

## תשלומים בהדיוט ובהקדש

**מקורות - (א) בבא מציעא צט: "אתמר שמואל... כהדיוט מדעת דמי".**

**(ב) בבא קמא כ: כ-כא. "אתמר רב כהנא... כהדיוט מדעת דמי", בבא קמא כא. "אמר רב סחורה... מיתבא יתיב", רשב"א ד"ה אמר רב הונא.**

**(ג) בבא קמא כ: רש"י ד"ה זאת אומרת, בבא קמא כא. תוס' ד"ה כהדיוט, רשב"א ד"ה כהדיוט, [בבא קמא צז. רשב"א ד"ה אמר רב פפא, מרדכי פ"ב סימן ט"ז].**

**(ד) כתובות ל: תוס' ד"ה זר, קידושין מג. תוס' ד"ה שלא, חידושי רבינו חיים הלוי הלכות מעילה ח/א, רמב"ם הלכות מעילה ו/ט, אור שמח שם, נתיבות סימן כ"ח סק"ב.**

**(ה) בבא קמא צז. "כי הא... ניחא ליה", רשב"א ד"ה כתב הראב"ד.**

הסוגייה שלנו בדף צט: פותחת אשנב להשוואה בין הדיוט לבין הקדש. סוגייה זו קשורה בטבורה לסוגיית זה נהנה וזה לא חסר, ומטבע הדברים נצטרך לדון גם בסוגייה זו.

### א. היסוד המחייב

נקודת המוצא של הסוגייה, היא המימרא של שמואל :

"אמר שמואל - האי מאן דגיל חביצא דתמרי מחבירו ואית בה חמשים תמרי, אגב הדדי מודבנן בני נכי חדא, חדא חדא מודבנן בני, להדיוט - משלם חמשים נכי חדא, להקדש - משלם חמשים..."

(בבא מציעא צט:)

במאמר מוסגר מבארת הגמרא שהגוזל הקדש משלם גם חומש, ואילו המזיק הקדש - לא<sup>1</sup>. אך העניין המרכזי שלנו הוא בעצם ההבדל שמנסחת הגמרא, בין הדיוט

---

<sup>1</sup> מפשטות ניסוח הגמרא משמע שהפטור למזיק מוסב דווקא על החומש, אך את הקרן הוא חייב לשלם. כך גם מפרש רש"י על אתר בד"ה מה, ומהריטב"א בד"ה מה משמע שגרס בגמרא

לבין הקדש. להלן ננסה להסביר את ההבדל, על רקע פער בין שני מחייבים אפשריים בגזלן.

נתבונן לרגע בהשוואה מסויימת בין גזלן לבין מזיק. שניהם פוגעים בזולת, אך בצורה שונה. המזיק אינו פוגע באחר לרווחת עצמו, בניגוד לגזלן - הוא גורף רווח עצמי מגזילתו.

עניין זה מפשט את הטיפול במזיק - יש לגביו הלכות ברורות של חיוב ואופי התשלום, וכולן כפופות לגורם המשמעותי היחיד של הפגיעה בזולת. אך בגזלן, יש לנו שני מוקדים אפשריים להגדרת בסיס החיוב :  
מוקד אחד - הפגיעה בזולת, בדומה למזיק.  
מוקד שני - הנאת הגזלן ורווחתו.

מייד ננסה להראות כיצד אפשר לבנות שני מחייבים שונים, מתוך שני המוקדים הללו. אך לפני כן נעיר ששאלה דומה ניתן לשאול גם בתחומים הלכתיים נוספים. למשל - גנב גם הוא פוגע בזולת מחד, וגורף רווח לעצמו מאידך. דוגמה נוספת - אדם שמלווה בריבית, וגם לגביו ניתן לשאול מהו הגורם המשמעותי בקביעת אופי החיוב, הפגיעה בזולת או הרווח העצמי? בדוגמה זו יש עניין מיוחד<sup>2</sup>, ונתעכב עליה מעט.  
 בתורה מופיעים שני מושגים של ריבית :

“את כסף לא תתן לו בנשך, ובמרבית לא תתן אכלך”

(ויקרא כ"ה לז)

הגמרא בב"מ ס': קובעת, כעיקרון, שאין הבדל משמעותי בין נשך לבין תרבית. לא חילקן הכתוב אלא כדי לעבור בשני לאוין. כך גם פוסק הרמב"ם :

מפורשות את מיעוט המזיק דווקא ביחס לחומש.

אמנם, התוס' בד"ה פרט התקשו בכך, ולדעתם - מזיק הקדש פטור אף מן הקרן. הריטב"א עצמו מציע תרחיש שבו יחול הפטור על החומש בלבד, ועיין בדבריהם.

2 ייתכן שבדוגמה זו יש מאפיין כללי של אבטיפוס לתחומים ממוניים רבים. הרא"ל, בספר שיעוריו בקונטרס דינא דגרמי, מציע את הפסוק 'וחי אחיך עמך' העוסק בריבית, כמקור כללי אפשרי לאיסור להזיק. עיין שם בעמוד 174.

”נשך ותרבית - אחד הוא...”

(רמב"ם הלכות מלוה ולוה ד/א)

אך גם אם ברמה ההלכתית מיישרים קו, הרי שברמה הפרשנית - ניתן למצוא הבדל בין שני המושגים<sup>3</sup>. וייתכן שהבדל מסויים נובע ממחייבים שונים העומדים מאחורי שתי התופעות הללו.

בתרבית - הדגש הוא על הנאת המלווה. המושג מכוון לרווחתו, לריבוי העושר שלו. לעומת זאת, בנשך - הדגש הלשוני הוא על הפגיעה בזולת, על העובדה שאתה נושך בממונו ומחסרו.

הוא אומר, כי אף אם אין כאן אלא לאו אחד מקיף, מדובר בתופעות שונות. ואם לא נרצה לומר שאלו תופעות שונות ממש, לפחות נוכל לראותן כתופעה אחת שיש לה שני היבטי רשע.

יתירה מזו - יש המבינים שאמנם, בפועל, תיתכן תרבית בלא נשך. מציאות כזו קיימת, לכאורה, בזה נהנה וזה לא חסר. מדובר במצב שבו המלווה הרוויח ללא הפסד מצד הלווה, וכגון שדר המלווה בחצר הלווה מבלי להעלות לו שכר.

הגמרא בב"מ סד: דנה בכך, ובראשונים על אתר - במיוחד בדעת הרמב"ן הדין בשיטת הר"ף - אכן עולה אפשרות כזו. הר"ף מתייחס למקרה שבו הלווה אומר למלווה - הלוויני, ודור בחצירי. הר"ף פוסק שמוציאים את שכר הדירה מן המלווה, מפני שיש כאן ריבית קצוצה. אך הר"ף מסייג - דין זה לא נאמר אלא בחצר דקיימא לאגרא, שם יש חיסרון ללווה, אך בחצר דלא קיימא לאגרא - אין השכר יוצא בדיינים. בשיטה זו דן הרמב"ן, וכתב הרא"ש בהסבר דבריו :

”... ואפילו הוא גברא דעביד למיגר, דנהנה ומתרבה ממונו, מכל מקום - נשך אין כאן, דהא לא שקיל מיניה מידי ולא חסריה ממונא, ואמרינן לעיל דאין תרבית בלא נשך וליכא איסור תרבית לאפוקי מיניה ממונא. כיון דהוי זה נהנה וזה לא חסר”  
(רא"ש בבא מציעא פ"ה סימנים ט"ז-יז)

מהרא"ש ברור שיש לקשור לחלוטין בין נשך לבין תרבית. ומאחר שנשך אין כאן גם תרבית אין כאן, שהרי אין תרבית בלא נשך. אך המאירי הביא אף הוא את דברי הרמב"ן, וחלק עליהם :

<sup>3</sup> עיין בב"מ ס: תוס' ד"ה למה. התוס' מקשים על שינוי הלשון של נשך ותרבית (אמנם יש טעות דפוס בתוס', אך כוונתם ברורה). הם מתרצים תירוץ פרשני בעל גוון ספרותי - "... אורחא דקרא לכתוב לשון משונה, שהוא נאה יותר". על כל פנים, ניתן להציע גם הבדל מהותי, מעבר להבדל הספרותי, בין שני הביטויים. כמו כן, חשוב לציין שבדברים כ"ג כ-כא מובאים אך ורק ביטויים של נשך.

"... ואיני מודה בה, אם זה מיהא עומד לשכור, שהרי יש כאן רבית אע"פ שאין בו נשך..."

(בבא מציעא סד: מאירי ד"ה אף)

המאירי מציין מפורשות, שיש כאן מצב של ריבית, למרות שאין פה נשך. אם כי, בהמשך התקשה המאירי בעניין זה, וסייגו :

"... ושנא תאמר - אם כן מצינו רבית בלא נשך? אומר אני - מכיון שאמר דור בחצרי ומכח הלואתך, הרי זה עשאה מעתה עומדת לשכר, ואף זו שלא כדבריהם"

(בבא מציעא סד: מאירי ד"ה אף)

מסקנתו לכאורה הפוכה מכיוונו הקודם, ודבריו צריכים עיון. ברם, בכל אופן, יש בהם כדי לחדד את שאלת שורש איסור ריבית. ויש לדבר יישומים נוספים, וכבר דנו האחרונים באפשרות להיכי תימצי של נשך בלא תרבית ותרבית בלא נשך<sup>4</sup>.

נחזור לעניין שלנו - מובן שאין הכרח ליישר קו בין התחומים השונים, וייתכן שדין גנב או גזלן ודין ריבית שונים באופיים. מכל מקום, אם נקבל שתי הנחות ביחס לגזלן, נוכל לבאר בעזרתן את ההבדל שבין הקדש לבין הדיוט.

הנחה אחת - המחייב המרכזי בגזל הדיוט, הוא הפגיעה בזולת. זאת בניגוד להקדש - המחייב המרכזי בגזל הקדש הוא תועלתו של הגזלן.

הנחה שנייה - כאשר ישנן שתי דרכים למדוד נזק, לפי שער גבוה ולפי שער נמוך (כפי שקורה בסוגיין), אזי - המחייב של פגיעה בזולת מוליך לשער הנמוך, והמחייב של רווחת הפוגע מוביל לשער הגבוה.

בהנחה הראשונה יש היגיון רב. אין ספק שאם יש לבחור בין הדאגה והפיצוי לזולת לבין ענישת הפושע, עומדת טובת הציבור בשלב גבוה יותר בסולם. בגזלן, למשל, יש לבחור - שהרי לא ניתן להכותו פעמיים, הן על הפגיעה בזולת והן על רווחתו העצמית<sup>5</sup>. לפיכך - כל עוד מדובר בגזל הדיוט, הולכים אחר הגורם הדומיננטי, וקובעים את הפגיעה בזולת כגורם המחייב.

אך בהקדש - חסר מימד הפגיעה, ומזיק הקדש יוכיח. המשנה בב"ק ט: ממעטת הקדש (לפחות ברמה מספיק גבוהה של נכסים שאין בהם מעילה) ממאגר הרשויות

4 עיין בהקשר זה ב"ברית יהודה" לרב י. בלויא, עמוד קצה.

5 ייתכן שזהו גם הרעיון שמאחורי הגמרא בכתובות לב., בדעת עולא. עולא מציב כלל עקרוני - כל היכא דאיכא ממון ומלקות, ממונא משלם מילקא לא לקי. המקרים שבהם יש ממון ומלקות, דומים - בדרך כלל - למצב של גזלן. הממון ממלא את חובת הפיצוי לזולת, והמלקות מבטאות את פן הענישה לחוטא. וגם שם - לא ניתן להכות פעמיים, וחייבים לבחור את הגורם הדומיננטי. לכן, קובע עולא, שטובת הציבור עדיפה על הענשת הפושע.

שמזיק מתחייב כלפיהן. ניתן להבין שמיעוט זה, לפחות בחלקו, נעוץ בכך שההקדש איננו נזיק.

ההקדש איננו אישיות משפטית, שניתן לפגוע בה. האישיות היחידה שמזוהה עם נכסי ההקדש, היא אישיותו של הגזבר. אך ברור שפן הפגיעה האישית בגזבר ההקדש, מוגמד ומוגמז ונבדל במהותו מן הפגיעה האישית כלפי הדיוט שגוזלים אותו או מזיקים אותו.

המסקנה היא שמזיק ממועט בהקדש, ושהגורם של פגיעה בזולת מאבד את הדומיננטיות שלו בגזל הקדש. לפיכך, המחייב המרכזי בגזל הקדש הוא הנאתו ותועלתו של הגזלן, כפי שמתארת ההנחה הראשונה.

ההנחה השנייה, אינה הנחה טריביאלית. לא נרחיב בה בשלב זה, וייתכן שהיא תתפרש ביתר בהירות לאור המשך הדיון שלנו, וההשוואה לסוגייה של זה נהנה וזה לא חסר.

### ב. זה נהנה וזה לא חסר

מתוך המימרא המקורית של שמואל, שבה פתחנו את השיעור, עולה שיש פער בין הדיוט לבין הקדש. על פער זה מקשה הגמרא, מתוך עיון בשלב מסויים של סוגיית זה נהנה וזה לא חסר. באותו שלב משווה שמואל עצמו, בין הדיוט לבין הקדש :

”נטל אבן או קורה מהקדש... בנאה בתוך ביתו - לא מעל, עד שידור תחתיה בשוה פרוטה... וקאמר משמיה דשמואל - זאת אומרת, הדר בחצר חבריו שלא מדעתו, צריך להעלות לו שכר”

(בבא מציעא צט:)

קושיית הגמרא תמוהה, במבט ראשוני. הדין שבו פתחה הסוגייה, הוא דין בקביעת שער התשלום ביחס לגזל הקדש. הדין הנוכחי הוא פרט מסויים בהלכות זה נהנה וזה לא חסר.

בהחלט ייתכן שבדין הראשון יש הבדל בין הדיוט לבין הקדש, ובדין השני - אין הבדל שכזה. ללא כל קשר נראה לעין בין הדינים הללו, מאי קושיא לשיטת שמואל איכא הכא?<sup>6</sup>

נוכל לגייס לפתרון השאלה הזו, את שני המחייבים שפורטו לעיל בפיסקאות הקודמות. אלא שכדי ליישם בדברי שמואל, אנו זקוקים לעיון מעמיק יותר בסוגיית זה נהנה וזה לא חסר.

6 עיין בראב"ד המובא בשטמ"ק בד"ה למימרא [עמוד תתרג], שנוגע בבעיה זו.

אנו פוסקים שזה נהנה וזה לא חסר - פטור<sup>7</sup>. ניתן להעלות מספר הבנות בטיב הפטור הזה, ואנו נציג שלוש מתוכן :

**הבנה אחת** - ההנאה מוגדרת על פי חיסרון. כדי לחייב, לא מספיקה הנאה במובן היומיומי, כמו הנאת אכילה באיסורי הנאה. כדי לחייב בדיני ממונות, נחוצה הנאה ממונית. ההנאה הממונית נבנית מתוך הפסד הזולת. בזה נהנה וזה לא חסר - אין הפסד לזולת. ממילא, אתה לא נהנית כלום במובן של הנאה המחייבת.

**הבנה שנייה** - אמנם יש הנאה, ואפילו הנאה ממונית, בזה נהנה וזה לא חסר. אך עובדה זו עדיין אינה מהווה גורם מחייב. למשל - אדם שזוכה בהפקר, נהנה הנאה ממונית. אך אין זו הנאה המחייבת, שהרי הוא לא פגע באף אחד.

באופן דומה נדון מקרים של זה נהנה וזה לא חסר. כל עוד אין חיסרון, נתפסת ההנאה כמו הנאה מהפקר. החיסרון נחוץ כדי לסמן - שנהנית מאדם מסויים. לכן, ללא החיסרון - אתה פטור.

**הבנה שלישית** - בשתי ההבנות הקודמות הנחנו, בצורה סמויה, שהגורם המרכזי שיוצר חיוב הוא הנאה. אלא שכדי להביא את הפוטנציאל של ההנאה לחיוב בפועל, נחוץ מרכיב החיסרון. לשון אחר - החיסרון שיחק תפקיד משנה, וסיפק מגדיר צדדי של ההנאה כהנאה ממונית (=ההבנה הראשונה), או סימן את הניזק (=ההבנה השנייה).

אך ניתן להפוך את הקערה על פיה. ניתן לומר שהנאה איננה גורם מחייב כלל. הגורם המחייב בדיני ממונות, הוא אך ורק החיסרון שאתה מחסר את הזולת, בין אם נהנית ובין אם לא נהנית. ממילא - בזה נהנה וזה לא חסר, אין לנו בכלל בסיס לחיוב. הגורם המחייב הבסיסי - החיסרון - איננו בשטח, וההנאה אינה יכולה להוות תשתית לחיוב<sup>8</sup>.

כל שלוש ההבנות הללו, מתיישבות היטב עם רוב הסוגייה של זה נהנה וזה לא חסר, מדף כ. עד אמצע דף כא. בב"ק. אך בדף כא. מקבלת הסוגייה תפנית משמעותית (אמנם, בצורה חבויה מעט) :

7 ראה למשל את פתח דברי התוס' בב"ב ה. ד"ה אע"פ.

8 יש לציין, ששיעור התשלום - גם לפי הבנה זו - נקבע על פי ההנאה. נצטרך לומר שהחיסרון הוא רק המניע לחייב, אך כאשר באים לחייב בפועל מגלגלים עליו את כל ההנאה.

”אמר רב סחורה אמר רב הונא אמר רב - הדר בחצר חבירו שלא מדעתו, אין צריך להעלות לו שכר, משום שנאמר - ושאיה יוכת שער”

(בבא קמא כא.)

כלומר - העובדה שאדם דר בחצר חבירו, מועילה לחבירו מעט, משום שהמגורים מגרשים את השד ששמו שאיה - שד הנוטה להתגורר דווקא בבתים עזובים. מהלך זה עומד בניגוד לרושם שהתקבל מן הגמרא עד כה, ועל כך עומד הרשב”א :

”אני תמיה - דמשמע הכא דדווקא משום דבעל החצר נהנה במקצת... הא לאו הכי - לא אמרינן זזה נהנה וזה לא חסר פטור. וכולה שמעתין משמע דכל שאינו חסר וזה נהנה - פטור...”

(בבא קמא כא. רשב”א ד”ה אמר רב הונא)

מנימוק זה, על כל פנים, נוכל לבנות הבנה רביעית בפטור של זה נהנה וזה לא חסר. הבנה זו תישען על ההנאה המועטת שיש כנגד זה שנהנה, והנפק”מ בינה לשלוש ההבנות הקודמות תהיה במצבים שבהם אין את אותה הנאה מועטת. כעת, אם באנו לחלק בין הדיוט לבין הקדש בזה נהנה וזה לא חסר, נוכל להעלות שתי הצעות עיקריות. את ההצעה השנייה נפצל לשתי הצעות משנה, כאשר מדובר כמובן ברמה ההיפותטית (שהרי הסוגייה עצמה משווה בין הדיוט לבין הקדש). הצעה אחת - החילוק בין הדיוט לבין הקדש, נעוץ בהגדרת ההנאה. בהדיוט מגדירים הנאה כהנאה ממונית, ואילו בהקדש - ההגדרה דומה להגדרה של הנאה בהלכות של איסורי הנאה.

נדגיש - הגדרה זו תקיפה לא רק בהיבט האיסורי, אלא גם בהיבט הממוני. אמנם שיעור ההנאה עדיין נמדד על פי המגדירים הממוניים של שווה פרוטה, אך יסוד ההנאה והגדרתה הוא הנאת הגוף.

מובן שנוח היה לנו לתמוך בהצעה הזו, אילו היינו יכולים ללכת עד הסוף, ולהשתחרר גם מהעניין הממוני של שווה פרוטה. לו, למשל, מעילה היתה בכזית - היתה ההצעה הזו מתיישבת כמין חומר<sup>9</sup>. אבל גם כאשר המעילה בשווה פרוטה, נוכל להציע את הדברים הללו.

הצעה שנייה - החילוק בין הדיוט לבין הקדש, נעוץ ביסוד החיוב. כאמור לעיל, הצעה זו נחלקת לשתי הצעות משנה :

9 בתוס' במעילה טו. ד”ה קדשי, אכן מובאת דעה שמעילה (לכל הפחות מעילת אכילה) היא בשיעור כזית. ועיין בהקשר זה גם בגמרא בפסחים לג., ממנה עולה מפורשות השיעור של כזית, וראה גם את דברי התוס' שם בד”ה אף.

**הצעת משנה אחת** - היסוד המחייב בהדיוט הוא חסרון הזולת. לכן - בזה נהנה וזה לא חסר, פוטרים את ההדיוט. בהקדש - קיים יסוד מחייב נוסף, של הנאה כמחייב עצמאי. לכן - זה נהנה וזה לא חסר עשוי להתחייב.

**הצעת משנה שנייה** - גם בהדיוט וגם בהקדש, קיים יסוד מחייב דו-ראשי במצבים שבהם הצד הפוגע מרויח והצד הנפגע מפסיד. אלא שבהדיוט - הראש הדומיננטי הוא צד הפגיעה בזולת, ואילו בהקדש - הראש הדומיננטי הוא צד התועלת מן ההקדש. ולאור שתי הצעות המשנה הללו, נוכל לסגור את המעגל שפתחנו בתחילת הסעיף. התקשינו בהשוואה שעורכת הגמרא, בין דין השומא בהדיוט ובהקדש לדין זה נהנה וזה לא חסר בהדיוט ובהקדש.

אך בזה הרגע בנינו את המכנה המשותף שבין התחומים - המכנה המשותף הוא הגדרת היסוד המחייב. בהדיוט אנו עקביים לתפיסה שהיסוד המחייב הוא הפגיעה בזולת. ליסוד זה יש שתי השלכות במסגרת הסוגייה שלנו :

**השלכה אחת** - פטור בזה נהנה וזה לא חסר.

**השלכה שנייה** - שומא לפי השער הנמוך.

במקביל, עקביות תפיסתית בהקדש תוביל לצד השני של המטבע. בהקדש נאמר שהיסוד המחייב הוא רווחת הפוגע בהקדש ותועלתו. קביעה זו תניב שתי השלכות נגדיות לאלו של ההדיוט :

**השלכה אחת** - חיוב בזה נהנה וזה לא חסר.

**השלכה שנייה** - שומא לפי השער הגבוה.

וכאן מואר מהלך הגמרא באור הגיוני. בפתח הדברים, בדין שומא, מבדיל שמואל בין הדיוט לבין הקדש. מכאן הסיקה הגמרא שהוא הפריד בין היסודות המחייבים השונים בשני אלו. לפיכך אפשר להקשות - מדוע שמואל עצמו אינו מבדיל בין הדיוט לבין הקדש, בבואו לדון בהלכה של זה נהנה וזה לא חסר. וזהו פשר ההשוואה שנערכת בסוגייה.

## **ג. השוואת הדיוט להקדש**

עיקר העיסוק של הגמרא בסוגייתנו, ברמה השלדית, נוגע לעקביות המצופה מדעת שמואל. לאחר שמתיישרים ההדורים, ומוסבר מדוע אין סתירה פנימית בדברי שמואל, מסתיים העניין של הגמרא בנושא.

אך בסוגיית זה נהנה וזה לא חסר בב"ק, נשארת עדיין שאלת ההשוואה בין הדיוט לבין הקדש. פתרונה של השאלה תלוי במחלוקת הראשונים, סביב המהלך שצוטט בסוגייתנו.



הגמרא ציטטה את המשנה במעילה יט: „ביחס להנאה מאבן של הקדש. מכך הסיקה הגמרא שהדר בחצר חבירו שלא מדעתו - צריך להעלות לו שכר (כלומר, זה נהנה וזה לא חסר - חייב). אך מסקנה זו נדחית בגמרא בב"ק (ואף שמואל חוזר בו בסוגייתנו) מפאת הטיעון הבא :

„... דאמר רבה - הקדש שלא מדעת, כהדיוט מדעת דמי”

(בבא קמא כ:–כא.)

הראשונים נחלקו בפשר אמירתו של רבה. לפי רש"י, שדבריו מתאימים לכאורה לפשט לשון הגמרא, נוקט רבה בטענה מציאותית - בהקדש, אין מציאות של 'לא מדעת'. וכך מסביר רש"י :

”בהקדש ליכא למימר שלא מדעת, דדעת שכינה איכא, הלכך כהדיוט מדעת דמי”

(בבא קמא כ: רש"י ד"ה זאת אומרת)

אלא שבהסבר המיידה והפשוט הזה, גלומה הנחה ששאר הראשונים התנגדו לה. מדברי רש"י עולה שגם בהדיוט - אילו תשרור מציאות של 'מדעת' - יהיה חיוב תשלום בזה נהנה וזה לא חסר.

אם תופסים את לשון הגמרא קצר, זהו אכן התרחיש המדוייק של הדר בחצר חבירו **שלא מדעתו**. אך האם עלינו להסיק מכך שברגע שבעל החצר ידע על העניין, נחייב את הדר בתשלום? והרי על אף ידיעתו - זהו מקרה של זה נהנה וזה לא חסר! לשם קימום דברי רש"י, נצטרך לומר שברגע שמדובר במצב של 'מדעתו', יש מעין הסכם שכירות, שמחייב את הדר בתשלום. אך התוס<sup>10</sup> והרשב"א חולקים על כך. ואלו דברי הרשב"א :

„... ואינו מחזור, דשלא מדעת דהדיוט אינו דווקא כשלא ידע שזה דר בביתו, אלא

אפילו ידע - נמי דינא הכי הוה, דהא לא חסרו...”

(בבא קמא כא. רשב"א ד"ה כהדיוט)

לדברי התוס' והרשב"א, גם הדר בחצר חבירו וחבירו יודע מכך - פטור מלשלם, בתרחיש של זה נהנה וזה לא חסר. במאמר מוסגר נעיר שעמדה זו עולה בראשונים בשתי רמות :

רמה אחת - רמה מתונה, על פיה עצם ידיעת בעל החצר אינה מחייבת בתשלום. אך אם בעל החצר יתנגד בתוקף, והדר ייכנס לשם בעל כרחו - נחייב אותו בתשלום. זוהי, לדוגמה, עמדת הרשב"א<sup>11</sup> :

10 עיין בב"ק כא. תוס' ד"ה כהדיוט.

"... ואפי' בחצר, מסתברא בשתקף ונכנס בעל כרחו של בעלים - חייב להעלות להן שכר..."

(בבא קמא צו. רשב"א ד"ה אמר רב פפא)

**רמה שנייה** - רמה קיצונית, על פיה - אין חובת תשלום בזה נהנה וזה לא חסר, ואפילו אם הדבר מנוגד במפורש לרצון הבעלים. כך למשל כותב המרדכי :

"... כתב רבינו אבי העזרי - שמעתי דמצי למיכפייה, דהא כופין על מדת סדום... וכן פירש רי"ז<sup>12</sup>, דאפילו אם תקף חבירו והוציא בע"כ ודר בו - אין זה אלא גרמא בעלמא..." (מרדכי בבא קמא פ"ב סימן ט"ז)

דעה מקבילה מובאת באור זרוע, אם כי לא בשם הראב"ה. יתירה מזו, שם משתמע שהחולקים עליה מוכנים לקבל אותה ברמה העקרונית, והם דוחים אותה רק מסיבה צדדית :

"... אבל הכא - אי בעי בעל חצר לאוגרי לעלמא הוה מרווח פשתא, כי נמי לא אוגר ליה - לא כייפינן ליה"

(אור זרוע בבא קמא ג/קכג)

הדור לעיקרן - התוס' והרשב"א חולקים על רש"י, ועליהם לספק מובן חלופי לדברי רבה. שניהם מסבירים בצורה דומה (אם כי ייתכן שיש לזהות בדבריהם נימות שונות), במחיר מסויים של פשט לשון הגמרא :

"... כלומר - דדעת שכינה איכא, שלא יהנה אדם בלא מעילה"

(בבא קמא כא. תוס' ד"ה כהדיוט)

רש"י, כזכור, תלה את החילוק בין הדיוט לבין הקדש בנתוני המציאות. אך ברובד ההלכתי הטהור - אין הבדל ביניהם. התוס' מנסח פער הלכתי - בהדיוט, זה נהנה וזה לא חסר פטור. בהקדש - חייב, היות שהתורה קבעה דין מעילה גם בתרחיש של זה נהנה וזה לא חסר.

הרשב"א קרוב לעמדת התוס', אך יש לעיין בלשונו :

11 וכן דעת הטור בחו"מ סימן שס"ג.

12 ייתכן גם שיש לפצל בין דעת הר"י לבין דעת הראב"ה. מהר"י משמע שבדיעבד, אם דר בעל כורחו של בעל החצר, לא יתחייב. זאת משום שמדובר בגרמא בעלמא. אבל מהראב"ה משמע יותר מכך - שאפשר לדור בחצר שכזו מלכתחילה, ולכפות את בעל החצר מדין כופין על מידת סדום.

"... אלא ה"ק - כהדיוט מדעת, ומתנה עמו שיעלה לו שכר הוא, שכן אמרה תורה - שלא יהנה אדם בלא מעילה..."

(ובבא קמא כא. רשב"א ד"ה כהדיוט)

מקושייתו על רש"י ומסוף דבריו, ברור שהוא מחפש הבדל הלכתי בין הדיוט לבין הקדש. אך הקביעה שההקדש כאילו מתנה עם כולם שיעלו לו שכר, היא קביעה מציאותית. שורשה - בקריאת המפה, בדומה לגישתו של רש"י. מכל מקום, אם נחזור לשאלה שהצבנו בפתח הסעיף - ההשוואה בין הדיוט להקדש תיתלה במחלוקת הראשונים. לפי עמדת רש"י יש השוואה ברמה העקרונית. לפי עמדת התוס' (ומסתמא - גם הרשב"א), יש פער למסקנת הסוגייה.

#### ד. אופי דין מעילה

שאלת ההשוואה בין הדיוט לבין הקדש, שבה נגענו, קשורה לשאלה מרכזית בדיני מעילה - מהו האופי של חיוב מעילה? בעניין זה נציג שלוש אפשרויות: אפשרות אחת - מעילה היא גזל גבוה. אפשרות שנייה - מעילה היא סוג של איסורי הנאה. אפשרות שלישית - מעילה היא דין של הסטה מייעוד. נבאר את האפשרויות הללו, אחת לאחת. האפשרות הראשונה היא הנפוצה ביותר, והיא מופיעה בוריאציות שונות. נצטט דוגמה טיפוסית:

"... אבל קרן וחומש של הקדש (=מעילה) אינו משום כפרה, אלא משלם ממון שגול הקדש..."

(כתובות ל: תוס' ד"ה זר)

מי שחידד את האפשרות הזו באופן קיצוני, הוא הגר"ח בחיבורו<sup>13</sup>. הגר"ח שולל חלוקת פנימיות בין סוגי המעילה, וקובע שגם מעילת הוצאה וגם מעילת הנאה מבוססות על היסוד של גזל<sup>14</sup>. אך פקפוק מסויים ביסוד זה, לפחות לגבי מעילת הנאה, עולה מדברי התוס' בקידושין. הגמרא בקידושין מג. קובעת שזה נהנה וזה מתחייב - לא אמרינן. על רקע זה מסתפק התוס' בדין הבא:

13 עיין בחידושי בהלכות מעילה ח/א, וכן בגר"ח על הש"ס סימן שע"ג.

14 כדאי לציין שהתוס' בכתובות ל: ד"ה זר שציטטנו למעלה, עוסק באותו קטע במעילת הנאה, ומכאן תמיכה לשיטת הגר"ח. הלכות נוספות תומכות בשיטתו, ונזכיר רק את דין המשנה במעילה טו, משנה הקובעת שמעילה בקדשי מזבח מצטרפת למעילה בקדשי בדק הבית.

"... מסופק היה ר"י באומר לשליח - הושט ירך לכד של שמן ותהנה מן הסיכה...  
והשליח לא ידע דהם של הקדש, דהשתא לא עשאו שליח אלא מן ההנאה, אם יתחייב  
המשלח כדאמרינן גבי מעילה, או דילמא זיה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן"  
(קידושין מג. תוס' ד"ה שלא)

הרקע לספק הוא שיטת שמאי הזקן, שיש שליח לדבר עבירה. אף על פי כן - זה  
נהנה וזה מתחייב לא אמרינן, גם אליבא דשמאי.

ניתן להבין שהספק של הר"י ביחס למעילת הנאה (כמו סיכה בשמן הקדש), נוגע  
לאופי החיוב. אם יסוד החיוב - גם של מעילת הנאה - הוא יסוד של גזל, אזי הדרינן  
לשיטת שמאי, ויש שליח לדבר עבירה. אך אם יסודה של מעילת הנאה דומה לאיסורי  
הנאה אחרים (על דרך האפשרות השנייה שהעלינו), אזי מודה גם שמאי הזקן שזה  
נהנה וזה מתחייב - לא אמרינן.

ניתן, כמוכח, להציע את החילוק המתבקש בין מעילת הוצאה לבין מעילת הנאה.  
מעילת הוצאה תידון כגזל, ואילו מעילת הנאה תידון כמעין איסורי הנאה. אלא  
שכאמור לעיל - הגר"ח קיצוני לעמדתו, והוא רואה בכל סוגי המעילה סניף של גזל.  
ובקוטב הנגדי ניצב האור שמח, והוא מאפיין גם את מעילת הוצאה כסוג של איסורי  
הנאה.

את הבנתו בונה ר' מאיר שמחה על פירוש המשניות של הרמב"ם. ביחס למשנת  
'נטל אבן או קורה' במעילה יט:, אותה מפרש הרמב"ם מדין מעילת הנאה, מסיק האור  
שמח כדלהלן:

"... ואין בכל דברי רבינו מעילה דהוצאה מרשות לרשות שחדשו רבותינו בתוספות, רק  
נהנה ופגם, דכן משמע כולא ברייתא דתויב דמביא בתלמודין..."  
(אור שמח הלכות מעילה ו/ט)

ולאמיתו של דבר, ניתן אף לדייק כך מפסק מבואר של הרמב"ם במשנה תורה,  
ולא רק משתיקתו. שכן קבע בהלכות מעילה:

"נטל פרוטה של הקדש ונתנה לבלן, אע"פ שלא רחץ - מעל, שהרי נהנה בהיותו רוחץ  
בכל עת שירצה..."

(רמב"ם הלכות מעילה ו/ט)

הרמב"ם עוסק, בהלכה זו, במה שראשונים אחרים הגדירו כמעילת הוצאה. אף על  
פי כן, הנימוק למעילה בדבריו הוא - שהרי נהנה. ומכאן שאפילו במעילת הוצאה (על  
אחת כמה וכמה במעילת הנאה), היסוד המחייב הוא ההנאה, ולא הגזל.

גוון נוסף שנפוץ באחרונים הוא החילוק שבין מעילה בקדשי מזבח ובין מעילה בקדשי בדיק הבית. הנתיבות בסימן כ"ח סק"ב סבור שמעילה בקדשי מזבח היא דין של איסורי הנאה, ואילו מעילה בקדשי בדיק הבית היא סניף של גזל<sup>15</sup>. ניתן להעלות הבנה נוספת, שנוסחה כאפשרות השלישית לעיל. אפשרות זו אינה מחפשת גזל או הנאה, כיסוד למעילה. אלא פשוט קובעים שכל הסטה של חפצי הקדש מייעודם למטרה אחרת, נחשבת למעילה. מעילה, בתמציתה, היא **שינוי הייעוד**, גם אם לא מעורבים בכך יסודות של איסורי הנאה או גזל<sup>16</sup>. ומדברי הגמרא במעילה נוכל ללמוד את ההבנה הזו :

"... כי תמעל מעל - אין מעל אלא שנוי"

(מעילה יח.)

כעת אנו בשלים לשאלת ההשוואה בין הקדש לבין הדיוט. אם מבינים כג"ח, ורואים במעילה סוג של גזל הקדש, אזי קל יותר להזדהות עם הקו של רש"י - קו הגורס השוואה עקרונית מוחלטת בין הדיוט ובין הקדש. לעומת זאת, אם מבינים את המעילה כסוג של איסורי הנאה (ודאי, אם מבינים כשינוי והסטה מייעוד), אזי נבדל ההקדש מן ההדיוט. בהדיוט לא קיימים המחייבים הללו, וכלפי ההדיוט ניתן לדבר דווקא על גזל. לפיכך - שתי האפשרויות האחרונות יובילו לקו של התוס', קו הגורס הפרדה בין הקדש לבין הדיוט.

## ה. גזלן ושואל

הדין של הדר בחצר חבירו שלא מדעתו, מופיע בב"ק צז. בהקשר נוסף. היבט מסויים שהאירו הראב"ד והרשב"א באותה סוגייה, עשוי לקדם אותנו צעד נוסף בהבנת ההבדל שבין הדיוט לבין הקדש. בדף צז. מביאה הגמרא את פטור התשלומים של הדר בחצר חבירו שלא מדעתו. לפטור זה מוסיף הראב"ד את הסייג הבא :

15 עיין בנקודה זו גם בתוס' בכריתות יג: ד"ה אשם, ובקהלות יעקב במעילה סימן א'.

16 עיין בתוס' במעילה יח. ד"ה אין, עם הגהת הצ"ק שם באות [ט]. מהתוס' משמע שיש שתי אפשרויות להבין את השינוי הנדרש בגמרא :

אפשרות אחת - כשינוי מקודש לחול.

אפשרות שנייה - כשינוי מרשות לרשות.

על פי האפשרות השנייה, חזרנו להבנה של גזל כיסוד הדין של מעילה. אך באפשרות הראשונה ניתן לתלות את ההבנה של מעילה כהסטה מייעוד, וראה גם את דברי השטמ"ק שם באות [לג].

"... ובדנחית ליה בתורת שאלה, דאי בדנחית ליה בתורת גולנותא - לא אמרינן...  
ובחצר נמי - צריך להעלות לו שכר, דלא אמרינן בגולה יניחא ליה דליתוב ביתיה..."  
(בבא קמא צו. ראב"ד ד"ה איני)

הראב"ד מצמצם את ההלכה של זה נהנה וזה לא חסר, ל'שואל' בלבד, ולא לגזלן<sup>17</sup>. אך הרשב"א שמצטט את דברי הראב"ד, חולק עליו :

"... ואין דינו של הרב מחזור בעיני... דמ"מ אמר ליה - מאי חסרתך..."  
(בבא קמא צו. רשב"א ד"ה כתב הראב"ד)

הרשב"א מוסיף להוכיח מהסוגייה בכיצד הרגל, שאין לחלק בין נחית בתורת שאלה לבין נחית בתורת גזלנות<sup>18</sup>. אך אם נקבל את עמדת הראב"ד, נוכל להעלות הסבר שונה בהבדל שבין הקדש לבין הדיוט<sup>19</sup>.

בהדיוט - כאשר נחית בתורת גזלנות, חייב לשלם. אלא שיש גם מצבים אחרים של זה נהנה וזה לא חסר, מצבים של דנחית בתורת שאלה. במצבים שכאלו - פטורים מלשלם.

17 עניין זה קשור מעט לרמות השונות שניסחנו לעיל, בדבר הדר בחצר חבירו מדעתו. ראינו שלפי רוב הראשונים, אין חובת תשלום על הדר בחצר חבירו ואפילו מדעתו. אך יש חובת תשלום כאשר דיור זה הוא בעל כרחו של בעל החצר. קביעה זו עשויה לחפוף את חילוקו של הראב"ד, בין נחית בתורת שאלה לבין נחית בתורת גזלנות. אך החפיפה אינה הכרחית, וראה לקמן בהערה הבאה.

18 לעיל שייכנו את הרשב"א למחנה הראשונים הסבורים שאדם לא יכול לדור בחצר חבירו בעל כרחו, ולהיפטר מתשלום. כאן אנו רואים שהרשב"א מיישם תרחיש של זה נהנה וזה לא חסר, אפילו בדנחית ליה בתורת גזלנות.

אז ראשית כל, עלינו להסיק שאין חפיפה הכרחית בין החלוקות הללו של מדעתו ועל כרחו לעומת שאלה וגזלנות. שנית, יש לבאר - כיצד ניתן לדור בתורת גזלנות, שאינה בעל כרחו של בעל החצר? בעניין זה נראים דברי המהדיר שם, בהערה 181. המהדיר מבאר שיישור הקו בין תורת שאלה לתורת גזלנות, נאמר כאשר אדם דר בחצר חבירו שלא מדעתו. זהו התרחיש שמאפשר ירידה לחצר בתורת גזלנות, שאינה כרוכה בכפיית בעל החצר בעל כרחו. אך אם אדם דר בחצר חבירו מדעתו, אזי כל 'בתורת גזלנות' הוא בעל כרחו, ובה מסכים גם הרשב"א שניתן לסלקו.

19 בסגנון מקביל, ניתן להעלות חילוק דומה גם בדברי הרשב"א, בתנאי שמקבלים את המהלך שתיארנו בדבריו בהערה הקודמת. הערנו, שבמצב של 'מדעתו' מודה גם הרשב"א שיש פער בין נחית בתורת שאלה לבין נחית בתורת גזלנות.

כעת, מאחר שבחצר הקדש זה תמיד מצב של מדעתו, דאיכא דעת שכינה, הרי שביחס להקדש תמיד נוצר ההבדל בין תורת שאלה לתורת גזלנות. ומכאן סלולה הדרך לחילוק המוצע.

אך בהקדש - פשוט אין תרחיש של נחית בתורת שאלה. אין להקדש בעלים מוגדר שמוסמך להשאיל לך את חצרות ההקדש. ממילא - כל דיור בחצר ההקדש נתפס במושגים של נחית בתורת גזלנות<sup>20</sup>, וממילא תמיד מחייבים את הדר בחצר ההקדש. הסבר זה יוכל להתאים לגישתו של הגר"ח. שהרי לפיו, אי אפשר לחלק מצד אופי איסור מעילה. לטעמו של הגר"ח, איסור מעילה דומה באופיו לגזל הדיוט, ולכן החילוק המוצע יוכל להתאים לו.

נחתום במאמר מוסגר, ובו נעיר שניתן לדחות את עצם תקיפת הרשב"א לשיטת הראב"ד באופן הבא. דיברנו בראשית השיעור על כך שסוגיית זה נהנה וזה לא חסר מקבלת תפנית משמעותית לקראת סופה.

בחלקה הראשון של הסוגייה משמע שזה נהנה וזה לא חסר - פטור. אך לקראת הסוף משמע שעקרונות יש לחייב, ורק מפאת התגמול של שאייה יוכת שער (או, ביתא מיתבא יתיב) - פוטרים.

הזכרנו את הרשב"א, ואת תמיהתו על הרשמים השונים שעולים משני חלקי הסוגייה. הרשב"א נוטה, בפירוקו לאותה תמיהה, לאחד את החלקים הללו. הוא מסביר שגם הטיעונים שעלו בחלק הראשון, לוקחים בחשבון את התועלת הנגדית המועטת שקיימת.

אך אם נדחה את תירוץ הרשב"א, נוכל להסיק שאכן יש שני שלבים סותרים בסוגייה. ומעבר לכך - יש פער בין הסוגייה בדף צז. לבין הסוגייה בדף כז-כא. ברובה הגדול.

שהרי דברי הגמרא בדף צז. נאמרים על רקע מסקנת הסוגייה בדף כא. על רקע ה'שאייה יוכת שער' ו'ביתא מיתבא יתיב'. ואילו אותו מהלך של רבה, כשהוא מובא בכיצד הרגל, נאמר בשלב הראשון של הסוגייה, השלב שבו פוטרים מעיקרא בזה נהנה וזה לא חסר.

כל סברת הרשב"א מעוגנת ב'מאי חסרתיק' - אמירה שתקיפה גם כשנחית בתורת גזלנות. אבל אמירה זו תואמת רק את השלב הראשון בסוגייה בכיצד הרגל, וגם הוכחתו של הרשב"א היא דווקא משלב זה.

<sup>20</sup> כדאי לשים לב שהסבר זה מחזיר אותנו, מבחינת קו המחשבה העקרוני, לשיטת רש"י. כזכור, רש"י מפרש את דברי רבה במובן המציאותי של ההבדל השורר בשטח בין הדיוט לבין הקדש. גם החילוק שהצענו בראב"ד, חותר להשוואה עקרונית בין התחומים, ולהעמדת הפער כפער במציאות.

הראב"ד, לעומת זאת, בונה את חילוקו בדף צז., בסוגייה שמבוססת על מסקנת הגמרא בכיצד הרגל. למסקנה - קובעים חיוב עקרוני בזה נהנה וזה לא חסר, ורק האיזון של גורם נגדי כמו 'שאייה יוכת שער' מניב פטור.

וכאן ייתכן בהחלט שפטור זה יתקבל רק בדנחית בתורת שאלה. אך התועלת שב'שאייה יוכת שער' מתגמדת ומתאפסת, בדנחית בתורת גזלנות. כאן אומר בעל החצר - שקיל טיבותך ושדי אחיזרי. ואם נסכים למהלך זה, נוכל לדחות את דברי הרשב"א בהתקפתו על הראב"ד.