה ט; שולחן ערוך, חוז"מ, סימן שטג, סעיף ו.

<sup>48</sup> אמנם בהמשך נראה, שחסרון המלווה בהנאת המזוכה (להלן, בפרקנו, עמ' 63), וחסרון שהוא פחות משווה פרוטה (להלן, בפרקנו, עמ' 64) אינם מוגדרים כחסרון, אולם אין לכך ממשמעות מעשית רובה. לכן, נראה לנו נכון להרגיש כאן את הרחבות למושג החסרון בהקשר לטוגיינו, מושם ממשמעוthen המעשית של הרחבות אלו, כפי שיתברר.

## פרק רביעי: הגדרת החסרון

כראפה בណז שיהה גורר אחריו, כשלעצמו, חובת פיצויים<sup>49</sup>. קביעה זו תודגם להלן:

1. מניעת רוח

על פי כלל הנזיקין, המונע רוח מחברו אינו חייב לפצותו, משום שהנזק שנגרם נחسب ל"גזרה", והכלל אומר: "גזרה בגין נזיקין – פטור"<sup>50</sup>. ברם, אם הנה המזיק מחסרוונו של חברו, הוא יהיה חייב בתשלום הנאחו<sup>51</sup>. כלל זה מחייב, לדוגמה, אדם שדר בביתו של חברו שלא מדעתו, בתשלום שכיר דירה, אם הבית שפלש לתוכו, עמד להשכלה<sup>52</sup>. המשפט העברי רואה אפוא במניעת רוח צפוי של המזקה, פוללה הגורמת לחסרון, המחייב את הנהנה בתשלום הנאחו<sup>53</sup>.

חשיבות להדגיש בהקשר זה, שבכל מקרה של זכייה, יש צורך לקבוע אם אכן היה צפוי למזקה רוח, שנמנעו ממנו עקב הזכייה. אם אין המזקה נהג להפיק רוח מן הנכס, הוא לא ייראה כ"חסר", אף על פי שבאופן תיאורתי אפשר להפיק רוח מן הנכס, ויש המפיקים רוח כזו. הוא הדין כשהבעליים היה רוצה להפיק רוח מן הנכס, אלא שאין אפשרות מעשית לעשות כן, כגון שהבעליים או בא כוחו אינו כאן, או שאין מי שיטכים לשכור את הנכס. הרמ"א<sup>54</sup> קובע, ברוח זו, שחצר עומדת להשכלה רק אם בעל החצר, או בא כוחו, "משתדלין להשכירו, אבל אם אינו בעיר, ואין מי שמתדל להשכירו", החצר נידונה כאילו אינה עומדת להשכלה, למרות שבילה רוצים בהשכלה<sup>55</sup>.

אולם הרמ"א עצמו קובע, "שסתם בזמנים זהה" – קיימת Lager[עומדים להשכלה]: לפ"י כלל זה, כל מי שידור בבית מגוריים שלא מדעת הבעלים, יחייב בתשלום דמי שכירות, בלי שייא מוטל על הבעלים להוכיח, שאמנם עמד הבית להשכלה. וכן הדין גם אם לא השכירו "עולם"<sup>56</sup>.

<sup>49</sup> לדוגמה: אדם הנית פירות כרשות הרבים, ואכלת אותם כהמתו של הזוכה. הזוכה חייב בתשלום הנאחו, אף על פי שהוא פטור מחשלומי נזיקין. דין זה נפסק בשולחן ערוך, ח"מ, סימן שצ, סעיף ח, והוא מבוסס על המשנה, בבא קמא ב, ב; יט ע"ב. לדיננו בסענה: "את גרمت לי היקפה יתרה", כביסיס להגדרת מזקה בזמן חסר, ראה להלן, עמ' 7.

<sup>50</sup> טור ח"מ, סימן שפו, סעיף ג.

<sup>51</sup> הרא"ש, בבא קמא, פרק ב, סימן ו; נימוקי יוסף, בבא קמא, פרק ב, ח ע"ב בדף הרוי<sup>52</sup>.

<sup>52</sup> הרא"ש ונימוקי יוסף, שם.

<sup>53</sup> בבא קמא ב ע"א; חריג לדין זה הוא במקרה של גנבת מיטלטלין, שהגבן חייב בהשכת הגזלה או בתשלום שווייה, ופטור מכל תשלום אחר. ראה: שולחן ערוך, ח"מ, סימן שסג, סעיף ג. הסבר לחריג זה, ראה בדברינו לסעיף ו(א), פרק חמישי, עמ' 28.

<sup>54</sup> הרמ"א, ח"מ, סימן שסג, סעיף ז. פרידמן, סעיף 285, הערכה 12, מציע: "ניתן לטעון כי למרות שהחובע עצמו לא היה יכול לנצל את המקרעין, יכול היה החובע לדרוש תשלום עבור שימוש זה". במשפט העברי, כאשר הנית שהמקרעין עומדים להשכלה, והבעליים אינם מודיעים לזכה, אינו מרשה לו להשתמש במקרעין ללא תשלום, הזוכה פטור מ�שלום.

<sup>55</sup> ראה: יט של שלמה, בבא קמא, פרק ב, סימן טז, הפסיק שאם הבית עמד להשכלה, הדיר חייב בתשלום שכיר דירה, גם אם בפועל בעל הבית ושלוחיו אינם משתדלים להשכירו, כגון שאינם בעיר, ובזה הוא חולק על הרמ"א.

<sup>56</sup> יש צורך לבחון הנהנה זו מחדש במצבים חכתיים וככלליים השונים מalto שהיו בימי הרמ"א.

<sup>57</sup> יט של שלמה, בבא קמא, פרק ב, סימן טז.

## סעיף 2, חלק א: זכיה שאינה כרוכה בחסרונו המזוכה

2. נזק מתווך אונס לא זו אף זו, גם אם הזיק הזוכה למזוכה מתווך אונס, ונגרמה לו הנאה, יחויב בתשלום הנאותו, אף על פי שהוא פטור מתשולומי נזיקין. לדוגמה, אם נתקלה בהמתו של הזוכה באבן, ונפלה על פירות המזוכה, וכך ניצלה מabitah, בעל הבאה חייב בתשלום הנאותו למזוכה, על אף העובדה שהוא פטור מתשולומי נזיקין, אפילו בדיני שמים<sup>68</sup>.

3. מניעת הנאה כאמור, המשפט העברי רואה במניעת רוחח חסרונו המחייב את הזוכה בתשלום הנאותו. מה דין של זוכה שמנע בוצייתה מן המזוכה הנאה מנכסיו? האם מניעת הנאותו של המזוכה מוגדרת אף היא כחסרון, המחייב את הזוכה בתשלום הנאותו?

הרמ"א<sup>69</sup> קובע, שאדם "שהוציא את בעל הבית בReLUו מן הבית, והוא דר ברו", פטור מכל תשלום. אדם זה פטור בדיני נזיקין, אף על פי שמנע מהבעליים מימוש זכותו להשתמש בנכס, מכיוון שהנזק אינו ישיר ו"גרמא בנזיקין – פטור"<sup>70</sup>. על פי מה שראינו עד עתה, קביעה הרמ"א מעוררת תמייה, שהרי אף אם המזיך פטור בדיני נזיקין, הוא חייב לכואורה לשלם את דמי הנאותו.

ניתן לקבוע בבירור, שהרמ"א אינו מאמין את הטעם הרבי עי או החמיישי כסיבה לפטור ב"זה נהנה וזה לא חסר"<sup>71</sup>. הטעם הרבי עי מבסס את הפטור על הנחת קיום מחילה, ואין מקום להניח שאדם שגורש מביתו, ימחול למגרש, ולא ידרוש ממנו תשלום על הנאותו. הטעם החמיישי מבסס את הפטור על שיקולים מוסריים, העושים את הדרישת לתשלום למידת סדום, ודרישה זו ממי שדר בביתו של אדם, לאחר שגורש אותו ממנו אינה לא מוסרית.

אפשר להסביר קביעה זו של הרמ"א, אם נניח שהזוכה בתשלום תלוי בניומי של "מעין גולן"<sup>72</sup>. אדם ש"גוזל" מקרעין של חברו, ומגע ממנו שימוש בהם, אינו חייב לשלם בעקבות השימוש במקרעין שגוזל, משום ש"קרע אינה נגולה" ו"ברשות בעלייה עומדת"<sup>73</sup>. לכן, גם אם מגע הזוכה מבעל המקרעין את השימוש בהם, לא נטל ממו דבר, ואין לחיבו בתשלום מדין "מעין גולן"<sup>74</sup>. לעומת זאת מגע מהזוכה רוחחים צפויים (כגון שגוזל מקרעין העומדים להשכרה), ו"אכל" בעצמו את הרוחחים שהיו מיועדים למזוכה, חייב בתשלום מדין "מעין גולן". קרע אינה נגולה, אך פירות הקרע נגוזלים. הרוחחים שהיו צומחים מנכסיו של המזוכה אינם נידונים כמקרעין עצם, אלא כפירות

<sup>68</sup> שולחן ערוך, ח"מ, סימן שע"ד, סעיף א; בדוגמה המובאת בפנים, התשלום שהזוכה חייב בו לא יעלה על שווי הפירות, משום שהגבול העליון בתשלומי הנאה הוא שווי הזכיה בשוק. בשום פנים, הזוכה אינו משלם יותר מסכום זה, גם אם הנאותו הסובייקטיבית גודלה יותר. במקרים אחרים של זכיה באונס, שהחסרון שנגרם בהם כאונס הוא קטן משווי הזכיה בשוק, ראה להלן, הערכה 130.

<sup>69</sup> הרמ"א, ח"מ, סימן שעג, סעיף ו; מקורו במרדכי, בכא קמא, פרק ב, סימן טז.

<sup>70</sup> טור ח"מ, סימן שעג, סעיף ג.

<sup>71</sup> ראה לעיל, ליד ציון הערכות 20, 21.

<sup>72</sup> ראה לעיל, ליד ציון הערכה 15.

<sup>73</sup> שולחן ערוך, ח"מ, סימן שעא, סעיף א.

<sup>74</sup> מרודכי, בכא קמא, סימן טז; בירור הגרא, סימן שעג, ס"ק יד.

## פרק רביעי: הגדרת החסרון

המרקעין<sup>65</sup>. אדם שגוזל מקרעין של חברו, ואכל את פירותיו, חייב בתשלום הפירות מדין גולה<sup>66</sup>. לכן, מי שדר בביתו של חברו, שהוא עומד להשכרה, חייב בתשלום הנאותו לבעל הבית, ש"אמ נשתמש בבתו, ולא העלה שכר לבعليו, עובר משום לא תגזול"<sup>67</sup>.

יש לציין, שפסקים אחדים מגבילים את הפטור של הרמ"א, וקובעים שהמגרש את חברו מביתו, ודר שם במקומו, פטור מתשלום "דוקא כשהו יצרכו הבאים לשכור על ידי זה דירה"<sup>68</sup>. אבל אם הוצרכו הבאים לשכור דירה, הפולש חייב לפצות את הבעלים, גם אם היה יכול לגור בדירה אחרת חינם (ומשום לכך הוא מוגדר כ"לא נהנה"). הפולש חייב לשלם את שווי הזכיה בשוק, גם אם הסכום שהוציא הבעלים לשכור דירה חולפת קטן מסכום זה. דעתו אלו חלוקות לגבי התשלום שהפולש חייב לשלם, כשהוא אלץ הבעלים להוציא סכום הגבוה משווי זכיית הפולש בשוק<sup>69</sup>.

ג. חסרון המלווה בהנאת המזוכה

אם הביאה הזכיה למזוכה יתרון, לצד החסרון שנגרם לו, יותרו זה מאוזן את חסרוונו של המזוכה, רואים את זכיותו של הזוכה כאילו אינה כרוכה בחסרון המזוכה<sup>70</sup>.

לכן, אדם הדר בביתו של חברו, והבית לא עמד להשכרה, יהיה פטור מתשלום שכר, וזאת על אף הבלתי הטבעי הכרוך בשתיותו בדירה. ההסבר לכך הוא, שבעל הבית נהנה גם הוא מכניסתו של הדיר, משום שנוח לו שלא יעמוד בитו ריק. הנהה זו מאוזנת

<sup>65</sup> הראה, המובא בנימוקי יוסף לבבא קמא כ ע"א, דף ח ע"ב בדף הרוי<sup>71</sup>; נחלת דוד, בבא קמא כ ע"א. וראה גם דברינו בהערה 89 לסעיף ו(א).

<sup>66</sup> טור חו"מ, סימן שעא, סעיף ז.

<sup>67</sup> לשון הטור, שם. ראה דיווננו לסעיף ו(א), ליד ציון הערה 66; נזכיר כאן, שגם אם עמדו המקרעין להשכרה, אך מי שתפס אותו ומגע מהבעלים שימוש בהם לא נהנה מהם בעצמו, הוא יהיה פטור מכל מתשלום, בהתאם לכל גורמא בנזקין – פטור. אך יש חולקים על כך, ראה להלן, בהערות 68, 69.

<sup>68</sup> עורך השולחן, חו"מ, סימן שעג, סעיף טז; כדעה זו מסיק מהנה אפרים, הלכות גולה, סימן יא. "מחנה אפרים" מחייב בתשלום, אדם שמנע את חברו מלהשכרה את חצנו, גם אם לא דר בו במקומו. חובה זו היא מדינית נזקין. שיטתו מנוגדת לדברי השולחן עורך, חו"מ, סימן שעג, סעיף ז, המחייב אדם בתשלום רק אם דר בחצר; באר הגולה, חו"מ, סימן שעג, סעיף ז, אותן ג. וראה להלן, ליד ציון הערה 50.

<sup>69</sup> דעתו של מהנה אפרים, שם, היא שחויב בתשלום של הפולש היה על פי רינוי נזקין – "גורמי". הפולש יהיה חייב בתשלום הנזקים שנגרמו לבאים, גם אם הם גדולים יותר מערך זכיותו של הפולש. גם מדברי עורך השולחן ניתן להסיק, שאם נאלצו הבעלים לשכור דירה חולפת, הפולש חייב בתשלום, על פי רינוי נזקין, משום שיש בדבר "יזהר מגורמא". לעומת זאת, באר הגולה מחייב את הפולש, משום ש"אכל חסרוונו של חברו". על פי טעם זה, לא יחויב בתשלום הגדולה מערך זכיותו בשוק.

ראה שהרמ"א פוטר את הפולש מתחслов, גם אם נאלץ הבעלים לשכור דירה חולפת. אמנם הרמ"א מחייב כל זוכה לשלם למזוכה, כשבচיתו כרוכה בחסרוונו של המזוכה, אף אם הזוכה מוגדר כ"לא נהנה". בכך הוא קובע את חובת הזוכה לשלם מדין "מעין גולן", כאשר אלץ חסרוונו של חברו, אך חוב זה מוגבל למקרים שבהם החסרון למזוכה הוא בגין שוכיתו של הזוכה נובעת ממנו (ראה להלן, פרק חמישי, עמ' 67).

יש לציין, שלדעת עורך השולחן, חו"מ, סימן שעג, סעיף טז, הרמ"א פוטר את הפולש מתחслов רק אם לא מחה הבעלים נגרדו; אבל אם מחה נגרדו, הפולש חייב בתשלום גם אם לא נאלץ הבעלים לשכור דירת חולפת. אולם יש פירושים אחרים לדברי הרמ"א, הקובעים שהוא חולק על היסוד לפיו הזוכה חייב לשלם, כשהבעלים מוחה (ראה לעיל, פרק שלישי, עמ' 67).

<sup>70</sup> חידושי הרשב"א, בבא קמא כא ע"א, ד"ה אמר; נימוקי יוסף, בבא קמא כ ע"ב, בשם הרמ"ה, ט ע"א בדף הרוי<sup>72</sup>; ביאור הגרא"א, חו"מ, סימן שעג, ס"ק טז; נחלת דוד, בבא קמא כא ע"א.

## סעיף 2, חלק א: זכייה שאינה כרוכה בחסרון המזוכה

את חסרונו, ולכון הדיר פטור מכל תשלום. אולם אם היה הבית חדש, הנאתו של בעל הבית אינה מאנת את הבלאי, והדירה חייב לשלם שכור דירה מלאי<sup>71</sup>.

ד. חסרון של מה בכך (פחות משווה פרוטה)<sup>72</sup>

דעיה אחת בתוספות<sup>73</sup> מחייבת את הזוכה בתשלום הנאתו, גם אם הפסד המזוכה הכרוך בהנאתו של זה פחות משווה פרוטה (פחות מערך ממוני מזעיר). אולם האחרונים<sup>74</sup> מביעים ספק לגבי דין זה להלכה.

נראה שלשיות המבוססת את חובת תשלום ההנאה על דיני נזקין או על דיני גזל, וכן לשיטה הרואה בחסרון המזוכה גורם מכירע לקבעת קיומה של הלואה<sup>75</sup>, יש מקום לפטור את הזוכה, אם חסרונו של המזוכה הוא פחות משווה פרוטה. אולם לשיטה<sup>76</sup> המבוססת את הפטור מתשלום, כשהזוכיה אינה כרוכה בחסרון, על הנחת מחלוקת, הזוכה חייב בתשלום הנאתו, מכיוון שמניחים, שאין אדם מוכן, שיזיק לו חברו אפילו בפחות משווה פרוטה<sup>77</sup>.

### פרק חמישי

#### הקשר בין הזכיה לחסרון – "שaina כרוכה בחסרון המזוכה"

##### א. חסרון שקדם לזכיה

עד כה עסכנו בשאלת הגדרת חסרון הגורר אחריו חובת תשלום. אך יש גם שאלה אחרת: מה דינו של זוכה שננהנה כתוצאה מחסרונו של חברו, אך הנאתו לא היא שגרמה לחסרון. דוגמה לזה אנו מוצאים בתשובה המובאת ב"מרדי"<sup>78</sup>: "מעשה ביהודי אחד שבrhoch מעירו, ולקח השר את ביתו, והשאילו ליהודי אחר, ואותו שבrhoch שאל לו [=ביקש ממנו] השכירות". במקרה זה באה הנאתו של הזוכה לאחר שהמזוכה – בעל הבית – כבר היה חסר, משעה שנחפץ ביתה על ידי השר<sup>79</sup>.

אפשר לציין ארבע שיטות לקביעת חובת התשלום של הזוכה במקרה זה, וכולן מבוססות על ניתוח סוגיה תלמודית<sup>80</sup>, הדנה בדוגמה הhypothetica הבאה: אדם בעל אוכל של חברו,

<sup>71</sup> כך מיישבים הרשב"א, בחידושו לבבא קמא כ ע"ב, ד"ה שני, ונחלת דוד, שם, את הדין המובא לעיל, ליד הצעין הקודם, עם דין "שחרוריתא דASHIATHA" (בבא קמא כ ע"ב), המובא בשולחן ערוך, חור"מ, סימן שטג, סעיף ז.

<sup>72</sup> לעניין זה אין חשיבות מעשית רבה, אולם כאן בא לידי ביטוי נושא עיוני, הנובע מהבדלי הגישות ביסור החיבור.

<sup>73</sup> תוספות, כתובות ל ע"ב, ד"ה לא צריכא.

<sup>74</sup> מהרש"ל על התוספות שם; נחלת דוד לבבא קמא כ ע"א; שער המלך, הלכות גולה ואברה, פרק ג, הלכה ט; חכמת שלמה, חור"מ, סימן שטג, סעיף ו.

<sup>75</sup> ראה לעיל, ליד ציון הערכה 19.

<sup>76</sup> ראה לעיל, ליד ציון הערכה 20.

<sup>77</sup> ראה וש"י, סנהדרין נז ע"א, ד"ה צערא בשעתה מי לית ליה?

<sup>78</sup> מרדי, בבא קמא, פרק בצד הרגל, סימן יז.

<sup>79</sup> מכיוון שהוא מנוט מהשכירות (ראה מרדי, שם).

<sup>80</sup> כתובות ל ע"ב.

## פרק חמישי: הקשר בין הזכיה לחסרון

לאחר שנחכח אוכל זה לתוכן גורנו על ידי אדם שלישי<sup>81</sup>, ולא יכול היה להוציאו מגורנו אלא "על ידי הדחק". בדוגמה זו המחייבים את אפשרות הפרדה בין שעת החסרון לשעת ההנאה, שהרי לפני שבלו הזכיה את האוכל, כבר נפסד האוכל, "שאם היה מחזיר, היה נמאסת ולא שווה כלום"<sup>82</sup>. התלמוד קובע, שבבולה חייב לשלם לבועל האוכל את מה שננהה באכילהו. במלים אחרות, גם אם ההנאה אינה הגורם לחסרונו של המזקה, הזכיה חייב בתשלום עבור הנאהו. כאמור, הדעות חולקות בדבר המשקנה המשפטית שיש להסיק מדין זה:

א. התוספות<sup>83</sup> מסבירים, שהזקה חייב בתשלום הנאהו, אף על פי שקדם לו חסרון המזקה: "הואיל וננהנה מחתמת החסרון שהיא מתחילה". הסברו של בעל "מחנה אפרים"<sup>84</sup> בדרכו החוספות הוא, שככל זה החל על כל הננהנה מחסרונו של חברו, גם אם החסרון קדם בהרבה להנאהו של הזקה, וגם אם גרם הזקה לחסרון, לא בשעת זכייה ולא קודם לה.

לשיטתה זו, דעת התוספות סותרת את קביעת המרדכי<sup>85</sup>, בעניין היהודי, שברוח מעירו, ולקח השר את ביתו, והשאלו ליהודי אחר (שהזכיר לעיל), שכחוב המרדכי שם: "ופסק הרב רב שמואל, שלא יתן לו, דהאי ביתה לא קיימא לאגראן [=שכית זה] איינו עומד להשכלה], שאם יצא היהודי מן הבית, השר ישאלנו לעובד כוכבים; ונמצא זה נהנה וזה איינו חסר". "מחנה אפרים" קובע, שהתוספות היו מחייבים את הדייר לשלם ליהודי שברוח. אמנם החסרון (אי יכולתו של הבורח להשכיר את ביתו) היה תוצאה פועלתו של אדם שלישי – השר – והחסרון קדם בהרבה להנאה הזקה, אולם הזקה חייב בתשלום הנאהו למזקה, כיון שננהנה מחסרונו.

ב. לפי הסבר אחר בדרכו התוספות, זקה חייב בתשלום הנאהו גם כקדם לה חסרון המזקה, אף אם לא גרם זקה לחסרון, בתנאי שעת ההנאה צמודה לשעת החסרון<sup>86</sup>.

לשיטתה זו, דעת התוספות אינה סותרת את קביעת המרדכי. המרדכי פותה את הדייר מתשולם לבורה, שהרי "החסרון היה מכבר, וההנאה בא[ה] לו אחר זמן רב"<sup>87</sup>. התוספות

<sup>81</sup> ראה דברינו על סעיף ו(ב), ושם נתבאר, שלדעת פוסקים אחדים, יש להבחין בין זכייה בזמן גורם שלישי לזכיה שבה המזקה גורם לעצמו חסרון מותך כוונה לזכיה. במקרה האחרון, זקה יהיה חייב בתשלום מכל מקורו – חסר המזקה, משום שימושו של המזקה יוצרת זיקה בין זקה להפסדה. ראה סעיף ו(ב) הערכה 72, שגם לשיטות הקובעות שהזקה מיזמתו של גורם שלישי פטור מתשולם הנאה למזקה, אין הדבר כן בהנאת אכילה.

<sup>82</sup> תוספות, בבא קמא כ ע"ב, ד"ה הא איתנהית.

<sup>83</sup> מחנה אפרים, הלכות גולה, סימן יג.

<sup>84</sup> מרדכי, שם; מסקנת "מחנה אפרים" קשה, שהרי המרדכי, שם, סימן טז, מביא את דעת התוספות ללא לערעור עליה.

<sup>85</sup> שער משפט, סימן עב, ס"ק לא, בדעת התוספות והמרדכי. יש לציין, שגם לשיטה זו, הרואה את הצמידות הכרונולוגית כגורם המכريع הקשר בין זקה להנאה, היה מקום לחיבת הדייר בתשלום; במקרה המובא במרדכי, משום שניתן לראות בנזק של בעל הבית, שנאלץ לבורח מפני השר, נזק מתמשך, וגם בשעה שננהנה חברו, השר מזקנו, כאשר מאפשר לו להשכיר את ביתו. ראה: מחנה אפרים, הלכות גולה, סימן יג; בהסביר השיטות החלוקתיות על דברי התוספות, בבא קמא כ ע"ב, ד"ה הא איתנהית.

<sup>86</sup> שער משפט, סימן עב, ס"ק לט.

## סעיף 2, חלק א: זכיה שאינה כרוכה בחסרון המזוכה

חייב את האדם שבלו אוכל של חברו, שנתחב לטען גורנו על ידי אדם שלישי, מכיוון "זויה הוイ כבת אחת"<sup>87</sup>.

חסרון וההנאה נחשבים כאחדים "בבבאת אחת" רק אם היו צמודים למזרי. גם הפרש של שניות אחדות בין החסרון להנאה פוטר את הזוכה מתשולם<sup>88</sup>. אך אם ההנאה והחסרון באים "בבבאת אחת", הזוכה חייב בתשלום הנאתו, גם אם לא גורם לחסרון<sup>89</sup>.

ג. הסבר אחר בדברי התוספות גורס, שהזוכה חייב בתשלום הנאתו, כשהקדם החסרון של המזוכה להנאותו, גם אם שעת ההנאה אינה צמודה לחסרון, ובכלל זה שהזוכה הוא זה שחייב את המזוכה<sup>90</sup>. אם חסרונו של המזוכה נבע ממוקור אחר, אף על פי שעת החסרון צמודה לשעת ההנאה – הזוכה פטור מכל תשלום<sup>91</sup>. התוספות חייבו את הבולע, מכיוון שגורנו הוא שהפיטיד את האוכלין (אמנם באונס), ואף קודם שעת הנאותו. המרדכי קבע, שהדייר שדר בביתו של חברו הנמלט, פטור משום שלא הדיר גורם לחסרונו של בעל הבית, כי אם השער.

ד. לפי דעתה אחרת הזוכה פטור משלם כל זמן שלא גורם החסרון בשעת הנאותו של הזוכה, אלא קודם לכן. הזוכה פטור מתשולם גם אם הוא הגורם לחסרון, וגם אם החסרון וההנאה באו בסמוך זה לזה<sup>92</sup>.

אפשר אם כן לסקם את ארבע השיטות שבשאלת חסרון שקדם לזכיה כך: לפי הדעה הראשונה, הזוכה חייב תמיד בין ארעה זכייתו בסמוך לחסרון ובין אם לאו, וכן בין הוא גורם את החסרון ובין אם לאו. הדעה הרוביעית שהזוכרנו נוקטת עדשה הפוכה לחולותין. לפי דעתה זו הזוכה פטור תמיד, כל זמן שלא גורם החסרון בשעת הנאותו. דברים אלו אמרו גם אם הוא גורם את החסרון, ואף אם באו החסרון וההנאה בסמוך זה לזה. בין שתי הדעות הקיצונית הלו יש עוד שתי דעתות ביניים: האחת גורסת, שאם הזוכה הוא שחייב בפועל את נכסי המזוכה, הרי הוא חייב לפני המזוכה, בין אם זכייתו סמוכה לחסרון ובין אם לאו. לפי הדעה האחרת, הגורם הקבוע הוא גורם הסמיכות בין החסרון וההנאה. אם ההנאה סמוכה לחסרון, הזוכה חייב, בין גורם את החסרון ובין לא גורמו. לעומת זאת, אם נהנה הזוכה לאחר החסרון, הרי הוא פטור, אף אם גורם את החסרון.

<sup>87</sup> שוויה בית שלמה, חומר, סימן קכט. ובסוף דבריו הוא אומר: "כעין טברת הריצב"א שבתוספות כתובות הניל" (הכוונה לתוספות, כתובות ל ע"ב, ד"ה ואי דלא מציא לאהדרה), שכן הריצב"א קובל, שרגע התחייב ורגע הבליעה נידונים כ"בת אחת", לעניין "קייםליה בדורבה מיניה", אך לא לעניין "זה נהנה וזה לא חסר".

<sup>88</sup> התחלת הבליעה וסוף הבליעה נידונים כבת אחת; הכנסת האוכל לפיו של הבולע וסוף בליעתו אינם נידונים כבת אחת (שיטת מקובצת לכתובות ל ע"ב, ד"ה אי דמציא לאהדרה, בפירוש הריצב"א; הריצב"א בתוספות, כתובות ל ע"ב, ד"ה ואי דלא מציא לאהדרה).

<sup>89</sup> שער משפט, סימן עב, ס"ק לט.

<sup>90</sup> אף על פי ש מבחינה משפטית הוא אינו אחראי לחסרון זה.

<sup>91</sup> מרוחשת, חלק ב, סימן לה, פרק ד, ס"ק ת. ועיין דברינו על סעיף 1(ב) פרק שלישי, עמ' 47-48, המכוסים את הבדיקה בין זכיה ביזמת המזוכה לבין זכיה ביזמת גורם שלישי על היסוד המתוח בדברי המרוחשת. ראה שם, העירה 70.

<sup>92</sup> ר"י בתוספות, כתובות ל ע"ב, ד"ה ואי דלא מציא לאהדרה; הדעה הראשונה בתוספות, שם, ד"ה לא צריכא; לשיטה זו, אם הבולע היה מחזיר את האוכלין מבית הבליעה, היו שוימים משהו. לכארה תפטור שיטתה זו את הדייר בתקדים הנזכר במרדכי, אך עיין לעיל, העירה 85, בדברי "מחנה אפרים".

## פרק חמישי: הקשר בין הזכיה לחסרון

פוסקים רבים<sup>93</sup>, ראשונים ואחרונים, קובעים שהזוכה חייב בתשלום הנאותו, גם אם נבעה מחסرون שקדם להנאה.

את עמדתו של השולחן ערוך בסוגיה זו ניתן להסביר מדבריו בהלכות הלוואה<sup>94</sup>: "ראובן שהיה לו משכון ביד עכו"ם המלה בריבית, ושמעון הוצרך למטות, וביקש מרואבן שירשו לו ללוות ממנו [מהגוי] על אותו משכון, ועשה כן, ונשרף המשכון ביד עכו"ם, פטור שמעון משלם לרואובן דמי המשכון". מקור דבריו הוא תשובה מהר"ט ברוך מרוטנבורג<sup>95</sup>, המסביר שרואובן אינו זכאי לפיצוי – וזאת למינות טענתו שננה שמעון מחסרונו (שרפת המשכון), שהרי עכשו הוא (שמעון) פטור מלהחזיר את הלוואה – משום ש"מאי איכפת היה לרואובן? ושמעון ממשmia הוא דרכיהם עלייה [=מה איכפת היה לרואובן? מן השמים ריחמו על שמעון]. שמעון פטור, משום "דבלאו הכי היה לו [לרואובן] היזק זה", והנאה לא גרמה להפסד נוסף.

פוסקים אחדדים<sup>96</sup> מסיקים מדברים אלה, שהשולחן ערוך קובע הלכה כשיטה הרביעית, והזוכה פטור מתשלום על כל הנאה, גם כשהיא כורча בחסרון המוצה, כל עוד לא גרמה הנאה עצמה לחסרון בשעת ההנאה. אולם, ניתן לפרש את דברי השולחן ערוך כתואמים את שיטת הפוסקים המחייבים את הזוכה שננה מחסرون שקדם להנאותו, אם הוא עצמו גרם לחסרון (שיטת ג). כאן שמעון פטור, מכיוון שלא הוא גרם לשרפota המשכון.

ב. חסרון בנכס שאינו מקור הזכיה  
במסגרת סוגיות הקשר שבין הזכיה לחסרון, נשאלת השאלה: האם אין הזוכה מחייב אלא בשיש חסרון בנכס שהוא משתמש בו, או שמא יתחייב אף כאשר חסרון באותו נכס, אלא שנgrams למוצה חסרון מצד אחר?

כך, למשל, אחד הפוסקים<sup>97</sup> דין בעניין של אדם שהעתיק ספר של צבע וונגן ממו את סודות המקצוע, וגרם נזק לבעל הספר, לא בספר עצמו (שהרי לא נגע בו), אלא שמעתה הוא – המעתיק – מתחרה במלאchetו. פוסק זה קובע עקרונית, שגם כחסרוון המוצה אינו בנכס שנבעה ממנו הזכיה לזכיה, אלא בנכס אחר, הזוכה חייב בתשלום הנאותו למוצה, ומשם כך מחייב את המעתיק בשווי זכייתו – עריך המידע שגנב את מסקנותיו הוא מבסס על עיון בדברי השולחן ערוך<sup>98</sup>, שקבע שם מה המוצה נגד הזוכה קודם הנאותו, הזוכה חייב בתשלום, גם אם לא חסר המוצה בזכותו של הזוכה. הוא טוען, שגם אם חסרונו של המוצה אינו בנכס שנבעה ממנו ההנאה למוצה, יש להניח שהמוצה היה מוחה נגד זכייה חינם מנכסיו, כשהיא כורча בחסרוונו במקום אחר.

<sup>93</sup> רשי", כתובות ל ע"ב, ד"ה ואי דלא מצי לאחדורה; תוספות הרא"ש, כתובות ל ע"ב, ד"ה ואי דלא מצי לאחדורה; ריצב"א בתוספות, שם, ד"ה ואי דלא מצי לאחדורה; קצות החושן, סימן רמו, ס"ק ב; נתיבות המשפט, סימן רמו, ס"ק ה; מרחשת, חלק ב, סימן לה, פרק ח, ס"ק ב.

<sup>94</sup> שולחן ערוך, חו"מ, סימן עב, סעיף מד.

<sup>95</sup> מובא במרדי, בבא מציעא, פרק השואל, סימן שעא. ראה דברינו על סעיף 4, העלה 84, לגבי פירעון הלוואה לנושה שאינו יהודי.

<sup>96</sup> שער משפט, סימן עב, ס"ק לט; שו"ת בית שלמה, ח"מ, סימן קכט.

<sup>97</sup> שו"ת עמודי א"ש, דף טו ע"ב; וראה בעניין זה: י" רקובר, עשור ולא במשפט, ירושלים תשמ"ח, שער ראשון, פרק עשירי, עמ' 32.

<sup>98</sup> שולחן ערוך, חו"מ, סימן שס, סעיף ז.

## סעיף 2, חלק א: זכיה שאינה כרוכה בחסרון המזוכה

פסק זה מtabס על הדעה הרואה במחילת המזוכה את היסוד לפטור, כשהזכיה אינה כרוכה בחסרון המזוכה<sup>99</sup>. עקרונית יש מקום לאימוץ מסקנה זו גם על ידי השיטות הפוטרות את הזוכה מחויבת השבה שלא מטעמי מחילה<sup>100</sup>. אולם לפי הטעם השני, שראינו לעיל<sup>101</sup>, שהפטור ב"זה נהנה וזה לא חסר" מיוסד על דין גולה (ב"זה לא חסר", אין גולה). נראה שיש לחייב את הזוכה בתשלום רק כאשר את "פירותיו"<sup>102</sup> של המזוכה, והרי אפשר לראות את הזוכה כמו שאכל את פירותיו של המזוכה רק באחד משני התנאים: (1) חסרונו של המזוכה הוא בגין שנבעה ממנו הזכיה; (2) הזוכה התחרה בחברו ופגע בהכנסותיו<sup>103</sup>, כגון בדוגמת הצבע שראינו לעיל. אולם אם חסרונו של המזוכה אינו בגין שנבעה ממנו הנהנה, וכן הזוכה אינו צובר רוחחים שהמזוכה היה יכול להשיגם לו לא הזכיה, לאأكل הזוכה את "פירות" המזוכה, ולכן הזוכה יהיה פטור מתשלום הנאותו<sup>104</sup>. ניתן על פי זה להבין, מדובר הרם"א, כאשר שמי "שהוציא בעל הבית בעל כרכו מן הבית והוא דר בו, פטור מכל תשלום"<sup>105</sup>, לא הגביל את דבריו למקרה בו "לא הוציאו הבעלים לשכור על ידי זה דירה"<sup>106</sup>: גם אם נאלץ הבעלים לשכור דירה חולפית, אין חסרונו בגין שנבעת ממנו זכייתו של הפולש.

### פרק שני

#### חסרון הקטן מהזכיה – "רשי לפטור... כולה או מקצתה"

##### א. הכלל: משלם הכלול

מה דינה של זכיה שערכה עולה על שיעור חסרונו של המזוכה? האם יש בזה כדי להחשב את הזכיה כולה לזכיה הכרוכה בחסרונו של המזוכה (זה נהנה וזה חסר), ולהחייב את הנהנה על כל הנאותו, או שמא יתחייב רק בשיעור החסרון<sup>107</sup>? דיון בסוגיה זו יוביל אותנו בעיקר לקביעת גדרים ובחנים בשאלת: متى לפטור את הזוכה ממקטת

<sup>99</sup> ואולם, ראה לעיל, פרק שלישי, עמ' 56, שפסקו של השולחן ערוך מוקשה, וחילקו עליי כמה מן האחرون. כמו כן, ראה לעיל, פרק רביעי, עמ' 62, ש לדעת הרם"א, מחה כשלעצמה אינה מחייבת את המזוכה בתשלום. לאור האמור, העיקנון הגורף שקבע בעל "עמודי אש" תלוי על בלימה.

<sup>100</sup> ראה: באර הגולה, חומר, סימן שסג, סעיף ו, אותן ד, המחייב את הדייר בתשלום דמי שכירות בגין החסרון שנרגם, כשהאלץ את הבעלים לשכור דירה חולפית, רהינו שהחסרון היה במקום אחר. אין לנמק קביעה זו בטעם "מחאה", שהרי אם לא נאלץ לשכור דירה אחרת, פטור הפולש מתשלום, אף שוודאי אין כאן הנהנת מחילה.

<sup>101</sup> לעיל, ליד ציון הערכה 15.

<sup>102</sup> לשון הרא"ה, בנימוקיו יוסף לבבא קמא כ ע"א, ח ע"ב בדף הרי"ף.

<sup>103</sup> שוי"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, חומר, סימן כד; ושורית דברי מלכיאל, חלק ג, סימן קנו, דנים בזכיה הכרוכה בחסרון זה.

<sup>104</sup> עיין לעיל, הערכה 69.

<sup>105</sup> רם"א, חומר, סימן שסג, סעיף ו. ועיין לעיל, הערכה 69.

<sup>106</sup> לשון ערוך השולחן, חומר, סימן שסא, סעיף י. ערוך השולחן עצמו, מגביל את קביעה הרם"א רק למקרה שלא נאלצו הבעלים לשכור דירה חולפית. ראה לעיל, ליד ציון הערכה 68.

<sup>107</sup> עניין זה נידון בהרחבה מהיבט אחר בדיוננו לסעיף 1(א), פרק שני, עמ' 14, עיין שם.

## פרק שישי: חסרונו הקטן מהזוכה

חובת ההשבה? אכן, אחד המקרים שראוי לכאותה להחיל בהם פטור זה, הוא כשוצייתו של הזוכה עולה על חסרונו של המזוכה<sup>108</sup>. בפרק זה יתברר, שהכלל המקובל הוא, שגם אם החסרון קטן מערך הזוכיה, על הזוכה לשלם עבור מלאה הנאותו, ואולם לכל זה חריגים חשובים, שיידונו אף הם בהמשך הפרק.

המקור לדיוון בבעיה זו הוא בסוגיה התלמודית<sup>109</sup>, העוסקת ב"זה נהנה וזה לא חסר". התלמוד מביא משנה<sup>110</sup> הרינה בבית משותף, היינו שהבית שייך לאחד והעליה לאחר, ונחרס הבניין כולו. המשנה קובעת, שם בעל הבית מסרב לבנות את הבית, בעל העלייה בונה את הבית עד לתקורה התחתונה, ויושב בבית עד שתנן לו בעל הבית את הוצאות הבניה: ר' יהודה אינו מסכימים להלכה זו, ואומר: "אף זה דר בחצר חברו שלא מדעתו, צריך להעלות לו שכר". כלומר, מדברי ר' יהודה אלו שומעים, שבאופן זה בעל העלייה חייב לשלם דמי שכירות לבועל הבית, אף על פי שבועל הבית אינו חסר, שהרי בלאו cocci לא רצה לבנות את הבית. ומכאן מבקשת הגمراה להוכיח, שזה נהנה וזה לא חסר – חייב. אך הגمراה דוחה את ההוכחה בקבעה: "שאני התם [=שם המצב שונה], משום שחדרוריתא דאשייתא", ופירים רש"י: "שמשחיר לו הכתלים, הלכך חסר הוא, אבל בית ישן – לא". כלומר, שבשביל החסרון של השחרות הכתלים, בעל העלייה חייב לשלם לבועל הבית, ואם כן מקורה זה אינו בחינת "זה נהנה וזה לא חסר" אלא "זה נהנה וזה חסר", ומשום כך חייב בתשלום.

שיטת הרמ"ה<sup>111</sup> בהבנת הסוגיה היא, שהזוכה פטור מכל תשלום שהוא יותר מגובה חסרונו של המזוכה, והוא חייב לפצות את בעל הבית רק עבור הנזק של השחרות הכתלים. במלים אחרות, דעתו היא, שכשהחסרון קטן מהזוכיה, הזוכה אינו צריך לשלם למזוכה סכום העולה על אותו חסרון<sup>112</sup>. יש הקובעים<sup>113</sup>, שדעת הרמב"ם<sup>114</sup> כרעת הרמ"ה. דעתה אחת<sup>115</sup>, המסכימה בעיקרונו לקביעת הרמ"ה, מחייבת בכלל זאת בדרך כלל את הזוכה בתשלום בגין זכייתו, גם כשהסכום זה גדול מחסרוונו של המזוכה. הטעם לכך הוא: "כיוון שעשה איסור, קנסונו רבנן לשלם הכל, כדי שלא יהיה חוטא נשבר". במקרה המובא בגמא הזוכה לא היה "חוטא", שכן נאלץ להתגורר בbijתו של בעל הבית, בغال סירובו של זה להקים את ביתו, ולכן שם לא נחייב אלא בפייצוי הנזק. הדבר, דהיינו השחרות הכתלים.

<sup>108</sup> ב' ליפשיץ במאמרו, "זה נהנה וזה לא חסר" – זכיה שלא הייתה כרוכה בחסרון המזוכה?\*, הפרקליט לו (להלן) 203, מטיל ספק בדבר. הוא אומר, שלכאורה ברגע שיש למזוכה חסרון, ואפילו חסרון קטן, אין מקום להחיל את סעיף 2, שהרי הסעיף מדבר בשוכיותו של הזוכה אינה כרוכה בחסרונו של המזוכה, והרי כאן הוא חסר, אף על פי שהוא רק מעט. אך נגד זה יש לומר, שניתן לפטור את הזוכה על פי הנאמר בסיפה של הסעיף. המדבר על "נסיבות אחרות העושות את ההשבהבלתי צודקת".

<sup>109</sup> בא קמא כ ע"ב.

<sup>110</sup> משנה, בא מציעא י, ג.

<sup>111</sup> הרמ"ה, המובא בנימוקי יוסף לבבא קמא, ט ע"א בדף הרי"ף; ובבית יוסף, חוי"מ, סימן שג, סעיף ז; וראה ביאור הגרא"א, חוי"מ, סימן שג, ס"ק ב, לדעתו הרשב"א סובר כרמ"ה.

<sup>112</sup> על שיטת הרמ"ה, ראה דברינו בטעיף 1(א), הערה 59; וראה לעיל, הערה 14.

<sup>113</sup> נודע ביהדות, מהדורא תנינא, חוי"מ, סימן כד; לבוש מרדכי, בא קמא, סימן טו; סימוכין לדעתם, ראה בთשובה הרמב"ם, מהדורות בלאו, סימן חמ"ד. לעומתם, המגיד משנה, הלכות גולה ואבדה, פרק ג, הלכה ט, קובע שהרמב"ם אינו חולק על דעת הראשונים, המזכירים להלן, הערה 116.

<sup>114</sup> רמב"ם, הלכות גולה ואבדה, פרק ג, הלכה ט.

<sup>115</sup> עניינים למשפט, בא בתרא ד ע"ב, ציונים איד, המסביר את קרית ספר, הלכות גולה ואבדה, פרק ג.

## סעיף 2, חלק א: זכיה שאינה כרוכה בחסרון המזוכה

ואולם, שלא כרמ"ה, הבינו רוב הראשונים<sup>111</sup>, שכונת הסוגיה היא, שעל הזוכה יהיה לשלם את כל ערך הנאותו, ולא רק את החסרון המועט שגרם. דעתה זו אף נפסקה להלכה על ידי השולחן ערוץ<sup>112</sup>, וזה לשונו: "יש אומרים, דכשאין החצר עומד לשכר – אמרין דאיינו צריך להעלות לו שכר – אם חסרו אפילו דבר מועט, כגון שהיה בית חדש, וזה חסרו כמה שהשחירו, אף על פי שאין הפסד אותו שחרורית אלא מועט, על ידו מגליגין עליו כל השכר כפי מה שננה".

הלכה זו מובנת על פי כל הטעמים שמנינו לעיל. הדבר פשוט אם מניחים שהפטור בזה נהנה וזה לא חסר מבוסס על מחילת המזוכה, או על העובדה שתביעת המזוכה, כאשרינו חסר, אינה מוסרית, ועל כן הדין קופא על המזוכה לוותר ("כופין על מידת סדום"). ברגע שנגרם חסרון למזוכה, ואפילו חסרון מועט, בטל טעם הפטור, וממילא מתחייב הזוכה בתשלום הנאותו<sup>113</sup>.

לפי הדרות האחרות, שהזכירנו לעיל, היה מקום לכואורה לפטור את המזוכה מכל תשלום שהוא יותר מחסרוונו של המזוכה. לדעות אלו, טעם הפטור ב"זה נהנה וזה לא חסר" הוא, שבלא חסרונו של המזוכה אין יסוד לחייב. רק הנהה הכרוכה בהפסד המזוכה – דהיינו הנהה שנבעה מכך שעבר חסרונו של המזוכה לידי הזוכה – מוגדרת כהלוואה או כפירות המזוכה, שאכלם הזוכה. על פי אותו היגיון, צריך היה להסיק לכואורה, שדין הנאותו של הזוכה כדין הלוואה, כדין פירות המזוכה, רק עד הסכום ששוכר למזוכה, ברומה להלוואה או לפירות<sup>114</sup>.

אולם נראה, שההסבר העיוני לפסק השולחן ערוץ, על פי דעתו אלה, הוא, שאם נכעה הנאותו של המזוכה מחסרוונו של המזוכה, יש לראות בהנאותו כולה הלוואה או פירות של המזוכה: חסרונו של המזוכה תפח בידי הזוכה, והפרק בשבילו להנאה גדולה יותר, שהיא עכשו כ haloואה, או כפירות המזוכה בידי הזוכה, ומכאן לחובת התשלום עבור מלאה הנאותו<sup>115</sup>.

הכלל שהזוכה חייב בתשלום כל הנאותו אף כשהיא גדולה מחסרוון המזוכה, אינו חל בכל אופני הזכיה. להלן נדון באלו אופני זכיה מחייבים את הזוכה בתשלום הנהה הגדולה מחסרוון המזוכה, ובאלו עליו לשלם למזוכה רק את חסרונו.

<sup>111</sup>תוספות, בבא קמא כא ע"א, ד"ה וייחבי;תוספות, כתובות ל"ב, ד"ה לא צריכא; רא"ש, בבא קמא, פרק ב, סוף סימן ו;חידושי הרשב"א, בבא קמא כ ע"ב, ד"ה שני; נימוקי יוסף, בבא קמא, פרק ב, ט ע"א בדף הריב"ף, שם הריטב"א;חידושי הרין, בבא מציעא קא ע"א, ד"ה ומהא, בשם הרשב"א; ועיין ביאור הגרא"א, חו"מ, סימן שSEG, ס"ק ב, שלדעתו הרשב"א חולק על ראשונים אלה.

<sup>112</sup> שולחן ערוץ, חו"מ, סימן שSEG, סעיף 2.

<sup>113</sup> שער המלך, הלכות גולה, פרק ג, הלכה ט, המבוסס את הפטור ב"זה נהנה וזה לא חסר" על הנחת מחילה, מסביר שהזוכה חייב בתשלום מלאה הנאותו, אפילו אם חסר המזוכה חסרונו מועט, מכיוון שם חסר המזוכה, יש להניחת שהוא מתנגד לזכותו של הזוכה, ו"וכיוון דמלחתא רקיידה היא, כי דר חייב לשלם... דלא אמרין לייה: שלם הריך פורתא רחסרייה, וליפטר באידך, דמאן יdebit ליה זכותא למידר בשל חברו? [=כיון שהמזוכה מקפיד, הזוכה חייב לשלם את הנאותו, ואין אומרים לו לשלם את הסכום המועט של החסרון בלבד, שהרי מי נתן לו זכות להיות מנכסי חברו?]."

<sup>114</sup> אפשר כמובן לטעון, שהשולחן ערוץ יימצ' את השיטה, שלפיה מעיקר הדין הזוכה היה צריך לשלם עבור החסרון בלבד, אלא שקנסו אותו חכמים, "כדי שלא יהיה חוטא נשכר"; ראה לעיל, הערתה 510. אך מסתבר יותר לומר, שהשולחן ערוץ מחייב את הזוכה, מעיקר הדין, בתשלום בגובה וכיותו, גם כשהזה בגובה מחסרוונו של המזוכה.

<sup>115</sup> לעניין זה בהרחבה, ראה בדיוננו על סעיף 1(א), הערתה 57; והשוו להלן, הערתה 138.

## פרק שישי: חסרון הקטן מהזוכה

ב. סיג: זכיה שבאה ביזמת המזוכה

החוק קובע, בסעיף (ב), שהזוכה חייב בהשבה גם אם באה זכייתו ביוזמת המזוכה, ככלומר מי שזכה את חברו בלי שנותבקש לעשות כן, זכאי להשבה. הטור<sup>121</sup>, שעמדתו בסוגיותנו מתאימה לעמדת השולחן ערוץ, קובע במקום אחר<sup>122</sup> את ההלכה, שם שדהו של אחד מוקף בשדות חברו, והקים בעל השדות המקיפים גדרות מסביב לשדותיו, ועל ידי זה הקיף גם את השדה הפנימי בגדרות, בעל השדה הפנימי חייב לשלם למקרים "שיעור היקפה יתרתא דגראם פנימי לחיצון", ככלומר "כפי מה שגרם לו היקף יתרה"<sup>123</sup> (מדוברים אלה עליה, שהמשפט העברי מתחייב למקורה זהausal מקרה של "זה נהנה וזה חסר". קיום שדה המוקף בין שדותיו של המוקף היא שגדילה את היקף שדותיו של המוקף, ומשום כך יש לראותו כגורם לחסרון אצל המוקף<sup>124</sup>).

פוסקים אחדים<sup>125</sup> מוסיפים, שדעת הטור היא, שגובה התשלום למקיף הוא כגובה חסרונו בלבד – דהיינו אורך הגדר שהווסף המוקיף בغالל קיומ השדה המוקף – אף שהנתנו של המוקף גדולה יותר. דין זה סותר לכואורה את הכלל שראינו קודם, שגם אם חסרונו של המזוכה מועט, על הזוכה לשלם עבור מלאה הנאותו. אולם כאמור סתירה זו אינה אלא סתירה לכואורה.

לעיל<sup>126</sup> רأינו, שניתן להסביר את חובת הזוכה לשלם למזוכה את שווי זכייתו גם כשהוא גדול יותר מחסרוונו של המזוכה, אם מניחים שהפטור ב"זה נהנה וזה לא חסר" מבוסס על מחלוקת המזוכה; המזוכה אינו מוחל, אם נגרם לו חסרון ואפילו חסרונו מועט. על פי שיטה זו, מובן מדוע חובת הזוכה לשלם למזוכה עבור זכיה שבאה מפעלת המזוכה שפעל לטובות עצמו<sup>127</sup>, מוגבלת לפיצוי עכור חסרונו בלבד: כיון שפעל המזוכה לטובות עצמו בלי להיוועץ בזוכה, והנתה הזוכה היא תוצאה הכרחית מפעולתו, מוכח שאינו

<sup>121</sup> טור ח"מ, סימן שסג, סעיף ז.

<sup>122</sup> טור ח"מ, סימן קנה, סעיף טז.

<sup>123</sup> הרמ"א, ח"מ, סימן קנה, סעיף ז; עיין נחלת דוד, בבא בתרא ד ע"ב; ראה דברינו על סעיף (ב), פרק שלישי, עמ' 47, שם רأינו, שאם הזוכה טוען, שאינו נהנה מהזוכה, הוא יהיה חייב בתשלום, רק אם נראה לבית הדין שאין ממש בטענתו. ראה: שולחן ערוץ, ח"מ, סימן קנה, סעיף ז, "כמו שיראו הדיינים". וראה בהרחבה דברי נתיבות המשפט, סימן קנה, ס"ק ח, המסביר מדוע המוקף אינו יכול לדוש מהמקיף שיסלק את הגדר, אף על פי שחלק מן הגדר מוקמת על קרקע המוקף.

<sup>124</sup> השווה לעיל, הערה 44.

<sup>125</sup> הב"ח, ח"מ, סימן קנה, סעיף יד; ש"ך, ח"מ, סימן קנה, ס"ק ד; נתיבות המשפט, סימן קנה, ס"ק ז; שער המלך, הלכות גולה ואבדה, פרק ג, הלכה ט, בדעת הטור והרמ"א; נחלת דוד לבבא קמא, כ ע"ב, בדעת הטור. שער המלך ונחלת דוד מסבירים כך את הטור, משומ שהטור מצטט את דברי הרמ"ה לעניין חישוב התשלום שחייב היקף למקיף; כפי שציינו בטקסט, שיטת הרמ"ה בסוגיות "זה נהנה וזה לא חסר" היא, שככל זוכה פטור מתשלום הגובה מחסרוונו של המזוכה. אולם לפי דעתו של נחלת דוד עצמו, כל עוד היקף נהנה מהנדוד, עליו להשתתף בהוצאות מדינ שכנים (ראה לעיל, הערה 45). לפי שיטה זו, נראה ברור, שגם הרמ"ה יחייב את היקף בתשלום הגובה מהתשלום המוטל על כל זוכה אחר. הבחנה זו מוכחת גם לפירוש בעל נתיבות המשפט, סימן קנה, ס"ק ח; ועיין במלחמות ה' לרמב"ן, בבא בתרא ד ע"ב (ב ע"ב ברכי הר"ץ).

<sup>126</sup> בפרקנו, עמ' 50.

<sup>127</sup> בלא כוונה להוועיל לזוכה, ראה עבודתנו על סעיף (ב), בסוגיות המזוכה מיזמתו. אם פועל המזוכה לתועלת הזוכה ובכוונה לגבות ממנו תשלום, הוא אינו מוכן לוותר על תשלום מלא כפי ערך השוק, ראה שם. וראה בהערה הבאה.

## סעיף 2. חלק א: זכיה שאינה כרוכה בחסרונו המזוכה

מתנגד לעצם הנאטו של הזוכה, ולכן הוא זכאי לפיצוי רק بعد החסרון, שהנתה הזוכה גורמת לו<sup>128</sup>. די בטעם זה להסביר מדוע חובת הזוכה לשלם למזוכה מוגבלת לפיצוי עבור חסרונו בלבד, גם לאותן השיטות הקובעות שבזכיה ביזמת הזוכה יש לראות בהנהה יכולה הלוואה או פירות של המזוכה. בזכיה ביזמת מזוכה שפעל לטובה עצמו ללא תיאום עם הזוכה, מניחים שמחל המזוכה על השתתפות הזוכה בהוצאות שהיו הכרחיות לתועלת המזוכה.

כמו כן, על פי אותה דעתה<sup>129</sup>, המחייבת את הזוכה בתשלום בגובה זכייתו, גם כשסכום זה גדול יותר מחסרונו של המזוכה רק, משומן כס, שנסווה חכמים, אם המזוכה הוא שים את הזכיה אין הצדקה לקנוס את הזוכה<sup>130</sup>.

לעומת הפוסקים<sup>131</sup> הקובעים שבעל השدة הפנימי אינו חייב בתשלום הגובה מחסרונו של המגדר – דהיינו אורך הגדר שהוסיף המקיף בגלל קיום השدة המוקף – פוסקים אחרים<sup>132</sup> סוברים, שעל מקרה זה חל הכלל שראינו בקטע הקודם, ולפיכך בעל השدة הפנימי חייב להשתחתי בהוצאות הגידור יחסית להנאטו<sup>133</sup>.

הסיבה לכך שלכל הדעות מחייבים את הזוכה בהשתתפות בהוצאותיו של המזוכה בלבד, ואינם מחייבים אותו בתשלום הנאטו מהזכיה, היא משומן שעייר כוונתו של המזוכה הייתה לתועלת עצמית<sup>134</sup>.

<sup>128</sup> אמן המשפט העברי מחייב בעל מקרקעין לשלם את ערכם המלא של מוחברים שהוקמו במרקען שלו, אם נוח לו בהקמתם (שולחן ערוך, ח"מ, סימן שעה, סעיף א), אלא שם פועל המקים לתועלת בעל המקרקעין מתוך כוונה לגבותו ממנה תשלום, ולכן הוא זכאי לתשלום מלא, גם אם היו הוצאותיו נזוכות משלם זה. לא כן הדבר במגדר, שלא פועל לתועלת בעל השدة הפנימי בכוונה לגבות תשלום עבור הגדר, אלא הקים את הגדר לתועלת עצמו, והנהה שהגעה לבעל השדה הפנימי היא רק תוצאה משנה. משומן כך, פוטרים את בעל השדה הפנימי מכל תשלום שהוא יותר מההוצאות שניחספו למגדר בגין השדה הפנימי. ראה על כך בהרחבה, בדיונו על סעיף ז(ב).

<sup>129</sup> ראה לעיל, ליד ציון הערכה 515.

<sup>130</sup> הסבר נוספת לכך שהזוכה אינו משלם יותר מחסרונו של המזוכה, כשהזכיה בא ביזמת המזוכה, יש כמרחשת, חלק ב, סימן לב, פרק ב, ס"ק ז'ח, ופרק ד, ס"ק ט. לדעתו, הזוכה חייב בתשלום מלא ערך הנאטו, אף שחסרוונו של המזוכה נמור מערך ההנאטה, רק אם הזוכה חייב לשלם עבור חסרונו זה מכוח דין נזיקין. גם אם חובתו של הזוכה בתשלום הנזוק היא "בדיני דברים" בלבד, וכיtin הדין אינו רשאי לגבות את תשלום הנזוק מנכסיו של הזוכה. הזוכה חייב בתשלום מלא ערך הנאטו, אפילו אם תשלום זה גבוי מסכום הנזוק שנגרם למזוכה. אך אם אי אפשר להגדיר את הזוכה כמייק, וערך זכיותו גבוה מחסרוונו של המזוכה, הוא יהיה חייב רק בתשלום בגין חסרונו של המזוכה. שכן כשיום המזוכה את הזכיה, הזוכה חייב בתשלום הוצאותיו בלבד, שהרי אין להגדירו כמייק, אפילו לא בדיני דברים". והוא הדין לזכיה שבאה לו לזוכה עקב נזק שגרם למזוכה מתוך אונס. ראה לעיל, הערכה 58.

<sup>131</sup> ראה רשימת הפוסקים, שהובאה בתחילת הערכה 125.

<sup>132</sup> סמ"ע, ח"מ, סימן קנה, ס"ק יט; היירושי חתום סופר לבבא בתרא ד ע"ב, ד"ה מגלגן; תורת חיים לבבא קמא ב ע"ב, ד"ה את; נחלת דוד לבבא בתרא ד ע"ב, לעניין ההלכה. ליישוב שיטת הרמ"ה על פי שיטה זו, ראה לעיל, הערכה 125.

<sup>133</sup> הסמ"ע, ח"מ, סימן קנה, ס"ק יט. נתיבות המשפט, שם, ס"ק ז, מנסה להסביר את דברי הסמ"ע על פי העיקرون המקובל על הפוסקים המזוכרים בהערה 125, כלומר, לא ישלם יותר מחסרונו של המזוכה, אך הוא מטיק, ש"בפרישה לא משמע כן".

<sup>134</sup> עיין דברינו על סעיף ז(ב), פרק שני, עמ' 4; וכן דברינו על חוק המקרקעין, החשכ"ט-1969, להלן עמ' 76; עיין גם: נתיבות המשפט, סימן קנה, ס"ק ז, לעניין זכותו של הזוכה לתבוע את סילוק הגדר.

## פרק שישי: חסרונו הקטן מהזכיה

ג. סיג: זכיה שהיה יכול הזוכה להשיגה חינם הגבלה נוספת לכלל המחייב את הזוכה לשלם את מלא ערך הנאה, גם כשהוא גדול מערכ חסרונו של המזוכה היא, שאם הזוכה יכול להשיג הנאה זו חינם, הוא פטור מתשולם העולה על חסרונו של המזוכה<sup>133</sup>.

התלמוד<sup>134</sup> מגדר אדם שזכה בהנאה שהוא יכול להשיגה חינם לו לא הזכיה כ"לא נהנה". כשהחדרון המזוכה שווה בערכו לשווי זכיותו של הזוכה, גם אדם ש"לא נהנה" חייב בתשלום ערך הנאותו למזוכה<sup>135</sup>. אולם, כשהחדרון המזוכה קטן מזכיותו של הזוכה, ו מבחינה משפטית הזוכה מוגדר כ"לא נהנה", הזוכה פטור מתשולם הנאה, וחיבר רק בתשלום החדרון<sup>136</sup>.

<sup>133</sup> הדעה הראשונה ברמ"א, חו"מ, סימן שחג, סעיף ז; ביאור הגרא", שם, ס"ק כא; נחלת דוד לבבא קמא כ ע"א.

<sup>134</sup> בכא קמא כ ע"א. וראה ובני חננאל ורש"י, שם.

<sup>135</sup> לדוגמה, מי שדור בדירה העומדת להשכרה בלבד רשות הבעלים, כשהיכול היה לדור בדירה דומה חינם, חייב לפצות את הבעלים עבור הנזק שנגרם להם, בשלא יכול להשכיר את הדירה המשך אותה תקופה. אכן, דעת רוב הראשונים היא ש"זה לא נהנה זה חסר" – חייב. ראה בדיוננו על סעיף ו(א), פרק שני, עמ' 14.

<sup>136</sup> נחלת דוד, בכא קמא, שם; ועיין ביאור הגרא", חו"מ, סימן שחג, ס"ק כא. וראה שגם לפי הגרא", המבוסס את חובת ההשבה על דיני גזל, ב"זה לא נהנה זה חסר מעט", השבת חסרונו של המזוכה מוציאה את הזוכה מכל גולן. מכיוון שלא נהנה הזוכה, nondes "שווי פירוטיו" של המזוכה כחסרונו בלבד. אם נהנה הזוכה, נקבע "שווי פירוטיו" של המזוכה כערך הנאותו של הזוכה, מכיוון שתפקיד החדרון המועט של המזוכה להנאה גדולה יותר אצל הזוכה. לעניין זה בהרחבה, ראה לעיל, ליד ציון העראה 20, וכן בדיוננו על סעיף ו(א), הערכה 75.



## סעיף 2, חלק ב'

### נסיבות העושות את ההשבה בלתי צודקת; זכייה בטעות בגין המזוכה, שאבך עד שעת התביעה

2. בית המשפט רשאי לפטור את הזוכה מחייבת ההשבה לפי סעיף 1,  
כולה או מಕצתה, אם ראה שהזכיה לא הייתה כרוכה בחסרון המזוכה או  
שראה נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת.

פטור מהשבה

### התוכן

פרק ראשון: הכלל: פטור מהשבה	77
פרק שני: חריגים שהזוכה חייב בהם בהשבה	80
א. מבוא	80
ב. התחליף למכoon המזוכה עומד בעיניו ברשות הזוכה	81
ג. הזוכה הזיק את נכס המזוכה (שלא מתוך אונס גמר)	82
ד. הזוכה התחייב באחריות הזכיה	84
ה. הזוכה נהנה מהזכיה	85



## פרק ראשון

## הכלל: פטור מהשבה

החוק קובע, שבית המשפט רשאי לפטור את הזוכה מחייבת ההשבה אם "ראה נסיבות... העושות את ההשבה בלתי צודקת"<sup>1</sup>. סעיף זה התפרש כעומד להגנתו של מי שזכה בטעות בזכותו מן הזוכה, ובשעת ה汰ייעה הזכיה כבר אינה ברשותו, משום שבבחשו בטעות שהוא שלו, קלקל אותה או העביר אותה לאחר.汰ייעת ההשבה במקרה זה שוב אינה צודקת, משום שהרע הזוכה את מצבו<sup>2</sup>.

פרידמן<sup>3</sup> מציין, שסעיף זה מבוסס במידה רבה על פסק דיןו של השופט זוסמן בע"א 76/827, ישראל נ' בנק הפועלים<sup>4</sup>. בפסק דין זה מצטט השופט זוסמן את הристיטמנט האמריקני הקובע: "זכותו של אדם להשבה בגין טובת הנאה שקיבל חבוטל או תופחת, אם אחרי קבלת טובת הנאה הנسبות השתנו באופן שהוא זה בלתי צודק לדריש מהאחר השבה מלאה"<sup>5</sup> (מכאן ואילך: *שינוי נסיבות*). פרידמן<sup>6</sup>, בנמקו את הפטור, כותב שמכיוון שה汰ייעת בגין עשיית עשר מושתמת על "הלכות היישר והצדק הטבעי... זכאי הנתבע להשתית את הגנתו על אותו עיקרון עצמו".

במשפט העברי, שיקולי הצדק שפרידמן מדבר עליהם, כבר הtagבשו במערכת כללים משפטיים מוגדרים. כך, בניגוד לעמדה שמציג פרידמן, ולפיה מקור החיוב בהשבה הוא ה"צדק הטבעי", ראיינו שבמשפט העברי חיובו של הזוכה להשיב נכס שקיבל בטעות מחברו, מבוסס על הטענה המשפטית של "ממוני גבר [=ממוני אצל]"<sup>7</sup>. כלומר, החיוב מבוסס על העובדה, שבועלותו של המזוכה בנכס לא נפגמה עקב החזקת הנכס בידי הזוכה. אותו נימוק משפטי עצמו מחייב את המסקנה, שאם בשעת ה汰ייעת הנכס כבר אינו ברשות הזוכה, אין המזוכה יכול לבסס את תביעתו על טענה "ממוני גבר", וממילא הזוכה פטור מהשבה<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> לשון סעיף 2.

<sup>2</sup> ראה: פרידמן, סעיף 734. וראה מאמרו המקיים של מ' מוז, "נסיבות העושות את ההשבה בלתי צודקת" – סעיף 2 לחוק עשיית עשר ולא במשפט, חשל"ט-1979, מפעלים י (תש"ט) 487 (מכאן ואילך: מוז), עמ' 514-515; וראה גם: צ' ענבר, "שינוי מצב לרעה כהגנה מפני תביעת ההשבה", הפרקליט לד (תשמ"ב) 236.

<sup>3</sup> פרידמן, סעיף 21.

<sup>4</sup> ע"א 76/827 ישראל נ' בנק הפועלים, פ"ד לב(1) 153.

<sup>5</sup> סעיף 142(2) לристיטמנט; מובה אצל מוז, עמ' 512, ליד הערכה 123.

<sup>6</sup> פרידמן, סעיף 731. וראה גם: מוז, עמ' 516.

<sup>7</sup> ברכת שמואל לבבא בתרא, סימן ז; ובלשון הרשbab'a: "ממונו של זה... בידו" (שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן יג); ראה דברינו על סעיף 1(a).

<sup>8</sup> אמנים ניתנת המשפט העברי היא, שהטעם לפטור במקרה זה הוא משפטי, אך אין בכך סתירה לדבריו החוק על "נסיבות העושות את ההשבה בלתי צודקת". השיקולים המשפטיים העומדים לפני מי שדין בחובת ההשבה על פי המשפט העברי – האם נהנה הזוכה הנאה חושית מזכיותו? האם עומד בעינו, ברשות הזוכה,

## סעיף 2, חלק ב: נסיבות העושות את ההשבה בלתי צודקת

מכאן, שבשעת התביעה, על בית המשפט לקבוע, אם נותרה הזכיה בעין אם לאו. כשערובב הזכיה את נכסיו הזכיה בנכסים זהים משלו, ועד שעת התביעה אבדו או נגנבו מכך מן הנכסים המעורבים, מניחים שנכסי הזכיה בנכסים שנטרו הם באותו יחס שהיו בתערובת המקורית<sup>9</sup>. אולם, אם הנسبות אינן אפשרות קביעה זו, כגון שנגנבו או אבד רק פריט אחד מתוך התערובת<sup>10</sup>, או כשהזכיה שנתערבבה הייתה רק נכס אחד, לא ניתן לחיבר את הזכיה על בסיס טענת המזקה: "מןוני גבר", משום שמל טענה זו של המזקה עומדת תשובה הזכיה: "דילמא [=אולין] שלך נאבד"<sup>11</sup>. לעומת זאת, אם הוציא הוצאה חלק מהנכסים המעורבים מתוך התערובת לשימושו. בהזאת הנכסים מהתערובת, בידי הוצאה את חלקו מתוכה<sup>12</sup>, ולכון אם לא הוציא יותר מכמות הנכסים שהיו לו קודם שנתערבבו, נותרו נכסים המזקה בעין. גם אם הוציא מהתערובת יותר مما שהיה לו קודם שנתערבבו, העודף הוא מנכסי המזקה. סוגיה זו ידועה כסוגיית העקביה (tracing).

תחליף למן המזקה? האם הוצאה אחראי לאבדן הזכיה? – תואמים את שיקולי ה"צדק", "על פי הכללים העיקריים שהפתחו בארץ הברית בסוגיה זו" (לשונו של מזו בערה 124), אף על פי שההכרעה של המשפט העברי בשיקולים אלה שונה מזו של המשפט האמריקני. מוח כותב, שיקולי הצדק שהנחנו את הדנים בסוגיה זו בשיטות משפט שונות יסודם בארגומנט הקנייני...[ה]עומד מאחורי הקלעים" (מזוז, הערת 76, ועיין שם, ליד ציוני העדות 74-76). מה שמודרך בשיטות אלו בשיקולים של צדק, מוגדר במשפט העברי בשיקולים הקשורים לזכות הקניינית של המזקה בנכסיו, ככלומר הצדק החensus במערכת הכללים המשפטיים. החוק שבחור לנוקוט בלשון של "צדק", השאיר את יצירת הכללים המפורטים והמוסדרים יותר לבתי המשפט, שיכולים להיעזר במשפט העברי לצורך זה.

<sup>9</sup> חידושים הרמאן לכבא מציעו קטו ע"ב, ד"ה מתניתין; תרומות הדשן, סימן שיד; שולחן ערוך רומי"א, חו"מ, סימן רצב, סעיף י.

<sup>10</sup> דוגמתו של מחנה אפרים, הלכות שמורים, סימן כו.

<sup>11</sup> רומי"א, חו"מ, סימן רצב, סעיף י; מחנה אפרים, הלכות שמורים, סימן כו.

<sup>12</sup> ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצב, סעיף יא. כ"נסתפק" השומר מהתערובת, דינו כמו שאכל את הפירות שלו בלבד. קביעה זו מבוססת על הנימוק המוכא בתרומת הדשן, סימן שיד, וכטמ"ע, חו"מ, סימן רצב, ס"ק ל, ש"אמ לא היה נפסד כלום מהם [כלומר ככלל התערובת קיימת]... לא קפדי אניší כלל, שיבא לידיים את שלהם". ומכאן שגם אחד נוטל חלק מהתערובת, הוא נוטל את חלקו. אמן השולחן ערוך דן במי שהוציא פրיט מהתערובת, והוא עיר באותה שעה לכך, שהmitteltlin שלו היה מעורבבים עם mitteltli חברו, אך הדין אינו שונה, גט כאשר זוכה מושך פריט מתוך התערובת בחשבו בטיעות שהתערובת יכולה שלו. בכךין זה הנימוק יוסף לכבא מציעו מ ע"א (כב ע"ב בדף הריא"ף), ד"ה מי ידע דמחייב. מדובר באמ שירש נכסים, והוא סבור בטיעות, שהוא היושר היחיד. הוא מכר חלק מהנכסים, ובכך שקיבל תמורה, השבית קרקענות, שקיבל בירושה. לאחר מכן, החבר שיש יורש נוסף התובע את חלקו בירושה. ההלכה מחייבת את השני לשלם לראשונה עבור השבית המקראין שלו. הכספי שהקיע הראשון להשบท המקראין הוא יכולו שלו: "יבין שלא ידע שהיה לו אח, בודאי על דעת עצמו עשה, ואומדן דעתה הוא, ע"פ פרידמן פירוש, הוא ליה כאלו אמר בבית דין: ראו מה שהנחיה לי אבא, שם השבית, השבית לעצמו". פרידמן דן בשאלת העקביה אחר ממון שהתערובת, בסעיפים 697-696 בספרו. לפחרון הדומה לה ששל המשפט העברי, ראה דבריו ליד ציונים 122-123. יש לציין שפרידמן, על סמך סעיף 4 לחוק המיטלטلين, התשל"א-1971, קובע אמן, שהבעלות בממון המעורבב "היא לכארה משותפת, וחלקים של הצדדים נקבע באופן יחסי לסכום של כל אחד מהם שהוכנס לקרן" (סעיף 107); אך הוא עיר לאפשרות, שהשותפות היא מוגבלת, והוא כותב: "הסעיף אינו מתייחס לאפשרויות המורכבות של משיכת כספים מקרן מעורבת כזו, הפקודות נוספות באותה קרן וכו'" (הערה 119). שאלת זו תשובה לגבי העקביה בקרן מעורבת, אם לא נידח למטפיזיקה ולפיקציות המאפשרות לשופט לפטור לפי תחושת הצדק שלו, מכלל לעגן את פסק דין בשיקולים משפטיים קובעים (ראה פרידמן, סעיף 697, והערה 101; וסעיף 101, עמ' 657). המשפט העברי אינו רואה בממון המעורבב ממן משותף לכל דבר, וזאת על פי הכלל: "מןוני לא בטיל" (ביצה לח ע"ב).

## פרק ראשון: פטור מהשבה

יש לציין, שההגנה המבוססת על הטיעון המשפטי של הזוכה, שהזוכיה לא נותרה ברשותו, תקפה אך ורק בזכותה שהיא עצין, או הנאה שיש עמה רוחה, ולא בטובת הנאה אחרת שאין עמה רוחה, שכן הבסיס המשפטי לחובת התשלום עבור הנאות שאין עמהן רוחה אינו "ממוני גבר"<sup>13</sup>. על חיובו של הזוכה בזכותה שאין עמה רוחה, שנעולמה עד שעת החייבת, דיננו לעיל, בסעיף 1(א)<sup>14</sup>, ואת המסקנות העולות מדיון זה, נזכיר להלן<sup>15</sup>.

כמו כן, לאחר שהפטור, טנו מדברים עליו, נוגג כאמור כאשר תביעה המזוכה מבוססת על טענה "ממוני גבר", דהיינו כאשר התביעה היא קניינית, יש לשים לב, שייתכן שתביעה המזוכה תהיה מבוססת על חובת פירעון הלואת, דהיינו תביעה אובליגטורית, ולא על תביעה קניינית. במקרה זה, לא יהיה מקום לפטור את הזוכה בתענה שהזוכיה לא נותרה ברשותו. לדוגמה, אדם שמכר סחורה לחברו בתום לב, וקיבל תמורתה כסף, ולאחר מכן המכיר שלא שהמקח בטל, יהיה חייב בהשנת הכספי לקונה, גם אם אבד הכספי עד שעת החייבת, שלא באש灭תו. זאת, משום שהכספי היה בידי הלוואה; הצדדים התקשרו בעסקת המכיר על דעתן, שאם יתבטל המכיר, ישיב המכיר לקונה את כספו<sup>16</sup>. נראה, שהוא הדין בכל מקרה של זכיה בכיסף שקיבל הזוכה בטעות, מי שהיה רשאי להעביד לו אותו, וזאת אם הזוכה הייתה ער לעובדה, שהכספי מועבר אליו. בכלל מקרה כגון זה, אין מקום לדבר על פטור בגין נסיבות.

מכאן, שיש לדאות בזכואה כמחזיק את כסף המזוכה בעין רק במקרים מיוחדים: אם קיבל הזוכה את הכספי ללא ידיעתו; או שקיבל את הכספי ביודען, אלא שקיבלו ממי שלא היה רשאי להעבירו אליו. דוגמה לכך יכול לשמש פסק הדין שהוזכר לעיל<sup>17</sup>, שם דין בית המשפט בעניין אדם שקיבל מעטפה סגורה ובה סכום כספי גדול מהסכים שהוא אמר לו להיות בה, והעבירה לאדם שלישי מבלי לפתח אותה. על פי הכללים שראינו, אין במקרה זה מקום לתביעה אובליגטורית, משום שהזוכה קיבל את הכספי ללא ידיעתו. האדם השלישי קיבל את הכספי ממי שלא היה רשאי להעבירו אליו. התביעה בנסיבות אלו מבוססת על טענה "ממוני גבר".

**לסיכום:** זכה אדם במעמד חברו, ועד שעת החייבת ממון זה כבר אינו ברשותו, בית המשפט צריך לברר, אם חובת ההשבה שחלה על הזוכה, לפני שנעולמה הזכיה, הייתה מבוססת על טענה "ממוני גבר" או על חובת פירעון הלואת. אם הזכיה שהגיעה בטעות לידי הזוכה באה בתורות הלואת, לא תחבטת החייבת להשבה על טענה "ממוני גבר", אלא על חובת הפירעון. לכן, תחול חובה זו על הזוכה, גם אם הזכיה כבר אינה ברשותו, והוא לא ייהנה מהגנת "נסיבות העושות את ההשבה בלתי צודקת". אם הזכיה שבאה לידי הזוכה

<sup>13</sup> ראה בעניין זה דברינו על סעיף 1(א), פרק רביעי, עמ' 21. מעניין שמצו (עמ' 115-125) בהביאו דוגמאות ל"שינוי נסיבות", מסתפק בדוגמאות שבهن הזכיה החזיק בעין בנכסי המזוכה.

<sup>14</sup> דברינו על סעיף 1(א), במסגרת הדיון בשאלת הזמן המכירע לקיום הזכיה, פרק רביעי, עמ' 22.

<sup>15</sup> ראה להלן. פרק שני, עמ' 85.

<sup>16</sup> רם"א, ח"מ, סימן רלב, סעיף כג;תוספות, בכא קמא מו ע"ב, ד"ה ה"ג; ר"ש, קידושין, פרק ב, סימן לא. בנגדות לזרעתו של רב חנינא בירושלמי, שם, פרק ב, סוף הלכה ח; ראה מחנה אפרים, הלכות גולה, סימן כג, הכתוב שאמם התחכו המוכר להונאות את הקונה, הכספי שקיבל גול; ועיין ר"ש, כתובות, פרק ד, סימן יז, ונימוקיו יוסף לכבא קמא, ב ע"א ברכפי הר"ף.

<sup>17</sup> ראה לעיל, הערה 4.

## סעיף 2, חלק ב: נסיבות העושות את ההשכה בלתי צודקת

לא הייתה כהלוואה בידו, חביית המזוכה להשבחה מבוססת על טענת "ממוני גבר", ולכן אם נעלמה עד שעת התביעה, הזוכה יהיה פטור מלחשיבתה. אולם, גם לעיקרו זה, לפיו עילת התביעה להשבה בוצייה שהוא נכס בעין נעלמת עם יציאת הנכס מרשות הזוכה, יש חריגים אשרណון בהם להלן. כבר עתה נציין, שאין מקום לדzon בסוגיה זו אלא רק כאשר מדובר בוצייה ביזמתו הלא מכוונת של הזוכה, או בוצייה שבאה לו לזכה ביזמת המזוכה או ביזמת גורם שלישי. זוכה שנטל את נכס המזוכה מיזמתו, בידעו שהנכס שייך למזוכה, יהיה חייב בתשלום תמורה תמיד, גם אם נעלם הנכס עד שעת התביעה, שכן הוא גולן, ובתוור גולן הוא אחראי לכל מה שעלול לקרות לחפץ, ואפילו אם קרה הדבר באונס גמור<sup>18</sup>.

### פרק שני

#### חריגים שהזוכה חייב בהם בהשכה

##### א. מבוא

אם בשעת התביעה, נכס המזוכה כבר אינו ברשות הזוכה, הזוכה פטור מכל תשלום, אלא אם כן התקיים אחד מן התנאים האלה:

א. נכס המזוכה הוחלף בנכס אחר, והחליף נמצא ברשות הזוכה. במקרה זה רואים כאילו הנכס עדיין בעין<sup>19</sup>.

ב. הזוכה הזיק לזכייה בידיהם, כשהיה עליו לברך קודם פועלתו אם הנכס אכן שלו. במקרים אחרים, אפשר להטיל עליו אחריות בגיןין<sup>20</sup>.

ג. הזוכה קיבל על עצמו אחריות על הנכס. במקרים אחרים, אפשר להטיל עליו אחריות מכוח דין השמראים<sup>21</sup>.

ד. הזוכה נהנה מהנכס קודם היעלמו, או בשעת היעלמותו<sup>22</sup>.

נדון עתה בהרבה בחריגים שהציגו, בהם הזוכה חייב בתשלום עד נכס שקיבל בטעות, אף על פי שהנכס כבר אינו ברשותו בעת התביעה. כפי שנראה להלן, אחד המקורות לדין שאלת ההשכה של הנכסים, שכבר הועברו בגין העסקה. החזקת הנכס, על אף ביטול העסקה, יש בה משום "עשית עושר ולא במשפט" וחובה להשיבם, בין על פי המשפט העברי ובין על פי החוק<sup>23</sup>. השאלה היא כאמור, האם חובה זו קיימת, גם לאחר שהנכס כבר אינו ברשות הקונה-הזוכה?

<sup>18</sup> שולחן ערוך, ח"מ, סימן שנט, סעיף ה. והשווה הערה 16. אם עמד הנכס להשכרה, והזוכה לקח אותו בכוונה לחת לבאים שכרו, ראה רמ"א, ונוסאי הכלים, ח"מ, סימן שח, סעיף ז.

<sup>19</sup> ראה להלן, פרקנו, עמ' 81.

<sup>20</sup> ראה להלן, פרקנו, עמ' 82.

<sup>21</sup> ראה להלן, פרקנו, עמ' 84.

<sup>22</sup> ראה להלן, פרקנו, עמ' 85.

<sup>23</sup> חוק החוזים (חלק כלל), התשל"ג-1973, סעיף 21, 31; חוק החוזים (תרומות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, סעיף 9, 18(ב); וראה דברינו על סעיף 1(a), הערה 4.

## פרק שני: חריגים שהזוכה חייב בהם כהשבה

ב. התחליף למומן המזוכה עומד בעינו ברשות הזוכה אם הוחלף נכס המזוכה, שנעלם מרשות הזוכה עד שעת התביעה, בנכס אחר, והתחליף נמצא בראותו של הזוכה, הזוכה חייב בהשנת התחליף, מדין "ממוני גבר", משום שהתחליף נחשב גם הוא למומן של המזוכה בידי הזוכה<sup>24</sup>. סוגיה זו ידועה במשפט הישראלי בסוגיית העקיבה (tracing).

מזוכה שהעביר ממון לזוכה בטעות ולא ידעתו<sup>25</sup>, כגון מי שהיה סבור שהוא חייב לחברו כסף, והכנס את הכספי לארכך חברו ולא ידעת חברו, והזוכה קנה בכספי זה סחורה כליל לשימם לב שיש בארכנקו כסף שאינו שלו. אם ניתן להוכיח, שהכספי שבידי המוכר הוא הכספי שקיבל הזוכה בטעות, יוחזר הכספי למזוכה, והסחורה תוחזר למוכר<sup>26</sup>. כאשר לא ניתן להוכיח, שהסחורה שקנה הזוכה אכן נקנתה בכספי שקיבל בטעות, אך הזוכה מודה שכן היה, מכיוון שאין בהודאותו כדי להיב את המוכר, תועבר הסחורה – שהיא תחליף הממון – למזוכה, מטעם "ממוני גבר". בין אם הסתוראה שווה פחות מהכספי<sup>27</sup> ובין אם היא שווה יותר<sup>28</sup>.

ערובב הזוכה את כסף המזוכה בכספי משלו, וקנה סחורה בכספי המעורבב, אם הוציא את כל הכספי עboro הסחורה, הסחורה שייכת לזוכה ולמזוכה במשותף, לפי חלוקם היחסית בתערובת. אם הוציא הזוכה מקצת הכספי בלבד, סכום השווה לכספי שהוא לו לפניו הערבוב (או פחות ממנו), הסחורה שרכש בו שייכת לו בלבד. כל כסף שהוציא מעבר למה שהוא לו לפניו שנחערבבו הכספיים, שייך למזוכה, ולכון יש לו חלק בסחורה שנרכשה<sup>29</sup>.

<sup>24</sup> ערוך השולחן, ח"מ, סימן שמט, סעיף א; שולחן ערוך, ח"מ, סימן שמט, סעיף א, לעניין גנבת אישת; ועיין חידושי ר' עקיבא איגר על השולחן ערוך, שם; חיקת מתוקק, סימן צא, ס"ק ט; בית שמואל, סימן צא, ס"ק ז, המבחן בין הלואה לבין נכס בעל הזולות; שוו"ת צמת צדק, סימן קיז, הכותב: "דמה דאתה מחמת סחורה, דיןנו שווה לסחורה עצמה"; ב"ת, ח"מ, סימן צו, סעיף כג; אור שמח, הלכות נזקי ממון, פרק ג, הלכה ב, הכותב: "דמה לי אם החומרה נשאר תחת ידו, או גוף הדבר אותו תחת ידו". והשוואה לדברי פרידמן, סעיף 696.

<sup>25</sup> ראה לעיל, ליד ציון העורה 16.

<sup>26</sup> שולחן ערוך, ח"מ, סימן שני, סעיף ז. המוכר אינו חייב להחזיר את הכספי עד שיקבל תורה את הסחורה. ואת, מכיוון שתיקנו "תקנת השוק" גם בכספי, ראה: שער משפט, סימן קצ, ס"ק א. ועיין נתיבות המשפט, סימן קפג, ס"ק ד, הכותב שכונת המוכר היא להעביר את הבעלות בנכס למי שהכספי שלו, لكن לא רכש הזוכה את הנכס, גם אם נטל אותו בכוונה לזכותכו.

<sup>27</sup> פתחי תשובה, ח"מ, סימן רכו, ס"ק ג.

<sup>28</sup> נתיבות המשפט, סימן שני, ס"ק ד. ועיין נתיבות המשפט, סימן קפג, ס"ק ד, הכותב שלענין זה, לא ביטלו חכמים קניין כסף לרבייה מיטלטין.

<sup>29</sup> ראה לעיל, ליד ציון העורות 8-10. אין להשוות בין האמור בטקסט לבין מקרה שהפקיד אדם כסף בחשבון בנק של חברו בטעות, והוציא חברו כסף מחשבון זה לרוכש סחורה. במקרה האחרון בעל החשבון אינו מחזיק בחשבונו תערוכת של כסף שלו וככפי של המפקיד. הבנק, סבור בטעות, שלה עליו חובה אובליגטורית כלפי בעל החשבון, הגדול ממה שהבנק חייב לו כאמור. הבנק שכתוצאה מטעות זו אפשר לבעל החשבון למשוך סכום הגרול יותר ממה שהוא יכול למשוך אילו ידע הבנק את האמת, הלווה לו את העודף בטעות, ווללה עליו חובה אובליגטורית להחוירו. מכאן שאין למפקיד או לבנק חלק בסחורה שרכש בעל החשבון בכספי שמשך. המפקיד מצדיו, רשאי לחייב את הבנק בטענת "ממוני גבר". לעניין זה השווה את גישת המשפט האנגלי ב: 105, [1981] 1 CH. וראה דברי פרידמן, סעיף 697, ליד ציון העורות 102 ו-103, ש"הכירו דיני היושר באפשרות עקיבה בצדקה רחבה ביותר", זאת בהסתמך על מושג בעלות "מטאפיוזי".

## סעיף 2, חלק ב: נסיבות העושות את ההשבה בלתי צודקת

ג. הזוכה הזיק את נכס המזוכה (שלא מתחזק אונס גמור)

כפי שכבר הזכרנו<sup>30</sup>, זוכה שהזיק את נכס המזוכה פטור רק אם פעל בתחום לב<sup>31</sup> ומתחזק "אונס גמור"<sup>32</sup>, כלומר, שלא היה יכולתו לברר שהנכסים שהוא מחזיק בהם אינם שלו, או שלא היה עליו לברר זאת<sup>33</sup>, והיה מותר לו להניח שהם שלו.

התלמיד<sup>34</sup> דין במקרה שבו פעלו המזוכה והזוכה כshoreה, ואף על פי כן נגרם נזק לרוכש המזוכה. מדובר ביורשים שטברו בטעות, שפרה שהיתה ברשותו של המוריש הייתה גם בעלותו, אך למעשה הייתה שאולה אצלו מhabרו. כתוצאה מטעותם, סברו היורשים, שהפרה שלהם, והזיקו לה. נקבע, שהם פטורים מכל תשלום, אף שאין לתולות פטור זה בפשיעה או באשם מצד המשיב. היורשים פטורים, מכיוון ש"אין עליהם לדקק כלל"<sup>35</sup>, והם נידונים כאונסים.

גם אם אפשר לתקן את הנזק שנגרם בתחום לב וב"אונס גמור" על ידי הזוכה, הטרחה והוצאות להחזרת הזכיה חלות על המזוכה. לכן, אדם שקנה שכורה מhabרו, וביטל המוכר את המקח, לאחר שהקונה עצמו מכר את השכורה לאדם שלישי, גם אם התברר למפרע, שעל פי הדין, מכר הקונה שכורה שאינה שלו, הרי אם המוכר מבקש להשיב את השכורה, עליו לטרוח כדי להשיבה מהאדם השלישי. הקונה פטור מכל תשלום, מכיוון שפועל מתחזק "אונס גמור", בהניחו בתחום לב, שהשכרה שלו<sup>36</sup>.

כמו כן, אם הוליך קונה שכורה שקנה למקום רחוק, ולאחר מכן גילה בה פגם, שלא היה צריך לחושש לו, ובגלל אותו פגם ביטל את המוכר, הוצאות החזרת השכורה למקום יחולו על המוכר (המזוכה) ולא על הקונה (הזוכה)<sup>37</sup>.

אם המזוכה אינו יכול להחזיר את נכסיו לעצמו, ובכוחו של הזוכה להחזיר את הנכסים למזוכה ללא הוצאות ובלא הפסדים, מצויה עליו לעשות זאת, שכן יש בזה ממשום "השבת

<sup>30</sup> לעיל, בפרקנו, עמ' 80.

<sup>31</sup> כאמור, הזוכה חשב שהוא מחזיק נכס שלו. ראה: פתحي תשובה, חוי"מ, סימן רכז, ס"ק ו, כשם שוויית רשמי שאללה, הדן במקחת שהتبטל ביזמת המוכר. אם הגינו אל הלוקח שימושות, שהמקחת בטלה, אין הוא נחשב עוד פועל בתחום לב. עיין: הכנסת הגדולה, חוי"מ, סימן שעה, הגהות הטור, אות ג.

<sup>32</sup> לשון קצות החושן, סימן עב, ס"ק לה.

<sup>33</sup> לוקח שהזיק לנכס שרכש, ולאחר מכן הتبטל המקח, יהיה פטור משלם הנזק, גם אם קודם שהזיק לו יכול היה לגלות את הפגם שהיה אט הסיבה לביטול המקח, כל עוד הוק נכס בהזק ש"דרכו לעשותו". הלוקח חייב לברר שהמקח קיים, רק אם הוא מתחונן להזק לנכס היזק שאין "דרכו לעשותו" (שולחן ערוך, חוי"מ, סימן רלב, סעיף יג); ראה הסברו של נתיבות המשפט, סימן רלב, ס"ק ה.

<sup>34</sup> כתובות לד ע"ב.

<sup>35</sup> טבעת החושן, סימן רלב, על נתיבות המשפט, ס"ק ה; עיין בשולחן ערוך, חוי"מ, סימן שמא, סעיף ד, לעניין חותמת של היתומים שירשו נכסים מאביהם. אם מדיני שומרים רואים את האב כפושע, שחיבוה אותו רשלנותו בתשלום למפקיד, יתכן שיצטרכו היתומים לשלם מתוך הנכסים שירשו. אמנם היתומים לא יכולים על עצמם אחירות שמירה, אך יש מקום לומר, שהם יורשים יחד עם כל הנכסים גם את חובות אביהם. ראה בעניין זה: מהנה אפרים, הלכות שאללה ופקדון, סימן ב; נתיבות המשפט, סימן שמא, ס"ק ה.

<sup>36</sup> שוויית רשמי שאללה, סימן גו, מובא בפתחי תשובה, חוי"מ, סימן רכז, ס"ק ג.

<sup>37</sup> נתיבות המשפט, סימן רלב, ס"ק י, קובע שהשולחן ערוך, חוי"מ, סימן רלב, ס"ק כא, מהшиб, בדומה לטעין יג, רק בנסיבות מסוימות יכול היה לגלוות קודם. אם היה ידוע למוכר בשעת המקח, שילוק הלוקח את השכורה למקום רחוק, הוצאות ההשבה חלות על המוכר, גם אם הלוקח היה יכול לגלוות את הפגם קודם, אילו כיר. ראה לעיל, הערכה 33.

## פרק שני: חריגים שהזוכה חייב בהם בהשבה

إبدה". אם הזוכה מסרב לקיים מצויה זו, בית הדין קופים אותו להחזרו, ש"כל גדול בכל התורה לכל האומר שיבטל מצוות עשה, שכופין אותו בית דין, אם יש כוח בידם, עד שיקיימנו"<sup>38</sup>.

מהאמור לעיל עולה, שהחלטתו של השופט זוסמן בפרשת ישראל נ' בנק הפועלים<sup>39</sup>, אינה توأم את גישת המשפט העברי. במקרה ההוא מסר הבנק למערער בטעות 7000 ל"י יותר מהגיע לו, והמערער טען שהעביר את הכספי לאדם שלישי בתחום לב וב"אונס גמור". השופט זוסמן דחה את טענת המערער, שהייתה מבוססת על "שינוי נסיבות", באמרו ש"הגנה כזו תעמוד לנוכח רק אם הראה, כי עשה מאמץ סביר להשבת הזוכה, ומאמץ זה נכשל"<sup>40</sup>. כאמור, על פי המשפט העברי, על הבנק לדאוג ולטרוח להשבת כספי, כמובן, על הבנק, ולא על המערער, לתבוע את הצד השלישי ישירות<sup>41</sup>.

לעומת המקרים שראינו עד כה, בהם פעל הזוכה בתחום לב וב"אונס גמור", נרוני להלן בשתי דוגמאות, שבהן נהגו המזוכה והזוכה ברשותם, וזה הביאה להפסדים של נכסיו המזוכה ברשותו של הזוכה. במקרים אלה הזוכה חייב, מכיוון שלא פעל מתוך אונס גמור.

א. אדם קנה סחורה, ולאחר שגרם לה נזק, בגין שימוש לא מקובל בסחורה, מצא בה פגם, המאפשר לו לבטל את המקח למפרע. ההלכה במקרה זה היא, שישא הקונה באחריות לנזק שגרם<sup>42</sup>, משום שקודם שייתמש בה בדרך שאינה מקובלת, ויגע בשלמותה של הסחורה, עליו לברור, שהמקח קיים<sup>43</sup>. אמנם, המזיק לא העלה בדעתו שהמקחبطل, לא רק משום שלא בדק את הסחורה לראות אם היא פגומה, אלא גם משום שהモכר לא הודיע לו על כך<sup>44</sup>, אולם מכיוון שהזוכה אינו במצב של "אונס גמור", שהרי היה יכול לבדוק, והיה צריך לבדוק לפני שהזיק, הוא חייב בתשלום מלא למוכר. אשמתו התורמת של הנזוק אינה עילה להמעיט מחובבת המזיק.

ב. רשיי, באחת מתשובותיו<sup>45</sup>, דן בדוגמה דומה, שהאשמה מוטלת בה על שני הצדדים. אדם הזיק לנכסים שקיבל במתנה מחברו, שזכה בהם מבعليיהם הראשון (זכיה

<sup>38</sup> כתובות פ"ו ע"א; חולין קלב ע"ב; ספר החינוך, מצווה ו.

<sup>39</sup> ע"א 827/76 ישראלי נ' בנק הפועלים, פ"ד לב(ו) 153, 157-159. וראה מזה, עמ' 135-145, לעניין שנייה לא הפין.

<sup>40</sup> והשווה סעיף 21 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, שם נקבע, שמי שהקים מחוברים במקרקעין של חברו, לחברו אינו רוצה בהם, חייב לסלק את המחוברים מהקרקעין. השופט זוסמן, בפסק דין, חייב את הזוכה (המקבל לבעל המקרקעין) לטורוח בהשבת הזכיה שלא הוועלה לו (המקבילה למחוברים שבבעל המקרקעין אינו מעוניין בהם). ראה: פרידמן, סעיף 739, המבקר מנימוק רומה את פסק הדין בפרשת ישראל נ' בנק הפועלים.

<sup>41</sup> ואם רק למערער הייתה אפשרות או זכות להחזיר הכספי מהאדם השלישי, יהיה עליו להסביר תמורה החזר המזאהתו ופיצוי על הפסד השתכרות מהבנק.

<sup>42</sup> שולחן ערוך, ח"מ, סימן רלב, סעיף יג.

<sup>43</sup> טבעת החושן, סימן רלב, על נתיבות המשפט, ס"ק ה.

<sup>44</sup> נתיבות המשפט, סימן רלב, ס"ק ה, כותב שהזוכה חייב מדיני נזיקין. לעומת רבני משפט, סימן רלב, סעיף יג, מחייב את הזוכה מרין שומר שפצע בשמרתו, ודראה להלן, בפרקנו, עמ' 84. הסבר אפשרי לשיטת נתיבות המשפט הוא, שולדעתו החובה לוודא שאין פגם בנכס, ושהמקח קיים, אינה באחריותו של הזוכה בתפקידו כשומר. אולם כשהוא צוריך לברור, והוא יכול לברור אם המקח קיים ולא עשה כן, ולאחר מכן 확인 לנכס, יהיה חייב בתשלום מדיני נזיקין, גם אם לא קיבל על עצמו אחריות שמירה.

<sup>45</sup> מובא בבית יוסף, ח"מ, סימן עב, סעיף ד.

## סעיף 2, חלק ב: נסיבות העושות את ההשבה בלתי צודקת

שaina בחת-חוקף בעניין המשפט העברי<sup>44</sup>. מכיוון שנוחן המתנה לא היה בעליים בנסיבות, אין חוקף למתנה שניתן למזיק, רעל כן מקבל המתנה לא הזיק לנכסים שלו, כפי שחשב, כי אם לנכסי אדם אחר. רשיי מהייב את מקבל המתנה בתשלום מלא לבעל הנכסים.

האחרונים<sup>45</sup> מסבירים, שרשוי מהייב את מקבל בתשלום, מכיוון שידע שקיבל את הנכסים ממי שזכה בהם באסמכתה. למרות העובדה שגם הבעלים, גם נותן המתנה, וגם מקבל היו סבורים שאסמכתה תקפה, מקבל חייב בתשלום, והוא אינו יכול לטען, שהזיק לו נותן המתנה, והכחיל אותו, כשהודיע לו שמכרם הבעלים, משומם ש"אייה דאפסיד אנטפשה, דלא גמיר דיני אסמכתה, ואבדו בידיהם [=ה מקבל גרים הפסד לעצמו, כשלא למד דיני אסמכתה, והזיק לנכסים]"<sup>46</sup>. במלים אחרות: לא מדובר האשמה הוא הקובע, אלא קיום אשם כלשהו מצד הזוכה הוא הקובע<sup>47</sup>.

### ד. הזוכה התחייב באחריות הזכיה

מי שקנה סחורה, ולאחר מכן ביטל את המקח בהוכיחו שהיא זה "מקח טעות", נושא בכלל זאת באחריות על הסחורה, כשומר חינם<sup>48</sup> או כשומר שכרי<sup>49</sup>, עד שתוחזר לבעליה. לכן, קונה המבטל עסקת מכור, חייב לשלם עבור נזק שנגרם לסחורה בפשיעתו<sup>50,51</sup>,

<sup>44</sup> ראה: אנציקלופדיית תלמודית, ערך אסמכתה (ב), כרך ב, עמ' קח-קטו.

<sup>45</sup> קצوت החושן, סימן עב, ס"ק לה; נתיבות המשפט, סימן עב, ס"ק יב.

<sup>46</sup> ש"ך, חוי"ם, סימן עב, ס"ק יח.

<sup>47</sup> השווה לדברי מוז, עמ' 215-213.5, הכותב שמאזן האשם הוא הקובע. המחבר בשולחן ערוך, חוי"ם, סימן רלב, סעיף יח, פוטק: "המוכר דבר שיש בו מום שאינו נראה, ואבד המקח מחמת אותו המום, הרי זה מחזיר את הדברים. כיצד? המוכר לחברו שור שאין לו טוחנות [פירוש: שניים] והניחו הלווקה עם הבקר שלו, והיה מנתה המאלל לפני כולם ואוכללים, ולא היה יודע שהוא אינו אוכל, עד שמת ברעב, הרי מחזיר לו את הנבילה, ויחזר את הדברים". אמנים הלווקה, מתוך אחיזותו כשומר (עיין להלן, הערות 55, ו5), היה חייב לשים לב לכך, שהשור הולך למות מרעב (ב"ח, חוי"ם, סימן רלב, סעיף טו; דרישת, חוי"ם, סימן רלב, סעיף טו; ביאור הגרא"א, חוי"ם, סימן רלב, ס"ק כו), אך מכיוון שגם היה שם לב לכך, לא היה חייב אלא להודיעו למוכר שלשו אין שניים, והנחה היא, שהמוכר כבר נתן דעתו לעובדה זו, הוא פטור, שכן אין הוא אשם כלל במוותו של השור. וכדברי הגمرا"א: "מאן קא טעין? מריה דתורה. איבעי ליה לאוזווען. מי מודיעין ליה? מידע ידע דמקה טעות הו"י [=מי טובע? המוכר. הוא טוען שהלווקה היה צריך להודיע לו. מה היה צריך להודיע לו? הרי ידע שהמקה הוא מקח טעות]" (ביבא מציאות מב ע"ב).

<sup>48</sup> תוספות, בכוא מציאות מב ע"ב, ד"ה הכא; ריטב"א, שם, ד"ה משתבע; מחנה אפרים, הלכות שמורים, סימן יב; מחנה אפרים, הלכות מכירה, דיני אונאה, סימן כה. ביאור הגרא"א, חוי"ם, סימן רלב, ס"ק כו, בפירוש הרומ"א, חוי"ם, סימן רלב, סעיף יח.

<sup>49</sup> הראב"ד, המובה ברוא"ש, בכוא מציאות, פרק ג, סימן כד. ראה: נתיבות המשפט, סימן רלב, ס"ק ז; חידושי ר' עקיבא איגר, לחושן משפט, סימן רלב, סעיף יח; דרישת, חוי"ם, סימן רלב, ס"ק טו, בפירוש שיטת הרמב"ם.

<sup>50</sup> אם דינו כשומר חינם, יהיה חייב רק אם פשע. אם דינו כשומר שכר, יהיה חייב אם לא קיים את חובות השמירה המוטלות על שומר שכר.

<sup>51</sup> אין לראות בכך שהחישל בשמיירת הנכס שקנה – כל עוד לא בירר שהמקה קיים – וכחותזה מכך נזק הנכס, מי שפועל ב"אונס גמור". אמנם מי ששוחט פרה שרכש, ולאחר מכן מגלה בה מום, דינו כמי שפועל ב"אונס גמור", מכיוון שלא היה חייב לבדוק את הפרה לפני שהזיקה תוך שימושו מוגבל. אולם, לעומת זאת דלת הרופת פתוחה.

## פרק שני: חריגים שהזוכה חייב בהם בהשבה

אף על פי שאירוע הנזק לפני הביטול, ואף אם לא היה לה בידיהם. לכן, "המודר לחברו שור שאין לו טווחנות (פירוש: שניים), והנich הלווקה עם הבקר שלו, והיה מניח המאכל לפני כולם ואוכלים, ולא היה יודע שהוא אינו אוכל, עד שמת מרעב... אם היה המודר סרסור (פירוש: קונה ומוכר בהמות בשוק, ביום שקונה, מוכר), שלוקה מזה ומוכר זהה, ואין משהה המקה עמו, ולא ידע במום זה... יפטר [המודר מהחזר דמי המקה ללווקה], מפני שהוא הלווקה לבדוק השור בפני עצמו, ולהחזירו לו קודם שימושות"<sup>54</sup>. הלווקה, מתחן אחריותו כשומר, יהיה חייב לשים לב למצבו של השור. כתוצאה מרשלנותו, לא הודיע למוכר, שהשור הולך למות מרעב, והמודר לא הספיק לשחתו קודם קודם מת, לכן לא יזכה הלווקה להחזר כספו<sup>55,56</sup>.

ה. הזוכה נהנה מהזוכה

מי שקיבל נכס חברו בטעות, ואבד הנכס עד שעת התביעה, פטור מהשבה מדין "ממוני גבר". אולם, בדברינו על סעיף ו(א)<sup>57</sup> ראיינו, שחיויבו של זוכה לשלם עבור וכייה שאין עמה רוח, איןנו מיסוד על הטענה "ממוני גבר". לכן, אם הספיק הזוכה ליהנות מנכס זה<sup>58</sup>, הנהה הכרוכה בהפסד חברו, יהיה חייב בתשלומו<sup>59</sup>. בנושא זכיה שאין עמה רוח, שנעלמה

<sup>54</sup> רמב"ט, הלכות מכירה, פרק טז, הלכות ט"א; שולחן ערוך, ח"מ, סימן רלב, סעיף יח. לעומתם, תוספות, באא מציעו מב ע"ב, ד"ה הכא, מגדרים את הלווקה שומר חינם, ואינם רואים כפשעה את העובדה שלא בדק את השור "בפני עצמו". לדעה זו מסכימים הרואה"ש (בתשובה, כלל קב, סימן ח) והטדור (טור ח"מ, סימן רלב, סעיף טו), וכן פוסק הרומ"א (ח"מ, סימן רלב, סעיף יח).

<sup>55</sup> ב"ח ודרישת, ח"מ, סימן רלב, סעיף טו; ביאור הגרא"א, ח"מ, סימן רלב, ס"ק כו.

<sup>56</sup> פוסקים אחרים (ש"ך, יורה דעתה, סימן קעוז, ס"ק ס; ב"ח, יורה דעתה, סימן קעוז, בקונטרס אחרון; שער משפט, סימן עב, ס"ק לא; חושן אהרן, סימן עב, סעיף לג, בדעת רשיי); מחנה אפרים, הלכות גולה, סימן ז), רואים את הזוכה באחראי לזכיה שקיבל גם במקרה אחר: כאשר קיבל הזוכה את נכסו של המזוכה מארם שלישי, שלא היה רשאי למסרום לו, והתכוון הזוכה לרכוש בעלות בנכסים אלה – כגון מי שקיבל נכס במתנה בגין – הוא יהיה חייב לשלם עבור כל נזק שאירוע לנכס,/cailo הוא עצמו גנבו. הסיבה לכך היא, שהוא שווה לגולן בדברים עיקריים: הוא התכוון לרכוש בעלות בנכס שלא היה שלו ללא אישור הבעלים האמתיים; כל הנהאה היא שלו (רשוי, סנהדרין עב ע"א, ד"ה אבל לעניין, "משום דלא גרע גולן משואל, דמשום לכל הנהאה שלו אוקמינהו וرحمנה ברשותו לשולומי, אם נאנס") לכן, לפי שיטתה זו, בדומה בגין, גם הוא חייב עבור נזק שמקורו באונס (הירושים, בעניין שנידון בכתובות לר ע"ב, לא התכוונו לknut את הפרה, משום שהחביר שהוא שליהם). דעתה זו מנוגדת לחייבם של פוסקים רבים, שמי שקיבל בתום לב את נכסיו של המזוכה, בחשבו שיש לו זכות לרכוש בהם בעלות, לא יתחייב באחריותם. פוסקים אלה הם: הרואה"ש, בתשובה, כלל צג, סימן ב; טור, ח"מ, סימן עב, סעיף כו; שולחן ערוך, ח"מ, סימן עב, סעיף לג; קצוח החושן, סימן עב, ס"ק לה; נתיבות המשפט, סימן עב, ס"ק יב; פרישה, יורה דעתה, סימן קעוז, ס"ק מא; ט"ז, יורה דעתה, סימן קעוז, ס"ק לח; חזות דעתה, סימן קעוז, ס"ק כו.

<sup>57</sup> ראה דברינו על סעיף ו(א), פרק שני, עמ' 12, ופרק רביעי, עמ' 21.

<sup>58</sup> הפוסקים נחלקו בדין של מי שקיבל נכס גובל בתום לב (לפני יאוש בעלים), וננהה ממנו לאחר שינוי את טיבו, כגון שאכלו. דעתו של "חוות דעתה", שם, היא, שהוא פטור מתשולם הנהאו לבעים, מכיוון שעם השינוי, יצא הנכס מבעליך של הנגוז, ונמצא שלא נהנה הזוכה מנכטו של הנגוז. לעומת זאת, פוסק "שער משפט", שם, שהזוכה חייב בתשלומו בגין הנהאו הסובייקטיבית. מחלוקתם נובעת מהתפישות שונות בכללי הלכות גולה.

<sup>59</sup> זאת לעומת מוח, עמ' 315, המבחן בין הנהה שיש בה משום התעשרות לבין הנהה אחרת. נתיבות המשפט, סימן רלב, ביאורים, ס"ק ה, חיזושים, ס"ק יד, ממלבט בדין של מי שקנה מקרקעין לחברו, ולאחר שהספק להשתמש בהם, גילתה מום במרקעין, ובittel את המקה. השולחן ערוך, ח"מ, סימן רלב, סעיף יג,

## סעיף 2, חלק ב: נסיבות העושות את ההשבה בלתי צודקת

עד שעת הדיון המשפטי, עסקנו כבר בדברינו על סעיף 1<sup>67</sup>. בדיוןנו שם הבחננו בין זכויות שונות – הנאה חושית ותועלת – ובדקנו את יסודות החיזוב והפטור בכל אחת מהן. מתווך עיון זהה הגענו למסקנה, שהנאה שיצאה כבר אל הפועל – הנאה חושית – חייבת הזוכה בתשלום עבורה, גם כשנעלמה עד שעת התביעה. לעומת זאת, בהנאה בכוח, שעדיין לא יצא אל הפועל – תועלת – הזוכה פטור משלם תמורתה, אם נעלמה לפני פסיקת בית המשפט.

פסק שלוקח שהזיך לנכס שרכש, ולאחר מכן החבטל המקה, יהיה פטור משלם הנזק, גם אם קורם שהזיך לו יכול היה לגלות את הפגם שהוילה את העילה לביטול המקה. זאת אם הזיך לנכס בדברו ש"דרכו לשותו" (ראה לעיל, העלה 33). הittelבטוותו של נתיבות המשפט היא, אם במקורה זה, כשהЛОוקח יכול היה לגלות את המום, יהיה חייב בתשלום מלאו שווי הזכיה גם מעבר להנאתו הסובייקטיבית, שננהנה מהנכס תוך שימוש מקובל. מלשון השולחן ערוץ, חוי"מ, סימן רלב, סעיף טו, מדיק "נתיבות המשפט", שיש להבחן בין זכיה לנזק, והЛОוקח (הזוכה) שננהנה מבלי לבדוק אם הנכס שלו, חייב בתשלום מלאו שווי זכיותו בכל מקורה שהבדיקה הייתה מוגלה את המום במקה (אולט, בסוף דבריו, משאיר "נתיבות המשפט" את השאלה בצריך עיון). יש לציין, שם מתווך בדיקת הנכס, הזוכה לא יהיה יכול לגלות שהנכס אינו שלו, כרור שהוא פטור מכל תשלום מעבר להנאתו הסובייקטיבית. ראה: שולחן ערוץ, חוי"מ, סימן שמא, סעיף ד.