

## הרב שמואל שמעוני

### בעניין קיזוז בנזקים ובחייבים, בישראל ובנוכרי

#### א. שיטת רש"י על פי הרא"ש

שנינו:

שני שוורין תמין שחבלו זה את זה - משלמין במותר חצי נזק; שניהן מועדין - משלמין במותר נזק שלם; אחד תם ואחד מועד, מועד בתם - משלם במותר נזק שלם, תם במועד - משלם במותר חצי נזק. וכן שני אנשים שחבלו זה בזה - משלמין במותר נזק שלם. אדם במועד ומועד באדם - משלם במותר נזק שלם; אדם בתם ותם באדם, אדם בתם - משלם במותר נזק שלם, תם באדם - משלם במותר חצי נזק...  
(בבא קמא לג ע"א)

ותמהו התוספות (ד"ה שני), "דכולה מתניתין שאין צריכה היא", ולהלן נעסוק במה שתירצו. לפני כן, נראה את התשובה שדייק הרא"ש מפירושו של רש"י למשנה:

פירושו התוספות דכולה משנה כדי נקטא, דאין בה שום חדוש. ומתוך פירוש רש"י נראה לי שרוצה לומר שיש חדוש גדול במשנה, וזה לשונו: במותר שמין מה שהזיקו של זה יותר מנזקו של זה, ובאותו מותר שהזיק יותר משלם החצי. מועד בתם משלם במותר, כלומר אם הוא הזיק את התם יותר משהזיקו תם. ומה שהוצרך לפרש מועד בתם וכו', כבר פירש לנו פירושו של במותר, אלא דקדק בלשונו: אם הוא הזיק בו יותר משהזיקו תם, לומר לך שהתם משלם נזק שלם בנגיחה זו. כגון אם חבל מועד בתם חמשים ותם במועד ארבעים, הדין נותן שישלם מועד בתם שלשים, קא משמע לן שאין משלם אלא עשרה, דהיינו יותר על מה שהזיקו תם. וסברתו, משום שהתחילו כאחת, אין כאן חבלה אלא המותר. ולשון 'במותר' משמע כפירושו, דמשמע אמותר חבלה קאי, ולא אמותר חיוב התשלומין. והתוספות לא הסכימו על זה, כיון שפירושו דמשנה שאין צריכה היא.

(פ"ג סי' יג)

הרא"ש מבאר שלשיטת רש"י הקיזוז במקרים הנידונים במשנה אינו בין החייבים אלא בין הנזקים, וזאת לדבריו, "משום שהתחילו כאחת". אילו היה מדובר בשני אירועים נפרדים, שבאחד מהם התם נגח במועד, ובשני המועד נגח בתם, כל אירוע היה מקים חיוב נפרד כדיני נזיקין, והחייבים היו מתקזזים ביניהם, כך שאם - כדוגמה שנתן

הרא"ש - התם נגח והזיק 40 והמועד בתורו הזיק 50, בעל השור המועד אכן היה מתחייב 30, דהיינו הסכום שהזיק חסר חיובו החלקי של בעל השור התם על הנזק של שורו. אולם, כאשר השוורים "התחילו כאחת", מדובר באירוע אחד של נזק, שבו הצד שהזיק יותר לא הזיק אלא בהפרש שבין הפגיעה שהוא פגע לבין הפגיעה שהשני פגע.

אם נשים לב, אנו בעצם מתמרנים בין שלושה מושגים שונים:

א. הפגיעה - כל שור פגע בחברו, ובכך פגע גם בבעליו, פגיעה שניתן להעריך בסך מסוים של ממון.

ב. הנזק - הפגיעה שאותה רואה התורה כעילה לחיוב.

ג. החיוב - סכום הממון שאותו משיתה התורה על בעל השור בגין הנזק, לפי דינו של השור.

במקרה הנידון, הנזק הוא החלק של הפגיעה שעודף על הפגיעה הנגדית באותו אירוע, והחיוב שיושת בגין הנזק נקבע לפי מעמדו של השור כתם או כמועד.

כמובן, יישומו בפועל של דין זה אינו פשוט, שכן ההגדרה של האירוע כאחד והדרישה של "התחילו כאחת" הינן קשות למדידה. יתר על כן, הגדרתו העיונית של המקרה הופכת למורכבת יותר אם נצרף את דין משנתנו לדין המשנה בדף הקודם:

שנים שהיו מהלכין ברשות הרבים, אחד רץ ואחד מהלך, או שהיו שניהם רצין, והזיקו זה את זה - שניהם פטורין.

(לב ע"א)

ממשנה זו נראה שבמקרה של פגיעה הדדית אין עושים קיזוז של הנזקים או של החיובים, אלא פוטרים את שני הצדדים. ובביאור החילוק בין שתי המשניות נראה, שבמשנה בדף לב מדובר בנזק של התנגשות, שבו כל צד אינו אחראי אך ורק לנזק שנגרם לזולתו, אלא גם לנזק שנגרם לעצמו. על כן, איננו עורכים חשבון של הפגיעות השונות, אלא רואים זאת כאירוע אחד של תקלה שנגרמה ולא כמערכת של פגיעות הדדיות. במקרה של התגרה הנידונה במשנה בדף לג, לעומת זאת, כל צד פגע בחברו ולא בעצמו, ועל כן זכאי לתבוע את נזקו. על פי דיוקו של הרא"ש בשיטת רש"י, משנה זו נמצאת בתווך שבין שני תרחישים. תרחיש אחד הוא זה של המשנה בדף לב, שכלל לא מוגדר כפגיעה של האחד במשנהו. תרחיש שני הוא זה שהזכרנו לעיל, של פגיעה של שור אחד בחברו ביום אחד, ופגיעה נגדית של חברו בו ביום אחר, שבמסגרתה כל פגיעה מקימה חיוב נפרד, ורק החיובים הם שמתקזזים. במקרה של משנתנו יש פגיעה

הדדית, אך הנזק המחייב אינו אלא ההפרש שבין שתי הפגיעות. ההצדקה לקיומו של גדר ביניים זה איננה ברורה כל צרכה, וה' יאיר עינינו.<sup>1</sup>

## ב. שיטת התוספות והנימוקי יוסף

הרא"ש, בקטע שראינו לעיל, ציין שהתוספות סברו שאין במשנתנו כל חידוש, והסיק מכך שהם אינם שותפים לחידושו של רש"י. אולם, התוספות שלפנינו הציעו חידוש שבכל זאת עולה מדברי המשנה. נעיין אפוא בדבריהם:

תימה, דכולה מתניתין שאין צריכה היא! ויש לומר, דלרבי עקיבא<sup>2</sup> אצטריך, שלא תאמר כיון דאית ליה יוחלט השור לניזק, אם כן שורו של זה קנוי לזה ואם הקדישו קדוש, קא משמע לן דלא אמרינן הכי, ואפילו לרבי ישמעאל נמי נפקא מינה, אם נאבד האחד, שלא יאמרו הבעלים אגבה כל חצי נזקי משלך ואתה תפסיד נזקך, שנאבד שורי שמשלתם מגופו.

(ד"ה שני)

התוספות לא ביארו בדבריהם מדוע באמת לא יהיה הדין כן, שזכותו של כל ניזק תיקבע על פי הכללים הרגילים, ובמקרה של שור תם, זכותו של הניזק תהיה לתשלומי חצי נזק מגופו של המזיק, הן לעניין זכויותיו של הניזק קודם גמר הדין לשיטת רבי עקיבא, והן לעניין הגבלת זכותו של הניזק. ולכאורה, ביאור הדברים נראה על פי מה שהוסיף בתוספות רבנו פרץ: "קא משמע לן דלא מחייבי כלל זה לזה אלא המותר". כלומר, התוספות אימצו אף הם את חידושו של רש"י על פי הרא"ש, שאיננו עוסקים בסיפור רגיל של קיזוז חיובים, אלא בקיזוז של הנזקים, דהיינו שהנזק המחייב הוא רק

<sup>1</sup> עיין באגרות הגר"ד הלוי, עמ' רפד, שכתב שדברי רש"י תמוהים מאד מאד, מאין יחודש דין כזה, וצע"ג.

מדברי הרמב"ם, על כל פנים, מבואר שלא קיבל חידוש זה:

"אחד תם ואחד מועד, מועד בתם משלם כמותו נזק שלם ותם במועד משלם כמותו חצי נזק. כיצד, שור תם שהפסיד בשור תם אחר שוה מאה וחזר זה האחרון והפסיד בראשון שוה ארבעים הרי בעל הראשון משלם לבעל האחרון שלשים, היו שניהן מועדין בעל הראשון משלם ששים, הראשון מועד והאחרון תם בעל הראשון משלם שמונים, הראשון תם והאחרון מועד בעל הראשון משלם עשרה.

(הל' נזקי ממון פ"ט הי"ד)

<sup>2</sup> מחלוקת רבי וישמעאל מופיעה בסוגיה בשלהי העמוד: "יושם השור בב"ד, דברי רבי ישמעאל (רש"י): יושם שור המזיק בבית דין, ויתן לו מזיק מעות דמי השור שהוא חצי נזקו; רבי עקיבא אומר: הוחלט השור (רש"י): השור עצמו יקח. במאי קמיפלגי? ר' ישמעאל סבר: בעל חוב הוא וזוזי הוא דמסיק ליה, ור' עקיבא סבר: שותפי ניהו".

הפגיעה היתירה על חברתה. ממילא, אם שני שוורים תמים פגעו זה בזה, הסכום המשותף לשתי הפגיעות איננו נחשב לנזק מחייב, והוא איננו כפוף לדינים שונים כגון דין "מגופו".

אמנם, מדברי הרא"ש לא נראה שהבין כן בדעת התוספות, שהרי הוא טען שהם חלקו על רש"י.<sup>3</sup> ואף מדברי הנימוקי יוסף מבואר שאין לתלות את חידושם של התוספות בזה של רש"י, שכן בהסברו השני (בשם הרא"ה) לנחיצותה של משנתנו הוא כתב את חידושם של התוספות, ומיד לאחר מכן הוא פירש את דין המשנה שלא כרש"י, וזה לשונו:

וקא משמע לן מתניתין... נפקא מינה היכא דשניהם תמין ואבד האחד, שאינו יכול לומר בעליו לחבירו שלם אתה לי כי שלי אבד ואינך יכול להשתלם אלא מגופו, אלא כיון שהזיק זה לזה יצא נזק זה בזה. הרא"ה ז"ל. מועד בתם משלם במותר נזק שלם - מוציאין מנזק המועד כנגד חצי נזק שהזיקו התם, ומה שנשאר ממה שהזיקו המועד יתר על חצי הזיקו של תם משלם בעל השור המועד כל אותו מותר משלם.  
(נימוקי יוסף, טז ע"א באלפס)

על פי גישה זו, מסתבר שחידושם של התוספות אינו מבוסס על זה של רש"י, שלפנינו קיזוז נזקים כאשר הם התחילו כאחת; אלא הוא נובע מעצם קיומם של החיובים הדדיים המתקזזים, גם אם הנזקים אירעו בזמנים שונים.<sup>4</sup> אולם, הדבר טעון הסבר - האם אכן יש מקום לפצל בין שני חידושים אלו, ולומר שלעניין חישוב גובה הנזק נראה כאן שתי פגיעות שכל אחת מחושבת לגופה לפי הדינים הרגילים, ואילו לעניין דין "מגופו" נאמר שהוא איננו שייך במקרה זה, כיוון שהחיובים התקזזו? מסתבר שהתשובה לשאלה זו תלויה בהבנת מהותו של הקיזוז בחיובים באופן כללי.

<sup>3</sup> אמנם, ניתן לטעון שלפני הרא"ש לא היו דברי התוספות שלפנינו, שהרי הוא לא הביא בשמם אלא שפירשו שמשנתנו משנה שאינה צריכה היא; וצ"ע.

<sup>4</sup> בניגוד לדברינו, החזון איש (בבא קמא, סי' ח' סק"ד) הבין שהתוספות חלקו על שיטתו של רש"י בחישוב הקיזוז בתם ומועד שנגחו זה בזה, אך העלו את חידושם כדין ייחודי בקיזוז נזקים שהתחילו כאחת, ע"ש. כלומר, לשיטתו ניתן לקבל תפיסה עקרונית שהנזקים מקזזים האחד את הרעהו, כך שההיזק המחייב אינו אלא זה העודף, אך לעניין חישובם יש לחשב את נזקו של שור תם כחצי לעניות דעתו, דברים אלו קשים, שכן נראה ברור שמעשה הנזק של שור תם הינו מעשה נזק שלם, אלא שלגבי התשלום חסה התורה עליו ופטרה אותו מחצי (למאן דאמר פלגא נזקא ממונ, בבא קמא טו.), או שמדובר במצב של פטור בסיסי והתורה קנסה אותו בחצי (למאן דאמר פלגא נזקא קנסא); וצ"ע.

### ג. אופיו של דין הקיזוז

ראובן חייב לשמעון מאה שקלים ושמעון חייב לראובן מאה שקלים - האם ניתן לקזז את החייבים? ללא ספק, אין צורך להטריח אותם להגיע אחד לשני, ובית דין יכול להכריז שהחובות בטלים, מבלי לגרום למאמץ חסר תוחלת של החלפת סכומים; ובלשונה של הגמרא בכתובות קי. שנראה בסמוך: "הפוכי מטרתא למה לי? (רש"י): הנושא שני מרצופין של עור ומשאן שוה, מה יתרון לו להפוך של ימין לשמאל ושל שמאל לימין?".<sup>5</sup> כמובן, הכרזה זו של בית דין אכן מבטלת את קיומם של החובות.<sup>5</sup> אולם, מכך לא למדנו שהחובות אכן מקוזזים האחד את רעהו, אלא רק שבפועל אין טעם להטריח את הצדדים לשלם, ובסופו של הליך בית הדין מבטל את החייבים. כאן, מטבע הדברים, ישאל הקורא, מהו אותו קיזוז מסתורי שאחריו אנו תרים, ולמאי נפקא מינה אם מדובר בקיזוז אמיתי או בפטור מעשי?

נסה לבאר את ההבדל בעזרת מקרה: ראובן לווה מאה שקלים משמעון ומאה מלוי, וכעת הוא מת בחוסר כל. ידוע לנו ששמעון הזיק את ראובן בסכום של מאה שקלים בטרם מותו. אם חובו של שמעון התקזז עם חובו של ראובן כלפיו, אזי שמעון אינו חייב כלום לאיש. אולם, אם ברמה המהותית אין קיזוז, אזי שמעון חייב 100 שקלים ליורשיו של ראובן, ומאה שקלים אלו צריכים להתחלק בינו לבין לוי. נמצא, אם כן, ששאלת הקיזוז היא שתקבע אם שמעון יפסיד חמישים שקלים, או שלא יפסיד דבר. להלן נראה נפקא מינות נוספות לשאלה זו.

מה עשויה להיות הסברה לכך שחובות יתקזזו? דומה שניתן להציע שני כיוונים שונים:

א. באופן בסיסי קיימים שני חיובים נוגדים, אלא שיש כאן פירעון - החוב שראובן נושה בשמעון מהווה נכס שבאמצעותו הוא פורע את חובו לשמעון, וכן להפך.<sup>6</sup> נציין כבר כעת, שהרשב"א התייחס לאפשרות זו בשלילה:

דשטרי לאו בר גוביינא הוא, דמילי נינהו. ואף על גב דמילי דמזבני בפריטי נינהו, מכל מקום לאו בני גוביינא דבי דינא נינהו, ומשום הכי לא מצי אידך למימר ליה שקיל [שטרך] כנגד חובך, דלאו בר גוביינא הוא. ובית דין גם כן אין יכולין להגבות מלוה

<sup>5</sup> כאשר הצדדים אינם מגיעים לבית הדין, אלא מגיעים למסקנה משותפת שחייביהם ההדדיים שווים ואין טעם ללכת לבית דין, ניתן לראות בכך **מחילה** הדדית, שכמובן מבטלת את קיומם של החייבים.

<sup>6</sup> אם סברה זו נכונה, צריך עיון אם הדבר מתבצע באופן אוטומטי או על ידי הודעה של אחד לשני.

שיש לו ללוה אצל אחרים בחוב שיש לו עליו מתורת גוביינא, אלא דלכי מטי זימניה מוציאין מזה ונותנין לזה מדר' נתן.

(ר"ן על הרי"ף, כתובות סה ע"א באלפס)

ב. במצב של חיובים הדדיים, מלכתחילה איננו רואים זאת כשתי תביעות נפרדות. חוב הוא מצב של חוסר איזון בין שני צדדים, שבמסגרתו אחד מהם חייב לשני. כאשר שנים חייבים זה לזה מאה, אין ביניהם חוסר איזון, ואין כאן כל חוב. כאשר אחד חייב לשני מאה והשני חייב לו חמישים, חוסר האיזון הינו על סך חמישים בלבד.

והנה, אם ננקוט שאכן ישנו דין של קיזוז ברמה המהותית, נראה שנוכל להבין את הפיצול שקיים בשיטת הנימוקי יוסף, ואפשר שגם בשיטת התוספות, בין גובה הסכום לבין דין "מגופו". איננו עוסקים בסיפור ייחודי של קיזוז נזקים, אלא בדין הכללי של קיזוז חיובים, שאומר שחיובים מקזזים זה את זה. על כן, לאחר שנקבע סכום חיובו של כל צד כדינו, דהיינו נזק שלם או חצי נזק, הסכומים מקזזים זה את זה ללא גבייה מגופו של המזיק<sup>7</sup>, והסכום היתר הוא החוב שצריך לשלם בכפוף לדין "מגופו". אולם, אם נמאן לקבל את שתי הסברות הנ"ל, וננקוט שאין דין של קיזוז, אלא רק פטור מעשי מהעברות מיותרות, דומה שאין מקום לדינם של התוספות. כאשר כל צד זכאי לגבות את חובו אך ורק מגופו של שור חברו או מחליפיו הממוניים, ואחד השוורים אבד, אין כל הצדקה לומר לבעל השור שאבד שאין טעם לתת לו את שורו של השני, משום שאין מדובר בהעברה מיותרת, אלא בהכרעה בעלת משמעות כלכלית כבדה. אמנם, מעיון בסוגיה בכתובות קי. שהזכרתי לעיל, נראה לכאורה בבירור שדין הקיזוז איננו מהותי, אלא מהווה פטור טכני מהעברות מיותרות:

אתמר: שנים שהוציאו שטר חוב זה על זה, רב נחמן אמר: זה גובה וזה גובה; רב ששת אמר: הפוכי מטרתא למה לי? אלא זה עומד בשלו וזה עומד בשלו. דכולי עלמא - עידית ועידית, בינונית ובינונית, זיבורית וזיבורית, ודאי הפוכי מטרתא הוא... לא צריכא, דאית ליה לחד עידית ובינונית ואית ליה לחד זיבורית, מר סבר: בשלו הן שמין, ומר סבר: בשל כל אדם הן שמין.

<sup>7</sup> לשם כך יש להניח שדין "מגופו" הוא דין בגביית החוב, ולא במהותו, שהיא חוב כספי. הנחה זו טעונה עיון רב, משום שהתוספות מיישמים זאת גם בשיטת רבי עקיבא, הנוקט "יחלט השור".

ביאור הדברים, שלשיטת רב נחמן, כאשר לראובן יש עידית ובינונית ולשמעון יש זיבורית, שמעון זכאי לגבות את הבינונית כדין בעל חוב, ולכשיבוא ראובן לגבות ממנו את חובו, הוא לא יהיה זכאי לגבות בחזרה את הבינונית, משום שיחסית לנכסיו של שמעון הלווה מדובר במיטב שדהו, ומלווה איננו זכאי לכך, ועל כן הוא יאלץ להסתפק בזיבורית, ונמצא שהם החליפו ביניהם בינונית וזיבורית<sup>8</sup>. גם אילו ראובן היה קודם וגובה משמעון, הוא היה גובה את הזיבורית וכך מחזיק בעידית, בינונית וזיבורית, ושמעון היה מגיע וגובה ממנו את הבינונית, והתוצאה הייתה זהה. רב ששת חולק על כך, משום שהוא סבור שהגדרת בינונית ועידית איננה יחסית לנכסיו של הלווה, אלא בשל כל אדם הם שמין, ועל כן לאחר ששמעון יגבה את הבינונית, ראובן יהיה זכאי לגבות אותה ממנו בחזרה, ועל כן אין טעם לעשות כן, שכן "הפוכי מטרתא למה לי?".

מחלוקת זו שבין רב נחמן ורב ששת איננה נוגעת, כמובן, לאופיו של דין הקיזוז, אלא לגדרי עידית, בינונית וזיבורית. לגבי אופיו של דין הקיזוז נראה ששניהם מסכימים, שכאשר ראובן ושמעון חייבים זה לזה ומחזיקים בקרקעות בלבד, ועקב השוני בקרקעותיהם פירושו של פירעון הדדי הוא החלפת הקרקעות ומתן יתרון למי שהחזיק בקרקע גרועה יותר, יש לעשות כן. המושג "הפוכי מטרתא למה לי?" נאמר רק כאשר אין נפקא מינה של ממש מהחלפת הקרקעות, שכן הן נמצאות באותה דרגה.

<sup>8</sup> לכאורה, הוא הדין בשני אנשים שחייבים זה לזה חוב שבנזיקין, שמשתלם מעידית, שאם יש לאחד עידית ולשני בינונית או זיבורית, בעל הקרקע הגרועה יותר ייצא נשכר ויחליף את שדהו בזו של חברו. ניתן לדחות זאת, ולומר שבעל העידית יכול לדרוש לשלם ראשון, ואז לגבות את קרקע העידית בחזרה. אולם, הנימוקי יוסף בסוגייתנו בבבא קמא, בהסברו הראשון לצריכותא של משנתנו, העלה הסבר שונה לכך שדבריו של רב נחמן אינם תקפים בנוגע לחוב שמשתלם מעידית: וקא משמע לן מתניתין, דאף על גב דקיימא לן בעלמא כרב נחמן, דאמר זה גובה וזה גובה, גבי נזקין כולי עלמא אית להו דלא אמרינן זה גובה וזה גובה, דכיון דזכי להו רחמנא למיגבי ממיטב, זהו מיטב שלהם שיעמוד כל אחד בשלו.

מדבריו נראה שגם תביעתו של בעל הזיבורית למיטב לא אמורה לזכות אותו בעידית של חברו, שכן גם עבורו המיטב הוא שיעמוד בשלו. בדברים אלו גלומה תפיסה מחודשת ביחס לדין מיטב. מחד, עולה מהנימוקי יוסף שהגדרת מיטב אינה הגדרה קשיחה בנוגע לאיכות הקרקע, אלא הגדרה המשתנית לפי הנסיבות האישיות. מאידך, היא איננה סובייקטיבית, ואיננו מאפשרים לבעל הזיבורית לתבוע לקבל את העידית של חברו, שעדיפה בעיניו (ועיין בדברי הר"ז גוסטמאן, קונטרסי שעורים - מסכתא בבא קמא, סי' ו', דף מד, א). כל זאת בניגוד, לכאורה, לזכותו של המלווה לבינונית, שהיא זכות לסטנדרט קבוע, לקולא ולחומרה מבחינתו, וצ"ע. כמו כן, יש כאן קושי ביחס לנושא המעסיק אותנו - דין הקיזוז, שכן מדברי הנימוקי יוסף עולה שאחד מהנכסים שאותם יכול הניזוק לגבות הוא הקרקע שלו עצמו, שמשועבדת לחברו שחייב לו (ואנו מגבים אותה לו בעל כורחו). אולם, זהו חידוש בעייתי ביותר, שכן הוא מנוגד לכאורה לסוגיה בכתובות, שאיננה מאפשרת לבעל הבינונית לתבוע להישאר בשלו, וצ"ע ג (ועיין בחזון איש, בבא קמא, סי' ח' סק"ג, שדן בדברי הנימוקי יוסף).

אמנם, ייתכן שיש בין הקרקעות פער איכות מסוים, ולו מנקודת מבטו הסובייקטיבית של אחד מבעלי החוב שדווקא מעוניין בהחלפת שדהו עם זה של חברו, אך במצב שכזה בית הדין בוחר שלא לאפשר לו לתבוע החלפה, שכן היא נתפסת כמיותרת. כאשר עומדת על הפרק נפקא מינה של ממש, ההחלפה תתבצע. מכך, כאמור, עולה שאין דין מהותי של קיזוז, שכן בעלי החוב נתפסים כחייבים זה לזה, ולעתים אף יתחייבו לפרוע בפועל זה לזה.

ועיין ברמב"ן בחידושו על אתר, שכתב כן במפורש: "דאף על גב דהאי אית ליה בינונית והאי אית ליה בינונית והדבר שוה ושקול, מכל מקום שעבוד כל אחד קיים הוא, ואינו כמי שפרע חובו הואיל והלואה הוות". הרמב"ן אף הסיק מהעדרו של הקיזוז המהותי שתי נפקא מינות נוספות:

א. כאשר ראובן ושמעון חייבים זה לזה מאה שקלים, ולשניהם יש מיטלטלין בלבד, וראובן מת, יתומיו של ראובן זכאים לגבות את חובו של אביהם משמעון, אך שמעון אינו זכאי לגבות מהם, שכן לדינא דגמרא מיטלטלי דיתמי לא משתעבדי. למותר לציין, שאילו היה דין קיזוז מהותי, לא הייתה ליתומי ראובן כל תביעה על שמעון.

ב. כאשר ראובן מכר את שטרו ללוי, לוי רשאי לגבות משמעון, ושמעון מחויב לכתת את רגליו ולתבוע את ראובן. אם לראובן לא יהיו נכסים לפרוע את חובו, שמעון יצא בחוסר כל.<sup>9</sup> להלן נראה שהרא"ש חולק על דין זה, ושמדובר במחלוקת מהותית בהבנת עניין הקיזוז.

אולם, אם זו אכן המסקנה המחויבת מן הסוגיה בכתובות, אזי נותרנו עם קושי בהבנת שיטת התוספות על פי הרא"ש והנימוקי יוסף, שגם ללא דין מיוחד של קיזוז נזקים, הדין הכללי של קיזוז חיובים מאפשר לבעל השור שלא אבד להימנע מתשלום כאשר שורו של השני אבד. ואמנם, נראה שקיימת גם הבנה אחרת בראשונים לסוגיה

<sup>9</sup> וכך פסקו הטור והשולחן ערוך, חושן-משפט סי' פ"ה סעיף ו. הרמב"ן, והשולחן ערוך בעקבותיו, מסייגים זאת, ואומרים שאם מדובר במלוה בשטר ולוי גבה משמעון קרקע, שמעון יכול לחזור ולגבות את הקרקע מלוי בהעדר נכסים בני חורין אצל ראובן. נמצא מצב מפתיע, שמכוח שעבודא דרבי נתן, מקרקעיו של שמעון משועבדים לשמעון עצמו, ועל כן הוא יכול לחזור ולגבות אותם מלוקח השטר; ואדרבה - עדיף היה לשמעון שחובו לראובן יהיה בשטר מאשר בעל פה (בהנחה שניתן למכור מלוה על פה במעמד שלושתם בעל כורחו של שמעון, ואכמ"ל).

בכתובות, ומה טוב ומה נעים שהרא"ש הוא שמעלה הבנה זו, ועל כן מובן מדוע הוא איננו סבור שחידושם של התוספות תלוי בשיטת רש"י<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> להלן אעסוק בדברי הרא"ש בתשובותיו, שלהבנתי מציגים הבנה הדוגלת בקיזוז מהותי. ישנו מקור נוסף בדברי הרא"ש שמציג הבנה שונה מעט בסוגיה בכתובות, אך ממנו, לעניות דעתי, לא יבוא מזור לדבריו בסוגייתנו. הראשונים התקשו בהבנת חידושה של הגמרא בכתובות, שכאשר אין לראובן אלא קרקע עידית ובינונית, הוא מחויב לתת לשמעון את הקרקע הבינונית, על אף שהוא לא יוכל לגבות משמעון אלא זיבורית. בשאלתם הם בעצם הציגו נוסח מסוים של ההצדקה הראשונה שהעלינו לדין קיזוז מהותי, דהיינו סברת הפירעון ההדדי - מדוע לא יוכל ראובן לומר לשמעון שהוא איננו מעוניין לפרוע לו בקרקע, כי אם בחוב ששמעון חייב לו. הר"ן בשם הרשב"א, בדברים שציטטנו לעיל, הסיק מכאן ששטרות אינם בני גובינא, ובכל מציאות שבה ללווה יש קרקעות ושטרי חוב על אחרים, ניתן לכפות אותו לשלם בקרקעותיו; ובכך בעצם הסביר הרשב"א מדוע סברת הפירעון ההדדי איננה נכונה. אולם, הרא"ש בתוספותיו על אתר הצייע תשובה שונה: הרא"ש חולק על הרשב"א, וסובר ששטרות הם אכן נכס בר גבייה, וזאת בשל העובדה שהם נכס סחיר לכל דבר:

קשה לי לעיל בפלוגתא דרב נחמן ורב ששת, אמאי מגבינן ליה לבעל הזיבורית קרקע של בעל הבינונית, לימא בעל הבינונית הגבו לו שטר חוב שיש לי עליו בחובו! לכן נראה לי לפרש, דמצי לאגבויי שטר חובו בחובו, אלא שאינו שוה כל כך כשטר חוב שיש לו לבעל הזיבורית על בעל הבינונית, כי יוכל למוכרו ביוקר, לפי שסופו לגבות מן הבינונית, אבל שטר של בעל הבינונית אין סופו ליפרע אלא מן הזיבורית.

הרא"ש חולק על הרשב"א, וסובר ששטרות הם אכן נכס בר גבייה, וזאת בשל העובדה שהם נכס סחיר לכל דבר. אולם, הרא"ש טוען ששווי של שטר חוב שעתודת הגבייה שלו היא קרקע בינונית גדול מזה של שטר שעתודת הגבייה שלו היא קרקע זיבורית; ועל כן - על אף ששני הצדדים חייבים זה לזה את אותו סכום, כפי שנקוב בשטר - בעל הבינונית אינו יכול להסתפק בויתור על שטרו כפירעון חובו, משום ששווי השוק של שטר זה נמוך מדי.

האם ניתן להסתייע בדברים אלו של הרא"ש על מנת לבאר את דבריו בשיטת התוספות בסוגייתנו בבבא קמא? כלומר, האם ניתן לומר שהרא"ש בעצם מאפשר סוג מסוים של קיזוז מהותי, על ידי ראיית שטר החוב כנכס סחיר שמהווה פירעון; ועל כן במקרה של שני שוורים תמים שנגחו זה בזה ואחד מהם אבד, בעליו של השור הקיים יכול לטעון שהוא פורע את חובו בחובו של השני? דומני שלא. בסוגייתנו מדובר בשני חובות שבנזיקין, שאינם שטרות הניתנים למכירה. ואף אם נאמר שכל דבריהם של התוספות אמורים רק לאחר שתיקנו חכמים את דין מעמד שלושתם, שלשיטת התוספות (בבא קמא לו: ד"ה יד) והרא"ש (בבא קמא פ"ד סי' ג) תקף גם ביחס לחוב שבנזיקין, נראה ברור ששווי השוק של חוב שבנזיקין שמוגבל לגופו של שור תם שאבד הוא אפסי. אמנם, בנקודה זו הצייע ידידי, ר' ישי גלזר, שאם הקיזוז נעשה באופן אוטומטי עם היווצרותם, שני השוורים היו נגישים באותה מידה, ועל כן שווי השוק של החובות היה זהה.

ברם, דברי תוספות הרא"ש כשלעצמם צריכים עיון. אם היכולת לפרוע באמצעות שטר בנויה על היותו נכס סחיר ועל שווי השוק שלו, אזי אין צורך בפער בדרגת הקרקע כדי להסביר מדוע אין כאן פירעון מלא, שכן שווי השוק של כל שטר הינו נמוך - כמובן - מהסכום הנקוב בו; וממילא, כאשר ראובן ושמעון נושים זה בזה מאה, כל אחד מהם מחזיק נכס סחיר ששווי פחות ממאה. לכאורה, היה מסתבר יותר לומר שגם אם מבססים את הקיזוז המהותי על מסירת השטר כנכס בעל ערך, אין זאת משום שהשטר הוא נכס סחיר בעל מחיר שוק, אלא משום משמעותו הכלכלית עבור הנושה שיקבל אותו, שבכך הוא נפטר מתשלום חוב בסך הנקוב בשטר, ועל כן אין להתחשב בגורמי השוק הגורמים לכך ששווי השטר נמוך מהסכום הנקוב בו; אך לפי זה אין להתחשב גם בעתודות הקרקע העומדות לרשות הצדדים במקרה של פירעון תיאורטי, שהלוא הנחת המציאות של ההלכה היא שהגדרת הקרקע כעידית, בינונית או זיבורית אינה משפיעה על סכום החוב

הרא"ש בתשובותיו חולק, כפי הנראה, על דינו האחרון של הרמב"ן,<sup>11</sup> ובתוך כך מעלה הבנה שונה בסוגיה בכתובות:

ילמדנו רבינו: יורשי ראובן היה להם שטר חוב על שמעון, בשם ראובן אביהם, ומכרו השטר ללוי; וכשבא לוי לתבוע לשמעון בזה השטר, הוציא שמעון שטר אחר, שקנה מיהודה, שהיה לו ליהודה על ראובן בסכום אלו המעות; אם נאמר בזה: אפוכי מטרתא למה לי, וכל אחד יעמוד על שלו, או לא?  
יראה לי, דלכולי עלמא יצא שטר זה בזה. ואפי' רב נחמן, דאמר בפרק בתרא דכתובות: שנים שהוציאו שטר חוב זה על זה, זה גובה וזה גובה; הא מפרש לה התם, כגון דאית ליה לחד עידית ובינונית, ואית ליה לחד זיבורית, וקסבר: בשלו הן שמין. אבל היכא דליכא נפקותא, מודה הוא לרב ששת, דאמר: אפוכי מטרתא למה לי, אלא זה עומד בשלו וזה עומד בשלו. (שו"ת הרא"ש, כלל ע ס"א)

מקרה סבוך זה שהוצג בפני הרא"ש איננו שונה באופן מהותי מזה שהרמב"ן עסק בו. על פי גישת הרמב"ן, מסתבר שיש כאן שני חיובים שונים שאינם תלויים זה בזה: שמעון חייב ללוי (שקנה שטר מיורשי ראובן) וראובן חייב לשמעון (שקנה שטר מיהודה), ואף צד איננו יכול להתנער מחובו מחמת חוב אחר שפלוגי חייב לו. אולם, הרא"ש חולק על כך, וסובר שחובו של שמעון לראובן (ומראובן ליורשיו ומהם ללוי) מתקזז עם חובו של ראובן לשמעון (מכוח יהודה). נימוקו של הרא"ש להלכה זו, שנועד ליישבה עם הסוגיה בכתובות, מפליא עד מאוד: "היכא דליכא נפקותא... אפוכי מטרתא למה לי". לכאורה, הדברים מרפסן איגרי - וכי כיצד זה ניתן לומר שאין כאן נפקותא? הלוא מבחינת לוי התובע את שמעון מדובר בנפקותא בעלת משקל רב, אם הוא יקבל את הסכום הנקוב בשטר אם לאו?! על כורחנו, שהרא"ש סובר שהשלב שבו יש לבחון אם יש נפקותא אם לאו שונה מזה של הרמב"ן, והבנתו בסוגיה בכתובות שונה אף היא.

להבנת הרא"ש, השאלה האם ישנה נפקותא או לא היא שאלה לגבי שקילותם של החובות. אם החובות שקולים זה לזה, אזי הם מקזזים האחד את רעהו, בשל אחת מהסברות שהעלינו לעיל (ואם מדובר בחובות דומים בעלי סכום שונה, החוב יותר

המשולם, אלא רק על אופיו (ורק בהקשר של מכירת שטר בשוק חידש הרא"ש שיש לכך השפעה כלכלית).

<sup>11</sup> כך הבין הרמ"א בדרכי משה, חושן-משפט, ס' פ"ה סק"ה, ועיין בהגהות דרישה ופרישה סק"ג, שחלק על כך.

בסכום ההפרש). כיוון שהקיזוז הוא מהותי, לא נותר עוד כל חוב, וממילא אין ללוי כל תביעה כלפי שמעון. במקרה של רב נחמן, שבו לשיטתו ראובן היה אמור לגבות בינונית ושמעון היה אמור לגבות זיבורית, חידשה לנו הסוגיה בכתובות חידוש גדול, שעתודת הגבייה של החוב מגדירה אותו כחוב שונה<sup>12</sup>, ועל כן ראובן ושמעון אינם נושים את אותו סוג של חוב זה בזה, וממילא אין החובות מתקזזים. כאשר ליכא נפקותא, דהיינו כאשר החובות הם אכן שקולים, אזי חל קיזוז מהותי, ולא נותר עוד כל חוב.

לאור הבנת שיטתו של הרא"ש בעניין קיזוז חובים, ניתן להבין בנקל את הבנתו בשיטת התוספות בסוגייתנו, שהיא גם שיטת הנימוקי יוסף. ראשונים אלו דחו את הרעיון, הבעייתי כשלעצמו, של קיזוז נזקים, ועל כן סברו שכאשר שני שוורים נוגחים זה בזה מדובר במקרה רגיל של קיזוז חובים, ועל כן בין אם הנגיחות התחילו כאחת ובין אם לא, סכום החיוב הוא ההפרש בין חוב אחד למשנהו, כאשר כל חוב נקבע כדינו בדיני נזיקין. אולם, לאחר שקבענו את גובהו של כל חוב, החובות מקזזים זה את זה, ועל כן גם בעליו של שור תם שאבד איננו יכול לתבוע את חובו מהשני ולהימנע מקיזוז החוב.

ואולם, עדיין מכלל קושי לא יצאנו, שכן תינח במקרה של שני שוורים תמים שנגחו זה בזה, מדובר בחובות שקולים במהותם, ועל כן ניתן לומר ש"ליכא נפקותא" וחל קיזוז. אולם, במקרה של שור מועד ושור תם שנגחו זה בזה, מדובר לכאורה בחובות בעלי עתודת גבייה שונה אף יותר מאשר במקרה של בינונית וזיבורית, שכן חובו של האחד הינו חוב כספי בלתי-מותנה ואילו חובו של השני הינו חוב המוגבל לשוויו של גוף השור המזיק ומותנה בקיומו. ואמנם, יש לשים לב שהתוספות והנימוקי יוסף אמרו את חידושם במקרה של שני שוורים תמים ולא של תם ומועד שנגחו זה בזה; אך נראה דכל כי האי הוה להו למימר, שבמקרה של תם ומועד כשהתם אבד יוכל בעל התם לתבוע את כל נזקו מבעל המועד.

והנראה בזה, שעלינו לומר שבניגוד לעידית, בינונית וזיבורית, שנחשבים לעתודת הגבייה של החוב, ובתור שכאלו מגדירות אותו, במקרה של שור תם החוב אמור להיגבות מכספו של בעל השור, ואיננו עוסקים בבעל שור חסר ממון, אלא שהחוב

<sup>12</sup> אין הכוונה לשאלה הכללית אודות דין מיטב, אם הוא מהווה מגדיר בסיסי של החוב או דין בדרך גבייתו, שכן איננו עוסקים רק בזכויות ההלכתיות של הנושה, אלא גם במציאות בדבר הנכסים הקיימים אצל החייב.

מותנה בקיומו של השור ובשוויו, ועל כן החובות נתפסים כשקולים במהותם, וניתנים לקיזוז. למותר לציין שטענה זו טעונה בירור מעמיק, ועוד חזון למועד.

#### ד. קיזוז בנזקים ובחייבים של יהודי ונכרי

שנינו:

שור של ישראל שנגח לשור של כנעני - פטור<sup>13</sup>, ושל כנעני שנגח לשור של ישראל, בין תם בין מועד - משלם נזק שלם.

(בבא קמא לו ע"ב)

הגמרא לח. הציעה מקורות שונים לדין המשנה, ע"ש. והקשה הגר"ד סולובייצ'יק ז"ל, בקונטרס חאסלאוויץ שנדפס בסוף ספר אגרות הגר"ד הלוי (עמ' רפג-רפד), שלפי פסק הרמ"א<sup>14</sup> שאף שגזל גוי אסור, הפקעת הלוואתו מותרת, אין כל צורך במקור לפטור מחיוב נזיקין לגוי, שהרי מדובר בחוב ממוני, שהפקעתו מותרת. במענה לקושיה זו מציע הגר"ד שתי תשובות שונות, המסתמכות על סוגייתנו בדבר שני שוורים שנגחו זה בזה, ועל מחלוקת הראשונים אם ישנו קיזוז ייחודי לנזקים או שמא הקיזוז הוא בחייבים בלבד.

תשובתו הראשונה של הגר"ד מבוססת על שיטת רש"י אליבא דהרא"ש, שהנזקים מקזזים זה את זה, והחייב אינו קם אלא בגין הנזק העודף. לדברי הגר"ד, כאן עולה נפקא מינה מהפטור שחידשה התורה ביחס למזיק גוי. מצד היתר הפקעת הלוואתו, במצב של קיזוז נזקים לא היה היהודי רשאי ליהנות מהיתר זה, דהיינו לתבוע מהגוי את נזקו ולא לשלם על שהזיק שורו, שכן כלל לא קם חיוב המושת על הגוי בנזק שאיננו עודף על זה שהזיק שורו של היהודי. אולם, כיוון שהתורה חידשה פטור מיוחד ליהודי בנזקי ממון, שונים הם פני הדברים:

מה שאין כן לאחר הגזירת הכתוב דהוי נגיחה של פטור, לא שייך בזה הדין של חבלה כנגד חבלה, כיון דעצם הנגיחה הוי נגיחה של פטור, ואין כאן חבלה ומזיק כלל.

ואולם, לעניות דעתי דברים אלו קשים עד מאוד, שכן בעוד שאת פטורו של היהודי מחייבים ממוניים שונים ביחס לגוי ניתן להבין בצורות שונות, וכדלהלן; קשה מאוד לומר שמעשה הנזק איננו מעשה נזק, אלא - בלשונו של הגר"ד - "נגיחה של

<sup>13</sup> בהיקף הפטור של יהודי כלפי גוי בנזיקין נאמרו שיטות שונות, ולא כאן המקום להקיפן.

<sup>14</sup> חושן-משפט סי' שמ"ח סעיף ב.

פטור". אם ישנו קיזוז במעשי הנזק, דהיינו שהנזק המחייב הוא אך ורק בחלק מן הפגיעה העודף על הפגיעה הנגדית, אזי נראה לעניות דעתי ברור שהפגיעה שפגע שורו של הגוי שאיננה עודפת על הפגיעה שפגע שורו של היהודי איננה נזק מחייב. תשובתו השנייה של הגר"ד מבוססת על שיטת החולקים על רש"י, וסבורים שלפנינו דין רגיל של קיזוז חובים. הגר"ד טוען שגם לשיטה זו ישנה נפקא מינה לעניין קיזוז מהפטור שחידשה התורה בנזיקין, שכיוון שיהודי אינו חייב על נזקים ששורו הזיק גוי, הרי שכאשר שני השוורים נגחו זה את זה, היהודי זכאי לתבוע מהגוי את נזקו, ואילו הגוי אינו זכאי לתבוע מהיהודי את נזקו. בניגוד לטיעון דלעיל בדבר קיזוז נזקים, טענה זו כשלעצמה נראית פשוטה. אולם, הגר"ד ממשיך וטוען שאילו היינו דנים מצד הדין הרגיל של היתר הפקעת הלוואתו, פני הדברים היו שונים, שכן:

כל היכא דהוי תשלומין ממילא בעצם החיוב זה כנגד זה בלא שום צורך גביה, לא מיקרי הפקעת הלוואתו, וכל זמן שעצם החוב לא הופקע יכול הנכרי לסלק בזה, והיה צריך לישאר דין המשנה דמשלמין במותר.

טענה זו, כמדומני, איננה פשוטה, ותלויה בשאלה שראינו באשר לדין קיזוז בחובים. אם דין הקיזוז, כפשוטה של הסוגיה בכתובות, איננו דין מהותי, אלא פטור טכני בלבד מהעברות מותרות, אזי קשה ליישמו במצב של חובות הדדיים שאחד מהם ניתן להפקעה, שכן אכיפת התשלומים רחוקה מאוד מלהוות העברה מותרת. דברי הגר"ד, לעניות דעתי, ניתנו להיאמר אך ורק אם נאמץ את הגישה שראינו בשיטת הרא"ש, שהחובים אכן מקוזים זה את זה, ומלשונו של הגר"ד נראה שמדובר בסברת הפירעון: "דהוי תשלומין ממילא בעצם החיוב זה כנגד זה בלא שום צורך גביה". לשיטה זו, אכן ניתן לטעון שגם חיובו של היהודי כלפי הגוי חוב הוא, אלא שהוא איננו חייב לפורעו, ועל כן כאשר החובות פורעים בעצמם זה את זה, אין היהודי יכול עוד לתבוע את חובו.

אם כן, הראינו לדעת שלשיטת הגר"ד דין הפקעת הלוואתו איננו אומר שאין תוקף משפטי לחוב של יהודי לגוי, אלא שאין איסור באי-התשלום. והנה, לדעה זו שותף גם הגר"ש שקאפ ז"ל במספר מקומות בכתביו<sup>15</sup>. כמשל לכך הוא מביא את שיטת ספר היראים (סי' תכ"ב) והרמב"ן (במלחמות סוכה יד: באלפס), שאף לדעה שגזל גוי מותר, עם זאת אין ליהודי המחזיק בנכסי הגוי בעלות בהם, ואין הוא יוצא

<sup>15</sup> שערי יושר, שער ה פרק ה; חידושי רבי שמעון שקופ למסכת בבא קמא, סי' ה' וסי' ל"ט.

בהם ידי חובה במצוות לולב ביום הראשון, שבו נאמר דין "לכם - משלכם". הרי לנו, שישנו פיצול בין המישור האיסורי, שבמקרה זה אין איסור בהחזקת חפץ של אחר, לבין המישור הקנייני, שאיננו יוצר בעלות יש מאין. הגר"ש שקאפ טוען שהוא הדין בחיובים ממוניים, שגם כאשר אין איסור באי-פרעונם, אין הדבר גורע מתוקפם המשפטי, אשר מבוסס על כך ש"יש לתובע קצת קנין בנכסים של הנתבע בערך סך כזה", או על כך ש"גופו של המתחייב משועבד להמציא הסכום הזה שחייבתו תורה או שהתחייב בעצמו, כמו שגוף הפועל משועבד לבעל הבית", או על כך שישנו "דין משפטי שהאדם מחויב ועומד להמציא מנכסיו לחבירו כך וכך, שחיוב זה הוא חיוב משפטי גם בלי מצות התורה, כשם שסוג הקנינים וחוקי הבעלים בנכסים הוא דבר משפטי גם בלי אזהרת 'לא תגזול'". לקיומו של החוב מבחינה משפטית מציע הגר"ש שקאפ נפקא מינות שונות ומגוונות, וביניהן:

- א. קניין כסף, שלהבנתו מבוסס על החוב הממוני הנובע מקבלת הכסף<sup>16</sup>;
- ב. שעבודא דרבי נתן כאשר הגורם האמצעי הינו גוי<sup>17</sup>;
- ג. יהודים שהעידו בערכאות עכו"ם על חובו של יהודי אחר לגוי - לפי הגמרא בבבא קמא קיג:קיד, לכל הפחות לפי חלק מהראשונים<sup>18</sup>, הדבר מותר לכתחילה. התוספות התקשו בכך, שכן "לעיל שרי להפקעת הלואה, וא"כ מפסידים אותו הרבה, שאם היה רוצה יכול לכפור", ותשובתם: "שאינ משלם על ידם אלא מה שחייב לו". הגר"ש שקאפ הביא זאת כראיה נוספת לכך שחובו של היהודי לגוי קיים מבחינה משפטית, ועל כן אין זה בגדר היזק, שכן מדובר באכיפת חיוב שאכן קיים.

כאמור, מדברי הגר"ד נראה שאף הוא הניח כדברי הגר"ש שקאפ, שדין הפקעת הלוואתו אינו אלא מתיר איסורים מסוימים, ואיננו מפקיע חוב משפטי. אולם, הגר"ד סבור ששונה הדבר ביחס לפטורו של היהודי בנזקי ממון, שכאן מדובר בפטור של ממש, העוקר את החיוב המשפטי, ועל כן יש בכך נפקא מינה לקיזוז. נפקא מינה זו, כפי שראינו, תלויה במחלוקת ביחס לאופיו של דין קיזוז. אולם, אם אכן צודק הגר"ד בהנחתו בדבר ההבדל בין אופי הפטור בהפקעת הלוואתו לאופי הפטור בנזיקין, אזי

<sup>16</sup> ראה בבא קמא ע:.

<sup>17</sup> ראה פתחי תשובה, חושן-משפט סי' פ"ו סק"א.

<sup>18</sup> ראה ים של שלמה, פרק י' סי' כ"ג.

אין צורך להתמקד בנפקא מינה בעייתית זו, שכן קיימות נפקא מינות רבות לכך, וכדלעיל.

יש לציין, שההצעה האחרונה, אשר מבוססת על דבריו של הגר"ש שקאפ, איננה דרכו בהבנת הפטור בנזיקין. לגישתו<sup>19</sup>, הפטור הכללי של יהודי כלפי גוי בנזקי ממון נעדר מקור, והינו יישום פשוט של דין הפקעת הלוואתו, שלשיטתו אינו אלא היתר לאיסורים מסוימים, ולא הפקעת חוב משפטי. הפטור היחיד בנזיקין שנזקק לילפוטא הוא דין קרן תמה, שמחמת דין מגופו, אף אם הוא דין אפותיקי ותו לא, איננו בכלל הפקעת הלוואתו, ועל כן היה צורך במקור מיוחד על מנת לפטור בו. גם בדין זה, משתמע מדבריו, החידוש החזיר זאת לכלל הדין הרגיל של הפקעת הלוואתו, ועל כן באמת אין כל נפקותא לפטור בנזיקין מעבר לדין הפקעת הלוואתו, ואין כל צורך בנפקותא.

ועוד אעיר, שבאשר לראיה האחרונה שהבאנו בשם הגר"ש שקאפ לכך שדין הפקעת הלוואתו מותר על כנו את הרובד המשפטי, מדברי התוספות על כך שבעדות על יהודי לטובת גוי הדבר מותר, "שאינן משלם על ידם אלא מה שחייב לו", הראי"ה קוק זצ"ל סלל לו דרך שונה בהבנת הדברים:

דאף על גב דמאן דאמר 'הפקעת הלוואתו מותרת' סבירא ליה דאין איסור מזה מצד ההלכה, מכל מקום אין זאת מידת המוסר, ואין איסור למי שרוצה לעמוד בזה לעזר להנכרי שלא יזק במה שמגיע לו, שמהראוי מצד המוסר להזהר ולפרע.  
(באר אליהו על ביאור הגר"א לחושן משפט, סי' כח' סק"ד)

לשיטתו, אין מדובר בהבחנה בין המישור ההלכתי של "יורה-דעה" לזה של "חושן-משפט", אלא בין המישור ההלכתי הפורמאלי למישור המוסר הטבעי, ואין איסור באכיפת חוב המתחייב לפי המוסר הטבעי.

אם ניישם זאת בהקשר של קיזוז חובים, דומה שאפילו אם ישנו דין של קיזוז מהותי, קשה יהיה לאפשר לגוי להעלות טענת קיזוז על חוב משפטי שהוא חייב ליהודי מחמת חוב שהיהודי חייב לו על פי המוסר הטבעי, וצ"ע. אשר לפטור בנזיקין, אף כאן יש לחקור אם לדעת הראי"ה קוק מדובר שוב בפטור פורמאלי בלבד, ומצד המוסר הטבעי ישנו חוב לפצות על הנזק, כפי שלכאורה מסתבר, או שמא כאן מדובר בפטור גמור, אם כי גם כאן מסתבר - כאמור - שלא תהא לכך נפקא מינה לעניין קיזוז.

<sup>19</sup> בחידושו לבבא קמא, סי' ה.

