

הגאון ר' יצחק אלחנן, זצ"ל

## בעניני מקח טעות וספק מחילה ושעבודי המשכיר לשוכר\*

ע"ד חכירות שמרים שנעשה מזה היזק לחכירה דקמח כמבואר באריכות בקונטרסו, בוודאי יכולים החוכרים דקמח לחזור. דאף דקיי"ל בב"מ (דק"ג ע"א) בבית זו ונפל אזדא ליה, ואינו חייב לבנותו, היינו משום שפירש"י שם, דלכך נפל אזדא ליה משום שמזלו של שוכר גרם ליה, א"כ זה הטעם לא שייך רק באם נתהווה ההיזק שלא ע"י סיבת המשכיר, בזה אמדינן מזלו גרם, משא"כ באם שנעשה סיבת ההיזק ע"י המשכיר, בזה לא שייך לומר מזלו גרם, וכמבואר בסי"ב סי"י"ז גבי בית זו וסחרו המשכיר בתוך זמן חייב לבנותו, או ישכור לו בית אחר כמותו, וכמבואר שם בבה"ג טעמא ע"פ סברת רש"י הנ"ל. א"כ פשוט בנ"ד שנתהווה סיבת ההיזק מחמת המשכיר, לא שייך לומר בזה נפל אזדא ליה מחמת מזלו של השוכר, דהא סיבת ההיזק נעשה מחמת סיבת המשכיר.

והנה הרמב"ם בפ"ה שכירות ה"ו כתב, דאם חזר אחר שהשכירו לזה והשכירו או מכרו לעובד כוכבים או אנס והפקיע שכירות הראשון, חייב להשכיר לו בית אחר כמותו, וכן כל כיוצא בזה. והובא זה בסי"ב סעיף ב'. והנתיבות שם הקשה, דמנא ליה להרמב"ם זה, הא אם אחר יגרום היזק לביתו באופן זה קיי"ל דפטור, וכמש"כ הרא"ש בב"ק בפ"ב גבי אם בא אחד ולא הניחו לילך לביתו וסגר הדלת בפניו דהוה גרם בנזקין ופטור, א"כ מ"ש הכא.

ובאמת זה אינו קשה, דיש לומר דזוקא אם גוף הבית שלו, רק דלא הניחו לילך לביתו, או פטור, משום דזה מיקרי מבטל כיסו של חבירו, דהא גוף הבית נשאר אצלו בשלימות. לכן דומה לשבת, דבבהמה פטור על שבת. משא"כ אם שכר בית על משך שנה אחת, וזהו כל הקרן שלו, א"כ כשלא יניחו לילך לביתו במשך שנה אחת, זה הוי מזיק ממש, כיון דאין סופו לחזור אצלו, וכדמשמע בגיטין (דף מ"ב ע"ב) תוס' ד"ה ושורו אינו משלם אלא נזק וכו' שכתבו, דיש רוצים לפטור השוכר או שואל סוס מחבירו אף הוזק בפשיעה ונתבטל מחמתה ממלאכתו כיון דסופו לחזור ולהתרפאות כו' ע"ש, אלמא דעיקר הטעם דלכך פטור על שבת בבהמה משום דכיון דסופו לחזור על הבעלים, א"כ כיון שעיקר הטעם זכותו הוי רק במה ששכור, אבל אם הוזק כל זכותו, בוודאי דהוי מזיק ממש לקרנו וחייב, וזה פשוט.

\* נדפס בס' זכרון שמשון (ווילנא, תרל"ט), מאת הג"ר שמשון, ראש ב"ד בוואלאזין, סי' כ"ף.

ויש להקשות, דמפני מה חייב להעמיד לו בית, הא אם איש אחר הזיקו אינו חייב להעמיד לו בית, רק ישלם לו כפי שומת שווי ההיזק. ומ"ש במשכיר גופא, דאם הזיקו דחייב להעמיד לו בית. ועוד דמ"ש ממוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו, דאיתא בכתובות (דף פ"ו) דלמאן דלא דאין דינא דגרמי פטור, ולא אמרינן דהא המוכר קיבל אחריות וקבל עליו ג"כ אחריות דמנפשיה, שאם יזיקנו יחייב לשלם לו. וכן מצינו בגיטין (דף מ"א) גבי שחררו להעבד שעשאו אפותיקי מפורש לבע"ח, דלמאן דסבירא ליה מוזיק שעבודו של חבירו פטור, אף החם פטור, ולא מחלקינן בין הלוה גופא, דאיהו גופא עשאו אפותיקי לבע"ח. אלא ע"כ מוכח דלא שניא, דכיון דאם איש אחר עשה ההיזק דפטור, דה"ה הלוה או המוכר גופא.

ואף דיש לחלק דשאני משכיר, דיש עליו חיוב הגוף להעמיד לו בית זה, ולכן אם איהו גרם היזק להפקיע שכירות, יש עליו חיוב הגוף להעמיד לו בית אחר, כמש"כ הנתיבות, עכ"ז קשה מנא ליה להרמב"ם להוציא דין זה, והרבמ"ם אינו כותב דין מחודש מסברא, רק מה שיש לו מקור מן הש"ס.

ונראה לפע"ד, דהרמב"ם הוציא דין זה מהא דערכין (דף כ:;) דאיתא התם, המשכיר בית לחבירו ונתנגע, אע"פ שחלטו כהן, אומר לו הרי שלך לפניך. נתצו, חייב להעמיד לו בית. וכתבו התוס' שם בד"ה אע"פ שחלטו כהן כו', דהא דאומר לו הרי שלך לפניך, אף דאסור בהנאה כשחלטו כהן, משום דמיירי בבית זה. ואפ"ה בנתצו חייב להעמיד לו בית, ולא אמרינן דהא לא נשתעבד רק לבית זה ונפל אזדא ליה, משום דכיון דנגעים באים על הגזל או על צרות העין, כמש"כ רש"י בד"ה נתצו כהן חייב להעמיד לו בית אחר לשוכר, משום דמזלו דמשכיר הוא, שנחשד על הגזל או על צרות העין עכ"ל רש"י.

וכיון דבסיבת המשכיר נולדו הנגעים, אף שלא הזיק בידים, עכ"ז חייב להעמיד לו בית משום דאומדנא הוא, דהמשכיר נתחייב להעמיד לו בית אחר באם שיהא סיבה מן המשכיר לגרום היזק מדבר המושכר, וכש"כ אם הזיק בידים לבית המושכר דחייב להעמיד לו בית, כגון בסתרו להבית, או מכרו לאנס, דוודאי חייב להעמיד לו בית.

ואף דכ"ז דלא נתצו כהן אומר לו הרי שלך לפניך, עכ"ז מכרו לאנס שאני, דהא מצינו גבי שומרים וגזלן דיכולים לומר באיסורי הנאה הרי שלך לפניך, ועכ"ז באחפסיה לתוראי בידי מאן דלא מצינא לאשתעווי דינא בהדיה כמבואר בב"ק (דף צח:), דאינו יכול לומר הרי שלך לפניך. לכן במכרו לאנס אינו יכול לומר הרי שלך לפניך, דהא אחפסיה בידי דלא מצי ליטול את דבר המושכר, משא"כ כ"ז דלא נתצו בבית המוחלט אומר לו הרי שלך לפניך.

והש"ך בטי' שס"ג ס"ק ז' הביא בשם המהרש"ל דכתב, דבשומרים אין אומרים הרי שלך לפניך. ותמה עליו הש"ך מהא דב"ק (דף מ"ה וצ"ח), דמבואר שם דאף גבי שומרים אומרים הרי שלך לפניך.

ולענ"ד דהא כן מבואר בתוס' פ' הכונס בב"ק (דף נ"ו ע"ב) ד"ה פשיטא כיון דאפקוה קיימא כו', שכתבו לחלק בין גזלן לשומר, דזוקא גזלן יכול לומר הש"ל בכחשה בהמה כחש דהדרא, ופירות שהרקיבו מקצתן. אבל שומר מתחייב בכחש והדרא והרקיבו מקצתן אם נעשה בפשיעה, ע"ש. מבואר מהתוס' הנ"ל דסבירא ליה, דשומר חייב אף בהיזק שאינו ניכר אם נעשה בפשיעה.

והטעם נ"ל ע"פ מש"כ הש"מ בב"מ דף ע"ג ע"ב, ר"ה האי מאן על הא דאיתא התם בגמרא, האי מאן דיהיב זוזי לחבריי ופשע ולא זבין, משלם כדקא אזיל אפרותא דזולשפט. והקשה דמאי שנא ממבטל כיסו של חברו דפטור. ותי' דאע"פ שלא קיבל עליו בפירוש, כיון שנתן לו מעותיו וסמך עליו, חייב לשלם, בההיא הנאה דסמך עליו חייב לשלם מדין ערב, וזהו ענין שכירות פועלים שחייבים לשלם לבעלים בדבר האבד, וכן בעה"ב לפועל כו' ע"ש, והפני משה בירושלמי בב"מ פ"ה השיג על הל"מ הנ"ל, ובמקום אחר הארכתי בזה.

עכ"פ להש"מ הנ"ל פועל ושותף חייב אף על מניעות הריעות, משום דהוי כהתנה להתחייב ע"ז. ה"ה ומכש"כ פועל, דחייב אף על היזק שאין ניכר, משום דגרמא דנוקין ע"כ ג"כ מהיזק שאינו ניכר דמתחייב, ודינא כמו גרמא דנוקין דאמרינן, כיון דחבירו סמך עליו, דנתחייב, וה"ה בהיזק שאין ניכר, אבל היכא דסמך עליו חייב, אך ו"א, רק אם נעשה בפשיעה, וכמש"כ התוס'.

אבל בהיזק שאינו ניכר שנעשה בלא פשיעה, נראה דיכול לומר הרי שלך לפניך, דאין לומר בזה אומדנא הנ"ל, דהוי כהתנה, משום דבגניבה אף דהתנה פטור, דהא הני דאתמעטו מדיני שמירה, אף דהתנה להתחייב בדיני שומרים ג"כ פטור, כמבואר בב"מ דף נ"ח גבי השוכר לשמור הפרה וקנה מידו מתחייב, וכמש"כ מח"א ה' ש' ס"ח. [הערה: פטור עד שיקנו מידו. כן איתא במחנ"א.]

ולכן אף בהתנה להתחייב על היזק שאינו ניכר באונס גניבה פטור משום דכיון דכה"ג פטור בדיני שומרים בהיזק שאינו ניכר יכול לומר הרי שלך לפניך, א"כ זה דומה לקרקע והקדש ושטרות דנתמעטו מדיני שומרים, דבעי דזוקא קנו מידו, כמש"כ התוס' שם בב"מ דף נ"ח. אבל בפשיעה, דמהני להתחייב בדיבור דעלמא, ע"כ אמרינן דכיון דחבירו סמך עליו הוי כהתנה בפירוש שמחוייב אם מחמת פשיעתו יהיה היזק שאינו ניכר.

ומבואר במח"א גבי פשיעה דמתחייב אף אותן שנתמעטו מדיני שומרים אף בדיבור בעלמא. לכן ניחא קושיית הש"ך בב"ק גבי החזירו שומר לבעליו מוחזר, דפליגי אי הוי היזק שאינו ניכר או הוי היזק הניכר, משום דהתם מיירי בשור תם דחייב עד שישמרנו שמירה מעולה, כדאיתא בב"ק (דף מ"ה), ומיירי בש"ש דחייב לשמור שמירה מעולה, לכן אז פטור בהיזק שאינו ניכר, ויכול לומר הרי שלך לפניך. ולר' יעקב דמבואר שם בפלוגתא גבי שור שנגמר דינו אי הוה היזק הניכר י"ל דמיירי ג"כ בשור מועד, דהא ר"י ס"ל שם בב"ק (דף ל"ט) כר' יהודא, דצד תמות במקומה עומדת, וחייב כ"ז דלא שמרו שמירה מעולה אף ששמרו שמירה פחותה. א"נ מיירי דשמרו שמירה פחותה ולא שמרו שמירה מעולה, דחייב הש"ש לשלם לבעליו, רק כ"ז שקיימא בעיניה יכול לומר כה"ג הש"ל, כיון שלא נעשה ההיזק ע"י פשיעה. והא דאיתא התם, דא"כ לפלגו גבי חמץ בפסח, הא כבר פי' רש"י שם, דכוונת הגמ' דלפלגו גבי גזל חמץ, ולא קאי על שומרים. ועי' בחק יעקב סי' תמ"ג. וכן נלע"ד לחלק בין אם נעשה היזק שאינו ניכר ע"י פשיעה דחייב, אבל אם נעשה שלא ע"י פשיעה דפטור, ויכול לומר ש"ש זהשואל הש"ל.

נחזור לענינינו, דמהך דערכין דנתצו חייב להעמיד לו בית אחר מוכח הך דין שכתבו הרמב"ם, דאם המשכיר גרם היזק לבית המושכר, אף בבית זו, דחייב להעמיד לו בית אחר. ומכש"כ מהתם דלא עשה ההיזק בידיים, רק ע"י פשיעתו, שהי' צר עין או דיבר לשון הרע, ולא כיון להזיק ועשה זה, דחייב להעמיד לו בית אחר, דמוכח דשאני משכיר גופא מאיש אחר שהזיקו דאינו חייב לשלם. (והיא ראייה ברורה במה שכתב הרמב"ם ז"ל רק שו"י ולא בית אחר).

וצ"ע לפע"ד אמאי לא הביא הרמב"ם הך דינא דנתצו חייב להעמיד לו בית אחר. ודוחק לומר דסמך על מש"כ בהלכות שוכר, אם שכרו לאנס דחייב להעמיד לו בית אחר. ואפשר לומר משום דאף דאמרינן דנגעים באים בשביל צרות העין כדאיתא בערכין (דף טז.), עכ"ז הא מצינו בגמרא דנגעים באים לפעמים רק בשביל יסורים של אהבה. ועוד הלא גם קטן מטמא בנגעים אף שהוא לאו בר עונשים, עכ"ז באים אף שלא מחמת חטא, רק דע"פ רוב אינם באים אלא מחמת חטא, וכיון דמיעוט יש שלא מחמת חטא המשכיר, רק דע"פ רוב הוא דבאים מחמת פשיעתו, וכיון דאין הולכין בממון אחר הרוב, כדפסקינן בפרק המוכר פירות (דף צ"ג). אך תנאי פליגי בזה אם הולכין בממון אחר הרוב, י"ל דהך תוספתא דסבירא ליה נתצו חייב להעמיד לו בית אחר ס"ל דהולכין בממון אחר הרוב, ולדידן דקיי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב, ע"כ לא מצינו להוציא ממון לחייבו להעמיד לו בית אחר, ע"כ לא הביא הרמב"ם ברייתא זו.

נחזור לענינינו, דבוודאי אם סיבת ההיזק לדבר המושכר היה ממניעות המשכיר,

בוודאי חייב להציל ההיזק, ובפרט דהא גם בבית זו דנפל אודא ליה מבואר בסימן שי"ב סי' י"ז דאינו חייב ליתן שכירות רק בשביל מה שדר לברו, וכמו שכתב התוס' בערכין דף כ: ד"ה אע"פ שחלטו כהן וכו'.

ולע"ד וודאי דחייבין קהל להשלים ליה ההיזק שנעשה להחוכר מחמת חכירת השמרים כדי שומת ההיזק, ומה לי קטלה כולה ומה לי קטלה פלגא, כמש"כ הסמ"ע בסימן שכ"א סק"ו גבי עסק חנות (נמחק כאן כמה שורות), בוודאי חייבין הקהל להשלים היזק שיברר ע"פ שלשה אנשים ברור. אך יש להסתפק, דילמא ידעו בעת שחכרו החוכרים דקמח, שיש היזק לזה מחכירות דשמרים, וידע ונתרצה דמחל, כמו בגזקין דקיי"ל במה דידע מן המזיק ושתק דמחלי. אך שם בעינן שיהי' ההיזק שיכול להתברר נזקו לפי ראות עיני הב"ד.

ונידון דידן הוי ספק אם ידעו החוכרים שזהו היזק להחכירות שלהם. לכן אם יבורר עפ"י ראות עיני הב"ד שזה ענין הידוע לכל שזה היזק להם, בוודאי שאין בטענת החוכרים שום ממש, דבוודאי ידעו גם המה ונתרצו. אך אם זה ענין שלא יבורר כג"ל, אם החוכרים המה מוחזקים, אין להוציא מידם מספק, וכמש"כ הריטב"א בכתובות (דף ע"ה ע"א) גבי האי שומא היכי דמי, אי דאית ביה שער וכו', וזה לשונו, ואוקימנא בעומדת תחת כפה של ראשה, דזימנין מתחזי וכו'. מהא שמעינן, מאן דזבין מידי לחברי' דאית ביה מום, אם הוי מום במקום שאפשר לראות לעין ומתחזי, לא מצי לטעון מקח טעות. ואם הוי מום בדוכתי דזמנין מתחזי וזמנין לא מתחזי, מצי לטעון מקח טעות, דתלינן דלמא לא חזי, שכיון שהמום לפנינו ויש ספק אם ראה ונתפייס, ע"ז להביא ראי' שנתפייס עכ"ל, והוא ענין נחמד בענין מום מקח טעות.

הרי מבואר, דמספק אין לומר שמחלו, רק יש לומר דזהו דווקא אם החוכר מוחזק, אבל אם הקהל מוחזקים, אז מספק יש לנו לומר דילמא ידע ונתפייס, והמוציא מחבירו עליו הראיה. ואף דיש חזקה אין אדם מפייס במומין, עכ"ז אין יכולת בזה הסברא להוציא ממון. אך י"ל, דכיון דקיי"ל מחילה טענה גרועה היא, ואינו נאמן לומר מחלת רק במיגו דפרעתי, ולכן אם נולד לנו ספק בהמחילה, כיון דהוי זה טענה גרועה לכן מוציאין ממון.

אך בב"ק (דף ל"ה ע"ב) מוכח דספק מחילה ג"כ אין מוציאין ממון, דאיתא התם, אי דקאמר ניזק ברי ומזיק שמא, אכתי לימא תהוי תיובתא דרבה בר נתן וכו', והא טענו חיטין והודה בשעורים דפטור הוי הטעם לשיטת הרבה פוסקים משום מחילה, א"כ הספק להמזיק אי גדול הזיק אי קטן הזיק, דהפטור הוי אם קטן הזיק משום מחילה, וכיון דספק למזיק אם קטן הזיק והוי מחילה או גדול הזיק לאו מחל

ועכ"ז אמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה, אלמא דגם בספק מחילה פטור המוחזק.

ואפשר שזהו באמת טעמו של הרמב"ם ז"ל שפסקו בח"מ סי' פ"ח סעי' ו' דטענו חיטים והשיב אינו יודע אם חיטים אם שעורים משלם שעורים, משום דסבירא ליה דכיון דהוי ספק במחילה, לכן לא תלינן במחילה. אך זהו דוחק לדחות מסברא לגמרא מפורשת להיפך.

ובעיקר שיטת הרמב"ם ז"ל נראה לענ"ד לומר משום דכיון דקיי"ל דספק פרעון איננו מוציא מחזקת חיוב, והוא הדין בספק מחילה, היכי דהחיוב היה ברור מקודם לכן, חל חיוב עליו כמו בספק פרעון, והגמ' בב"ק הנ"ל הא מיירי בפלגא נזקא, דקיי"ל דהוה קנסא, ובקנס לא חל עליו חזקת החיוב, כיון דקיי"ל דקנס אינו זוכה עד העמדה בדין, דכתיב אשר ירשיעון אלהים, וכל זמן דלא חייבוהו והרשיעוהו אלהים בב"ד אינו מחוייב לשלם, לכן כשנולד לנו ספק במחילה, והקנס לא מיקרי חזקת חיוב, דהא לא נתחייב כלל כ"ז דלא נגמר הדין בב"ד, ואדרבה איכא חזקת פטור, דכמו דפטור עד הנה, כן פטור עכשיו, לכן כל שנולד ספק במחילה אין מוציאין ממון, כנלע"ד ליישב שיטת הרמב"ם הנ"ל.

אך יש לסתור זה, דהא אמר בב"ק ט"ו דר"פ ס"ל פלגא נזקא ממון הוי. אך בסוגיא דב"ק הנ"ל דקאמר ע"כ מיירי בראו עדים הנגיחה, דאם לא כן הא הוי מודה בקנס וכו', ומשמע דהסוגיא דבב"ק הנ"ל איירי לשיטת הסוברים פלגא נזקא קנסא, וכקיי"ל.

נחזור לענינינו, דמוכח בסוגיא הנ"ל דבספק לנו אם ידע החוכר או לא ידע, מספק אין מוציאין ממון מהקהל.

ואפשר לחלק דשאני התם דעיקר הספק אם חיטים או שעורים, וממילא אם הוי שעורים אז הוי מחילה, ולכן זה לא מיקרי ספק במחילה, כיון דלא נולד הספק במחילה, וא"כ נ"ד ג"כ כמו זה כיון דספק אם החוכר ידע אם לא ידע, וממילא אם ידע הוי זה מחילה, ע"כ זה דומה להך דב"ק. וא"כ אם הקהל מוחזקים פטורים. אך אם החוכר מוחזק פטור החוכר, ולא שייך בזה דהקהל נקראים מוחזקים לגבי יחיד, משום דעיקר הטעם דשלוחא דמלכא כמלכא, ובתכירות שהוא נגד הזקאן אין שייך שלוחא דמלכא כמלכא, והיחיד נקרא מוחזק אם הוא מוחזק, כנלע"ד וה' יאיר עיני בתורתו כהי"מ.