

פרק ח

סוגי המקח בהם קיימת חובת החזר

לעיל התבאר שבאופן עקרוני כאשר הקונה השתמש בחפץ קודם שביטל את המקח, עליו לשלם דמי שימוש. חובת התשלום איננה החלטית בכל המקרים, אלא תלויה בגורמים שונים, כגון בהנאתו של הקונה כתוצאה מהשימוש, או הפסדו של המוכר כתוצאה מביטול המקח.

יש לברר, באלו מקרים חלה חובת תשלום על הקונה שביטל את המקח, ובאלו מקרים פטור הקונה מתשלום. גם במקרים בהם למסקנה צריך לשלם, עדיין יש לדון מהו גובה התשלום. (נושא זה ידון לקמן פרק ט).

לצורך הבירור יש לעיין בסוגיית "זה נהנה וזה לא חסר", העוסקת באדם שגר בחצר חבירו שלא ברשות, דהיינו, נעשה שימוש ברכוש חבירו שלא ברשות.¹¹⁹

א. סוגיית זה נהנה וזה לא חסר

א. הסוגיה

במסכת בבא קמא (דף כ ע"א) מובאת השאלה:

"הדר בחצר חבירו שלא מדעתו, צריך להעלות לו שכר או אין צריך".

הגמ' מפרטת את השאלה:

"היכי דמי, אילימא בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר, זה לא נהנה וזה לא חסר (ופשיטא דפטור - רש"י).¹²⁰ אלא בחצר דקיימא לאגרא

119. הסוגיה עוסקת בענייני קרקעות, אבל מדברי הפוסקים שהשוו את הנידונים, כפי שיובא להלן, מבואר, שבענייני לא קיים הבדל עקרוני בין קרקעות למטלטלין.

120. המהרש"א הביא מקור לפסק הגמ' שפטור, מברייתא, כדלקמן. במסכת בבא קמא (דף פא ע"ב) מובא:

"כדתניא, הרי שכלו פירותיו מן השדה ואינו מניח בני אדם ליכנס בתוך שדהו, מה הבריות אומרות עליו, מה הנאה יש לפלוני ומה הבריות מזיקות לו, עליו הכתוב אומר 'מהיות טוב אל תקרי רע'. ומי כתיב 'מהיות טוב אל תקרי רע'. אין, כתיב כי האי גוונא, (משלי ג' כז) 'אל

וגברא דעביד למיגר, זה נהנה וזה חסר" (וחייב). (עונה הגמ'): לא צריכא, בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר (דהוה ליה זה נהנה וזה לא חסר - רש"י), מאי. (צדדי הבעיה הם) מצי אמר ליה (הדר לבעה"ב) מאי חסרתיך (הרי גם אם לא הייתי דר שם, לא היית משכיר את החצר - ע"פ פרש"י), או דלמא מצי אמר (בעה"ב לאדם שדר בחצרו) הא איתהנית" (אם לא היית דר בחצרי, הרי היית שוכר חצר אחרת, נמצא שהרווחת דמי שכירות - ע"פ פרש"י).

בהמשך הסוגיה מובאת מחלוקת אמוראים אליבא דר' יוחנן ביחס לפסק ההלכה בזה: "אתמר רב כהנא א"ר יוחנן אינו צריך להעלות לו שכר, ר' אבהו אמר ר' יוחנן צריך להעלות לה שכר".

הגמ' דחתה את דברי ר' אבהו בשם ר' יוחנן, וכן מובא שם (כא ע"א) פסקו של ר' הונא בשם רב: "אינו צריך להעלות לו שכר".

ב. ידע בעל הבית שאדם דר בחצרו

בנידונו מדובר במקרה בו המוכר מכר מדעתו לקונה ע"מ שישתמש במוצר. לצורך השוואת סוגיה זו לנידונו יש לברר, האם הדיון בסוגיה הוא דווקא במקרה בו דר שלא מדעת בעל הבית, אבל במקרה בו דר מדעת בעל הבית פטור לגמרי, ולכן אין

תמנע טוב מבעליו בהיות לאל ידך לעשותי".

הסביר המהרש"א (שם ד"ה שבילי הרשות): "הא דפשיטא לן בפ' כיצד הרגל בדר בחצר חבירו שלא מדעתו אם היא חצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר דאין צריך להעלות לו שכר, היינו מהך".

מבואר בדברי המהרש"א, שהסיבה שזה לא נהנה וזה לא חסר - פטור, היא מכיון שלמדנו הנהגה הראויה מהפסוק "אל תמנע טוב מבעליו...", שלא למנוע מהזולת להנות ממה ששייך לנו כאשר אין אנו נחסרים עי"ז.

המהרש"א הוסיף: "מיהו משמע התם שלא מדעתו דווקא, אבל אם הוא מוחה, יכול למחות ואין כופין אותו על כך כי הכא (כשכלו פירותיו מן השדה ורוצה למנוע מעבר בתוכו). ויש לחלק כיון דדרך חצירות להשכיר, גם אם זה הוא לא קיימא לאגרא, יכול הוא למחות ולא מיקרי רע, מה שאין כן הכא, דאין דרך למחות לילך בשדות פנויות וכופין אותו על כך מקרא דאל תמנע טוב...".

מבואר בדבריו שכפיה על מידת סדום היא כאשר מעשה האדם נחשב מעשה רע, וזה כאשר אינו מפסיד כלל, כגון במקרה בו גם אם היה מעוניין להרויח לא היה עולה בידו. אולם אם היה באפשרותו להרויח אלא שאינו מעוניין בכך במשך זמן מסוים, רשאי הוא למנוע את שימושם של האנשים באותו זמן ואין זה נחשב מעשה רע. דבריו תואמים את פסק הרמ"א (חוי"מ ש"ס"ג ס"ו). עו"ע לקמן בנספח א.

להשוות את נידונינו לסוגיה זו, או שמא הסוגיה עוסקת גם במקרה בו ידע בעל הבית על כך, ולכן יש מקום להשוות את המסקנות העולות מסוגיה זו לנידונינו.

ההשלכות לבירור זה בסוגיה הם במקרה בו זה נהנה וזה לא חסר, לפי דעת המחייבים בתשלום. יתכן שלשיטתם חייבים בכל מקרה. אולם יש צד לומר שדווקא כשבעל הבית לא ידע על כך שדרים בחצרו, רק אז חייבוהו כיון שבעה"ב לא מחל לו על ישיבתו בחצרו, אבל אם בעה"ב היה מודע לכך שהלה יושב בחצרו, אולי לא יחייבוהו בתשלום, כיון שנחשב שמחל לו. כמו כן יש נפ"מ לפי דעת הסוברים שבזה חסר וזה לא נהנה חייב (כפי שיבואר בהמשך), אולי יפטרו במקרה בו בעה"ב ידע על כך וכנ"ל.

נראה שספק זה נתון במחלוקת ראשוניים, כדלקמן.

הגמ' (בהמשך למובא לעיל, ב"ק דף כ ע"א) הביאה ראייה שדברי ר' אבהו בשם ר' יוחנן, שהדר בחצר חבירו צריך להעלות לו שכר, "לאו בפירוש אתמר אלא מכללא אתמר".

ומבארת הגמ':

"דתנן (במסכת מעילה) נטל (גזבר הקדש) אבן או קורה של הקדש, הרי זה לא מעל (שלא נעשה שינוי רשות). נתנה לחבירו (הקנה הגזבר לחבירו ובזה הוציאו לחולין) הוא מעל וחבירו לא מעל. בנאה (הגזבר) לתוך ביתו, הרי זה לא מעל עד שידור תחתיה שוה פרוטה.

ואמר שמואל, והוא שהניחה על פי ארובה (ולא קבעה בבנין, דהיינו לא נעשה שינוי באבן, ולכן לא מעל עד שידור תחתיה בשווי שוה פרוטה).

ויתב ר' אבהו קמיה ר' יוחנן וקאמר משמיה דשמואל, זאת אומרת, הדר מחצר חבירו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר (כמו שהנהנה מהקדש שלא מדעת, צריך לשלם עבור הנאתו). ושתיק ליה (ר' יוחנן). איהו (ר' אבהו) סבר מדשתיק מודה ליה (ולכן אמר בשמו שצריך להעלות שכר), ולא היא, אשגוחי הוא דלא אשגח ביה, כדרבה, דאמר רבה, הקדש שלא מדעת כהדיוט מדעת דמי".

רש"י פירש:

"בהקדש ליכא למימר שלא מדעת, דדעת שכינה איכא, הלכך כהדיוט מדעת דמי". דהיינו לרש"י הבאור הוא, שלגבי הקדש בכל מקרה נחשב שקיימת ידיעה, ולכן אין ללמוד משם על "דר שלא מדעתו". למדים אנו מדבריו, שהסוגיה דנה רק באופן בו לא היתה ידיעה, אבל במקרה בו היתה ידיעה לא דנה סוגייתנו, ויצטרך לשלם.

התוס' (דף כא ע"א ד"ה כהדיוט מדעת) הקשו על רש"י: "דשלא מדעתו לאו דווקא, אלא אורחיה דמילתא נקט, והוא הדין מדעתו. אלא נראה כהדיוט מדעת דמי, כלומר, דדעת שכינה איכא שלא יהנה אדם בלא מעילה".

התוס' לא בארו מהיכן פשיטא להם שמש"כ שלא מדעתו, לאו דווקא. אולם בשיטה מקובצת הביאו את שיטת רבנו ישעיה, וז"ל:

"וקשה (על פירש"י), דהא לאו בידיעה תליא מילתא אלא במחאתו... אלא הכי פירושו, הקדש שלא במחאה כהדיוט במחאה דמי, שכבר מיחה הכתוב שלא יהנו מן ההקדש".

וברשב"א (שם) הוסיף:

"כהדיוט מדעת דמי ומתנה עמו שיעלה לו שכר הוא, שכן אמרה תורה שלא יהנה אדם בלא מעילה".

מבואר בדבריהם שהסוגיה דנה בין באופן בו בעה"ב לא ידע שדרים בחצרו ובין באופן בו ידע, בשני המקרים באופן עקרוני נאמר שפטור מלשלם. אולם כאשר בעה"ב מחה ביושב בחצרו, הוא יצטרך לשלם לדעת ר' ישעיה, וכל עוד לא מחה יש לומר שמחל. ולדעת הרשב"א הדר יצטרך לשלם כאשר בעה"ב התנה עמו שישלם לו עבור זה.

לפי זה, בנידונינו בו מדובר שמכר מרצונו לקונה והיה מעוניין שהמקח לא יתבטל, וכאשר המקח בטל נחשב שמעיקרא לא היה כאן מקח והקונה השתמש בחפץ של המוכר, נראה שתלוי בשיטות דלעיל:

לפי שיטת רש"י שאין הסוגיה עוסקת במקרה בו בעה"ב ידע מהדר, נראה שאין לדמות את הנידונים, כיון שבנידונינו המוכר ידע על השתמשותו של הקונה.

אולם לפי שאר הראשונים נראה שיש להחשיב את נידונינו למקרה בו המוכר ידע על השתמשותו של הקונה אבל לא מחל לו על כך, שהרי הוא תובע ממנו דמי שימוש. לכן נראה שיש ללמוד מסוגיה זו לגבי נידונינו.

וכך מבואר בדברי שו"ת תרומת הדשן דלקמן.

בשו"ת תרומת הדשן (סי' שי"ז) דן בשאלה:

"שמעון אוכל אצל חמיו ראובן, הוא ואשתו ב' שנים יותר על קצבת הזמן שהגביל לתת להם המזונות לאחר החתונה, ועתה בא ראובן ותבע מחתנו שיפרע לו המזונות עבורו ועבור אשתו של אותם שנים היתירות. השיב שמעון, לא תבעת ממני כלום כל אותם הימים, גם לא אמרת מעולם שדעתך ליטול ממני דמים...."

בתשובתו כתב:

"..כי דייקנין טפי נראה דהדין עם ראובן (וחייב החתן לפרוע את חובו), ואפילו אי ראובן איש עשיר הוא ואין דרכו להאכיל בני אדם בשכר, מ"מ דמיא לחצר דלא קיימא לאגרא דצריך הדר בו להעלות לו שכר, אי גברא דעביד למיגר הוא, הרי זה נהנה וזה חסר מעט.. שאז צריך לשלם לו כל הנאותיו.. וכל שכן בנידון דידן דזה נהנה וזה חסר ממש הוא, שהרי ודאי ראובן היה צריך יותר יציאות לשלחנו בשביל שמעון ואשתו.

ואע"ג דבכולהו ההיא שמעתא לא נקיט אלא הדר בחצר חבירו לא מדעתו, משמע, הא מדעתו פטור, והכי פירש רש"י אהקדש שלא מדעת כהדיוט מדעת דמי, התוס' התם (דף כא ע"א ד"ה כהדיוט) כתבו בפשיטות אף בלא ראייה דלא כרש"י ("דשלא מדעתו, לאו דוקא, אלא אורחיה דמילתא נקט, והוא הדין מדעתו.."), ויש לומר שרש"י נמי לא מחלק בין מדעת לשלא מדעת אלא גבי זה נהנה וזה לא חסר, דעלה קאמר התם דכיון דלא חסר והוי נמי מדעת, ודאי פטור הנהנה, אבל היכא דזה נהנה וזה חסר, אפילו מדעת נמי אינו מוחל על חסרונו."

מבואר בדבריו שקיימת השוואה עקרונית של הנידונים.

להלכה:

נפסק במקרים הנ"ל בשו"ע (חו"מ סי' שס"ג):

- א. חצר העומדת להשכרה ואדם הרגיל לשכור - חייב בתשלום.
 - ב. חצר העומדת להשכרה ואדם שאינו רגיל לשכור - חייב בתשלום (סעיף ו').
 - ג. חצר שאינה עומדת להשכרה ואדם העומד לשכור - פטור מתשלום (שם).
 - ו"א שאם חסרו אפילו דבר מועט חייב בתשלום מלא כפי הנאותו (סעיף ז').
 - ד. חצר שאינה עומדת להשכרה ואדם שאינו רגיל לשכור - פטור מתשלום (שם ו').
- י"א שגם בזה קיים הדין שאם חסרו אפילו כל שהוא חייב בתשלום מלא כפי הנאותו ויש חולקים (רמ"א ס"ז).

להלן נדון לגבי חובת תשלום דמי שימוש במקרים השונים בהם התבטל המקח מחמת פגם, ע"פ העקרונות שנלמדו בסוגיה הנ"ל.

תחילה יש להגדיר את המושגים בנידונינו המקבילים למושגים שהובאו בסוגיה דלעיל.

הגדרות

א. מוצר המקביל ל"חצר דקיימא לאגרא"

יש לדון, מה הגדרת "חצר דקיימא לאגרא". האם הכוונה לומר שסיבת החיוב היא מכיון שהחצר עומדת להשכרה, ואם החצר אינה עומדת להשכרה לא יצטרך לשלם עבור הנאתו, או שמא סיבת החיוב היא כיון שבעל החצר הפסיד, דהיינו הוא "חסר", ולכן כאשר החצר קיימא לאגרא הרי זו הסיבה שהוא חסר, ואלולא היתה עומדת לאגרא לא היה בעל החצר חסר.

בסוגיה מבואר (ת"ש הבית והעליה..). שגם כאשר הבית אינו עומד להשכרה, אם הקונה הפחית מערכו, כגון שהושחרו הכתלים מחמת הדיור בו, הרי חייב בדמי שימוש. יש ללמוד מכאן שעיקר סיבת החיוב היא מכיון שבעה"ב הפסיד, וכאשר מדובר בדר בחצר חבירו שלא מדעתו הרי ההפסד נובע מכך שלא היה יכול להשכיר.

לאור זאת: מוצר המקביל ל "חצר דלא קיימא לאגרא" הוא מוצר שנפחת בערכו כתוצאה מהשימוש, או שהמוכר הפסיד כתוצאה מהמצאותו של המוצר ברשות הקונה.

ב. מוצר המקביל ל"חצר דלא קיימא לאגרא"

כאשר נמכר מוצר פגום שהשימוש בו לא הפחיתו כלל מערכו, וגם המוכר לא הפסיד מכך שהמוצר היה ברשות הקונה, כגון רהיט שאין נוגעים בו או תמונה התלויה בקיר, או במקרה בו מדובר במוצר הפגום בפגם חמור אשר מחמת פגמו לא היה ניתן להשכירו, כגון כלי רכב שהמעצור שלו אינו תקין, או מוצר שאין רגילות להשכירו, כגון שהוא ממוצרי ביגוד והנעלה שהשתמשו בו לזמן קצר ולא נוצר בו בלאי, דינו כדין "חצר דלא קיימא לאגרא".

ג. שימושים המקבילים ל"גברא דעביד למיגר"

ישנם שימושים הנחוצים ביותר לאדם, אשר היה מוכן להוציא עליהם הוצאות כספיות גם כאשר לא היה המוצר ברשותו. לדוגמא, כאשר אינו יכול להגיע למקום עבודתו בתחבורה ציבורית או שלא נח לו בכך, הוא נאלץ לשכור רכב לצורך זה, או כאשר צריך למסור עבודת גמר אשר אינה מתקבלת כאשר היא בכתב יד אלא רק כאשר מוקלדת במחשב, הרי אם לא היה מחשב ברשותו, היה שוכר מחשב, או שהיה מוסר את עבודתו כשהיא בכתב יד להקלדה למרות העלות הכספית הכרוכה בכך.

נראה שיש להחשיב שימושים אלו והדומים להם, כדין "גברא דעביד למיגר",

שהכוונה בסוגיה היא, שאלמלא החצר שבה דר, הרי היה שוכר חצר אחרת, דהיינו מדובר בהוצאות שהיה מוציא בכל מקרה.

ד. שימושים המקבילים ל"גברא דלא עביד למיגר"

רש"י כתב (דף כ ע"א ד"ה ה"ג א'): "זה שדר באותה חצר אינו עשוי לשכור חצרות, לפי שמצויין לו בתים להשאל, או יש לו בית אחר". וכ"כ הרשב"א (שם ד"ה גברא) והוסף: "ור"ח ז"ל פירש, אדם חשוב שכל אחד חפץ לכבדו ולהשכיבו בביתו".

מבואר בזה, שגברא דלא עביד למיגר הוא אדם שיכול להשיג בחינם את אשר חפץ. לפי זה, בנידונינו, הגדרת "גברא דלא עביד למיגר" מתייחסת לאדם שאם לא היה קונה את המוצר, היתה באפשרותו להשתמש במוצר אחר בחינם, כגון שיש לו מוצר נוסף, או כגון שיש לו ידידים שהיו מאפשרים לו זאת.

נראה שהגדרה זו שייכת גם בכל המקרים בהם לא היה המוצר נחוץ ביותר, כגון נסיעות, שאלמלא היה הרכב ברשותו - היה נמנע מהם.

כמו כן נראה שכלול בזה שימוש של אדם שלא היה מעוניין כלל לשכור את המוצר אלא רק לקנותו, כגון במקרה בו מוכח בודאות שאדם זה לא היה שוכר רכב, ויש היצע אשר היה מאפשר לו לרכוש את רכב כרצונו, גם אם המוכר אשר ממנו קנה בפועל לא היה בנמצא. במקרה זה אין להתייחס לאדם כאל מי שנהנה מהמוצר הפגום, כיון שבכסף שרכש את המוצר הפגום, היה יכול לרכוש מוצר שלם ולהשתמש בו לאורך זמן, ונמצא שלא חסך הוצאות בהשתמשותו. אמנם אם שימוש היה לאורך זמן, שאילו היה קונה מוצר שלם, היה כבר מתבלה, צריך לשלם עבור שימוש במוצר הפגום כדין זה נהנה וזה חסר, שהרי הוא נהנה, כדלקמן.¹²¹

ה. הגדרת "נהנה"

בסוגיה (דלעיל) נאמר: "דלמא מצי אמר (בעה"ב לאדם שדר בחצרו) הא איתהניתי".

פרש"י: "דאי לאו חצר דידי הות אוגר אחריני".

מבואר בדבריו שהטענה אינה מתייחסת לכך שנהנה בזה שהיה לו מקום מוגן מפגעי הטבע ומוצנע מעיני בני אדם, אלא הטענה היא - אם לא היית דר בחצרי, הרי היית שוכר חצר אחרת, נמצא שהרווחת דמי שכירות.

נמצאנו למדים מפירושו שהגדרת "הנאה" בסוגייתנו - חסכון הוצאות.

בנידונינו נראה שכלול בזה גם מקרה בו השתמשו במוצר פגום שימוש רגיל שמחמתו המוצר התבלה, וכאשר מבטל את המקח יקבל החזר כספי בו יוכל לרכוש מוצר

121. ערת הגר"י גולדברג שליט"א.

חדש. נמצא שנהנה מהמוצר הפגום בזה שכעת ירכוש מוצר חדש ואילו היה רוכש מתחילה מוצר שלם, היה כבר נוצר לו בלאי.

1. הגדרת "חסר"

יש לברר, מה נחשב "חסר" לגבי מוכר המוצר הפגום, אשר כתוצאה מכך מתחייב הקונה בדמי שימוש.

בענין זה יש לדון בכמה סוגי חסרונות שנעשו ע"י הקונה:

- א. חיסרון במוצר עצמו.
- ב. הפסד שנגרם לבעל המוצר (המוכר) בשל אי יכולתו להפיק מהמוצר רווחים.
- ג. הפסד שנגרם כתוצאה מהתייקרות והוזלה.
- ד. הוצאות כספיות שהוציא בעל המוצר (המוכר) כיון שלא היה המוצר ברשותו.

(א) כאשר קיים חיסרון במוצר עצמו מחמת ההשתמשות, בין שנוצר קלקול בין שנוצר בלאי, המוכר נחשב "חסר". הדבר מוכח מהמשך הסוגיה (שהובאה לעיל), שם מבואר שאפילו על חיסרון מועט כגון השחרת קירות הבית, קיימת חובת תשלום מלאה עבור ההנאה (כפי שיתבאר לקמן פרק ט סעיף ח), כיון שבמציאות ארע חיסרון בחצר.

(ב) יש לדון כיצד להתייחס להפסדים שהיו לבעל המוצר בשל אי יכולתו להפיק רווחים מהמוצר, או כתוצאה מהתייקרות והוזלה.

בפירוש רש"י על הסוגיה ("זה נהנה וזה לא חסר"), כתב: "דחצרו קיימא לאגרא והוה מוגר לאחריני". מבואר בזה ש"חסר", היינו כאשר בעה"ב לא היה יכול להרויח בהשכרת החצר.

עיין שו"ת חוות יאיר (סי' קנ"א) שהקשה:

"איתא בירושלמי, מבטל כיסו של חבירו - פטור... והטעם, משום שאינו אלא גרמא... ולכאורה קשה, מאי שנא מהדר בחצר חבירו שלא מדעתו, שאם בחצר עשויה לשכר - חייב הדר לתת לבעל הבית שכרו... ואמר, שהרי חיסרו ממון, וכתב הסמ"ע, ואין זה מחשב גרמא בניזקין, כיון דזה דר בו ואכל את כספו. והרי כל ממון עשוי להרויח בו, וכן התוקף ונטל ספינתו של חבירו העשוי לשכר, חייב לתת שכר..."

וענה:

"נראה לי לחלק, דבית וספינה שעומדים להשכיר, ודרך העולם שאינם עומדים פנויים, דשכיחי טובא שוכרים, ואין צריך בעלים דדהו לשום טורח

ועמל להמציא פירותיהם שהם שכרם, דממילא באו. מה שאין כן מעות דצריך התחכמות והתעסקות, קניה ומכירה וחליפין וכהאי גוונא. לכן אפילו אם ידוע וברור שהיה בעל המעות מרויח בהן אם היו מעותיו בידו, מ"מ פטור זה, כל שכן באינו ברור, דמצי למימר מי יימר שהיית מרויח".

מבואר בזה, שהפסד כספי הנובע מאי יכולת הפקת רווחים, נחשב "חסר" וגורר בעיקבותיו חיוב תשלום, דווקא כאשר אפשרות הפקת הרווחים היא זמינה. אולם אם לא היתה אפשרות הפקת הרווחים זמינה, אלא מצריכה טורח וכדומה, אין זה נחשב "חסר" בזה שלא הרויח, ואין חובת תשלומים על הקונה.

(ג) הפסד המוכר כתוצאה מהתייקרות והוזלה:

בשו"ת הרי"ף (סי קנ"ג) כתב בהקשר לזה:

"וששאלת באיזה מום בטל מקח.. וזה שאמרת שיש בדבר הפסד על המוכר משום יוקרא וזולא, ההוא לא חיישינן ליה, דמוכר אפסיד אנפשיה דהוה ליה לאודועי במומין שבסתר, ואי לא הוה ידע נמי איהו להנך מומין, הוה ליה לאתנויי עליה, דלית ליה למיקם עליה במום כלל בין בסתר בין בגלוי".

מבואר בזה, שאין לחוש להפסדו של המוכר מחמת יוקרא וזולא כאשר המקח התבטל מחמת מומים. אולם מסתבר שדברי הרי"ף מוסבים למקרה בו הקונה לא השתמש ולא נהנה מהמוצר, שאז אין צריך להשלים למוכר את הפסדו שהוא עצמו גרם לו. אבל כאשר הקונה "הרויח" כתוצאה משימוש במוצר, יש לדון אם דבר זה נחשב חיסרון.

ונראה על פי המבואר לקמן (סעיף ב, ג), שנהנה הוא כאשר "אכל חסרונו של זה", אם כן חיובו של הקונה הוא רק כאשר כתוצאה מההשתמשות נוצר החיסרון, ואילו בנידוננו שהחיסרון נובע מהתייקרות והוזלה, הרי גם אם המוצר היה ברשותו של המוכר, היה קיים חיסרון זה. נמצא, שאין להגדיר מצב זה למצב בו הקונה אכל חסרונו של המוכר, ולכן אין זה נחשב "חסר" לנידוננו.¹²²

(ד) בענין ההוצאות הכספיות של בעל המוצר כאשר לא היה המוצר ברשותו, יש לדון האם נחשבות להפסד המחייב את המשתמש בתשלום, או שמא נחשב "גרמא", ולכן המשתמש פטור מתשלום.

הגרז"נ גולדברג שליט"א התייחס לנידון זה בהערותיו, וז"ל:

"...מה שפטור זה נהנה וזה לא חסר, הובא (בתחילת הפרק בהערה)

122. נראה שגם לשיטת הרי"ף שלא הגדיר "אכל חסרונו של חבירו", אלא "חיסרו ממון", יש לפטור את הקונה, כיון שההוזלה לא באה מחמתו, אם כן הוא לא חיסרו ממון.

מהמהרש"א שזה (שכופין על מידת סדום) נלמד מקרא, דימהיות טוב אל תקרי רע', ואם כן בודאי שאין מידת סדום אם האדם מעכב מחבירו שלא יפסידנו בגרמא, ואם כן מה סברא לפטור זה נהנה וזה חסר בגרמא.¹²³

והנה התוסי' ב"ק (דף כ ע"א ד"ה זה) כתבו שבגברא שלא עביד למיגר, שלא נהנה, פטור, ואפילו אם גירש חבירו מביתו ונעל לפניו, כיון שאין זה אלא גרמא בעלמא. הרי שלא פטרו תוסי' גרמא אלא בזמן שאין הנאה, אבל בגברא דעביד למיגר, חייב, גם אם ההפסד והחסר היה בגרמא.

ונראה לפי זה שמה שנפסק בשו"ע סימן שס"ג ס"ו: "הדר בחצר חבירו שלא מדעתו שאמר לו צא ולא יצא, חייב ליתן לו כל שכרו, ואם לא אמר לו צא, אם אותה חצר אינה עשויה לשכר אינו צריך להעלות לו שכר (אע"פ שהוציא את בעל הבית בעל כרחו והוא דר בו וכו') אע"פ שדרך זה הדר לשכור מקום לעצמו שזה נהנה וזה לא חסר". עכ"ל.

נראה שמה שכתוב בסוגריים והוא מהרמ"א, שהוציא את בעל הבית בעל כרחו והוא דר בו, מדובר בגברא דלא עביד למיגר, שאז פטור משום שלא נהנה, אבל אם עביד למיגר חייב, אף שהחסר היה בגרמא, וכן נראה מהגר"א שם אות יב שצ"ע על דברי הרמ"א את התוסי' ב"ק. ועיין בקצוה"ח סימן קנ"ד סק"א שגם חיסרון מועט כמו חלון למעלה מד' אמות, אף שהוא הפסד מועט מ"מ אין בזה משום זה נהנה וזה לא חסר, ומסתבר שגם מניעת הרווח נחשב חסר שיתחייב עבור נהנה.

לקמן (בסוף נספח א) הובאו דברי הפני יהושע (שטעם הפטור בזה נהנה וזה לא חסר, הוא מכיון שכופין על מידת סדום). אכן לפי דעת החולקין על הפני יהושע וסוברים שטעם הדבר שזה נהנה וזה לא חסר פטור, אינו משום שכופין על מידת סדום, אלא כך דין נהנה, שכל שלא נהנה מחיסרון חבירו אינו חייב, יש לומר שצריך חיסרון גמור ולא די במניעת הרווח. (ויש לעיין מה הטעם שאם מוחה חייב גם בלא חסר)

ואם כן יש לומר שכל שחסר אפילו חיסרון של מניעת רווח, יש להניח שהיה מוחה, ובגמ' חזינן שכל שיש אומדנא שהיה מוחה, נחשב כמוחה, וכדחזינן בהקדש, שמסתמא ההקדש מוחה שלא יהנו ממנו גם בלא חסר, וכמו שכתבו התוסי' ב"ק, הרי שמכח אומדנא קרינן ליה מוחה.

123. היינו כפי שמבואר בדברי הפני יהושע בהסבר שיטת תוסי', שהסיבה המחייבת את התשלום היא עצם ההנאה שהיתה מהחצר. אלא שאם בעה"ב לא חסר הרי יש סיבה לפטור, כיון שתביעת ממון במקרה זה היא מידת סדום. אולם אם הוא הפסיד, ודאי שרשאי הוא לתבוע ממון, ואין זה משנה אם ההפסד היה באופן ישיר או ע"י גרמא, שהרי כאשר הפסיד אין כאן מידת סדום לתבוע תשלום. אם כן נמצא שהחוב הראשוני עבור ההנאה עומד בעינו.

נויש לדון אם ראינו שמחה פעם אחת במי שבא להנות ממנו ולא חסר, אם לעולם מי שיהנה ממנו יתחייב, ודומה להקדש, או שאין ראייה ממקרה למקרה אחר). "עכ"ל. מבואר בזה, שכאשר נהנה צריך לשלם אף שהחיסרון שארע לחבירו הוא ע"י גרמא. לפי זה אם הקונה נהנה מהמוצר וכתוצאה מהמצאותו של המוצר ברשות הקונה נמנע המוכר מהפקת רווחים, צריך הקונה לשלם עבור הנאתו.¹²⁴

העולה מכאן לנידונו:

חיסרון במוצר עצמו או חיסרון שארע לבעלי המוצר כתוצאה מאי יכולתם להפיק רווחים מהמוצר, וכן חיסרון עקיף, כגון שהיה למוכר רכב ומכרו, ונאלץ להוציא הוצאות בשל היותו מחוסר רכב, ואח"כ נמצא פגם ברכב המבטל את המקח - נחשב חיסרון ביחס למוכר, ולכן אם הקונה נהנה, יתחייב בתשלום עבור השימוש (כפי שיתבאר). אולם חיסרון הנובע מהזלה או התייקרות - אינו נחשב חיסרון.

סכום ההגדרות

- א. **חצר דקיימא לאגרא:** מוצר שנפחת בערכו כתוצאה משימוש של הקונה, או שנגרם הפסד למוכר כתוצאה מהמצאותו של המוצר ברשות הקונה.
- ב. **חצר דלא קיימא לאגרא:** מוצר שלא נפחת בערכו כתוצאה משימוש של הקונה וגם לא ארע הפסד למוכר כתוצאה מהמצאותו של המוצר ברשות הקונה.
- ג. **גברא דעביד למיגר:** שימושים הנחוצים ביותר לקונה, שמסתבר שהיה מוציא הוצאות עבורם.
- ד. **גברא דלא עביד למיגר:** הקונה לא הרויח בשימוש במוצר הפגום, כגון אם השימושים שנעשו במוצר הפגום שקנה היו יכולים להעשות במוצר אחר ללא תשלום, או שימושים שאינם נחוצים ביותר לקונה, או כשהיה מעוניין רק בקניה ולא בהשכרה ולא ארע בלאי במוצר כתוצאה משימוש.
- ה. **נהנה:** כאשר חסך הוצאות. כמו כן הנאתו מזה שהשתמש זמן ממושך במוצר שאינו בבעלותו, שאילו היה משתמש במוצר שלו היה נוצר בו בלאי במשך תקופת השימוש.
- ו. **חסר:** חיסרון במוצר, או הוצאות כספיות שנגרמו לבעלים כתוצאה מאי המצאות המוצר ברשותם, וכן הפסדי הבעלים כתוצאה מאי יכולתם להשכיר את המוצר, כאשר אפשרות זו זמינה.

124. בשו"ת עמודי אש (ח"א סי' ס"ז) הסתפק האם גם בכה"ג שנוצר חיסרון עקיף, קיים דין "זה נהנה וזה חסר - חייב", ופשט את ספיקו מהגמ" (ב"ק דף כא ע"א): "וכי מה עשה לוי", משמע שאם ארע קצת נזק - חייב. עכ"ד. בפשטות, "חיסרון עקיף" היינו גרמא.

ב. חובת התשלום במקרים בהם בטל המקד

א. זה נהנה וזה לא חסר

יש לדון במקרה בו הקונה השתמש במוצר ונהנה ממנו ואילו המוכר לא "חסר" כתוצאה משימוש זה, כגון שקנה מחשב והשתמש בו זמן מסויים, וחסך בכך הוצאות. [אם לא היה המחשב ברשותו, היה צריך לשלם עבור הקלדה] ואח"כ נתגלה פגם המבטל את המקד, ולא ארע חיסרון למחשב כתוצאה משימוש של הקונה, וכן המוכר לא היה מפיק תועלת כספית אם היה המחשב נשאר ברשותו (אינו עומד להשכרה), האם חייב הקונה, שנהנה מהשימוש המוצר, בתשלום דמי שימוש.

פסק הרמב"ם (פ"ג מגזילה ה"ט), והשו"ע (חו"מ סי' שס"ג ס"ו):

"הדר בחצר חבירו שלא מדעתו, אם אותה חצר אינה עשויה לשכר - אינו צריך להעלות לו שכר, אע"פ שדרך זה הדר לשכור מקום לעצמו, שזה נהנה וזה לא חסר".

מפורש בדבריו שהדר שלא ברשות בחצר שאינה עשויה לשכר, דהיינו שלא נגרם הפסד כספי לבעל החצר, פטור מדמי שכירות. יש ללמוד קל וחומר לנידונו, בו היה השימוש ברשות, שהקונה פטור מתשלום כאשר לא ארע חיסרון במחשב. כל שכן כאשר יש ברשותו של הקונה מחשב נוסף, מעמדו הוא כ"גברא דלא עביד למיגר", כמו הדר בחצר חבירו כשברשותו חצר נוספת.

ב. כפיה בדין זה נהנה

נתבאר לעיל, שכאשר לא ארע חיסרון למוצר או לבעליו כתוצאה משימוש של הקונה, הרי הקונה פטור מתשלום דמי השתמשות, כדין "זה נהנה וזה לא חסר". בנידונו, בו חזר הקונה מהמקח בשל היותו פגום, וזכאי להחזר הכסף ששילם עבור המוצר, בדרך כלל המוכר מוחזק בכל הכסף ששולם עבור המוצר או לכל הפחות בחלקו.

נשאלת השאלה, אם המוכר לא יסכים לוותר על דמי שימוש של הקונה במוצרו, למרות שלא ארע לו חיסרון, וירצה המוכר להפחית מההחזר את דמי השימוש במוצר, כגון שדמי החזר הם 200 ש"ח, והמוכר מעריך את שימוש של הקונה ב- 50 ש"ח, ומעוניין להחזיר לו רק 150 ש"ח, האם בית דין יוכל לכופו אותו שלא יקזז את דמי השימוש, וישלם 200 ש"ח, כיון ש"זה נהנה וזה לא חסר - פטור".

כפי שהתבאר לעיל בסוגיה, הסיבה לפטור במקרה בו "זה נהנה וזה לא חסר" היא כיון שלא נחסר, וכך מבואר בשטמ"ק (ב"ק כא ע"א ד"ה ולענין). לפי זה במקרה בו בעל הבית יתבע את התשלום, לא יענו לתביעתו, וזאת ע"פ המבואר במרדכי (ב"ק פ"ב אות ט"ז, הובא בדרכי משה חו"מ שס"ג אות ג') שכופין אותו על מידת סדום שלא יגבה עבור הנאה שהיתה בעבר, אבל אם ימנע את חברו מלדור בחצר אלא אם כן ישלם, אין כופין אותו לאפשר לחברו לדור בחינם.¹²⁵

מבואר בזה, שהפטור מתשלום מחמת ש - "כופין על מידת סדום", הוא רק דין של "בדיעבד", שאם כבר נהנה לא יוכל בעה"ב לתבוע דמי שימוש, אבל לכתחילה לא יוכל לדור בחצר חברו שלא ברשות על סמך זה. לפי זה היה מקום לומר שכאשר המוכר מוחזק בכספי חברו, לא יוכלו להוציא ממנו, כיון שזה יחשב ל"לכתחילה".

אבל בדברי הפוסקים מבואר שכאשר "זה נהנה וזה לא חסר" לא קיים כלל חיוב כספי והרי הוא פטור מעיקר הדין. וז"ל הרמב"ם והשו"ע: "אין צריך להעלות לו שכר", ולא כתבו כל חילוק בענין, כגון אם הבעה"ב מוחזק, או אם מהני תפיסה.

מבואר בזה, שאמנם כל עוד לא דר בחצר חברו היה חברו רשאי למנעו מכך, אולם לאחר שכבר דר וחברו לא חסר, אין לחברו עליו כל תביעה כספית, ויש לדמות זאת למקרה בו אין למשכיר הפסד וגם אם היה רוצה, לא היה יכול להשכיר, שאז כופין אותו על מידת סדום, כפי שנפסק ברמ"א. בנידונינו הוברר למפרע שבזמן שהיה המוצר ברשות הקונה, לא היה המוכר יכול להרויח כיון שלא מחה מתחילה.¹²⁶

מסקנה

אין המוכר רשאי לעכב את כספי הקונה שהשתמש במוצר, במקרה בו לא ארע חיסרון לבעל המוצר, כיון שאין הקונה חייב לשלם עבור הנאתו במקרה זה.

125. עיין לקמן בנספח א בטעם פטור זה נהנה וזה לא חסר, ובדברי המהרש"א.

126. הערת הגרז"י גולדברג שליט"א: "...גם אם הפטור הוא משום 'כופין על מדת סדום', גם כן אינו יכול לעכב, שמ"מ פטור ואיך יעכב על דבר שאינו חייב לשלם. ואף שאם היו הבעלים מוחים מתחילה לפני שנהנה, היה חיוב לשלם, מ"מ כל שלא ראינו שמוחה בו, תלין שמסכים, שלא יהיה בו ממידת סדום..".

ג. זה חסר וזה לא נהנה כלל

במקרה בו הקונה לא השתמש ולא נהנה כלל מהמוצר במשך הזמן שהיה ברשותו, עד שגילה את הפגם שמחמתו ביטל את המקח, ולעומת זאת, המוכר "חסר" כתוצאה מביטול המקח כנ"ל, כגון שקנה מחשב ולא השתמש בו ואח"כ מצא בו פגם שמחמתו מעוניין לבטל את המקח, אבל המוכר חסר, שהיה יכול להשכירה לאחרים שהיו מעוניינים בכך, יש לדון האם יתחייב הקונה בתשלום עבור הזמן שהיה המוצר ברשותו.

נראה שענין זה תלוי במה שנחלקו הראשונים (בסוגיה הנ"ל) בנידון: "גברא דלא עביד למיגר וחצר דקיימא לאגרא", דהיינו, אדם שאינו עשוי לשכור ("לא נהנה"), אבל החצר עומדת להשכרה ("חסר").

התוס' (ב"ק דף כ ע"א ד"ה זה) כתבו:

" אפילו בחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר, הוי מצי למימר דפטור, כיון שלא נהנה, אע"פ שגרם הפסד לחבירו, דאפילו גרשו חבירו מביתו ונעל בפניו, אין זה אלא גרמא בעלמא."

מבואר בדבריהם שפטור מתשלום כיון שלא נהנה, וההפסד שגרם לחבירו אינו אלא גרמא בעלמא שפטור עליו. משמע מדבריהם שאין נפ"מ בין אם נחשב שלא נהנה כיון שכלל לא היה שם, לבין אם נחשב שלא נהנה כיון שאמנם היה שם אך לא חסך בזה כספים, כיון שאלולא זה, היה מוצא מקום אחר בחינם.¹²⁷

הרשב"א (ב"ק כ ע"א ד"ה אלא בחצר דלא קיימא) הסכים לדעת תוס', והנימוקיי"ב (ב"מ דף ע"ב בדפי הרי"ף) הוסיף שכן שיטת הרנב"ר.

לעומת זאת, **הרי"ף** (דף ט ע"א) כתב:

"..אבל בחצר דקיימא לאגרא צריך להעלות לו שכר, ואע"ג דלא עביד למיגר, דהא חסריה ממונא".

מבואר, שחולק על תוס' וסובר שחייב, כיון שחיסר את ממונו של בעל החצר.¹²⁸

127. בשו"ת אגרות משה (יו"ד ח"ג סי' קכ"ג ד"ה אבל הא) ניסה לבאר את שיטת תוס', וז"ל: "וטעם תוס' שפטרי כשלא נהנה משום שהוא לא עביד למיגר, אולי הוא משום הברייתא דסוכה דף ל"א בתקף את חבירו והוציאו מסוכתו, דלרבנן דקרקע אינה נגזלת יש לה דין סוכה שאולה, דיוצאין לדידהו בשאולה, דלכן סברי בהוציא חבירו מביתו ונכנס הוא, שאין לחייבו מדין גזל, אלא מדין הנאתו דמי שיוי השכירות, שכיון שלא נהנה פטור, ויש הרבה לדון בזה".

128. הרשב"א (שם) הביא ראיה מהמשנה בסוף מסכת ב"מ (דף ק"ז ע"א) שכאשר בעל העליה דר בבית אינו צריך לשלם שכר כיון שלא נהנה. משמע שאע"פ שהשחיר את הכתלים - פטור.

וכן דעת הנימוקי יוסף (ב"ק דף ח ע"ב בדפי הרי"ף, ד"ה וחצר דקיימא) שכתב: "והרא"ה ז"ל כתב שכל הגאונים ז"ל פה אחד אומרים שהוא חייב וכן דעת רבי ז"ל, ולא דמי למבטל כיסו של חבירו ולהדוקי לחבריה (סגר את חבירו), דהתם גרמא בעלמא הוא, אבל בכאן שדר בה ואכל פירותיה - חייב בודאי. תדע, שאילו אכל אדם פירות חבירו, חייב אע"פ שלא נהנה כלל.

ומיהו אם לא דר בה אלא שסגר כל השנה - פטור. ע"כ לשונו (של הרא"ה), וכן כתב הריטב"א דכשלא דר בה - גרמא בעלמא הוא, וכן כתב הרמ"ה ז"ל דכשדר בה חייב, **מידי דהוה אכל נזקים דעלמא דזה חסר וזה לא נהנה**, אלא שחולק ז"ל ואמר דשבת שלא במקום נזק נמי, כגון דהדקיה באנדרונא (סגרו במסגר) חייב, כדאיתא בפ' החובל (דף פה ע"ב). וכל היכא דקיימא לאגרא וגרם לאפסודי כגון דגזליה מיניה, אע"ג דלא דר בה - חייב, ואפילו למאן דלא דאין דינא דגרמי וכל שכן למאן דדאין. ע"כ."

מבואר בדבריו:

א. זה חסר וזה לא נהנה, אם אכל פירות, דהיינו שהשתמש, אבל היתה לו אפשרות להשתמש גם במוצר אחר, ונמצא שלא חסד כסף - חייב, והטעם משום שהוא מזיק. בזה אין הבדל בין אם נהנה לבין אם לא נהנה, בכל מקרה צריך לשלם על הזיקו. (הרא"ה, ריטב"א, רמ"ה).

ב. אם לא אכל פירות, כגון שלא היה בחצר, אלא רק מנע מחברו רווח, נחלקו הראשונים:

לדעת הרא"ה והריטב"א - נחשב גרמא ופטור.

לדעת הרמ"ה - חייב ואינו פטור משום גרמא.

בדומה לדברי הנימוקי"י, בתוספת הסבר, כתב ג"כ הרא"ש.

הרא"ש (ב"ק פ"ב אות ו') הביא את לשון הרי"ף (דלעיל), וכתב:

"וכדבריו מוכח בשמעתין, דקאמר) שלחוח בי רב אמרי, אמר, וכי מה עשה זה, מה חיסרו ומה הזיקו, משמע, הא חסרו והזיקו פשיטא דחייב."

מבואר בזה, שהרא"ש מסכים עם פסק הרי"ף, המחייב בנידון זה. אולם, אע"פ שהביא כאן את הסברו דלעיל, דהיינו כיון שהחסירו והזיקו, מהמשך דבריו נראה

א"כ מוכח שבמקרה שזה לא נהנה וזה לא חסר - פטור, דלא כרי"ף. עיני שיעורי הגרש"ש (ב"ק סי' יט, א) שיישב את שיטת הרי"ף.

לענין יתכן שהרי"ף למד כשיטת התוס' במשנה (שם) שחלקו על רש"י ובארו שאין הכוונה שבעל העליה ידור בבית, אלא הוא ידור בעליה וימנע מבעה"ב מלהכנס לבית עד שישלם לו את הוצאותיו. לפ"ז אין מדובר כלל במקרה בו נהנה מנכס של חבירו.

שהרא"ש חולק על הרי"ף בטעם הדין. זה לשונו :

"ומיהו כבר הוכחתי שעל החיסרון אין חייב, דלא הוי אלא גרמא בעלמא. (דהיינו, אין לחייבו מטעם "מזיק", כיון שאינו אלא גרמא) ואי איכא לחיובי, מהאי טעמא איכא לחיובי, **משום שאכל חסרונו של זה**. ולא דמי לנועל ביתו של חברו ולא דר בו או המוביר שדה של חברו, שלא בא לידו כלום מחסרון חברו, אבל זה, אע"ג שלא נהנה, שהיה מוצא דירה אחרת בחינם, מ"מ השתא מיהא קאכל מה שחבירו נפסד, וכן נראה".

מבואר בדברי הרא"ש, שמקרה זה של גורם הפסד לחבירו, מתחלק לשני דינים :

א. אם גרם חיסרון בלבד, ללא כל הנאה, אינו חייב, כיון שנחשב גרמא בעלמא. במקרה זה שיטתו כשיטת תוס' דלעיל, ולא כשיטת הרי"ף.
 ב. אבל כאשר "אכל", דהיינו שקיבל משהו על חשבון ההפסד שנוצר לחבירו, למרות שלא היה הדבר הכרחי בעבורו, מ"מ חייב בתשלום. במקרה זה חולק הרא"ש על תוס' דלעיל, שכפי האמור לא חילקו בין המקרים אלא סוברים שגם במקרה זה נחשב שלא נהנה, ומסכים לרי"ף שמחייב בזה.¹²⁹

בנידוננו, בו הקונה לא השתמש ולא נהנה מהמוצר עד שגילה בו את הפגם, והמוכר הפסיד כתוצאה מביטול המקח, נראה כדלהלן :

לפי שיטת תוס' - פטור, כיון שלא נהנה, והפסד המוכר אינו אלא גרמא בעלמא, שפטור עליו.¹³⁰

לפי שיטת הרא"ש - פטור, כיון שלא "אכל" חסרונו של חברו (בענין זה שווה הוא לשיטת תוס').

בשיטת הרי"ף יש לדון, האם יתחייב כיון שהחסירו ממון, או שמא כיון שלא נהנה כלל, נחשב "גרמא" ופטור.

מדברי הנימוק"י דלעיל נראה ללמוד שרק כאשר נהנה, מחייב הרי"ף, גם כאשר לא היתה לו תועלת כספית, אבל אם לא נהנה, יש לפוטרו מטעם "גרמא".

בשיטת הרמ"ה - יש לדון. טעמו של הרמ"ה (המובא בנימוק"י): "וכל היכא דקיימא לאגרא וגרם לאפסודי כגון דגזליה מיניה, אע"ג דלא דר בה - חייב". ובטור: "כיון

129. מדברי הטור והדרישה (חוי"מ סי' שס"ג) מבואר שלא קיימת מחלוקת בין הרא"ש לרי"ף בענין זה, וכך משמע גם מדברי השלטי גבורים (ב"ק דף ט ע"א בדפי הרי"ף. עו"ע זית רענן ח"ב סי' ט"ז אות ו').

130. נראה שאם הקונה היה מעוניין שיהיה ברשותו מוצר זמין לשימוש כיון שהיה נחוץ לו ביותר, ואלולא מוצר זה היה שוכר מוצר אחר, יש להחשיבו לנהנה. נידונינו הוא במקרה בו לא היה נחוץ לו ביותר ואין להחשיבו לנהנה.

שעומד להשכיר וגזלו ממנו".

יש להסתפק מהו עיקר נימוקו של הרמ"ה. יש צד לומר, שעיקר טעמו הוא כיון שעומד להשכיר, דהיינו, כיון שחיסר את חברו ממון. לפי זה יתחייב בנידוננו, כיון שהמוכר הפסיד. לעומת זאת, יתכן שבנידוננו יפטור הרמ"ה, כיון שדווקא כאשר דר בחצר חברו שלא מדעתו - "גזלו ממנו", אז חייב הרמ"ה, אבל במקרה בו אנו עוסקים, לא היתה כל עוולה מצד הקונה, לכן יפטור מתשלום, וכפי שהובא בשו"ת הרי"ף, לעיל (הגדרות, חסר, ג).¹³¹

סכום

זה חסר וזה לא נהנה :

תוס' - פטור אפילו השתמש (כאשר לא הרויח ממון).

רא"ש - חייב אם השתמש והרויח ממון.

רי"ף - חייב אם השתמש אפילו אם לא הרויח ממון.

רמ"ה - חייב אפילו לא השתמש כלל.

להלכה :

נפסק ברמב"ם ובשו"ע (דלעיל) :

"ואם החצר עשויה לשכר, אע"פ שאין דרך זה לשכור, צריך להעלות לו שכר, שהרי חיסרו ממון".

מבואר בזה, שהרמב"ם נקט כשיטת הרי"ף דלעיל.

הסמ"ע (חו"מ סי' שס"ג סק"ז) כתב בבאור דברי השו"ע "שהרי חיסרו ממון" :

"...ואין זה נחשב גרמא בנזיקין, כיון דזה דר בו ואכל את כספו, ואע"ג דלא נהנה בו, מ"מ אכלו. מה שאין כן בגזל מחבירו ולא דר בו, דלא אכלה ולא נהנה ממנו, כיון דלא דר בו, דזה מחשב גרמא ופטור, וכמו שכתב מור"ם מיד אחר זה, זה לשונו 'מיהו אם לא היה דר בו'...."

מבואר בדבריו, שהשו"ע סובר כרא"ש, המחלק בין חיסרון ממון בעלמא שפטור,

131. הקצוה"ח (שס"ג סק"ג) הקשה על הרמ"ה, כיצד הביא ראיה משבת דאדם, שחידשה התורה שחייב אע"פ שהוא גרמא, לדין השבית חצרו, שזהו שבת של שור, שלא חידשה תורה שחייבים עליו. לדעת הקצוה"ח לא יתחייב במקרה זה כיון שהוא כנזקי שור שפטור על שבת. מבואר בדבריו שעיקר סיבת החיוב לרמ"ה היא משום גרמא.

לבין אם "אכל" אע"פ שלא נהנה, שחייב. לעיל התבאר שעפ"ז יש לפטור בנידונינו את הקונה.

אולם במקרה בו הקונה השתמש ונהנה וכתוצאה מכך נגרם הפסד למוכר, ודאי שיתחייב הקונה בתשלום. דבר זה נלמד מפסק השו"ע לדלעיל. חיובו הוא גם במקרה בו לא היה יכול לברר מראש אם המוצר פגום, כיון שרק במקרה שבו לא נהנה נאמר בזה פטור מטעם "אוניס", אבל ב"זה נהנה וזה חסר", חייב בכל מקרה.

מסקנה

כאשר הקונה לא נהנה כלל מהמוצר כאשר היה ברשותו, ואילו המוכר הפסיד כתוצאה מכך, יש לפטור את הקונה מתשלום.

ד. זה חסר וזה לא נהנה כספית

נידונינו עוסק במקרה בו התבטל המקח מחמת הפגם שנתגלה במוצר, וכן ארע חיסרון לבעל המוצר בשל היות המוצר שלא ברשותו, כגון שהיתה לו אפשרות להשכירו לאחרים גם במצבו הנוכחי, או כגון שהמוצר התבלה כתוצאה משימוש של הקונה, אולם הקונה שהשתמש במוצר, לא נהנה ממנו, כיון שיכול היה להשתמש במוצר אחר בחינם.¹³² יש לדון האם יתחייב הקונה לשלם עבור השימוש במקרה זה.

לעיל (זה חסר וזה לא נהנה כלל) התבאר שקיימת מחלוקת ראשונים במקרה של "זה חסר וזה לא נהנה", ונפסק להלכה כשיטות המחייבות, מטעם "שאכל חסרונו של חברו".

העולה מכך לכאורה, שבנידונינו בו הקונה השתמש במוצר, יש לחייבו בתשלום אע"פ שלא נהנה, כפי משמעות דברי הרא"ש דלעיל: "אבל זה, אע"פ שלא נהנה, שהיה מוצא דירה אחרת בחינם, מ"מ השתא מיהא קאכל מה שחבירו נפסד".

אולם יש לדון בזה, מכיון שדינו של הרא"ש נאמר במקרה בו דר בחצר חברו שלא מדעתו, ואולי רק בכה"ג חייב הרא"ש, מה שאין כן בנידונינו שהמוכר מכר לקונה את המוצר ע"מ שישתמש בו, אם כן מסתבר שיש להחשיב את שימוש של הקונה שנעשה על דעתו של המוכר, ואולי בזה לא חייב הרא"ש.

ונראה שכפי שהתבאר לעיל (סעיף א,ב) שסוגיית "זה נהנה וזה לא חסר" אינה עוסקת דווקא במקרה בו לא ידע שנהנים מחצרו, כך הוא הדין בנידונינו, למרות

132. לעיל בהגדרות אות ד התבאר שמצב זה נחשב "לא עביד למיגר", דהיינו שלא נהנה.

שהמוכר ידע שהקונה משתמש במוצר, שהרי על דעת זה מכר לו, מכל מקום לא מחל לו על שימוש או יתבע ביטול מקח ויתברר למפרע שהשתמש במוצר של המוכר. דוגמא לזה מצאנו בסימן רל"ב ס"ג, שאם הקונה עשה במקח מום שאין דרכו לעשותו ואחר כך מצא במקח מום שהיה בשעת הקניה, כאשר מבטל את המקח מקזזים מתשלום המוצר את פחת המום שעשה הקונה, אע"פ שבשעה שעשה היה זה בהיתר גמור.

וכך אמנם מפורש בדברי **נתיבות המשפט** (רל"ב סק"ה), בענין ביטול מקח מחמת פגם.

הנתיב"מ התייחס לפסק השו"ע [חוו"מ רל"ב, טו]: " המוכר קרקע לחבירו ואכל פירותיה ולאחר זמן נראה בה מום, אם רצה להחזיר בקרקע לבעלים, מחזיר כל הפירות שאכל, ואם היה חצר ודר בו צריך להעלות לו שכר ", וזה לשונו:

"... בסעיף ט"ו, בחצר ודר בו (ואח"כ נמצא מום המבטל את מקח קניית החצר) חייב להעלות לו שכר, **ומשמע כמו בדר בחצירו, אפילו בגברא דלא עביד למיגר רק שהחצר קיימא לאגרא....**"

מבואר בדבריו, שגם כאשר הקונה לא נהנה הנאה כספית מהשתמשותו במוצר קודם ביטול המקח, ולעומת זאת המוכר חסר, צריך לשלם שכרו. הגרז"ני גולדברג שליט"א הוסיף בזה:

"...קשה על הנתיבות משואל פרה ומת ושחטוה היתומים, שמשלמים דמי בשר בזול, ואם כן גם כאן ישלם רק מה שנהנה, ואם יש לו אפשרות לדור במקום אחר בחינם צריך להיות פטור לגמרי, שהרי לא נהנה.

ונראה שהנתיבות מדבר באופן שהיה הלוקח יכול לדעת אם יש בו מום ולא בדק, אז לא נחשב כאונס, וכמו שהסביר הנתיבות לגבי אם הלוקח עשה בו מום, עיי"ש (רל"ב סק"ה) " עכ"ל.¹³³

אבל מהמובא בשו"ת **ישועות מלכו** (חוו"מ סי' כב) מבואר, שיש סברא לחלק בין

133. א. עו"ע לקמן (פרק ט סעיף ה) בענין חובת התשלומים במקרה בו היתה באפשרותו של הקונה לדעת אם המוצר פגום.

ב. צריך להבין, מהיכן למד הנתיבות שהחיוב קיים בין אם נהנה ובין אם לא נהנה. נראה לומר, שדיוקו הוא מזה שנקט הרמב"ם דוגמא בחצר ודר בה. מזה למד הנתיבות שגדרי דין זה כדין דר בחצר חבירו שלא ברשות (המובא ברמב"ם הל' גזילה פ"ג ה"ט), וכן מזה שלא כתב הרמב"ם כאן כל חילוק לגבי הדר (למרות שאין זו הלכה המובאת במפורש בגמ' או בתוספתא וכד', שבכה"ג נוקט הרמב"ם כלשון במקור), משמע בין אם נהנה ובין אם לא נהנה, צריך לשלם.

הנידונים. נאמר שם :

"... דיש לומר דגם לרי"ף (המחייב בזה לא נהנה וזה חסר) לא מחייב בלא עביד למיגר אם החצר קיימא לאגרא, אלא בהתחיל באיסור, שדר בחצר חבירו, מה שאין כן במבטל כיסו, דבא לידו בהיתר...".¹³⁴

הרי שיש צד לומר, שהחיוב של זה חסר וזה לא נהנה (לדעת המחייבים), הוא רק כאשר התחיל באיסור, אבל לא בהתחיל בהיתר ואח"כ עשה איסור, וא"כ ק"ו במקרה בו לא עשה עוולה כלל והשתמשותו בחפץ היתה ברשותו הגמורה של המוכר. לפ"ז בנידוננו בו החפץ הגיע לידו בהיתר, אין לחייבו כאשר המוכר נחסר.

יש לכאורה לדון בדבריו, ע"פ דברי הרא"ש שהובאו לעיל שטעם החיוב כאן הוא משום "שאכל חסרונו של חבירו", א"כ מה ההבדל בין מקרה בו ההתחלה היתה בהיתר לבין אם התחיל באיסור, הרי לפי טעם זה בכל מקרה יש לחייב את הקונה.

ונראה לומר, שדבריו נאמרו רק אליבא דהרי"ף שכתב בטעם החיוב: "שהרי חיסרו ממון", ולמד, שהיינו מטעם "מזיק", ולכן אינו חייב כשהתחיל בהיתר, כיון שבכה"ג אין להחשיבו "מזיק".

אך כבר הובא לעיל (מהטור והפרישה) שלמדו גם בדברי הרי"ף את טעמו של הרא"ש, ולכן אין טעם החיוב משום "מזיק", אלא רק מטעם שאכל חסרונו של חבירו, וממילא אין הבדל בין התחיל באיסור לבין התחיל בהיתר.

מסקנה

במקרה בו הקונה השתמש במוצר ונוצר חיסרון לבעלים עקב כך, אולם הקונה לא נהנה הנאה כספית מהמוצר (כיון שהיה יכול להשתמש במוצר אחר בחינם), ואחר זמן ביטל את המקח כיון שמצא פגם במוצר, נראה לחייב את הקונה בתשלום אע"פ שלא נהנה, כאשר היתה באפשרותו של הקונה לברר אם המוצר פגום והוא לא בדק.

מסקנות (ע"פ ההגדרות דלעיל)

א. כאשר הקונה השתמש במוצר וכתוצאה מכך "חסר" המוכר - הקונה חייב בתשלום, אף אם היה באפשרותו של הקונה להחליף שימוש זה לשימוש

134. לפי הישועות מלכו, דברי השו"ע: "היה חצר ודר בה..." מתייחסים למקרה בו דר בחצר אדם שדרכו לשכור.

- במוצר אחר בחינם. המדובר הוא גם במקרה בו הקונה לא היה יכול לברר מראש אם המוצר פגום.
- ב. כאשר הקונה לא השתמש כלל במוצר ולא נהנה כלל, ואילו המוכר "חסר", יש לפטור את הקונה מתשלום.
- ג. כאשר המוכר לא "חסר" כתוצאה משימוש הקונה במוצר, הקונה פטור מתשלום דמי שימוש עבור כל השימושים שנעשו בו.
- ד. נראה שאף אם ירצה המוכר לקזז מכספי החזר המוצר את דמי השימוש של הקונה במוצר, לא יוכל לעשות זאת.
- ה. כאשר הקונה נהנה מהמוצר והמוצר "חסר", אולם הקונה היה יכול להשיג הנאה זו בחינם, נראה לחייב את הקונה כאשר היתה באפשרותו לברר אם המוצר פגום והוא לא בירר.

ג. חובת התשלומים כאשר ידע המוכר מהפגם

יש לעיין, האם חובת תשלום דמי שימוש המוטלת על הקונה, קיימת גם במקרה בו מוכח שהמוכר ידע שהמוצר שעומד למכור הוא פגום.

מדברי נתיבות המשפט נראה שיתכן גם בזה לחייב את הקונה, כפי שיבואר. הנתיה"מ (רל"ב סק"ה) דן ביחס לפסק השו"ע (חו"מ רל"ב יג), שאם הקונה עשה במקח מום חריג ואח"כ חזר בו מהמקח מחמת מום אחר שמצא בו, מפחית המוכר מהחזר את ההפסד הכספי שנגרם למוצר כתוצאה מהמום שעשה הקונה.

השאלה היא, מדוע הקונה צריך לשלם עבור מום שעשה בשעה שהיה סבור שהחפץ שלו, הרי זה דומה ליורשים שהניח להם אביהם פרה שאולה וטבחה ואכלוה, שמשלמין דמי בשר בזול משום הנאתם. משמע שאם לא נהנו, פטורים לגמרי מתשלומין.

ותירץ הנתיות, זה לשונו:

"ואפשר לחלק, דמזיק באונס יש חילוק בין אונס דדמי לאונס גניבה (שפטור) לבין אונס דדמי לאונס דאבידה, דחייב, כמ"ש התוס' בב"ק דף כז ד"ה ושמואל אמר, עיי"ש. וא"כ יש לומר, דהכא כיון דאפשר לבדוק אחר המום קודם שנשתמש בו, דמי לאונס דדמי לאבידה דחייב. (מה שאין כן בהניח להם אביהם פרה שאולה, שנחשב אונס הדומה לגניבה, שפטור) ומהאי טעמא (שהיה עליו לבדוק ולא בדק) ב(סימן רל"ב) סעיף ט"ו, בחצר

והדר בו, חייב להעלות לו שכר (אם ביטל את המקח מחמת מום שמצא בו), ומשמע כמו בדר בחצר (חבירו שלא מדעתו, שצריך לשלם), אפילו בגבירא דלא עביד למיגר רק שהחצר קיימא לאגרא (כמו שפסק השו"ע חו"מ סי' שס"ג ס"ו), **אף שהמוכר הזיק את עצמו** (כאשר מכר קרקע עם מום), דאם היה מודיעו (לקונה) היה יכול להשכירו, מ"מ כיון שדר בו (הקונה) בלא בדיקה אחר המום, הלוקח חייב לשלם, דחשיב כאילו הוא המזיק מדעת. ומ"מ צ"ע."

העולה מדבריו, שאם היתה לקונה אפשרות לבדוק את המוצר, והוא השתמש ללא בדיקה, ואח"כ מצא פגם וביטל את המקח, יתכן שחייב לשלם עבור השימוש גם כאשר המוכר היה מודע לפגם, כיון שהקונה שלא בדק נחשב מזיק מדעת.

הגרז"נ גולדברג שליט"א העיר על דברי הנתבות, וז"ל:

"..אכן מה שנראה מהנתבות שגם במום שהמוכר ידע ממנו, אעפ"כ חייב הלוקח על מה שלא בדק, לעני"ד לא זכיתי להבין, למה לא היה הלוקח רשאי לסמוך שהמוכר אומר אמת שאין בו מום, ואם האמין בו, מדוע לא יחשב אונס.¹³⁵ ובפרט לסברת הרמב"ן (ב"מ פב ע"ב ד"ה ואתא) שכל שהניזק פשע - אין המזיק חייב על הזיק באונס, וכן מצינו בגמ' ב"מ (דף מב ע"ב, עיין פרק ה סעיף ז, א) שצריך המפקיד להשבע שלא ידע שלשור אין שיניים ואז השומר חייב, אבל אם ידע המפקיד - פטור השומר. הרי שכל שהמפקיד ידע, אינו נחשב פשיעה מהשומר.

אכן יש לומר שמזיק שאני, וכל שהמזיק פשע, חייב, אף שגם הניזק פשע, והרמב"ן לא פטר רק אם המזיק אנוס, שאז הוא פטור אם הניזק פשע. עכ"פ מובן הצ"ע של הנתבות.

עוד יש לעיין, שיש לומר שרק בעשה הלוקח מום אחר במקח אז יש לחייבו כיון שלא בדק אם יש מום, הרי אינו אנוס, אבל כל זה בעשה מום שאין צורך ואין מוכרח שיעשה, בזה יש לומר שגם בידע המוכר מהמום מ"מ חייב הלוקח, אבל אם השתמש בחפץ שהמוכר ידע שיש בו מום, מאחר שזה דרך רגילה שהקונה משתמש בחפץ, בזה יש לומר שכל שלא נהנה כגון שהיתה לו אפשרות אחרת להנות או שלא היה כלל משתמש שימוש כזה, בזה מסתבר יותר לפטור את הלוקח".¹³⁶

135. לעני"ד יתכן שהנתיחה"מ התייחס רק למקרה בו המוכר מכר סתם, ולא הודיע לקונה שהמוצר שלם ללא פגם. עיין לעיל פרק ה סעיף ג.

136. יתכן שכך ס"ל לקצוה"ח (שס"ג סק"ז, מובא לקמן פרק ט סעיף ה) שהקשה על דין שכר

מבואר בדבריו שכאשר המוכר היה מודע לפגם שבמוצר, אין לחייב את הקונה עבור שימושים רגילים, כיון שהקונה סמך על המוכר שמכר לו מוצר שלם, ולכן הקונה נחשב אנוס, ובפרט אם לא נהנה. (עו"ע לקמן סימן ח סעיף ד, ד)

מסקנה

במקרה בו המוכר היה מודע לפגם שבמוצר:

- א. כאשר הקונה השתמש במוצר וחסך בכך הוצאות, והיתה באפשרותו לבדוק את המוצר, חייב לשלם.
- ב. כאשר הקונה לא חסך בכך הוצאות, לדעת הנתבות חייב בתשלום, וצ"ע.
- ג. כאשר הקונה לא היה יכול לבדוק את המוצר, אם חסך הוצאות, חייב. אם לא חסך הוצאות, פטור.

ד. המוצר הפגום הוחלף במוצר שלם

מקובל בזמננו שכאשר הקונה בא בתלונה על כך שהמוצר שקנה נמצא פגום, המוכר מחליפו במוצר שלם. יש לעיין במקרה בו הקונה השתמש במוצר ונהנה ממנו קודם שמצא את הפגם ובא לבטל את המקח והמוכר החליף את המוצר הפגום במוצר שלם, האם יצטרך לשלם למוכר דמי שימוש עבור שימוש.

לכאורה היה נראה מסברא, שיש לדמות זאת למוצר פגום שהמוכר מתקנו, ואז ודאי שאין הקונה צריך לשלם דמי שימוש, כיון שנחשב שהמכר ממשיך מתחילתו, ובמשך כל הזמן היה בבעלות הקונה. כך גם יש לדון במוצר פגום שהמוכר מחליפו למוצר שלם, שאין כאן עיסקה חדשה, אלא זהו ההמשך של הקנין הראשון, ולכן הקונה פטור מדמי שימוש.

אולם בשיחה עם הגרז"ני גולדברג שליט"א, שלל את האמור לעיל, כיון שסוף סוף המוכר הפסיד מכך שהמוצר היה ברשות הקונה (כפי הגדרים שהתבאר לעיל, שהרי אם לא הפסיד, אין הקונה חייב כדין זה נהנה וזה לא חסר),¹³⁷ לכן גם במקרה זה

בית מראובן ונמצא של שמעון שדורש מחיר גבוה, מודע לא יוכל לומר אילו הייתי יודע שהמחיר גבוה לא הייתי שוכר כמו בדין יורשים ששחטו את הפרה שסברו שהיא של אביהם ונמצאת של אחרים, שאינם צריכים לשלם אלא דמי בשר בזול. מבואר בזה שלא ס"ל שהיה לו לבדוק כאשר השתמש בדרך השימוש הרגילה, וצ"ע.

137. מבואר בזה שבהחלפת המוצר יש קנין חדש ואין זה המשך הקנין הראשון שנעשה במוצר הפגום, אלא אם כן היתה התחייבות בקנין לספק את הסחורה, כפי שהתבאר לעיל (פרק ד סעיף ה).

יצטרך הקונה לשלם דמי שימוש כפי הראוי לפי ערך המוצר.

מסקנה

חובת תשלום דמי שימוש קיימת גם במקרה בו המוכר החליף את המוצר הפגום במוצר שלם.

נספחים

א. שיטות הראשונים והסברי המפרשים בדין זנול"ח

במסכת בבא בתרא (דף יב ע"ב) מוזכר הנימוק של "כופין על מידת סדום", בהקשר לחלוקת קרקעות הירשין, ומטעם זה זכאי אדם לקבל את הקרקע הסמוכה לקרקע השייכת לו מכבר.

מובא שם:

"ההוא דזבן ארעא אמצרא דבי נשיא, כי קא פלגי אמר ליה פליגו לי אמצראי (אדם קנה קרקע סמוך לבית אביו. לאחר שמת אביו ובאו לחלוק את נכסיו, ביקש הבן שיתנו לו קרקע על יד הקרקע שקנה קודם לכן). אמר רבה כגון זה כופין על מידת סדום. מתקיף לה רב יוסף...".

פירש רש"י בד"ה על מידת סדום: "זה נהנה וזה לא חסר". וכן מבואר ביד רמ"ה שם.¹³⁸ מבואר בזה שסיבת הפטור בזה נהנה וזה לא חסר, היא כיון שכופין על מידת סדום, ותביעה כספית מצד זה שלא חסר, במקרה זה היא מידת סדום.

התוס' (שם ד"ה כגון) כתבו:

"...וריצב"א פירש דהא דאמר רבה כופין, לא מדין תורה קאמר... ועוד הא דכופין על מידת סדום בזה נהנה וזה לא חסר, היינו בשכבר דר בחצר חבירו שאינו מעלה לו שכר, אבל הא פשיטא שיכול למחות בו שלא יכנס לדור בביתו אפילו בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר דהוה זה לא

138. ע' שטמ"ק בשם תוספי הרא"ש (שם) שבארו מדוע לא הסבירה הגמ' מטעם ועשית הישר והטוב.

נהנה וזה לא חסר, אלא מתקנת חכמים קאמר הכי דכופין".

מבואר בזה, שסיבת הפטור היא מכיון שכבר נהנה משל חברו וחבירו לא נחסר, הרי אינו ראוי שיתבע כסף עבור הנאת חברו, ותביעה כספית במקרה זה זוהי מידת סדום כיון שלא ארע חיסרון אצל התובע.¹³⁹

וכן מבואר בדברי הרמב"ם שנאמרו בהקשר להלכות שכנים, כדלקמן.

כתב הרמב"ם (הלי שכנים פ"ז ה"ח):

" מי שהיו לו חלונות למטה בכתלו ובא חברו לבנות בפניהן (וכתוצאה מכך ממעט את אויר ביתו של הראשון) ...

ואפילו אמר לו (חבירו) אני אסתור כל הכותל ואבנה לך אותו חדש ואעשה לו חלונות למעלה ואשכור לך בית שתדור בו עד שאבנה - יכול לעכב עליו ולומר לו אין רצוני שאטרח ממקום למקום.

לפיכך אם לא היה שם טורח כלל ואינו צריך לפנות, אינו יכול לעכב עליו, וכופין אותו שיהיה חברו סותם חלון זה שלמטה ועושה לו חלון מלמעלה, **שזו מידת סדום היא. וכן כל דבר שזה נהנה ואין חברו מפסיד ולא חסר כלום כופין עליו."**

וכן מבואר בדברי המאירי (ב"ב דף ז ע"א ד"ה לא):

"...הואיל וזה נהנה וזה לא חסר כתבו הגאונים שכופין על מידת סדום."

כך גם מתבאר בהסברו של הפני יהושע בדברי תוס' במסכת ב"ק, כדלקמן.

התוס' (ב"ק דף כ ע"א ד"ה זה) כתבו:

"אפילו בחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר הוי מצי למימר דפטור, כיון שלא נהנה אע"פ שגרם הפסד לחבירו, דאפילו גירשו מביתו ונעל דלת בפניו אין זה אלא גרמא בעלמא".

הפני"י הקשה על דברי תוס':

"אבל קשה, דאם כן דחשבינן ליה גרמא (כאשר דר בחצר חברו), אם כן אמאי פשוט ליה להשי"ס בחצר דקיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר דחייב דזה נהנה וזה חסר כיון דלא חשוב לחייבו כיון דגרמא הוא, ואין לומר

139. בשו"ת מהרש"ם ח"ב סי' ר"י - למד בדברי תוס' שזהו דין דאורייתא. ודעת המנחת פתים (חוי"מ סי' קע"ד) שלרצב"א כל ענין כופין ע"מ סדום, הוא מתקנת חכמים. עי' שו"ת מנחת יצחק ח"ב סי' צ"ה שפקפק בזה.

דפשיטא ליה להש"ס לחייבו משום דנהנה, דהא בזה נהנה וזה אינו חסר קא מבעיא ליה משמע דהחיוב במה שנהנה לחוד אינו פשוט לו וכי".

בהמשך דבריו באר הפנ"י:

"דסברת תוס' היא, דודאי משום מה שחסר אין לחייבו כיון שהוי גרמא בנזיקין, אלא כיון שנהנה זה בגוף ממון חבירו שדר בביתו, בזה לחוד סגי לחייבו. והא דמספקא ליה לש"ס בזה נהנה וזה לא חסר, היינו משום דאיכא למימר בכה"ג כופין על מידת סדום כיון שהלה אינו מפסיד כלל. וגדולה מזו כתב במרדכי בשם הראב"ה דאפילו לכתחילה מצי הלה לכופו לדור בעל כרחו בחצר דלא קיימא לאגרא, ואע"ג דרוב הפוסקים חולקים עליו, מ"מ בדיעבד שדר כבר שלא מדעתו שפיר מספקא להש"ס".

מבואר בזה, שלשיטת תוס' סיבת החיוב הכספי היא עצם ההנאה שנהנה, אלא שכאשר מדובר באופן בו לא נחסר הצד השני, לא נתבע הנהנה לשלם, כיון שתביעה כזו היא מידת סדום, וכופין על מידת סדום.

הסברי המפרשים:

בשיעורי הגר"ש שקופ (ב"ק סי' י"ט אות ג') הזכיר את דברי הפנ"י הנ"ל, וכתב: "וזה אינו, דהרי גם בהקדש מדמי הש"ס (לזה נהנה וזל"ח), ושם לא שייך זה (לא שייך לומר שתביעה ממונית של הקדש היא מידת סדום), אלא ודאי שהוא סברא שלא יתחייב רק אם חבירו חסר, היינו שאין תביעה על הנאה רק אם בעל הממון מתחסר". (עיי"ש בבאור פשט דברי תוס').

מבואר בזה, שחיוב כספי קיים רק כאשר בהנאה שנהנה גרם חיסרון כספי אצל אצל התובע.

וכך ג"כ מסקנת הקונטרסי שיעורים (רי"ז גוסטמן, ב"ק סי' י"ב אות ח') שהרחיב והוכיח שיטה זו. זה לשונו:

"...והא דפטרין להלכה בזה נהנה וזה לא חסר, הטעם בזה, דכיון דעל ידי הנאתו לא נגרם שום חסרון לחבירו, אין זה נקרא נהנה מחבירו, אלא מחפץ וממון חבירו... וכיון שהבעלים אין להם שום חיסרון, אין זה נקרא נהנה מהם אלא מממונם.

ומדויק מאד לשון הגמרא דקאמר: מאי חסר"תיך", ולא קאמר מאי "חסר" כאן, משום דעיקר הפטור הוא שאין חיסרון להבעלים וכדפרש"י, וז"ל: הא בלאו הכי לא מוגרת. עכ"ל. כוונתו, דבעל החצר שהוא המשכיר לא נגרם לו שום חיסרון כיון דבלאו הכי נמי לא היה מוגר, וזהו עיקר הטעם לפטור זה

נהנה וזה לא חסר. ובפני" לא ירד לסברא זו... אולם לפי דבריו (של הפני" שהטעם הוא משום כופין על מידת סדום) הרי עיקר הטעם חסר מן הספר דאין שום רמז בגמ' לזה דקאמר "מצי אמר ליה מאי חסרתיד", משמע שזהו הטעם לפטור.

וז"ל בשטמ"ק בסוגיין (ד"ה ולענין הלכה) הדר בחצר חבירו שלא מדעתו בחצר דלא קיימא לאגרא אינו חייב להעלות לו שכר וכו' וטעמא דמלתא משום דלא חסר ולא מידי כו' הר"מ מסרקסטה ז"ל עכ"ל, הרי להדיא "שטעמא דמילתא" אינו אלא "משום דלא חסר ולא מידי", ולא הזכיר כלל משום מדת סדום".¹⁴⁰

סכום

בראשונים מובא שטעם הפטור בזה נהנה וזה לא חסר הוא משום כופין על מידת סדום.

יש מן האחרונים שבארו, שהכוונה בזה היא, שכאשר בעל הממון לא נחסר, אין חיוב ממוני על ההנאה.

140. בהמשך הביא את דברי התוס' בב"ב, וכתב שהטעם שנקטו (כופין על מידת סדום) זהו תוספת באור: "שכיון שפטור הוא מעיקר הדין להעלות לו שכר כמו שהתבאר, שאין זה נהנה מחבירו, ממילא אם יתבע ממנו שכר, מקרי גם מידת סדום.. על כרחך אי אפשר לפרש דפטורא דזה נהנה וזה לא חסר הוא מדרבנן, דפשטות כל הסוגיה דידן משמע שהוא דאורייתא דקרי ליה "מילי מעלייתא" וכו'". עיי"ש שהביא הוכחות נוספות נגד שיטת הפני".