

מאורות תורת המשפט

תשובות אקטואליות בדיני ממונות

אבישי נתן מייטליס

גליון מספר 88

נשלח חזרה מידי שבועיים, להצטרפות: meorothamishpat@gmail.com

כ"א באדר תש"פ

להשיב תחפושת שאולה שהיתה בקירבת חולה קורונה

המקרה:

לקראת חג הפורים שאלה משפחה תחפושת מידידים. במהלך החג התברר שאחת מבנות המשפחה חולה בקורונה COVID-19 (Coronavirus disease 2019). החולה התעסקה עם התחפושת.

המשאילה טוענת: אני מעוניינת לקבל פריט שהיה במגע של החולה. מבחינתי החפץ אבוד ולא שמיש ולא אכניס אותו לביתי, לכן אני מבקשת לקבל תשלום על התחפושת. כסימוכין לבקשתה היא טוענת ש'שואל חייב באונסין' ועל השואלים לשלם על התחפושת ש'ניזוקה' בביתם.

השואלים טוענים: אנו מעוניינים להשיב הפריט לאלתר, שכן לא נפל פגם בתחפושת. אין הנחיות של גורמים רפואיים להיפטר לצמיתות מחפצים שהיו במגע של החולה.

תשובה

השואל חפץ חייב להשיבו כשהוא שמיש ובר שווי ממוני. כל עוד אין הנחיות של גורמים רפואיים האוסרות שימוש בחפץ כגון התחפושת, לאחר מגע של חולה קורונה, החפץ לא איבד את ערכו הממוני. במצב זה לתחפושת יש ערך ממוני כגון שיכולה להמכר באתרי מכירות והשואלים רשאים להשיבה לבעליה. הבחירה של המשאילים להתייחס לתחפושת כאבודה לא מחייבת את השואלים.

גם במצב בו יש הנחיות להשמיד פריטים שהיו במגע ובקירבת חולה – השואל פטור. כל עוד נעשה בחפץ שאול שימוש סביר ולמטרה שלשמה הושאל, השואל פטור מדין 'מתה מחמת מלאכה'.

נמוקי הדין

חובת הזהירות מהדבקות

הגמ' במסכת בב"ק בדף ס: הזהירה על נהלי זהירות בעת מחלה מדבקת: 'ת"ר, דבר בעיר - כנס רגליך, שנאמר ואתם לא תצאו איש מפתח ביתו עד בקר, ואומר לך עמי בא בחדריך וסגור דלתיך בעדך'. והמהרי"ל בס' נ סבר שאף מוטב לברוח מהעיר בעת כזאת, ופסק כן הרמ"א ביו"ד בס' קטז סע' ה: 'עוד כתבו שיש לברוח מן העיר כשדבר בעיר, ויש לצאת מן העיר בתחלת הדבר, ולא בסופו'.

הגמ' בחולין בדף י. אומרת שחמירא סכנתא מאיסורא, וע"כ נפסק ברמ"א בס' קטז סע' ה להתרחק מכל סכנה. הט"ז בריש ס' יו והמג"א בריש ס' קד כתבו שהמסכן עצמו עובר על 'ונשמרתם מאוד לנפשותיכם'.

הרמב"ן בבראשית יט, יז באר שנאסר על לוט וביתו להביט לאחריהם, בשל חשש מהדבקות ממחלת המכה שניחתה על אנשי סדום: 'וענין איסור ההבטה... ועוד בו ענין, כי הראות באויר הדבר ובכל החליים הנדבקים, יזיק מאד וידביקם, וכן המחשבה בהם, ולכן יסגר האיש המצורע וישב בדד', ויש להזהר מלהקרב ולהדבק מזיהומים ונגיפים, הביאו רבנו בחיי שם. וכן הזהיר על כך בספר חסידים בס' תרעג: 'לפני עור לא תתן מכשול, שלא ירחץ אדם שהוא מוכה שחין עם יהודי אחר אלא א"כ יודיענו... ואהבת לרעך

כמוך... ולא תעמוד על דם רעך'. הרי לן שמוטל על הכל להתרחק מנגיפים מדבקים ולשמור נפשו מלהפגע מהם. וכן פסק המג"א בס' תקעו סק"ג: 'ובשל"ה כ' דכל אחד יברח בניו מן העיר בעת הזאת, ואם לא עשו זאת הן חייבין בנפשותם'.

מנגד, הרמ"א בשו"ת בס' כ' נשאל על משכיר שרצה לבטל הסכם השכירות, בגין כך שהאישה חלתה במחלה מדבקת, והשיב להם הרמ"א שאין בחולי זה כדי לבטל השכירות, מחמת שאינו 'חולי וודאי': 'סוף דבר איני רואה כלל שיוכל משכיר זה לומר אדעתא דהכי לא השכרתי, אף אם נודה שזה שחלתה אשתו של שוכר מיקרי אונס, כ"ש שאינו אונס שראוי לחזור בגינו. כי מה שאומר שהוא חולי מתדבק כולו הבל, ומי שלבו נוקפו אומר כן, כי השם יתעלה הוא המוחץ והרופא. ואם היה כדברי המשכיר בטל כל דיני ביקור חולים כי לא מצינו בשום מקום שחלקו בין חולי מתדבק לשאינו מתדבק חוץ מלענין בעל ראתן דאסרו לישב בצלו. וראייה מפרק המדיר דלא חשבו למום אשה לומר שאדעתא דהכי לא קדש רק בחולי נכפה שהוא מין ראתן, אבל בשאר חולי לא אמרין הכי. וכ"ש בנדון דידן, דחולי זה שכיח מחמת עיפוש האויר הנהוג בעיר ההיא, הוה מידי דשכיח ואין בית אשר לא היה שם חולי זה, דמסיק כל אדם אדעתיה ואיכא למימר סבר וקיבל... מ"מ באונס כי האי לא יוכל לחזור'. כן עולה מדברי הכנסת הגדולה ביו"ד בס' שלה אות ב: 'אין חילוק בין חולי המגפה לשאר חוליים וחייב בביקור חולים'. והכיצד לא חששו לאזהרת הגמ' בב"ק ולדברי הרמב"ן והספר חסידים.

יש לחלק בין רמת הסיכון וודאות ההיזק. אף הרמ"א יודה שבמקום סכנה מובהקת, שברור לכל הזיקה בין הקירבה לחולה להידבקות ממנו, מחוייב להשמר ולהתרחק ממקור הנגע. ברם, כפי שניכר מדבריו בתשובה, מיירי שם בחולי 'מצוי', שכיח וחולף, ואדרבא, הדגיש שאינו חמור כחולה של 'בעלי ראתן', ואין בכך כדי לבטל מצוות ביקור חולים ולבטל הסכם שכירות. כן מבואר בביאור הלכה בס' תקעו בד"ה 'דבמקום חולי' שהיכא שהמחלה פרצה במלוא עוצה אסור להתענות בתשעה באב, והיכא שלא מוחזקת המחלה כ"כ, רשאי להתענות אך ינהג מנהגי זהירות לבל ידבק מהנגיף.

כן עולה מדברי הערוך השולחן בס' תקעו סעי' יב שכל דור ותקופה יש לבחון את הסכנות החיסוניות שאין להם מזור והגנה, ולהשמר מהם לפי העניין: 'כתבו בגדולים דכשאבעבועות שקורין פקי"ן פורחים בתינוקות ומתים יש לגזור תענית וכל אחד מחוייב להרחיק מן העיר... ועכשיו אין זה מצוי, כי זה כק"ן שנים המציאו הרופאים... ועכשיו שכיחי בילדים מחלה שקורין דיפטערי"ט... ונ"ל שאם חלילה המחלה מתרבה בעיר, יש לגזור תענית'.

עולה א"כ שבעת שמתפרצת מחלה חשוכת מרפא מדבקת, מחוייבים הכל לעשות המירב בכדי שלא תפשה ולא תתפשט ותפגע באחרים, כולל בידוד ומניעה מהתקהלויות. וכן מתואר בספר איגרות רבינו עקיבא איגר אגרת עא, עמ' 119 משנת תקע"א לג"ר אליהו גוטמאכר עת שהיה רבה של פלעטשען: 'בענין תפלה בבית הכנסת, לדעת זה אמת שהקיבוץ במקום צר אינו נכון, אבל אפשר להתפלל כתות כתות... ואפשר ע"י עמידת שומר... להשגיח בזה... ותזכירו שמי שהזהרתי אתכם שלא להיות קיבוץ גדול בביהכ"נ במקום צר'.

חיובו של נשא נגיף שהזיק

יש לדון בגדרו של חולה, שהדביק אחרים אם יש לחייבו על המפגעים שנגרמו בעטיו, או נזקי ממון שגרם בשהותו. כיצד יש להגדיר אותו, כאדם המזיק, כדינא דגרמי, כאש, כבור או בור המתגלגל?

ישנם נפק"מ משמעותיות בכך.

א. אדם המזיק חייב בחמשה דברים: נזק, צער, ריפוי, שבת ובושת. [לדעת מרן בס' א סעי' ב דנים השתא רק נזק, ריפוי ושבת, ולא דנים צער ובושת. אך לרמ"א אף ריפוי ושבת לא דנים השתא. ואזי יש לבחון אם הניזק הינו מבני אשכנז או ספרד. וכל זה, רק בכדי שבי"ד לא יטילו עליו חיוב. ברם המזיק עצמו מחוייב לשלם לניזק, בשל חיוב דקאי עליה, ואם לא שילם חשיב כגזלן, כדנקט הקצוה"ח שם סק"ז: 'מ"מ לצאת ידי שמים הוא בעצמו צריך לשלם וגזלן הוא אם אינו משלם']. ואם הוא חיוב מדינא דגרמי, כתב הקצוה"ח בס' שם סק"ב שאינו חייב בד' דברים, מלבד הנזק.

ב. אדם המזיק חייב גם על נזקים עקיפים, כשבת או השבתת עסק/מלון/מחשב, אולם אין לחייב ע"כ אם נראה בו מזיק כ'אש'. הקצוה"ח בס' שם סק"ג הרחיב לבאר שרק לגבי חיובי אדם המזיק שהזיק לאדם, התורה ריבתה לחייבו בארבעה דברים, ואפילו שבת שלא במקום נזק, אבל בנזקי שור לא חייבה תורה אלא בנזק בלבד. ולהכי נועל ביתו וחנותו של אדם אינו חייב על שהשביט

לו את החנות ממלאכתו. הרי לן שרק אם יוגדר כאדם המזיק יהא חייב על הנזק הישיר שהפיץ הוירוס, ויחוייב בסכום הנדרש לריפוי ועל השבתת החולה כתוצאה ממחלה זו, אך אם הינו מוגדר כאש לא יהא חייב אלא בנזק בלבד.

ג. בנזק 'אש' ישנו פטור ייחודי של הטמון וחבוי בגדיש בעת שהאש כילתה ושרפה, כדעת חכמים במשנה בבב"ק בדף סא: ודלא כר' יהודה, וכמותם נפסקה ההלכה ברמב"ם בהל' נזקי ממון פי"ד ה"ט ובשו"ע חו"מ בס' תיח סעי' יג. אך בחיובי אדם המזיק אין כל פטור של טמון, כפי שפסק הרמב"ם הל' חובל ומזיק פ"ז הי"ז-ח. וזהו לשון השו"ע חו"מ שפח סעי' א: 'כל המזיק ממון חברו, ואינו יודע מה הזיק, הרי הניזוק נשבע כתקנת חכמים ונטל'. ואם כתוצאה מההדבקה בנגיף יצטרכו להשמיד חפצים, ויש בהם פריטים חבויים וטמונים, אזי יהא פטור ע"כ אם מקור חיובו הוא כאש (פשיטא לי שלא נכון לומר שפגע במערכת החיסון, ויהא פטור ע"כ בשל היותה טמונה בגופו. שכן יש לראות את מכלול האדם כאחד. דאל"כ, לא נחייב בתאונה על נזקים ששפגע בחלקי המנוע וכדו' בהיותו טמון וחבוי, אלא רק על נזקי פח החיצוניים. ופשוט שרואים שהזיק לרכב כמכלול אחד. וכן לא היינו מחייבים על שהזיק למנגנון מכונה או שעון בהיותם טמונים. מה גם שדוגמאות אלו, הינם מצויים אצל הכל, וחייב על טמון שדרך אינשי להצניעם). וכן באם יזיק ב'אש' קבצי מחשב, אפשר לראות בכך כטמון.

ד. הש"ך בס' א סק"ב הביא בשם המהרש"ל שאין דנים בזה"ז נזקי אש ובור, אזי אם הינו מוגדר כאחד מיניהו, לא דנים אותם לשיטתיה. בניגוד לדעת השבות יעקב שמובא בפת"ש וכן הביא הקצוה"ח שם סק"ב מהגה' אושרי ותוס' שדנים אש בזה"ז, וכ"כ בשער המשפט. ושמא כוונת המהרש"ל הינה למ"ד שאישו משום ממון, ולא כחיציו.

ה. קטן פטור על נזקיו, אף לכשיגדיל, כמבואר בס' תכד סעי' ח ובס' שמט סעי' ג, ואין לחייבו באם הוי כמעשה אדם המזיק (אומנם בספר חסידים סי' תרצב חייב לכשיגדיל, והרמ"א באו"ח סי' שמג הביא מתרו"ד שטוב שישלם כתשובה, וכן סברו ה"ט"ש שם סק"ב והמשנ"ב שם סק"ט). אך יש לדון באם שלחו קטין נשא, אם הוי כגחלת שיש חיוב רק בדיני שמים על המשלח, אך אם בידו שלהבת, אזי ישנו חיוב ביד המשלח כדילפינן בבב"ק בדף נט: ואם החיידקים נחשבים כאש ביד הקטין, אזי משלחו חייבים על נזקיו.

ו. אם נראה בו כמזיק מטעם בור, אזי יהא פטור על נזקי כלים.

לא נראה להגדיר את הוירוס כ'בור, ולראות אותו כבור המתגלגל ברגלי אדם וברגלי בהמה, המבוארים בבב"ק בדף נ: ראשית, משום שבור הוא מזיק פסיבי, ואין הוא הולך ומזיק, ואילו וירוס הוא מזיק אקטיבי שתוקף את הניזק במקום המצאו. ועוד: הוירוס, כוח אחר מעורב בו - באמצעות האויר, ואילו בבור, אין כוח אחר מעורב (כשעפים מראש הגג ע"י כח אחר, אזי הנזק הוא בעת התעופה, ולא מצד האסון"מ לכשעצמם).

הרמב"ם בהל' חובל ומזיק פ"ו ה"י כתב: 'אחד המזיק בידו, או שזרק אבן או ירה חץ והזיק בו, או שפטר מים על חבירו או על הכלים והזיק, או שרק או נע והזיק בכיחו וניעו בעת שהלכו מכחו, הרי זה כמזיק בידו והם תולדות של אדם. אבל אם נח הרוק והכיח על הארץ, ואחר כך נתקל בהן אדם הרי זה חייב משום בורו, שכל תקלה תולדת בור היא כמו שביארנו'. נחזה אכן, מה יהא הדין ברקק ובאה רוח והעיפה אותו. הרמב"ם לא מנה אפשרות זאת. הלא אינו מעשה אדם בידו ואינו חציו, ולא שייך להורות לחייב על כך מדין אדם המזיק ולא כאש משום חציו. ואף בור אינו, שהרי לא נתקלים בהם.

נחלקו בכך השיטות בגדרו של חולה שהדביק אחרים.

א. בחשוקי חמד בבב"ק בדף נ: דן לגבי חולה חצבת שבא למקום ציבורי והדביק אנשים, האם חייב לשלם להם דמי שבת. וכתב הגר"י זילברשטיין שם: 'והנה אמרין בגמרא המעמיד בהמת חבירו על קמת חבירו חייב. מעמיד פשיטא, לא צריכא דקם לה באפה. והנה נחלקו הראשונים בטעם חיוב המעמיד, דעת התוס' שחייב משום שן ורגל, ודעת הרשב"א שחייב משום אדם המזיק. ולכאורה קשה, בשלמא לדעת התוס' התורה חייבה בשן גם אם לא עשה מעשה בגוף הניזוק, אלא לדעת הרשב"א שחיובו משום אדם המזיק, מאי שנא מהמסלק כרים וכסתות, שפטור שלא עשה מעשה בגוף הניזוק'. ונראה להסביר על פי דברי החזו"א (בבא קמא סימן א סק"ז) שהסביר דהרשב"א שכתב דהוי אדם המזיק, היינו מדין אש, כלומר התורה חידשה שבאש אין צריך לעשות מעשה בגוף הניזוק, אבל המסלק כרים וכסתות, הרי אשו לא הזיק, אלא שסילק את המונע, ואי אפשר לחייבו אלא מדין אדם המזיק, ובזה יש לעשות מעשה בגוף הניזוק'. 'ובענינו מי שיש לו מחלה המדבקת באויר, הרי זה כמו מעמיד בהמת חבירו על קמת חבירו, שהלכה ואכלה, ובריא הזיקא, והכא נמי היא בריא הזיקא, ולהרשב"א חייב מדין אדם המזיק, וכדבריו נפסק בשו"ע (סימן שצד ס"ג) וכמו הסבר החזו"א שהוא מדין אש'. 'וא"כ אם נחייב אותו משום אש, חייב לשלם לחבירו את השבת, כמו שפסק השו"ע (סימן תיח ס"י"ז) שאשו משום חיציו חייב לשלם ה' דברים. ונראה דהוי היזק ניכר, שהרי לאחר כמה שעות ניכר מיד שהוא חולה, וחומו

עולה, ויש גם סימנים בגופו, והרי זה היזק ניכר. אלא שיש לבדוק כל מקרה לגופו, אם ודאי נדבק ממנו, ואם זה ודאי בריא היזקא כמו מעמיד בהמת חברו על קמתו. ואולי נחשב להיזק שאינו ניכר, וצ"ע.

הרי שהבין שחיובו כדין אדם המזיק, ויהא חייב בה' חיובי המזיק, כולל שבת. הוי אומר שאם הדביק נשא מאן דהו, והנפגע נאלץ להעדר מעבודתו, יהא חייב לו כדין שבת, כמבואר בסי' תכס"ז כפועל בטל, והט"ז אמד זאת על חצי משכרו. והרמ"א שם העיר שהכל לפי העניין, וכבר הביאו בפד"רים שאם זהו משכורתו שאיליו נושא נפשו כדי חייו, ולא היה נמנע מלהתאמץ למענה, אזי האומדן הינו אחרת.

ב. בחבל נחלתו חלק כ"א ס' טו הרבה להקשות על הבנה זו, שלא מצאנו מזיק מכח שני באדם, שיחשב כאשו משום חציו, ועל כן גם המדביק במחלה לא תחשב פעולתו כאש אלא ככח שני שלו שעל כך הוא גרמא, אבל לא נחשב כמזיק בגופו: 'היוצא מגופו של המזיק אינו נחשב כאש שהיא דומם שהאדם יצרו או היה ברשותו ולא שמרו כראוי, וכח נוסף הולך והזיק. כאן כיון שיצא מגופו בכח ראשון יש כאן אדם המזיק ובכח שני גרמא בנזיקין. לא מצאנו מזיק מכח שני באדם, שיחשב כאשו משום חציו, ועל כן גם המדביק במחלה לא תחשב פעולתו כאש אלא ככח שני שלו שעל כך הוא גרמא, אבל לא נחשב כמזיק בגופו'. אף שיש לו מידת אחריות רבה שלא הסתגר בביתו לבל ידביק אחרים בחידקים ובווירוסים, אולם אין בכך כדי להוות כאדם המזיק.

ואם יורשה, מבלי להכנס לעובי ההרים ומבלי להגדיר את גידרו של המדביק אחרים, אפשר שהיכא שמידת ההדבקה של הזולת מובהקת ומיידית, שיש לכו"ע לראות בכך כאדם המזיק, שכן לשון הרמב"ם בה"ל שכנים פ"ה שהביא הגר"י אפשטיין בחבל נחלתו מורה על כך: 'כל אלו וכיוצא בהן אין צריך להרחיק בכדי שלא יזיק ועל הניזק להרחיק את עצמו אם ירצה עד שלא יגיע לו הנזק, שזה בתוך שלו הוא עושה, והנזק בא לחבירו מאליו. במה דברים אמורים שאינו מרחיק כשהיה הנזק בא מאליו אחר שיפסקו מעשיו של מזיק, אבל אם היו מעשיו של זה שעושה ברשותו מזיקין את חברו בשעת עשייתו, הרי זה כמי שמזיק בידו. הא למה זה דומה למי שעומד ברשותו ויורה חצים לחצר חברו ואמר ברשותי אני עושה שמונעין אותו, וכן כל הרחקות האמורות למעלה בענין זה אם לא הרחיקו הרי זה כמי שהזיק בחציו'. כן יש לראות את מי שהוא נשא של מחלה ומעבירה לזולת.

נראה יותר שיש לחייב את החולה נשא הווירוס מטעם אדם המזיק, כיון שהתפשטות הנגיף אינה באופן שכמדליק אש בתוך שלו, והרוח המצויה ליבתה את האש והעבירה אותה לשדה חברו. יש לראות בהיזק זה שהנגיף פושה וכחץ היוצא ופוגע בשדה חברו, והבערת האש והנגיף ברשותו. ממילא יש מקום לחייבו גם על שבת ועל הטמון.

לא שייכת הסברה ש'כלו חיציו' לפוטרו ממעשה האדם המזיק, שהרי בין הנשא של הווירוס לבין השוהים בקירבתו לא מפרידה כל גדר ואין מכשול ומחסום שימנע מהנגיף והחץ שלו מלפגוע בזולתו. ואזי, גם אם תוצאות ההדבקה מתגלות רק כעבור זמן, נחשבת היא לפעולה ישירה שלו.

האם מחלה מדבקת ונגיפית הינה היזק הניכר

הגמ' בב"ק בדף ה'. שואלת מדוע ר' אושעיא אינו מונה את המטמא, המדמע והמנסך ברשימת אבות הנזיקין בדומה לר' חייא אשר מנה אותם ברשימתו, והשיבה הגמ': 'מה נפשך, אי היזק שאינו ניכר שמיה היזק, הא תניא ליה נזק, אי היזק שאינו ניכר לא שמיה היזק, הוה ליה קנסא, ובקנסא לא קמיירי'. נמצאנו, שאם היזק שאינו ניכר שמיה היזק, הרי הוא כלול בדין מזיק, ואם אינו היזק, חיובו רק מדרבנן כדברי הגמ' בגטין בדף נג. בגדר קנס, ור' אושעיא לא מנה קנסות.

יש לחקור מהו גדרה המדויק של תקנת חכמים זו. האם חכמים תיקנו קנס מיוחד למי שמזיק בהיזק שאינו ניכר, או שמא חכמים תקנו שהמושג מזיק יהיה מורחב גם לגבי מי שמזיק בהיזק שאינו ניכר. נפק"מ לחקירה זו אם כל ש'אינו ניכר' בכלל ההיזק הוא, שכן הרחבנו את גדר מושג ה'נזק', או שרק אותם מעשים שהגדירו חכמים נחשבים כנזק, ולא לגבי יתר היזקים שאינם ניכרים. כך או כך, שפיר מובן מדוע ר' אושעיא לא ציין נזק זה, ומדוע ר' חייא ציינו במפורש ולא הסתפק ולא כללו בכלל דין 'נזק'.

יהא נפק"מ לכך אם 'היזק שאינו ניכר' נגבה מ'מיטב' כדין יתר הנזיקין. האם חכמים הרחיבו את המושג נזק שכלול בתוכו גם היזק שאינו ניכר. או דילמא הינו קנס העומד בפני עצמו, ואין לכוללו כיתר דיני הנזקים. הרמב"ם בה"ל חובל ומזיק פ"ז ה"ב כתב: 'טימא אוכלין טהורים של חברו או שדמע פירותיו או עירב לו

טיפת יין נסך בתוך יינו... שמין מה שהפסיד ומשלם נזק שלם מן היפה שבנכסיו, כדרך כל המזיקין'. להדיא הגדיר נזק זה: 'כדרך כל המזיקין'.

יש לדון אם חיידק או וירוס העובר, הינו היזק ניכר או לאו. הרמב"ם בהלכות חובל ומזיק פ"ז ה"א הגדיר מהו היזק שאינו ניכר: 'המזיק ממון חברו היזק שאינו ניכר, הואיל ולא נשתנה הדבר ולא נפסדה צורתו, הרי זה פטור מן התשלומין דין תורה. אבל מדברי סופרים אמרו, הואיל והפחית דמיהן הרי זה חייב'. הרי בכדי להגדיר המעשה כנזק, אזי צריך שיוכר ויראה, ובמעשה ההדבקה אינו ניכר נזקו. כן עולה מדברי רש"י בגיטין בדף נג: בגדרו של היזק שאינו ניכר: 'כגון הני דמתניתין (המטמא, המדמע והמנסך), שלא נשתנו מכמות שהיו'. וכן פירש רש"י בב"ק בדף ה: 'כגון הכא דאין הנזק ניכר בתוך הפירות, דלא חסר להו'. הרי שצריך ההיזק להיות ניכר ונראה.

לכאורה היה מקום לתלות זאת במחלוקת הראשונים. תוס' בב"ב בדף ב: בד"ה 'וחייב באחריותו' כתבו שכרם על התבואה ושרץ על הטהרות (אם יודעים שהוכשרו הפירות לקבל טומאה) נחשבים כהיזק הניכר, אף שהינם נזק 'רוחני' והלכתי גרידא, בשל כך שניכר האיסור והנזק לעין: 'אף על גב דהיזק שאינו ניכר לא שמיה היזק, נראה לר"י דהאי חשיב היזק ניכר שהרי ניכר הוא שהוא כלאים, כשרואה הגפנים בשדה ומטמא, אף על פי שרואין השרץ על הטהרות לא חשיב היזק ניכר דמי יודע אם הוכשרו'. ברם הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי חלק ע"כ: 'ויש לומר דהאי נמי היזק שאינו ניכר הוא'. הרי לן דנחלקו אם היזק הלכתי ורוחני הניכר לעין מהוה כנזק, וכיון שאותות הנגיף באים לידי היכר, אזי לתוס' יהא להחשיבו כמזיק, ולרמב"ן רק מדין קנס ורק במזיד נחייבו. ובקובץ שעורים ב"ק אות קכח באר שנחלקו אם צריך להיות ניכר בפעולת ההיזק או בתוצאה. אומנם, אם רק שהה נשא הנגיף בחדר, ולא ניכר שום תסמינים וסממני גוף, ואין וודאות אם הדביק מאן דהו, אין לראות בכך היזק ניכר אף לשיטת התוס' (והעירוני, שכשם שהמניח בצד הכותל סיד חשיב מזיק, אף שתוצאת פעולתו ניכרת רק לאחר זמן רב).

השער המלך בהלכות חובל ומזיק פ"ז ה"ג נשאל על מי שהטריף קדירה של חברו: 'הוה עובדא ושאלה אשה משכנתה קדרת בשר של חרס כדי לבשל בה ובעודה מבשלת שכחה ותחבה כף חולבת ולא היה במאכל ס' באופן שנאסרה הקדרה והמאכל והן עתה נפשה לשאול הגיעה אם היא חייבת לשלם לה הקדרה או לא', ופטר השער המלך בשל כך שיכול לומר הרי שלך לפניך, והוי כמתה מחמת מלאכה וגם הוי היזק שאינו ניכר ואין לקנוס במקום דמטי ליה פסידא. ולא סבר לבחון אם ניכר האיסור, אלא כל שאינו ניכר לעין הוי כאינו ניכר. והמנחת שלמה ח"א ס' פח דן בדבריו מדוע לא יחשב כאדם המועד לעולם שהזיק.

יש שהוכיחו מדברי השטמ"ק בב"ב בדף לב. שכל שניכר עובדת הנזק, מחוייב ע"כ, אף אם אינו פיזי גמור. שכן כתב לגבי המוצא פרה שאבדה בדרך: 'הכא מיירי שניכר בה שהיא תועה אינה יודעת להיכן היא הולכת, הילכך הויא אבידה וחייב בה'. ודימו זאת לכל נזק פיזי המתחולל, אף ש'האבודה' אינו נזק ממשי.

כן הגדיר זאת הנמק"י בב"ב בדף לד. מדפי הר"ף לגבי שהחמיץ את יינו: 'נשתנה ריחו וטעמו ולא מצי למימר ליה הרי שלך לפניך', אף שפעולת היזק אינה ניכרת, אך בשל התוצאה הניכרת חשיב כנזק גמור. ומסתבר שזהו יסוד לדברי הפת"ש בס' שפה סק"א שהביא מדברי הפרמ"ג או"ח בפתיחה בהנהגת או"ה סוף סדר ב' שכתב: 'וז"ל, התוחב כף של איסור לתוך חבירו שוגג פטור כו', אך באין מינו י"ל דנרגש הטעם והוה היזק ניכר וצ"ע'. הרי לן שיש לראות בהיזק זה כאינו ניכר, אא"כ ניכר בטעם (באינו במינו). מצאנו א"כ, שאם ניכר ה'איסור' בטעמו יהא חשיב ניכר.

מנגד, בחשוקי חמד בב"ב בדף ה. עמו' נח ובדף צו: עמו' תי הביא דברי חותנו הגרי"ש אלישיב משמיה דה'דור רביעי' לחת"ס שסבר שאין ההיזק ניכר, אם הינו רק נזק רוחני והלכתי ולא פיזי.

אומנם לענ"ד, יש לחלק בין הנידונים. ונקדים ונקשה, מדוע השופך רעל או חומר ניקוי לתבשיל נחשב למזיק ולא נחשב כהיזק שאינו ניכר? ברור לכל, שכיון שהמידע שברשותינו הינו שיש בכך להזיק, מחשיבו כמזיק ולא כאינו ניכר. כמו כן, יש להתייחס למחלה נגיפית, וכיון שידוע ומאובחן שחיידק וכן וירוס עוברים לזולת בנשיפה ובנשימה בקירבת נשא הנגיף, חשיב לכל העולם כמזיק, ולא נכון להגדיר זאת כלא ניכר (לפחות היכא שנפגע וחלה מכך, ולא רק כנשא הנגיף). ואינו דומה לאיסור הלכתי גרידא, שאין הנזק מאפיין את המאכל והקדירה, אלא איסור רמי עליה.

נפצים שהיו בקירבת חולה שאובחן בחיוב

במקרה דידן, קיבלה המשפחה תחפושת בהשאלה מידידים, וכיון שחלה אחד מבני המשפחה שהיה במגע עם התחפושת, מבקשת המשאילה לראות בתחפושת כאבודה מהעולם ואינה רוצה לקבלו בחזרה, ומבקשת את דמיה. ויש לדון אם התחפושת נחשבת כאבודה, כדברי התובעת.

ראשית, יש לקבל חוות דעת מקצועית של גורמים מומחים בתחום, להבין האם יש טעם בטענתה. וברור כי באם היה הפריט מצוי אצל מבדד גרידא ולא נמצא כחולה, אזי טענה זו הינה חשש שוא, הנובעת מתוך לחץ, ואין חסרון דמים בפריט וניתן להשיבו. ברם כיון שהיה מצוי בבית חולה שאובחן וטופל – חשש התובעת מוצדק. אם כי, לפי טענת גורמי הרפואה ומומחים של ארגון הבריאות העולמי אומרים שהנגיף שורד על משטחים לא יותר מכמה שעות. כך שבעבור מספר שעות שהתחפושת תשהה במקום מרוחק מנשא הנגיף, יכולים השואלים להחזיר את הפריט השאול אף בעל כורחה של המשאילה. ואם המשאילה אינה רגועה דייה, היא יכולה להעזר בחומרי חיטוי המנטרלים ביעילות את הנגיף.

על מנת להחשיב את הפריט כאבוד, יש לבחון אם הוא יכול להמכר בשוק (אף שרק לבעליו הינו בר חשיבות ושווי, ולא ימצא לו קונה זר מחמת מאפייני החפץ, כפי שכתב הנתיב"מ בס' קמח סק"א והוכיח מתוס' בכתובות בדף ל: בד"ה 'לא צריכא' לגבי מי שתחב לפי חבירו אוכל של פלוני ונמאס בכך ואח"כ אכלו אם חשיב שיש לו ערך לשוק. וכן דנו בכך הקהילות יעקב בב"ק ס' לט ופתחי החושן חיקן פ"י סקמ"ד), ואם יש לפריט ערך ממוני והינו יכול להמכר באתרי המכירות חרף היותו בשימוש בקירבת חולים בקורונה, אזי חשיבי כבעלי ערך, וניתן להחזיר על אף התנגדות הבעלים החוששים מהנגיף העלול להימצא בו.

הגמ' בב"ק בדף ק"ח. אומרת שאם הפקיד ביד שומר בישוב, השומר אינו יכול להחזיר לו במדבר. אך אם הפקידו במדבר, יכול להשיב לו בע"כ שם, חרף התנגדותו להחזרה שם מפני חשש הגניבה שקיים שם, והטורח שלו לנייד את הפקדון לעיר. וכפי העיר התוס' בגיטין בדף עה. ד"ה מכלל, שיכול הנפקד להשיב בכל מקום את הפקדון, וכן פסק בשו"ע בריש ס' עד. ואם נמצא שיש דמים וערך לתחפושת, אזי יכולים השואלים להשיב את התחפושת שניתנה להם, למורת רוחה של בעליה.

שואל פטור כשמתה 'מחמת מלאכה'

שואל חייב באונסין, הואיל וכל הנאה שלו, ובאר הרשב"א בב"מ בדף לו: שמטעם זה רואים את השואל כבעל הבהמה ומוטל עליו להשיבה בסיום השאלה, ואם אינה בידו להשיב הינו חייב עליה אף לו מתה באונס. ברם השואל פטור אם מתה הבהמה מחמת מלאכה, כפי שהגמ' בב"מ בדף צו: מנמקת: 'ולאו לאוקמא בכילתא שאילתה'.

בטעם פטור זה, נחלקו הראשונים; לשיטת הרמב"ן וכן באר הר"ן בדף נה: מדפי הרי"ף על המשאיל ליתן ביד השואל את שביקש לצרכיו, לפי צרכי הבקשה שהציג, ואם מתה הבהמה מחמת מלאכה, הוי אומר שהבהמה לא יכלה לשאת במשא שלשמה הושאלה, וכי המשאיל פשע והזיק עצמו כשהשאיל בהמה לא כשירה לשימוש שהתבקש ללא כל הגבלה וסייג. אולם הרשב"א באר שהמשאיל היה מודע לכך שכתוצאה משימוש השואל הבהמה תוכחש, והסכים לכך. הוי אומר שהמשאיל מחל על כחש הבהמה, ומה לי כחשה מה לי מתה, הלא מחל המשאיל על כחש הבהמה לשם צרכי המשאיל. ואילו הריב"ש ס' ד סבר שהשואל טוען כלפי המשאיל – מקח טעות, ולא התכוון לשאול בהמה שלא תעמוד ולא תשרוד את צרכי השאלתו.

המשנה בב"מ בדף עה. מפרטת את דינו של שואל שחרג מתנאי ההשאלה, אך הבהמה מתה כדרכה, מסיבה טבעית: 'השוכר את החמור להוליכו בהר והוליכו בבקעה, בבקעה והוליכו בהר, אפילו זו עשר מילין וזו עשר מילין, ומתה – חייב'. הגמ' שם מבארת שדין המשנה אמור כשאפשר לתלות בשינוי מייעוד ההשאלה את סיבת מיתת הבהמה, אך אם ביקש להוליכה בהר והוליכה בבקעה, והחליקה – פטור, שכן ההר מחליק יותר, והיקל על הבהמה מבחינת ההתמודדות עם החלקות. וכן אם ביקש להוליכה בבקעה והוליכה בהר, והוחמה – פטור, שכן היקל על הבהמה כשלקחה בהר מבחינת עומס החום כששינה והוליכה בהר. ברם ברור, שאם הוליכה במקום המיועד בהתאם לבקשתו, והוחמה שם, שפטור על מיתת הבהמה, כדין מתה מחמת מלאכה.

בנידון דידן, השואלים שאלו תחפושת וחייבים באונסיה, אך בכך ש'הודבקה' התחפושת תוך כדי שימוש סביר שלשמו הושאל, הוי כדין ששאלו בהמה להעלות להר והוחמה הבהמה בהר, שפטורים מדין מתה מחמת מלאכה. ועל כן, גם אם תהיה חוות דעת של הגורמים הרלוונטים להשמיד את שנמצא בקירבת חולה מאומת, יהא השואל פטור, כדין מתה מחמת מלאכה. כלומר, הנגיף התקיף את השואלים ואת התחפושת, וכיון שלא חרגו השואלים מתנאי ההשאלה, הינם פטורים על התחפושת אף אם נדע שהינה

נגועה וצריך להשמידה. לשיטת הרשב"א י"ל שמחלו הבעלים על כחשה והפסד התחפושת מחמת שימוש כשהיא בידי השואל, אך לשיטת הרמב"ן צ"ע, מה פשעו בעלי התחפושת בהשאלתם?

הטור בס' שמ הביא דיון לגבי מי שהולך את הבהמה השאולה בדרך שביקש, אך שדדו אותו ונלקחה הבהמה, אם חייב. הרמ"ה פטרו מדין מתה מחמת מלאכה והרא"ש חייבו. ובאר המחנה אפרים והש"ך שם סק"ה שדין זה יהא נכון רק לשיטת הרשב"א, שכן לרמב"ן יש לתמוה שאין פגם בהשאלת המשאיל. וכן הביא הסמ"ע שם סק"ח מדברי התרוה"ד אם שאל חרב ונלחם עימה, ונלקח הסיף בלחימה, שפטור עליה. וסבר הש"ך שם סק"ז שלשיטת הרמב"ן יש לחייב בכגון דא, שכן מה פשע המשאיל. והנה בנידון דידן לא היתה אשמה ופשעית המשאיל, והנגיף שהגיע מבחוץ הזיק לפריט שהושאל, ויש לחייב את השואל לשיטת הרמב"ן, שהרי אין דין מתה מחמת מלאכה הכא לשיטתיה.

יש לבחון אימתי היתה השאלת התחפושת. אם הושאלה לאחר פרוץ הנגיף אזי בעת ההשאלה היה המשאיל צריך להיות מודע לאפשרות זאת, כמו מי שיתן רכבו לנסיעה באיזור מועד לזריקת אבנים. אומנם במעשה דתרוה"ד, ידע שלוקחו למלחמה ועל דעת כן ניתן לו, ועשוי להיות שיפסיד במלחמה וילקח הסיף, ואפ"ה נקטו בשיטת הרמב"ן שחייב ע"כ. ואם השאלת התחפושת היתה לפני פרוץ הנגיף, אזי אכן לרמב"ן ולש"ך שם סק"ז שנקט כוותיה אין מקום לפטור את השואל. אך לא ניתן לחייבו בשל כך שיאמר קים לי כמרן השו"ע והרשב"א.