

פרק ז

החזרים כתוצאה מבטול מקח

התבאר לעיל (פרק ו), שכאשר הקונה מעוניין לבטל את המקח מחמת פגם שמצא בו כדין מקח טעות, הרי המקח בטל מעיקרו, דהיינו, הוברר למפרע שהחפץ מעולם לא היה שייך לקונה.

למצב זה, בו התברר שהקונה השתמש למפרע במוצר שכלל לא היה שייך לו, קיימות השלכות הלכתיות כפי שיבואר.

נפסק להלכה ברמב"ם (פט"ז ממכירה ה"ח) ובשו"ע (חוי"מ סי' רל"ב סט"ו):

" המוכר קרקע לחבירו ואכל פירותיה ולאחר זמן נראה בו מום, אם רצה להחזיר הקרקע לבעלים, מחזיר כל הפירות שאכל⁹². ואם היה חצר ודר בו,

92. א. המגיד משנה (שם) כתב לגבי מקור פסקו של הרמב"ם ביחס לחובת החזר הפירות כאשר ביטל את המקח (פט"ז ממכירה ה"ח, הובא לעיל), וז"ל: "זה פשוט באיזהו נשך (סו ע"ב) בכיוצא בזה, שאם המקח בטל הדרא ארעא והדרי פירי".

לעני"ד יש לדון בדבריו. בגמ' (שם) נאמר: "אמר ר' נחמן השתא דאמור רבנן אסמכתא לא קניא הדר ארעא והדרי פירי". ופסק הרמב"ם (פ"ו ממלוה ה"ד): "המלוה את חבירו על השדה ואמר לו אם לא תחזיר לי מכאן ועד שלש שנים הרי היא שלי, הרי זה לא קנה מפני שהיא אסמכתא. לפיכך מנכה כל הפירות שאכל מפני שהיא רבית של תורה". מבואר בדבריו שטעם החזר הפירות הוא מטעם רבית ולא מטעם מקח טעות.

אמנם הראב"ד השיג: "אמר אברהם, אין הדעת מקבלת שיהא זה רבית קצוזה, אלא כי אמר ר' נחמן הדרא ארעא והדרא פירי, דינא קאמר, דאיהו לא יהיב ליה מידי...".

דהיינו לראב"ד אין חובת החזר הפירות נובעת מאיסור רבית אלא מן הדין חייב להחזיר כיון שהפירות לא היו מעולם שלו.

אבל המגיד משנה כתב על דברי הראב"ד: "...ולא ראיתי לאחד מן המפרשים ז"ל מסכים עמו, דודאי משמע שכל הסוגיה היא משום רבית".

מצאנו למדים, שלרמב"ם חובת החזר הפירות נובעת מטעם רבית, ואילו לראב"ד הסיבה היא כיון שהפירות לא היו שלו.

א"כ קשה על דברי המ"מ דלעיל, כיצד הביא מקור לדברי הרמב"ם המחייב החזר כאשר ארע מקח טעות, מהסוגיה שהמ"מ עצמו קבע שחייב החזר האמור בה אינו מהטעם שהמקח בטל אלא מטעם רבית. והרי הענינים שונים לחלוטין, כפי שהתבאר לעיל בדברי הסמ"ע והלבוש והב"ח.

לכאורה היה נראה ליישב, שהמ"מ סובר בטעמו של הרמב"ם, שגם בדין מקח טעות חיוב החזר הפירות, נובע מחמת איסור רבית, כשיטת הלבוש שהובאה בסמ"ע (חוי"מ רל"ב

צריך להעלות לו שכר⁹³.

מבואר בזה, שאם הקונה ביטל את המקח של קניית קרקע מחמת מום שמצא לאחר זמן, צריך להחזיר למוכר את הפירות שאכל במשך אותה תקופה. הסיבה לכך היא כפי שהתבאר לעיל, כיון שכאשר הקונה ביטל את המקח, התברר למפרע שבזמן אכילת הפירות לא היתה הקרקע שייכת לקונה.

דין זה הוא כאמור, בקרקע. יש לברר האם גם בנידון בו הקונה קנה מוצר (מטלטלין) והשתמש בו, ואח"כ מצא בו פגם ומעונין לבטל את המקח מחמתו, קיים דין זה שיצטרך הקונה לשלם למוכר עבור שימוש במוצר בתקופה שבין הקניה לבין ביטול המקח.

השאלה היא, האם המוכר (אשר כתוצאה מביטול המקח צריך להחזיר לקונה את התשלום ששילם הקונה עבור החפץ), יכול לקזז מהתשלום את דמי השימוש שהתחייב הקונה עבור שימוש בחפץ קודם ביטול המקח, ואם אמנם כן, כיצד יש לחשב זאת.

במילים אחרות: האם חייב הקונה **בדמי שימוש**⁹⁴.

כדי לברר ענין זה, יש להקדים ולבאר את טעם חיוב החזר פירות הקרקע, בפסק הרמב"ם והשו"ע (שהובא לעיל).

א. טעם חובת החזר הפירות

נחלקו הפוסקים בטעם חובת החזר הפירות.

א. שיטת הלבוש - רבית

כתב הלבוש (חוי"מ רל"ב סט"ו):

"המוכר קרקע לחבירו ואכל פירותיה ואח"כ נודע בה מום, אם בא להחזיר הקרקע לבעליה - מחזיר כל הפירות שאכל, **ואם לא החזיר הוי ליה ריבית**, דהא כיון שנודע מום שמבטל מקח, נתבטל המקח מעיקרו והוי ליה המעות

סקל"ג): "דאם לא כן (אם לא יחזיר את הפירות) הוא כריבית, דכיון שנתבטל המקח מעיקרא הוי ליה הדמים הלואה גביה והפירות שאכל הן בעד דמי המעות שהיו בידו בטלים". לאור זאת, דבריו וראייתו מבוארים היטב. אך לפי זה יקשו עליו קושיות הסמ"ע שהקשה על שיטת הלבוש (שם), וצ"ע.

93. עיין בספר קרית מלך רב שכתב שפסק זה נוגד את שיטת הריטב"א.

94. להלן ננקוט במטבע לשון זו.

הלואה גביה והפירות שאכל הוו ריבית".

מבואר בדבריו שחובת החזרת פירות השדה נובעת מאסור רבית, כיון שנתבטל המקח מעיקרא, הרי הדמים ששילם הקונה נחשבים הלואה אצל המוכר, והפירות שאכל הקונה הן בעד דמי המעות שהיו בטלים אצלו, דהיינו, עבור "ההלואה" שהלוה הקונה למוכר, כמו כן חובת תשלום דמי השכירות שצריך לשלם לו (כמובא לעיל בפסק הרמב"ם), נובעת מטעם זה.

ב. שיטת הסמ"ע - גזל

הסמ"ע (חו"מ סי' רל"ב סקל"ג) הביא את דעת הלבוש, והקשה עליו:

- א. באיסור רבית אין דין החזר אלא אם כן כבר קיבל המוכר את המעות, ובנידונו, הפוסקים (הרמב"ם והטור) לא חילקו בכך.
- ב. בנידונו אפילו אם כבר שילם, מ"מ אינו חמור יותר מאבק רבית שאין צריך להחזירו.

מסקנת הסמ"ע:

"..כיון דהמקח בטל מעיקרו, הפירות שאכל או שכר השכירות דחצר שדר בו יהיה כגזל בידו...".

והוסיף:

"..זה שבטעות בא לידו, ואילו ידע (המוכר) שיחזיר (אולי - שיחזור) בו (הקונה) מחמת המום, בודאי לא היה נותנו לו מעיקרא.. משום הכי אף אם כבר אכלה, **אם אינו מחזירן הוה כמחזיק בשל חבירו בגזל**, וזה ברור...".

מבואר בדבריו שחובת החזר פירות הקרקע, נובעת מכך, שכאשר המקח בטל מעיקרו, נמצא שהקונה החזיק שלא ברשות במשך כל הזמן שהיה המקח אצלו. כתוצאה מכך, אכילת הפירות או הדיור שם, היו שלא ברשות, והרי זה גזל אם לא ישלם עבורם.⁹⁵

95. מצאנו כעין זה בדברי רש"י והרמב"ם בסוגיית מתנה ע"מ להחזיר. במסכת סוכה (דף מא ע"ב) מובא: "אמר רבא, הא לך אתרוג ע"מ שתחזירהו לי, נטלו ויצא בו, החזירו - יצא, לא החזירו - לא יצא". פרש"י: "...אבל אם לא החזירו, אגלאי מילתא דמעיקרא גזול הוא בידוי". וכ"פ הרמב"ם (פ"ח הל' לולב ה"י): "...ואם לא החזירו, לא יצא, שנמצא כגזול". ופירש רבנו מנוח: "...דכיון דלא נתנו לו אלא ע"מ להחזיר ולא החזירו, איגלי מילתא למפרע דמעיקרא גזול הוא בידו...".

מבואר בזה, שאע"פ שלקחת הלולב היתה ברשות, מ"מ אם לא החזיר, נחשב למפרע גזל, והיינו מכיון שעבר על רצון הנותן. א"כ ה"ה בנד"ד, ודאי שהמוכר מאפשר שימוש בחפץ רק כאשר נקנה לחלוטין שיוצא מרשותו לגמרי ולא במקרה בו הקונה חוזר בו מהמקח. לכן

ג. הב"ח - שני הטעמים

הב"ח (חו"מ סי' רל"ב, יב. ד"ה המוכר) הביא את שני הטעמים לחובת ההחזר:

"דלא מיבעי היכא דהמוכר קבל כבר הדמים, דפשיטא דהלוקח ישלם הפירות שאכל. דכיון שהמום מבטל המקח, א"כ אין כאן מקח כלל, והמעות הלואה הן ביד המוכר, ואם לא יחזיר הפירות, שכר מעותיו הוא נוטל, ואית ביה משום רבית. והכי איתא בפרק איזהו נשך (ב"מ דף סו ע"ב), דאם המקח בטל, הדרא ארעא והדרא פירי..."

... אבל בנמצא בו מום, לא היה מקח כלל, ורבית דאורייתא היא⁹⁶, אלא אפילו לא קיבל המוכר דמי המקח ואין כאן משום רבית, אפילו הכי חייב הלוקח לשלם, דכיון שאין כאן מקח כלל, אם כן הפירות שאכל, גזל הן בידו⁹⁷ וכן הדר בחצר...⁹⁸."

הכרעת האחרונים כסברת הסמ"ע.

כתב נתיבות המשפט (שם משה"כ אות יד):

"מחזיר לו את כל הפירות: לאו מטעם ריבית, דהא הוא אבק ריבית שאינה יוצאה בדיינים, רק הטעם, כיון דהמקח בטל, אם כן הפירות שאכל הם כגזל בידו..."

כאשר חזר בו מהמקח נחשב השימוש "גזל" אם לא ישלם, כמו במקרה בו נתן מתנה ע"מ להחזיר ולא קיבל בחזרה.

אמנם עדיין קיים חילוק בין המקרים, דהיינו שבענין אתרוג עשה מקבל האתרוג עוולה בזה שעבר ע"ד הנותן, ולעומת זאת, בנידונו הקונה התאנה ולא פעל כל עוולה, אולם כיון שהתברר למפרע שהיה שלא ברשות, סוברת שיטה זו שאם לא יחזיר נחשב גזל.

בנוסף לזה קיימת דוגמא ל"גזל" שניתן ברצון, במשנה (חלה פ"ג מ"ה, הובאה בקידושין דף מו ע"ב): "המפריש חלתו קמח, אינה חלה וגזל ביד כהן". פרש"י: "אם אינו מחזירה לבעלים". מבואר בזה שאע"פ שבעה"ב נתן מרצונו את הקמח לכהן בתורת חלה, מ"מ כיון שלא חל על זה שם חלה, הרי החזקתו של הכהן בקמח נחשבת "גזל".

96. עיין בדברי הסמ"ע המובאים לקמן, דס"ל שאין כאן אלא אבק רבית לכל היותר. עו"ע בספר ברית יהודה שדן בחידוש זה,

97. בספר "עשיית עושר שלא במשפט" (ר"י בלס, עמ' 16) חילק בין אם הגדרת ההנאה היא "גזל", שאז חלים כל דיני גזל, לבין אם הצורך בתשלום הוא כדי שלא יהיה גזל, שבזה לא חלים דיני גזל.

לפי הבחנה זו קיים חילוק דיני בין הסמ"ע לבין הב"ח. לדעת הסמ"ע שכתב שחובת ההחזר היא כדי שלא יהיה גזל, אין חלים דיני גזל. לעומת זאת הב"ח שכתב שהפירות שאכל הן גזל, יסבור שחלים כאן כל דיני גזל. אמנם, בדברי המפרשים לא מצאנו התייחסות לחילוק זה.

98. הב"ח לא הזכיר את דברי הלבוש והסמ"ע, למרות שקדמו לו.

מבואר שחובת החזר פירות הקרקע היא משום שנחשב כגזל. (כמ"ש הסמ"ע, וכ"כ הב"ח בנימוק האחרון), וכ"פ ערוך השולחן, שם סעיף כ"ג.⁹⁹

ב. תשלום דמי שימוש במטלטלין

א. בענין גזל קיים חילוק בין קרקעות למטלטלין

התבאר לעיל, שחובת החזר פירות השדה נובעת מדין "גזל". מדברי הראשונים בסוגיה במסכת ב"ק פ' הגוזל עצים (דף צז ע"א), מבואר שקיים הבדל בדין גזל בין קרקע למטלטלין. השאלה היא האם חילוק זה הוא משמעותי לענייננו. נקדים בהבאת הסוגיה ודברי הראשונים.

סוגיית התוקף ספינתו של חבירו

"איתמר, התוקף ספינתו של חבירו ועשה בה מלאכה, אמר רב, רצה שכרה נוטל רצה פחתה נוטל (אם נשברה או נתקלקלה ודמי פחתה יתירין על שכרה, נוטל דמי פחתה - רש"י). ושמואל אמר, אינו נוטל אלא פחתה.

אמר ר' פפא, לא פליגי... הא והא דעבידא לאגרא (הספינה מיועדת להשכרה), הא דנחית ליה אדעתא דאגרא (כאשר שכרה גדול מפחתה רצה שכרה נוטל. אם פחתה יתר על שכרה, נוטל דמי פחתה), והא דנחית ליה אדעתא דגזלנותא (אפילו שכרה גדול מפחתה, לא יהיב אלא פחתה, דכל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה - רש"י)".

מבואר בזה, שכדי לחייבו בדמי שכירות עבור שימוש בספינה, צריך שתהא הספינה עומדת להשכרה וכן שהתוקף יעשה בה מלאכה בתורת שכירות.

הוכחה שקיים חילוק בין קרקע למטלטלין:

בגמרא שם (לעיל) מובא:

"ומי אמר רב עבדא כמקרקעי והאמר רב דניאל בר רב קטינא אמר רב,

99. בספר פתחי חושן (אונאה, פי"ג סק"כ) כתב: "אפשר שאף הלבוש סובר שיש בזה גם דין גזל, אלא שיש גם איסור ריבית, ונפ"מ באם ירצה המוכר לוותר לו, שמדין רבית אסור". יש להעיר ממש"כ בשו"ת נחל יצחק (סי' פ"א ו' ענף א'), שכאשר קיים דין גזל, לא קיים דין ריבית, משום שאין זה בכלל אגר נטר, וכן העלה המל"מ פ"ז מהלואה הי"א בסופו.

התוקף בעבדו של חבירו ועשה בו מלאכה פטור " (מלשלם לבעליו שכרו - רש"י).

התוס' (שם ד"ה ומי) בארו שקושיית הגמ' בנויה על ההבדל המהותי שקיים לגבי "גזל" בין קרקע למטלטלין. זה לשונם:

"ואם היה (עבד) כמקרקעי דמי, אפילו נחת ליה בתורת גזלות, לא נפק מרשותיה דמריה (לא היה יוצא מרשות בעליו), דהוי כקרקע דאין נגזלת, ומשלם אגרא היכא דקאי לאגרא, כמו ספינה דלקמן היכא דלא נחת ליה בתורת גזלות".

באור דברי תוס': יש הבדל בין קרקע למטלטלין ביחס לדין גזל. בקרקע קיים הכלל "קרקע אינה נגזלת", ולעולם היא ברשות בעליה. לכן, בכל מקרה בו קרקע עומדת להשכרה והשתמש בה, עליו לשלם דמי שכירות לבעל הקרקע. לעומת זאת, במטלטלין קיים דין גזל, דהיינו, אם גזל מטלטלין הרי הם יצאו מרשות הבעלים לרשות הגזלן (עליו להחזירם לבעליהם ומתחייב באונסין). כתוצאה מכך שיצאו מרשות הבעלים, אין חיוב על הגזלן לשלם דמי שכירות עבור שימוש החפץ הגזול, אפילו היה החפץ עומד להשכרה, כיון שבאותה שעה לא היה החפץ שייך לבעליו. עפ"ז מבוארת קושיית הגמ': אם עבד דינו כקרקע, הרי צריך התוקף לשלם לבעליו עבור השימוש בעבד, כדין גזל קרקע העומדת להשכרה, ומדוע אמר רב שהתוקף בעבדו של חבירו פטור מלשלם עבור המלאכה שעשה העבד.

וכן כתב הש"ך (חו"מ סי' שס"ג סק"ח):

"דמטלטלין דנגזלין, אם גזלן ועשה בהן מלאכה ולא פחתן, אפילו קיימא לאגרא - פטור, כיון דגזלן - ברשות הגזלן הוי, ובדידיה דנפשיה קעביד מלאכה".

בספר **אבן האזל** (קנין פ"ז הי"ב) הוסיף בהבהרת הדברים:

"...כמו דחזינן לתוקף עבדו של חבירו ועשה בו מלאכה, אם עבדים נגזלין אינו נותן שכר, וכן בתוקף ספינתו אם נחת אדעתא דגזלותא, וחזינן דאף דהגזילה בדין היא של הבעלים, מ"מ אינו נותן הגזלן דמי שימוש, ואף דלכאורה לא שייך כאן דינא דאשר גזל דהא לא נשתנה הגזילה ורק שנשתמש בו ואמאי לא ישלם לבעלים.

ומוכח דכיון דהגזילה אף שהיא של הבעלים אבל אינה עומדת ברשות הבעלים ולכן מה שנשתמש בה הגזלן ועשה שבה בידים אינו שייך לבעלים והכי נמי לענין שבה דבידים שהשביח בגוף הגזילה...".

התחדש בדברי אבן האזל, שטעם פטור הגזלן מדמי שימוש, הוא מכיון שחובת דמי

שכירות חלה רק כאשר השתמש בחפץ שהוא ברשות הבעלים, ואילו החפץ הגזול, אמנם שייך לבעלים, שהרי לא השתנה, אבל אינו ברשותם.

לאור האמור, מובן היטב טעמו של הרמב"ם והשו"ע דלעיל: "המוכר קרקע לחבירו ואכל פירותיה ולאחר זמן נראה בו מום, אם רצה להחזיר הקרקע לבעלים, מחזיר כל הפירות שאכל...".

חובת ההחזר נובעת מזה שלא חל דין גזל על הקרקע, וכשבטל המקח נחשב שכל העת היתה השדה ופירותיה של בעליה, ולכן חלה על הקונה חובת תשלום. וכ"כ האור שמח (פט"ז ממכירה ה"ח).

ב. האם חילוק זה משמעותי לנידונינו

ע"פ החילוק דלעיל, נובע לכאורה, שבנידונינו בו מדובר במטלטלין, לא קיימת חובת תשלום דמי שימוש מצד הקונה, כיון שדין גזל שקיים במטלטלין גורם לכך שהחפץ לא היה בבעלות בעליו בעת השימוש.

יש לדון שמא קיים הבדל בין גזל רגיל לבין נידונינו בו לא התכוין לגזול אלא שנמצא למפרע שהשתמש שלא ברשות.

לצורך הבירור, יש לעיין במקרה דומה, בו קיים דיון לגבי מקרה שאדם השתמש בחפץ שאינו שלו, מבלי שהיתה לו כוונה לגזול. השאלה היא, האם יתחייב בדמי שימוש. ענין זה נלמד בסוגיית הקונה שור שהזיק. הגמ' דנה בקונה שור תם שהזיק, והקונה השתמש בו, והתברר למפרע שהשור שייך לניזק, ונמצא שהקונה השתמש בשור שאינו שלו. הדיון הוא כאמור, האם מוטל על הקונה לשלם עבור שימוש בשור. להלן הסוגיה ודברי הראשונים.

סוגיית קונה שור שהזיק

במסכת בבא קמא פ' המניח (דף לג ע"א) מובאת מחלוקת תנאים במקרה של שור תם שנגח שור, לגבי השייכות בין שור תם שנגח לבין הניזק, דהיינו בעל השור שנגח.

דעת ר' ישמעאל: "יושם השור", דהיינו, שמין (מעריכים שוויו) את השור שנגח, ובעליו משלם מדמיו את דמי חצי הניזק. סברתו: בעל השור המזיק נעשה בעל חוב של הניזק כתוצאה מהיזק השור.

דעת ר' עקיבא: "הוחלט השור", דהיינו, הניזק נעשה בעלים על חלק מהשור המזיק, בערך שווי חצי מהניזק. במקרה בו שווי כל השור הוא כערך חצי הניזק, הרי עובר השור לבעלותו המוחלטת של הניזק.

בהמשך הסוגיה (שם ע"א - ע"ב) מובא :

"בעא מינייה רבא מרב נחמן, מכרו מזיק (אם המזיק מכר את השור שנגח), לר' ישמעאל מהו, כיון דאמר ר' ישמעאל בעל חוב הוא וזוזי הוא דמסיק ליה (חלה על בעל השור המזיק רק חובה כספית אבל השור שייך לו, ולכן) מכור. או דלמא כיון דמשועבד ליה לניזק (אם לא יפרע המזיק את חוב ההיזק לניזק - יקח הניזק את השור, שהתורה שעבדה את השור לצורך התשלום) לאו כל כמיניה (לא חל המכר). אמר לו אינו מכור. (מקשה הגמ' והתניא מכרו מכור. (עונה הגמ') חוזר וגובהו (הניזק מהקונה). (שואלת הגמ') וכי מאחר שחוזר וגובהו, למה מכור (לענין מה חל המכר). (עונה הגמ') לרידיא" (לחרישה).

מחלוקת ראשונים בענין חובת ההחזר

נחלקו הראשונים בשאלה, האם חל חיוב מצד הקונה לשלם דמי שימוש, או שהקונה פטור מתשלום, ואינו צריך אלא להחזיר אלא את גוף השור בלבד. מחלוקתם נעוצה בהסבר תירוץ הגמ' (שהובא לעיל) "לרידיא".

א. רש"י ור"ח - החזר דמי השימוש

רש"י פירש (בד"ה לרידיא) :

" שאם חרש בו לוקח, אינו נותן לו דמי החרישה לניזק "

וכן פירש הר"ח :

"הא דתניא מכור, חשוב הוא כמכור, שאם עשה בו מלאכה הלוקח, אינו יכול (ר"ל הניזק) להוציא מיד הקונה שכירות אותה מלאכה, שמכירתו מכירה היא ", וכן שיטת הראב"ד (מובא בשטמ"ק וברשב"א).

באורים אלו, כאמור, נאמרו בשיטת ר' ישמעאל, הסובר שאין גוף השור של הניזק, אלא רק השור משועבד לו, לכן אע"פ שגובים מהקונה את השור, מ"מ אין מוציאין ממנו את דמי החרישה. יש להסיק מכך, שאליבא דר' עקיבא הסובר שהניזק נעשה שותף בגוף השור, הרי כיון שהמכר לא חל, צריך הקונה לשלם לניזק דמי שימוש.

מסקנה זו מבוארת בדברי הראב"ד בהדיא (בשטמ"ק שם ד"ה וז"ל הראב"ד) :

"ולדעת ר"ע אפילו קודם עמידה בדין אינו מכור כלל, לפי שכשיעמוד בדין, מיד הוא נחלט בלא חלטות ב"ד ואיגלאי מילתא למפרע דלניזק הוי גופא דתורא, הלכך אם מכרו לרידיא השכר הוא לניזק", וכן כתב הרשב"א אליבא דרש"י והראב"ד.

וכן כתב המאירי (שם, ד"ה ממה שאמרו):

"...ואם מכרו מזיק, אינו מכור, והניזק נוטלו מיד הלוקח, ואם חרש בו הלוקח, נותן שכירות חרישתו לניזק, וזהו שאמרו לרידיא, וכך פרשה גדולי הרבנים".

מבואר בזה, שלדעת רש"י והראב"ד והמאירי (וכן יש ללמוד מדברי הר"ח), הקונה שור שנגח (במקרה בו הוחלט השור לניזק), ועשה בו מלאכה, צריך להחזיר את השור לניזק ולשלם לו דמי שימוש.

וכן פסק הטור (חוי"מ סי' ת"ז א-ב):

"שור תם שהזיק... ואם מכרו מזיק (אפילו קודם העמדה בדין), אינו מכור, והניזק נוטלו מן הלוקח. ואפילו אם נשתמש בו הלוקח קודם שנטלו - צריך לשלם לו".

מבואר בדבריו, שפסק כשיטת רש"י והראב"ד, שצריך הקונה לשלם דמי שימוש.

הרמ"א (חוי"מ סי' שס"ג ס"ב) פסק כשיטות אלו וכן פסק הישי"ש (בי"ק פי"ג סי' כ"ח) והש"ך (שם סק"א).

ב. רשב"א - החזר השור בלבד.

שיטת הרשב"א שאין הקונה צריך להחזיר אלא את גוף השור בלבד.

הרשב"א (שם) הביא את שיטת רש"י והראב"ד והנלמד מהם (כפי שהובא לעיל), ושאל שאלה:

"ואני מסתפק בדין זה. דמזיק לר"ע כשמכרו כגזול הוא (ברשב"א המובא בשטמ"ק הגירסא היא: "כמתכוין לגזול הוא"), דהניזק שותף הוא, וגזול שור וחורש בו אינו מעלה שכר לניזק (צ"ל לנגזל), דלאו אדעתא דשכירות נחת ביה, וכל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה... ולוקח מגזלן כגזלן דאתי מיניה, דאיהו נמי לאו אדעתא דשכירות נחית, ואמרינן נמי התוקף ספינתו של חבירו... הא דנחית אדעתא דאגרא והא דנחית אדעתא דגזלנותא".

דהיינו, הרשב"א תמה, מדוע הקונה צריך לשלם דמי שימוש, הרי כיון ששימושו היה שלא ע"מ לשלם, א"כ כשם שהמזיק שמכר לו את השור לא היה צריך לשלם אם היה משתמש, כיון שנחשב גזלן ואין גזלן משלם דמי שימוש, כך הקונה שלא

התכוין לשלם עבור השימוש נחשב לענין זה כגוזלן שפטור מדמי שימוש.¹⁰⁰

מבואר בדברי הרשב"א:

א. שימוש שלא ע"מ לשלם נחשב גזילה. להלן (נספח ד) יובאו שיטות אחרות.
ב. מסתימת דברי הרשב"א משמע שדין זה אמור גם במקרה בו לא ידע הקונה ששור זה נגח ועתיד לעבור לרשות הניזק.

מסקנת הרשב"א, שתירוץ הגמ' "לרידיא", אינו כפי שכתבו רש"י והראב"ד (והר"ח) שהכוונה לפטור מתשלום דמי החרישה אליבא דר' ישמעאל, אלא הכוונה שמוותר לקונה לכתחילה לחרוש בו, והיינו לר' ישמעאל, אבל לר"ע לכתחילה אסור לקונה לחרוש בו, אבל ברור שאפילו אם הקונה חרש בו, לא יצטרך לשלם דמי שימוש גם לר"ע. זה לשונו:

"ונראה לי לפרש, דלר' ישמעאל דאמר יושם השור, עד שיושם בבית דין ויחליטוהו לניזק הרי הוא של מזיק, ומי שלקחו ממנו רשאי לחרוש בו ואינו נמנע, אבל לר"ע הוחלט השור ושותפי ניהו, ואם מכרו מזיק אינו מכור, ואין ללוקח לחרוש כנ"ל (בשטמ"ק הגירסא: " אבל לר"ע אין ללוקח לחרוש, ואם חרש נ"ל שכבר זכה בו ") שכבר זכה בו ניזק...".

סכום שיטת הרשב"א: גם אליבא דר"ע אין הקונה צריך לשלם שכר עבור השימוש בשור. טעמו הוא, כיון שהמזיק שמכר לו, נחשב גזלן, שהרי הניזק נעשה שותף בשור, ונמצא שהמזיק מכר שור שאינו בבעלותו (הפרטית), וכשם שהגזלן אין צריך לשלם עבור השימוש, שהרי כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה, ולא יותר, כך גם הקונה, שבא מחמתו של הגזלן, לא יצטרך לשלם, כיון ששימוש לא היה ע"מ לשלם, ומבואר בסוגיה בדף צז ע"ב, שאם לא השתמש ע"מ לשלם, דינו דין גזלן שאין משלם עבור השימוש.

ג. שיטת הרמב"ם כרשב"א, אבל נימוקו שונה.

הרמב"ם (הלי נזקי ממון פ"ח ה"ו) פסק:

"שור תם שהזיק.. אם מכרו המזיק עד שלא עמד בדין, אע"פ שהוא מכור, הרי הניזק גובה ממנו וחוזר הלוקח וגובה מן המזיק...".¹⁰¹

100. עיין לקמן (נספח ב) תירוצים לקושיית הרשב"א על רש"י והראב"ד.

101. מפרשי הרמב"ם דנו בשאלה, איך תתיישב שיטתו עם הסוגיה, ממנה משתמע שלר"ע בכה"ג אינו מכור (כפי שכתבו תוס' לג ע"א ד"ה הקדישו). עיין במ"מ (שם) ובבאור הגר"א (שו"ע חו"מ ס"י ת"ז אות א') ובקצוה"ח ס"י ת"ז סק"א) ועוד.

המגיד משנה (שם) כתב בבאור שיטת הרמב"ם :

" ומה שכתב 'אע"פ שהוא מכור', הכוונה לומר **שהלוקח חורש בו לכתחילה** וכן שהמכר קיים ואין כל אחד יכול לחזור בו ". וכ"כ בבאור הגר"א (שו"ע חו"מ סי' ת"ז אות א').

יש ללמוד מדבריהם, שלשיטת הרמב"ם, שימוש הקונה בשור הוא בהיתר גמור, כיון שהמכר חל (גם אליבא דר' עקיבא) ופשיטא שלא יצטרך לשלם עבור שימוש זה, שהרי מותר לקונה לעשותו לכתחילה.

וכן כתב להדיא **המהרש"ל** (יש"ש ב"ק פ"ג סי' כ"ח) :

"ומה שכתב הרמב"ם שמכור הוא, לעניין זה שהלוקח אין צריך לשלם דמי החרישה לניזק..."

נמצאנו למדים:

שיטות הרמב"ם והרשב"א שוות להלכה, שאין גובים מהקונה דמי שימוש, אבל נימוקיהם שונים :

לדעת הרשב"א, המכר לא חל אליבא דר"ע, אבל למרות זאת, לא יצטרך לשלם עבור השימוש, כיון שמכירה זו נחשבת גזל, ובגזל אין משלמין עבור השימוש.

לדעת הרמב"ם, המכר חל גם אליבא דר"ע ומותר לקונה להשתמש בשור ולכן אינו צריך לשלם עבור השימוש.

השו"ע (חו"מ סי' ת"ז ס"א) פסק כרמב"ם.¹⁰²

סיכום

נחלקו הפוסקים לגבי שור תם שהזיק, ונמכר קודם העמדה בדין, והקונה השתמש

102. א. לדעת החזו"א (ב"ק סי' ג' אות י"ז), כאשר הקונה ידע שקנה שור נגח שצריך לעמוד בדין ואח"כ יעבור לרשות הניזק, הדינים שונים בהתאם לנסיבות :
אם השימוש היה שלא ע"מ לשלם, הרי הקונה הוא גזלן ופטור מלשלם דמי שכירות, כדין גזלן. אבל אם השתמש ע"ד לשלם, אין דינו גזלן וצריך לשלם.
ב. הנצי"ב (בספרו מרומי שדה ב"ק לג ע"ב ד"ה והנה) הסביר בדברי הרמב"ם, שמש"כ "שהוא מכור", היינו, שלעת עתה השור שלו והוא רשאי לחרוש בו, אלא שאם יעמדו בדין ויזכה הניזק בו, יהא הקונה צריך לשלם לניזק, אליבא דר"ע. דהיינו שהרמב"ם מפרש כרש"י שצריך לשלם דמי שימוש.
וסיים שם הנצי"ב : "וכל זה דלא כמו שהבינו הלחם משנה ושאר מפרשים בדעת הרמב"ם".

בו. מחלוקתם היא בנוגע לשאלה, האם הקונה צריך לשלם לניזק דמי שימוש: לדעת רש"י, ראב"ד, המאירי וטור, **וכ"פ הרמ"א** רש"ל והש"ך: גובין מהקונה דמי שימוש.

לדעת רשב"א והרמב"ם, **וכ"פ השו"ע**: אין גובין מהקונה דמי שימוש.

ג. השוואת הנידונים

יש לברר האם ניתן להשוות את הני"ל, לנידון, האם צריך הקונה המבטל את המקח, לשלם למוכר דמי שימוש, דהיינו תשלום עבור שכירות החפץ למשך הזמן שהקונה השתמש בו.

האפשרות לשוואת הנידונים נובעת מכך שבשני המקרים מדובר בקונה שהשתמש בחפץ, שהתברר אח"כ שאינו שלו, ושימושו היה שלא מתוך כוונת גזל.¹⁰³

לעיל התבארו מספר שיטות, ויש לברר ע"פ כל שיטה ושיטה כדלהלן:

א. שיטת רש"י וראב"ד שנפסקה להלכה ברמ"א

נראה לומר: לשיטת הרמ"א (אליבא דהראשונים שסובר כמותם), שמחייב דמי שכירות במקרה הני"ל, אי"כ הי"ה בנידונינו, יתחייב הקונה לשלם דמי שכירות.

טעם הדבר: התבאר לעיל, שהרמ"א פסק כסוברים שלא חל המכר כלל. לפי זה, כיון שהתברר שהשור היה במשך כל הזמן ברשות הניזק, לכן הוא צריך לשלם דמי שימוש. כמו כן בנידונינו, בו התברר שהיה מקח טעות והריהו בטל, נמצא ששימושו של הקונה במוצר במשך כל הזמן, היה שימוש במוצר הנמצא ברשות המוכר, וכשם שבמכר שלא חל צריך לשלם הי"ה במכר שהתבטל.

ב. שיטת הרמב"ם שנפסקה להלכה בשו"ע

יש להסתפק, אליבא דהשו"ע שפסק כשיטת הרמב"ם, שאין הקונה מהמזיק צריך

103. אמנם, קיימות גם סברות לחלק בין הנידונים:

א. בקונה שור שהזיק, יתכן שהיה מעשה גזל מצד המוכר, מה שאין כן בביטול מקח מחמת שהמוצר פגום.

ב. בקונה שור שהזיק, מבואר במפרשים שמדובר גם כאשר הקונה ידע שהשור עתיד לעמוד הדין ולעבור לרשות הניזק ואעפ"כ עשה בו מלאכה, לעומת זאת, הקונה מוצר פגום, השתמש בו בזמן שלא ידע שהמקח עתיד להתבטל, ולא עלה על דעתו שעושה מלאכה בדבר שאינו שלו.

אבל כפי שיתבאר לקמן, אין לסברות אלו השלכה דינית.

לשלם דמי שכירות, האם יסבור שה"ה בביטול מקח פטור מתשלום, או שמא יחייב כאן בתשלום, כיון שלא היה כאן מעשה גזל.

נראה לומר: גם אליבא דהשו"ע יש לחייב את הקונה בדמי שכירות.

טעם הדבר: הסיבה שבגללה פסק הרמב"ם שהמכר חל וממילא פטור הקונה מתשלום דמי שימוש, כפי שנתבאר בדברי המאירי ובקצוה"ת, אינה קשורה לנידונינו, כדלקמן.

המאירי (ב"ק דף לג ע"ב ד"ה גדולי) כתב:

"גדולי המחברים (כוונתו כידוע, לרמב"ם) תופסים בזו שיטה אחרת, ויראה מדבריהם שדברי ר' עקיבא לאחר שעמד בדין נאמרו, ומתוך כך פסקו שקודם שעמד בדין מכרו המזיק מכור, אלא שהניזק חוזר וגובה ממנו..."

וכיו"ב באר **הקצוה"ח** (ת"ז סק"א), שלרמב"ם המכר חל אליבא דר"ע, כיון שדין "יוחלט השור" שאמר ר"ע, זהו דין קנס, ובקנס אין הניזק זוכה אלא משעת העמדה בדין, כיון שקודם לזה יכול בעל השור שנגח להודות ולהפטר כדין "מודה בקנס פטור", נמצא, ששימושו של הקונה בשור קודם גמר דין היה בהיתר גמור ולכן פטור מתשלום.¹⁰⁴

מבואר בזה, שסיבת חלות המכר נובעת מכך שבאותו הזמן לא היה השור שייך לניזק. לכן אין ענין זה דומה לנידונינו בו מדובר שכאשר התבטל המקח, הרי הוא בטל למפרע, והתברר שמעולם לא היה שייך לקונה. לאור זאת, אין סיבה שיחלוק השו"ע על הרמ"א בזה שבנד"ד יצטרך לשלם עבור השימוש, כפי שהעלינו לעיל.¹⁰⁵

יש להוסיף על האמור, שאלבא דהנצי"ב (הובא בהערה לעיל סעיף ב), הרי גם לפי הרמב"ם (שהועתק בשו"ע) צריך הקונה לשלם עבור שימושו בשור.

104. בספר אבן האזל (פ"ח מנוקי ממון ה"ו) הביא סימוכין לדברי קצוה"ח מדברי המאירי דלעיל.

105. לפ"ז הראשונים הסוברים שהמכר לא חל, יסברו שכיון שכאשר הניזק זוכה בשור בשעת העמדה בדין, הרי זכיתו היא למפרע משעת נגיחה, כפי שכתב הראב"ד (הובא לעיל): "לפי שכשיעמוד בדין, מיד הוא נחלט בלא חלטות ב"ד ואיגלאי מילתא למפרע דלניזק הוי גופא דתורא", וכן כתב הקצוה"ח (שם סק"ד), הרי שיש להתחשב בכך כבר בשעת המכירה שרוצה לעשות קודם העמדה בדין, ומחמת זה לא תחול המכירה, כיון שעתיד להתברר שבשעה זו שהבעלים מוכרים, אין השור שייך להם. ואילו לרמב"ם, כל עוד לא עמדו לדין אין צריך להתחשב במה שעתיד להתברר.

ג. שיטת הרשב"א

יש לעיין, אליבא דהרשב"א הסובר שכל שלא התכוין לשלם עבור השימוש דינו כגזלן, שפטור מדמי שימוש, האם בנידונינו יצטרך לשלם עבור השימוש.

האור שמח (פט"ז ממכירה ה"ח) דן בענין זה, וז"ל:

"והנה, בחו"מ סימן ת"ז (ס"ב) בשור תם שהזיק ומכרו הניזק, (כתב הרמ"א) דאם נשתמש בו הלוקח, חייב ליתן לניזק שכירות. אולם הרשב"א בחידושו השיג... הרי היכי דסבור שהוא שלו, סובר הרשב"א דלאו אדעתא דאגרא נחית ופטור מלשלם.

אולם יש לומר דלוקח מגזלן שאני, דכיון דאיהו מכוון לאפוקי מרשות בעלים, תו נפיק מרשות בעלים וקנייה ככל גזלן ותו לאו ברשותא דמרא קאי, מה שאין כן בלא מתכוון לאפוקי מרשות בעלים כלל, רק בטעות שסבור שאין מום במקח וסבור שהוא שלו, אפשר דמשלם אגרא לבעלים, וצ"ע".

מבואר בזה שהאור שמח מסתפק בדעת הרשב"א, שיתכן שבענינו יסבור שצריך לשלם עבור השימוש, כיון שהקונה לא עשה כל עוולה ולכן אין להחשיבו כגזלן, אלא יחשב שהמוצר היה כל הזמן ברשות הבעלים ולכן חייב הקונה לשלם עבור השימוש. אולם בהמשך דבריו דן האור שמח בשיטת הרשב"ם (ב"ב דף מד ע"ב ד"ה ונמצאת) אם שיטתו חולקת על הרשב"א, ומצדד לומר ששיטותיהם שוות, שאין הקונה צריך לשלם דמי שימוש כאשר המקח בטל, ומסקנתו:

"יהיה איך שיהיה, הדבר ספק לדידן, דלדעת הרשב"א יש לצדד הרבה דאף כאן (במקח טעות מחמת מום) פטור מלשלם..."¹⁰⁶

היינו, שדעת האור שמח אליבא דהרשב"א, שאין לחלק בין הנידונים, והסיבה הפוטרת את הקונה שור שנגח מדמי שימוש ה"ה שתפטור את הקונה מוצר והשתמש בו ואח"כ ביטל את המקח מחמת פגם שמצא בו, כיון שהשתמש כבשלו, שלא על דעת לשלם.

אמנם דברי הרשב"א לא נתקבלו להלכה, וכפי שהתבאר לעיל, משמעות דברי השו"ע הפוטר את קונה השור מתשלומין, אינה מחמת דברי הרשב"א, אלא כיון שפסק כרמב"ם, ולעיל הובאו הבדלי השיטות בין הרמב"ם לרשב"א. לאור זאת נראה שלא שייך לטעון בזה "קים ליי" כהרשב"א.¹⁰⁷

106. עיין הערת הגר"י גולדברג שליט"א, לקמן בנספח ד.

107. כמבואר בדיני תפיסה כלל כ': "וכתב בתשובת חוות יאיר, דבמקום שסתמו המחבר והר"ב בהג"ה ולא חלקו עליהם הסמ"ע והש"ך, אין יכול לומר קים לי כפוסק אחר...".

מסקנה

הקונה מוצר והשתמש בו, ואח"כ ביטל את המקח מחמת שמצא בו פגם, יתחייב לשלם דמי שימוש.

נספחים

א. ראיות למסקנה דלעיל

כמסקנתנו דלעיל, שגם לפי שיטת השו"ע, חובה על הקונה לשלם דמי שכירות עבור השימוש בחפץ שהשתמש בו קודם ביטול המקח, ואין חילוק בזה בין קרקע למטלטלין, כן מוכח מתוך הנלמד מדברי שניים מגדולי הפוסקים הקדמונים בהקשר לשיטת הרמב"ם (פ"ט"ו מכירה ה"ח), שכאמור, השו"ע פסק כמותו בחו"מ ס"י רל"ב סט"ו (כמובא בתחילת הדיון).

בדברי הפוסקים מבואר שאין הבדל דיני בין אם ביטול המקח היה בקרקעות או במטלטלין, אלא בכל מקרה צריך לשלם עבור השימוש ועבור הרווחים.

א. שו"ת הרשב"ש

כתב בשו"ת הרשב"ש (בנו של התשב"ץ, סימן תע"ו) בנידון בו קנה בגד ומצא בו מום:

"...ואם הבגד כבר נעשה ממנו מלבוש ולבשו קודם שנגלה המום, והיה מום שלא היה יכול להכירו עד עתה, וחוזר הבגד למוכר ע"פ הדרכים שכתבתי, **וצריך ליתן לו שכר לבישתו כמו שכתב הרמב"ם ז"ל בפ"ו מהלכות מכירה גבי המוכר בית ומצא בו מום.** ואם תפרו והשביח בתפירה, מחשב עליו דמי התפירה ונחשב עמו על שכר לבישתו והשאר משלם לו. כך נראה לי לעניות דעתי".

מבואר בדבריו, שהשוה דין מוכר בית ונמצא בו מום, בו פסק הרמב"ם שצריך לשלם דמי שכירות, לדין החוזר ממקח בו קנה בגד ולבשו, שצריך לשלם שכר לבישתו.¹⁰⁸

108. א. יש להעיר מכאן על מה שנכתב בספר פתחי חושן (הלי גניבה ואונאה פ"ג הערה כ'), וז"ל:

ב. שלטי הגיבורים

כתב השלטי גיבורים (ב"מ פ' הזהב, דף ל ע"ב בדפי הרי"ף):

"...איתא במרדכי פ' המדיר, אודות ראובן שמכר לשמעון סוס ושוב נמצאו לו מומין ביד שמעון, והוא טוען שברשות ראובן נעשו, והוא אומר, לא כי אלא ברשותך נעשו..."

...לפי מאי דכתיבנא לעיל בשם מיימוני, בהמוכר שדה לחבירו ואכל פירותיה ולאחר זמן מצא בו מום, שאם רוצה להחזיר, שצריך שיחזיר ג"כ הפירות, או אם דר בחצר, צריך שיעלה לו שכר, דמשמע מדבריו (ר"ל - השלטי גבורים הביא לעיל מזה את פסקי הרמב"ם הקודמים בפרק ההוא, דהיינו שאם עשה הקונה קודם שגילה את המום, מום אחר שדרכו לעשות, אין מפחיתין לו,

"ויש להסתפק כשקונה בגד ולבשו קודם שנודע לו המום, אם צריך לשלם דמי שימוש, ואיך ישומו שכר זה. ולענין נראה שלא אמרו אלא בדר בחצר או עשה מלאכה בכלי שיש בו הנאה או עכ"פ משתרשי, אבל בבגד שהיה יכול ללבוש בגד אחר, לא מסתבר שזה בכלל הנאה שיהא חייב לשלם עבור השימוש".

לפי המבואר בשו"ת הרשב"י, הרי גם בבגד צריך לשלם דמי שימוש. ביחס לטענה שאין זה בכלל נהנה, י"ל שגם בבגד יש בלאי כתוצאה מהשימוש ומהכיבוס, וממילא קיימת כאן הנאה דמשתרשי. ועוד י"ל שכאשר ארע פחת מועט, הרי צריך לשלם עבור כל השימוש ואפילו אם לא נהנה (כפי שיתבאר לקמן פרק ח).

אבל נראה שקיים חילוק בזה בין זמנו של הרשב"י לבין זמנינו. בימינו לא שייך בד"כ שכירות בגד, וכן אין שווי הבגדים כ"כ גבוה שיקפידו הבעלים על שימוש זה, לכן לא יתחייב הקונה בדמי שימוש כל עוד מדובר בשימוש לזמן קצר שלא הפחית את ערכו של המוצר. יתכן שבזמנו של הרשב"י היו הבגדים יקרים ולכן היתה הקפדה בדבר ומחמת זה חוייב בדמי שימוש. עוד עיין בכיו"ב לקמן בדין נהנה.

ב. בספר **משכנות הרועים** [מערכת אות א' (נב) אונאה] כתב:

"נסתפקתי, אם נשתמש דבר ולא הרגיש במום, ואח"כ הוכר המום, אם חייב לשלם הלוקח למוכר שכר מה שנשתמש בו.

והנה, במאי דקיי"ל דאם אחר שהוכר המום חזר ונשתמש בו, אם יכול להחזיר, כמו שכתב המחנה אפרים ז"ל בהלכות אונאה סי' ה', דאם כבר ערער על המקח ושאלם נשתמש בו מצי למיהדריה ומשלם לו דמי מה שנשתמש בו, שכן כתב הריטב"א ז"ל, עיין שם. משמע, דווקא שערער ודעתו לבטל המקח, הך חפצא לאו דידיה הוא, הלכך איבעי ליה לשלומי מה שנהנה ממנו, **אבל קודם שהרגיש במום, כחפצא דידיה הוא ובדידיה קא משתמש**, יראה שאינו חייב לשלם שכר מה שנשתמש בו קודם שנודע לו המום.

שוב מצאתי להרשב"י ז"ל סי' תע"ו שנשאל כזה ופסק דחייב לשלם לו שכר מה שנהנה, עיין שם".

מבואר בדבריו שהיה צד לומר שעד ביטול המקח נחשב הדבר שלו ולכן לא יתחייב בדמי שימוש. צ"ע שהרי כפי שהתבאר לעיל (פרק ו) ביטול המקח מבטלו מעיקרא, ונמצא שלא היה שייך לקונה למרות שבזמן השימוש טרם ידע מהפגם.

ואם עשה מום שאין דרכו לעשות מפחיתין לו מדמי המקח)... **ואפילו לא הרויח בו כלום אלא שעשה בו מלאכתו, נראה שצריך להעלות לו שכרו דסוס, דומיא דחצר, שחייב להעלות לו שכר כשבא לחזור.**

מבואר בדבריו, שאין חילוק בין קרקע למטלטלין (סוס) לגבי חובת תשלום שכירות כתוצאה מבוטול מקח מחמת מום.

מדברי פוסקים אלו שלמדו כך בשיטת הרמב"ם, ולא מצאנו פוסק שיחלוק עליהם בדבר זה, יש ראייה למסקנה דלעיל, שהשו"ע (שהעתיק בסתם את דברי הרמב"ם), יסבור כמותם, שיש לשלם דמי שימוש במוצר כאשר התבטל המקח מחמת מום.¹⁰⁹ וכן פסק בספר **פעמוני זהב** (לר' רפאל אלנקווה, חו"מ סי' רל"ב סי"ג) בנד"ד, שישלם דמי שכירות.¹¹⁰

ב. אי חובת תשלום בשימוש שלא מדעת הבעלים

ע"פ המסקנה דלעיל מבואר שקיים הבדל בין שימוש במוצר פגום, אשר מחייב

109. וכן יש ראייה מדברי **המאירי** (ב"ק דף לג ע"ב ד"ה ממה, לקמן נספח ב) שכתב (בסוגיית המוכר שור שהזיק): "אבל זו, מקח טעות הוא, והדר תורא **והדר אגרא**". מבואר שבמקח טעות במטלטלין יש להחזיר את דמי השכירות.

110. **האור שמח** (פט"ז מכירה ה"ח, הובא לעיל) דן בענין חובת החזר מחמת ביטול המקח, וסיים:

"...ולכאורה נראה דתליא אם נימא דהמוכר יכול לחזור בו טרם שנודע ללוקח, דאם נימא דאין המוכר יכול לחזור בו, הרי נפיק מרשות הבעלים, דהדידיה דלוקח תלוי ולא במוכר. ועיין סימן רל"ב בסמ"ע ס"ק י"ב.. וראיתי בשו"ת הרשב"ש (סי' תע"ו) שכתב בבגד שצריך לשלם שכר לבישתו וכשלטי גיבורים. יעו"ש". מבואר בדבריו שרצה לתלות את הספק במחלוקת הראשונים אם יש זכות למוכר לבטל את המקח כאשר יש בו מום.

מחלוקת זו נוגעת בעיקרה לענין מקח שיש בו אונאה (מובאת בדברי תוס' (ב"מ דף נ ע"ב, ד"ה ואילו. ב"ב דף פד ע"א, ד"ה אי לאו, ובהרחבה, בדברי הרא"ש במסכת ב"ב פ' הספינה סי' י"ד). עיקרי השיטות הן: ר' יונה: - כל זמן שהקונה יכול לחזור בו, רשאי גם המוכר לחזור בו. רי"ף ורמב"ם- אין המוכר רשאי לבטל את המקח אא"כ הקונה אינו מרוצה מהמקח ותובע אונאתו.

עיין לקמן פרק יא דיון בזה, ושם התבאר שאמנם הסמ"ע השווה דין אונאה לדין מום במקח, אבל יש החולקים עליו. בנוסף לזה מבואר לקמן פרק יב שללא תביעת הקונה אין המוכר רשאי לבטל את המקח שנמצא בו מום.

העולה מדברי האור שמח: אם יש למוכר זכות לבטל את המקח שיש בו מום, נמצא שהוא עדיין שייך לחפץ, ונחשב שהקונה השתמש בחפץ של המוכר ויצטרך לשלם לו. אבל אם אין למוכר זכות זו, נמצא שהקונה השתמש בשלו ולא יצטרך לשלם דמי שכירות.

כפי שהוכח לעיל, הרי להלכה בכל מקרה יצטרך הקונה לשלם, וכפי שציין האו"ש בסוף דבריו, ואין זה תלוי במחלוקת הראשונים האמורה.

בתשלום, לבין שימוש במטלטלין ללא רשות הבעלים, אשר אינו מחייב את המשתמש בדמי שימוש. צריך להבין מה טעם ההבדל.

קיימים בדברי המפרשים מספר הסברים לכך, אשר ניתן לישם לענינו.¹¹¹

א. המאירי - במקח טעות אין כל קנין

המאירי בסוגיית מוכר שור שהזיק (ב"ק דף לג ע"ב ד"ה ממה) כתב:

"...ומ"מ אנו מפרשים, דגזלן הוא דלא מיחייב בדמי חרישה (אם גזל בהמה וחרש בה), דגזלן קני ליה לגזילה לענין שבת, שאינו משלם אלא כשעת הגזילה, אבל זו, מקח טעות הוא, והדר תורה והדר אגרא".

הסבר דברי המאירי: קיים הבדל בין גזילה רגילה לבין מקח טעות. בגזילה רגילה יש לגזלן קנין לענין שבת, דהיינו הגזלן זכה בכל מה שמחוץ לעצם החפץ הגזול, ומטעם זה אינו משלם אלא כשעת הגזילה. לעומת זאת, במקרה של מקח טעות המבטל את המקח למפרע, לא נקנה ללוקח שום קנין ולא זכה בכל זכות שהיא במוצר, ולכן חלה חובת החזרת דמי השימוש.

מבואר לפי דבריו, שבמקרה בו ביטל הקונה את המקח מחמת הפגם שמצא, הרי זה מקח טעות ולא שייך בו דין גזל.

ב. המהרש"ל והנצי"ב: שמוש ללא כוונת תשלום אינו גזל

המהרש"ל בספרו ים שלמה (ב"ק פ"ט סי' י'), דן בענין הגדרת המושג "נחית אדעתא דאגרא", ו - "נחית אדעתא דגזלנותא" (שהובאו לעיל סעיף ב ב, ב). זה לשונו:

"... והאי דנחית אדעתא דאגרא, נראה לי דלאו דווקא קאמר, אלא כל היכא שלא נכנס אדעתא דגזלנותא, נקרא אדעתא דאגרא, כלומר, שלא נכנס בחזקה ובגזילה, אלא סבר בדעתו, אף אם יפסוק הדיין עליו תשלומין ישלם".

מסקנת דבריו:

"ונראה לי, אפילו היכא דנכנס בתורת שאלה (דהיינו לא ע"מ לגזול), שבודאי אסור לכתחילה גבי ספינה... אפילו הכי אינו נעשה גזלן בעל כרחו, מאחר ולא נחית בתורת גזלנות, ואם כן אי ליכא פחת לא משלם ולא מידי, אבל אי איכא פחת, מגלגלין עליו הכל וישלם כל שכרו...".

111. הסברים נכתבו ע"מ ליישב את טענת הרשב"א על שיטת רש"י והראב"ד, כמובא לעיל.

מבואר בדבריו שגם כאשר השתמש בחפץ של חברו שלא ע"מ לשלם, אך גם שלא ע"מ לגזול, כפי שמדובר בנידונינו, בו השתמש במוצר קודם שידע מהפגם, אינו בדין גזל ולכן צריך לשלם דמי שכירות.¹¹²

כמו כן הנצי"ב בספרו "מרומי שדה" (ב"ק דף לג ע"ב ד"ה וכו'), כתב (לאחר הבאת דברי רש"י והרשב"א):

"...ובעניי לא קשיא, דהתם (המזיק) חרש בתורת גזלנותא, (אבל) הכא הלוקח לא רצה לגזול, אלא כסבור שהוא שלו וקנה כדין, ועכשיו שנתדע לו שהוא של ניזק, אמאי לא ישלם, וכי אם יגזול אדם שור חברו ומכרו לאחר והוא (הקונה) לא ידע, לא יהא הלוקח חייב לשלם להנגזל, אע"ג שודאי הגזלן אינו חייב לשלם, משום דנחית לגזלנותא. והכי נמי אם המזיק בעצמו נשתמש בו, אפשר שבאמת פטור לשלם להניזק, משום שהחזיק בו בעצמו... מה שאין כן הלוקח ממנו".

יש ללמוד מן האמור, שבנידון דידן, כיון שלא היתה כל כונה מצד הקונה לגזול, אין להשוותו לדין גזלן.

ג. קצות החושן - שימוש בהיתר אינו גזל

הבחנה נוספת בין המקרים נמצאת בספר **קצות החושן** (סי' ת"ז סק"ד). תורף דבריו: רק כאשר יש תורת גזל, קיים הדין שמשלמין כשעת הגזילה ופטורים מדמי שימוש. לכן בקרקע שלא קיים דין גזילה, צריך לשלם דמי שכירות (כגון הדר בחצר חברו שלא מדעתו). כאשר קנה שור שהזיק, יש היתר גמור לקונה להשתמש בו קודם העמדה בדין (שדין שור תם הוא קנס, ובקנס אין הניזק זוכה עד שעת העמדה בדין), לכן אין להחשיב את השימוש בו כגזל, אע"פ שלאחר גמר דין יתברר למפרע שהשימוש היה בשור שאינו שלו, כיון שכאמור, קודם העמדה בדין אין שום מניעה מצד הקונה להשתמש בו.¹¹³

הבחנה זו, נראה שניתן ליישמה גם לנידוננו. במקרה של ביטול מקח, השימוש היה

112. מדברי היש"ש אלו, נפשט בפסד"ר ח"ח עמ' צ"א, כצד הסובר שבכה"ג אינו גזלן. לא הובאו שם הספיקות דלקמן בנספח ד.

113. **החזון איש** (ב"ק סי' ג' אות יז בד"ה הקצו"ח) טען כנגד קצוה"ח, שאין לקונה היתר גמור להשתמש בשור כיון שידוע הוא שעתיד הניזק לזכות בשור. לכן מותר לו להשתמש בו רק ע"מ שכאשר יגבנו הניזק, ישלם לו הקונה דמי שכירות. אבל אם משתמש הקונה שלא ע"מ לשלם, הרי זה שימוש בספק גזילה (כיון שעדיין לא היתה העמדה בדין), וכאשר הניזק גובה את השור אחר העמדה בדין, נמצא שזה שהשתמש הוא גזלן, ונפטר מתשלום דמי שימוש. בנוסף לזה, כתב החזו"א שם, שאין מחלוקת בין רש"י לרשב"א (דלא כש"ד), עיי"ש.

בהיתר גמור, ללא כל צד של גזל, שהרי הקונה שילם את מלא מחיר החפץ, והשתמש בו כחפץ שלו, אלא שאח"כ רוצה לבטל את המקח מחמת מום שמצא, והוא רשאי לכך שהרי התאנה. לכן בזה לא שייך לדון בדיון גזל, הפוטר את המשתמש מדמי שימוש. (ובזה שונה דין זה מדין מתנה ע"מ להחזיר, עיין לעיל סעיף א בהערה.)

יש לציין ששיטה זו תואמת את דעת פוסקים רבים הסוברים שאין דין גזל בשוגג, כפי שמובא בספר **מחנה אפרים** (ה' גזל סי' ז').¹¹⁴

עפ"ז מבואר היטב, שלפי השיטות הסוברות שלא קיים דין גזל בשוגג, אי אפשר להחשיב את שימוש הקונה במוצר קודם שידע מהפגם שמחמתו יתבטל המקח, למעשה גזל, כיון שנעשה בשוגג או באונס, ולכן חייב בדמי שימוש. נראה שהשיטות הסוברות שגם בשוגג קיים דין גזל יסברו שבנידונו אינו נחשב שוגג אלא אונס, כדלקמן.¹¹⁵

הגרז"נ גולדברג שליט"א הוסיף:

"..ונראה עוד, שהקונה מוצר ונמצא בו מום, אינו גזלן בשוגג אלא באונס, ולכו"ע אינו גזלן, ואף לדעת הרמב"ן (ב"מ דף פב ע"ב ד"ה ואתא) שהמזיק באונס נחשב מזיק, מ"מ כל שהנגזל גרם - אינו מזיק ופטור גם לדעת הרמב"ן. והמשאל פרה לחבירו ומת השואל והבנים שחטוהו, מבואר בגמ' (כתובות דף לד ע"ב, עיין לקמן פרק ח סעיף ג) שאינם חייבים לא מדין מזיק ולא מדין גזלן, ורק מדין נהנה משלמים דמי בשר בזול, ומסביר הרמב"ן שזה כאילו בא בפשיעת הניזק, ואם כן בנידון דידן נראה שפשוט שנעשה בפשיעת המוכר אף בלא ידע המוכר מהמום, וכל שכן בידע המוכר. ועיין נתיבות סימן רל"ב סק"ה מה שכתב באם עשה הלוקח מום אחר במקח משום שנחשב לא כאונס דגניבה, שהיה לו לבדוק אם יש מום".¹¹⁶

114. דעת הריטב"א (כתובות דף לד ע"ב) והרא"ש (שו"ת הרא"ש כלל צ"ג סימן ב'), שאין דין גזל בשוגג.

[וכן מובא ג"כ בשטמ"ק ב"ק (דף סט ע"א) בשם תלמידי רבינו פרץ. וכך נקטו בפשטות הקצוה"ח (סי' כ"ה סק"א), והאמרי משה (סי' ל"ד אות ט'), וכן יש להוכיח מדברי תוסי' (קידושין דף נה ע"א ד"ה אין מועל) ומדברי הישי"ש (ב"ק פ"ט סי' י') [לעומת זאת, הוכיח המחנ"א, שלדעת הרמב"ם (הל' תרומות סו"פ י'), גם בשוגג קיים דין גזל.

וכך גם דעת המאירי (ב"ק דף צה.), וכך הוכיח המרחשת (ח"ב סי' ל"ב סק"ג) מתוסי' (ב"ק סט ע"א ד"ה כל שלקטו)]

115. עיין עוד בספר אמרי משה (הר"מ סוקולובסקי, סי' ל"ד אות י"ב), ובספר ברכת אברהם (הר"א ארלנר, ב"ק דף לג ע"ב).

116. **הדרישה** (ח"מ סי' ת"ז אות א' ד"ה ואפילו) הקשה: "ואע"פ שהגזל בהמת חבירו ועשה

מבואר בדבריו, שבנידונו נחשב הקונה כ - "גזלן באונס", ובכה"ג ודאי אין לו דין גזלן, ולכן יצטרך לשלם דמי שכירות.

סכום

קיימים מספר הסברים לזה שהמבטל את המקח חייב לשלם עבור השתמשותו במוצר קודם הביטול, ואין הוא נפטר מתשלום כדין המשתמש שלא ברשות שנחשב גזלן:

- א. לקונה אין כל קנין במוצר ולכן חייב עבור כל השימוש, ואינו כמו גזלן שקנה את המוצר בקניני גזילה. (המאירי)
- ב. הקונה לא התכוין לגזול את המוצר, לכן אין לו דין גזלן, למרות שגם לא התכוין לשלם עבור השימוש (המהרש"ל והנצי"ב)
- ג. שימושו של הקונה היה בהיתר גמור, ואין מתחשבים בזה שהוברר למפרע שהשתמש במוצר שאינו שלו. ולדעת רוב הפוסקים, לא קיים דין גזל בשוגג (קצוה"ח).

בה מלאכה פטור מתשלומין" [ר"ל א"כ קשה על הטור שכתב: ואפילו אם השתמש בו הלוקח קודם שנטלו - צריך לשלם לו].

ותירץ: " התם היינו טעמא, דבהמה כמטלטלין הנגזלין וקניה הגזלן לענין זה. מה שאין כן שור המזיק, דבכל מקום שהוא, ברשות המזיק הוא, ודינו כקרקע וכספינה.. דצריך לשלם מה שנהנה מהם "

מבואר בדבריו, שבשור המזיק יש דין מיוחד, שנחשב שהוא ברשות הבעלים, ורק מחמת זה קיימת חובת תשלומים, אבל בשאר נידונים שלא התחדש שהם נחשבים ברשות הבעלים, אין חובת תשלומים. משמע מדבריו, שבנידונו כאשר הקונה השתמש במוצר ואח"כ מצא בו פגם וביטל את המקח, אינו חייב בדמי שימוש.

האמרי בינה (חוי"מ סי' ד') הקשה על דברי הדרישה: " ולכאורה אינו מובן. קרקע היינו טעמא דאינה נגזלת, דבכל מקום שהיא ברשות הבעלים קאי ולכן חייב הגזלן לשלם השימוש וכמ"ש הרא"ש בתשובה כלל צ"ו, מה שאין כן מטלטלין דנגזלין, דיצאו מרשות הבעלים. ואם כן שור המזיק למה לא הוי כגזלן שהשתמש בגזילתו דפטור מלשלם.

ובאמת הרשב"א שם חולק על רש"י בזה ועיין ש"ך (תי"ז). אולם י"ל כוונת הדרישה כמ"ש הקצוה"ח שם לתרץ קושית הרשב"א על רש"י, דעד שלא העמידו בדין, לא זכה בו הניזק, ורשות הבעלים להשתמש בו אף לכתחילה, ואח"כ כי העמידו בדין גלי קרא דזכה בו למפרע, ולכן חייב לשלם שכרו, והן דברי הדרישה דמעולם לא יצא מרשות הניזק כיון דלא זכה בו עדיין רק אח"כ כשהעמידו בדין זוכה בו למפרע, וזכיה הזאת אינו מחליש זכותו דניזק ע"י קניין המזיק במה ששתמש בו "

מבואר בדבריו, שגם הדרישה סובר שיש היתר גמור לקונה את השור שהזיק, להשתמש בשור, אע"פ שאח"כ יזכה בו הניזק למפרע, ואין זה דין מיוחד בשור המזיק. לכן יש ללמוד שהוא הדין בנד"ד, **הקונה יצטרך לשלם אליבא דהדרישה.**

ד. הקונה נחשב "גזלן באונס", ולכן אין לו דין גזלן שפטור מתשלומים. (הגרז"ני גולדברג שליט"א)

ג. באור המושג "גזל" בנידוננו

צריך להבין את ענין גזל האמור בנידוננו, הרי לא היתה כל כוונה מצד הקונה לגזול. יש להקדים בבאורי המפרשים ביחס לחובת התשלומין של הנהנה מממון חברו, כדלקמן.

באורי המפרשים בטעם חיוב נהנה

מצאנו מספר באורים בטעם חובת התשלומים כאשר נהנה מממון חברו:

א. צד גזל

בשו"ת הרמב"ם (מהדורת תשל"ד, כרוך עם שו"ת הרי"ף, שו"ת הרי"י מגא"ש ותמים דעים) עמ' ו. (אות ב') כתב:

"אמר ר' יוחנן, בגי' מקומות שנה לנו ר' יהודה אסור לו לאדם שיהנה מממון חברו... שמעינן מיניה שלר' יהודה אסור לו לאדם לדור (בבית חברו) בלא שטר, וצד גזלנות יש בדבר...."

מבואר בדבריו שבהנאה מממון חברו ללא תשלום יש צד גזל, וממילא ניתן להבין שחובת הנהנה לשלם היא בכדי שלא יחשב גזלן.

וכן כתב **הטור** (חו"מ סו"ס שע"א): "אם השתמש בביתו (של אחר) ולא העלה שטר לבעליו, עובר משום לא תגזול".

כמו כן יש מהאחרונים שנימקו את חיוב תשלומי הנהנה מדין גזל. דבריהם נאמרו בהקשר למשנה (ב"ק דף יט ע"ב):

" כיצד השן מועדת.. אבל ברשות הרבים פטור (כיון שחיוב שן הוא רק ברשות הניזק). ואם נהנית משלמת מה שנהנית. כיצד משלמת מה שנהנית, אכלה (הבהמה) מתוך הרחבה (ברשות הרבים, בו לא קיים חיוב על היזק שן), משלמת מה שנהנית". (לקמן יובאו הסברים נוספים מהראשונים).

בספר ברכת שמואל (ב"ב סי' ז') מובא בשם הגר"ח הלוי:

"...מה שהנהנה הוא גם כן דין מלוה הכתובה בתורה, פירוש דהא לית ליה

זכותי ממון ולא ברשותיה ידיה נתאכלו, אלא דמחוייב הוא לשלם בכדי שלא יהיה גזלן על אותה ההנאה, ולא הוה כמלוה, דהוא לאו מלוה הכתובה בתורה (ר"ל, זה נחשב כמו מלוה, אבל אינו מלוה ממש), אלא סברא שיש לו לשלם מה שלוה ממנו."

מבואר בדבריו שאם נהנה מבלי לשלם הרי נחשב גזלן, ועל כן חובה עליו לשלם כפי הנאתו, ואין מקור מפורש לדין זה אלא הדבר מובן מסברא והוא כעין מלוה.

וכן הועלה צד זה בדברי **החזון איש** (ב"ק סימן י"א אות יח):

"וואם העמיד בהמתו ע"ג פירות של חברו ברשות הרבים, לדעת תוס' (ב"ק דף נו ע"ב סוד"ה המעמיד) דפטור ברה"ר (מדין שן), **נראה דמשלם מה שנהנית מן העליה כדין גזלן**, דכיון דחייב מה שנהנית בשעה שנהנה, הוי כלקח ברשותו, אע"ג דאין כאן קנין גזילה, מ"מ כיון שמתחייב בזה, זה שמתחייב אין צריך קנין, אחר שזהו קנינו שנשאר חסרונו של חברו בפרתו... אבל בשמר כראוי, כיון דאנוס הוא, לא הוי רק כבעל חוב, אבל בלא שמרה אע"ג דאכלה ברה"ר מ"מ מה שנהנה דיינינן בדין גזילה, ויותר נראה שאינו אלא כבעל חוב."

מבואר בתחילת דבריו שכאשר האדם לא היה אנוס לגבי ההנאה, כגון שהיה יכול למנוע, הרי עצם זה שחבירו נחסר בגללו, נחשב מעשה גזל גם כאשר לא היה כאן מעשה גזל בפועל.

מסוף דבריו משמע שנוטה לומר שאין להחשיב דבר זה לגזל (יתכן שהסיבה מכיון שלא היה כאן מעשה גזילה), אלא יש לדמותו לבעל חוב.

אם האדם היה אנוס לגבי ההנאה ולא היה יכול למנועה, לדעת החזו"א אין לחייבו מדין גזל אלא חיובו מדין בעל חוב.

ב. חסכון הוצאות

המאירי (ב"ק שם) כתב:

"וואם נהנית משלמת מה שנהנית, פירוש, שן שפטרנו היזקה ברשות הרבים, מ"מ משלמת מה שנהנית, שאם הוא רגיל להאכילה קב שעורים בכל לילה ואכלה סאה של זה, **משלם מיהא אותו קב שהיה רגיל ליתן לה ואינו צריך עכשיו**. ופירשו בגמרא שאף אם לא היה רגיל להאכילה שעורים כלל אלא תבן או עמיר, משלם לו מחיר קב שעורים בזול, ר"ל פחות משליש מכדי שוויו, שאנו אומרים בכל אדם הנמנע מלהאכיל שעורים לבהמתו, שאילו

ימצא שעורים בזול שהזכרנו, שהוא נותן כדי לחזקה עד שתסבול עליו (אולי צ"ל - עולו) כראוי".

ממה שכתב: "משלם מיהא אותו קב שהיה רגיל ליתן לה ואינו צריך עכשיו", יש ללמוד, שסיבת החיוב היא מכיון שנחסכה לו כמות המאכל שהיה צריך להאכילה (משתרשה), ואין זה חיוב על עצם ההנאה כמ"ש הרשב"א.

כדברי המאירי מוכח מפירוש רש"י בסוגיית הדר בחצר חבירו (שם כ ע"א) על דברי הגמ':

"מצי אמר (בעל החצר שאינה עומדת להשכרה לאדם שדר בה שלא מדעת בעל הבית) הא איתנהית (הרי נהנת מהחצר)".

ופרש"י:

"דאי לאו חצר דידי הות אוגר אחריני" (אם לא היית דר בחצרי הרי היית שוכר חצר אחרת).

מבואר בדבריו, שהטענה היא, שע"י ההנאה חסך האדם שדר בחצר את דמי השכרת חצר אחרת.

ג. ממוני גבך

בשו"ת הרשב"א (ח"ד סי' י"ג) נימק:

"דאין זה בכלל נזיקין, דברחבה אינו נחשב כמזיק, אלא ממונו של זה שהיו הפירות שלו, בידו של בעל הפרה, שכבר נהנית...."

מבואר בדבריו שסיבת חיוב התשלומים כאשר נהנה משל חבירו, היא כיון שנחשב הדבר שממונו של חבירו נמצא אצלו, והיינו שדינו של הנהנה הוא כשל בעל חוב המחוייב להחזיר חובו.

כך מבואר גם כן בקצוה"ח (שצ"א סק"ב), וכן הובא לעיל בשם הגר"ח הלוי והחזו"א.

בספר ברכת אברהם (ר"א ארלנגר, עמ"ס ב"ק סי' ה') כתב:

"סתם הנאה אינה נחשבת ממון א"כ היא הנאה שבעבורה משלם כסף, דבזה היא דווקא הנאת כסף ובזה שייך לתבוע שמשתמש בממונו של חבירו להוציא ממון זה, ונתחייב עי"ז להחזיר לבעליו שיעור הממון שקיבל ממנו. אבל באופן שאינו משלם עבור הנאה זו, שוב אין כאן חפץ ששייך לתבוע עבורו תשלומין".

ד. שערי ישר - חובת תשלומין נלמדת מקרא

הגר"ש שקופ בספרו שערי ישר (ש"ג פכ"ה) דן לגבי מקור הדין שהנהנה מממון חברו חייב בתשלומים. וז"ל:

"...דקים להו לחז"ל דכל נהנה מממון חברו דחייב לשלם מסברא, או יותר נראה, **דילפינן זה מקרא דאשר חטא מן הקודש ישלם**, היינו אף דמזיק הקדש פטור, דלפי זה כל אוכל הקדש משלם רק בעד הנאתו...¹¹⁷ עכ"ל.

מבואר בדבריו, שכשם שהאוכל מאכל שהוא הקדש חייב לשלם עבור זה, כך כל הנהנה מממון חברו חייב לשלם עבור הנאתו.

האם קיימת מחלוקת בין הבאורים

הגרז"י גולדברג שליט"א כתב לנו בהקשר לבאורים שהובאו לעיל, וזה לשונו:

"...יש לומר שאין כאן ד' טעמים שונים. הטעם הראשון שיש בזה צד גזל שכתבו הטור והחזו"א והגר"ח, מדברים במקרה שאדם נכנס לבית חברו לדור בו או לשדה חברו לאכול פירותיה, שזהו גזל, ועבר בלא תגזול שהרי נתכוין לגזול, וכן החזו"א מדבר במקרה שהעמיד בהמתו על פירות חברו, שהוא גזלן אף שלא הגביה בידו, אבל גם זה שהעמיד בהמותיו שיהנו משל חברו זהו גזלן ומשלם ממיטב ככל גזלן.

אבל כאשר נהנה אדם משל חברו בלא שהיה לו רצון לגזול חברו כמו שלא שמר בהמתו והלכה הבהמה ברה"ר ואכלה פירות חברו, שאינו גזלן, וכן בהמה שנפלה מן הגג על פירות חברו ונהנתה שלא נשברה, בודאי אינו גזלן, וחיובו לשלם הוא כמו בעל חוב שצריך להחזיר ממון של חברו שלוה, ולכן משלם לא ממיטב שדהו אלא מבינונית או מזיבורית, כך מבואר בקצוה"ח ובאור שמח.

אכן עדיין יש לעיין מהו מקור חיובו לשלם, שהרי אינו דומה לא לגזלן, וכמו שכתבנו, וגם אינו דומה לבעל חוב שנתחייב לשלם ברצונו, ובזה שלקח מעות הלואה נתחייב ברצונו לשלם. בזה כתב השערי יושר שנלמד או מסברא, שסיבת חיוב התשלומים של לווה אינו מחמת שמתחייב ברצונו אלא כך הסברא מחייבת, שכל שקיבל ממון חברו חייב לשלם, או שנלמד ממה שחייב לשלם מעילה.

והברכת שמואל ב"ק סימן י"ד שכתב להקשות מה שנראה בגמ' כתובות

117. בספר קונטרסי שיעורים (עמ' פ') הוכיח מהרשב"א (דלעיל) שאין המקור מדין הקדש, אלא מסברא.

שהנהנה משל חברו כמו מחלב חברו פטור משום קלבד"מ, וקשה שיהיה פטור קלבד"מ בדבר שאינו חיוב התורה. ועל זה תירץ ר"ח שגם חיוב מה שנהנה הוא מלוה הכתובה בתורה, ואינו כהלואה שהוא מלוה שאינה כתובה בתורה אלא נלמד מסברא, והיינו שחיובו הוא שלא יהיה גזלן, שאם לא ישלם יתברר שהוא גזלן. וצריך לומר שמה שמשלם שלא יהיה גזלן אינו משלם ממיטב, שרק גזלן משלם ממיטב אבל לא מי שמשלם כדי שלא יהיה גזלן. כך נראה בבאור הברכת שמואל.

אכן עיקר סברת הברכת שמואל שעל מלוה שאינה כתובה בתורה אין קלבד"מ פטור, מהגמ' רואים דלא כוותיה, שהרי אמרו (ב"ק ע"א, ב"מ צא ע"ב) אתן אסרה תורה אפילו בא על אמו, ונפטר מקלבד"מ, ואתן הוא חיוב שנתחייב ברצונו.

ולפי זה אין כאן סתירה בין כל ארבעה טעמים."

סכום

- מצאנו מספר באורים לחיוב תשלום של הנהנה משל חברו :
- א. צד גזל (רמב"ם, טור, הגר"ח הלוי וכן החזו"א בתחילת דבריו).
 - ב. חיסכון בהוצאות שהיה צריך להוציא לשם ההנאה שנהנה (רש"י והמאירי).
 - ג. נחשב בעל חוב (רשב"א, קצוה"ח, החזו"א).
 - ד. נלמד מדין מעילה או מסברא (שערי יושר).

התבאר שאין מחלוקת בין הבאורים אלא כל אחד התייחס לנידון שונה. לכן בנידונינו הוראת המילה "גזל" המובאת בדברי הסמ"ע [יאם אינו מחזירן הוה כמחזיק בשל חברו בגזל"], והב"ח [דכיון שאין כאן מקח כלל, אם כן הפירות שאכל, גזל הן בידוי], היא באופן כוללני למחזיק בממון חברו שלא ע"פ דין.

ד. שימוש שלא על דעת לגזול וגם שלא ע"ד לשלם

יש לדון, כיצד להחשיב שימוש שלא על דעת לגזול, ומאידך, גם שלא על דעת לשלם דמי שכירות. השאלה היא באופן בו לא מדובר על שואל שלא מדעת, אלא כגון בנד"ד, כאשר קנה מוצר והשתמש בו כבשלו, ואח"כ ביטל את המקח מחמת פגם שמצא בו, ונמצא למפרע שהשתמש המוצר שלא שייך לו, בלי כוונת גזל וגם בלי כוונת תשלומים. האם הדבר נחשב שכירות כיון שלא היתה כוונה לגזול, ויצטרך לשלם דמי שכירות, או שמא כיון שלא היתה כוונת תשלום, הרי זה נחשב גזל.

שיטת הרש"ל והנצי"ב היא, כאמור לעיל (נספח ב,ב), ששימוש כזה אינו נחשב גזל, ולכן חלה חובת תשלום.

יש לעיין האם שיטה זו היא בניגוד לשיטת הרשב"א שהובאה לעיל, שכתב: "ולוקח מגזלן כגזלן דאתי מיניה, דאיהו נמי לאו אדעתא דשכירות נחית", ומבואר בדבריו לכאורה, שכאשר אינו מתכוין לשלם, דינו כגזלן, אע"פ שמדובר במקרה בו לא התכוין לגזול.

הגרז"נ גולדברג שליט"א כתב בהקשר לזה:

"...ולעני"ד איני רואה סתירה, ולכולי עלמא המשתמש בשל חבירו, כל שלא נתכוין לגזול או לשאול שלא מדעת, שהוא גזלן, אלא השתמש בטעות, חייב לשלם. והרשב"א שפוטרו, מדבר במקרה שהמזיק מכר את השור התם שהזיק, ושם המזיק הוא גזלן, שהרי הוחלט השור לניזק, וגזלן פטור מלשלם, וסובר הרשב"א שגם לוקח מגזלן אפשר שפטור מלשלם לנגזל, ואין כאן סתירה.

אכן הקצוה"ח שהובא (לעיל נספח ב,ג) מיישב את קושיית הרשב"א, שאף ביוחלט השור, כיון שצריך בית-דין לגמור את הדין ככל קנס, שכל עוד אין פסק בית דין - פטור, אלא שאחר הפסק בית דין יעשה השור המזיק ויוחלט לניזק, הרי זה נחשב כאילו לא נעשה גזלן, שהרי באותו שעה בהיתר לקחו, ולכן צריך לשלם לניזק. אבל הרשב"א סובר שמכל מקום אחר הפסק דין נעשה גזלן למפרע ופטור מלשלם.

ונראה שבנידון דין שקנה חפץ ונשתמש בו ואחר כך נתגלה המום, גם הרשב"א מודה שאינו גזלן, שהרי בטעות נשתמש, ואינו דומה לשור תם שהמזיק במזיד מכרו"עכ"ל.

יש לציין שבספר מחנה אפרים (גזילה סי' י"ב), שתלה נידון זה, במחלוקת הטור (חוי"מ סי' שס"ג) ותוס' (ב"מ דף סה ע"א).

כמו כן גם האור שמח (פט"ז מכירה ה"ח) הסתפק בספק זה: "...רק בשכר מיבעי, אם דווקא דנחית אדעתא דגזלנותא (ר"ל אז נחשב גזלן), הא כיון דסבור שהוא שלו ואדעתא דידיה משתמש, משלם אגרא, כמו היכי דנחית אדעתא דאגרא, דאין כוונתו לגזול מן בעה"ב ולהשתמש בבהמתו בחינם, אם לא דסבור שהוא שלו, או דימא כיון שאינו מכוין לשלם שכר ועביד להשתמש בחינם, פטור מלשלם ומחזיר

לו בהמתנו כמו שהיתה, והדבר צ"ע". (בהמשך דבריו הזכיר האו"ש חלק ממה שנתבאר, ומסקנתו הובאה לעיל)¹¹⁸

118. הגרז"ג גולדברג שליט"א העיר בזה :

"..מסברא אין מובנים דברי האור שמח, שהרי גוזל קרקע ומשתמש בו - חייב לשלם אף שלא נחית כדי לשלם. הרי שהכל תלוי אם קנה קניני גזילה. זולת שהאור שמח סובר שכל שלא נחית לשלם, נחשב גזלן, אף שאינו חייב כגזלן מ"מ פטור מדמי שימוש, אבל אין בזה סברא, וצ"ע".